

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT

LE SUJET DE DROIT EN SON CORPS

UNE MISE A L'EPREUVE
DU DROIT SUBJECTIF

DISSERTATION PRESENTÉE
POUR L'OBTENTION DU GRADE D'AGREGE
DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

PAR

XAVIER DIJON

ANNEE ACADEMIQUE 1981-1982

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT

ANNEE ACADEMIQUE 1981-1982

LE SUJET DE DROIT EN SON CORPS

UNE MISE A L'EPREUVE DU DROIT SUBJECTIF

DISSERTATION PRESENTÉE
POUR L'OBTENTION DU GRADE D'AGREGE
DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

PAR

XAVIER DIJON

Le Jury :

M. E. ALFANDARI, Orléans
M. E. CEREXHE, Louvain
Mme M.-Th. MEULDERS, Louvain
M. Fr. RIGAU, Louvain (Promoteur)
M. J. VERHAEGEN, Louvain
M. E. VIEUJEAN, Liège

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

Avant-Propos

Une thèse est un réseau de présences.

En celle-ci se croisent mes confrères, mes collègues, mes amis; ceux qui ont guidé les débuts de ma recherche : les professeurs S. DECLoux, L. RAUCENT, E. VIEUJEAN;

ceux qui ont proposé des corrections au texte : les professeurs E. CEREXHE, M. COIPEL, E. LAHAYE, J. VERHAEGEN;

les secrétaires de la Faculté de Droit de Namur et de la société Créadif qui l'ont dactylographié;

et puis encore, parmi ceux à qui je dois beaucoup, M. François RIGAUX, qui m'a permis de dire ma propre parole, et Mme Marie-Thérèse MEULDERS, qui a voulu que je la dise mieux.

Que tous trouvent ici l'expression de mon merci le plus cordial pour leur compétence et pour leur bienveillance.

"Personne ne coud une pièce d'étoffe
neuve à un vieux vêtement;
sinon le morceau neuf qu'on ajoute
tire sur le vieux vêtement, et la
déchirure est pire"
(Saint Marc, chap. 2, v. 21).

INTRODUCTION

Introduction

1. Puisqu'en cet ouvrage, il s'agit d'examiner la relation d'un sujet de droit à son propre corps pour voir si on peut lui appliquer la catégorie du droit subjectif, on voudrait donner ici un premier aperçu des débats qui concernent cette figure classique du droit subjectif, expliquer ensuite pourquoi on tente de lui rapporter certains éléments de la condition corporelle du sujet de droit, décrire enfin la ligne de l'exposé et le champ d'analyse des situations où, à propos de son corps, le sujet pourrait faire valoir un droit subjectif.

SECTION 1 - La mise à l'épreuve du droit subjectif.

2. En première approximation, le concept de droit subjectif désigne une prérogative qui, dans l'ordre du droit, revient à un sujet déterminé. Si bien que derrière la catégorie des droits subjectifs se profile celle de leur titulaire : le sujet de droit.

Parler de droit subjectif et de sujet de droit, c'est privilégier le point de vue d'un individu (d'un sujet) dans l'ordre juridique. Or une telle perspective n'est pas évidente : il ne va pas de soi que l'organisation normative des rapports sociaux prenne en compte, comme une référence importante dans la détermination du droit, le sujet individuel et ses prérogatives. On peut s'en apercevoir, d'une part, en parcourant l'histoire de notre droit et, d'autre part, en citant l'une ou l'autre contestation contemporaine des catégories étudiées : du droit subjectif et du sujet de droit.

3. Pour l'analyse historique du droit subjectif, on ne fait que reprendre - sans les discuter - les conclusions auxquelles aboutissent les travaux de M. Villey (1).

(1) cfr. M. VILLEY : "L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains", Rev. hist. de dr. fr. et étr., 1946-1947, p. 201; "Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique", mélanges Fernand DE VISSCHER, 1949, T. II, p. 417 et sv.; "Les origines de la notion de droit subjectif", Archives

Introduction

Pour cet auteur, le droit subjectif fait explicitement son apparition dans la doctrine chez les juristes allemands du XIXe s. : Windscheid, Puchta, Savigny (2), mais il était déjà en germe dans l'Ecole du droit naturel. Or, si on peut faire ainsi remonter jusqu'à la Renaissance la source de ce courant doctrinal qui appréhende le droit à partir de l'individu titulaire de droits subjectifs, il n'est toutefois pas permis de reporter sur les périodes antérieures cette problématique née à l'époque de la Modernité : "la science juridique des classiques, pour établir le droit de chacun, ne part pas de l'individu, mais objectivement de la masse des biens sociaux à partager : le droit de chacun, c'est un quotient. Le droit n'est donc pas l'attribut de l'individu, isolément considéré, mais une quantité délimitée de prérogatives et de charges" (3).

(Suite note 1)

de philosophie du droit, 1953-54, p. 163; Leçons d'histoire de la philosophie du droit, nouvelle édition, Paris, Dalloz, 1962, "La Genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", Archives de philosophie du droit, 1964, p. 97; La formation de la pensée juridique moderne, Paris, Montchrestien, 1975; Philosophie du droit : définitions et fins du droit, Paris, Dalloz, 1975.

- (2) V. L. RAISER, "Der Stand der Lehre von subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht", Juristenzeitung, 1961, p. 465 : "La théorie du droit subjectif était un noyau central dans la doctrine civiliste allemande au 19e siècle. Et cela, en un double sens : dans le système des concepts juridiques par lequel la 'Begriffs-jurisprudenz' pensait pouvoir saisir la substance de l'ordre juridique et la présenter comme un tout achevé et qui, à partir de là, employait toute son énergie intellectuelle à en déduire les conséquences, le concept de droit subjectif - et celui qui lui correspondait : le sujet de droit comme porteur de droits subjectifs - occupait une place centrale. Et cette place n'était pas choisie arbitrairement car là-dedans se trouvait, exprimée ou non exprimée, comme valeur suprême à réaliser par l'ordre juridique, l'idée d'une personnalité libre, moralement autonome, dont il fallait garantir la liberté d'action. C'est à cette lumière que doit être vue la controverse menée autour du contenu du concept de droit subjectif, qui ne constitue pas un problème quelconque de définition, mais qui touche au contraire une question fondamentale dans la doctrine du droit." (trad). Le débat tenu au XIXe siècle en Allemagne sur la définition du droit subjectif sera exposé dans la première partie de ce travail.

- (3) M. VILLEY, Leçons ... p. 160.

Introduction

4. Le droit romain ne songeait pas tant à définir les prérogatives individuelles de chaque sujet qu'à décrire un ordre dans lequel chacun verrait se déterminer à son égard - éventuellement au cours d'une action accordée par le pouvoir - le juste de chaque chose, son statut. Dans cette optique, le droit ne se définit pas par la garantie qu'il donne aux droits subjectifs de chaque individu, mais par l'ordonnancement qu'il instaure entre les êtres en vue de produire une harmonie aussi naturelle que possible dans l'univers humain.

On peut trouver l'inspiration de cette mentalité "objective" dans l'oeuvre d'Aristote, pour ce qui regarde le droit de l'Antiquité et dans son commentateur chrétien, Saint Thomas d'Aquin, pour le droit médiéval. La scolastique traditionnelle, en effet, raisonne sur le droit à partir de la vertu de justice et des proportions à établir entre les sujets pour obtenir la réalisation du bien commun.

5. Mais la contestation naît déjà dans les rangs de la philosophie du bas moyen-âge. Comme l'a écrit M. Villey : "les premières analyses claires du droit subjectif émanent de ce groupe d'auteurs de la scolastique tardive que l'on reconnaît aujourd'hui comme les authentiques précurseurs de la philosophie moderne" (4).

Le climat spirituel est bientôt celui de la Réforme où le chrétien sans Eglise est confronté, dans l'unicité de son âme, à l'absolu de la Parole. En philosophie aussi, c'est la percée de l'individu, avec Descartes par exemple, puis Leibniz, Wolff et Kant. La réflexion des juristes en est immanquablement affectée (5). Dans les travaux de l'Ecole de droit naturel, puis de l'école pandectiste, la conception subjective qui voit dans l'individu un titulaire de droits fondamentaux prend le pas sur la conception objective d'un

(4) M. VILLEY, Leçons, p. 20. Après Duns Scot, l'auteur cite Guillaume d'Occam, Gerson, Suarez, etc...

(5) Selon les mots de DUGUIT, "le 'je pense, donc je suis' de Descartes est le germe puissant qui enfante la Déclaration des droits de l'homme et tout le code Napoléon". (L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, ch. I, § 2, p. 20).

Introduction

ordre naturel qui assignerait à chacun son statut social : "Il ne fait point de doute que (la notion de droit subjectif) ne sorte de la philosophie moderne. Née de la négation de l'ancien ordre objectif classique, elle s'est développée à mesure des progrès du subjectivisme : Occam, Hobbes, et les philosophes de leur école renoncent à lire dans la 'nature' des rapports, des obligations sociales, ils n'y discernent que des 'droits' individuels, des puissances, des libertés naturellement illimitées tant que la loi positive sortie du consentement des citoyens (et donc par une voie indirecte issue de ces mêmes libertés) ne vient pas leur tracer des bornes" (6). La codification napoléonienne, en accordant l'importance que l'on sait au droit de propriété et à l'autonomie contractuelle, montre comment s'est cristallisé dans la norme civile ce courant subjectiviste né à l'aube des Temps modernes.

6. Ce bref survol historique de notre droit montre que l'emploi de termes aussi courants aujourd'hui que "droit subjectif" et "sujet de droit" n'est pas une donnée immuable, mais qu'au contraire ce vocabulaire est né dans un contexte spirituel et philosophique qui a ses points de repère dans l'histoire.

Mais il est une autre constatation qui relativise également le choix qui a été fait d'analyser l'ordre juridique dans les termes du sujet de droit et du droit subjectif; c'est le fait que ces concepts, s'ils sont aujourd'hui largement utilisés par de nombreux auteurs, sont aussi radicalement remis en question par d'autres. Or, ce qui est troublant, c'est que cette contestation émane de juristes dont les options philosophiques sont nettement différentes les unes des autres, qu'il s'agisse du positivisme de Duguit ou de Kelsen, du marxisme de M. Miaille ou de M. Edelman, ou du spiritualisme de M. Villey. Cette introduction n'est pas le lieu adéquat pour décrire longuement les théories de ces auteurs (7), mais celles-ci nous permettent au moins de poser une question de fond : quand on

(6) M. VILLEY, Leçons, p. 157.

(7) On les trouvera exposées dans la première partie de cet ouvrage.

Introduction

dit "droit subjectif" ou "sujet de droit", que dit-on ? Quel est le poids que l'on donne aux mots ?

7. S'agit-il, comme le dit Kelsen, d'une pure étiquette utile pour désigner dans le "sujet de droit" le partenaire du dernier destinataire de la norme, et dans le "droit subjectif" l'effet réflexe que ce partenaire peut attendre de l'application de cette norme ? Ou bien s'agit-il d'une notion métaphysique qu'il faut en tout cas rejeter car elle impliquerait, selon Duguit, la supériorité de la volonté d'un citoyen sur celle d'un autre citoyen ? Ou bien s'agit-il, comme chez les auteurs marxistes, de concepts fondamentaux qui occultent et révèlent à la fois l'état d'aliénation dans lequel le droit capitaliste maintient les travailleurs déclarés formellement "sujets de droit" et titulaires de "droits subjectifs" ? Ou bien encore s'agit-il d'une erreur de la pensée juridique moderne qui ferait mieux, si l'on suit M. Villey, de se dégager des subjectivismes indéfinis et de revenir à la pensée classique d'une harmonie à rechercher aussi objectivement que possible à propos de chaque situation sociale ?

La question est posée, et elle est d'importance. Car si le juriste utilise des mots aussi courants que "sujet de droit" et "droit subjectif", ne doit-il pas éprouver lui-même la consistance des expressions qu'il emploie ? A moins de dire que le juriste ne travaille qu'au plan formel, et qu'il utilise donc des catégories vides ?

8. Cet ouvrage voudrait montrer que les mots du droit ont nécessairement un "poids", une "densité", un sens, qui engagent inévitablement le juriste à une confrontation avec les autres sciences humaines.

Le droit ne peut se satisfaire d'un agencement de termes vides. Lorsque, par exemple, il se réfère à un "sujet de droit" titulaire de "droits subjectifs", il ne se borne pas à fournir au juriste des catégories commodes pour organiser son travail scientifique, son "précis de droit civil" par exemple, ou son "traité des libertés publiques", mais il engage encore, à un certain moment de notre

Introduction

histoire occidentale, une conception déterminée des rapports sociaux en économie comme en politique, et il porte un jugement de valeur sur la consistance de la personne humaine dans l'ordre social. Le jeu formel ne peut se suffire à lui-même, car une décision a été prise, et un jugement est porté ...

9. On connaît ces systèmes fantaisistes ou artistiques qui, par un équilibre de bâtonnets et de fils, font tourner dans l'espace un jeu de figures variées, pour la surprise et parfois le plaisir de l'oeil. Or ces mobiles ont toujours un point fixe qui détermine leur axe : barre érigée sur le sol ou punaise fichée au plafond. N'en est-il pas de même en droit ? Les concepts se déplacent dans l'espace juridique : propriété, contrat, sujet, responsabilité, droit ..., mais n'y a-t-il pas quelque part un point du système qui connaîtrait le repos et sur lequel, peut-être, s'appuierait tout le mouvement ? (8).

S'il en est bien ainsi, on voit que le juriste ne peut se donner pour seule et unique tâche de décrire formellement les institutions qui jouent comme des structures mobiles dans l'espace social; mais il doit encore voir quels sont leurs axes, c'est-à-dire les décisions et les jugements qui les fondent.

Quel est le poids des mots ? Le juriste qui se contente d'une description positive de son objet d'étude est incapable de le dire, car il laisse alors aux autres sciences - sans doute positivistes, elles aussi - le soin de donner un contenu aux termes qu'il emploie.

(8) C'est peut-être cette "invariance" du point fixe permettant à la structure de jouer sans être elle-même en son jeu que depuis des siècles on s'efforce de cerner par toutes les théories sur le droit naturel; c'est peut-être encore ce que Kelsen désigne par la Grundnorm toujours présumée sans jamais être posée dans le jeu normatif.

Et si l'on suit la thèse de MM. LENOBLE et OST (J. LENOBLE et Fr. OST, Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980), on peut voir en ce "point fixe" une trace supplémentaire de la dérive mytho-logique dans laquelle "l'imaginaire du philosophe du droit garantit (...) la consistance idéale du corps social : volonté générale, Volksgeist, ligne de masse" (p. 552).

Introduction

10. Nous démarquant par rapport à cette position, nous tiendrons que la description, si elle requiert une part quantitativement importante de la tâche juridique, doit tout de même nécessairement se compléter d'une réflexion sur les enjeux politiques et moraux engagés dans l'emploi des mots du droit.

Cette réflexion est conduite ici en considérant, ainsi qu'on va l'expliquer, le sujet de droit en son corps; mais on présente d'abord brièvement une objection préalable qui a pu naître à l'esprit du lecteur : comment l'homme de droit, qui travaille sur la norme sociale, peut-il tenir un discours pertinent sur le sujet individuel ?

SECTION 2 - Le sujet de droit en son corps.

11. Sans doute, pour parler du "sujet", le juriste se sent-il quelque peu désarmé. Il lui semble que le psychologue, le psychanalyste ou le philosophe ont tant d'idées intéressantes à développer sur ce thème qu'il ne lui reste plus grand chose à en dire. A-t-il d'ailleurs les instruments - les concepts - nécessaires à la tenue d'un tel discours ? les notions utilisées par le droit sont tellement marquées par l'histoire de la société où elles fonctionnent qu'elles semblent bien inadéquates pour décrire la subjectivité comme telle. Elaborées pour régir des rapports sociaux, elles sont trop grossières pour oser entrer, sans se "découvrir", dans un tel sanctuaire. Ne sied-il pas au juriste d'être modeste ? Réservant dès lors aux spécialistes des sciences humaines du sujet (philosophie, psychologie, ...) l'étude de la personne, il se contenterait, pour sa part, d'organiser les relations sociales avec ses propres concepts. A chacun son métier, dit-on, et si le juriste voulait investiguer dans l'intériorité du sujet, il est à craindre que la réalité ne lui file entre les mots.

12. Et pourtant, en parlant de "droits subjectifs", le droit porte en lui une certaine intelligence de la personne dite "sujet de

Introduction

droit". Il arrive au législateur, au juge, au professeur, de tenir des propos sur la personne humaine. Ne peut-on pas élucider ce langage ? Quel est le discours tenu par le droit sur le sujet de droit ?

Dans la théorie classique, le sujet est reconnu comme titulaire d'un certain nombre de prérogatives appelées, dans l'ordre privé, des droits subjectifs. Mais il semble bien que ce sujet ne soit pris en compte que s'il est entré en relation avec le monde des choses (droits réels) ou des hommes (obligations) ou encore s'il a produit une oeuvre immatérielle (droits intellectuels), mais comment est-il considéré lorsque c'est lui-même qui est concerné ? Pour habiller ce sujet nu, les juristes d'aujourd'hui ont taillé une nouvelle cotte : celle des droits de la personnalité. Depuis le début de ce siècle, les études à leur sujet se multiplient à un rythme accéléré (9).

Peut-être aurons-nous, en suivant cette voie, la chance de saisir le sujet de droit lui-même, puisque les droits qui lui sont ici concédés touchent sa propre personnalité : son image, sa vie privée, son intégrité, son honneur ?

13. Pour mettre à l'épreuve la consistance du droit subjectif, il aurait certes été intéressant de considérer les droits classiques : droits réels, droits de créance, droits intellectuels. Car l'analyse de ces prérogatives aurait permis de se faire une bonne représentation de la façon dont l'ordre juridique situe en son sein le sujet de droit par rapport à ce qui lui est extérieur. Mais ici, dans l'étude des droits de la personnalité, c'est le sujet lui-même

(9) Parmi les témoins les plus importants de ce courant, on retiendra en droit français : E.H. PERREAU, "Les droits de la personnalité", R.T.D.Civ., 1909, 501; R. NERSON, Les droits extrapatrimoniaux, Thèse, Lyon, 1939; Travaux de l'Association Henri Capitant, T. II (1946) et T. XIII (1959); Travaux de la Commission de réforme du Code civil : Avant-projet sur les droits de la personnalité (année 1950-51); P. KAYSER, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", R.T.D.Civ., 1971, p. 445, R. LINDON, La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille, Dalloz, 1974.

Introduction

qui est visé, non plus seulement comme titulaire des droits subjectifs mais encore comme "objet" de ces nouveaux droits. Le sujet se retrouve, dirait-on, des deux côtés du droit de la personnalité : il est celui qui détient la prérogative, et il est encore celui dont la personnalité est prise comme contenu du droit. On assiste dès lors à une sorte de réflexion de la subjectivité, ou de redoublement, ce qui vérifie sans doute le fait que l'étude des droits de la personnalité soit une bonne voie d'approche de la subjectivité, mais qui ne laisse pas de poser des questions fondamentales en théorie générale du droit.

14. N'est-il pas curieux, en effet, que notre droit en soit venu à penser sur le mode du droit subjectif - celui des droits de la personnalité - la relation d'un sujet vis-à-vis de lui-même ? Comment se fait-il que notre droit, en cette période contemporaine, ait tenu à multiplier, à propos de la personne elle-même, des prérogatives qui sont pensées comme autant de droits subjectifs ?

15. Pour pouvoir cerner cette question, centrale pour notre propos, il fallait choisir un angle d'approche, une matière déterminée parmi ces nouveaux droits de la personnalité qui tiennent aujourd'hui une place si importante dans le discours des juristes sur le sujet de droit. Il nous semble que le corps humain constitue cette "matière" privilégiée capable de rendre compte du poids des mots utilisés par le juriste pour désigner le sujet et ses droits subjectifs. Une première raison en est que de nombreux droits de la personnalité touchent de façon plus ou moins immédiate la condition charnelle du sujet lui-même, comme par exemple le classique droit à la vie et à l'intégrité physique, ou des prérogatives plus récentes telles le "droit à l'image" ou le "droit à la mort". Comment faut-il entendre ces "droits subjectifs" que la personne détient envers ses propres déterminations corporelles ?

16. Mais il est une autre raison qui nous fait retenir le corps humain pour l'étude des prérogatives du sujet dans l'ordre du droit.

Introduction

C'est une intuition assez immédiate qui nous fait percevoir le corps comme étant précisément ce qui donne son "poids", sa "densité", - on pourrait ajouter : sa taille, son visage, sa présence - au sujet lui-même. Puisqu'il s'agit de savoir ce qui donne sa consistance au langage des juristes sur le droit subjectif et sur le sujet de droit, n'est-il pas normal que l'on s'attache, à propos de ce sujet de droit, comme aussi à propos de ces nouveaux droits subjectifs que sont les droits de la personnalité, à ce qui donne consistance au sujet lui-même, à sa "personnalité", et qui est son propre corps ? La "matière" étudiée serait ainsi la "matière" même du sujet, son "épaisseur", son corps.

17. Ce qui manifeste la consistance du sujet dans le jeu social, c'est son corps. Nous partons de là pour évaluer le travail des juristes lorsqu'ils traitent du sujet de droit et du droit subjectif. Mais ce point de départ paraît fort contestable aux yeux de ceux qui préfèrent considérer le corps humain comme une structure matérielle d'une rare complexité sans doute, mais absolument pas significative d'une personnalité ou d'un sujet quelconque, dans l'ordre du droit ou dans quelque ordre que ce soit.

Peut-être retrouvons-nous ici à propos du corps le choix qui a été exposé à propos du droit subjectif et des autres expressions verbales utilisées par le juriste : peut-on se contenter de décrire le pur jeu des formes, ou bien faut-il aller jusqu'à expliciter les engagements de liberté qu'impliquent les structures étudiées ? Si le droit subjectif et le sujet de droit ne sont que des étiquettes commodes pour décrire le fonctionnement de diverses institutions juridiques, et si le corps humain n'est qu'un assemblage de cellules réductibles - à plus ou moins long terme - à ce qui se joue dans les autres champs de la matière organique ou minérale, la cause est entendue, et il n'y a pas à chercher ni dans l'un ni dans l'autre domaine les enjeux politiques ou philosophiques de la subjectivité. Il faut bien reconnaître d'ailleurs qu'un fort courant scientifique, inspiré du positivisme, tend à évacuer de son approche du corps humain toute considération - qualifiée de près ou de loin

Introduction

de "métaphysique" - sur la personnalité du sujet qui "habite" ce corps. Or, par rapport à l'approche scientifique des corps, le juriste précisément pourrait avoir à tenir un discours original pour affirmer l'irréductibilité de la personne humaine dans la structure de ses composantes corporelles.

18. M. Aurel David utilise à ce propos une comparaison fort éclairante (10) : le juriste se trouve aujourd'hui, comme Christophe Colomb, à quelques lieues d'un nouveau continent, mais les marins - hommes de science - ne voyant que l'océan à perte de vue, veulent rebrousser chemin. Ils étaient partis, comme chimistes, éthologistes ou linguistes, à la recherche de la personne mais jusqu'ici, ils n'ont découvert que la matière, l'océan infini des choses. Il n'y a pas d'Amérique; le juriste s'est trompé : il n'y a pas de personne distincte des choses. Mais Colomb leur demande encore trois jours d'espérance. Ainsi, par rapport aux sciences naturelles ou exactes, le droit ressemble-t-il à une foi qui parfois s'entête; c'est que son expérience est bien différente de celle des sciences: "le droit possède une expérience de la personne, et c'est même là notre seule véritable expérience. Alors que les sciences vont de la matière vers la personne comme du connu à l'inconnu, les juristes ne connaissent que la personne et vont vers les choses comme vers l'inconnu" (11).

Les juristes ne se reconnaîtront sans doute pas tous dans ce portrait tracé par M. David, mais ils peuvent au moins méditer sur ce qui paraît bien être leur foi. Lorsqu'ils parlent de "sujet de droit" et de "droit subjectif" ou de "droits de la personnalité", les juristes n'entendent-ils pas autre chose qu'une pure description de l'application des normes ? Ne véhiculent-ils pas dans leurs concepts une option pour la valeur de la personne humaine ? Dans

(10) A. DAVID, Structure de la personne humaine, essai sur la distinction des personnes et des choses, thèse, Paris, 1955, p. 137 et sv.

(11) A. DAVID, op.cit., p. 138; sur cet acte de foi du juriste, v. infra n° 1008.

Introduction

le champ scientifique de l'analyse du corps humain, cette option apparaît comme une affirmation ingénue qui a sans doute bien peu de raisons pour elle, mais n'est-ce pas elle qui a, tout de même, raison ? On devine en tout cas combien la matière retenue peut être féconde, car s'il existe à propos du corps humain un débat semblable à celui qui est tenu à propos du droit subjectif, la conjonction de ces deux thèmes dans l'étude des droits (de la personnalité) dont est titulaire un sujet de droit par rapport à son propre corps, permet de cerner davantage la façon dont le droit comprend - ou devrait comprendre - la position d'un sujet corporel, d'une personne "physique", dans l'ordre du droit.

19. En expliquant pourquoi on a choisi d'étudier "le sujet de droit en son corps" pour "une mise à l'épreuve du droit subjectif", on a dit le projet de ce travail; il reste à dire un mot sur la façon dont il est mené, c'est-à-dire sur les choix qui ont déterminé le plan de l'ouvrage d'une part, et les limites de l'analyse, d'autre part.

SECTION 3 - La ligne de l'exposé.

20. Dans une première partie, on développe la double question que pose, en théorie générale du droit, la figure du droit subjectif. Celle de son existence tout d'abord, puisqu'on sait déjà qu'elle est contestée de divers côtés; celle de sa définition, ensuite. Dans ce second examen, on relève, à partir de Savigny et de Ihering et jusque chez les auteurs contemporains, la double polarité du "pouvoir reconnu" et de l'"intérêt protégé" qui caractérise la définition mixte du droit subjectif. Puis en cherchant à appliquer cette définition à la catégorie des droits de la personnalité, on annonce l'étude analytique de trois situations où le sujet de droit se voit parfois reconnaître un droit subjectif à propos de son corps. On commence cette analyse, à la deuxième partie, par le "droit à l'image".

Introduction

21. Il peut paraître étrange d'entamer une analyse juridique du sujet de droit en commençant par son image, car avec l'image, nous ne touchons pas encore la personne elle-même, mais bien, en quelque sorte, son "double". Pourtant, ce "double" nous est cher et il doit y avoir des affinités particulières entre le sujet, son image et le droit. Car l'image, c'est moi vu par un autre (12).

Le "je" n'est pas à lui-même, il est à l'autre : mon image, c'est moi en lui; c'est lui qui fait mon image. Si l'image implique d'emblée le rapport du sujet à autrui, on voit comment elle "ressemble" au droit. Car le droit suppose précisément cette "exposition" du sujet à autrui : *ubi ius, ibi societas*.

On a assez disserté sur le droit qui pourrait exister dans l'île de Robinson Crusoe pour savoir qu'il n'y a droit que s'il y a relation à l'autre. Le droit concerne le sujet en tant que celui-ci est "livré" à autrui et uniquement dans cette mesure.

22. En réglant le jeu des relations où le sujet est "exposé" au regard d'autrui, et en le faisant sous la forme d'un droit de la personnalité (le droit dit "à l'image"), notre ordre juridique pose à propos du droit subjectif et du sujet de droit un certain nombre d'affirmations. En notre deuxième partie, nous les relevons dans la législation, la jurisprudence et la doctrine. Il s'y retrouve un mélange, - pour ne pas dire une synthèse - de deux préoccupations bien distinctes : l'une qui s'attache à donner au sujet la disposition de son apparence, par exemple sur le marché des valeurs, et l'autre qui tend à protéger toujours davantage ce même sujet contre le tort qui peut lui être fait dans la reproduction de ses traits.

(12) Le droit dit : par un tiers; les philosophes se demanderont s'il n'y a qu'un mauvais jeu de mots, ou de nombres, dans la conjonction du "double" et du "tiers".

On connaît le mythe de Narcisse qui représente, paraît-il, une situation originaire de notre structure psychique. L'image de moi est tellement moi-même que mon désir m'y pousse, mais c'est vers la mort; l'ambivalence même de ce que nous sommes joue entre le moi et son "double", car le désir et la mort renvoient nécessairement à autrui : l'ambivalence de moi à moi mime le rapport à l'autre.

Introduction

Disposition et protection sont ainsi les deux concepts-clés que nous retenons pour les analyses suivantes.

23. Après l'examen de cette situation encore assez extérieure où le sujet n'est livré à autrui qu'en son double, on pose, dans une troisième partie, un jalon supplémentaire en abordant un domaine plus intérieur du sujet, où c'est son intégrité physique elle-même qui est concernée. De nombreux chapitres du droit auraient pu être choisis pour cette étude. Lorsqu'on lit les thèses françaises consacrées aux rapports entre le droit et le corps, on s'aperçoit que les possibilités d'analyse des situations où le sujet de droit est touché en son propre corps, ne manquent pas (13).

Il y a d'abord ce que l'on peut appeler le "régime public" du corps humain, et qui fait appel au droit constitutionnel, au droit administratif, au droit pénal et à la procédure pénale. On y retrouve des problèmes aussi divers que la torture, la narcoanalyse, les abus policiers, les peines corporelles, la sécurité routière et les prélèvements sanguins obligatoires, les vaccinations obligatoires, la déclaration des maladies vénériennes, le traitement imposé des maladies mentales et des intoxications, la prophylaxie des maladies contagieuses, le certificat prénuptial, l'eugénisme, etc...

- (13) Les sept thèses défendues depuis les années 50 dans les facultés de droit françaises sur le sujet qui nous occupe sont :
- . Geneviève SARVONAT, Le principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil (Poitiers, 1951)
 - . Jean-Louis EDDE, Les droits extracontractuels relatifs au corps humain (Paris 1954)
 - . Roger DOMAGES, Le corps humain dans le commerce juridique (Paris, 1956)
 - . André GOERGEN, Les droits de l'homme sur son corps (Nancy, 1957)
 - . André DECOCQ, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne (Paris, 1960)
 - . Françoise CABRILLAC, Le droit civil et le corps humain (Montpellier, 1962)
 - . Jacques PELISSIER, La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne (Paris, 1977)
- Ajoutons-y une thèse belge :
- . Rafaël DIERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme (Gand, 1966)

Introduction

24. En "régime privé", le corps humain touche plusieurs domaines du droit civil, du droit procédural et du droit social. S'il fallait y dégager quelques grands axes en suivant les thèses de nos auteurs, on regrouperait d'un côté tout ce qui touche la disposition du corps humain - par contrat ou par testament - et de l'autre côté, tout ce qui touche la protection du corps humain contre l'activité des tiers (cfr la responsabilité délictuelle) ou contre leur intérêt (cfr le droit de refuser un traitement ou une expertise). C'est d'ailleurs la distinction que l'on souligne, on l'a déjà annoncé, dans l'étude du "droit à l'image".

Or, à propos du corps humain, le principe de protection va s'introduire dans le domaine de la disposition pour limiter, au nom de la licéité, le nombre et l'importance des conventions admissibles. On peut ranger là l'examen des cas tels que la convention de duel, la cession d'organes, l'expérimentation scientifique, les contrats conclus en vue de l'exercice de sports violents comportant obligatoirement une atteinte à l'intégrité corporelle, ou la convention de non-responsabilité par laquelle le sujet dispose de sa sécurité, par exemple dans le contrat de transport, etc...

Nos auteurs réservent encore une certaine place au régime juridique du cadavre. Là aussi, protection et disposition se partagent le champ normatif à propos du règlement des funérailles, des greffes ex mortuo, de l'autopsie, etc...

25. Il fallait choisir : c'est la question de l'engagement du malade dans la relation thérapeutique, de son consentement à l'acte médical qui a été retenue, parce qu'elle permet une étude assez complète de la façon dont le droit envisage la condition incarnée du sujet. Elle mobilise en effet le droit pénal et le droit civil. Pour le premier, on traite, au titre I de la troisième partie, du problème classique de la justification pénale de l'acte médical et pour le second, on aborde, au titre II, l'examen tout aussi classique du "contrat médical".

On a préféré investiguer dans ces domaines déjà largement parcourus, et depuis longtemps, par la doctrine et la jurisprudence

Introduction

plutôt que d'aborder des sujets plus neutrs, tels les greffes d'organes par exemple ou l'examen comparatif des sangs en procédure civile car, pour ceux-ci, le droit n'a pas eu l'occasion de déployer ses principes sur une longue période de temps (14).

Suivre l'évolution des considérations du droit sur un siècle de décisions judiciaires et de réflexions doctrinales à propos de l'engagement du patient dans la relation thérapeutique constitue une base sûre pour les réflexions théoriques que l'on se propose de faire, car l'analyse du consentement du malade à l'acte médical, au plan pénal comme au plan civil, permet de comprendre la façon dont le droit envisage - en termes de droits subjectifs - la relation du sujet à son propre corps.

26. Après l'image et l'intégrité physique du sujet, il est encore possible de faire un pas de plus et d'aborder "le sujet de droit en son corps" au plus intime de lui-même, en sa propre vie. L'analyse précédente aura appris que, parmi les droits qu'un patient peut revendiquer quant à son intégrité physique, se trouve celui de refuser un traitement. N'est-ce pas là le germe de ce qu'il est convenu d'appeler le "droit à la mort" ?

Faut-il ranger ce nouveau droit parmi les droits de la personnalité ? Peut-il trouver sa place dans notre système normatif qui, à la fois, condamne l'euthanasie, mais admet la liberté du suicide ? Si, en notre matière, le principe de protection se mêle toujours plus ou moins intimement au principe de disposition, trouvons-nous à propos du "droit à la mort" un régime de protection qui nuance le régime, radical en l'espace, de la disposition ? C'est la question

(14)

Ceci n'empêche pas de faire allusion, au détour de l'exposé, à l'un ou l'autre des points énumérés dans le parcours des thèses consacrées au régime juridique du corps humain. Car les principes dégagés en droit civil comme en droit pénal à propos de la relation thérapeutique peuvent s'appliquer - mutatis mutandis - à d'autres figures juridiques dans lesquelles le sujet engage ses déterminations corporelles.

Introduction

qu'on examine dans la quatrième partie de ce travail, à la lumière des normes pénales édictées pour protéger la vie d'autrui (15).

27. La dernière partie de cet ouvrage rassemble les éléments de l'analyse, de droit civil et de droit pénal, opérée dans les trois domaines retenus : l'image, l'engagement dans la relation thérapeutique, et la mort, pour voir s'ils répondent à la double question posée, en théorie générale du droit, par la catégorie du droit subjectif (v. la première partie). D'une part, on se demande, d'un point de vue théorique, si la relation du sujet de droit à son propre corps vérifie la définition traditionnellement mixte du droit subjectif; et d'autre part, on cherche à savoir, au terme d'une considération plus philosophique, si l'analyse du lien original que noue le sujet envers son corps permet d'éclairer le débat mené autour de l'existence même de ce droit subjectif.

En cette cinquième partie, on espère montrer que s'il est nécessaire de décrire aussi fidèlement que possible le régime juridique du corps humain à partir des figures - anciennes ou nouvelles - propo-

(15) On aura remarqué que nos trois parties analytiques font appel, avec des intensités diverses au droit civil et au droit pénal. A propos de l'image, le problème est surtout d'ordre civil, encore que les sanctions pénales aient commencé à faire leur apparition pour renforcer la protection du sujet qui sert malgré lui de modèle à la reproduction de ses traits. Les problèmes du "droit à l'image" se posent surtout sur le terrain privé de la relation entre l'auteur de l'image et le modèle qui est préjudicié par cette réalisation de son "double". Mais à mesure que le sujet se voit touché davantage en son intégrité, on assiste à un développement correspondant de l'impact des normes pénales.

A propos de l'intégrité physique du patient qui s'engage dans la relation thérapeutique, on accorde - v. la troisième partie - à peu près autant d'importance au droit pénal qu'au droit civil, et quand il s'agit de la mort même du sujet, c'est le droit pénal qui occupe - v. la quatrième partie - pratiquement tout le champ de l'analyse.

Plus le sujet est touché dans ses intérêts vitaux - et quoi de plus vital que sa vie même ? -, plus le droit pénal marque son ascendant par rapport au droit civil. Ce point-ci doit être retenu lorsqu'il s'agit d'établir le régime des droits de la personnalité et, plus généralement, la façon dont notre ordre juridique considère "le sujet de droit en son corps".

Introduction

sées par le droit, il faut encore pouvoir évaluer le résultat obtenu, en mettant à l'épreuve la catégorie du droit subjectif utilisée dans le discours juridique contemporain pour rendre compte de la relation du sujet à son propre corps.

SECTION 4 - Le champ de l'analyse.

28. La présente étude porte sur le droit belge. Mais nos auteurs et parfois nos juges et notre législateur, regardent si souvent vers le droit français pour en être inspirés dans l'élaboration de leurs théories, de leurs décisions, voire de leurs normes, qu'il a paru préférable de suivre ce mouvement et d'exposer largement ce qui est dit en France par la loi, la jurisprudence et la doctrine à propos des thèmes que nous avons retenus. On ne s'étonnera donc pas de trouver ici une part prépondérante accordée au droit français dans les trois parties analytiques de ce travail. La protection des personnes contre la reproduction de leur image et la responsabilité des médecins dans les rapports avec leurs patients ont d'ailleurs fait en France l'objet de procès bien plus nombreux qu'en Belgique. Ce matériau jurisprudentiel - et même législatif, en ce qui concerne l'image et la vie privée - a aussi été traité en France par une doctrine beaucoup plus fournie que chez nous (16).

29. On cite parfois le droit étranger, mais lorsqu'il est fait allusion au code civil allemand, à une décision italienne ou néerlandaise, à une norme soviétique, ou à un courant jurisprudentiel américain, c'est pour illustrer, par analogie ou par contraste, les enjeux de notre droit dans la matière qui nous occupe.

(16) Les comparaisons entre le droit belge et le droit français peuvent se faire souvent terme à terme, ce qui ne dispense évidemment pas de la prudence à garder pour souligner les inévitables différences entre les deux régimes juridiques, aussi bien en droit civil qu'en droit pénal, lorsque celles-ci se présentent dans l'analyse des doctrines, des lois ou des décisions de justice.

Introduction

D'ailleurs, si le droit belge, ou français, est la référence de ce travail, ce n'est pas pour en développer tous les détails techniques : d'autres ouvrages, plus spécialisés, remplissent mieux cette tâche (17), mais c'est pour donner une expression précise à un courant qui déborde de beaucoup nos frontières.

30. Lorsque le Conseil de l'Europe propose d'harmoniser les législations des pays membres pour obtenir la reconnaissance d'un certain nombre de droits du malade à l'approche de la mort (18), on perçoit bien que la problématique du "droit à la mort" ne concerne pas seulement notre pays, mais toute l'Europe et, plus largement encore, si l'on considère l'apport décisif de la jurisprudence américaine en cette matière, l'Occident tout entier.

Ainsi qu'on peut s'en douter, ce qui est dit du "droit à la mort" (quatrième partie) vaut également, toutes choses égales d'ailleurs, pour le "droit à l'image" (deuxième partie) et pour l'engagement du malade dans la relation thérapeutique (troisième partie).

Quant aux théories classiques sur le droit subjectif (première et cinquième parties), le courant est lui aussi nettement européen. Sans avoir à rappeler les conclusions de M. Villey, mentionnées au début de cette introduction, sur la naissance du droit subjectif chez les philosophes de la Renaissance, on notera que la théorie du droit subjectif est abordée, ici également, par-dessus les frontières puisqu'on passe de l'Allemagne (Savigny, Windscheid, Ihe-

(17) V. par exemple pour le "droit à l'image", la thèse de M. RAVANAS, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image (Préface de P. Kayser, Paris, L.G.D.J. 1978) qui constitue, en droit français, l'ouvrage le plus complet et le plus récent sur la question. Notre propos n'est pas de donner dans le détail le dernier état du droit en ce domaine - l'ouvrage de M. RAVANAS y suffit largement - mais il consiste plutôt à cerner, par ce premier biais et par les deux autres, la façon dont notre ordre juridique envisage le droit subjectif à propos du sujet de droit en son corps.

(18) V. la Recommandation du Conseil de l'Europe relative aux droits des malades et des mourants, adoptée par l'Assemblée parlementaire le 29 janvier 1976, infra, quatrième partie sur le "droit à la mort".

Introduction

ring ...) en France (Saleilles, Ripert, Duguit, Roubier, Edelman, Sayag...) en traversant la Belgique (Dabin, Renauld, Rigaux...).

31. Pour être ample, le champ analysé apparaît tout de même bien étroit lorsqu'on jette un coup d'oeil sur le reste du planisphère. A propos du sujet de droit en son corps, n'aurions-nous pas pu recueillir des enseignements intéressants dans les droits marxistes ou dans les droits des pays techniquement sous-développés ? Sans nul doute, mais puisque c'est dans notre monde, saturé par la technique, que le développement des moyens de reproduction et de communication a posé la question du "droit à l'image", et que le développement des moyens médicaux a mis à l'ordre du jour le thème des droits du patient - en particulier de son "droit à la mort" - et puisqu'encore c'est dans notre monde que l'idéologie libérale dominante a construit la protection de l'individu sur le modèle des droits subjectifs, inspirateur des nouveaux "droits de la personnalité", nous limitons cette étude à notre aire occidentale, sans exclure, bien sûr, que l'avenir puisse venir d'ailleurs.

PREMIERE PARTIE

LE DROIT SUBJECTIF EN QUESTION

32. Une double question se pose à propos du droit subjectif : celle de l'existence même de cette prérogative du sujet, et celle de sa définition. On voudrait les aborder l'une et l'autre en cette première partie.

Le premier titre pose une question fondamentale : celle de savoir s'il existe des prérogatives inhérentes au sujet, et comment celles-ci s'articulent à la reconnaissance qu'en fait l'ordre social. On passe ainsi en revue, selon leur ordre d'apparition dans la théorie du droit : les droits de l'homme, le droit subjectif et les droits de la personnalité.

Le second titre pose comme un préalable à cette question de fond une autre question, apparemment plus technique : celle de savoir si le droit subjectif - objet de tant de controverses - doit se comprendre selon un régime de protection ou un régime de disposition.

Les notions sont ainsi mises en place pour pouvoir aborder dans les termes du droit (subjectif) de la personnalité l'analyse juridique du sujet de droit en son corps.

TITRE I

LE DEBAT SUR LES PREROGATIVES INHERENTES AU SUJET

33. Le droit subjectif est une figure utilisée pour affirmer, à plus d'un titre, la priorité de la liberté humaine par rapport à toute organisation sociale. Car il semble bien d'une part qu'avant tout artifice politique, la tâche du pouvoir soit nécessairement précédée par la reconnaissance de certaines valeurs essentielles pour la liberté même des sujets dans leurs relations publiques et privées, et d'autre part, que ces valeurs inhérentes au sujet de droit s'expriment adéquatement sous la forme de droits subjectifs. Puisque, tout au long de cet ouvrage, on se pose la question de savoir si la relation d'un sujet à son propre corps doit être envisagée - ou non - dans la perspective du droit subjectif, il s'impose d'examiner les enjeux de cette question en montrant comment la priorité de la liberté humaine et de ses valeurs a été tour à tour entendue et contestée.

34. L'histoire contemporaine de la théorie générale du droit est traversée par un double courant dont l'un insiste sur la priorité des droits subjectifs et l'autre, sur l'antériorité de la norme sociale. Dans le premier cas, on dira, à la limite, que tous les droits (subjectifs) naissent du sujet lui-même et dans l'autre cas, qu'aucun droit n'existe s'il n'est posé par l'ordre social.

L'affirmation du droit subjectif a été dénoncée successivement comme étant individualiste (1), idéaliste (2) ou métaphysique (3); elle

(1) Cfr. L. DUGUIT, Traité cité, § 18 sur la doctrine individualiste - son histoire (pp. 201 et sv.) depuis le stoïcisme jusqu'à la Déclaration de 1789 en passant par J. Locke et J.J. Rousseau, - et son thème fondamental (p. 202): "On voit que dans cette conception l'homme a des droits parce qu'il est homme, que ces droits sont antérieurs à la société, qu'il les apporte en entrant dans la société et que c'est parce que les individus ont des droits qu'il y a une règle sociale dont l'objet et le but consistent dans la protection de ces droits".

Prérogatives inhérentes au sujet

est repérable, cependant, dans de nombreux courants doctrinaux qui sont allés puiser aux sources de la Modernité une conscience plus vive des prérogatives du sujet individuel. Comment est-il possible d'éclairer cette controverse contemporaine ?

35. Il y a plusieurs manières d'entendre le droit subjectif, et de mesurer la densité, ou de peser le poids, de ces deux mots : "droit" et "subjectif", car ils sont grevés d'une charge philosophique, politique, et même affective qui accroît considérablement le renom qu'ils avaient au seul plan de la technique juridique. Joindre ces deux termes, ce n'est pas seulement construire une locution qui puisse rendre compte au mieux de l'état formel du droit positif dans une société déterminée, c'est aussi reconnaître une évolution historique et, en elle, une prise de parti, sociale et idéologique, pour une conception déterminée des rapports de l'individu et de la société. Lorsqu'on aborde la théorie du droit subjectif, on ne peut méconnaître le "contexte" politique et philosophique dans lequel le "texte" du droit subjectif a été écrit.

36. Sans aller jusqu'à refaire ici l'historique des prérogatives du sujet dans la société occidentale - tâche qui déborderait de beaucoup notre propos - on voudrait au moins rappeler l'existence des trois formes sous lesquelles ces prérogatives se sont présentées dans l'histoire, en indiquant chaque fois les critiques faites à leur rencontre.

C'est au XVIII^e s. que furent proclamés aux Etats-Unis puis en France des "Droits de l'homme"; c'est au XIX^e qu'on a connu le débat

(2) Cfr. B. EDELMAN, Le droit saisi par la photographie (Paris, 1973) p. 20 : "La question : tout droit vient-il de la personne (droit subjectif) constitue le terrain privilégié de toute philosophie idéaliste du droit".

(3) Cfr. M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, (Paris 1976), pp. 170-171 : "Le droit subjectif est fondé sur l'idée que la personne est par elle-même créatrice de droit. En somme, on a transféré sur la tête de l'Homme, le privilège de Dieu dont la spécificité consiste précisément à créer ex nihilo. En ce sens, la notion de droit subjectif est proprement métaphysique. Pour penser cette notion, il faut 'croire' à 'l'Homme'".

Prérogatives inhérentes au sujet

sur la définition du droit subjectif; et c'est au XXe qu'on a vu naître les droits de la personnalité.

"L'Homme", puis le "sujet", puis la "personnalité" furent ainsi introduits à une place centrale dans l'univers juridique, mais ce ne fut pas sans rencontrer - et de nos jours encore - des résistances provenant de divers côtés.

Prérogatives inhérentes au sujet

CHAPITRE 1 — Les droits de l'homme

37. Dans le contexte international, les droits de l'homme connaissent un regain d'actualité sur le plan politique et juridique.

Les questions théoriques posées par cette institution sont nombreuses. Parmi celles-ci, on voudrait examiner la tension décelable entre - d'une part, la priorité des prérogatives que l'on veut reconnaître au profit de toute personne individuelle, et - d'autre part, la nécessaire antériorité du principe qui constitue la société dans laquelle ces prérogatives sont reconnues.

SECTION 1 - La priorité des droits de l'homme.

38. Née au 18ème siècle, dans un cadre national américain puis français, la notion des droits de l'homme s'est internationalisée au lendemain de la seconde guerre mondiale dans la Déclaration universelle de 1948 et dans la Convention européenne de sauvegarde de 1950.

On s'interroge encore sur l'efficacité d'une reconnaissance des droits de l'homme, au moins lorsque celle-ci n'est pas assortie d'un recours juridictionnel (4). Mais ce qui compte ici, ce n'est pas la juridicité plus ou moins importante que l'on peut leur reconnaître; c'est plutôt, dans le débat qui nous occupe, leur inspiration fondamentale.

On peut résumer cette inspiration en soulignant la priorité de certains droits subjectifs par rapport à toute organisation politique:

(4) V. par exemple à ce sujet, J.B. MARIE, La Commission des droits de l'homme de l'O.N.U. Avant-propos de René CASSIN : préface de Karel VASAK, Paris, Pedone, 1975, p. 308 : "Sans doute l'ensemble des normes qui sont exprimées dans les résolutions de la Commission n'ont-elles pas la valeur des normes proclamées solennellement dans une déclaration ou garanties juridiquement par un traité. Il s'agit plutôt, pour reprendre la belle traduction de la notion de 'soft law' proposée par (M. René-Jean Dupuy), d'un 'droit vert'."

Prérogatives inhérentes au sujet

"Il s'agit", écrit M. Ripert, "de faire pénétrer dans l'esprit de tous les hommes cette idée que le pouvoir politique n'est pas souverain, que la personne humaine a des droits et que la société n'est organisée que pour en assurer l'exercice" (5).

Ainsi, par la reconnaissance des droits de l'homme, la consistance propre du sujet de droit est-elle affirmée par rapport à toute élaboration législative (6).

39. Car cette consistance, cette "épaisseur métaphysique" existe avant toute constitution politique et donc par-delà toutes les constitutions politiques : "si l'on raisonne dans l'hypothèse actuelle, qui est celle du groupe-Etat, écrit M. Dabin, les droits de l'homme surclassent les Etats et les frontières, précisément parce qu'ils ne connaissent que la condition humaine, commune à tous les hommes. De là leur valeur universelle, nonobstant la diversité des applications ou même les divergences d'interprétation auxquelles ils peuvent prêter" (7).

(5) G. RIPERT : "Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique", D., 1950, Chron., p. 4.

(6) Cfr. J. DABIN, Le droit subjectif, op.cit., p. 46 : "Si l'Etat est justifié de requérir de ses membres les sacrifices et ceux-là seulement, que peut réclamer l'accomplissement de sa fin, à savoir le bien public, il est une limite qu'il ne saurait franchir : celle des droits de l'homme, au sens des droits essentiels de la personne humaine. Membre de l'Etat, l'individu n'en garde pas moins, au sein du groupe, son individualité, avec des droits opposables à quiconque, y compris l'Etat. Ou, sinon, quel avantage retirerait-il de la vie en Etat ? Et à quoi pourrait servir l'Etat sinon au perfectionnement des individus ?"; comp. G. SARVONAT, thèse citée, p. 36 : "Autour de l'être humain envisagé dans son unité, il y a tout un domaine, une sphère d'intimité, un quant-à-soi qu'il s'agit uniquement de protéger, auquel on n'a pas le droit de porter atteinte. C'est cette conception, vue sous un angle politique, qui est à la base de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789"; A. WEILL, Droit civil, t.1, 2ème volume, n° 452, p. 17 : "Les droits de l'homme sont ceux que la loi doit reconnaître à tout être humain en tant qu'homme. C'est le minimum de droits que doit contenir la personnalité, minimum auquel le législateur lui-même ne doit pas, en principe, pouvoir porter atteinte".

(7) J. DABIN, Le droit subjectif, p. 45.

Prérogatives inhérentes au sujet

"L'Homme" est vu ici dans la portée universelle du concept. C'est "l'Homme en soi" qui est titulaire des droits, quelle que soit la société où il vit, et quel que soit le régime politique de cette société.

40. Pour montrer la transcendance de "l'Homme" par rapport au pouvoir politique, on dit aussi que les droits dont cet "homme" est titulaire sont sacrés, ou encore qu'ils sont naturels. Sacrés, au sens où le pouvoir ne peut pas se permettre d'y toucher (8), naturels, au sens où ces droits relèvent d'un autre ordre que celui de la société civile : en deçà de la société, ils appartiennent à la nature.

Le droit tiré de la nature des choses signifie que si l'artifice politique multiplie les figures qui donnent forme aux rapports sociaux, il n'en est pas moins obligé de respecter certaines valeurs fondamentales qui tiennent à la personne même du sujet. L'expression "droits naturels" revient en divers endroits pour montrer que le pouvoir politique "n'a pas tous les droits" : il doit respecter une antériorité sinon chronologique, du moins logique, de certains droits subjectifs : les droits de l'homme (9).

(8) V. le Préambule de la Constitution française de 1946 : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain sans distinction de rang, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés".

Comp. G. SARVONAT, thèse citée, p. 35 : "Pour la philosophie chrétienne qui est encore à la base de notre civilisation juridique, dire que l'homme a une dignité prééminente, c'est reconnaître qu'il est une fin en soi, qu'il n'est au service de personne, ne doit jamais être considéré comme un moyen. Et parce qu'il est une fin en soi, il est inviolable et sacré et est un être libre".

(9) La correspondance qui existe entre les droits de l'homme et les droits naturels a déjà été relevée dans la doctrine. V. par exemple P. COULOMBEL, "Force et but dans le droit selon la pensée de Ihering", R.T.D.Civ., 1957, p. 623 : "La déclaration universelle des droits de l'homme, votée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, pourrait s'appeler la déclaration des droits naturels de l'homme, car tous les droits qu'elle énumère sont comme déduits par elle de la nature

Prérogatives inhérentes au sujet

41. Mais une telle prise de position en faveur de l'homme abstrait et universel - au point de reconnaître à cette entité de véritables droits - n'a pas été reçue partout avec la même conviction.

SECTION 2 - L'antériorité de la norme sociale.

42. La priorité des droits de l'homme a été contestée en plusieurs endroits au nom de l'antériorité du lien social.

Marx disait : "Aucun des prétendus droits de l'homme ne dépasse l'homme égoïste, l'homme tel qu'il est, membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé. L'homme n'y est pas considéré comme un être générique, au contraire, tout au contraire; la vie générique elle-même, la société, apparaît comme un cadre extérieur à l'individu, comme une limitation de son indépendance initiale" (10). L'entité métaphysique dont les humanistes se plaisent à reconnaître les "droits" n'est qu'un "homme" abstrait de tout contexte économique et social.

Etant universelle, cette abstraction se prête donc aisément aux visées expansionnistes du capitalisme international qui, lui aussi, traverse les frontières. Les "droits de l'homme" constituent une idéologie occidentale qui devrait pouvoir être exportée dans tous

(Suite note 9)

même de l'homme, affirmée dans l'article 1 : les êtres humains sont doués de raison et de conscience...; c'est la base inébranlable de leurs droits véritablement naturels".

Cfr. aussi P. KAYSER, "Les droits de la personnalité; aspects théoriques et pratiques", R.T.D.Civ., 1971, p. 456: "Les droits à la vie et à l'intégrité physique sont considérés comme des droits de l'homme par la Déclaration universelle des droits de l'homme, et comme des droits naturels par l'Encyclique Pacem in terris (art. 3 de la Déclaration, n°s 9 et 11 de l'Encyclique)".

- (10) K. MARX, La question juive, trad. MOLITOR, p. 195. V. aussi, sur la position de MARX envers les droits de l'homme, B. EDELMAN, Le droit saisi, p. 79.

Prérogatives inhérentes au sujet

les pays puisqu'elle entend protéger tout homme, quelle que soit sa particularité politique, sa position de classe, ou sa situation économique, mais ce n'est là que mystification (11).

43. Au terme d'une analyse de l'idéologie des droits de l'homme appréhendée "dans le cadre sociétairé où elle se trouve élaborée", M. Lenoble écrit : "Par l'intermédiaire de la protection accordée aux droits de l'homme, on transpose au niveau de concept à prétention universelle et rationnelle une visée idéologique qui masque la situation réelle des individus. La classe au pouvoir masque sous un discours universel la condition réelle du groupe social" (12).

(11) On pourrait sans doute comparer utilement l'effet social produit par les déclarations des droits de l'homme avec le rôle que joue, aux yeux de MARX, la religion. Celle-ci comme celles-là réalisent l'essence de l'homme, mais c'est de façon fantastique : elles protestent contre la misère faite à l'homme dans sa situation aliénée, mais c'est en confirmant cette aliénation : elles ne donnent pas à l'homme, aux hommes, les instruments nécessaires pour lire la réalité sociale et entamer une révolution qui, elle, ne s'exporte pas. Dans cette perspective, les droits de l'homme vérifieraient une formule célèbre en étant, comme la religion, "l'opium du peuple" (Cfr. K. MARX, Contribution à la critique de la philosophie du droit de HEGEL, trad. MOLITOR, Costes, Paris, p. 84).

(12) J. LENOBLE : "L'implicité de l'idéologie des droits de l'homme et de sa traduction juridique", *Annales de droit*, t. XXXIV (1974), p. 84. Pour l'auteur, l'idéologie des droits de l'homme confirme une cohérence dans notre totalité structurelle sociétairé. "Cette cohérence se traduit - au niveau économique par une organisation des rapports de production qui est celle d'une économie de marché, basée donc sur l'appropriation privée des moyens de production et la lutte de marché, - au niveau idéologique par notamment une visée anthropologique individualiste qui implique pour son maintien le recours à une égalité affirmée et au mécanisme de l'abstraction et de l'universalité dans les concepts utilisés, et - au niveau juridique par une volonté de couler la dynamique des relations interindividuelles sociétaires dans un cadre abstrait, général, formel, stable et à prétention rationnelle" (id., pp.87-88). A cette unité structurale, l'auteur relie d'ailleurs le phénomène du droit subjectif qui "présuppose une analyse de l'individu et de la relation à autrui fondée sur le mythe de l'entité propriétaire d'elle-même et partie avec autrui dans une relation antagonique" (p. 88).

Prérogatives inhérentes au sujet

44. Mais toute démarche explicative n'exerce pas nécessairement - loin s'en faut - le soupçon marxiste. Car il est des auteurs qui insistent sur la détermination sociale des "droits de l'homme", sans nécessairement dénoncer une superstructure idéologique commandée par l'infrastructure économique dominante. Il suffit pour cela de reconnaître la contingence de la particularité politique dans laquelle l'individu est appelé à exercer ses "droits".

45. Dans cette perspective, il est préférable de ne pas considérer les "droits de l'homme" comme autant de droits subjectifs que "l'homme" pourrait faire valoir envers et contre tous en sa qualité de "sujet" (13); il vaut mieux situer d'emblée le sujet de droit dans la société particulière où il s'insère nécessairement et réfléchir sur la condition juridique que doit lui reconnaître le pouvoir exercé en cette société pour que ce "sujet" y soit toujours reconnu comme "homme". Plus que sur les prétentions de l'individu, on insisterait alors sur le devoir que doit remplir la société envers ses membres pour que ceux-ci soient reconnus en leur dignité humaine.

Ce que disent les "droits de l'homme", c'est que l'organisation politique des rapports sociaux ne peut se faire en méconnaissant la qualité humaine des membres de la société organisée. Cette "qualité humaine" est sans doute largement indéterminée; mais précisément, elle devra recevoir à chaque époque et pour chaque société

(13) Comp. J. RENAULD, "Réflexions sur la nature des droits de l'homme", in R.D.I.D.C., 1968, p. 159 : "Concevoir les droits de l'homme, dans leur principe, sur le modèle du droit subjectif classique, c'est en faire autant d'exigences qui risquent d'opposer face à face l'individu créancier et l'ordre juridique assumant ici, assez paradoxalement, figure de débiteur. Or ceci risque de conduire à des antinomies sans issue. Depuis longtemps, en effet, on a fait observer que si le droit subjectif procède de l'ordre juridique positif, on ne voit guère comment l'individu pourrait revendiquer un droit subjectif quelconque à l'encontre de cet ordre".

Prérogatives inhérentes au sujet

les déterminations concrètes que le droit positif lui donnera, obéissant aux injonctions que lui fait cette "qualité d'homme" (14).

46. Sujet et société doivent ainsi reconnaître leur suprématie réciproque. D'un côté, c'est la société qui établit les droits, mais pour que l'ordre instauré par elle reste humain, cette société doit bien reconnaître au bénéfice de ses "sujets" un certain nombre de prérogatives que ceux-ci tiennent de leur qualité d'homme. D'un autre côté, alors que le sujet veut affirmer la priorité de ses droits par rapport à toute élaboration normative dans la société, il doit bien un jour quitter son piédestal métaphysique et moral, pour se mêler à la foule et reconnaître que ses "droits" n'ont de sens qu'au sein d'une entité sociale et politique déjà constituée.

Ainsi, par opposition au "principe de subsistance" qui consacre la priorité métaphysique ou morale du sujet, antérieure à toute norme sociale, joue "un principe d'altérité" au nom duquel un droit ne peut être reconnu à un sujet que par cette norme sociale elle-

(14) Comp.J. RENAULD, art.cité, in R.D.I.D.C., 1968, p. 164 : "Dans leur structure fondamentale (...), les droits de l'homme apparaissent comme dessinant les traits essentiels du statut juridique de l'être humain, dans le cadre de l'ordre juridique objectif. Ils sont, en définitive, dans leur principe, l'expression de la relation fondamentale selon laquelle l'individu s'intègre dans l'ordre juridique positif conformément à la structure logique de ce dernier et aux fins qu'il poursuit en un moment donné de son développement". La force de la position de RENAULD apparaît en ce que les droits de l'homme ne sont pas présentés comme une exigence imposée au droit en vigueur, mais comme une exigence du droit en vigueur : pour être valable, un ordre juridique, quel qu'il soit, implique "la reconnaissance de chacun comme situé par rapport à autrui dans une situation objectivée par son insertion dans une structure générale valable pour tous, ce qui implique respect de la situation ainsi faite à chacun ou, si l'on préfère, respect de chacun saisi à travers la situation qui lui est ainsi faite" (id., pp. 162-163).

Prérogatives inhérentes au sujet

même dont le premier principe dit pourtant qu'elle est postérieure à l'existence de ce droit (15).

47. C'est à l'intérieur de ce paradoxe qu'il faut comprendre non seulement la question du statut des droits de l'homme, mais encore, ainsi qu'on va le voir, les enjeux de la remise en cause du droit subjectif.

(15) En énonçant une confusion possible concernant la fonction du droit subjectif à l'intérieur du droit objectif, M. RIGAUX affirme : "La personne n'a de 'droits' à faire valoir que dans la société et par la société. Dès lors, il n'y a pas, juridiquement, de droits subjectifs innés, antérieurs à la société et dont le contenu s'imposerait au droit objectif". (F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, 1974, p. 19); pourtant, à la page suivante, l'auteur met à l'avant-plan des droits subjectifs "les droits fondamentaux (droit à la vie, à la subsistance, à la liberté), dont aucune personne ne saurait en principe être privée", et si des exceptions sont admises à ces droits, "le principe (pourtant) demeure sauf" car ces exceptions "dérogent, d'une manière limitative ou restrictive, à ce qu'il faut juger les droits fondamentaux de toute personne, appelés, pour ce motif, 'droits de l'homme'" (p. 20).

Si la personne n'a "juridiquement" de droits à faire valoir que "dans et par la société", de quel ordre est donc ce "principe" qui interdit qu'aucune personne soit privée de ses "droits fondamentaux" ?

Prérogatives inhérentes au sujet

CHAPITRE 2 — Le droit subjectif

48. Dans le débat mené autour du droit subjectif, il importe de savoir ce que les auteurs cherchent à attaquer ou à défendre; savoir aussi sur quel horizon de sens se détachent leurs critiques et leurs affirmations : est-ce le sujet lui-même qui est visé, ou bien le régime politique qui s'adresse à des sujets, ou encore la théorie juridique qui utilise la catégorie du "sujet" ? Cherche-t-on à décrire une notion ? ou à expliquer la persistance ou la condamnation de cette notion au nom d'un choix politique ? ou à l'évaluer en fonction d'une option éthique et philosophique ?

49. Aucune de ces démarches ne se discerne sans doute adéquatement des autres, mais on peut au moins tenter de les aborder successivement en explorant d'abord l'horizon descriptif de la science juridique, puis la grille explicative du choix politique, puis l'évaluation faite par la métaphysique et la morale.

En chacune de ces démarches, on tâchera de mettre en évidence les poussées, parfois contradictoires, qui, dans le champ de forces de la théorie générale du droit, déterminent la compréhension des prérogatives individuelles du sujet. Cet examen s'avère d'autant plus nécessaire qu'il faudra en confronter les conclusions avec les résultats de l'analyse juridique du sujet de droit en son corps.

SECTION 1 - La description scientifique.

50. Pour rendre compte de la tâche descriptive, on mentionne le projet scientifique de Duguit et celui de Kelsen. Ces deux auteurs ont en commun d'orienter leur réflexion vers les fondements du droit public, et de récuser l'un et l'autre les données de droit naturel ou de métaphysique qui viendraient encombrer la pure description du droit en vigueur. Mais alors que Kelsen entend étudier la norme pour elle-même et les fondements de sa juridicité en une "théorie

Prérogatives inhérentes au sujet

pure du droit", Duguît, lui, veut rendre compte de l'état du droit positif en invoquant la solidarité sociale dont l'inspiration socialiste met en cause le libéralisme de notre droit. Pour le premier, donc, l'analyse de la forme reste formelle : on ne sort pas de la démarche descriptive; pour le second, la description du réel observable est animée par une option politique précise. Leur critique commune du droit subjectif revêtira ainsi une signification différente chez l'un et chez l'autre.

51. Le normativisme kelsénien se signale, on le sait, par une réduction de tout le discours juridique à un jeu de normes qui doivent trouver chaque fois dans une norme supérieure le fondement de leur juridicité. Dans cette perspective, on dira que le droit subjectif est, tout d'abord, pour un individu, le "réflexe" de la conduite obligatoire imposée à un autre individu, mais, plus exactement, qu'il s'identifie à l'action en justice, c'est-à-dire au pouvoir juridique de faire valoir l'inexécution d'une obligation juridique. Dans ce dernier cas, l'individu apparaît comme "sujet" d'un droit (l'action en justice) distinct de l'obligation qui a donné naissance au droit réflexe.

Dans un cas comme dans l'autre, ainsi qu'on va le voir, c'est la norme objective qui prend toute la place.

52. Le droit réflexe désigne l'intérêt qu'un sujet retire d'une norme juridique déterminée, mais sans que ce sujet puisse lui-même mettre en jeu la protection juridique de cet avantage. Pour Kelsen, le droit subjectif se situe dans la même ligne : il existe des normes qui imposent telles conduites à tels individus; si un individu bénéficie d'un comportement imposé à d'autres, on dit qu'il a un droit subjectif, mais le contenu de ce "droit" est identiquement l'obligation imposée aux autres. Le "titulaire" du "droit subjectif" est donc entièrement dépendant du prescrit de la norme. Il n'est pas question de lui reconnaître un "droit" qui aurait

Prérogatives inhérentes au sujet

une priorité par rapport à la norme qui détermine les comportements (1). Car, dans la définition du droit subjectif, ce n'est pas l'intérêt qui est déterminant de la juridicité : il n'entre pas, en effet, dans le jeu des normes, mais c'est la protection dont, par réflexe, cet intérêt fait l'objet.

53. Dès lors, il y a droit subjectif au sens technique et précis du terme lorsque l'ordre juridique confère à un individu le pouvoir de faire valoir, par une action en justice, l'inexécution de l'obligation d'un autre individu. Or pas plus que le "droit-réflexe", ce "droit-action" n'existe en face du droit objectif comme quelque chose d'indépendant de lui, puisqu'il est, comme l'autre finalement, une norme juridique.

54. On range souvent Kelsen parmi les négateurs du droit subjectif. La proposition n'est pas rigoureusement exacte (2). Il est plus vrai de dire que cet auteur a évacué de la description du droit toute considération sur la "métaphysique du sujet" pour fonder son système sur un normativisme pur. L'expression "droit subjectif" peut être conservée comme une étiquette commode pour désigner certains aspects de la norme : soit que, imposant une obligation à

(1) Cfr. H. KELSEN, Théorie pure du droit, 2è éd., trad. Ch. EISENMANN, Paris, 1962, p. 175 : "L'idée traditionnelle que le droit est un objet de la connaissance juridique distinct de l'obligation - bien plus qu'entre obligation et droit, la priorité revient au droit -, cette conception doit sans doute être rapportée à la doctrine du droit naturel. Cette doctrine part de l'idée qu'il existe des droits naturels, innés à l'homme, antérieurs à tout ordre juridique positif, - et parmi ces droits, le droit subjectif de propriété individuelle joue un rôle prédominant"; mais pour l'auteur, "si l'on écarte l'idée de droits naturels, si l'on ne reconnaît d'autres droits que ceux qu'établit un ordre juridique positif, ces vues et ces thèses tombent du même coup : il apparaît qu'un droit subjectif dans le sens en question présuppose une obligation juridique correspondante, bien plus, qu'il est cette obligation juridique elle-même" (id., p. 176).

(2) Cfr. là-dessus, F. LONGCHAMPS : "Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine", A.P.D., t. IX (1964), pp. 62-63.

Prérogatives inhérentes au sujet

un "sujet", elle "accorde", par effet réflexe, un avantage à un autre individu, soit que, mieux encore, ouvrant une action en justice à un sujet, elle oblige les juges à sanctionner les violations de la norme dont se plaint le demandeur. Ce qui est exact, c'est que la catégorie du droit subjectif, utile pour décrire certaines situations, n'est absolument pas une pièce fondamentale de la "théorie pure du droit" élaborée par Kelsen (3).

55. La thèse énoncée par Duguit est plus agressive à l'égard du droit subjectif, mais elle se situe dans la même ligne que celle de Kelsen.

Car ici aussi, avant toute chose (avant tout "droit"), il y a une norme; non pas celle - abstraite - de la théorie kelsénienne, mais celle de la solidarité sociale : "Ce que l'on doit affirmer, ce n'est pas que les hommes naissent libres et égaux en droits, mais bien qu'ils naissent membres d'une collectivité et assujettis par ce fait à toutes les obligations qu'impliquent le maintien et le développement de la vie collective" (4).

(3) Cfr. H. KELSEN, op.cit., p. 184 : "L'établissement de droits subjectifs au sens technique ne constitue pas une fonction essentielle du droit objectif; ces droits subjectifs représentent un contenu simplement possible, nullement un contenu nécessaire du droit objectif; il s'agit d'une technique particulière dont il n'y a aucune nécessité à ce que le droit se serve, dont simplement il peut se servir."

Débordant son point de vue formel pour entrer dans la "démarche explicative", l'auteur ajoute : "C'est la technique caractéristique de l'ordre juridique capitaliste, en tant qu'il garantit l'institution de la propriété privée et tient donc tout particulièrement compte de l'intérêt individuel". On peut toutefois se demander, en faisant de la démarche kelsénienne elle-même, l'objet d'une analyse explicative, si la "théorie pure du droit", n'est pas, en fait (pour autant qu'on ose allier un fait à une "théorie pure"), la théorie de l'Etat libéral des sociétés qui ont versé dans l'économisme. V. là-dessus, F. RI-GAUX, Introduction, chap. 71, pp. 364-365.

(4) L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1927, 3è éd., t. 1 § 19 : Critique de la doctrine individualiste, p. 210.

Prérogatives inhérentes au sujet

56. Duguit redoute que l'on transporte purement et simplement sur le terrain du droit - discipline éminemment sociale - la métaphysique du sujet individuel et son "principe de subsistance". Pour cet auteur "la notion de droit subjectif n'est qu'un développement de la notion d'âme" (5).

Aussi, Duguit récuse-t-il toute figure du droit subjectif en tant que celui-ci désigne - et comment pourrait-on le définir autrement ? - "un pouvoir de volonté qui implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté titulaire de ce pouvoir" (6).

Il faut s'en tenir au réel observable et, ce qu'on voit, c'est que la loi impose certains comportements aux hommes vivant en société. Or, le respect de la loi par un individu ne confère nullement à un autre individu qui bénéficie, par hypothèse, de ce respect de la loi, une supériorité quelconque sur le premier : chaque membre est soumis à la loi du groupe et se trouve toujours par rapport à elle en état de "situation objective" et non pas de "droit subjectif".

57. Les critiques qui ont été faites à la théorie perturbatrice de Duguit comme d'ailleurs à celle de Kelsen, ont été nombreuses. On ne s'étonnera pas, qu'ici encore, elles viennent d'horizons différents, selon la nature de la démarche entreprise par chaque auteur.

Lorsqu'il s'agit seulement de décrire l'état du droit, on peut regretter que Duguit n'ait pas adopté la même position que Kelsen,

(5) Cfr. DUGUIT, op.cit. § 24, pp. 272-273 : "Dans le monde du droit (persiste toujours) la mentalité métaphysique ou, pour mieux dire, la mentalité théologique qui conduit juristes et législateurs à placer derrière toute activité socialement protégée des substances métaphysiques pour expliquer cette protection. Derrière les manifestations de la pensée et de la volonté humaine, on a imaginé une substance pensante et voulante, l'âme".

(6) L. DUGUIT, op.cit., t. 1, § 20, p. 217. V. là-dessus le commentaire de M. IONESCU, La notion de droit subjectif dans le droit privé, Bruxelles, (éd. 1978), p. 48 : "Duguit a trop insisté sur la notion de volonté qui entre dans la composition du droit subjectif et presque pas du tout sur l'idée d'intérêt. Le déséquilibre qui est intervenu entre les deux éléments a entraîné la chute fatale du droit subjectif".

Prérogatives inhérentes au sujet

lequel accepte, on l'a vu, la catégorie du droit subjectif, car elle permet de donner un nom, sous forme de droit-réflexe ou d'action en justice, à de nombreuses figures de notre droit. La critique s'en tient ici à un pur niveau technique, sans faire aucun reproche à Duguit de son agnosticisme métaphysique en droit. C'est la position de GénY : "De quoi s'agit-il en effet ? Tout uniment, de nous représenter à l'esprit et d'exprimer en formules ou mots adéquats, une situation de fait incontestable, la possibilité, pour tel ou tel individu, de faire jouer, en certaines conditions, la contrainte sociale" (7).

Mais le débat mené autour du droit subjectif déborde largement le cadre de la description.

SECTION 2 - L'explication politique.

58. Lorsqu'il émane d'un horizon non plus descriptif, mais "explicatif", le reproche adressé aux négateurs du droit subjectif peut être celui de manquer radicalement leur but en donnant la priorité à une norme "objective" alors que celle-ci est inspirée, dans la société que nous connaissons, par le subjectivisme : "Les attaques régulièrement lancées contre la théorie des droits subjectifs", écrit M. Rigaux, "qu'elles émanent de Duguit, de Scelle, de Kelsen ou de M. Villey, ne modifient pas les traits structurels d'un ordre juri-

(7) F. GENY : "Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT", R.T.D.Civ., 1922, p. 800; au terme d'une analyse des concepts employés par DUGUIT pour décrire les "situations juridiques subjectives", l'auteur affirme que la notion de droit subjectif - mais pas nécessairement le vocable - est indispensable à la présentation de notre droit. Pour une critique "technique" de DUGUIT, v. encore P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, 1963, p. 128 : "Sur le terrain de la technique juridique, il est (...) impossible de nier l'existence du droit subjectif sans faire tomber tout l'édifice actuel du droit privé".

Prérogatives inhérentes au sujet

dique que cette théorie décrit avec précision. La négation des droits subjectifs est même plus dangereuse qu'utile" (8).

59. Mais, sur le même plan politique, la critique peut prendre une direction contraire, à savoir l'affirmation des bienfaits du libéralisme par rapport aux périls que présente le socialisme. Ici, il s'agit de percevoir "combien il est dangereux de faire absorber l'individu par la société, quels risques on court à vouloir le considérer comme un simple facteur social" (9).

Tel est le point de vue de Roubier : "le droit subjectif n'est pas autre chose que la traduction de ce que les économistes nomment l'initiative privée, et nous ne croyons pas que ceux qui voudraient supprimer le rôle de l'initiative privée dans la vie économique, à supposer qu'ils puissent jamais y parvenir, auraient trouvé la voie qui conduit aux sociétés prospères" (10).

(8) F. RIGAUX, Introduction..., chap. 71, p. 362; v. déjà au chap. 6, p. 21 : "La controverse suscitée par la théorie des droits subjectifs est un faux problème dans la mesure où elle se limite à une critique terminologique : il ne suffit pas de nier les droits subjectifs si l'on maintient l'ensemble normatif que la théorie subjective explique de manière adéquate. Contrairement à ce que paraissent affirmer certains auteurs qui rejettent la théorie des droits subjectifs (citons : Duguit, Kelsen, Villey), il ne s'agit pas d'une idéologie placée sur un système de droit objectiviste, mais d'une théorie qui aide à dévoiler l'idéologie subjectiviste qui imprègne tout notre système de droit positif".

(9) J. FRANCOIS : "Contribution à l'étude de la personnalité", Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1932, p. 188.

V. aussi, dans le même sens, O. IONESCU, La notion de droit subjectif dans le droit privé, (éd. 1978), § 15, p. 51 : "Pour définir la critique faite à la doctrine de Léon DUGUIT, qui nie le droit subjectif, nous nous demandons s'il est dans l'intérêt de l'humanité de remplacer le vieux système des droits subjectifs par celui des fonctions sociales ?

Nous répondons sans hésitation, non. Seuls les droits subjectifs donnent la possibilité du complet développement de notre personnalité par l'idée de liberté qu'ils impliquent. Or, ce développement de l'individu est à la base du progrès social".

(10) P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, 1963, p. 128.

Prérogatives inhérentes au sujet

Ici le choix est clair : dans les rapports politiques entre l'individu et la société, il faut assurer d'abord le bien de l'individu, élargir au maximum son espace de liberté, pour pouvoir réaliser le bien de la société. Le choix socialiste est périlleux, parce que, pour pouvoir mener une politique "sociale", il remet en cause les situations acquises légitimement par l'individu.

60. A ce niveau du débat, on ne se demande donc plus si le "droit subjectif" est une catégorie exacte dans la description du droit en vigueur, on veut seulement savoir s'il est opportun de l'insérer dans le champ des forces politiques pour régler les relations des individus entre eux et avec le pouvoir.

61. Dans cette perspective, plusieurs auteurs ont déjà noté le caractère mythique du droit subjectif pour souligner le fait qu'il ne donne pas une représentation adéquate du réel observable, mais que sa fonction est de créer un mouvement. Mouvement soumis d'ailleurs à des tensions contradictoires, comme en toute politique, puisque le "droit subjectif" suscite aussi bien la mobilisation que la démobilisation, et que l'une comme l'autre sont l'objet, de la part des juristes, des commentaires les plus divers.

M. Villey, par exemple, en plaidant, ainsi qu'on va le voir, pour un retour à la notion gréco-romaine du juste comme rapport naturel entre les hommes, se montre très sceptique sur l'opportunité qu'il y a à créer de nouveaux droits subjectifs au profit de l'individu: droit au loisir, au travail, à la culture, à la santé ... mais il accorde "que la notion moderne du droit subjectif eut en son temps ses avantages; qu'elle fut un instrument de combat, qu'elle constitua l'un de ces mythes qui de par leur fausseté même sont générateurs de progrès - plus précisément qu'elle servit comme antidote à l'étatisme, au positivisme juridique moderne avec lesquels elle se mêle de manière si contradictoire". Et sur cette tactique, l'auteur donne son jugement de valeur en poursuivant : "Là où l'on enseigne que le droit est tout entier abandonné à l'arbitraire de l'état, mieux vaut encore équilibrer cette affirmation (surtout

Prérogatives inhérentes au sujet

quand on n'a pas trop peur de l'incohérence) en y joignant l'erreur contraire, savoir qu'il existerait des droits subjectifs de l'individu" (11). Ici donc, les mots valent pour ce qu'ils obtiennent comme résultat.

62. Sur ce plan de l'interprétation politique, toutes les explications sont possibles.

La catégorie du "droit subjectif" peut être employée pour soutenir les visées politiques de ceux qui veulent réformer le système en vigueur (12); mais elle peut être aussi utilisée par ceux qui veulent le maintenir; et il arrive que les premiers donnent finalement raison aux seconds. A ce sujet, M. Rigaux écrit encore : "La

(11) M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, 1962, p. 161. La même démarche est décrite par M. RIVERO, mais dans une perspective davantage accueillante aux évolutions contemporaines du droit, à propos du droit à la santé. L'auteur, après avoir mesuré le décalage qui existe entre les représentations que suscite dans l'esprit du public l'évocation du "droit à la santé" et la réalité précise (législation hospitalière et sécurité sociale) à laquelle il finit par se réduire, enchaîne : "Constater le caractère mythique du 'droit à la santé', c'est affirmer sa faiblesse, mais aussi sa force. Peu importe qu'un 'droit' n'ait aucune consistance sur le plan juridique, si, en tant que mythe, il est capable de mobiliser des énergies, d'inspirer à l'homme un effort pour obtenir ce qu'il croit lui être dû, et d'orienter ainsi le droit futur" ("Réflexions d'un juriste", in Cahiers Laënnec, mars 1967 : le droit à la santé, mythe ou réalité, p. 8). Mais l'auteur doit bien reconnaître que le mythe ne crée pas un mouvement à sens unique "Il se peut que le mythe du droit à la santé ait été, soit encore, un mythe créateur. Il se peut qu'il corresponde, chez ceux qui l'invoquent, à une représentation assez précise pour être efficace. Il se peut aussi qu'il ait obnubilé, en eux, le sentiment que chacun, quel que soit l'environnement social et juridique, est le premier responsable de sa propre santé."

(12) Cfr. M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, op. cit., p. 172 : "Toutes les luttes politiques et sociales du XIXe et du XXe siècle se sont déroulées sous ce mot d'ordre (= des droits subjectifs); toutes les lois libérales qui ont été ainsi arrachées à l'ordre bourgeois se justifient par les droits subjectifs, du droit à l'instruction à celui de la défense en passant par le droit d'association. En ce sens, comme toute idéologie de combat, l'affirmation des droits subjectifs fait partie d'une lutte vivante, encore efficace de nos jours".

Prérogatives inhérentes au sujet

doctrine des droits de l'homme et la multiplication des droits subjectifs qualifiés de sociaux (droits au travail, à la sécurité sociale, à l'éducation, à la culture, aux soins de santé, etc...) tendent à corriger quelques-unes des injustices provoquées par l'appropriation individuelle des moyens de production. Pour mieux préserver celle-ci, on a imaginé des droits nouveaux, souvent inconsistants, et l'idéologie des droits subjectifs en a été raffermie" (13). On le voit, dans la démarche explicative, le concept juridique est référé à sa fonction sociale de combat ou de pacification, de révélation ou d'occultation. C'est la réalité politique qui donne son poids, son sens, à chacun de mots utilisés.

Mais, ainsi qu'on l'a déjà dit, la critique peut émaner d'un autre horizon encore que de la description scientifique ou de l'option politique : c'est celui de l'évaluation philosophique.

SECTION 3 - L'évaluation philosophique.

63. A ce stade du débat mené autour du droit subjectif, la critique consiste à réaffirmer une option précise en faveur d'une pénétration de la morale dans le droit, rencontrant ainsi de front la contestation du droit naturel et de "toute autre proposition d'ordre purement métaphysique" menée par les négateurs du droit subjectif.

Pour exposer cette évaluation, on voudrait citer ici la réflexion de Dabin et celle de M. Villey; le premier, parce qu'il a défendu le droit subjectif au nom d'une conviction métaphysique portant sur l'éminente dignité de la personne humaine, et le second, parce que, partageant cette même conviction, il s'est pourtant refusé à l'exprimer en termes de droit subjectif.

(13) F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, op.cit., chap. 71, p. 362. L'auteur poursuit : "Les droits subjectifs patrimoniaux sont sortis renforcés de l'épreuve du socialisme, les possédants traditionnels n'ont perdu aucun de leurs privilèges, se bornant à disperser la menue monnaie des droits subjectifs nouveaux".

Prérogatives inhérentes au sujet

Nous aurons vu ainsi qu'il y a débat non seulement sur le point de savoir si le droit subjectif est une notion exacte dans la tâche de description du droit en vigueur, ou une catégorie opportune dans le jeu des forces politiques qui expliquent le droit, mais qu'il y a encore matière à discussion lorsqu'on se demande si le droit subjectif est un concept judicieusement choisi pour exprimer la valeur métaphysique de la personne.

64. La doctrine de Dabin est connue. Pour cet auteur, il faut admettre qu'il y a, juridiquement, une priorité de la norme objective sur le droit subjectif. On donne ainsi raison, d'une certaine façon, à Duguit et à Kelsen. Mais, contrairement à ce que croient les positivistes, ce qui détermine le droit n'est pas seulement juridique. Pour lui donner sa dimension complète, il faut aller jusqu'à saisir, en lui, ce qui touche proprement la liberté : il faut aller jusqu'aux valeurs morales. Cette option conduit Dabin à distinguer deux ordres dans la présentation du droit : l'ordre juridique, que nous avons appelé celui de la description, et l'ordre moral, ou de l'évaluation.

Cette distinction des ordres dans le droit objectif rejaillit évidemment sur le droit subjectif : "En définitive, il y a deux sortes de droit subjectif parce qu'il y a deux sortes de droit objectif. La notion de droit objectif n'est pas univoque, ni par conséquent celle de droit subjectif. Au regard de la norme morale de la justice, on aura le droit subjectif moral; au regard de la norme juridique ou règle de droit, le droit subjectif juridique" (14).

(14) J. DABIN, op.cit., p. 48-49. Et voilà résolu le paradoxe d'une priorité du sujet tout de même précédée par l'antériorité d'une norme. C'est qu'en effet la priorité et l'antériorité peuvent jouer en deux ordres différents. Sans doute le droit objectif est-il premier par rapport au droit subjectif, mais il faut bien voir que "le droit objectif n'est premier qu'à l'égard du droit subjectif de la même série, du même ordre. Ainsi le droit objectif juridique n'est premier qu'à l'égard du droit subjectif juridique : il n'y a de droit subjectif juridique qu'en vertu de la règle juridique, de la règle juridique positive, qui, en édictant et en sanctionnant le droit, le crée juridiquement. En revanche, le droit subjectif sera

Prérogatives inhérentes au sujet

Pour sauver la priorité des droits subjectifs par rapport à l'antériorité de la norme sociale, Dabin construit dans le domaine moral un décalque exact de la distinction opérée dans le domaine purement juridique entre le droit objectif et le droit subjectif. En affirmant la supériorité du plan moral sur le plan juridique (puisque le premier touche la liberté même en ses valeurs essentielles), l'auteur insiste du même coup sur la nécessité, dans toute élaboration de la norme sociale, de respecter la dignité, le "droit subjectif" de toute personne humaine.

65. On peut se demander, cependant, si ce louable souci devait nécessairement conduire l'auteur à reproduire purement et simplement dans la sphère éthique de la justice la distinction entre droit objectif et droit subjectif rencontrée dans l'exposition doctrinale du droit. Car la création d'un "droit subjectif moral" issu d'un "droit objectif moral" et prioritaire par rapport à un "droit objectif juridique" ne laisse pas d'être quelque peu artificielle : elle donne l'impression de figer indûment sur le plan moral ce qui n'est qu'une présentation possible du droit en vigueur dans nos sociétés. La réflexion de M. Villey va d'ailleurs montrer que cette construction est loin d'être indispensable.

66. On peut dire que M. Villey partage l'option de Dabin sur le respect de la dignité humaine et des libertés individuelles, mais plutôt que de l'exprimer dans la figure moderne du droit subjectif, l'auteur préfère l'appuyer sur le droit naturel classique (15).

(suite note 14)

premier au regard de la règle juridique si l'on envisage le droit subjectif moral en tant que la règle juridique aurait consacré un droit subjectif existant déjà comme tel sur le plan moral" (J. DABIN, *op.cit.*, p. 50).

- (15) M. VILLEY (*Leçons*, p. 158): "Je renoncerais cent fois plutôt à l'ensemble de ce plaidoyer pour le droit naturel classique qu'à mon 'droit' (si l'on parle ainsi) de dire ce qui me plaît, ou même à mon 'droit' aux vacances, ou à mon 'droit' de circuler. Même, dans le climat étatique où nous sommes plongés, devant les périls qu'aujourd'hui le positivisme juridique fait courir à la liberté, je préfère encore que ces

Prérogatives inhérentes au sujet

Pour le juriste tel que le conçoit M. Villey, la valeur infinie de la personne et de sa liberté est une donnée du problème que doit résoudre le droit, mais elle n'en est pas la résultante, car si on l'absolutise sans considération du contexte social où elle se présente, elle ouvre la porte à tous les rêves individualistes dans lesquels les droits subjectifs sont proclamés sans être garantis, ni même appréciés en fonction d'un ensemble social. Il ne faut pas confondre l'aspiration, même légitime, d'un sujet avec un quelconque droit subjectif, car le mot "droit" évoque toujours une mise en relation, et donc un équilibre à trouver, envers autrui: "Il est bon que chaque homme ou chaque corps ressente en lui une vocation à un développement infini de son être et de sa puissance. Mais l'esprit de justice a sombré, quand le droit se laisse envahir par les convictions subjectives unilatérales. Le droit doit tenir jalousement à sa situation d'arbitre, et son symbole est la balance." (16).

67. Alors que Dabin transpose dans le domaine moral la notion technique du droit subjectif imaginée par les juristes, et ce pour mieux assurer la défense de la consistance propre du sujet, M. Villey prend le contre-pied de cette démarche en insistant sur le fait que le droit subjectif est une construction dangereuse dans la théorie du droit car elle donne à croire que le sujet comme tel jouirait, déjà au plan métaphysique et moral, d'un certain nombre, toujours croissant d'ailleurs, de droits subjectifs. Le "principe de subsistance" qui affirme la nécessité de respecter la dignité de la personne humaine n'implique donc pas nécessairement l'adoption de la catégorie de droit subjectif au niveau juridique et moins

(suite note 15)

droits soient solennellement 'déclarés'. Seulement, la philosophie classique m'apparaît capable de nous rendre les mêmes services, dans un autre langage, plus exact. Et je ne vois pas que les grands philosophes classiques, encore qu'ils ne parlissent point de droits subjectifs, aient pour autant nié la substance de la plupart de ces libertés".

(16) M. VILLEY, Leçons, p. 163.

Prérogatives inhérentes au sujet

encore au niveau moral. L'individualisme repérable dans l'édification de cette construction juridique est trop dangereux, trop ruineux pour le droit, pour qu'il faille le revêtir d'une quelconque autorité morale.

Le "principe de subsistance" ne peut absolument pas se comprendre, pour un juriste, en dehors du "principe d'altérité" : c'est quand il y a rapport - et peut-être conflit - avec autrui qu'il faut apprécier "la dignité des personnes humaines" en présence les unes des autres. Plutôt que de redoubler les problèmes en multipliant les droits subjectifs au profit de chaque partie, ne vaut-il pas mieux considérer l'ensemble de la relation en déterminant ce qui, à son propos, pourrait bien être juste ?

SECTION 4 - La conclusion du débat.

68. Que conclure de ceci, sinon que la notion de droit subjectif se trouve au centre d'un débat dont l'ampleur est considérable ? Les humanistes y voient la consécration d'un "principe de subsistance" exprimant sous diverses formes - droits naturels, droits de l'homme ou droit subjectif moral - la priorité à donner au respect de la personne humaine conçue comme sujet de droit; mais déjà à ce plan de l'évaluation, il n'est pas certain que la catégorie du droit subjectif soit indispensable pour assurer le respect des valeurs qui touchent la liberté humaine.

Car lorsqu'elle est mise au pluriel, la liberté engage un ordre de justice qui ne peut se résoudre en une multiplication des "reconnaisances" ou des "déclarations" de droits. Il faut tenir compte, en effet, du caractère original de l'organisation sociale sans vouloir préjuger de ses réalisations par une absolutisation de la personne. Après tout, si le sujet individuel représente une valeur éminente, la relation à autrui n'en représente-t-elle pas une aussi ?

69. Si l'on quitte ce terrain des valeurs - à condition que ce soit possible - pour aborder celui des concepts positifs, on s'aper-

Prérogatives inhérentes au sujet

goit que la démarche descriptive n'aboutit pas non plus à des conclusions concordantes. Alors que la plupart des auteurs adoptent avec plus ou moins d'enthousiasme - plutôt plus chez M. Ionescu, plutôt moins chez Kelsen - la catégorie du droit subjectif pour son utilité à décrire le fonctionnement du droit, on a vu qu'un auteur au moins, Duguit, la récusait. La simple tâche descriptive ne fait donc pas l'unanimité des auteurs. C'est qu'elle engage non seulement une option sur les valeurs, ainsi qu'on vient de le rappeler, mais aussi un choix politique.

70. Si un auteur adopte la catégorie du droit subjectif dans ses descriptions du droit positif, en l'assortissant ou non d'un appel à la métaphysique du sujet, est-ce parce que, en politique, il opte pour le libéralisme ? Mais s'il récuse cette catégorie, est-ce parce qu'il a choisi la voie socialiste ou, de façon plus radicale, la voie marxiste ? Et la mobilisation que suscite le droit subjectif représente-t-elle un progrès social, ou bien la confirmation d'un ordre établi ?

71. Si les conclusions diffèrent à l'intérieur de chaque démarche effectuée pour rendre compte du droit, on voit aussi combien il est délicat de dissocier les différents plans. La donnée technique du droit subjectif apparaît pour certains auteurs et à certaines périodes de l'histoire, comme un instrument de promotion de "l'émminente dignité de la personne humaine", mais ne sert-elle pas aussi à cautionner un régime politique déterminé qui réduit le bien de tous au bien de chacun et, concrètement, à la propriété individuelle et à l'autonomie contractuelle (17) ?

(17) Cfr. par exemple la préface à la thèse de M. IONESCU, *op.cit.* (éd. 1931), où à propos des théories de DUGUIT, RIPERT écrit: "La négation des droits subjectifs, ce peut être seulement un amusement de l'esprit pour un juriste qui dans les jeux de la technique se plaît à reconstruire une théorie de droit. Mais qui peut assurer ce juriste que sa construction technique ne sera pas prise par d'autres pour une négation du respect de la personnalité, pour une destruction de situations acquises par l'hérédité ou le travail". On voit bien, ici, les inter-

Prérogatives inhérentes au sujet

Ambiguïté du droit subjectif ? On y rencontre en tout cas les différents niveaux de l'analyse juridique : celui des formes, celui des forces et celui des valeurs, mais peut-être l'originalité de la discipline juridique consiste-t-elle à ne pouvoir dissocier ces trois domaines ? (18)

(Suite note 17)

férences possibles entre une notion technique (le droit subjectif), une valeur morale (le respect de la personnalité) et un choix politique (la protection des situations acquises).

- (18) Pour montrer la légitimité d'une approche plurielle du phénomène juridique, citons le rapport de M. van de KERCHOVE au colloque consacré à la réforme des études de droit, bilan et perspectives (Faculté de droit de Namur, 1977), lorsque l'auteur aborde le problème de la "définition" du droit (pp. 73-74) : "Afin d'éviter la double impasse du dogmatisme et du scepticisme qui règnent souvent dans ce domaine, il conviendrait en particulier d'apercevoir que ce terme peut recouvrir des démarches très différentes, d'ailleurs compatibles entre elles, du moment qu'on en aperçoit les limites et les conditions de validité propres. C'est ainsi, par exemple, que la 'définition' du droit par sa finalité (telle que la réalisation de la justice ou du bien commun) n'est pas nécessairement incompatible avec la 'définition' du droit par un trait formel spécifique (tel que l'autorité dont il émane, la sanction dont il peut être l'objet ou la structure des règles dont il se compose), ou encore avec sa 'définition' par un fait social déterminé (tel qu'un rapport de forces socio-économiques ou la volonté d'un groupe dominant). Ces différentes 'définitions' du droit ne seront cependant compatibles que si l'on admet qu'elles recouvrent - ou peuvent recouvrir - en réalité des démarches différentes.

La première tend ainsi souvent à dégager ce que le droit doit ou devrait être (son idéal, son idée, son fondement, son but ou sa fin, selon des expressions courantes), en vue d'en orienter l'élaboration, de l'évaluer ou de la justifier.

Le deuxième tend à caractériser un concept, c'est-à-dire la signification que son auteur entend assigner au terme 'droit', en vue de délimiter l'objet de sa réflexion.

La troisième enfin tend à dégager certains facteurs qui déterminent en dernière instance l'apparition et la configuration particulière du droit dans une société donnée, en vue d'en fournir une explication synthétique."

On aura reconnu ici, mais dans un ordre différent, les trois démarches exposées au texte.

Prérogatives inhérentes au sujet

72. Quoi qu'il en soit, pour le moment, de la réponse à donner à cette question fondamentale, il faut aborder maintenant la dernière figure sous laquelle se sont exprimées, au XXe s., les prérogatives de l'individu. Elle touche d'ailleurs de fort près la question qui nous occupe, concernant la relation du sujet à son propre corps : il s'agit des droits de la personnalité.

Prérogatives inhérentes au sujet

CHAPITRE 3 — Les droits de la personnalité

73. Après les droits de l'homme au XVIII^e s., et le droit subjectif au XIX^e, voici que se présentent au XX^e s., dans l'arsenal des défenses du sujet, les droits de la personnalité.

On ne s'étonnera pas de ce que cette nouvelle construction juridique ait fait l'objet de débats analogues à ceux qui ont été tenus à propos des figures plus anciennes. On le montrera en rappelant brièvement la référence des droits de la personnalité aux droits de l'homme ainsi qu'aux droits innés. Nous serons alors en mesure de poser la question centrale pour notre propos : le droit de la personnalité - et, en particulier, le droit du sujet quant à son propre corps - doit-il se comprendre dans les termes du droit subjectif ?

SECTION 1 - La référence aux droits de l'homme.

74. On a relevé plus d'une fois en doctrine la correspondance qui existe entre les droits de l'homme et les droits de la personnalité. Il s'agit seulement d'une perspective différente à propos d'un même contenu. Pour les premiers, c'est la relation du sujet au pouvoir qui est touchée; pour les seconds, c'est le commerce des sujets entre eux.

Si les droits de l'homme situent l'individu comme sujet universel de droit par rapport à toute particularité politique, les droits de la personnalité, eux, posent davantage la question des relations privées entre les citoyens; ici, l'individu est protégé comme sujet tout à fait particulier par le droit en vigueur dans une société déterminée (1).

(1) Cfr. à la Commission de réforme du Code civil en France, l'avant-projet de M. HOUIN sur les droits de la personnalité (tome 6, année 1950-51, p. 33): "Quant à la réglementation de ces droits, elle peut être envisagée de différents points de vue :

Prérogatives inhérentes au sujet

75. Sans doute a-t-on pu légitimement établir une différence entre ces deux catégories de droits (2); ils n'en sont pas moins inspirés d'un souci identique : celui de protéger la personne humaine dans l'ordre du droit. Dès lors, la mise en cause des droits de l'homme (3) vaut également comme contestation des droits de la personnalité. Le même débat se joue d'ailleurs à propos des droits innés.

(Suite note 1)

- a) dans les relations de l'individu et de l'Etat, il s'agit d'une limitation des droits du législateur, du gouvernement ou de l'administration. C'est la question des droits de l'homme et des libertés publiques. Elle ne paraît pas du ressort du Code civil. Il suffit que celui-ci affirme l'existence des droits de la personnalité;
- b) dans les relations avec les tiers, il ne s'agit que d'un problème de respect des droits de la personnalité et, par suite, de responsabilité".

Il reste que les droits de l'homme peuvent aussi être invoqués par les citoyens dans leurs relations mutuelles. V. là-dessus, J. RIVERO : "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées"; liber Amicorum René Cassin, t. III, pp. 311-322 et, réciproquement, que les droits de la personnalité doivent être respectés aussi bien par les pouvoirs publics que par les individus (cfr. D. TALLON, Enc. Dalloz, V° Personnalité, n° 4).

V. encore R. NERSON, Rapport sur la protection de la personnalité en droit privé français, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIII (1959), p. 64 : "Les auteurs ont eu tendance à transposer sur le plan du droit civil la théorie des droits de l'homme et ils ont découvert ainsi les 'droits de la personnalité'". Comp. J. CARBONNIER, Droit civil, t. I., p. 250 où les "attributs de la personne physique" doivent s'entendre comme étant "un certain nombre de prérogatives appartenant à toute personne comme par droit de naissance, des sortes de droits de l'homme, au sens de la Déclaration de 1789, mais dans le plan du droit privé, non plus du droit public : des droits de l'homme opposables aux autres hommes".

- (2) On lit chez MAZEAUD (Leçons de droit civil, t. I, vol. 2, p. 658) que le droit de propriété par exemple est un droit de l'homme, mais non un droit de la personnalité; mais que, par contre, le "droit à notre image", qui est un droit de la personnalité, n'est pas un droit de l'homme.
- (3) v. supra n° 42.

Prérogatives inhérentes au sujet

SECTION 2 - La référence aux droits innés.

76. Le souci de protection des prérogatives du sujet se manifeste certainement dans la création de ce qu'on a appelé les "droits innés".

Il n'est peut-être pas nécessaire de remonter jusqu'à Alphonse Boistel, ce "père" français des droits de la personnalité, pour s'en rendre compte. Pour cet auteur, chacune des facultés intellectuelles, volitives et sensitives de la personne fait l'objet d'un "droit purement interne". S'il en est ainsi, c'est parce que la personne elle-même est la forme de tout droit. A propos des droits innés, Boistel écrit : "Ces droits, que l'homme apporte avec lui en naissant, sont d'abord sa personne même, qui est en lui le droit formel et vivant, d'où dérivent tous les autres droits" (4).

77. Qu'il suffise ici de noter, à la suite de Roubier, que cette catégorie des droits innés revit, sous une forme curieuse, avec la théorie des droits de la personnalité, puisque : "sous ce nom, on désigne couramment aujourd'hui une forme de droits qui confèrent à une personne, du fait même qu'elle est une personne, une protection contre des faits de confusion, de violence, ou de dénigrement: le droit au respect de l'individualité (...), le droit au respect de son intégrité physique (...), le droit à son intégrité morale" (5).

(4) A. BOISTEL, Cours de philosophie du droit (Paris, 1899), § 98, p. 189. Pour une critique de ces "droits internes", v.R. NERSON, thèse citée, p. 354.

Déjà, dans ses "Principes fondamentaux", BOISTEL avait donné cet axiome : "Le principe moral qui protège le droit, c'est l'inviolabilité de la personne humaine. Cette idée, que toute personne est sacrée et inviolable pour toute autre personne, est admise comme une donnée évidente, fournie à tous par le bon sens; et je ne crois pas qu'aucun esprit, quelque peu réfléchi, ait jamais la pensée de le contester. C'est l'axiome fondamental sur lequel peut et doit s'établir toute la doctrine du Droit" (op.cit., § 41, p. 72).

(5) P. ROUBIER, "Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs", A.P.D., tome IX (1964), p. 85. Sur les parentés existant entre les droits innés, les droits natu-

Prérogatives inhérentes au sujet

En entrant dans la société, le sujet est déjà "quelqu'un", une personne, un homme. Son statut économique et social pourra varier considérablement par rapport à celui de tout autre sujet, en fonction de la plus ou moins grande part de "droits" qu'il aura acquis; mais il existe des droits qui ne doivent pas être "acquis", ils tiennent à la personne même du sujet; ils sont des droits de la personnalité, innés.

78. On ne reprendra pas ici, à propos des droits de la personnalité dont l'homme serait titulaire du seul fait de sa naissance, le raisonnement tenu sur la priorité des droits de l'homme ou du droit subjectif par rapport à la norme sociale. Car on voit bien comment poser aux uns la question posée aux autres : Est-il vrai que du seul fait de sa naissance, l'individu serait titulaire de droits ? Ce qui est "inné", c'est une vie, un désir, un besoin, un corps; le droit ne vient, pour ainsi dire, qu'après, lorsqu'il y a relation et organisation sociale. C'est la raison pour laquelle certains auteurs renoncent à l'expression "droits innés", préférant parler de biens innés dont la protection est assurée par le droit (6).

79. La référence des droits de la personnalité aux droits de l'homme et aux droits innés montre suffisamment que ces nouvelles

(Suite note 5)

rels et les droits de la personnalité, cfr. aussi AUBRY et RAU, Droit civil français, par ESMEIN, t. II, § 162-3 : "A l'expression biens innés, en rapport avec la conception des droits naturels de l'homme des théoriciens du contrat social, on substitue aujourd'hui celle de droits de la personnalité. L'idée de base est la même, à savoir que la personne humaine est respectable, qu'une certaine autonomie doit lui être reconnue, à tel point qu'il ne doit pas lui être permis d'y renoncer"; Cfr. aussi A. SAYAG, Essai sur le besoin créateur de droit (Paris, 1969), p. 63.

(6) Cfr. R. NERSON, thèse citée, pp. 343-344; v. aussi L. MARTIN, "Le secret de la vie privée", R.T.D.Civ., 1959, p. 238 : "A juste titre, M. NERSON rejette la notion de droit inné : il ne servirait à rien de qualifier 'droits' les facultés reconnues à l'homme si cette affirmation ne permet pas d'attacher à ces droits des prérogatives plus précises".

Prérogatives inhérentes au sujet

prérogatives reconnues à la "personnalité" de l'homme connaissent aussi la tension découverte entre la priorité du sujet de droit et l'antériorité de la norme sociale.

Ceci nous conduit à préciser notre question quant au lien qui relie le droit de la personnalité au droit subjectif.

SECTION 3 - La référence au droit subjectif.

80. Comme les droits de l'homme et la figure générale du droit subjectif, les droits de la personnalité font question dans leur existence même. Mais il s'agit là d'un problème de philosophie sociale concernant l'articulation de l'existence subjective et de la norme positive.

Avant de tenter de l'éclairer quelque peu dans la dernière partie de cet ouvrage, il importe de préciser davantage les termes utilisés.

81. Que veut-on mettre dans cette catégorie des droits de la personnalité ? Si ces droits sont reconnus au bénéfice d'un sujet déterminé, à quoi celui-ci peut-il prétendre du fait de cette reconnaissance : à quoi a-t-il "droit" ?

Car il est inutile de débattre sur la priorité des droits subjectifs ou l'antériorité de la norme sociale si l'on n'est pas d'accord sur la signification du "droit" que l'on retrouve successivement dans les "droits de l'homme", puis dans le "droit subjectif", puis dans la dernière création des "droits de la personnalité". Pour savoir s'il y a droit, il s'impose de connaître les contours de ce terme.

82. Il est évident que cette mise au point est fondamentale pour comprendre le régime juridique du corps humain, pour savoir, en particulier, si la relation d'un sujet à son propre corps peut être

Prérogatives inhérentes au sujet

pensée dans les termes du droit subjectif et, plus précisément, du droit de la personnalité (7).

83. Au titre suivant, nous allons voir en quoi consiste le droit subjectif. On y découvrira d'emblée l'existence d'un double régime: celui du pouvoir reconnu, et celui de l'intérêt protégé.

(7) Notre propos étant d'étudier le régime juridique, au civil et au pénal, des relations privées nouées par les sujets de droit à propos du corps humain, on ne s'attardera plus guère, dans la suite de ce travail, sur les droits de l'homme qui constituent, on l'a vu, une protection invoquée par les sujets dans leurs relations avec l'autorité publique. En régime privé, on s'attachera à la notion générale du droit subjectif et à la catégorie particulière des droits de la personnalité.

TITRE II

LE DROIT DE LA PERSONNALITE ET LE DOUBLE REGIME DU DROIT SUBJECTIF

84. La doctrine classique définit le droit subjectif par une double note : celle d'un pouvoir exercé par la volonté du sujet de droit, et celle d'un intérêt que le droit protège au bénéfice de ce même sujet.

On exposera au dernier chapitre de ce titre la position des auteurs qui, alliant l'apport de Ihering à celui de Savigny, adoptent cette définition mixte du droit subjectif.

85. Mais puisqu'il s'agit de savoir si cette définition, qui s'est imposée dans la doctrine, s'applique bien au droit de la personnalité et, particulièrement, à la relation d'un sujet envers son propre corps, il importe de la disséquer et de la décomposer en ses deux éléments pour voir si, dans tous les cas, une recombinaison est possible. On s'apercevra alors que cette conjonction du pouvoir et de l'intérêt semble bien impraticable lorsqu'il s'agit des valeurs personnelles du sujet, car si Ihering admet l'existence d'un droit de la personne sur elle-même, Savigny l'exclut vigoureusement.

On voudrait voir à partir de quelles prémisses ces deux auteurs aboutissent à des conclusions contradictoires. Pour l'exposé on suivra l'ordre chronologique : d'abord Savigny, et puis Ihering.

Double régime du droit subjectif

CHAPITRE 1 — Le régime du pouvoir reconnu et la négation du jus in seipsum

86. L'idée de "droit" au sens subjectif du terme connote assez immédiatement celle de "pouvoir régulièrement exercé". Le sujet qui prétend "avoir le droit" affirme un "pouvoir" dont personne ne peut lui contester la légitimité. Dans cette optique, le droit subjectif évoque un pouvoir personnel, une volonté dans le chef d'un sujet, en même temps qu'un respect, une acceptation dans le chef des autres sujets au sein de la société.

Il évoque un espace où la liberté individuelle peut s'exercer dans des frontières reconnues par tous. On y trouve une maîtrise, mais celle-ci n'est pas l'exercice d'une force brutale, d'une violence. Car outre la maîtrise, il y a, dans la définition même du droit subjectif, la reconnaissance sociale.

87. L'articulation de ces deux notes - maîtrise par l'individu et légitimation par la société - pose le problème de philosophie sociale exposé au Titre précédent. On n'y reviendra pas; on veut seulement décrire ici la position des auteurs qui situent le droit subjectif en régime de "pouvoir reconnu" ainsi que les controverses que ce choix a suscitées.

Ensuite, on s'attachera à l'analyse des situations que le droit protège au bénéfice d'un sujet mais qui, n'étant pas rangées dans la classe des droits subjectifs, sont appelées "situations objectives". Puisque c'est parmi celles-ci qu'on rangera les prérogatives qu'un sujet détient sur sa propre personne, on sera amené, finalement, à mettre en cause la catégorie du "droit" de la personnalité.

SECTION 1 - Le droit subjectif chez Savigny.

88. Savigny est, avec Windscheid, l'auteur le plus souvent invoqué pour avoir défini le droit subjectif dans les termes du pou-

Double régime du droit subjectif

voir. Pour lui, "si nous considérons l'état du droit tel que dans la vie réelle il nous entoure et nous pénètre de tous côtés, alors il nous paraît que s'y trouve d'abord le pouvoir qui appartient à la personne individuelle : un domaine dans lequel sa volonté règne, et règne avec notre consentement. Cette puissance (diese Macht), nous l'appelons un droit (ein Recht) de cette personne, synonyme de faculté (gleichbedeutend mit Befugnis) : quelques-uns l'appellent le droit au sens subjectif" (1).

89. On trouve ici les deux notes annoncées : le pouvoir d'un individu et le consentement des "autres". Cela signifie qu'on ne pourra jamais porter un jugement sur un pouvoir individuel sans le situer dans son contexte social : d'abord dans le rapport de droit dont il fait partie (2), par là, dans l'hypothèse de la règle de droit commandée par l'institution juridique concernée (3), et finalement dans le système global que l'on peut considérer - nous sommes au 19^e siècle - comme un grand tout organique (4).

90. On peut donc avancer que, pour Savigny, le droit se définit comme un pouvoir de l'individu, mais c'est à l'intérieur d'un domaine soigneusement délimité (défini) par le contexte social. L'image

(1) K. von SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin, Veit, 1840, t.I, § 4, p. 7 : la traduction s'inspire de GUENOUX, SAVIGNY, Traité de droit romain, Paris, Didot, 1855.

(2) "Le jugement porté sur un droit individuel ne peut être vrai et convaincant que dans la mesure où il dérive d'une considération d'ensemble du rapport de droit (von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses)", id., § 4.

(3) "Si (donc) nous ne nous arrêtons pas à l'apparence immédiate mais que nous pénétrons dans l'essence de la chose, alors, nous reconnaissons qu'en fait chaque rapport de droit (Rechtsverhältnis) se trouve sous une institution juridique (Rechtsinstitut) qui lui correspond comme son type et qui est commandée par elle de la même manière que le jugement individuel est commandé par la règle de droit", id., § 5.

(4) "Toutes les institutions juridiques sont liées en un système et (...) elles ne peuvent être comprises complètement que dans la grande structuration (Zusammenhang) de ce système dans lequel apparaît à nouveau la même nature organique (= la même que dans les institutions juridiques)", id., § 5.

Double régime du droit subjectif

de la frontière vient assez spontanément : "s'il faut que des êtres libres (...) puissent se trouver les uns à côté des autres, s'encourageant mutuellement et ne s'entravant pas dans leur développement, alors ceci n'est possible que par la reconnaissance d'une frontière invisible à l'intérieur de laquelle l'existence (Dasein) et l'activité (Wirksamkeit) de chaque individu gagnent un espace assuré et libre (einen sichern, freien Raum gewinnen)." (5).

Il y a des frontières, un pouvoir, une indépendance, une reconnaissance, une sécurité, une liberté ... Tous ces termes donnent une coloration nettement "politique" à la définition du droit subjectif : puisque les hommes sont perpétuellement en contact les uns avec les autres, il faut mettre de l'ordre dans leurs relations en assignant à chaque sujet le "territoire" dans lequel, du consentement de tous, il pourra faire ce qu'il veut (6). A ce stade, on ne dit rien encore sur la finalité des actes qui seront posés en chacun des "territoires" ainsi définis. Tout se passe comme si, voulant parer au plus pressé, on s'attachait d'abord à ordonner le jeu indéfini des diverses interactions personnelles sans chercher à imposer à la liberté d'autres contraintes que celles qui résultent

(5) id. § 52, voir aussi au même paragraphe la phrase souvent citée : (Cette) détermination (du rapport de droit comme relation de personne à personne) par une règle de droit consiste en ceci qu'un domaine est assigné à la volonté individuelle dans lequel elle peut régner indépendamment de toute autre volonté (unabhängig von jedem fremden Willen)."

(6) On rapprochera cette préoccupation de SAVIGNY et des auteurs qui situent le droit subjectif en régime de "pouvoir reconnu" des finalités de la politique que M. FREUND dégage dans son livre L'essence du Politique (Sirey, 1965) : la politique est "l'activité sociale qui se propose d'assurer par la force, généralement fondée sur le droit, la sécurité extérieure et la concorde intérieure d'une unité politique particulière en garantissant l'ordre au milieu des luttes qui naissent de la diversité et de la divergence des opinions et des intérêts" (p. 751).

Ici, pour garantir l'ordre au milieu de la diversité sociale, la politique assigne à chaque individu un domaine où il sera en sécurité puisque les frontières de cet "espace de liberté" seront reconnues de tous.

Double régime du droit subjectif

de cette nécessité politique. Ainsi se distinguent le droit et la morale (7).

Une telle définition du droit subjectif par le pouvoir reconnu au sujet a rencontré de nombreuses adhésions.

SECTION 2 - Le succès de la définition.

91. On se contentera ici de nommer quelques auteurs appartenant à cette "famille" qui reconnaît dans le droit subjectif l'exercice d'un pouvoir (8).

Dans son article sur les droits de la personnalité, M. Kayser cite les ouvrages qui exposent cette doctrine : on y trouve les traités généraux de G. Ripert, L. Julliot de la Morandière, H., L. et J. Mazeaud et de Juglart, G. Marty et P. Raynaud, J. Carbonnier et A. Weill (9).

(7) Pour SAVIGNY, "le droit sert la morale (die Sittlichkeit), non pas en ce sens qu'il accomplirait son commandement; mais bien en ce sens qu'il garantit à chaque volonté individuelle le libre développement de sa force. Son essence (Dasein) est autonome (selbständiges); c'est la raison pour laquelle il n'y a pas de contradiction si dans un cas déterminé on affirme la possibilité de l'exercice immoral d'un droit effectivement disponible". (id. § 52).

Or, pour M. FREUND, ce qui distingue la morale du droit est précisément le caractère politique de celui-ci : "Quand il s'agit d'analyser une dialectique comme le droit par exemple, il faut d'abord expliquer pourquoi il ne saurait y avoir de droit que si la politique et la morale sont données au préalable et ensuite, analyser ses présupposés propres et son but spécifique". (L'essence du politique, op. cit., p. 5).

(8) M. IONESCU range parmi ces "représentants de la théorie volontariste", outre Savigny et Windscheid déjà cités : Gierke, Zitelmann, Hölder, Binder et Wendt en Allemagne, Del Giudice, Romagnosi et Rosmini en Italie, Saleilles, Cuche et Gorovtseff en France (v. La notion de droit subjectif dans le droit privé, Sirey, 1931 p. 79; la liste est pratiquement la même dans la deuxième édition, Bruylant, 1978, p. 111).

(9) P. KAYSER, "Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques", R.T.D.Civ. 1971, pp. 450 et 451.

Double régime du droit subjectif

92. Lorsque la notion même de droit subjectif est contestée en doctrine, c'est généralement parce qu'elle est comprise comme impliquant nécessairement un pouvoir de l'individu. Ainsi chez Duguit (10) et M. Villey (11), comme on a eu l'occasion de le voir au titre précédent dans le débat sur la consistance du droit subjectif.

93. La définition du droit subjectif par le pouvoir de la volonté est adoptée et explicitée par Roubier, qui ajoute une note à la description de ce pouvoir : la faculté de renonciation. Celle-ci mérite un examen attentif, car cette faculté pousse à la limite la conception particulière du droit subjectif en régime de pouvoir reconnu. Roubier a entrepris une étude d'ensemble sur le droit subjectif, plus exactement sur les "droits subjectifs et situations juridiques" (12) puisque, selon lui, toutes les "situations juridiques" ne sont pas des "droits subjectifs" (13). Il existe en effet des "situations objectives" qui "comportent souvent plus de charges que de droits véritables, et dont leurs titulaires ne peuvent, pour ce motif,

(10) v. supra n° 56, et L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, op.cit., § 1 : "Éliminer tout ce qui n'est pas un fait directement constaté, éliminer notamment la notion purement métaphysique du droit subjectif, c'est-à-dire le pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit. C'est l'effort que je tente." (soulignement ajouté).

(11) v. supra n° 66 et M. VILLEY : "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam" in Archives de philosophie du droit, tome IX : le droit subjectif en question, p. 102 : "Toute discussion serait vaine, si l'on ne s'entend premièrement sur le sens du terme discuté; et mieux vaut sûrement lui donner un sens univoque : le droit subjectif est un pouvoir du sujet individuel, pouvoir auquel une certaine école de juristes accorde la consécration - et parfois, postérieurement, grâce à l'intervention de l'Etat - la sanction du droit. Je ne pense ici rien avancer qui sorte de la saine tradition; et l'usage contemporain ne s'écarte de cette tradition qu'en sombrant dans l'incohérence."

(12) Cfr. P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

(13) V. là-dessus, O. IONESCU, op.cit. (édit. 1978), pp. 93-94; P. KAYSER, art. cité in R.T.D.Civ. 1971, p. 452 et A. SAYAG, op.cit., pp. 59-60.

Double régime du droit subjectif

librement se désister" (14). Par contre, les "situations subjectives" sont caractérisées par le fait qu'en découlent principalement "des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent (...) en principe renoncer" (15).

94. On voit par là que la base principale des situations juridiques subjectives (ou droits subjectifs) est la volonté. Celle-ci recherche toujours son profit, et lorsqu'une situation présente pour elle plus de charges que d'avantages, elle y renonce. A la base du droit subjectif, se trouve une prérogative dont son titulaire doit pouvoir disposer et auquel il peut donc renoncer : ainsi, dans les conditions déterminées par la loi, le mouvement de la volonté individuelle anime-t-il les situations subjectives dans son jeu d'appropriation des avantages et de renonciation aux charges (16). Ce dont le sujet ne peut entièrement disposer (jusques et y compris par la renonciation) ne peut être, conclut Roubier, l'objet d'un droit subjectif (17).

(14) P. ROUBIER, op.cit., p. 2. V. l'analyse de ces situations, infra n° 101.

(15) P. ROUBIER, op.cit., p. 73. Dans sa définition, l'auteur ajoute que ces situations sont régulièrement établies, par acte volontaire ou par la loi, permettant ainsi au bénéficiaire d'envisager l'avenir avec sécurité.

(16) Cfr. P. ROUBIER, op.cit. comp. pp. 72-73 et pp. 128-129. Cette position est reprise par l'auteur dans son article "Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs", A.P.D., tome IX, p. 85 : "Le droit subjectif représente un bien (...) qui est approprié par le sujet, et sur lequel il peut compter selon l'organisation juridique; mais la logique de cette appropriation veut que le droit subjectif constitue entre les mains de son titulaire un bien dont il puisse disposer, soit au profit d'un tiers par voie de transfert soit dans le cas où il ne pourrait le transférer, par voie d'abandon. Cette prérogative, grâce à ses avantages, permet au titulaire de dire : 'c'est mon droit'."

(17) Pour une critique de cette position, v. A. SAYAG, Essai sur le besoin créateur de droit, Paris 1969, p. 60 et sv. qui y voit une "intention volontairement destructive" et une "conception réactionnaire". Il est vrai que la définition de ROUBIER s'oppose à la thèse de M. SAYAG, selon laquelle le besoin - dont on ne dispose évidemment pas - est créateur de droit subjectif (v. infra n° 143).

Double régime du droit subjectif

Ayant ainsi décrit sommairement le droit subjectif en régime de pouvoir reconnu, on voudrait aborder maintenant l'une ou l'autre objection faite à cette position.

SECTION 3 - Les objections faites.

95. La principale critique faite à Savigny est celle qui est tirée du caractère formel du pouvoir reconnu à l'individu; en lui accordant un "droit", on lui délimite un espace de liberté : mais c'est pour quoi faire ? Quelle est l'utilité, le contenu de ce pouvoir de volonté ainsi reconnu ? Peut-on faire du droit subjectif un cadre vide dont la forme ne contiendrait aucune matière ? Selon Ihering, "les droits ne sont pas là pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, mais bien pour servir les intérêts, les besoins et les buts de la vie" (18), ou encore : "le droit n'est pas là pour la volonté, mais bien la volonté pour le droit" (19). Mais puisque cette critique engage une autre conception du droit subjectif, on en réserve les développements pour le chapitre suivant.

96. On retiendra plutôt ici l'objection, avancée également par Ihering, selon laquelle le droit ne peut se définir par le pouvoir de volonté puisqu'il existe, en droit positif, des individus qui n'ont pas ce pouvoir et à qui pourtant on reconnaît des droits

(18) R. von IHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, achte Auflage, 1954, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, t.I., § 60, p. 337, cf. aussi la traduction par O. DE MEULENAERE : R. von IHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 3e éd., Paris, Marescq, 1886-1888.

(19) IHERING, id., § 60, p. 333. Sur le caractère formaliste de la définition du droit subjectif par le pouvoir, v. encore R. DEMOGUE, "La notion de sujet de droit" R.T.D.Civ., 1909, pp. 611 à 655; M. DJUVARA, "L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques", Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1940, pp. 110 et sv.; J. DABIN, Le droit subjectif, op.cit., pp. 64 et sv.; K. NEUMAYER, "Les droits sans sujet", Revue internationale de droit comparé, 1960, p. 353.

Double régime du droit subjectif

subjectifs : "Si le but du droit au sens subjectif consiste dans la puissance de volonté, alors les personnes sans volonté ne peuvent avoir aucun droit, car pour eux, ce but ne peut être atteint, si l'on suppose que la capacité juridique et la capacité de la volonté coïncident. Comment ceci peut-il se concilier avec le fait que tous les droits du monde (je ne connais, du moins, aucun exemple du contraire) reconnaissent et protègent au bénéfice des enfants et des aliénés non pas seulement ce qui est purement humain de la personnalité, le corps et la vie, mais leur accordent aussi avec quelques minimes modifications la capacité patrimoniale comme aux personnes douées de volonté ?" (20).

Si des droits sont reconnus à des êtres qui n'ont pas de pouvoir, c'est qu'il faut renoncer à situer ces droits en régime de "pouvoir reconnu" (21).

97. On trouve pourtant une réponse à l'objection faite à la définition de Savigny. Roubier qui situe, comme on l'a vu, la situation juridique subjective en régime de pouvoir, argumente à partir de la représentation: "il ne faut pas raisonner sur les cas exceptionnels, mais sur des cas normaux. Normalement, l'incapable est représenté; pour les actes de caractère trop personnel, pour lesquels la représentation est impossible (p. ex. : testament), la personnalité juridique se trouve alors diminuée d'autant chez l'incapable

(20) IHERING, op.cit. § 60, p. 332. On relèvera ici, pour l'utiliser dans les analyses subséquentes, la distinction faite entre une sorte de capacité minimum qui touche le corps et la vie (das rein menschliche der Persönlichkeit, Leib und Leben) et la capacité patrimoniale (Vermögensfähigkeit).

(21) DUGUIT tire de l'argument une autre conclusion : puisque le droit subjectif se définit par le pouvoir, et que les incapables n'ont pas de pouvoirs, ils n'ont donc pas de droits. Dira-t-on que leurs intérêts matériels et moraux sont pourtant énergiquement protégés contre toute atteinte ? L'auteur répond que cette protection doit se comprendre dans une perspective objective : elle ne constitue pas un droit pour l'insensé ou l'infans; elle consiste seulement en une défense adressée aux autres hommes de faire quoi que ce soit qui puisse léser les individus privés de raison (cf. L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, op.cit., p. 472).

Double régime du droit subjectif

(C.civ., art. 903 et sv.), et cela prouve bien que les droits supposent normalement une volonté à leur base, que ce soit celle de l'incapable ou celle de son représentant légal" (22).

98. On peut s'interroger cependant sur le sens de la "représentation" légale en régime de pouvoir. Si vraiment le droit subjectif se définissait par le pouvoir, il faudrait au moins imaginer que cette représentation des mineurs et des déficients mentaux soit elle-même l'objet d'un acte de volonté de la part de ces incapables. Si ce n'est pas le cas - et on comprend bien pourquoi - alors il faut renoncer à dire que leur droit est, pour eux aussi, la reconnaissance d'un pouvoir. En régime de "pouvoir reconnu", la représentation n'est bien qu'une fiction.

Cette fiction est peut-être parfaitement justifiée lorsqu'on se pose un problème - politique - de répartition des pouvoirs au sein de la société : qui va exercer le pouvoir sur (à la place) des plus faibles ? Mais elle est peut-être aussi l'indice de ce que le régime du pouvoir n'est pas suffisant pour définir le droit subjectif.

99. Avant d'entamer cet examen critique, il faut d'abord poursuivre la description en montrant comment le droit subjectif en régime de pouvoir se démarque par rapport à ce qui n'est pas lui, et que Roubier appelle les "situations objectives". Si ces situations se définissent par ce dont on ne dispose pas, on aura là sans doute les éléments nécessaires pour décrire le sujet de droit en sa condition corporelle.

(22) P. ROUBIER, op.cit., p. 71. On remarquera que l'auteur donne le testament comme exemple "d'acte de caractère trop personnel". Or, il s'agit là d'un acte patrimonial qui relève encore du régime du pouvoir puisqu'on y dispose de ses biens. Il est facile alors de "diminuer d'autant la personnalité juridique de l'incapable", mais qu'arrive-t-il lorsque cet "acte de caractère trop personnel" touche la personnalité même du sujet ? Qui a le pouvoir lorsque "la part purement humaine de la personnalité, le corps et la vie" (pour reprendre les mots de Ihering) sont concernés ?

Double régime du droit subjectif

SECTION 4 - L'analyse des situations objectives.

100. Les auteurs qui situent le droit subjectif en régime de pouvoir reconnu insistent sur le fait que le droit objectif ne se réduit pas à un pur quadrillage de droits subjectifs, à un simple partage des domaines où la volonté individuelle exercerait librement son pouvoir : la notion de droit subjectif ne saurait suffire à exprimer tout le droit (23).

101. Pour classer ces situations qui sont juridiques sans être subjectives, on peut suivre Roubier qui distingue d'une part les situations réactionnelles, où l'ordre juridique procède par voie de réaction à l'encontre d'actes ou de faits des particuliers, et d'autre part, les situations institutionnelles, qui sont établies à l'avance et dont seront tirées des conséquences juridiques qui se traduiront pour les particuliers beaucoup plus par des devoirs que par des droits (24). En laissant de côté les situations institutionnelles qui ne concernent pas directement notre propos (25), on retiendra les situation réactionnelles qui sanctionnent des attitudes telles que un délit, un enrichissement sans cause ou un acte nul (26).

(23) Cfr. par ex. G. MARTY et P. RAYNAUD, (Droit civil, Paris, Sirey, t.I : introduction générale à l'étude du droit, 2ème éd. 1972, p. 256) : "si l'individu existe et poursuit ses fins au sein de la société, par contre ce réseau d'activités individuelles n'exprime pas toute la réalité sociale. Il y a donc des règles dont il faut reconnaître qu'elles créent des situations juridiques qui ne sont pas réductibles à des agencements de droits subjectifs".

(24) Cfr. P. ROUBIER, op.cit., p. 73, voir aussi son article cité in A.P.D., tome IX, (1964), p. 91.

(25) V. là-dessus, P. ROUBIER, op.cit., p. 75. L'auteur y range l'institution du mariage, la filiation, la puissance paternelle et la tutelle, les incapacités... Selon Roubier, dans le droit des personnes, on ne rencontre guère de droits subjectifs au sens propre du terme (cf. pp. 77 et 78 sur le "droit" au nom).

(26) Cfr. P. ROUBIER, op.cit. pp. 73-75, et G. MICHAELIDES - NOUAROS, "L'évolution récente de la notion de droit subjectif", R.T.D.Civ., 1966, p. 228 où l'auteur suit de près la thèse de Roubier en invoquant les témoignages de Ehrenzweig, Raiser, Coing, Pescatore.

Double régime du droit subjectif

102. Dans ces hypothèses, le droit ne vise pas à reconnaître à l'individu un pouvoir (un droit) sur quoi que ce soit; il veut seulement "réagir" à un comportement qui n'a pas été conforme à la norme. En d'autres termes, il ne sanctionne pas tant un droit qu'un devoir (27). On songe ici à la voie civile de la responsabilité, mais aussi à la voie pénale de la répression. Dans cette perspective, l'attention n'est pas centrée sur la volonté subjective qui pourrait s'exercer dans tel ou tel "espace de liberté" mais bien sur la norme objective qui doit assurer la cohésion sociale sans faire appel - au moins dans l'immédiat - à ce pouvoir de la volonté individuelle (28).

(27) Remarquons toutefois qu'en ce domaine plus qu'en tout autre, la terminologie est fluente. Comp., par exemple, A. GERVAIS "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", in *Mélanges P. ROUBIER*, 1961, t.I., p. 245. Pour cet auteur, c'est la notion de "droit d'une personne juridique" qui se dédouble : dans certains cas, l'obligation des tiers est établie comme conséquence d'une prérogative attribuée à une personne déterminée et, dans d'autres cas, c'est l'obligation qui est établie la première sous forme de statut général; dans la première hypothèse, on parlera de "droit subjectif", ce qui correspond bien à la définition traditionnelle, mais dans la seconde hypothèse, où le droit ne naît au profit des individus que parce qu'un statut, une obligation ont été établis, M. GERVAIS parle de : droit individuel "objectif". Si cette appellation ne simplifie pas la tâche de ceux qui voudraient unifier le vocabulaire en ce domaine, on voit bien pourtant que l'hypothèse visée dans ce "droit individuel objectif" recouvre la "situation juridique objective" décrite par M. ROUBIER. L'exemple donné par M. GERVAIS ne trompe d'ailleurs pas : "C'est parce que le Droit consacre un régime de responsabilité et une obligation de réparer que les victimes de dommages ont 'droit' à exiger une réparation".

(28) On ne s'étonnera pas de ce que DUGUIT ait tiré argument de ces situations objectives pour contester une nouvelle fois le recours à la catégorie de droit subjectif; cfr. Traité cité, t. 1, § 20, p. 215 et sv.; § 24, p. 264 et sv. V. là-dessus la mise au point de DABIN (Le droit subjectif, op.cit., p. 51): "le droit objectif (...) n'est pas la simple somme des droits subjectifs, individuels ou collectifs, avec leur contre-partie logique : l'obligation de les respecter. DUGUIT arguait de cette considération pour nier le droit subjectif: il avait tort, car, de ce que tout n'est pas subjectif dans le droit, on n'est pas fondé à dire que rien ne l'est."

Double régime du droit subjectif

103. Mais s'il existe une distinction entre le droit subjectif et la situation objective ainsi sommairement décrite, il faut tout de même rendre compte de leur articulation. On posera donc la question du lien posé entre la situation réactionnelle où l'on sanctionne objectivement une violation de la norme d'une part, et le pouvoir d'une volonté individuelle d'autre part. C'est dire qu'on pose la question de l'action en justice dans son rapport avec le droit subjectif.

Ici encore, les classifications de Roubier sont utiles. L'auteur distingue trois situations : celle du sujet qui peut se prévaloir d'un droit subjectif (dans le sens d'un pouvoir reconnu à son titulaire, qui peut en disposer à sa guise), puis celle du sujet qui est admis à exercer une action en justice et enfin la situation de celui qui n'a ni droit subjectif ni action en justice, mais qui réclame seulement l'application d'une règle de droit objectif à son profit (29).

104. Les deux termes extrêmes de cette division ne semblent pas faire difficulté. Car on sait que le droit subjectif comporte la possibilité d'intenter une action en justice. Si le droit subjectif désigne un espace où la volonté règne en maître du consentement de tous, le sujet doit pouvoir faire respecter devant le juge cette maîtrise qui lui a été reconnue, et qui, pour une raison ou pour une autre, vient à être contestée. Tous les droits subjectifs sont sanctionnés par une action en justice. "A défaut d'action en justice, écrit M. Kayser, on n'est pas en présence d'une situation juridique pouvant être qualifiée de droit subjectif, car elle correspond seulement, pour son sujet passif, à une obligation naturelle" (30).

(29) Cfr. ROUBIER, op.cit., p. 128.

(30) P. KAYSER, "Les droits de la personnalité", art. cité in R.T.D.Civ., 1971, p. 501; l'auteur ajoute : "Il n'existe pas seulement un lien nécessaire entre droit subjectif et action en justice. Le droit subjectif détermine, dans une mesure importante, les conditions d'exercice de l'action qui le sanctionne".

Double régime du droit subjectif

105. A l'autre extrême, on trouve le "droit-reflet". Cette catégorie est née chez les auteurs de droit public qui, eux, parlent de "réflexe" du droit objectif pour désigner la situation des citoyens profitant d'une norme générale qui les avantage, mais qui restent "passifs" - ils n'ont pas "d'action" - pour maintenir ce bénéfice (31). On comprend que cette catégorie ait été imaginée pour désigner la situation du sujet qui, en droit public ou en droit privé, bénéficie d'un avantage sur lequel il n'a aucun pouvoir. Mais dans la mesure où l'on tient que le droit subjectif se situe peu ou prou en régime de pouvoir, on doit refuser cette appellation de "droit", fût-elle même atténuée sous la forme de "droit-reflet" (32). La catégorie de "droit-reflet" est d'ailleurs abandonnée aujourd'hui en doctrine (33).

- (31) Comp. le "droit-réflexe" chez KELSEN, *supra* n° 51; v. aussi l'exposé de la doctrine de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, et la bibliographie donnée par DUGUIT, *Traité* cité, T.Ier, p. 235 et sv.; IHERING, *op.cit.*, t.IV, § 71 et J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op.cit.*, p. 53. En droit privé, l'exemple type est donné par M. IONESCU : "Quelqu'un profite du fait que le propriétaire d'une maison s'est engagé envers le locataire d'un étage supérieur à éclairer l'escalier et le garnir d'un tapis. Ce n'est pas un droit subjectif puisque cette personne n'a pas une action envers le propriétaire; mais, quand même, cet avantage constitue pour lui un droit reflet" (O. IONESCU, *op.cit.*, éd. 1931, p. 96; *idem* dans l'édition 1978, p. 129).
- (32) DEMOGUE qui a, en France, étendu au droit privé la notion de "droit reflet" ne définit précisément pas le droit subjectif par la volonté mais par l'intérêt (*v.infra*, chap. 2) cfr. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911; et son article sur "La notion du sujet de droit" *R.T.D.Civ.*, 1909, p. 611 et sv.
- (33) V. la critique de M. IONESCU, *op.cit.* (1931), p. 96 "le prétendu droit reflet constitue pour nous une tentative faite pour atténuer la force du droit subjectif. Il est né de la doctrine allemande, très souvent nébuleuse et qui se complaît dans des subdivisions subtiles. Or celles-ci sont fréquemment inutiles"; et, à sa suite, R. NERSON, *thèse* citée, p. 323 : "la catégorie intermédiaire du droit-reflet ne saurait trouver sa place entre l'état de fait et le droit subjectif", et G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité* cité, t.I., p. 257, (note 2) : "On peut considérer comme un simple artifice la tentative faite pour déguiser en droit subjectif les situations juridiques en parlant en ce qui les concerne de 'droit-reflet'".

Double régime du droit subjectif

Reste donc là situation du sujet qui n'est pas titulaire d'un droit subjectif, mais qui dispose tout de même d'une action en justice.

SECTION 5 - La protection des situations objectives.

106. Placée entre les deux termes du "droit subjectif" qui comporte toujours une action en justice, et du "droit-reflet" qui n'en comporte jamais, la "situation objective" n'est pas facile à comprendre : comment, en effet, peut-on accorder à un sujet un pouvoir (celui d'agir en justice) à propos d'une situation sur laquelle il n'a pas de pouvoir (c'est-à-dire pas la maîtrise caractéristique du droit subjectif) ? Comment ce sujet peut-il agir pour faire respecter une intégrité dont il ne dispose pourtant pas ?

107. Le droit (objectif) ne peut remplir adéquatement sa fonction d'ordre s'il ne fait qu'assigner à chaque volonté individuelle le domaine de sa liberté, car il est des "biens" que la volonté ne maîtrise pas, et dont l'intégrité doit pourtant être garantie. Le droit ne peut se contenter de garantir une maîtrise sur "l'espace de liberté" qu'il reconnaît à chaque sujet; il doit encore protéger, entre autres par l'action en justice, les situations objectives où ce sujet est exposé aux injures d'autrui sans qu'il puisse réagir lui-même en invoquant un "droit", c'est-à-dire un pouvoir déterminé. Si cette "situation objective" apparaît assez aisément en droit pénal où l'initiative de la répression appartient généralement à un organe public, et non au sujet qui a subi l'atteinte, elle se montre, en revanche, moins "objective" dans le mécanisme de la responsabilité civile où c'est la victime elle-même qui intente en justice l'action réparatrice.

108. Pour rendre compte de ce caractère "subjectif" d'une situation tout de même "objective", certains auteurs continuent à employer l'expression "droit" (subjectif) mais en distinguant bien

Double régime du droit subjectif

cette hypothèse des situations où le droit subjectif s'exerce en régime de pouvoir. C'est, en quelque sorte, le droit à l'action, ou encore l'action en justice considérée comme un droit. On peut ranger ici d'un point de vue civiliste le "droit sanctionnateur" de M. Nerson (34) ou le "droit réactionnel" de M. Michaelides-Nouaros (35), ou encore d'un point de vue processualiste la définition

(34) R. NERSON, thèse citée, p. 334 et sv., 361 et sv. Pour l'auteur, "un droit sanctionnateur est une prérogative consistant dans le pouvoir de s'adresser au juge pour obtenir un résultat ou lui demander quelque chose", tandis que "un droit déterminateur est une prérogative conférant à son titulaire un pouvoir nettement délimité distinct de celui de s'adresser à la justice" (id. p. 361).

Ainsi, le "droit déterminateur" vérifie-t-il la définition du droit subjectif en régime de pouvoir tandis que le "droit sanctionnateur" recouvre la "situation objective réactionnelle" dont parle ROUBIER. La "réaction" qui est demandée au juge peut être nettement déterminée, par ex. : la révocation d'une donation ou la résolution d'un contrat ou la nullité d'un acte juridique - on parlera alors de "droit sanctionnateur de résultat" (id. p. 334); mais dans les cas où le juge a un pouvoir d'appréciation sur les faits qui lui sont soumis, on parlera de "droit sanctionnateur de moyen" dont le type est, pour l'auteur, l'action en responsabilité délictuelle de l'art. 1382 du C.civ. (id. p. 366). Cette terminologie ne s'est pas généralisée. Elle montre bien en tout cas la difficulté qui persiste lorsqu'on veut articuler une "situation objective" à un "droit" propre du sujet.

(35) Dans son article sur "l'évolution récente de la notion de droit subjectif", M. MICHAELIDES-NOUAROS adopte la distinction faite par ROUBIER entre droits subjectifs et situations objectives, mais alors que celui-ci parle de "situations réactionnelles", l'auteur invoque des "droits réactionnels" : "la violation des devoirs imposés par des situations objectives, fait naître post factum des droits subjectifs, qu'on pourrait appeler 'droits réactionnels', parce qu'ils représentent la réaction de l'ordre juridique contre une violation de ses règles." (art. cité in R.T.D.Civ., 1966, p. 229). M. MICHAELIDES-NOUAROS propose en effet une distinction comparable à celle que M. NERSON faisait entre les "droits déterminateurs" et les "droits sanctionnateurs", mais dans une autre terminologie - qui ne s'est d'ailleurs pas plus imposée que la première : "Il serait (donc) justifié de distinguer entre 'droits subjectifs préétablis ou préconstitués' (comme les droits réels, les droits de créance, les droits de la personnalité, etc.), reconnus par la loi comme tels, dès le début, c'est-à-dire avant toute violation d'une règle légale, et 'droits réactionnels', de naissance tardive ou indirecte,

Double régime du droit subjectif

de l'action en justice comme droit subjectif, donnée par M. Motulsky (36). Pour ces auteurs, l'action en justice constitue un pouvoir propre de l'individu, un "droit", même si elle ne fait que remettre dans l'ordre une situation sur laquelle cet individu n'a pas de pouvoir et qui est, pour cette raison, "objective".

109. Mais une autre partie de la doctrine refuse de parler en cette espèce d'un droit quelconque (subjectif, sanctionnateur, réactionnel, d'action ...) pour bien manifester que la situation à ordonner n'est pas matière d'un droit subjectif dans le chef du demandeur, mais qu'elle assigne au défendeur un devoir qu'en l'occurrence il n'a pas respecté. Par exemple, lorsque Roubier pose "la question de savoir si une telle action en justice, (ainsi) concédée par la loi dans un certain nombre d'hypothèses, alors qu'il n'existait pas de droit antérieur, ne va pas apparaître à son tour comme un véritable droit, ayant ses conditions d'existence et ses effets", il admet sans doute que "les apparences sont en ce sens" et que "par le canal de l'action, on va aboutir à un droit proprement dit". Mais l'auteur n'accepte pas cette façon de parler; il préfère respecter la terminologie traditionnelle : "on dira en pareil cas que l'intéressé a une action en justice; il ne faut pas le considérer comme titulaire d'un droit subjectif" (37).

(Suite note 35)

- engendrés après coup, par suite de la violation d'un devoir imposé par une règle ou une situation objective" (id. p. 229).
- (36) H. MOTULSKY : "le droit subjectif et l'action en justice" in A.P.D., t. IX p. 215 et s.; v. sa conclusion : "la règle de droit consacrant l'action en justice ne joue pas seulement au profit de la légalité, mais encore, et peut être surtout, au profit du justiciable personnellement et envers le juge personnellement : il faut en déduire, me semble-t-il, que, quoi qu'on en dise, l'action en justice a bel et bien la nature d'un droit subjectif" (id., p. 227).
- (37) P. ROUBIER, op. cit., p. 131. Pour l'auteur, le titulaire d'un droit subjectif a une action du fait même qu'il a un droit; or ici, la personne protégée "n'a un droit, si on veut encore employer ces mots, que dans la mesure où elle a une action. Il s'opère donc ici un renversement des positions". (id. p. 131). V. encore son article déjà cité, in A.P.D. tome IX, p. 94 : "pour les situations objectives, l'ordre juri-

Double régime du droit subjectif

110. De toute façon, quelle que soit la terminologie adoptée, soit qu'on veuille s'en tenir au vocabulaire de "l'action" pour souligner le caractère objectif de la situation à ordonner, soit qu'on insiste au contraire, en parlant de "droit", sur la nature subjective de l'action mise en branle par la personne concernée, on se met d'accord sur le fait que, à côté des "droits subjectifs", il existe des "situations objectives" qu'un sujet peut présenter au juge mais sans pouvoir invoquer devant lui l'existence d'un droit subjectif préexistant. Si tout droit subjectif suppose une action, toute action n'implique pas nécessairement un droit subjectif (38).

111. Tout en définissant le droit subjectif comme un pouvoir reconnu à une volonté individuelle, les auteurs admettent donc que la tâche du droit (objectif) consiste également à ordonner les situations objectives dont le sujet n'a pas la maîtrise. Ils permettent ainsi de situer plus facilement la place de ce sujet lui-même dans l'ordre du droit. C'est ce point, capital pour notre propos, que nous allons exposer maintenant.

(Suite note 37)

dique ne parle pas en langage de droits, mais en langage d'actions. Dès lors, il exige que le débat se situe dans le cadre de l'action, et qu'il ne déborde pas dans le cadre d'une autre action".

(38) Ceci signifie en particulier, comme on le verra encore, qu'un sujet qui intente l'action en responsabilité civile de l'art. 1382 C.civ. ne doit pas nécessairement prétendre qu'un de ses droits a été atteint : la lésion d'un intérêt suffit. V. en France, p.ex. : R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile, T.II., p. 99; J. DUPICHOT, Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, 1969, p. 164 et sv.; L. MARTIN, "Le secret de la vie privée", art. cité, in R.T.D.Civ., 1959, p. 245

En Belgique : v. la position contraire de LAURENT (T.XX, n° 404) au siècle dernier, mais depuis lors les arrêts rendus par la Cour de cassation le 16 janvier 1939 (Pas., 1939, 1, 25) et le 2 mai 1955 (R.C.J.B., 1957, 99 et la note J. RONSE) où l'on voit qu'il n'est pas nécessaire que le dommage constitue une atteinte à un droit protégé, antérieurement à l'acte illicite, par une action judiciaire.

Double régime du droit subjectif

SECTION 6 - La place du sujet de droit.

112. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le sujet lui-même, sa personnalité, son corps, se situe davantage sous le titre de la "situation objective" que sous celui du "droit subjectif". Pour le montrer, il suffit de revenir aux auteurs qui placent le droit subjectif en régime de pouvoir reconnu, et d'abord à Savigny.

113. L'auteur du "System des heutigen römischen Rechts" situe le sujet de droit au milieu de trois cercles concentriques; or, ce qui est curieux, c'est que le pouvoir de ce sujet est de plus en plus fort à mesure qu'il s'éloigne du centre : "on trouve trois objets sur lesquels on peut imaginer une maîtrise de notre volonté et, correspondant à ces objets, trois cercles concentriques dans lesquels notre volonté peut régner :

1) Le moi primitif (Das Ursprüngliche Selbst), auquel correspond ce qu'on appelle le droit originel (das sogenannte Urrecht), que nous ne pouvons absolument pas considérer comme un droit au sens propre du terme;

2) Le moi qui se prolonge dans la famille. La maîtrise de notre volonté qui y est possible n'appartient que pour partie au domaine du droit, et forme ici le droit de la famille;

3) Le monde extérieur. La maîtrise de la volonté qui s'y rapporte tombe entièrement dans le domaine du droit et forme le droit patrimonial (das Vermögensrecht), qui lui-même se subdivise en droit des biens et droit des obligations" (39).

114. Lors donc que le sujet se trouve dans le monde extérieur, (le troisième cercle), il peut exercer pleinement le pouvoir que, dans sa tâche politique, le droit lui a reconnu, soit envers les choses, soit envers les personnes qui s'obligent à son égard (40).

(39) SAVIGNY, op.cit., § 53, p. 344.

(40) Pour une critique de cette assimilation du droit de créance au droit réel par la notion commune de maîtrise (du créancier "comme" du propriétaire), cf. F. RIGAUX, Introduction à la science du droit. op.cit. n. 211.

Double régime du droit subjectif

Mais à mesure qu'on se rapproche du "centre", le pouvoir du sujet s'exerce de moins en moins. Ainsi, dans les relations de famille, le droit doit-il s'effacer le plus souvent devant les impératifs de la nature et de la morale (41); et lorsqu'il s'agit du sujet lui-même, il faut rejeter toute prétention du droit à régir ce "domaine". La catégorie du "droit originel" de l'homme sur lui-même doit être abandonnée (42).

115. Pour Savigny, le rejet du droit originel se justifie non seulement lorsqu'on considère le côté spirituel de l'homme car ici la liberté du sujet n'a pas à être protégée contre un impossible empiètement de la part d'autrui (43), mais il se justifie encore lorsqu'on envisage le côté physique de la personne, même si, dans cette hypothèse, le droit organise une protection du sujet : "Si on limite ce droit de propriété à l'apparence visible de la personne (die sichtbare Erscheinung der Person), au corps humain et à ses membres (den menschlichen Leib und dessen einzelne Glieder), cette position est certainement sensée car elle tient compte du fait qu'ici une atteinte (Verletzung) est toujours possible, mais elle n'en est

(41) V. SAVIGNY, op.cit. §54 sur le droit de la famille. On retrouve ici la dualité des instances politique et morale, chez Savigny (v.supra n° 90).

(42) SAVIGNY rapporte la théorie selon laquelle "l'homme a un droit sur lui-même, qui lui advient nécessairement à la naissance et qui ne peut le quitter tant qu'il vit; de là vient précisément qu'il est appelé droit originel (Urrecht), par opposition à tous les autres droits qui n'arrivent que plus tard et occasionnellement, qui sont de nature passagère et que l'on appelle droits acquis (erworbene Rechte)" (op.cit., § 53, p. 335). Comp. supra les droits innés, n° 76.

(43) "Plusieurs auteurs sont allés si loin dans la voie du droit originel qu'ils ont reconnu à l'homme un droit de propriété sur les forces de son esprit et qu'ils en ont fait dériver ce qu'on appelle la liberté de pensée; mais on ne comprend pas du tout comment il est possible qu'un homme puisse empêcher un autre de penser ou au contraire le forcer à penser, et que de cette manière-ci ou de cette manière-là on puisse porter atteinte à ce prétendu droit de propriété". (SAVIGNY, op.cit., § 53, p. 335). Mais est-il si sûr, aujourd'hui, qu'un homme ne puisse pas "empêcher un autre de penser ou, au contraire, le forcer à penser" ?

Double régime du droit subjectif

pas moins inutile et même condamnable car elle conduit entre autres, dans son développement subséquent, à la reconnaissance d'un droit au suicide" (44).

116. Ainsi, on voit où s'arrête, pour Savigny, le régime du "pouvoir reconnu". Sa limite se situe dans la nature morale de l'homme dont les impératifs touchent le sujet dans sa relation à lui-même: le suicide lui est interdit. Le centre des trois cercles concentriques échappe à l'emprise du droit : il relève d'un autre ordre.

Le pouvoir (et donc le droit) peut être reconnu lorsqu'il s'agit de disposer d'autre "chose" que de soi, mais puisque l'homme ne peut pas disposer de lui-même, il est "inutile et même condamnable" de lui reconnaître un droit quelconque sur lui-même : le "droit originel" n'existe pas.

Il est important pour notre propos de mesurer la portée de cette critique que Savigny adresse au "jus in seipsum".

SECTION 7 - La critique du "jus in seipsum".

117. Savigny ne se satisfait pas d'une condamnation rudimentaire; poursuivant son analyse, il veut montrer ce qu'il peut y avoir de vrai dans la théorie (fausse) du droit sur sa propre personne; il va ainsi en extraire deux affirmations que l'on recueillera soigneusement pour la suite de notre propos.

"Premièrement le pouvoir légitime (die rechtmässige Macht) de l'homme sur lui-même et sur ses facultés ne peut et ne doit pas être mis en doute; bien plus, ce pouvoir est même le fondement (die Grundlage) et le présupposé (die Voraussetzung) de tout droit véritable, en ce que, par exemple, la propriété et les obligations n'ont de signification et de valeur pour nous que comme prolongement artificiel (künstliche Erweiterung) de nos propres facultés personnelles,

(44) SAVIGNY, op.cit., § 53, pp. 335-336.

Double régime du droit subjectif

comme de nouveaux organes qui ont été ajoutés artificiellement à notre être naturel (...).

Deuxièmement, il faut chercher le point de départ de nombreuses institutions de droit positif dans la garantie de ce pouvoir naturel de l'homme sur lui-même contre les intrusions étrangères (gegen fremde Einmischungen). Dans cette visée se situe une grande partie du droit criminel, puis en droit civil le grand nombre de dispositions (Rechten) qui tendent entre autres à la protection contre l'atteinte à l'honneur, la fraude et la violence et aussi l'action possessoire. De toutes ces dispositions, l'inviolabilité de la personne est le dernier fondement" (45).

Mais la portée de cette double constatation ne doit pas être exagérée, ainsi qu'on va le voir.

118. La deuxième affirmation de Savigny peut être rapprochée de ce qui a été dit à propos de la "situation objective" dans laquelle le sujet n'est pas titulaire d'un droit subjectif, mais dispose seulement d'une action en justice (46).

S'il existe des institutions juridiques fondées sur l'inviolabilité de la personne : "il ne faut pourtant pas", poursuit Savigny, "les considérer comme de purs développements de cette inviolabilité; elles constituent bien plutôt des institutions entièrement positives (ganz positive Rechtsinstitute) dont le contenu particulier est tout à fait différent de cette inviolabilité même. Et si on voulait cependant les présenter comme droits sur sa propre personne, on ne ferait, par cette désignation, qu'obscurcir leur véritable nature" (47). S'il existe en droit positif une protection de la personne, ce n'est pas une raison pour en déduire l'existence d'un droit du sujet sur lui-même.

119. On raisonnera de même sur la première "affirmation vraie" tirée de la théorie fausse de l'Urrecht. L'homme jouit sans doute

(45) SAVIGNY, op.cit., § 53, pp. 336-337.

(46) V. supra n° 106.

(47) SAVIGNY, op.cit., § 53, p. 337.

Double régime du droit subjectif

d'une maîtrise fondamentale sur lui-même mais ce pouvoir n'a pas besoin d'être reconnu et délimité par le droit positif : "ce qui ne convient pas dans la conception présentée ici, c'est que cette maîtrise naturelle est mise d'une façon aussi inutile qu'erronée, sur le même plan que ses prolongements artificiels et qu'elle doit être traitée de la même manière qu'eux" (48).

120. On voit bien la logique de l'exposé. Si le "droit de la personne sur elle-même" désigne seulement ce fait que la personne a la maîtrise de ses facultés (première affirmation) et que cette maîtrise est protégée par le droit positif (deuxième affirmation), alors, on peut être d'accord. Mais si de cette protection judiciaire ou de cette maîtrise naturelle, on veut inférer l'existence d'un véritable droit, c'est-à-dire d'un pouvoir déterminé de l'homme sur lui-même, alors on ne peut que contester l'existence de cette catégorie "inutile et erronée" : le "jus in seipsun" n'a pas sa place en régime de pouvoir reconnu.

121. Le partage que le droit opère pour tracer les frontières de "l'espace de liberté" reconnu à chaque volonté individuelle a toujours quelque chose d'artificiel : c'est qu'il est politique. Dans la pensée de Savigny et des auteurs qui suivent sa ligne, il serait donc absurde de jeter dans ce jeu politique, sous la forme d'une reconnaissance de "droits", la maîtrise que l'homme exerce naturellement sur lui-même. Sans doute cette maîtrise naturelle intéresse-t-elle l'ordre social puisque chaque sujet se voit protégé dans l'exercice de ce "pouvoir" contre tout empiètement venant d'autrui; mais il ne faut pas mal comprendre la portée d'une telle protection: l'action judiciaire permet au sujet de rester au milieu de ses trois cercles concentriques; mais elle ne lui donne pas de pouvoir déterminé sur le premier cercle, qui est lui-même. Le droit n'a qu'une fonction politique à remplir : il trace une ligne de partage entre des pouvoirs. Il n'a donc pas de compétence pour entrer dans l'inti-

(48) Savigny, op.cit., § 53, p. 336.

Double régime du droit subjectif

mité personnelle (et familiale) du sujet. Tant qu'il ne s'agit que de l'individu, et non de sa relation à autrui dans le "monde extérieur", le droit doit laisser la place à ce qui le précède : la nature, qui donne au sujet la maîtrise spontanée de ses facultés, et qui lui enjoint - en même temps - de ne pas se suicider.

La contestation du "jus in seipsum" repérée chez Savigny va se prolonger jusqu'à nos jours dans la mise en cause de tout droit de la personne sur elle-même, et ainsi de la catégorie récente du droit de la personnalité.

SECTION 8 - La mise en cause du droit de la personnalité.

122. En réservant pour un chapitre ultérieur l'étude de cette nouvelle espèce de droit subjectif (49), on se contentera de montrer ici combien elle est difficilement acceptable par les auteurs qui situent le droit subjectif en régime de pouvoir.

Ainsi, M. Nerson écrit-il à propos de la vie même du sujet, considérée comme matière d'un de ses droits de la personnalité : "Parler d'un droit à la vie parce que l'évolution juridique précise les conditions dans lesquelles un dommage causé à ce bien de la personnalité est réparé ou compensé, nous semble inutile et inexact :

. inutile car l'expression n'ajoute rien, vous usez simplement un peu plus le terme droit;

. inexact car on n'a pas un droit à la vie, mais on vit, on a un droit : celui de demander au juge de vouloir vous accorder des dommages-intérêts si une atteinte a été portée à votre intégrité corporelle" (50).

(49) V.infra n° 196.

(50) R. NERSON, op.cit., p. 378; V. aussi, p. 380 : "la protection de ces divers biens de la personnalité que sont l'intimité morale, l'honneur, l'intégrité corporelle, l'honneur de l'auteur, etc..., est assurée par des dispositions de droit pénal ou par l'action en réparation (...). Peut-on dire qu'il existe des droits à l'honneur, à l'intégrité corporelle ? ..." Quarante ans plus tard, on trouve sous la plume du même auteur

Double régime du droit subjectif

On lit de même chez Roubier : "La notion du droit subjectif correspond à une notion très claire, celle d'un bien de caractère juridique, qui peut être approprié. On aperçoit sans difficulté les conséquences de cette idée lorsqu'il s'agit d'un droit pécuniaire; mais s'il s'agit d'un droit dont l'intérêt et la valeur ne sont pas appréciables en argent, il ne s'agit pas par hypothèse d'un bien appropriable, et il est donc incohérent de vouloir en faire un bien approprié. La santé, l'intégrité physique, l'honneur, la vie, ne peuvent pas être assimilés à des propriétés ou à des créances" (51).

123. Le "droit de la personnalité" n'a de raison d'être que si comme tout droit subjectif, il confère à l'individu un pouvoir déterminé (52). Cela est-il possible ?

(Suite note 50).

dans une chronique de jurisprudence : "il ne peut y avoir droit subjectif et partant, droit de la personnalité que si un pouvoir déterminé est conféré au titulaire, sans quoi, il n'y a qu'un intérêt de la personne, dont la protection est assurée par la responsabilité civile de celui qui y porte atteinte, un droit subjectif naissant alors chez la victime d'obtenir la réparation du dommage causé" (Rev. trim. dr. civ. 1979, p. 378).

(51) P. ROUBIER, op.cit., p. 365; v. déjà p. 138 la critique des "soi-disant droits de la personne (droit à la vie, à la liberté, à l'honneur, etc...), qui constitueraient en quelque sorte des droits naturels de l'homme". L'auteur pour qui "le but suprême du droit est de garantir à chacun sa sphère légitime d'activité" (p. 364) ne conteste évidemment pas que le droit protège les personnes, mais cette tâche est accomplie de façon plus efficace par le biais de l'action - civile ou pénale - que par la reconnaissance d'un quelconque droit subjectif. ROUBIER souligne encore la différence qui existe à cet égard entre la portée très générale de l'art. 1382 du Code civil et l'économie particulière du § 823 du B.G.B. allemand (cf. pp. 365 et 375). Sur la thèse de ROUBIER, v. IONESCU, op.cit. (éd. 1978), p. 94, P. KAYSER, art. cité, R.T.D. Civ., 1971, pp. 452-453, et H. MOTULSKY, art. cité in A.P.D. t.IX (1964), p. 221.

(52) V. encore dans ce sens : J. DUPICHOT, op.cit., p. 165 : "le droit à l'intégrité corporelle comme la plupart des droits extra-patrimoniaux ne constitue pas un droit subjectif stricto sensu. Selon la terminologie du doyen ROUBIER, il s'agit d'une situation juridique objective réactionnelle, tendant

Double régime du droit subjectif

Encore une fois, le propos paraît contradictoire : dans sa tâche politique, le droit peut assurer au sujet une maîtrise sur ce qui lui est extérieur, dans une "sphère" que tous auront à reconnaître; mais lorsqu'il s'agit du sujet lui-même, cette maîtrise lui est déjà inhérente : le régime du pouvoir reconnu ne fonctionne donc plus (ou pas encore) ici : "la personnalité ne peut être l'objet de droits, alors que tous les droits sont faits pour l'homme, et qu'il en est nécessairement le sujet" (53). La maîtrise que le sujet exerce sur lui-même n'entre pas immédiatement dans le jeu du droit. Elle n'y entrera qu'après coup, lorsqu'on lui aura fait injure : sous la forme d'une situation objective.

124. Voilà donc décrite la première note constitutive du droit subjectif : celle du pouvoir de disposition, avec la conséquence qui en découle à propos des valeurs propres à la personne : celles-ci, puisque le sujet n'en dispose pas, ne forment pas la matière d'un droit subjectif : il n'existe pas de "jus in seipsum".

Reste maintenant à examiner l'autre note caractéristique du droit subjectif : celle de l'intérêt protégé. En suivant cette définition, on constatera qu'ici les valeurs les plus personnelles constituent la matière privilégiée du droit subjectif, en une sorte de "jus a seipso".

Cette divergence dans les conséquences - sur le régime des valeurs propres au sujet - est due à une différence dans les prémisses - sur la définition du droit subjectif. En élucidant ce double désaccord, on veut clarifier les données du débat concernant la définition "mixte" du droit subjectif, et son application aux droits de la personnalité.

(Suite note 52)

à sanctionner un devoir plutôt qu'à protéger un droit"; et P. KAYSER, art. cité, R.T.D.Civ., 1971, p. 457 : "Le prétendu droit à l'intégrité physique est en réalité le droit d'obtenir réparation du dommage causé par une atteinte à l'intégrité physique".

(53) P. ROUBIER, op.cit., p. 375.

Double régime du droit subjectif

CHAPITRE 2 — Le régime de l'intérêt et l'affirmation du « jus a seipso »

125. En ce chapitre, nous allons analyser les deux éléments donnés par Ihering pour définir le droit subjectif : l'élément substantiel qui est l'intérêt du sujet, et l'élément formel qui est la protection juridique.

On notera chaque fois les objections qui ont été faites à cette définition et surtout, comme on l'a fait au chapitre précédent, on examinera ce qui se passe lorsqu'on applique le droit subjectif ainsi entendu aux valeurs les plus personnelles du sujet.

SECTION 1 - La définition du droit par Ihering :

l'élément substantiel.

126. Ihering ne conteste pas que le droit soit affaire de pouvoir et de volonté, au moins lorsqu'on parle du droit objectif : "Si on désigne le droit au sens objectif comme étant la volonté générale, on exprime en termes formels l'essence de ce droit d'une façon qui ne pourrait être plus concise, ni plus pertinente. Car l'essence du droit, quel que puisse être son but, son objectif, son contenu, réside dans l'effectuation (in der Verwirklichung), ce qui présuppose le pouvoir; or l'organe et le dépositaire de ce pouvoir, c'est la volonté" (1). Tant qu'il n'y a pas de volonté, les idées juridiques ne peuvent entrer dans la vie réelle : le droit a besoin d'un pouvoir, d'une force (2).

(1) IHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, op.cit., § 60, p. 328.

(2) Cfr. P. COULOMBEL : "Force et but dans le droit selon la pensée de IHERING", R.T.D.Civ., 1957, pp. 609 et sv., où l'auteur montre sous quelle influence IHERING, confronté aux méthodes formalistes en vigueur aussi bien dans l'école du Droit naturel que dans l'école historique, a choisi une conception réaliste du droit : son adhésion à la Realpolitik de Bismark lui a fait privilégier les idées maîtresses de la politique réaliste :

Double régime du droit subjectif

127. Mais si cette définition du droit par la force est exacte, elle n'est cependant pas complète : "Cette conception qui exprime correctement pour elle-même les éléments importants du droit, son caractère de positivité et de réalité, suffit à une présentation purement dogmatique du droit, mais elle ne suffit pas si on veut aller au-delà. Car il lui manque un principe pour déterminer le contenu de la volonté. Voudrait-on élever la volonté elle-même à son propre principe, pour obtenir le contenu réel du droit, que cette tentative s'avérerait être une vaine illusion. Si derrière la volonté ne se trouve rien d'autre qui puisse lui donner mesure et but, alors la volonté n'est, physiologiquement, qu'une puissance naturelle et, moralement, que le pur arbitraire; la volonté n'advient à la dimension morale que par les buts moraux qu'elle poursuit" (3).

128. Ce souci de Ihering d'aller plus loin que la définition formaliste du droit par le pouvoir de volonté, en recherchant ce qui finalise cette volonté même, est caractéristique de son analyse non seulement du droit objectif, mais aussi du droit subjectif.

Sans doute faut-il reconnaître que la "volonté individuelle" ne peut s'exercer que dans les limites de la "volonté générale", mais il est aussi peu satisfaisant d'identifier le droit subjectif à la volonté individuelle que ce l'était de définir le droit objectif par la seule "volonté générale" (4).

(suite note 2)

la force et le but. M. COULOMBEL rappelle la célèbre définition donnée par IHERING: "le droit est la politique de la force" (Der Zweck im Recht, Leipzig, 5ème éd., 1916, t.1., p. 184).

(3) IHERING, op.cit., § 60, pp. 328-329.

(4) IHERING ironise sur les auteurs qui définissent le droit par la volonté; il leur fait dire : "il n'y a que l'insensé qui place la valeur du droit dans le bien (in das Gut) que ce droit lui garantit, et sa jouissance dans l'utilisation du droit pour la poursuite de ses objectifs; celui qui a compris l'essence du droit l'apprécie pour lui-même, il se contente du sentiment de pouvoir vouloir, de trouver une satisfaction dans l'exercice de son droit, d'accomplir un acte de volonté; par exemple, de constituer une hypothèque, de céder une action et, par là, de s'être illustré comme personnalité juridique" (op.cit. § 60, pp. 330-331).

Double régime du droit subjectif

Ihering ne met pas en doute le fait que le pur plaisir de vouloir puisse conférer une réelle satisfaction au sujet, mais, pour notre auteur, ce jeu-là ne relève pas du droit. Le droit, en effet, suppose essentiellement un but à poursuivre, une valeur à garantir, un intérêt à protéger. Ce n'est pas le prestige du commandement qui détermine le pouvoir du pilote, c'est l'arrivée au port (5).

129. Par rapport à la préoccupation politique de Savigny qui voyait dans le droit subjectif la solution - toujours artificielle - d'un problème de répartition des pouvoirs, Ihering, sans méconnaître l'enracinement nécessaire du droit dans la force politique, manifeste dans sa réflexion sur le droit subjectif, un tour d'esprit davantage moraliste. Non pas au sens où l'auteur de "l'Esprit du droit romain" se transformerait en prédicateur de vertus, mais au sens où il insiste sur la finalité des actions humaines : le sens du droit se trouve dans son but (6).

Ihering ne peut admettre que le droit se résolve en une pure délimitation de cercles où la volonté individuelle aurait le champ libre; il faut que le droit prenne en considération l'objectif poursuivi par cette volonté et, même, qu'il en tire l'élément fondamental de sa définition.

(5) "Le pilote a pouvoir sur le navire : il peut le diriger où il veut : soit l'amener jusqu'au port par le choix judicieux de sa course, soit le conduire sur des écueils. Il en est tout à fait ainsi de la volonté par rapport au droit. Aussi longtemps que la loi ne lui a pas - par manière d'exception - fixé des limites, elle a la libre disposition du droit. Mais le sens de ce droit est que son titulaire, qui doit savoir lui-même au mieux ce qui lui est utile, l'utilisera d'une façon qui corresponde entièrement à ses besoins, ses buts et ses tendances (...). Le pouvoir est accordé à la volonté, comme au pilote sur le navire, en considération de l'utilisation qu'elle fera des droits qui lui appartiennent. Mais pas plus qu'au pilote, ce pouvoir n'est accordé pour lui-même. Il ne lui est pas donné pour qu'il y trouve plaisir ou qu'il éprouve la jouissance du pilotage, mais bien pour qu'il emmène le navire au port. Il en est de même pour la volonté" (id. § 60, p. 333).

(6) Sur cette différence de perspective, v. P. COULOMBEL, art.cité. pp. 628-629.

Double régime du droit subjectif

130. L'élément substantiel du droit est ainsi son but pratique à savoir l'utilité, l'avantage, le gain que ce droit garantit; c'est le noyau du droit; et son élément formel, l'action en justice, n'en est que l'écorce, c'est-à-dire le moyen pour atteindre le but (7). Tout intérêt, quel qu'il soit, devient droit subjectif dès que le législateur le reconnaît digne de protection. Ce n'est donc pas le pouvoir de volonté qui définit le droit, c'est le fait de jouir de son intérêt.

131. La situation des incapables en droit positif confirme l'exactitude de cette définition, ainsi qu'on l'a vu dans la critique de la position tenue par Savigny : le droit n'est pas pouvoir de volonté puisqu'on peut être titulaire d'un droit sans pouvoir exercer sa volonté (8).

132. On voit quelles larges perspectives Ihering a ouvertes à la réflexion en introduisant dans le champ politique du droit subjectif situé en régime de pouvoir la question éthique de la finalité. Car ce qui finalise l'activité humaine, ce n'est pas seulement l'intérêt économique, ce sont aussi les biens d'une valeur supérieure sans lesquels les biens patrimoniaux n'auraient guère de prix comme par exemple la personnalité, la liberté, l'honneur, les liens familiaux. Ce sont toutes ces valeurs-là, matérielles mais également personnelles, que le droit doit garantir (9). L'activité humaine poursuit sans doute un objectif économique, mais elle est aussi mue en profondeur par une finalité morale. L'un comme l'autre de

(7) Cfr. § 60, p. 339. Cet élément formel du droit sera étudié à la section 5 (v. infra n° 149).

(8) Cfr. supra n° 96. V. aussi la distinction que fait IHERING (op. cit. § 60, p. 350) entre le jouissance d'un droit et son exercice. Ce dernier concept est plus large puisqu'il comprend la revendication (die Behauptung) et la poursuite du droit lors d'une lésion. En tout cas, c'est la possibilité de jouissance qui définit le droit : un droit qui n'aurait pas d'utilité est une contradiction dans les termes. V. là-dessus, A. SAYAG, op. cit., p. 56.

(9) Cfr. IHERING, op. cit. § 60, pp. 339-340.

Double régime du droit subjectif

ces buts, puisqu'ils constituent un "intérêt" pour l'homme, entrent dans la définition du droit subjectif.

133. C'est donc dans des termes différents de Savigny que va se poser la question du droit sur soi-même.

SECTION 2 - Le droit sur soi-même.

134. La préoccupation politique de Savigny et l'attitude moraliste de Ihering amènent ces deux auteurs à tenir une position divergente à propos du droit sur soi-même. Pour Savigny, on l'a vu, le premier cercle sur lequel la volonté individuelle s'exerce (le cercle du moi) est régi par les lois de la nature: le droit est trop artificiel pour y exercer son partage de pouvoirs; or si, dans la pensée de Ihering, l'intérêt moral entre dans la définition du droit subjectif, il n'y a plus de raison à ne pas reconnaître un droit sur soi-même, sur sa propre vie et sa liberté.

135. Ihering l'affirme, mais c'est seulement, remarquons-le, lors de la quatrième édition de son ouvrage : "Aux plus graves erreurs commises par la doctrine moderne appartient l'affirmation selon laquelle la vie et la liberté ne seraient pas des droits au sens subjectif du terme, mais qu'elles en seraient seulement les conditions. Comme si la condition d'un droit ne pouvait être un droit elle-même (à preuve : la créance pour le droit de gage) et comme si la forme de protection - le fait qu'elle relève du droit civil ou du droit criminel ou du droit de police - était déterminant" (10). Tout ce qui constitue un bien pour l'homme, tout ce qui l'intéresse; tout ce qui a de la valeur peut devenir la matière d'un droit subjectif, même si, en pratique, ces concepts ne sont utilisés que

(10) Id. § 60, note 447 a, p. 340. Sur le fait que IHERING se prononce ici en faveur des droits de la personnalité, v. G. MI-CHAEILIDES-NOUARIOS, art.cité., p. 223. Sur la forme civile ou pénale de la protection, v. infra, section 5, n° 154.

Double régime du droit subjectif

dans la sphère patrimoniale des choses évaluables en argent; la liberté, la vie et l'honneur étant des valeurs inestimables (11). La personne a un droit sur elle-même, sur ses propres déterminations spirituelles et corporelles, sur sa vie, sa liberté, son honneur parce que ces valeurs-là l'intéressent; elles l'intéressent même au plus haut degré : ce sont ces biens-là, inestimables en argent, qui méritent la plus forte protection de la part du corps social.

136. Quand Ihering dit d'un sujet qu'il est titulaire d'un droit (subjectif) sur tel bien, il n'entend pas affirmer d'abord que ce sujet pourrait exercer un pouvoir sur ce bien, comme on l'aurait dit en situant le droit subjectif en régime de pouvoir reconnu, mais que ce sujet est protégé dans la jouissance de ce bien. A propos du droit sur soi-même, il ne faut donc plus tant chercher à savoir ce qu'un sujet peut faire de lui-même, ce qu'il a comme pouvoir sur sa propre personne : jus in seipsum; la vraie question consiste à se demander ce qui, du sujet lui-même, est protégé : il s'agirait alors de savoir jusqu'où s'étend cette sorte de jus a seipso.

137. Or, ce nouveau droit est largement indéterminé, car la perspective ouverte par Ihering offre un champ indéfini à l'analyse du juriste : y a-t-il quelque chose qui n'intéresse pas l'homme ? Existe-t-il un bien qui n'ait pas de valeur pour lui ? Si on définit l'essence du droit par tout ce qui peut servir de valeur à l'activité humaine, où s'arrêtera-t-on dans le décompte des droits subjectifs ?

Où s'arrête le désir de l'homme, et son besoin, et sa prétention ? Avant de voir comment Ihering a restreint par le critère formel du

(11) Id. § 60, p. 341. IHERING rattache à l'idée de bien (Gut), celle de valeur (Wert) et d'intérêt (Interesse); alors que la valeur exprime la mesure objective d'un bien dans un échange, l'intérêt signifie son appréciation subjective par un individu particulier. Une place au concert peut avoir de la valeur (elle coûte autant), mais elle n'a pas d'intérêt pour un sourd.

Double régime du droit subjectif

droit - l'action en justice - la catégorie indéfinie des intérêts dont l'homme peut jouir, il est utile de relever dans la doctrine contemporaine l'un ou l'autre trait de cette mentalité - appelons-là toujours "moraliste" - qui définit le droit non plus à partir du pouvoir qu'un homme détient, mais à partir de ce qui l'intéresse.

138. Le mécanisme de l'action en réparation, comme on le verra bientôt, induit l'attitude extensive que l'on veut décrire ici (12). Puisque le droit permet à un sujet atteint dans son intégrité physique, morale ou patrimoniale de réclamer réparation du préjudice à "celui par la faute duquel il est arrivé", ne doit-on pas inclure cette intégrité même dans les valeurs qui intéressent le sujet, et donc dans ses droits subjectifs ?

Ici la distinction faite au chapitre précédent entre droit subjectif (défini comme pouvoir reconnu) et situation objective (dont le sujet n'a pas la maîtrise) n'a plus de raison d'être : tout, ou presque, fait l'objet d'un droit (13). A partir du moment où un intérêt est protégé, ne fait-il pas l'objet d'un droit ? Il arrive en tout cas qu'on soit bien en peine de faire la différence (14).

(12) v.infra n° 159 : l'intérêt protégé et l'action en responsabilité.

(13) Comp. la position de M. STARCK, art.cité in R.T.D.Civ. 1958, p. 502 : "On n'ignore pas que le terme de 'droit subjectif' a, pour certains auteurs, un sens trop précis pour pouvoir englober le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la sécurité... Cependant, nul ne saurait nier qu'à défaut de droit subjectif, il existe en ce domaine des intérêts légitimes (conserver sa vie et celle de ses proches, son intégrité corporelle, etc...) appelant et justifiant une protection légale. Or, l'intérêt légitime juridiquement protégé, c'est la définition même du droit subjectif".

(14) Cfr. G. MICHAELIDES-NOUAROS, art.cité in R.T.D.Civ. 1966, p. 227-228 : " Finalement, on pourrait remarquer que cet effort doctrinal de délimiter le 'droit subjectif' par rapport à l' 'intérêt protégé' a révélé que la distinction entre ces deux notions ne correspond pas à une différence de nature foncière de celles-ci. En effet, pour résoudre la question de savoir si l'on est en présence d'un droit subjectif ou d'un intérêt protégé, on doit toujours se rapporter au droit positif, c'est-à-dire à l'ensemble des règles législatives ou jurisprudentielles en vigueur dans chaque pays". V. aussi

Double régime du droit subjectif

139. Mais on peut poursuivre le mouvement amorcé par la réflexion sur l'intérêt en constatant que dans l'organisation des rapports sociaux, le droit n'a pas seulement pour tâche de restaurer une intégrité compromise, il doit encore parfois, si l'on peut s'exprimer ainsi, constituer cette intégrité même en faveur du sujet qui se trouve en état de besoin.

SECTION 3 - Le droit-besoin.

140. L'homme qui a faim ou qui n'a pas de quoi payer son chauffage en hiver ne peut sans doute pas demander le rétablissement d'une intégrité antérieure qui aurait été préjudiciée par la faute d'un tiers; mais ne peut-il pas invoquer son seul état de pénurie pour pouvoir exercer un droit subjectif envers les biens qui pourront combler son manque ?

On voit à quel point la perspective est différente, ici, de celle qu'envisageait Savigny. Pour ce dernier auteur, en effet, le droit ne commence qu'au moment où le sujet est achevé, ayant "quitté" le cercle du moi, et - partiellement - le cercle familial, pour entrer dans le domaine patrimonial des choses auxquelles il pourrait renoncer. Dans l'hypothèse du droit fondé sur le besoin, par contre, le droit commencerait au moment où le sujet est le moins achevé qui soit : lorsqu'il est en état de manque.

141. On pressent bien qu'il y a ici une option fondamentale qui pourrait obliger à reconstruire sur une nouvelle base la théorie du droit subjectif. Dans son cours de Droit Civil, M. Carbonnier écrit : "Plutôt qu'à nier le droit subjectif, la vraie révolution consisterait, sans doute, à le reconstruire en le fondant sur le besoin (...) Et l'on dirait avec Spinoza : tout ce qui existe a

(Suite note 14)

sur cette question, R. NERSON, thèse citée, p. 345 et A. GERVAIS : "Quelques réflexions à propos de la distinction des 'droits' et des 'intérêts'", in Mélanges P. ROUBIER, 1961, t.1, p. 241 et sv.

Double régime du droit subjectif

le droit de s'étendre et de se manifester jusqu'aux extrêmes limites de sa virtualité. C'est la puissance de la vie qui fonde les droits de l'être vivant. Ces besoins sublimés en droits pourraient bien, légitimement, être qualifiés de droits naturels, car ils procèdent de la nature, de la physiologie de l'homme" (15).

A la limite, il suffirait que le sujet ait une capacité d'avoir des besoins pour être, du même coup, titulaire d'autant de droits subjectifs (16).

142. Ceci se vérifie quelque peu en droit privé : dans sa thèse sur "le besoin créateur de droit", M. Sayag analyse d'une part les différentes positions doctrinales relatives au droit subjectif et d'autre part les différentes institutions du droit civil où l'on peut reconnaître un droit à la satisfaction du besoin (par exemple l'obligation alimentaire) pour conclure que "le besoin est créateur de droit d'une manière très limitée, mais indiscutable en droit civil, étant bien entendu qu'il s'agit de besoin immédiat concrètement démontré" (17).

143. En droit public, la prise en charge croissante du bien-être social par la collectivité a accru l'importance de cette catégorie de droit-besoin. On l'a vu par exemple en Belgique lors de l'élaboration de la loi organique des Centres Publics d'Aide Sociale (18), dont l'article 1 porte que : "Toute personne a droit à l'aide so-

(15) J. CARBONNIER, Droit civil, t.I, p. 148. Soulignons ici la référence à la nature déjà mentionnée à propos des droits de l'homme (v.supra n° 40 : les droits naturels) et du premier cercle de Savigny (v.supra n° 119 : la maîtrise naturelle). On retrouvera encore plus d'une fois cette notion dans la suite de l'exposé (v.infra n° 915).

(16) V. déjà là-dessus, LEONHARD, cité par DEMOGUE, les notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911, p. 329 et les commentaires de J. DABIN, op.cit., p. 83 et A. SAYAG, op.cit., p. 67.

(17) A. SAYAG, Essai sur le besoin créateur de droit, Paris, L.G. D.J. 1969, p. 305.

(18) Loi du 8 juillet 1976 organique des Centres Publics d'Aide Sociale. M.B. 5 août 1976.

Double régime du droit subjectif

ciale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine" (19).

144. Mais on peut se demander si ce n'est pas fausser les perspectives que de placer ainsi le besoin du sujet, son intérêt, au centre de toute organisation sociale. Si tout ce qui existe a "le droit de se manifester jusqu'aux extrêmes limites de sa virtualité", qui va être juge de cette extension ? Sera-ce le sujet lui-même ? Mais est-il possible d'organiser des rapports sociaux en donnant à chaque sujet la possibilité de déterminer lui-même le champ de ses droits ? (20) Jusqu'où peut-on aller dans cette voie de reconnaissance d'un intérêt ou d'un besoin ? Où s'arrête la dignité humaine ?

(19) La reconnaissance d'un droit subjectif à l'aide sociale a été contestée au cours des travaux préparatoires qui ont conduit à la rédaction de cet article. Dans son avis sur le projet de loi qui lui était soumis, le Conseil d'Etat a argué du caractère vague et général des termes utilisés dans la définition de la mission des C.P.A.S. pour contester l'emploi du mot "droit" à l'article 1er (cfr. Doc. Parl. Sénat, sess. ord. 1974-75, n° 581, p. 86 et sv.), mais la Commission du Sénat (idem, n° 581/2, p. 22) a préféré le maintenir.

Cette reconnaissance d'un droit s'accompagne de l'organisation d'un recours juridictionnel soumis, en dernière instance, au Conseil d'Etat. La double note donnée dans la définition de Ihering se vérifie ici : le droit est l'intérêt (la satisfaction du besoin...) juridiquement protégé (... sanctionnée par un recours).

(20) Comp. l'objection que DUGUIT (op.cit. t.I, § 26, p. 285) oppose à la définition du droit par l'intérêt : "En disant avec Ihering que le droit est l'intérêt du sujet socialement protégé, on ne peut concevoir comme l'intérêt du sujet que ce que celui-ci considère comme tel; car l'intérêt est une chose purement psychique, que seule la conscience de chacun peut apprécier. Par conséquent, il ne peut exister de droit subjectif et il n'y a point de protection juridique quand il n'y a pas d'intérêt psychique, c'est-à-dire un élément librement apprécié comme intérêt pour la conscience du sujet. Or, aucune règle de droit ne fait dépendre l'existence d'un droit subjectif de la présence d'un intérêt psychique et n'exige pas une telle preuve pour qu'on puisse le faire valoir."

DUGUIT montre ici la difficulté - également repérable dans la définition du droit-besoin - qu'il y a à articuler une donnée de la psychologie individuelle avec une règle sociale.

Double régime du droit subjectif

ne que le droit doit garantir ? (21)

145. Et si l'intérêt, et la valeur, et le besoin, et la dignité ne s'arrêtent qu'à l'homme - puisque, disait Ihering, l'homme est le destinataire de tous les droits -, faudra-t-il créer des Droits de l'Homme ? Mais comment leur assurer une protection efficace ? Là est la question. Car la principale critique faite à Ihering à propos de sa définition du droit subjectif souligne la priorité de l'élément formel - la protection juridique - sur l'élément qui est, pourtant, substantiel : l'intérêt du sujet.

SECTION 4 - La priorité de l'élément formel.

146. Les critiques faites à propos de l'élément substantiel du droit subjectif décrit par Ihering se résument à dire qu'il est peut-être utile de savoir pourquoi un droit existe, mais que cette motivation ne donne pas encore une définition du droit. On ne définit pas bien un concept en disant sa raison d'être; on le définit en donnant ses caractéristiques. Le but ne fait déjà plus partie de la définition. En reprenant la comparaison du fruit et du noyau, utilisée par Ihering, Thon affirme que "dans le droit, il n'y a pas à distinguer entre l'enveloppe protectrice - la protection juridique - et le noyau - l'intérêt; non, c'est seulement l'enveloppe qui forme le droit, le noyau ne lui appartient plus. Le droit est seulement un moyen et jamais le but lui-même" (22).

(21) V. aussi la citation déjà faite de M. VILLEY (supra n° 66): "Il est bon que chaque homme ou chaque corps ressente en lui une vocation à un développement infini de son être et de sa puissance. Mais l'esprit de justice a sombré, quand le droit se laisse envahir par les convictions subjectives unilatérales. Le droit doit tenir jalousement à sa situation d'arbitre, et son symbole est la balance" (Leçons d'histoire de la philosophie du droit, p. 163).

(22) A. THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchung zur allgemein Rechtslehre, Weimar, 1878, p. 219. L'auteur poursuit : "La jouissance elle-même appartient aussi peu au concept de droit que le jardin à la clôture qui doit assurer au

Double régime du droit subjectif

Il ne faut donc pas dire, continue Thon, que le droit est un intérêt juridiquement protégé, mais bien, en inversant la proposition, que le droit est le moyen de protéger un intérêt (23). Thon donne ainsi toute son importance à "l'élément formel" reconnu par Ihering dans sa définition du droit subjectif, et qui est l'action en justice.

N'est-ce pas d'ailleurs cette action en justice qui, dans la logique même de Ihering, apporte à une situation déterminée tout le poids de la juridicité ? C'est la remarque faite par Dabin : tant qu'un intérêt n'est pas protégé, il n'est qu'un simple fait; "il ne passe au rang de droit subjectif qu'au moment où il se trouve garanti par une action en justice" (24). Dès lors, comment peut-on assigner un rôle secondaire (de moyen) à ce qui est nettement déterminant dans la reconnaissance d'un droit ? (25).

147. Ce renversement imposé par la critique à la définition de Ihering nous invite à entrer ainsi dans l'analyse de la protection juridique, "élément formel" du droit subjectif. La protection juridique - deuxième note constitutive du droit subjectif entendu comme intérêt juridiquement protégé - pose trois questions qui sont abordées dans les sections suivantes : une question technique : comment se manifeste cette protection juridique ? Une question philosophique : quelle conception fondamentale reflète-t-elle des rapports du sujet au pouvoir ? Et une question théorique : que devient la

(Suite note 22)

propriétaire la jouissance exclusive de ce jardin". On remarquera que se retrouve ici l'image de la frontière (de la limite, du cercle) rencontrée plusieurs fois dans la définition du droit subjectif en régime de pouvoir.

(23) A. THON, *id.*, p. 219.

(24) J. DABIN, *op.cit.*, p. 69. L'auteur dira plus loin que cette action en justice n'est pas non plus caractéristique du droit subjectif, car l'action suppose un droit à protéger, elle ne définit pas le droit.

(25) Comp. la position de IHERING avec celle de KELSEN (*supra* n° 52) : pour ce dernier auteur, l'intérêt du sujet n'est pas déterminant de la juridicité puisqu'il n'entre pas dans le jeu des normes; ce qui constitue le droit, c'est la protection dont, par réflexe, cet intérêt fait l'objet.

Double régime du droit subjectif

différence entre la protection juridique d'un droit, et celle d'un intérêt - par exemple par l'action en responsabilité civile ?

148. Il restera alors à appliquer à la catégorie du droit de la personnalité la définition du droit subjectif donnée par Ihering.

SECTION 5 - La protection des intérêts du sujet.

149. La reconnaissance d'un droit subjectif ne suppose pas nécessairement que son titulaire jouisse d'une action civile pour le faire respecter, car la loi peut agir autrement qu'en octroyant au sujet une action privée pour que celui-ci protège son intérêt. En tout cas, dès qu'elle assure d'une manière ou d'une autre cette protection, alors il y a droit subjectif (26).

150. Dans les trois premières éditions de son "Esprit du droit romain", Ihering assimilait "les lois administratives et criminelles qui nous protègent" aux normes qui ne font que créer, à notre profit, des "droits-reflets" sans nous conférer de droits subjectifs.

Dans la quatrième édition, il précise que : "cette affirmation serait exacte si l'existence d'un droit subjectif était conditionnée par l'octroi d'une action civile (Privatklage) à son bénéficiaire pour la défense de ce droit, comme c'est le cas pour tous les droits

(26) Ceci ne veut pas dire, pour autant, que toute loi qui protège un intérêt confère, par le fait même, un droit subjectif à son bénéficiaire, au sens où celui-ci pourrait émettre une prétention juridique à la garantie de cette protection. Car Ihering maintient la catégorie du droit-reflet. L'exemple donné par l'auteur est celui de la protection douanière de tel type d'industrie; sans doute, dans cette hypothèse, l'industriel concerné voit-il son intérêt protégé par la loi, mais ce n'est pas vraiment son intérêt à lui - industriel - que l'Etat poursuit, c'est plutôt son propre intérêt d'Etat dont l'industriel profite par effet-réflexe (Reflexwirkung) (cfr. IHERING, op.cit. § 61, p. 351-352). V.infra n° 152.

Double régime du droit subjectif

du droit privé". Or, poursuit l'auteur, "il existe des droits publics qui, sans conteste, sont conçus par le législateur comme des droits et désignés comme tels par le langage. La Constitution accorde au successeur au trône un droit à la succession, et la loi électorale un droit de vote à l'électeur, bien que leur réalisation ne s'accomplisse pas sous forme d'une action. L'action civile et le droit subjectif ne se recouvrent donc pas" (27).

151. Ihering utilise immédiatement ce détour par la reconnaissance des droits publics pour justifier son affirmation précédente sur l'existence d'un authentique droit subjectif à la vie et à la liberté (28). Il se prononce aussi - et c'est ce qu'on va examiner d'abord - sur la différence qui existe entre ces intérêts qui ne sont protégés que par des normes étatiques, auxquels il reconnaît le caractère de droits subjectifs et les effets réflexes de la loi, auxquels il dénie ce caractère.

152. Ihering tranche la question en disant que la différence entre droit-réflexe et droit subjectif se trouve dans la possibilité de constater une atteinte individuelle au droit : si par exemple la protection douanière, créatrice d'un droit réflexe, n'est pas bien appliquée, ce n'est pas tel fabricant qui en pâtira, mais bien l'ensemble, indistinctement; "il en va tout autrement si quelqu'un est empêché d'exercer son droit de vote ou privé de sa liberté : ici, il s'agit de cette personne déterminée préjudiciée par cette violation du droit, et même si elle doit déposer dans les mains de l'autorité la poursuite de cette injustice commise contre elle, ce n'en est pas moins une injustice qui l'a touchée spécialement, et qui implique, comme telle, un droit en sa personne" (29).

Si le non-droit ne blesse l'intérêt de personne en particulier, c'est que la norme violée ne poursuivait que l'intérêt général,

(27) Id., § 61, p. 352 (trad.).

(28) Cfr. sa note 447a ajoutée également à la quatrième édition. V. supra n° 135.

(29) Idem, § 61, p. 353. Ce passage a été également ajouté à la 4ème édition.

Double régime du droit subjectif

et par reflet seulement, celui des particuliers; mais si le non-droit cause une injustice à une personne déterminée, c'est que la loi méconnue reconnaissait un droit à cette personne-là : celle-ci peut alors se prévaloir d'un droit subjectif (30).

153. On comparera cette position avec celle que tient Roubier à propos des "situations objectives" : ce n'est pas, dit cet auteur, parce que le droit permet à un sujet de sanctionner la violation de certaines situations que celles-ci constituent des droits subjectifs dans le chef du titulaire de l'action (31). Ici, en régime de protection de l'intérêt, la perspective est renversée, et même radicalement puisque Ihering raisonne dans l'hypothèse où le sujet ne dispose même pas de l'action privée en justice : dès que la violation d'une protection légale porte atteinte à la "situation ob-

(30) Ainsi se trouve écartée - a priori - une objection que DUGUIT avait faite à la doctrine de IHERING. Dans son Traité de droit constitutionnel (op.cit. t.1er, § 26, p. 287), DUGUIT veut prouver que IHERING est ramené, malgré lui, à la doctrine de la volonté puisque ce dernier auteur est bien obligé de reconnaître, dans le cas du droit reflet, d'une part, qu'il existe un intérêt et qu'il est protégé mais que, d'autre part, son titulaire ne jouit pas d'un droit subjectif. "Mais alors, poursuit DUGUIT, si lorsqu'il y a une protection juridique indépendante de la volonté de l'intéressé, il n'y a pas de droit subjectif, on ne peut pas le définir simplement un intérêt juridiquement protégé; il faut pour qu'il y ait droit subjectif un autre élément, qui ne peut être que la volonté du sujet". On a vu, au texte, comment IHERING distingue la norme constitutive de simples "droits reflets" de celle qui crée de véritables droits subjectifs : c'est la possibilité d'une atteinte individuelle à la personne comme telle dans la violation de la loi protectrice qui est le critère déterminant du droit subjectif et non pas - comme l'affirme DUGUIT - la volonté du sujet. Si cette "réponse" de IHERING a échappé à DUGUIT, c'est vraisemblablement parce que DUGUIT cite IHERING dans la traduction française de de MEULENAERE, or cette traduction a été faite sur la troisième édition (1877), et les précisions données par IHERING sur la différence entre droit reflet et droit subjectif ne datent que de la quatrième édition. On fera la même remarque à propos de l'utilisation par DABIN de l'oeuvre de IHERING (v.infra n° 178).

(31) v. supra n° 109.

Double régime du droit subjectif

jective" d'une personne déterminée en tant que personne déterminée; on peut en conclure que cette loi protectrice accorde à cette personne un droit subjectif.

154. On voit mieux, dès lors, ce qui a permis à Ihering d'affirmer un droit de la personne sur elle-même : même si la protection de la vie et de la liberté n'est confiée qu'au juge pénal et à la police, un droit subjectif doit être reconnu à l'individu sur ces valeurs-là puisque la loi protectrice sanctionne ici la violation des intérêts de cet individu particulier. La note 447 a) abordée à la section précédente poursuit d'ailleurs : "Toutes les conditions d'existence de la personne protégées par le droit objectif sont des droits subjectifs : la façon dont ils sont protégés est tout à fait indifférente" (32).

C'est toujours la même perspective qui revient : le primat de l'élément substantiel du droit - l'intérêt à protéger - sur l'élément formel - la protection juridique. Le droit subjectif est la valeur protégée par la loi, même si cette valeur n'est pas défendue en justice par le sujet lui-même. Or la liberté et la vie du sujet sont des valeurs protégées par le droit : elles constituent donc des droits subjectifs (33) : "La reconnaissance d'un droit de la per-

(32) Idem, § 60, p. 340, note 447 a. A ce propos, l'auteur tire encore argument de la situation des incapables : "Si la reconnaissance du droit subjectif était conditionnée par la possibilité d'une action propre en justice de la part du titulaire, alors, on devrait dénier leurs droits aux personnes mises sous tutelle car l'action n'est formée que par le tuteur".

(33) IHERING dit encore avec quelque humeur, en sa note 447 a : "Dans la théorie du droit privé, on peut négliger le droit à la vie et à la liberté, parce qu'il n'offre rien de remarquable sur le plan civil, mais seul peut lui dénier le caractère de droit, celui qui n'a pas du tout compris ce concept, celui qui se laisse mener par une conception préfabriquée du droit subjectif, qui ne s'est jamais donné la peine d'entreprendre une recherche qui remontât aux éléments essentiels du concept de droit; celui qui veut maintenir cette thèse doit auparavant rendre compte de ce qu'est le droit - or seul l'élément de but conduit, ici comme partout, à la véritable connaissance, toutes les autres tentatives faites pour s'expliquer avec ce concept de droit sont d'avance vouées à l'échec, car purement formalistes" (trad.).

Double régime du droit subjectif

sonne sur ce qu'elle est : sa personnalité, sa capacité juridique, sa liberté, est l'inévitable condition logique de tous les droits qu'elle a" (34).

Le droit subjectif se définit par ce dont le sujet peut jouir, et que le droit protège; et peut-on jouir d'une valeur plus haute que la vie, la liberté, soi-même ?

155. Nous avons ainsi décrit le second élément - celui de la forme: la protection juridique - que Ihering reconnaît dans la définition du droit subjectif. Or pas plus que le premier élément, le second n'a été épargné par la critique. C'est l'occasion de poser la question philosophique annoncée : elle touche la priorité que Ihering reconnaît à la norme sociale.

SECTION 6 - La priorité de la norme sociale.

156. La perspective "moraliste" choisie par Ihering pour définir le droit subjectif a pu susciter l'inquiétude : certes, la considération du but, c'est-à-dire des valeurs dans lesquelles la volonté humaine trouve son accomplissement, peut donner à croire que la substance du droit comprend les idéaux les plus élevés, mais "l'élément substantiel" n'est-il pas étranglé par "l'élément formel" du droit subjectif, puisque c'est l'autorité publique qui se voit re-

(34) id. § 61, p. 352. IHERING ajoute : "Que l'on veuille classer ce droit dans le droit public parce que, suivant le critère formel, il ne comporte pas d'action privée ou qu'il soit classé dans le droit privé à cause de son caractère éthique - le juriste fera le premier choix, le philosophe du droit, le second - cela m'est complètement égal : pour moi, il ne s'agit pas ici de la classification des droits privés et des droits publics mais uniquement de la définition du droit subjectif". Dans la suite de son exposé, IHERING, ne s'attachant plus qu'au droit privé et à l'action en justice, ne reviendra plus guère sur "le droit de la personne sur ce qu'elle est".

Double régime du droit subjectif

connaître le pouvoir de déterminer les intérêts qui seront protégés ? (35).

Dabin exprime l'objection en ces termes : "si le droit n'est qu'un intérêt protégé dans lequel la volonté du sujet n'a point de part, le voilà livré à la merci de l'Etat, seul qualifié pour apprécier les intérêts et la protection qu'ils méritent" (36).

157. Mais à cette accusation de despotisme, Dabin répond lui-même que ce danger n'est écarté d'aucune définition du droit subjectif car il est vrai qu'aucun droit subjectif ne peut exister sans la sanction du droit positif : "fatalement le droit subjectif dépend de la volonté de l'Etat, maître de la loi qui crée les droits subjectifs et les protège. Seuls les intérêts reconnus par la loi positive et, en ce sens, par l'Etat, prennent valeur de droits subjectifs juridiques" (37).

158. Etant donné que la question soulevée ici a déjà été posée au Titre précédent à propos du conflit entre la priorité des droits subjectifs et l'antériorité de la norme sociale, on ne s'y attardera plus en cette première partie qui ne fait que mettre en place les éléments du débat.

(35) Car il est entendu que, dans la pensée de IHERING, le droit objectif n'est pas autre chose que l'Etat ou la loi. Au reproche qui lui était adressé de définir le juridique par le juridique c'est-à-dire le droit subjectif par l'intérêt juridiquement protégé, IHERING répond (note 462, § 61, p. 351) que "par là, on perd de vue que le terme 'droit' (Recht) est pris au sens subjectif et que 'juridiquement' (rechtlich) est pris au sens objectif; à la place de ce dernier mot, poursuit-il, j'aurais pu aussi bien choisir : étatique (staatllich) ou légalement (gesetzlich)."

(36) J. DABIN, op.cit., p. 66.

(37) J. DABIN, op.cit., p. 67. On trouve la même réponse dans ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, op.cit., p. 68, et A. SAYAG, Essai sur le besoin créateur de droit, op.cit., p. 57. Ces auteurs tiennent d'ailleurs le même raisonnement à propos de la définition du droit subjectif par le pouvoir de volonté.

Double régime du droit subjectif

D'un point de vue plus technique, on reprendra seulement, mais dans une perspective évidemment différente qu'en régime de "pouvoir reconnu", les rapports de l'action en justice et de cette "protection juridique", caractéristique - selon Ihering - du droit subjectif.

SECTION 7 - L'intérêt protégé et l'action en responsabilité.

159. Si, pour Ihering, les lois criminelles et de police suffisent à ériger en droits subjectifs les intérêts protégés à titre individuel par ces lois, on peut raisonner a fortiori à propos de la norme qui, affirmant la responsabilité de l'auteur fautif d'un dommage, accorde une action civile au sujet préjudicié dans ses intérêts.

160. En régime de pouvoir, disions-nous, le fait qu'il y ait action réparatrice dans les mains d'un sujet ne permet pas de conclure à l'existence, au profit de ce sujet, d'un droit antérieur à la naissance du dommage (38). Or ici, comme on l'a indiqué précédemment, la distinction entre droit subjectif - toujours muni d'une action - et situation objective - seulement protégée par une action - n'a plus de sens, puisque tout intérêt protégé juridiquement, par la loi pénale et, à plus forte raison, par l'action en responsabilité civile, constitue un droit subjectif. Dès lors qu'une personne préjudiciée peut réclamer en justice le rétablissement d'une situation compromise par la faute de l'auteur du dommage, c'est qu'alors cette personne peut se prévaloir d'un droit subjectif. Dans cette hypothèse, on voit comment se simplifie, au moins apparemment, la question de savoir si le demandeur en réparation doit nécessairement, pour justifier son action, faire état d'un droit subjectif ou s'il peut invoquer seulement l'existence d'un intérêt méconnu.

(38) V. supra n° 103 sur la distinction entre droit subjectif et situation objective.

Double régime du droit subjectif

161. Ce problème a été longuement débattu en doctrine. C'est qu'il s'agit de mesurer la portée de l'art. 1382 C. civ. et des éléments constitutifs de l'action qu'il instaure, surtout de la faute et du dommage.

On connaît en Belgique la tentative du Procureur Général Leclercq d'assimiler la faute au dommage en définissant cette faute par la lésion du droit d'autrui (39), mais cette assimilation n'a pas été retenue car la jurisprudence et la doctrine ont préféré donner toute leur importance à chacun des deux termes : la faute est considérée comme le comportement illicite de l'auteur du dommage, et ce dommage même est défini comme une atteinte à l'intégrité - physique, morale ou patrimoniale - de la victime.

162. Or, le déclin de la faute dans le mécanisme de la responsabilité civile oblige la doctrine à reconsidérer ses définitions dans le sens déjà indiqué par Leclercq : ne faut-il pas imposer à l'auteur d'un dommage une obligation de réparation dès que la victime peut prouver qu'elle a été atteinte dans ses droits ? Dans cette optique, on ne s'attache plus tant à analyser et à sanctionner le comportement (fautif) de l'auteur, qu'à considérer et à réparer les droits (violés) de la victime. Ainsi, l'intégrité de la victime constitue-t-elle pour celle-ci l'objet d'un droit qui doit pouvoir être défendu en justice comme n'importe quel droit et qui l'est, ici, par l'action en "responsabilité" civile mais en dehors de toute considération de faute (40).

(39) V. DALCQ, Novelles, Traité de la responsabilité civile, t.V, vol. I, n° 219 et sv.

(40) C'est là l'option prise dans la "théorie de la garantie" défendue, entre autres, par M. STARCK : "Il faut et il suffit que le dommage puisse être attribué à l'activité du défendeur pour permettre de le déclarer illicite et, par conséquent, en prévoir la sanction. La vie humaine, l'intégrité corporelle, l'intégrité des biens matériels que l'on possède, c'est là un minimum de sécurité dont nulle société ne peut se passer; les droits qui s'y rapportent bénéficient d'une garantie totale, contre les atteintes provenant de l'activité des tiers" (B. STARCK : "Domaine et fondement de la responsabilité sans faute", R.T.D.Civ. 1958, p. 507). V. aussi du

Double régime du droit subjectif

163. Si la doctrine invoque un droit dans le chef de la victime pour éviter de poser la question de la faute dans le chef de l'auteur du dommage, elle peut aussi, plus simplement, faire état de ce même droit pour définir le dommage lui-même.

Pour Dabin, il faut distinguer le préjudice - qui est lésion d'un intérêt -, et le dommage - qui est lésion d'un droit : seule cette dernière atteinte ouvre le droit à réparation, car seule une situation juridique appuyée sur un droit s'impose au respect d'autrui; à lui seul, l'intérêt du sujet n'est pas suffisant pour commander l'opposabilité aux tiers (41).

164. Sur le plan théorique, cette position de Dabin, comme d'ailleurs celle de Leclercq et de M. Starck, pose la question de savoir si un intérêt est un droit parce qu'il est protégé ou s'il ne vaut pas mieux dire qu'il est protégé parce qu'il est un droit. En affirmant que le droit subjectif est l'intérêt juridiquement protégé, la doctrine de Ihering simplifie sans doute la question : il suffit de regarder si l'intérêt est protégé par une action quelconque - civile ou pénale -, pour savoir aussitôt s'il constitue un droit subjectif, mais définissant le droit par l'action, cette doctrine est incapable de faire la différence entre une action qui "émane"

(suite note 40)

même auteur : Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947; cfr. sur cette théorie, P. KAYSER, art.cité., in R.T.D.Civ. 1971, p. 456.

(41) Cfr. J. DABIN : "Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public", Annales de droit et de sciences politiques, t.IX (1948), pp. 7-58. Mais on verra au chapitre suivant que la définition du droit subjectif proposée par DABIN est particulièrement large, et qu'elle recouvre pratiquement la catégorie de l'intérêt dont la lésion ouvre l'action en responsabilité civile (v.infra n° 178).

Cfr. DALCQ, Novelles, traité cité, n° 2880 : "on peut dès lors se demander (...) si la controverse ne se limite pas en réalité à une question de terminologie, le contenu de ce que les uns appellent 'droit' et les autres 'intérêt légitime', apparaissant très semblable, sinon identique".

Double régime du droit subjectif

d'un droit subjectif et une action qui protège un simple intérêt; incapable, du même coup, au moins dans la pensée des auteurs qui situent le droit subjectif en régime de pouvoir, de déterminer les intérêts qui, sans être des droits subjectifs, méritent tout de même une protection juridique, par exemple la protection judiciaire de l'art. 1382 (42).

Les deux régimes du droit subjectif, celui de la reconnaissance d'un pouvoir et celui de la protection d'un intérêt, se confrontent ainsi en cette question des rapports de l'action judiciaire et du droit subjectif, y déterminant un cercle vicieux : quels intérêts faut-il protéger pour qu'ils deviennent des droits ? Mais comment désigner des intérêts à la protection juridique s'ils ne sont pas des droits ? La question ne peut être résolue que si l'on s'entend sur le sens du mot "droit", mais est-ce possible ?

165. Pour achever cette analyse du régime de l'intérêt protégé, il reste à voir son application au droit de la personnalité. On a vu qu'en régime du pouvoir reconnu, cette catégorie récente est fondamentalement mise en cause au nom de la contestation d'un jus in seipsum (43). On peut s'attendre, ici, à ce que les conclusions soient différentes, mais quelle est la consistance de ce droit dont on parle ?

(42) Cfr. P. ROUBIER, op.cit., p. 69 : "La théorie de Ihering est ainsi hors d'état de préciser en droit actuel ce qui est un droit subjectif et ce qui n'est qu'une situation juridique objective".

Comp. DALCQ, Novelles, traité cité, n° 2871 : "Limiter l'application des articles 1382 et suivants du Code Civil aux seuls cas où il y aurait lésion d'un droit préexistant, serait restreindre le champ d'application de ces dispositions et porter une sérieuse atteinte à la notion de responsabilité telle qu'elle a toujours été conçue (...). N'est-ce pas dépouiller (ces) articles de l'effet créateur d'obligations, qu'on leur a toujours attribué, pour limiter leur action à la mise en oeuvre (des) autres droits ?"

(43) V. supra n° 122.

Double régime du droit subjectif

SECTION 8 - L'application au droit de la personnalité.

166. Pour Ihering, le droit subjectif se définit comme étant l'intérêt juridiquement protégé et, par ailleurs, cet intérêt peut être - on l'a vu - une valeur propre au sujet lui-même, inhérente à sa personne. Dès lors, on désignera comme autant de droits subjectifs ces valeurs personnelles, à condition, évidemment, que celles-ci soient juridiquement protégées (44). Ces droits subjectifs tenant à la personne même du sujet ne seraient-ils pas identiquement ceux que l'on appelle aujourd'hui les droits de la personnalité ?

167. Mais s'il en est ainsi, on peut légitimement se demander dans quelle mesure la protection judiciaire de ces nouveaux droits diffère de l'obligation de réparation prescrite par l'art. 1382 C.civ. puisque, dans la perspective de Ihering, cette dernière obligation sanctionne la reconnaissance d'un droit dans le chef de la victime.

168. L'évolution du schéma de la responsabilité vers la figure du droit de la personnalité est classique (45). L'action qui sanc-

(44) Comme il s'agit des valeurs personnelles du sujet concerné, on suppose que cette protection créera toujours des droits subjectifs et pas seulement des droits-reflets puisque, on le sait, ce qui distingue les premiers des seconds est la possibilité d'atteinte individuelle à la personne (v. supra n° 152).

(45) On suivra cette évolution à la Partie II, dans l'analyse du "droit à l'image" (v. infra n° 352). Sur l'opportunité de reconnaître un certain nombre de droits de la personnalité en France malgré l'existence des règles générales de l'art. 6 C.civ. sur les conventions illicites et de l'art. 1382 sur la réparation des dommages, cfr. les Travaux de la Commission de réforme du Code Civil, année 1950-1951. V. le rapport HOUIN, pp. 31 et sv., le débat (p.38) entre MM. CAVARROC et NIBOYET d'une part (pour la suffisance de l'article 1382) et MM. LATOURNERIE et ROUAST d'autre part (pour la rédaction de textes spéciaux), et la discussion (pp. 64 et sv.) où du texte de départ : "toute atteinte illicite aux droits de la personnalité engage la responsabilité de son auteur", la commission a fini par affirmer que "toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur".

Double régime du droit subjectif

tionne ce droit a pris peu à peu son autonomie par rapport aux exigences de l'art. 1382. On le voit dans le fait que le sujet qui s'estime atteint dans son droit (de la personnalité) ne doit plus présenter au juge d'autre preuve de faute ou de dommage que la seule atteinte à ce droit (46).

On le voit encore dans le fait qu'on a pu parler d'une action préventive pour protéger ces droits de la personnalité. M. Nerson écrivait déjà en 1949 : "petit à petit, une institution juridique se crée; puisque le juge accorde une réparation pour toute atteinte portée à tel bien de la personnalité, puisqu'une jurisprudence a pris naissance, les hommes en concluent qu'il ne faut plus causer un dommage à ce bien de la personnalité. Une règle de conduite s'établit, et, sans attendre que le dommage soit causé, on pourra avant tout dommage, exiger du juge une mesure préventive" (47). Duguit disait, en son temps, que l'ouverture d'une action en justice au profit de celui qui a été entravé dans l'accomplissement d'un acte licite "est la sanction de la norme juridique qui défend de gêner quiconque dans l'accomplissement de ses actes licites. Elle est la sanction du droit objectif et non pas d'un prétendu droit subjectif de celui qui agit", et il ajoutait : "la preuve en est que jamais celui qui veut agir ne peut prendre les devants et recourir à une voie de droit pour obtenir d'avance la protec-

(46) V. par exemple, R. NERSON, chronique de jurisprudence in R.T.D.Civ. 1979, p. 378 : "Il est, semble-t-il, hors de discussion que les tribunaux sanctionnent les atteintes au droit à la vie privée ou au droit à l'image en tant que telles, et que les fautes relevées servent en quelque sorte de circonstances aggravantes dont l'effet est d'augmenter - un peu - le quantum de la réparation".

Cfr. aussi P. KAYSER, art.cité in R.T.D.Civ. 1971, p. 502 : "la lésion d'un droit de la personnalité est (...) habituellement sanctionnée, non seulement par une action en justice ayant pour objet de la faire cesser, mais aussi par la responsabilité délictuelle de son auteur. La première de ces sanctions est supérieure à la seconde par son automatisme". Comp. P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, p. 138.

(47) R. NERSON. thèse citée, p. 379 (soulignement ajouté).

Double régime du droit subjectif

tion des manifestations de son activité. S'il avait un droit subjectif, conçu comme pouvoir de volonté ou comme intérêt garanti, peu importe, on ne pourrait pas comprendre comment cet intérêt ou ce pouvoir de volonté ne serait protégé que lorsque l'un est lésé ou l'autre entravé" (48).

Or, précisément, si le droit de la personnalité compte aujourd'hui la possibilité d'une action préventive, ne faut-il pas, utilisant à rebours l'argument de Duguit, y voir l'exercice non plus seulement d'une norme qui sanctionne une faute d'autrui, mais bien l'exercice d'un droit propre du sujet ?

169. En se précisant ainsi au fil de la jurisprudence et de la législation, le bien de la personnalité quitte les aléas de l'action en responsabilité où le juge doit apprécier les preuves d'un dommage et d'une faute, pour entrer dans la détermination du droit subjectif.

Mais si on analyse à la lumière des doctrines classiques cette évolution de la protection de l'intérêt par la responsabilité civile vers la reconnaissance des droits de la personnalité, on ne peut qu'avouer sa perplexité car en donnant tort à Savigny, elle risque aussi de donner tort à Ihering.

170. En effet, on peut dire, d'un côté, que Ihering a, plus que jamais raison. Lui qui érigeait en droit subjectif le seul intérêt protégé par les lois pénales - songeons à l'intégrité physique dans la répression des coups et blessures - il aurait sûrement approuvé cette reconnaissance des valeurs personnelles du sujet, ainsi protégées par le droit pénal, mais aussi par l'action en responsabilité civile, comme droits subjectifs au titre des droits de la personnalité.

Mais on pourrait poser la question d'un autre côté en se demandant pourquoi il a fallu créer précisément des droits de la personnalité alors qu'existe déjà un mécanisme - pénal mais aussi civil - de

(48) L. DUGUIT, op.cit., t.1, § 24, pp. 265-266.

Double régime du droit subjectif

protection de ces intérêts personnels : c'est donc que la définition du droit comme intérêt protégé ne suffit pas ? Ou bien que le terme de droit désigne une protection supérieure à celle que donne l'action en responsabilité civile ?

Si l'on passe du schéma de la responsabilité à la figure du droit de la personnalité, est-ce seulement parce qu'on veut signifier que la protection du sujet a été accentuée, ou bien est-ce parce qu'on a dans l'esprit pour rendre compte de ce nouveau droit de la personnalité, une autre conception du droit subjectif que celle de Ihering ?

171. Serait-ce celle de Savigny ? Mais alors la reconnaissance d'un droit de la personnalité aurait pour objectif d'élargir la sphère du pouvoir reconnu au sujet sur ses valeurs personnelles : à première vue, cette hypothèse est intéressante, mais elle contredit l'opinion propre de Savigny selon laquelle le sujet, dans son premier cercle, n'exerce pas de droit sur lui-même : le "Recht an der eigenen Person" est inutile et faux.

172. Nous voici donc à la croisée des chemins. Si l'on veut inclure les valeurs propres au sujet dans la catégorie des droits subjectifs, il faut, d'une certaine façon, choisir Ihering, contre Savigny.

Non pas que les deux auteurs ne seraient pas d'accord sur le fond de la question : au contraire ils entendent l'un et l'autre protéger les valeurs inhérentes au sujet et ne pas permettre que leur titulaire puisse s'en défaire, mais puisqu'il partent de deux définitions différentes du droit subjectif, il est normal qu'ils aboutissent à des conclusions divergentes sur le régime juridique des biens de la personnalité.

Dès lors, dans la mesure où la doctrine classique sur le droit subjectif définit celui-ci comme un mixte de l'intérêt et du pouvoir, on peut s'attendre à rencontrer une difficulté lorsqu'on voudra appliquer un régime contradictoire - celui de Ihering et celui de Savigny - aux valeurs personnelles du sujet.

Double régime du droit subjectif

C'est ce qu'on va voir au chapitre suivant en montrant comment les droits de la personnalité sont tirillés à l'intérieur de la définition mixte.

Le cadre théorique sera ainsi posé pour aborder, dès la deuxième partie, l'analyse du sujet de droit en son propre corps.

Double régime du droit subjectif

CHAPITRE 3 — Les droits de la personnalité devant la définition mixte du droit subjectif

173. Pour montrer que la définition mixte du droit subjectif s'est imposée dans la doctrine, on citera sans doute les auteurs qui la défendent, mais on s'attardera plus longuement sur une doctrine qui paraît la mettre en cause : celle de Jean Dabin. On voudrait montrer que la définition mixte - pourtant combattue "expressis verbis" par l'auteur - se vérifie exactement dans les formules qu'il emploie. Prenant ainsi Dabin, contrairement à ce qu'il pensait être, pour un exemple parfait de la définition mixte, nous chercherons à voir quel sort il réserve, muni de sa définition, aux biens de la personnalité. Elargissant alors le champ de l'analyse, nous pourrions étudier pour eux-mêmes l'objet puis le régime des droits de la personnalité, avant de voir leur application au corps humain.

SECTION 1 - La définition du droit subjectif.

174. A propos du droit subjectif, la "doctrine mixte" est adoptée avec plus ou moins de nuances par la plupart des auteurs (1).

Cette analyse, entamée au siècle dernier, s'est prolongée durant

(1) On lui donne comme origine la théorie de BEKKER sur le sujet de droit. Cet auteur, en effet, a été amené à distinguer, à ce propos, le "sujet de jouissance" (Genusssubjekt) et le "sujet de disposition" (Verfügungssubjekt), car il arrive, dit-il, que les deux éléments du droit subjectif, le profit et la volonté, ne se trouvent pas réunis sur la même tête. V. E. BEKKER, Zur Lehre vom Rechtssubjekt, Jahrbuch für die Dogmatik, Iena, t. XII, 1873; commentaires dans : R. DEMOGUE, art. cité in R.T. D.Civ. 1909, p. 617; IONESCU, op.cit., § 49, p. 93 (éd. 1931); R. NERSON, thèse citée, p. 310; J. DABIN, Le droit subjectif, op.cit., p. 74.

Double régime du droit subjectif

ce siècle-ci avec une constance remarquable, illustrée par quelques noms célèbres aussi bien en Allemagne, qu'en Italie ou en France (2).

175. On ne s'attardera guère sur les prépondérances respectives accordées par les différents auteurs à l'un ou l'autre élément de la définition mixte du droit subjectif. Car on peut dire d'un côté que le droit subjectif est fondamentalement un intérêt, en ajoutant que cet intérêt est servi par un pouvoir : on se range ici, dans la ligne de Michoud (3), suivie par plusieurs auteurs (4).

D'un autre côté, on peut dire aussi, en se rappelant l'enseignement de Savigny, que le droit subjectif est fondamentalement un pouvoir, mais que celui-ci poursuit la satisfaction d'un intérêt.

(2) A la suite de DABIN (op.cit., p. 72), M. SAYAG (op.cit., p. 58) cite Jellinek, Michoud, Ferrara, Saleilles. DUGUIT expose dans son Traité de droit constitutionnel (op.cit., t.I, § 27) les positions de MICHOD (p. 288), BEKKER (p. 289) et JELLINEK (p. 290).

V. aussi la liste donnée par M. IONESCU, (op.cit., § 75, p. 127, éd. 1978) : "Du même avis que Bekker se trouvent Bernatzik, Jellinek, Otto von Gierke, Ludwig Ennecerus, Luigi y Ferrara, Vanni, Miceli, Mircea Djuvara, Jean Dabin, Albert Vonlanthen, Franz Kasper, Levi, Gaston Richard, Raymond Saleilles, Henri Capitant, François Gény et surtout Léon Michoud".

(3) Cfr. L. MICHOD, La théorie de la personnalité morale, Paris, L.G.D.J., 2ème éd., 1924. Pour cet auteur, le droit subjectif est : "l'intérêt d'un homme, ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre".

V. là-dessus : A. SAYAG, op.cit., p. 58; P. KAYSER, art. cité in R.T.D.Civ., 1971, pp. 449-450; J. DABIN, Le droit subjectif, op.cit., pp. 72 et sv. et le commentaire de M. EDELMAN, Le droit saisi par la photographie, op.cit., pp. 21-22.

(4) V. par exemple, les définitions données par GENY (Des droits sur les lettres missives, 1911, t.I, p. 138) ou BRETHER de la GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE (Introduction générale à l'étude du droit, Paris, 1947, n° 376, p. 346) ou H. BEKAERT (Introduction à l'étude du droit, Bruxelles, 1973, p. 357) où l'accent est mis sur les biens, l'intérêt, les valeurs avant qu'on ne parle de la volonté ou du pouvoir.

Double régime du droit subjectif

On s'aligne alors sur la position de Saleilles (5) également tenue par d'autres auteurs (6).

Les accents sont différents, mais la doctrine est fondamentalement la même : pour définir le droit subjectif, on ne peut se passer ni du pouvoir ni de l'intérêt.

176. Pourtant, dans la doctrine contemporaine écrite en français, on trouve la thèse de Dabin pour contester cette opinion "qui croit trouver la solution du problème dans une combinaison des deux éléments d'intérêt et de volonté" (7). Si la doctrine mixte est,

(5) V. R. SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théorie, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Rousseau, 1910. Pour cet auteur, le droit subjectif est "un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome".

V. là-dessus, J. DABIN, op.cit., p. 93; K. NEUMAYER : "les droits sans sujet", art. cité, p. 344; P. KAYSER, art. cité in R.T.D.Civ., 1971, p. 450 où l'auteur adopte la définition de SALEILLES en ajoutant que le pouvoir qui définit le droit subjectif a un contenu déterminé, par opposition à la liberté civile caractérisée par son indétermination. V. aussi son article sur le "droit dit à l'image" (mélanges ROUBIER, p. 81) : "Si la définition du droit subjectif est difficile - comme celle de toutes les notions fondamentales du droit privé - il semble bien qu'on n'en ait pas proposé de plus exactes ni de plus précises que celle d'un pouvoir reconnu aux personnes dans leur intérêt, par le droit objectif."

(6) Cfr. la controverse de FERRARA avec MICHOUUD rapportée par DABIN, op.cit. pp. 74 et sv. et la définition adoptée par M. MICHAELIDES-NOUAROS, art. cité in R.T.D.Civ., 1966, p. 235, que M. KAYSER (art. cité, p. 453) rapproche de celle de SALEILLES.

(7) J. DABIN, Le droit subjectif, p. 72. Comme autre réflexion d'ensemble sur le droit subjectif, on trouve aussi l'ouvrage déjà cité de M. ROUBIER sur les droits subjectifs et situations juridiques. Ce dernier auteur, cependant, se laisse classer plus facilement dans le courant traditionnel puisqu'il situe nettement le droit subjectif en régime de pouvoir, tout en ajoutant, comme le font d'ailleurs tous les tenants de la doctrine mixte, que la volonté individuelle poursuit son avantage. Le critère du droit subjectif, dans la définition proposée par ROUBIER, semble bien être ce pouvoir de disposition par lequel la volonté individuelle s'attache à ce qui lui profite, et rejette les situations qui comptent pour elle plus de charges que d'avantages. Cette insistance sur la faculté de renonciation a permis de classer ROUBIER dans la ligne de SAVIGNY (v. supra n° 93).

Double régime du droit subjectif

pour Dabin, une impasse, c'est parce que ni l'un ni l'autre des deux éléments qui la constituent n'est adéquat pour définir le droit subjectif, or, "deux négations ne composeront jamais une affirmation". Pour l'auteur, "c'est donc tout le problème qu'il faut reprendre par la base en recherchant ce qu'il y a, dans le droit subjectif, de spécifique, de distinct à la fois de l'intérêt, même servi par une volonté, et de la volonté, même mise au service d'un intérêt" (8).

177. Sans vouloir développer les critiques émises par Dabin tant à l'égard de la théorie de Savigny qu'à l'égard de celle de Ihering (9), on voudrait démontrer ici que la proposition faite par l'auteur de définir le droit subjectif comme appartenance-maîtrise n'est elle-même qu'une illustration de la doctrine mixte qu'il entendait combattre puisqu'on la découvre à la fois dans ce qu'il appelle la face interne du droit subjectif (c'est-à-dire : l'appartenance et la maîtrise) et dans sa face externe (c'est-à-dire : l'exigibilité et la protection juridique).

SECTION 2 - La face interne du droit subjectif chez Dabin.

178. Pour Dabin, si l'on veut toucher l'essence du droit subjectif, on ne peut se contenter ni de la volonté qui laisse échapper, en deçà d'elle-même, la donnée plus primitive de la jouissance d'un droit déjà reconnu, ni de la jouissance qui n'est qu'un état de fait n'ayant pas encore accédé à l'ordre du droit, ni encore de l'action en justice qui suppose précisément qu'un droit ait été reconnu : pour aller au coeur de la notion du droit subjectif, il faut approcher de plus près le sujet de droit pour le toucher dans ce qui est proprement à lui : dans ce qui lui appartient.

(8) J. DABIN, op.cit., p. 80.

(9) V. supra les critiques adressées à Savigny (n°s 95 et 96) et à Ihering (n°s 147 et 156).

Double régime du droit subjectif

Dabin entend se situer ici dans la ligne de Ihering, mais c'est pour aller plus loin que lui. La jouissance ne suffit pas, il faut aller jusqu'à l'appartenance : "le droit est appartenance d'un intérêt ou, plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéresse, non en tant qu'il jouit ou est appelé à jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre" (10).

179. Cette appartenance est une donnée si caractéristique du droit subjectif que, d'une part, on la trouve dans toutes les modalités sous lesquelles ce droit peut se présenter et que, d'autre part, elle commande les autres notes caractéristiques du droit subjectif à savoir la maîtrise, l'altérité et la protection juridique.

180. L'appartenance et la maîtrise sont deux aspects de la même réalité : quand on regarde la chose, on voit qu'elle appartient au sujet, et quand on regarde le sujet, on voit qu'il maîtrise la chose (11).

(10) J. DABIN, Le droit subjectif, p. 82. A propos de l'auteur de l'Esprit du droit romain, Dabin écrit : "Ihering avait vu juste en mettant à la base de sa définition du droit non l'idée de volonté, mais celle d'intérêt : la chose sur laquelle porte le droit a en effet rapport avec le sujet (...), elle le touche, elle l'intéresse. Ihering s'est trompé en donnant à cet intérêt la signification unique, exclusive, d'un intérêt de jouissance, comme si le droit subjectif était jouissance d'un intérêt ou même au service de cette jouissance" (J. DABIN, op.cit., p. 82.). Mais on peut se demander si Ihering ne s'est pas corrigé lui-même, ainsi qu'on l'a vu, à partir de la quatrième édition de son ouvrage car en incluant les valeurs propres au sujet parmi les intérêts susceptibles de constituer des droits, il passait déjà, lui aussi, de la "jouissance" à l'"appartenance". Dabin n'a peut-être pas remarqué ce progrès dans la réflexion puisqu'il cite Ihering dans la traduction de la troisième édition de l'esprit du droit romain (cfr. Dabin, Le droit subjectif, p. 58, note 2). V. supra n° 152 la même remarque à propos de Duguit.

(11) Cfr. J. DABIN, op.cit., p. 87 : "L'aspect subjectif succède à l'aspect objectif. Le droit subjectif, qui débute par l'appartenance s'achève dans une maîtrise, d'ailleurs inséparable de l'appartenance". Cette priorité logique de l'appartenance sur la maîtrise permet de situer DABIN dans la ligne de IHERING. SAVIGNY, en définissant le droit subjectif comme pouvoir de volonté, aurait probablement renversé la priorité.

Double régime du droit subjectif

Cette maîtrise se définit comme libre disposition de son bien, maîtrise de ses décisions et de ses choix. En ce sens, le droit subjectif est liberté : il signe l'autonomie du sujet, dans les limites - bien évidemment - des normes posées par le droit objectif (12).

Ainsi l'auteur décrit-il le "point de vue interne" du droit subjectif, celui qui le tourne vers le sujet lui-même : on dit qu'alors le droit subjectif est appartenance-maîtrise.

181. Cette locution, souvent reprise par la doctrine postérieure pour résumer la position de Dabin, a été critiquée en chacun de ses termes (13); mais aussi dans la synthèse qu'elle prétend opérer.

(12) Cette maîtrise n'est que virtuelle si le droit reconnu ne peut être exercé actuellement, mais, pour DABIN, elle n'en est pas moins présente : il suffit d'une possibilité morale de disposer pour qu'il y ait, dans le chef de l'incapable par exemple, un véritable droit subjectif.

(13) Car, pour être fondamentale, la notion d'appartenance risque d'être vide : qu'est ce que le droit subjectif ? C'est le droit d'un sujet, c'est ce qui appartient à un sujet; les facultés reconnues à un sujet sont ses prérogatives : elles sont à lui.

"A semblables assertions, écrit M. EISENMANN, il nous paraît difficile de contester le bénéfice de l'immédiate évidence, mais avec sa contre-partie, il est vrai, de n'apprendre réellement rien" (Ch. EISENMANN : "Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean DABIN", Rev. Dr. Public, 1954, p. 757). Comp. J. RENAULD, art.cité in R.D.I.D.C. 1968, p. 155 : le concept de droit subjectif a été porté à un "tel niveau de généralité qu'il se dilue (...) dans l'idée fondamentale de ce qui est dû ou revient à quelqu'un".

Quant à la notion de maîtrise, elle donne sans doute une caractéristique fondamentale du droit subjectif, mais n'est-elle pas entièrement contredite lorsqu'on veut l'appliquer - même sous le nom de "maîtrise virtuelle" ou "pouvoir moral de disposer" - à la situation des incapables ? Cfr. EISENMANN, art.cité, p. 763 : "En vérité, le choix s'impose inéluctable : ou il faut renoncer à définir le droit subjectif par la maîtrise, ou il faut renoncer à considérer les incapables comme des titulaires de droits subjectifs". En invoquant la "maîtrise virtuelle", DABIN n'a-t-il pas voulu sauver son premier critère de l'appartenance, ne pouvant faire du second, comme il l'annonçait, une conséquence du premier ?

Double régime du droit subjectif

La difficulté qui persiste lorsqu'on veut mettre ensemble l'appartenance et la maîtrise atteste qu'il s'agit là de deux notes premières, nullement subordonnées l'une à l'autre, dont la réunion en une locution unique pose autant de problèmes qu'elle n'en résout. N'est-ce pas parce que l'appartenance-maîtrise recouvre finalement la doctrine mixte ? En fait, l'appartenance et la maîtrise pourraient bien rejoindre l'intérêt et le pouvoir.

182. Car on sait que Dabin lui-même donne raison à Ihering d'avoir privilégié l'intérêt pour caractériser le droit subjectif; il a seulement remplacé l'intérêt de jouissance par l'intérêt d'appartenance pour serrer davantage le lien qui unit le droit à "son" sujet, mais Dabin n'y fait guère autre chose, semble-t-il, que de traduire en termes statiques - d'appartenance - ce que Ihering exposait en termes dynamiques en parlant de jouissance. Quant à la maîtrise, elle n'est sans doute plus privilégiée comme dans la doctrine de Savigny et des auteurs qui situent le droit subjectif en régime de pouvoir, mais sa subordination par rapport à l'appartenance est parfois si peu évidente qu'on y voit légitimement l'autre donnée de la doctrine mixte : le pouvoir (14). L'appartenance-maîtrise ne serait ainsi rien d'autre qu'une "doctrine mixte" de plus (15).

(14) Cfr. P. KAYSER, art. cité in R.T.D.Civ., 1971 : "(M.DABIN) reconnaît (...) que la maîtrise, objet du droit, n'existe d'une manière complète que dans la propriété des choses corporelles, et qu'il y a seulement des 'modalités de ce pouvoir' dans les autres droits subjectifs. Mais n'est-ce pas revenir à la notion large de pouvoir, commune à tous les droits subjectifs, qui est leur caractéristique essentielle" ?

(15) M. IONESCU écrit dans son livre, plusieurs fois cité (éd. 1978, p. 90) : "cette 'appartenance-maîtrise' ne représente que le rapport juridique qui prend naissance en faveur du titulaire d'un droit subjectif, nommé le 'sujet actif de droit', par égard à un autre ou à plusieurs autres sujets de droit, qui doivent respecter ledit droit subjectif et qui sont les 'sujets passifs de droit'. En d'autres mots, l'appartenance-maîtrise correspond aux deux éléments constitutifs du droit subjectif : la volonté et l'intérêt, d'après la conception de la combinaison de ces deux éléments, théorie la plus exacte, que j'ai soutenue déjà en 1931, dans la première édition du présent ouvrage."

Double régime du droit subjectif

183. Si la face interne du droit subjectif (l'appartenance-maîtrise) peut se ramener, sans être trop dénaturée, à la théorie traditionnelle, trouvera-t-on plus d'originalité dans l'analyse de la face externe du droit ? Il ne le semble pas.

SECTION 3 - La face externe du droit subjectif chez Dabin.

184. Dabin a le mérite de souligner que le droit subjectif ne comporte pas qu'un aspect interne au sujet : l'appartenance-maîtrise se situe d'emblée par rapport à autrui, constituant ainsi la face externe du droit subjectif. En celle-ci, on trouve également une double caractéristique : celle de l'altérité, et celle de la protection juridique (16).

Or, à l'analyse, ces deux traits ne se révèlent pas différents de ceux que Savigny et Ihering reconnaissent dans leur propre définition lorsqu'ils affirment que le pouvoir est reconnu de tous, et que l'intérêt est juridiquement protégé.

185. En développant la condition d'altérité dans les deux "concepts jumelés" d'inviolabilité et d'exigibilité, Dabin montre que l'appartenance-maîtrise "ne prend figure de droit que moyennant l'opposabilité qui implique autrui" (17). Cette relation à autrui insérée dans la définition même du droit subjectif permet de situer Dabin dans la ligne des auteurs qui, à la suite de Savigny, réfléchissent le droit dans les termes politiques d'une répartition de pouvoirs. Ici revient l'image du domaine que l'on a pour soi,

(16) V. là-dessus J. DABIN, op.cit., pp. 93-94 et Ch. EISENMANN, art.cité in Rev. Dr. Public, 1954, p. 755. Le problème fondamental que pose, en philosophie du droit, la notion du droit subjectif est certainement l'articulation de ces deux "points de vue" - interne et externe - sur le droit. Est-il indifférent, par exemple, de développer le côté interne (face au sujet) avant le côté externe (face à autrui) du droit subjectif ? V. supra, au Titre I, le débat mené autour du droit subjectif.

(17) J. DABIN, op.cit., p. 94, note 1.

Double régime du droit subjectif

où autrui, à cause de la frontière, n'entre pas (inviolabilité) et que le maître doit pouvoir faire respecter de tous (exigibilité) (18).

186. Si la condition d'altérité rapproche Dabin des auteurs qui, tels Savigny et Windscheid, insistent sur le pouvoir de volonté, par contre, la seconde note caractéristique de la "face externe" du droit subjectif - la protection juridique -, situe l'auteur immédiatement sous la mouvance de Ihering. Celui-ci, on le sait, définit la protection juridique comme l'élément formel constitutif - avec l'intérêt comme élément substantiel - du droit subjectif. Or, pour Dabin, dans l'ordre juridique positif que nous connaissons, l'altérité, condition indispensable à la constitution du droit subjectif, trouve garantie et ordre dans la protection juridique que l'Etat organise sous forme de voies de droit. Sans doute, comme Dabin le remarque lui-même dans sa critique de Ihering, ce n'est pas la protection qui constitue le droit (19). En effet, le droit est un droit dès qu'il met un lien d'appartenance-maîtrise en état

(18) "Qui dit appartenance, directe ou indirecte, qui dit maîtrise, dit assignation de parts (chose sienne, chose due), domaine réservé au titulaire, par conséquent distinction des personnes, altérité. Par définition, appartenance et maîtrise sont exclusives d'autrui et, du même coup, lui sont opposables. Une chose n'est sienne (...) qu'en tant qu'elle n'est pas à autrui; une maîtrise n'existe qu'autant qu'on est le seul maître : la référence à autrui est tangible, manifeste dans la formule même" (J. DABIN, *op.cit.*, p. 95.)

(19) Ainsi qu'on l'a vu précédemment (v. *supra* n° 164), la question n'est pas tant de savoir si des intérêts sont devenus des droits parce qu'ils sont protégés, mais bien plutôt si des intérêts méritent protection parce qu'ils sont des droits. Dans cette question, DABIN recourt tout naturellement à sa définition du droit subjectif par l'appartenance : "Le critère de l'appartenance marque (...) la directive à utiliser dans la détermination des intérêts dignes de protection : seuls méritent, avec cette protection, le nom de droits, les intérêts tenant au sujet par le lien strict de l'appartenance, à l'exclusion de tous autres plus lâches, tel un lien de convenance, qui ne réalise pas cette liaison nécessaire, cette identification de la chose au sujet en quoi consiste, philosophiquement, l'appartenance" ("Lésion d'intérêt ou lésion de droit..." art. cité in *Ann. de droit*, 1948, p. 16).

Double régime du droit subjectif

d'exigibilité et d'inviolabilité par rapport à autrui, mais si l'on se place au plan du droit positif, la protection juridique doit être ajoutée comme élément indispensable à la définition du droit subjectif. Sur ce plan-là, "on peut donc et on doit affirmer, avec Ihering, que le droit subjectif complet est le droit assuré par la société. Tant que cette assurance n'est pas prévue et organisée, juridiquement le droit manque, quand même il existerait (et d'ailleurs continue d'exister) sur le plan moral" (20).

187. Du côté de la face externe du droit subjectif, on trouve donc chez Dabin un alliage de Savigny (altérité) et de Ihering (protection juridique).

Comme la face interne, la face externe, elle aussi, est "mixte".

SECTION 4 - Les définitions mixtes.

188. Les quatre notes du droit subjectif - l'appartenance et la maîtrise pour la face interne, l'altérité et la protection juridique pour la face externe - permettent à Dabin de construire une définition qui semble bien être l'exemple le plus achevé de la doctrine mixte (21). En effet, le régime du pouvoir et le régime de l'intérêt s'y complètent de façon fort équilibrée.

(20) J. DABIN, op.cit., p. 98; l'auteur ajoute : "L'action ou la voie de droit qui réalise la garantie n'est toujours que la conséquence, la sanction du droit; mais, sur le plan juridique, qui veut la sécurité, c'en est la conséquence, la sanction nécessaire". DABIN rencontre ici la même difficulté que IHERING à articuler l'action en justice par rapport à la substance du droit; la résout-il avec plus de bonheur que lui ? Une "conséquence" qui est pourtant "nécessaire" ne s'explique guère mieux qu'un "élément formel" qui est pourtant "constitutif" (comp. supra n° 147).

(21) Le droit subjectif est défini comme étant "la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû" (J. DABIN, op.cit., p. 105).

Double régime du droit subjectif

Dans le point de vue interne sur le droit subjectif, Ihering est privilégié par rapport au régime du pouvoir puisque l'intérêt - d'appartenance, il est vrai, et non de jouissance - se subordonne la maîtrise, c'est-à-dire le pouvoir de libre disposition (22). Mais dans le point de vue externe, Savigny prend sa revanche puisque la condition d'altérité dédoublée en exigibilité et inviolabilité (on se rappelle le "régner du consentement de tous"), l'emporte sur la protection juridique qui, nécessaire en notre droit positif, n'est tout de même qu'une conséquence de l'opposabilité.

Ihering "couvre" les notes extrêmes de la définition : l'appartenance et la protection juridique et Savigny, les termes moyens : la maîtrise et l'altérité. Le droit subjectif est pouvoir reconnu et intérêt protégé. Le régime politique et le régime moral doivent se rencontrer pour le définir : il est nécessairement mixte.

189. Ainsi, la définition de Dabin pourrait-elle vérifier ce que cet auteur même tient à propos des "pères" du droit subjectif : c'est que la théorie de l'un inclut déjà celle de l'autre : "Au total, écrit Dabin, toutes les doctrines mixtes se ressemblent. Peut-être pourrait-on, sans trop de hardiesse, s'avancer plus loin : les doctrines, en apparence antinomiques, de Windscheid et de Ihering se ressemblent, elles aussi, parce que l'une et l'autre sont, au fond, des doctrines mixtes, mettant l'accent chacune sur l'un des éléments sans doute, ne retenant même dans la définition que cet élément, mais sans prétendre, pour autant, nier l'autre ou l'exclure" (23).

Si le pouvoir poursuit son intérêt, et si l'intérêt est servi par un pouvoir, peut-on exposer l'un sans, du même coup, comprendre l'autre ?

(22) Puisque DABIN reconnaît, en théorie générale du droit, la supériorité du droit moral sur le droit juridique, on ne s'étonnera pas de ce qu'il ait privilégié la perspective "moraliste" de Ihering, encore que notre auteur n'ignore pas que notre droit soit entièrement "construit".

(23) J. DABIN, op.cit., pp. 79-80.

Double régime du droit subjectif

190. Pour le propos qui nous occupe, on ne reprendra pas l'analyse des textes allemands du 19ème siècle, tâchant de reconnaître au détour de chaque page d'un auteur, les traces de la théorie contraire ou - plus précisément - complémentaire de l'autre auteur. En centrant davantage notre propos sur la considération des valeurs propres au sujet, on reprendra plutôt la définition du droit subjectif proposée par Dabin. Et puisqu'on y a reconnu les traits les plus complets de la "doctrine mixte", on verra, en examinant les contours de l'appartenance-maîtrise d'un sujet sur sa propre personne, comment la superposition du régime de l'intérêt et du régime du pouvoir aboutit à la contradiction que l'on constatera encore dans le régime des droits de la personnalité.

SECTION 5 - Le sujet entre l'appartenance et la maîtrise.

191. Pour Dabin, le coeur du droit subjectif, ainsi qu'on l'a vu, se situe dans la relation d'appartenance entre le sujet et une chose (24). Mais la "chose" qui appartient au sujet peut revêtir, exactement comme l'intérêt chez Ihering, les modalités les plus diverses : "Cette chose sienne peut être ou bien l'un des éléments intégrants ou dépendants de la personnalité même (vie, puissance physique, intellectuelle, actes, oeuvres...), ou bien une chose matérielle ou immatérielle, ou bien encore un acte à prester par autrui sous forme de dette obligatoire" (25). On aura reconnu dans cette énumération non seulement les intérêts patrimoniaux (les obligations et les diverses formes de propriété) mais encore les valeurs extra-patrimoniales qui tiennent à la personnalité du sujet lui-même.

(24) Cfr. J. DABIN, op.cit. p. 81 : "d'une part, l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance; d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit".

(25) J. DABIN, op.cit., p. 103.

Double régime du droit subjectif

On sait que Ihering n'avait pas cru nécessaire de garder les "trois cercles" où Savigny réservait le pouvoir, caractéristique du droit, au troisième cercle (du patrimoine), l'excluant du premier cercle (de la personnalité) puisque, selon Ihering, les valeurs personnelles "intéressent" le sujet de droit et qu'elles doivent donc faire l'objet d'un droit subjectif. De la même manière, Dabin élargit jusqu'aux déterminations du sujet lui-même les "choses" susceptibles d'appartenance.

Ces déterminations constituent d'ailleurs une appartenance à laquelle le sujet est particulièrement sensible : "les biens ou valeurs que l'on peut 'avoir comme sien' ne se limitent pas aux choses extérieures (...). Ils englobent aussi, et de manière plus proche, les biens ou valeurs inhérents à la personne, physique ou morale, du sujet (vie, intégrité du corps, libertés ...)" (26).

192. C'est que l'appartenance, même si elle doit toujours être sanctionnée par le droit objectif, en son élaboration législative ou en sa tâche jurisprudentielle, peut n'être qu'une donnée naturelle : "il convient de noter que tantôt l'appartenance spécifique du droit subjectif est l'oeuvre de la nature, que la règle positive se borne à constater et à consacrer : ainsi dans le cas du droit à la vie qui, naturellement, appartient au sujet; tantôt l'appartenance est l'oeuvre plus ou moins artificielle de la volonté humaine, créant de toutes pièces un lien d'appartenance non donné par la nature, ou convertissant en appartenance un lien qui n'était, tout au plus, que de convenance" (27).

Une des raisons pour lesquelles Savigny contestait l'existence d'un jus in seipsum était que la maîtrise naturelle par l'homme de ses propres facultés personnelles ne pouvait être placée sur le même

(26) J. DABIN, op.cit., p. 84 (soulignement ajouté).

(27) J. DABIN, op.cit., p. 86. On notera ici encore la référence à la nature, comme on l'a déjà signalée à propos des droits de l'homme (droits naturels, n° 40), du "premier cercle" de Savigny (où les normes mises en jeu sont celles de la nature, n° 119) et du droit-besoin (où le manque physiologique de l'homme est constitutif d'un droit, n° 142).

Double régime du droit subjectif

plan que les prolongements artificiels - proprement juridiques - de cette maîtrise. Ici, en régime d'appartenance, il n'y a plus de raison d'exclure la nature hors du champ de l'artifice juridique: tout ce qui appartient à l'homme par volonté humaine ou par voie naturelle fait l'objet d'un droit subjectif. Lorsque c'est la nature qui crée le lien d'appartenance entre l'homme et son bien propre - comme c'est le cas par exemple, pour son propre corps - alors, l'impossible jus in seipsum devient, ainsi qu'on l'a dit, une sorte de jus a seipso, "que la règle positive se borne à constater et à consacrer".

193. Mais si les valeurs personnelles entrent ainsi aisément et même de la façon la plus "naturelle" sous le régime de l'appartenance, on s'aperçoit qu'elles ont bien plus de peine à passer sous le régime de la maîtrise. Cette maîtrise, en effet, doit s'adapter aux différents "objets" sur lesquels elle porte (28). Et, dès lors, "s'il s'agit des droits de la personne ayant pour objet des biens - vie, libertés ... - qui font corps avec le sujet lui-même, dont ils constituent l'être avant de composer l'avoir, le sujet en a la libre disposition et la maîtrise, certes, mais seulement dans une certaine mesure, qui consiste à en jouir, à les conserver, à les exercer, non pas toujours à les aliéner ou à les détruire" (29). On voit donc qu'ici, les biens qui "appartiennent" le plus

(28) Comme le dit DABIN (op.cit., p. 91) : "Les modalités de la faculté de libre disposition (...) varient selon la nature de la chose assujettie dont elles sont tenues d'épouser les particularités de sens et de structure. Tandis que les choses matérielles se prêtent à la disposition la plus totale, parce qu'elles sont à la fois extérieures au sujet et entièrement subordonnées à l'homme, les biens dans lesquels la personne humaine est engagée (...) ne sont susceptibles que d'une disponibilité relative".

(29) J. DABIN, op.cit., p. 91. On remarquera cette expression des "biens qui font corps avec le sujet lui-même". N'étaient-ce pas ceux-là que Savigny rangeait en son premier cercle, puisqu'ils constituent l'être - et non l'avoir (du troisième cercle) - de la personne ?

Double régime du droit subjectif

au sujet, comme étant les plus proches de lui, sont aussi ceux qu'il maîtrise le moins : la "libre disposition" reconnue à leur endroit est si réduite qu'elle n'est guère plus qu'une affirmation de principe, puisqu'elle se limite, pratiquement, à la jouissance de la valeur considérée.

194. Si Savigny et Ihering tiennent une position diamétralement opposée en ce qui concerne le droit sur soi-même, faut-il s'étonner de ce que la "doctrine mixte" qui tente de les concilier (et nous avons vu que "l'appartenance-maîtrise" est un type très achevé de cette synthèse) apparaisse comme contradictoire lorsqu'elle aborde la question des droits du sujet sur ses propres facultés personnelles ?

Ces facultés appartiennent au sujet, certes, mais il ne les maîtrise pas : or, s'il faut et l'appartenance et la maîtrise pour définir un droit, peut-il exister un droit sur soi-même et, en particulier, sur ses propres déterminations corporelles ? (30).

195. C'est ce qu'on voudrait voir en abordant, dans les dernières sections de ce chapitre, l'étude des droits de la personnalité. On y retrouvera la tension, caractéristique de toutes les doctrines mixtes, entre le régime du pouvoir reconnu et celle de l'intérêt protégé et que l'on vient de reconnaître déjà dans la théorie de Dabin.

(30) DABIN n'aborde explicitement les droits de la personne sur ses propres facultés que dans l'analyse du "point de vue interne" sur le droit subjectif, celui qui le situe face au sujet dans l'appartenance-maîtrise. Mais on sait que, pour notre auteur, l'appartenance connote d'emblée l'altérité et que celle-ci trouve sa sanction positive dans la protection juridique. Ainsi, le "point de vue externe" porté sur le droit subjectif doit-il faire voir qu'il est possible d'opposer à autrui et de protéger juridiquement contre lui toute espèce d'appartenance; y compris donc celle qu'on relève dans les droits de la personnalité.

Double régime du droit subjectif

SECTION 6 - L'objet des droits de la personnalité.

196. Dans l'introduction à son "Essai d'une théorie générale des droits sur la personne", M. Decocq fait état de la difficulté qui existe à manier la notion de droit de la personnalité (31).

La terminologie n'est d'ailleurs pas fixée à cet égard puisque à côté des "droits de la personnalité", on trouve des "droits des personnes sur elles-mêmes", des "droits extrapatrimoniaux", ou des "droits primordiaux".

Cette latitude, voire cette hésitation, dans le choix du vocabulaire exprime une incertitude à propos des contours de cette nouvelle figure. On sait, en première approximation, qu'il s'agit de garantir l'intégrité physique et morale du sujet, mais il faut préciser l'analyse en définissant les différents droits que cette protection engendre (32).

(31) Cfr. A. DECOCQ, op.cit. p. 2. L'auteur tient à décrire ces droits de la personnalité pour pouvoir les distinguer des "droits sur la personne" qui constituent l'objet de son étude. Ces derniers diffèrent des premiers en ce que leur sujet est différent (il s'agit de tiers, et non de la personne elle-même) et leur objet est singulièrement moins large (cf. p. 3), puisque les droits sur la personne sont définis comme étant "les prérogatives appartenant à un sujet de droit sur les éléments en relation avec la conservation d'une personne différente de lui" (p. 6). Les droits (de la personnalité) dont un sujet est titulaire envers ses propres déterminations personnelles constituent ainsi une toute autre catégorie que les droits (sur la personne) dont un tiers est titulaire envers les éléments qui touchent la conservation de la personne considérée.

On peut donc s'étonner de trouver chez M. TALLON, Enc. Dalloz, V° Personnalité, n° 8, l'affirmation selon laquelle la thèse de M. DECOCQ serait une tentative "d'inclure les droits de la personnalité dans une catégorie plus large des droits sur la personne, qui engloberait jusqu'aux obligations alimentaires".

Loin de vouloir inclure les droits de la personnalité dans les droits sur la personne. M. DECOCQ montre, au contraire, le souci continu de les distinguer.

(32) Selon M. DECOCQ, (Essai cité, pp. 1 et 2) : "tous les auteurs sont à peu près d'accord pour faire figurer sur la liste : le droit à l'intégrité morale (droit à la reconnaissance de son individualité - au nom - à l'honneur - au secret), ou à l'intégrité physique (droit à la vie, à l'intégrité du corps, à

Double régime du droit subjectif

197. Quand elle cherche à dénombrer les "éléments" du sujet susceptibles de faire l'objet d'un droit de la personnalité, la doctrine s'efforce de dégager une polarité sujet-objet qui puisse correspondre à la représentation habituelle du droit subjectif (33).

Mais ce départ entre la personne - sujet du droit - et le bien - objet du droit de la personnalité - n'est pas simple à opérer. Car il faut, pour ainsi dire, isoler et figer les caractéristiques vivantes et personnelles du sujet ou, comme l'a dit un auteur, les "substantialiser" (34). Tant qu'on ne parvient pas à "détacher"

(suite note 32)

l'image, peut être à la sécurité)". Comp. A. SAYAG, *op.cit.*, p. 63 : "Les droits de la personnalité sont les droits accordés à tout être dans le but d'assurer son intégrité physique (droit à la vie et à la santé) et morale (droit à l'honneur et à la dignité, au respect de son nom et de son image)".

(33) Dans sa thèse plusieurs fois citée, M. NERSON écrit : "Ce n'est pas, la personne en elle-même qui est protégée, mais un intérêt personnel, un bien de la personnalité : on dit parfois qu'il ne peut exister de droits de la personnalité parce que le sujet de droit ne peut être séparé de l'objet de droit; le sujet de droit, dirons-nous, est la personne; l'objet de la protection est non pas la personne, mais un bien de la personnalité" (R. NERSON, *thèse citée*, p. 356). L'auteur ajoute : "De même en ce qui concerne les droits patrimoniaux, l'objet du droit réel n'est pas le patrimoine, mais un bien du patrimoine".

On peut toutefois se demander si la comparaison est éclairante car la personnalité et le patrimoine constituent des valeurs si différentes entre elles que l'inclusion en elles de leurs éléments respectifs se présente sous des modes largement incomparables.

(34) A propos de l'objet du droit de la personnalité, on lit chez M. MICHAELIDES-NOUAROS (art.cité in R.T.D.Civ. 1966, p. 225): "Pour le saisir, on doit accorder une valeur et une existence autonomes aux divers éléments qui constituent la personnalité, et arriver ainsi à 'substantialiser' les intérêts de chaque individu sur l'inviolabilité de sa vie physique, intellectuelle et morale, sur le respect de sa sphère personnelle. En d'autres mots, ces intérêts doivent être conçus comme des biens autonomes et indépendants protégés par la loi et formant, dès lors, l'objet du droit de la personnalité".

Double régime du droit subjectif

d'une certaine façon la valeur considérée, du sujet qui en est le titulaire, on ne peut, dit-on, parler d'un droit (35).

198. Mais comment faire quand il s'agit par exemple d'un bien aussi essentiel que la vie même du sujet ? Si le droit à la vie fait partie du noyau irréductible des droits de l'homme (36), cela signifie-t-il que le sujet pourrait disposer de sa propre vie comme d'un objet qui lui serait extérieur ? Ou bien faut-il dire, comme Savi-

(35) C'est la raison pour laquelle ROUBIER (op.cit., p. 375) ne veut retenir comme droit de la personnalité que le droit au nom et le droit moral de l'auteur sur ses oeuvres "parce que, dans ces deux hypothèses, il existe un élément concret et extérieur qui peut servir de siège au droit, à savoir le nom de famille d'une part, l'oeuvre de l'esprit, d'autre part". En parlant des autres "droits" de la personnalité, l'auteur ajoute qu'ils "ne portent que sur des éléments qui sont partie intégrante de la personne : mon image, c'est moi-même; mon honneur, mes secrets, c'est encore moi-même; mon intégrité corporelle et ma vie, c'est toujours - et au plus haut degré - moi-même."

Et ROUBIER conclut par sa thèse déjà mentionnée (v. supra n° 122) : "Autant il paraît naturel de donner une action en réparation du dommage à celui qui a souffert une atteinte injuste dans sa personne, autant il paraît singulier d'édifier, autour de ces éléments de la personne, des droits subjectifs, dont le titulaire est hors d'état de disposer." On le voit, ici encore, c'est l'impossibilité de disposer - et pour cela, d'établir une distinction entre le sujet (qui dispose) et l'objet (dont on dispose) - qui empêche de parler d'un droit. Mais est-ce la disposition qui caractérise le droit ?

(36) Cfr. le titre de l'article de M. PRZETACZNIK in Revue des Droits de l'homme, 1976, p. 585 : "The right to life as a basic human right". V. aussi A.C. KISS et J.B. MARIE : "Le droit à la vie", Revue des Droits de l'homme, 1974, p. 339 : "Dans tous les instruments internationaux tendant à promouvoir et à protéger globalement les droits de l'homme, le droit à la vie figure en tête des droits garantis" (cfr. l'art. 3 de la Déclaration universelle de 1948, l'art. 2 de la Convention européenne de 1950, l'art. 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ...). Les auteurs montrent que dans les situations d'exception qui autorisent la suspension des droits protégés, le droit à la vie est l'ultime droit à subsister.

Double régime du droit subjectif

gny, que le sujet, ne pouvant pas disposer de sa vie, ne jouit pas d'un droit subjectif à son égard ? (37)

199. Il faut tout de même s'interroger pour savoir si cette conception traditionnelle qui exige la présence, dans le droit subjectif, d'un objet distinct d'un sujet n'est pas redevable uniquement de la définition du droit subjectif comme pouvoir reconnu. Car les auteurs qui situent le droit subjectif en régime d'intérêt protégé, de jouissance (Ihering) ou d'appartenance (Dabin), admettent l'existence d'un droit du sujet sur lui-même, et ne se formalisent donc pas d'une prétendue "confusion du sujet et de l'objet". En régime de disposition, il est sans doute important que le sujet exerce son droit sur un objet distinct de lui; en régime de protection, ce qui compte, c'est que le sujet soit protégé.

On va voir, pourtant, que cette protection tâche souvent - est-ce la contagion due à la définition mixte ? - de viser un "objet" différent de la personne elle-même.

200. Pour rendre compte de l'originalité du droit de la personnalité par rapport aux droits patrimoniaux, et pour atténuer quelque peu la nécessité d'une distinction entre sujet et objet à l'intérieur du droit subjectif, on a pu trouver, pour donner un contenu

(37) Cfr. R. NERSON, thèse citée, n° 177, p. 183 où l'auteur n'admet comme "droit à la vie" que le droit de légitime défense qui justifie l'infraction commise par une personne pour défendre sa vie; v. aussi P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, p. 364 et sv. où "le droit à la vie" est recusé parce qu'il ne correspond pas à la définition du droit subjectif comme "bien de caractère juridique, qui peut être approprié"; quant à M. KAYSER (art. cité in R.T.D.Civ. 1971, p. 456), il place, pour les mêmes raisons, le droit à la vie parmi les "faux droits de la personnalité".

Sur la disposition par le sujet de sa propre vie dans le suicide ou l'euthanasie, v. infra Quatrième partie sur le "droit à la mort".

Double régime du droit subjectif

au droit de la personnalité, un terme plus exact que "chose" ou "objet" : c'est l'attribut de la personne (38).

Car "l'attribut" indique une distance par rapport au "sujet" - il n'est pas ce sujet-même -, mais cette distance n'est toutefois pas celle de l'objet au sujet, puisque l'attribut est précisément attribut du sujet. On pourrait dire alors que si le droit patrimonial met en jeu un rapport de sujet à objet, le droit de la personnalité suppose, lui, une relation de sujet à attribut (39).

201. Paradoxalement, ce terme se justifie par son ambivalence, car il permet de rendre compte de la diversité des opinions des auteurs lorsqu'il s'agit de fixer les "attributs de la personne" que notre droit protège au titre de droits de la personnalité.

Car ceux qui voient dans le droit subjectif un pouvoir de disposition vont accentuer le fait que l'attribut n'est pas le sujet et que celui-ci, prenant ainsi distance par rapport à ses "attributs", peut se voir reconnaître sur eux un droit subjectif, en l'occurrence, un droit à la personnalité; mais les auteurs qui insistent sur le fait que le droit subjectif est d'abord un intérêt à protéger soulignent le lien (de jouissance ou d'appartenance) qui attache l'attribut au sujet.

Dans la première espèce, seuls les attributs suffisamment détachés du sujet peuvent constituer "l'objet" d'un droit de la personnalité.

(38) Cfr. R. NERSON, Rapport cité in Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1959, p. 60 : "Dans le cas de la protection de la personnalité, le mot (personnalité) désigne non pas l'aptitude à être sujet de droit, mais l'ensemble des attributs de la personne humaine, qui sont de son essence, qui font qu'elle est elle-même et non pas une autre".

(39) Mais il faut reconnaître que ce mot : "attribut" peut être assimilé aux termes qui désignent les choses. Cfr. B. EDELMAN, Le droit saisi par la photographie, op.cit., p. 67 : "Le capital/sujet est ainsi constitué par les 'attributs' de sa personnalité, i.e. ce qui donne au sujet de droit existence sociale: son nom, son droit moral, son honneur, son image, sa vie privée... et dans le même moment où ce capital est formé, il produit les conditions de sa circulation. La personne humaine est propriétaire d'elle-même et donc de ses attributs".

Double régime du droit subjectif

té (40); dans la seconde espèce, tous les attributs qui se rattachent au sujet sont matière à un droit de la personnalité (41). Entre les deux, puisque la doctrine traditionnelle adopte la théorie mixte du droit subjectif, on trouve des listes intermédiaires de longueur variable, plus courtes si l'on privilégie le pouvoir, plus longues si l'on privilégie l'intérêt dans la définition "mixte" du droit subjectif (42).

(40) V. supra n° 199, la position de M. ROUBIER.

(41) Un bon exemple de cette interprétation extensive se trouve dans la définition proposée par DABIN (op.cit. p. 169) : "Les droits de la personnalité sont des droits qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personnalité du sujet prise sous ses multiples aspects, physique et moral, individuel et social." L'auteur y range aussi "l'être du sujet : son corps et ses membres, mais aussi ses convictions et ses affections, sa pudeur et son sens esthétique, son intimité, son honneur (...), les traits de son 'personnage' physique et moral" (p. 170), et en outre "le champ illimité des libertés externes" (p. 170), la liberté juridique, les pures facultés et les droits d'option (p. 171), et encore "les éléments composants des personnalités 'secondes' qui situent le sujet sur le plan social, aux divers points de vue de la nationalité et de la famille, de la classe et de la profession" (p. 172).

(42) Comp. par exemple l'énumération donnée par M. NERSON (thèse citée, p. 394) "Seuls nous apparaissent comme des droits véritables le droit au nom, le droit de légitime défense, le droit de réponse, le droit moral de l'auteur, les droits de puissance maritale ou paternelle"; ou de M. KAYSER (art.cité, in R.T.D.Civ. 1971) qui retient le droit au nom, le droit de la personne sur son corps, le droit au respect de la vie privée, le droit moral de l'auteur et de l'inventeur (v. là-dessus O. IONESCU, op.cit. éd. 1978, p. 206 et sv), avec les listes plus longues proposées par M. GOERGEN (thèse citée, p. 240) qui retient les droits de l'individu comme tel, puis les droits de l'individu comme membre de la famille et enfin les droits de l'individu comme membre de la société; ou par M. HOUIN dans son rapport à la Commission de réforme du Code civil (année 1950-51, t.6, p. 32) : "Parmi les droits que l'on attribue généralement à la personnalité, on peut faire rentrer : les droits de la personne physique : droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté corporelle; les droits moraux et de famille : droit au nom, droit à la considération et à l'honneur, droit à l'inviolabilité des rapports de famille, liberté de penser, de s'exprimer, liberté de conscience, droit moral de l'auteur, etc...; les droits économiques et professionnels : droit de gagner sa vie par le travail, libre exercice des activités économiques, liberté syndicale. etc...".

Double régime du droit subjectif

202. Puisque les deux régimes de la disposition et de la protection tirent en sens contraire sur la liste des droits de la personnalité, le premier pour la rétrécir et le second, pour l'allonger, on comprend que l'organisation de ces droits de la personnalité obéisse à des principes quelque peu contradictoires.

SECTION 7 - Le régime des droits de la personnalité.

203. Du fait que le droit de la personnalité assure le lien d'un sujet à ses propres attributs, on dégage une double conséquence qui renforce le régime de protection - et non de disposition - de ce droit. On dit, premièrement, que ce droit est indisponible et, deuxièmement, qu'il ne peut pas être exercé par un tiers : l'attribut ne se distingue pas du sujet comme se distinguerait de lui un objet dont lui-même ou un tiers pourrait disposer. Ce double trait du régime des droits de la personnalité peut être brièvement exposé.

204. L'attribut est tellement lié au sujet que celui-ci n'en dispose pas. Le droit de la personnalité est né en régime de protection et cette origine va commander les diverses formes d'indisponibilité du droit : "les droits de la personnalité sont incessibles, insaisissables et imprescriptibles" (43). L'inaliénabilité des droits de la personnalité, ou leur incessibilité, de même que son corollaire, leur insaisissabilité, est bien admise par la doctrine, en ce sens que le titulaire ne peut se dépouiller irrévocablement

(43) Tel était le projet d'article proposé par M. HOUIN à la Commission de réforme du Code civil (avant-projet sur les droits de la personnalité, t.6, p. 35); après discussion (v. en particulier, p. 64, la proposition de M. de LAPANOUSE : "les droits de la personnalité ne peuvent être aliénés d'une façon totale et définitive"), la rédaction adoptée fut (art. 18 du projet) : "Les droits de la personnalité sont hors du commerce. Toute limitation volontaire portée à l'exercice de ces droits est nulle si elle est contraire à l'ordre public".

Double régime du droit subjectif

de ses droits (44). Il en va de même pour l'imprescriptibilité; moyennant certaines exceptions (45).

Avec l'indisponibilité, une autre conséquence de l'originalité qui caractérise, pour un sujet, les attributs de sa personne par rapport aux objets dont il a la libre disposition, est l'impossibilité d'une représentation de ce sujet par autrui dans l'exercice de ses droits de la personnalité. On va le voir à propos du débiteur, de l'incapable et de la personne décédée.

205. La chose est claire en ce qui concerne l'action oblique reconnue aux créanciers par l'art. 1166 du Code civil : l'exercice des droits de la personnalité d'un débiteur est exclu du mandat général de ses créanciers (46).

(44) Cfr. D. TALLON, Enc. Dalloz, V° Personnalité, n° 127; v. par exemple sur l'incessibilité du droit moral d'auteur, Travaux de la C.R.C.C. t.6, p. 64. Cfr. aussi F. RIGAUX, op.cit., p. 199 : "(les droits de la personnalité) adhèrent à la personne qui ne saurait en faire d'autre usage que de les exercer elle-même. Le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, les droits subjectifs familiaux (...), les droits politiques (...) se caractérisent par la liberté et la spontanéité avec lesquelles ils doivent, à tout moment, pouvoir être exercés. Cela les place 'hors commerce', à l'abri de tout engagement par lequel la volonté qui les maîtrise pour les exercer elle-même prétendrait transférer à un autre le pouvoir qui doit demeurer sien. Ce sont, en un sens, les droits 'subjectifs', par excellence puisque la volonté est impuissante à les séparer du sujet auxquels ils appartiennent".

(45) V. là-dessus, R. NERSON, thèse citée, p. 437; A. GOERGEN, thèse citée, p. 245; P. KAYSER, art.cité in R.T.D.Civ. 1971, p. 38; D. TALLON, V° cité, n° 128. Les auteurs reconnaissent que la prescription joue un rôle en matière de droit de réponse et de possession de nom.

On retiendra aussi le délai de prescription d'une action en réparation de l'atteinte à l'intégrité corporelle; si cette intégrité elle-même est imprescriptible, l'action réparatrice est soumise à une prescription extinctive dont le délai peut d'ailleurs être singulièrement raccourci, en certains régimes juridiques, lorsque l'auteur de l'atteinte est reconnu coupable d'une infraction pénale.

(46) V. là-dessus A. GOERGEN, thèse citée; R. NERSON, thèse citée, p. 459; D. TALLON, V° cité, n° 124.

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN

Double régime du droit subjectif

206. En ce qui concerne les incapables, le principe de l'impossibilité de la représentation générale par autrui ne s'applique que partiellement. Sans doute, la caractéristique du droit de la personnalité se montre-t-elle dans la reconnaissance d'une capacité naturelle à celui qui, incapable civilement, est concerné "en ce qui est purement humain de sa personnalité : son corps et sa vie" (47). Mais le protecteur de l'incapable est appelé, lui aussi, à donner son consentement à propos des actes qui touchent les déterminations personnelles de son pupille. Cette intervention du représentant de l'incapable aux côtés de son protégé n'a pas besoin, en notre matière, d'autre justification que celle qui est donnée pour rendre compte de l'incapacité civile et du régime de l'autorité parentale ou tutélaire : c'est la protection des intérêts de l'incapable et, ici, des attributs de sa personnalité.

207. Après l'action oblique et la tutelle, il faut encore mentionner un autre type de représentation : celui que le droit reconnaît aux héritiers à l'égard du de cujus. En principe, le droit de la personnalité est tellement lié - comme son nom l'indique - à la personnalité du sujet que, après le décès de celui-ci, on imagine mal que ce droit soit exercé par ses successeurs. Or, ainsi qu'on le verra à propos de l'intransmissibilité du "droit à l'image", ce principe connaît des exceptions dans le but, surtout, de protéger l'intérêt du défunt (48).

(47) On se rappelle la distinction esquissée par IHERING (op. cit. § 60, p. 332) entre la capacité minimum qui touche le corps et la vie (das rein menschliche der Persönlichkeit, Leib und Leben) et la capacité patrimoniale (Vermögensfähigkeit) V. supra n° 96.

(48) V. là-dessus, R. NERSON, thèse citée, p. 439 et sv. : "Certaines prérogatives s'éteignent à la mort de leur titulaire : ce sont celles qui nécessitaient une appréciation d'ordre intime; il en est ainsi, par exemple, du droit moral d'auteur dans son élément positif. Cependant, il est nécessaire post mortem de gérer certains intérêts; le support de certaines prérogatives se trouve être sinon la personne du défunt, puisqu'elle a cessé d'exister, du moins sa mémoire, qui est une sorte de prolongement de sa personnalité. L'idée de continuation de la personne du défunt aboutira à faire exercer certains

Double régime du droit subjectif

Ici encore comme dans le cas des incapables, un pouvoir est donné à autrui, mais c'est dans le but de protéger les intérêts moraux du sujet désormais incapable - et pour cause - de les défendre lui-même.

208. On voit ainsi jusqu'où s'étend le régime de protection des droits de la personnalité; c'est lui qui commande l'indisponibilité de ces droits sous toutes ses formes : incessibilité, insaisissabilité, imprescriptibilité; c'est lui aussi qui justifie les exceptions apportées à l'impossibilité, énoncée comme principe en notre matière et vérifiée dans le cas de l'action oblique des créanciers, d'une représentation par autrui du titulaire des droits de la personnalité. C'est en effet dans un but de protection qu'autrui (le "représentant") se voit conférer un pouvoir à propos des attributs de la personnalité de l'incapable et du défunt.

209. Mais de même qu'au moment d'établir l'objet des droits de la personnalité, on a vu réapparaître le critère de la disposition pour limiter le nombre des attributs susceptibles de fournir la "matière" d'un droit subjectif, ne va-t-on pas le voir émerger, ici encore, pour rendre plus "disponibles" les valeurs inhérentes

(suite note 48)

droits et actions extrapatrimoniaux du défunt par des successeurs 'moraux'; A. GOERGEN, thèse citée, p. 249; D. TALLON, Enc. Dalloz, V^o personnalité, n^o 129, 133 et sv.; et surtout P. KAYSER, art. cité in R.T.D.Civ. 1971, pp. 497-500, où l'auteur constate (p. 499) : "On se trouve en présence d'une de ces situations exceptionnelles où les deux éléments du droit subjectif, le pouvoir et l'intérêt, appartiennent à des personnes différentes : le pouvoir, élément essentiel du droit, est transmis aux ayants cause du défunt pour leur permettre d'assurer la protection des intérêts moraux de ce dernier", et (p. 500) : "Cette continuation (= de la personne du défunt par l'héritier) n'a pas lieu de la même manière (...) pour la succession aux biens et pour la succession aux droits de la personnalité, parce que la première est fondée sur le devoir du de cujus envers les membres de sa famille, et la seconde sur les devoirs de ces derniers envers lui".

Double régime du droit subjectif

au sujet et troubler ainsi le régime juridique "pur" que l'on pensait pouvoir appliquer aux droits de la personnalité (49) ?

Cette question, il faut pouvoir l'aborder en déterminant un champ d'analyse assez précis. Pour ce faire, on étudie, comme on l'a dit dans l'introduction à cet ouvrage, les droits qui concernent la personne en son propre corps.

SECTION 8 - L'application du droit de la personnalité au corps du sujet.

210. Nous voudrions voir s'exercer, à propos de la relation du sujet à son propre corps la tension constitutive du droit subjectif, manifestée dans le droit de la personnalité.

Si nous avons choisi un droit patrimonial quelconque - le moins quelconque de tous étant le droit de propriété - nous aurions vu

(49) Pour M. HOUIN, (Travaux de la C.R.C.C. t.6, p. 32), "ce critère (de l'indisponibilité des droits de la personnalité) n'est pas entièrement satisfaisant, car certaines conventions sont permises par les usages et les moeurs : tels les contrats de soins relatifs au corps humain, les clauses de non-concurrence, etc..."; l'auteur ajoute (p. 33) : "De sorte qu'on est amené à affirmer l'existence de droits de la personnalité, sans pouvoir en fournir ni une liste, ni un critère précis". V. aussi R. DOMAGES, thèse citée, p. 31 : "On a l'habitude de dire que ces droits (= de la personnalité), étant hors du commerce, sont incessibles, imprescriptibles, intransmissibles à cause de mort et exclusifs de toute représentation générale par autrui. Mais ces caractères juridiques ne sont pas absolus, car les besoins sociaux ont conduit les juges à en atténuer la rigueur. Constattement dans la vie journalière interviennent des conventions par lesquelles un individu consent à limiter l'exercice d'un droit de la personnalité en faveur d'autrui. Ces conventions sans être aussi nombreuses que les conventions d'ordre pécuniaire sont cependant très fréquentes".

Comp. A. GOERGEN, thèse citée, p. 243 et J. DABIN, op.cit., p. 91. V. aussi D. TALLON, V° cité, n° 130 : "La thèse classique explique seulement l'indisponibilité du droit lui-même, dont son titulaire ne peut se dépouiller. Mais l'exercice de ces droits peut faire l'objet d'aménagements volontaires par le jeu de conventions, autorisations ou renonciations, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs".

Double régime du droit subjectif

que le régime de disposition complète assez heureusement le régime de protection pour assurer au titulaire du droit subjectif une réelle "appartenance-maîtrise" où il n'y aurait pas de faille (50). Or le droit de la personnalité offre précisément, on vient de le voir, une fissure dans l'analyse, puisqu'il ne vérifie pas bien la définition traditionnellement mixte du droit subjectif. C'est ce qui fait son intérêt.

211. Intérêt en théorie générale du droit, puisque cette catégorie dernièrement apparue parmi les droits subjectifs est la nouvelle espèce qui oblige à vérifier la définition du genre sous lequel on l'inscrit.

Intérêt en philosophie de la société puisque la disjonction des notions employées dans la tâche descriptive - protection et disposition - oblige à peser à nouveau la consistance du concept qui les réunissait : le droit subjectif, et ainsi, à réévaluer la conception libérale des rapports entre l'individu et la société.

212. Encore une fois, il fallait, pour aborder ces questions, un domaine précis d'investigation. Parmi les droits de la personnalité, on a choisi l'un ou l'autre qui touche le sujet de droit en son corps, et on se demande comment le discours juridique a été amené à dire ce qu'il dit aujourd'hui sur cette matière. Pourquoi a-t-on inséré entre le sujet et son propre corps la catégorie juridique du droit subjectif, et plus spécifiquement, celle du droit de la personnalité ? Ces nouveaux droits de la personnalité visent-ils à renforcer la protection du sujet en son intégrité corporelle ? Ou bien à accentuer la possibilité pour ce sujet de disposer des attributs de sa personnalité physique ?

213. Par-delà la question, posée en théorie générale du droit, qui consiste à savoir si une augmentation de protection et/ou de

(50) Réserve faite, évidemment, de l'hypothèse qui a amené IHERING à prendre distance vis-à-vis de la définition de SAVIGNY et qui concerne les droits (patrimoniaux) de l'incapable.

Double régime du droit subjectif

disposition autorise à utiliser la catégorie technique du droit subjectif, dont on sait assez qu'elle est un mixte d'intérêt et de pouvoir, se pose la question plus fondamentale d'une évaluation de cette figure qui envahit l'espace juridique à tel point qu'elle vient se placer entre le sujet et son propre corps.

214. Nous pouvons donc, à présent, quitter les champs de la réflexion théorique, pour voir, par l'analyse, comment la loi, la jurisprudence et la doctrine, rendent compte de cette relation particulière du sujet à son corps. On le fera, avons-nous dit, dans les trois domaines qui touchent le corps humain à une radicalité de plus en plus grande : l'image, le traitement médical, et la mort. En chacune de ces analyses, on tâchera de rendre compte, le plus objectivement possible, du discours juridique et on restera attentif à tout ce qui y relève, de près ou de loin, d'un régime de protection - soit comme "situation objective" soit comme "droit de la personnalité" - ou d'un régime de disposition. Ce qui nous permettra de proposer, en synthèse, nos réflexions sur la théorie du droit subjectif et son aptitude à rendre compte de la condition incarnée du sujet de droit.

CONCLUSION

215. La doctrine traditionnelle a reconnu dans la réflexion "moraliste" de Ihering un complément indispensable à la position "politique" prise par Savigny sur le droit subjectif. Dans la logique de leurs perspectives, ces deux auteurs ont abouti à des résultats différents en ce qui concerne le droit du sujet sur lui-même. Si le régime du pouvoir et celui de l'intérêt se complètent plus ou moins harmonieusement dans la sphère du droit patrimonial, où le sujet est tourné vers les valeurs extérieures, il n'en va plus de même lorsque ce sont les valeurs propres du sujet qui sont considérées par le droit : régies par les lois de la nature pour l'un, et à ce titre, exclues des objets juridiques, elles constituent

Double régime du droit subjectif

pour l'autre la plus belle matière du droit subjectif. Cette tension, flagrante chez nos deux auteurs allemands du 19ème siècle, est caractéristique de la doctrine contemporaine. On l'a vu dans la définition que donne Dabin du droit subjectif par l'appartenance-maîtrise, et dans les tiraillements repérés en analysant l'extension et le statut des droits de la personnalité.

216. C'est cette tension-là que l'on voudrait cerner dans l'analyse en l'appliquant à une catégorie bien déterminée des droits de la personnalité : ceux qui touchent le sujet de droit en sa personne physique, en son corps.

Par là, on espère pouvoir apporter quelques éclaircissements, non seulement sur le contenu théorique de la notion du droit subjectif mais encore sur le débat - exposé au premier Titre de cette Première partie - dans lequel, depuis le début de la Modernité et jusqu'aujourd'hui encore, les juristes s'interrogent sur le bien-fondé du droit subjectif.

DEUXIEME PARTIE

LE « DROIT A L'IMAGE »

INTRODUCTION

217. "Si vos traits sont à vous, l'image qu'ils impriment à la rétine de mon oeil est à moi" (1). L'image pose d'emblée le rapport à autrui, car l'apparence n'est telle que pour un regard. Ceci permet au droit de tenir un certain discours sur cette relation où une image est donnée et reçue.

Jusqu'à ces derniers temps, le regard et l'image n'ont guère fait l'objet de dispositions normatives : qu'y a-t-il à régler, en effet, dans une relation aussi simple que celle de voir autrui, et d'être vu par lui ? Pourtant, le droit civil et le droit pénal imposent une réserve aussi bien dans l'image que l'on donne de soi que dans le regard que l'on porte sur autrui. Ainsi, en punissant l'outrage public aux moeurs "par des actions qui blessent la pudeur", l'article 385 du Code pénal impose-t-il le respect de la pudeur dans l'apparence qu'un sujet donne de lui-même à autrui. De son côté, le Code civil, en traitant aux articles 675 et suivants "des vues sur la propriété de son voisin" impose, par un calcul scrupuleux de distances minimales, l'obligation de respecter l'intimité d'autrui : un propriétaire ne peut jeter un regard trop indiscret sur la propriété de son voisin. Le droit pénal commande une pudeur de l'image, et le droit civil commande - dans une matière très circonscrite : le voisinage des propriétés - une pudeur du regard. La réserve imposée par ces normes s'applique, on s'en rend compte, à l'image qui est simplement vue.

218. Si les choses en étaient restées là, nous n'aurions sans doute jamais connu de "droit à l'image". Mais alors que l'apparence du sujet humain est demeurée sensiblement la même depuis des siècles, son regard, lui, a changé : parce que des inventions techniques lui permettent d'approcher la réalité et de la fixer dans des conditions qui n'ont plus rien de commun avec les limites d'un regard

(1) J. GIESEN, La photographie au point de vue juridique, causerie faite à la Conférence du Jeune Barreau d'Anvers le 7 mars 1890, Bruxelles, Larcier, 1890, p. 26.

Le « droit à l'image »

qui toujours se renouvelle. De nos jours, le droit n'a plus seulement à régler la relation où un sujet est vu par un autre sujet dans un regard "à visage humain", et pour le temps seulement que dure la vision, nécessairement fugitive, de l'autre; car il doit encore réglementer l'usage de la technique qui permet de saisir l'image d'autrui et de la figer en la retirant de son mouvement spontané et de son contexte vécu. L'apparence que donne autrui devient, par le biais de la technique photographique, une chose qui peut être cadrée, agrandie, et montée grâce à des artifices que l'oeil, livré à la simplicité du regard, ne pouvait se permettre. Cette image d'autrui, fixée sur un support matériel peut être reproduite à des milliers d'exemplaires, sur les affiches, les illustrés ou sur les écrans de télévision, dans un contexte nécessairement différent de celui qu'a connu le modèle au moment où il "offrait" son image. Si les normes juridiques pouvaient se réduire à peu de chose lorsqu'il s'agissait seulement d'être vu par autrui, ne devraient-elles pas prendre de l'importance lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas maintenant, d'être photographié par lui, et de voir ainsi son image réalisée et sans doute diffusée sans contrôle ?

219. A vrai dire, le discours du droit sur la fixation et l'utilisation de l'image d'autrui ne suppose pas nécessairement la photographie. La seule technique du dessin ou de la peinture a déjà donné lieu à des décisions de justice concernant la protection de l'image du modèle représenté (2).

(2) Cfr. Civ. Seine, 11 avril 1855, Ann. prop. ind. 1860, 167, art. 553 où le juge ordonne en référé, le retrait d'un tableau exposé aux Beaux-Arts (le portrait, exécuté par une artiste peintre, d'une religieuse décorée de la légion d'honneur pour son dévouement lors d'une épidémie de choléra); Civ. Seine, 16 juin 1858, D. 1858,3,62, Ann. prop. ind. 1858, 250 : il s'agissait de la publication d'un dessin représentant le visage de la célèbre actrice Rachel sur son lit de mort, alors que la famille entendait garder ce portrait à son usage privé (cette décision est citée par tous les commentaires qui s'accordent pour faire débiter ici leur historique du "droit à l'image"); Civ. Seine, 5

Le « droit à l'image »

Mais le problème était alors beaucoup moins aigu qu'à notre époque; et cela pour deux raisons.

D'une part, en ce qui concerne la réalisation de l'image, la nécessité de poser, souvent pendant de longues heures, devant l'auteur du portrait impliquait évidemment le consentement du modèle à la fixation de ses traits. Or, à partir du moment où la photographie instantanée permet de fixer l'image d'une personne contre son gré, par exemple dans un endroit où elle veut se soustraire aux regards d'autrui, les problèmes se posent avec une acuité bien plus grande.

D'autre part, pour ce qui regarde la diffusion de l'image, le nombre de portraits réalisés par les artistes était infiniment moindre que ceux que permettent le simple déclic d'un appareil photographique et les techniques de reproduction en vigueur aujourd'hui. Or, en se multipliant, les images se chargent d'une valeur marchande puisqu'il devient possible de les répandre largement dans le commerce. Ce double fait oblige le juriste à modifier les catégories qu'il utilisait habituellement pour organiser le régime juridique de l'image.

220. Autrefois, lorsqu'il ne s'agissait que de peinture ou de sculpture, les préoccupations du modèle quant au respect de son honneur dans l'utilisation de son image étaient suffisamment rencontrées par l'application des règles paisibles de la responsabilité délictuelle et, éventuellement, l'intervention du juge des référés. Au-

(Suite note 2)

décembre 1877, Ann. prop. ind. 1878, p. 92 où il est fait défense au propriétaire de l'esquisse d'un portrait peint par Ingres d'exposer le dessin ou de le livrer aux enchères; Civ. Seine, 20 juin 1884, Ann. prop. ind. 1888, p. 280 et obs. A. Vaunois, où le peintre Jacquet se voit interdire de toute exposition publique la caricature qu'il avait faite d'un de ses célèbres clients : Alexandre Dumas; Bruxelles, 26 décembre 1888, S., 1891, 4, 35 où la fille d'un grand criminel obtient le retrait du portrait de son père hors d'un musée de figures de cire; Civ. Seine 20 mars 1895, Ann. prop. ind. 1897, p. 116, décision qui ordonne au peintre Whistler la remise à sa cliente du portrait que, suite à une dispute, l'artiste avait transformé. Au XX^{ème} siècle, on ne trouve plus guère de jurisprudence à propos des droits du modèle représenté par la peinture ou la sculpture.

Le «droit à l'image»

jourd'hui puisque le contexte social laisse planer sur le sujet les menaces à la fois d'une intrusion de la technique jusqu'en l'intimité de la vie privée de la personne et d'une diffusion de ses traits dans des proportions démesurées, le droit, dirait-on, a voulu se faire plus nerveux, plus rapide.

Par ailleurs, il a fallu donner un cadre juridique à la patrimonialisation croissante de ce "bien de la personnalité" qu'est l'image d'un sujet. Est-ce là la raison d'être du "droit à l'image" ? (3)

Si on voulait vérifier à propos de ce nouveau droit dit "à l'image" l'adéquation des catégories reconnues dans l'analyse du droit subjectif, on dirait qu'il a fallu à la fois renforcer le régime de protection des intérêts du sujet contre toute menace photographique venant de l'extérieur, en même temps qu'instaurer un régime de disposition par lequel le sujet exprime son pouvoir - de commercialisation par exemple - sur un attribut qui lui est propre.

221. Pour voir s'il est légitime de raisonner ainsi, on voudrait examiner les applications du double régime du droit subjectif en deux approches distinctes : en un premier titre, davantage descriptif, on étudie les déterminations concrètes du "droit à l'image", et en un second titre, davantage théorique, on réfléchit sur la nature juridique de ce nouveau droit.

Dans un cas comme dans l'autre, on souligne les incidences de la Protection et celles de la Disposition sur le "droit à l'image". On espère par là progresser dans la compréhension du droit subjectif lorsque celui-ci est appliqué aux valeurs personnelles du sujet. Mais il n'est pas dit - évidemment - que les conclusions valables à propos du "double" de la personne humaine (l'image) soient vérifiées en ce qui concerne le corps même de la personne : ce point devra être examiné dans les parties suivantes.

(3) La première partie de cet ouvrage a montré la difficulté persistante à appliquer la définition "mixte" du droit subjectif aux biens propres de la personnalité. C'est pour rappeler cette difficulté, et réserver ainsi notre jugement, que nous citons entre guillemets le "droit à l'image".

TITRE I

LES DETERMINATIONS DU « DROIT A L'IMAGE »

222. Pour cerner le "droit à l'image" en ses déterminations concrètes, on analyse le discours que tiennent sur lui le juge, le théoricien et le législateur. On voit ainsi s'affirmer un principe général : celui de la nécessité du consentement du modèle à la reproduction de son image. On y reconnaît une application du régime de protection, au sens où le sujet est protégé contre toute appropriation de son image de la part d'autrui (chapitre I).

Cette protection a lieu au bénéfice d'un sujet qui expose quasi nécessairement son image dans un espace public. Dès lors se pose la question de savoir jusqu'où le sujet est protégé en son exposition même : suffit-il qu'il circule en un endroit public pour qu'un tiers puisse légitimement fixer les traits de ce passant (chapitre II), et suffit-il qu'il soit connu du public pour qu'il ne puisse plus revendiquer une vie privée (chapitre III) ?

En ces deux hypothèses, le régime de protection apporte une réponse rassurante - trop rassurante, peut-être.

On constate que la Protection est dominante encore dans la question du consentement à donner par les personnes incapables ou décédées. Car c'est bien un rôle de protection, et non de disposition, que joue la famille en cette hypothèse (chapitre IV).

Reste enfin l'analyse des déterminations contractuelles du consentement. Si le contrat ouvre par lui-même la possibilité d'un régime de disposition de l'image, on voit que l'insistance mise sur la spécialité du consentement et surtout la reconnaissance d'un droit de repentir au bénéfice du modèle consacrent un retour en force du régime de protection.

Ayant ainsi constaté en quelques déterminations du "droit à l'image" la dominante de "l'intérêt protégé" par rapport au "pouvoir reconnu", on prendra position, au titre II, sur la nature juridique du "droit à l'image".

Déterminations du « droit à l'image »

CHAPITRE 1 — Le consentement du modèle à la reproduction de son image

223. Il existe un principe selon lequel l'image d'une personne ne peut être reproduite sans que celle-ci n'y ait consenti. Après avoir reconnu cette affirmation, on en établit la portée en précisant d'une part ce qu'est l'image, et d'autre part ce qu'est le consentement du modèle représenté.

SECTION 1 - L'affirmation du principe.

224. L'élément proprement subjectif de l'image se traduit, sur le plan juridique, par le consentement du sujet appelé à être représenté. Négativement, toujours sur le plan juridique, le "droit à l'image" se définit comme la possibilité de refuser, d'interdire. Interdire quoi ? Donnons d'abord la réponse la plus immédiate en réservant pour des développements ultérieurs le soin de la préciser : ce que le sujet peut interdire, c'est la publication de ses traits. Une image picturale ou photographique ne peut être exposée, publiée ou diffusée d'une quelconque façon si le sujet qui y est représenté n'a pas donné son accord à ce passage de son image au "public".

225. En France, la jurisprudence est formelle : le consentement du modèle à la reproduction de ses traits est nécessaire aussi bien dans le cadre d'un contrat entre artiste et modèle (ou client), que dans celui d'une pure relation de fait (4).

(4) On trouvera dans la bibliographie la liste des décisions de jurisprudence mentionnées dans cet ouvrage. Signalons une fois pour toutes qu'on se permettra de souligner dans les citations de jurisprudence les termes qui illustrent davantage les thèmes que l'on veut mettre en évidence.

Déterminations du «droit à l'image»

Le principe est affirmé, identique, depuis le siècle dernier (5) jusqu'à nos jours (6).

- (5) "La nature du contrat, aussi bien que les convenances sociales exigent que (le photographe) ne puisse faire aucun usage (du cliché) sans le consentement de la personne dont les traits sont reproduits; le droit du client, à cet égard, est absolu" (Paris, 9 août 1888, S. 1890, II, 241; Ann. prop. ind., 1889, 43; formulation identique dans Civ. Seine, 31 décembre 1896; Ann. prop. ind., 1897, 142).

Déjà à la fin du siècle, il est fait état d'une "jurisprudence constante" selon laquelle "(ceux dont les clichés reproduisent les traits) ont le droit incontestable d'interdire l'exhibition de leur portrait; ce droit absolu s'applique aussi bien à la peinture qu'à la photographie" (Trib. Paix Anduze (Gard), 18 avril 1895 confirmé par Trib. civ. Alais, 19 juin 1895, Gaz. Pal., 1895, II, 155; Ann. prop. ind., 1896, 43).

On en parle comme d'un principe général : "Aucune des parties ne justifiant ses allégations, il échet, en l'absence de stipulations précises et établies, de faire application des principes généraux d'après lesquels (...) le photographe (...) ne peut faire usage (de ses clichés), les reproduire et les afficher qu'avec l'autorisation formelle de la personne dont la chose ou les traits sont reproduits par le cliché" (Civ. Seine, 30 avril 1896, D.P., 1896, II, 376; Ann. prop. ind., 1897, 137 et la note G.M.; Gaz. Pal., 1896, I, 747).

Au début du siècle : "On ne saurait contester à (la personne dont les traits sont représentés), surtout lorsqu'il s'agit d'une photographie faite sur commande, le droit absolu d'en autoriser ou d'en interdire la reproduction et la mise en vente" (Amiens, 6 mars 1901, Droit d'auteur, 1901).

"Les principes en la matière sont formels et d'ailleurs reconnus par les défendeurs; aux termes de la doctrine et d'une jurisprudence constante, le portrait d'une personne ne peut être exposé publiquement, reproduit ou vendu sans son consentement" (Civ. Nantes, 18 décembre 1902, Gaz. Pal., 1903, I, 432).

- (6) "La jurisprudence admet que la publication d'un portrait sans autorisation de la personne photographiée autorise celle-ci à demander le retrait des épreuves et photographies publiées et même à réclamer des dommages-intérêts" (Civ. Strasbourg, 4 mai 1949, Ann. prop. ind., 1950, 59, à propos de la vente de cartes postales représentant une dame en costume d'Alsacienne. Le juge ordonne le retrait des cartes et la destruction des stocks, vu l'absence de consentement de l'intéressée à la diffusion de son image).

"Toute personne est maîtresse de son effigie et de l'usage qui en est fait; en particulier, un commerçant ne peut utiliser la photographie d'une personne (...) dans la publicité (...) d'une marchandise, sans l'autorisation de la personne dont les traits sont reproduits" (Gr. Inst. Seine, 9 octobre 1963, Gaz. Pal., 1964, I, 73, à propos de l'image de la princesse Soraya

Déterminations du « droit à l'image »

Il est valable pour toute personne et dans n'importe quelle circonstance (7). Pour reproduire, utiliser, publier les traits d'une personne, il faut son autorisation, son consentement; c'est en cela que consiste le "droit à l'image" (8).

(suite note 6)

utilisée comme illustration de la pochette d'un disque. Pour l'instance en référé dans cette affaire, v. Gr. Inst. Seine (réf.), 14 octobre 1960, Gaz. Pal., 1961, 1,17).

"En faisant figurer sur la couverture de leur livre la photographie de C., sans le consentement de celui-ci, les éditions T. ont porté atteinte aux droits que C. a, comme toute personne, sur sa propre image" (Gr. Inst. Paris (réf.), 27 février 1970, J.C.P., 1970, II, 16293).

Dans des espèces assez différentes, deux décisions notent que "toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif" (Gr. Inst. Paris (réf.), 4 avril 1970, J.C.P., 1970, II, 16328 et la note R.L. à propos de l'utilisation à des fins publicitaires d'une photographie du Président de la République dans la revue "L'Express"; Paris, 14 mai 1975, D.S. 1976, Jur., 191 et la note R. LINDON à propos de photographies de nu dans la revue "Lui" - (Catherine Deneuve), infirme Gr. Inst. Paris, 16 janvier 1974, D.S. 1976, Jur. 122); la première ajoute: "il n'est ni rapporté, ni même allégué que l'utilisation de l'image du demandeur dans un but mercantile a été faite avec son consentement", et la seconde: "toute personne peut s'opposer à sa diffusion (= de son image) sans son autorisation. C'est à celui qui publie cette image qu'il appartient d'établir que cette publication a été autorisée".

Un autre exemple encore: "il suffit de constater que faute d'une autorisation dénuée d'ambiguïté, l'affiche litigieuse a constitué une atteinte au droit de toute personne sur son image" (Gr. Inst. Paris, 11 juillet 1973, J.C.P. 1974, II, 17600 et la note R. LINDON: il s'agissait de l'utilisation pour la propagande électorale du parti communiste français de la photographie d'un cultivateur du Morbihan entouré de sa famille).

(7) Ainsi, à propos de la photographie d'une prostituée: "la présence de la demoiselle R... sur la voie publique et la nature de son comportement ne l'avaient pas privée du droit de refuser son autorisation à une telle publication, qui aurait pour effet de divulguer cet aspect de son existence au-delà des limites du quartier de Paris où elle a choisi d'exercer son activité (Gr. Inst. Paris, 27 février 1974, D.S. 1974, Jur. 530, 1ère espèce, et la note R. LINDON).

(8) La seule réserve émise quant à ce principe pourrait se trouver dans un jugement du Tribunal de Gr. Inst. d'Aix-en-Provence (10 mars 1975, J.C.P. 1975, II, 18113), où le juge, ne répondant pas à la demanderesse qui invoquait le droit à l'image - sa photographie avait été obtenue par un subterfuge du journaliste qui l'avait publiée, - l'indemnise sur base de l'atteinte à la vie

Déterminations du « droit à l'image »

226. En Belgique, le principe est identique. Il est d'ailleurs inscrit dans la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, puisque l'article 20 énonce : "Ni l'auteur, ni le propriétaire d'un portrait n'a le droit de le reproduire ou de l'exposer publiquement sans l'assentiment de la personne représentée" (9).

Deux ans après le vote de cette loi, la Cour d'appel de Bruxelles réaffirme "le principe consacré par la jurisprudence, et rappelé encore dans les travaux préparatoires de la loi de 1886, principe qui proclame le droit de l'individu sur sa figure et sur son nom,

(suite note 8)

privée. Dans sa note sous ce jugement, M. LINDON remarque que "le tribunal se refuse à déclarer, comme l'a fait une jurisprudence importante (...), que l'image d'une personne ne peut en principe être reproduite sans l'autorisation de ladite personne. Estimant peut-être que cette règle est trop rigoureuse, il a fait état d'une atteinte à la vie privée". Il est possible, de fait, que ce tribunal n'ait pas voulu cautionner la rigueur du principe rappelé, mais devant son silence, on en est réduit aux conjectures...

- (9) A propos de cette loi sur le droit d'auteur, on trouve à la Pasinomie de 1886, dans le Rapport à la Chambre (p. 135), l'affirmation de la limitation des droits d'auteur de l'artiste lorsqu'il exécute un portrait. Le rapport conclut : "Nous n'avons pas à traiter ici in extenso tous les droits qui dérivent de ce principe que la figure et la personnalité de tout être humain lui appartiennent. C'est là une matière spéciale que les lois n'ont pas réglementée jusqu'ici, mais qui le sera tôt ou tard; car, dans la pratique, la jurisprudence s'est déjà maintes fois trouvée dans la nécessité de suppléer au silence de nos codes" (sur cette loi de 1886, v. encore infra n° 366). Contrairement à la Belgique, la France ne connaissait pas, avant la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, de règlement législatif du "droit à l'image". Ce droit est toutefois inscrit dans le projet de réforme du Code civil français, à l'article 163 (article 16 du chapitre consacré aux droits de la personnalité) : "En cas de publication, d'exposition ou d'utilisation de l'image d'une personne, celle-ci peut, à moins qu'elle n'y ait consenti à l'avance, demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la réparation de tout dommage matériel ou moral" (art. 163, al. 1) (cfr. Travaux de la Commission de Réforme du Code civil, année 1950-51, p. 59 et sv.).

Déterminations du « droit à l'image »

et donne à chacun le droit de s'opposer à ce qu'on s'empare de son image ou de son nom sans son consentement" (10).

227. Pour conclure, on dira avec M. Nerson : "La question d'un droit indépendant à la physionomie se pose au point de vue doctrinal : la jurisprudence, cependant, a reconnu, en fait, l'existence de ce droit, et, depuis 1850, elle demeure constante. La plupart des artistes poursuivis n'ont pas cherché à nier l'existence de ce droit, ils l'ont reconnu implicitement; leurs efforts d'argumentation tendaient à prouver que le modèle avait disposé de ce droit à leur profit, puisque, disaient-ils, il avait consenti expressément ou tacitement à la reproduction ou à la diffusion de son portrait; par là même c'était convenir qu'en l'absence d'autorisation, il ne leur était pas permis de s'emparer de la physionomie du plaignant pour la représenter" (11).

Ce principe du consentement du modèle à la publication de son image étant posé, il faut voir maintenant, d'une façon générale, à quelles difficultés d'application il peut se heurter. Tout d'abord, qu'est-ce qu'un consentement, et qu'est-ce qu'une image ?

(10) Bruxelles, 26 décembre 1888, S.1891, IV, 35, déjà cité. Il s'agissait d'un forain qui voulait exposer dans son musée de cire les traits d'Armand Peltzer, criminel condamné en assises. La fille du condamné s'y opposait.

Récemment, le juge belge énonce encore : "constitue en principe une atteinte au droit au respect de la vie privée, la publication ou utilisation d'une photographie reproduisant une scène de la vie privée d'une (ou de plusieurs) personnes déterminées sans son (ou leur) consentement préalable, lequel peut se donner soit de manière expresse soit de manière tacite - mais alors non équivoque" (Civ. Bruxelles, 17 janvier 1975, J.T., 1975, 441 : la revue "Bunte Illustrierte" avait publié la photo de quelques convives d'Elisabeth Kalman dans un restaurant du Club Méditerranée. Le demandeur s'y était reconnu).

(11) R. NERSON, Les droits extrapatrimoniaux, (thèse, Lyon, 1939), p. 139. V. aussi un autre exemple de la même position dans P. LALIVE, "Le droit à sa propre image", Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, t. XII (1962) n° 18, p. 34 : "Le droit au portrait se définit assez naturellement pour la majorité des auteurs, comme le pouvoir, reconnu par le droit privé à l'individu, de s'opposer à ce que ses traits soient reproduits (par n'importe quel moyen) et exposés au public sans son autorisation".

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 2 - Le consentement.

228. La question du consentement n'est pas simple car faute d'accord formellement exprimé par le modèle, il faut bien souvent compter sur son autorisation implicite, voire sur sa tolérance. On aura l'occasion de le vérifier à propos des photographies prises en des lieux publics et de la diffusion du portrait des personnes publiques.

Lors du débat qui eut lieu sur les droits de la personnalité à la Commission de réforme du Code civil français, il avait été proposé d'interdire seulement "la publication faite contre le consentement de celui dont l'image est reproduite" (12). Mais la majorité de la Commission s'est prononcée pour une règle qui impose la nécessité du consentement préalable (13).

Les décisions de jurisprudence qui affirment la nécessité du consentement du modèle à la reproduction de son image vont d'ailleurs nettement dans ce sens. Mais la différence entre une absence d'opposition explicite et une autorisation qui peut être implicite est parfois ténue. D'où se pose une difficulté quant à la preuve du consentement du modèle.

229. Cette preuve est toujours à charge de celui qui publie l'image : c'est à lui qu'il revient de prouver l'autorisation du modèle quant à cette publication (14).

(12) Cfr. Travaux de la Commission de réforme du Code civil, année 1950-51, p. 60. L'auteur de la proposition (M. de Lapanouse) souligne qu'elle "ferait échapper à la critique la plupart des publications ou des reproductions de l'image d'autrui" puisqu'en effet, "rares sont ceux qui (...) interdisent formellement, lors de la photographie, l'utilisation de leur image".

(13) Travaux de la C.R.C.C. idem, pp. 60-61. V. là-dessus J. RAVANAS, op.cit., n° 250, p. 251.

(14) V. la jurisprudence citée supra et les références données par M. RAVANAS, op.cit., p. 250, à la note 24. Dans le domaine de l'intervention thérapeutique, on verra, dans la troisième partie, que la preuve du consentement du patient à l'acte médical a connu une évolution originale dans le cadre du

Déterminations du «droit à l'image»

La preuve du consentement peut se déduire d'un ensemble de circonstances qui font présumer le consentement tacite (15), mais - ici comme ailleurs - les présomptions et les indices devront être analysés par le juge avec une grande prudence (16).

230. Quoi qu'il en soit de cette question de preuve, on voit bien que l'accord du modèle à la publication de ses traits peut revêtir toutes sortes de nuances dans l'expression de son consentement. Le principe de la nécessité du consentement du modèle à la reproduction de son image appelle donc quelques précisions dans la détermination (et la preuve) de ce consentement; il en appelle aussi dans la détermination (et le cadre) de l'image. Car on peut se demander en quoi consiste exactement l'image du sujet.

(Suite note 14)

"contrat médical" : d'abord mise à charge du praticien, elle incombe maintenant - comme preuve de non-consentement - au patient lui-même (v.infra n° 611).

(15) Cfr. par exemple la décision du tribunal de paix de Bourges du 16 septembre 1908, citée par FOUGEROL dans sa thèse sur La figure humaine et le droit (Paris, 1913) : "le photographe ne peut exposer commercialement le portrait d'un tiers que s'il en a l'autorisation, mais celle-ci peut être tacite et résulter du fait que la personne a posé en costume régional et a représenté, seule ou en groupe, des scènes de paysans, sachant qu'elle posait chez un éditeur de cartes postales et non chez un photographe".

(16) Pour une espèce où les allégations du photographe quant à l'autorisation du modèle ne sont pas acceptées par le juge, v. Gr. Inst. Paris, 6 janvier 1976, J.T. 1976, 209, mettant en cause l'illustré Ciné Revue qui avait publié la photographie d'une touriste à moitié nue sur la plage de Cannes. Le jugement retient trois faits pour infirmer la prétention de la revue : d'abord la légende accompagnant la photographie publiée indique - et c'est une sorte d'aveu - que l'intéressée est une touriste et non une starlette "s'exhibant dans l'exercice de sa profession ou en vue de cet exercice"; ensuite le témoignage de deux personnes accompagnant la jeune femme, et qui ont été scandalisées par l'attitude du photographe; et enfin l'image elle-même, puisque "sur la photo incriminée, il apparaît que l'expression du visage de la demanderesse est celle d'une personne qui, loin de poser, est mécontente d'être photographiée".

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 3 - L'image et la ressemblance.

231. La jurisprudence retient, pour apprécier une image, le critère de la ressemblance, la possibilité de reconnaissance. Pour les juges, l'image est davantage "l'image" que l'on se fait du sujet que sa reproduction matériellement fidèle trait pour trait : "il importe peu que l'image de la personne qu'on a voulu rappeler au public soit rigoureusement exacte s'il est impossible de se méprendre sur la ressemblance par les signes distinctifs qui la caractérisent, sa manière spéciale de se vêtir, son attitude générale, la pose habituelle de son corps et le rappel de ses habitudes quotidiennes" (17).

232. Il en est de même lorsque la personne photographiée s'est déguisée : "Aucune exception à cette règle (= du consentement du modèle) ne peut être tirée de cette circonstance que la personne est représentée sous un costume de fantaisie ou même sous un déguisement quelconque, lorsqu'il est impossible de se méprendre sur l'identité de cette personne, dont les traits ont été fidèlement reproduits par l'artiste" (18).

233. Lors donc qu'un sujet se plaint d'une utilisation non autorisée de son portrait, le juge exige la preuve de la ressemblance de l'image avec le modèle (19).

(17) Civ. Alais, 19 juin 1895, Gaz. Pal. 1895, II, 155; Ann. prop. ind. 1896, 43 confirmant trib. paix Anduze (Gard), 18 avril 1895. En l'espèce, un commerçant avait exposé dans sa vitrine un tableau à l'huile où figurait, à la porte de son magasin, un horloger avec lequel le peintre n'était pas en très bons termes. Le tribunal ordonne au peintre et au commerçant de faire cesser cette exposition.

(18) Civ. Nantes, 18 décembre 1902, Gaz. Pal., 1903, I, 432 (il s'agissait d'une couturière qui avait posé pour son amant en costume de pêcheuse et dont l'image avait été publiée dans un calendrier). Cfr. aussi Gr. Inst. Paris (réf.), 22 et 26 décembre 1975, J.C.P. 1976, 18410 et la note R. LINDON.

(19) V. par exemple l'ordonnance rendue dans l'affaire Soraya (Gr. inst. Seine, 14 octobre 1960, précité) : "il n'est pas sérieusement contestable que la femme dont l'effigie est reproduite sur le cartonnage litigieux soit la demanderesse". Pour deux

Déterminations du « droit à l'image »

Inversement, lorsque le juge veut faire cesser l'atteinte portée au droit d'une personne déterminée sur son image, il peut exiger que l'image soit transformée au point qu'il n'y ait plus de ressemblance possible avec le modèle (20). Ici encore, l'image est essentiellement la ressemblance, la possibilité d'être reconnu (21).

234. Pour achever ce premier examen du principe général qui pose la nécessité du consentement du modèle à la reproduction de ses traits, il faut préciser non seulement ce qu'est une image - on

(suite note 19)

cas où cette preuve n'est pas rapportée, v. Paris, 12 janvier 1937, S.1938, II, 93, Gaz.Pal., 1938, I, 51 (infirme, précisément pour cette raison Civ. Seine, 15 février 1935) et Paris 27 février 1974, D.S. 1974, Jur. 530 (1ère espèce) et la note R. LINDON (le format réduit de la photographie et la mauvaise qualité de la reproduction rendaient impossible l'identification du sujet).

(20) Dans l'affaire qui opposait le peintre Whistler au mari de Lady Eden, le juge (Paris 2 décembre 1897, précité) constate que "ce portrait, aujourd'hui transformé, a conservé néanmoins l'harmonie générale et les détails, autres que la tête, que l'artiste avait donnés primitivement à sa composition, à l'aide des éléments à lui fournis par (son modèle)"; dans ces conditions, il lui paraît juste "de décider que le droit de propriété (du peintre) n'est point un droit absolu, sans restriction et sans limites, et de déclarer au contraire que tant que la transformation commencée de ce petit tableau ne sera pas complète et ne l'aura point rendu méconnaissable, Whistler ne pourra en faire aucun usage public ou privé".

(21) La ressemblance incriminée peut n'être même qu'une figuration. Lorsque Claude Chabrol présente dans son film "Landru", la maîtresse du célèbre assassin, il ne reproduit pas les traits de Fernande Segret elle-même, mais bien ceux de l'actrice qui tient le rôle de ce personnage historique "dans la vivante représentation de ses amours". Le tribunal a condamné la société productrice du film pour n'avoir pas sollicité l'autorisation de l'intéressée (Gr. Inst. Seine, 4 octobre 1965, J.C.P. 1966, II, 14482 et la note G. LYON-CAEN. La société Rome-Paris Films a été condamnée à 10.000 F de dommages-intérêts).

Pouvait-on ici invoquer le droit à l'image ? Dans sa note, M. LYON-CAEN répond négativement puisque "ce n'était pas le visage, ni le corps de Mme Segret que contemplaient les spectateurs du film "Landru", mais le tribunal a été affirmatif lorsque, après avoir rappelé le principe du droit à l'image, il ajoute : "l'image d'un acteur qui incarne une personne réelle peut constituer une atteinte à sa pudeur".

Déterminations du « droit à l'image »

vient de dire qu'elle est déterminée par la possibilité d'être reconnu - mais encore ce qu'est l'image du sujet représenté (22). On s'interroge ici sur ce que l'image montre et sur ce que le photographe veut montrer. On pose donc la question de son cadre, et cela aussi bien à propos de l'image des lieux publics qu'à propos de la représentation de groupes.

SECTION 4 - Le cadre de l'image.

235. Dans la détermination du "droit à l'image", il semble bien qu'il faille opérer une distinction entre l'image qui a pour objet de reproduire les traits de telle personne et celle qui représente un lieu public où se trouvent, de façon plus ou moins adventice, des personnes (23).

Alors que la seconde peut être publiée sans que son auteur ait à demander une quelconque autorisation - il ne veut pas en effet montrer le sujet, mais bien l'endroit public où il se fait que ce sujet se trouve -, la publication de la première exige, elle, le consentement du sujet parce qu'alors celui-ci n'est plus "l'objet accessible et involontaire" du lieu public, mais bien le "sujet" principal de l'image (24).

236. La même solution vaut à propos des photographies qui représentent un groupe de personnes. Ainsi un acteur de théâtre "peut être fondé à demander (...) la suppression (...) des photographies qui le représentent isolément, et qu'il considère comme lui faisant

(22) On peut comparer le régime de protection de l'image avec ce que dit Ihering à propos de l'intérêt protégé. Cet intérêt devient un droit subjectif, et pas seulement un droit-reflet, lorsqu'on peut constater dans la violation de la norme protectrice, une atteinte individuelle aux prétentions du sujet (v. supra n° 152). Ici, dans la sanction du "droit à l'image", le demandeur doit établir que dans l'image litigieuse, c'est bien lui qui est représenté.

(23) Cfr. dans ce sens R. LINDON, note sous Trib. corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, J.C.P. 1974, II, 17623.

(24) V. aussi J. LIEVENS, "Het recht op afbeelding", Rechtskundig Weekblad, 1976-77, col. 1862.

Déterminations du «droit à l'image»

grief", mais "il ne saurait en être de même de celles qui le représentent dans un groupe et avec un ou plusieurs artistes de la pièce, et n'ont point, par suite, en ce qui le concerne, de caractère personnel suffisamment précisé" (25).

Ainsi encore, dans une affaire plus récente, il y a condamnation de l'auteur des images, "attendu qu'il n'est pas allégué que les photographies incriminées aient été prises au cours de manifestations officielles; que pas davantage les personnes représentées ne se trouvent au milieu d'une foule mais qu'elles apparaissent isolément grâce au cadrage réalisé par le photographe (...)" (26). La publication de l'image d'un groupe sans l'autorisation des individus représentés peut donc être licite ou illicite selon le cadrage choisi par l'auteur de l'image (27).

(25) Paris, 8 juillet 1887, D.P. 1888, II, 180, Ann. prop. ind., 1888, 268 (photos du célèbre acteur Romain utilisées dans un but de réclame par le directeur du théâtre).

(26) Gr. Inst. Paris, 2 juin 1976, D.S. 1977, 364 (1ère espèce) et la note R. LINDON, concernant la Princesse Caroline de Monaco, photographiée contre sa volonté. L'argument tiré de la prise de vues "au cours de manifestations officielles" sera examiné plus loin à propos de l'image des personnes publiques (v. infra n° 277).

(27) V. aussi J. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 124-125, p. 143-144. Comp., en matière de droit de réponse, la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont l'art. 13 oblige, sous peine d'amende, le gérant d'un journal ou d'un écrit périodique à publier les réponses "de toute personne nommée ou désignée". Sur cette "désignation" d'une personne par la photographie d'un groupe, on trouve une espèce publiée où le lecteur d'une revue française prétendait exercer un droit de réponse après s'être reconnu sur la photographie d'un groupe de personnages entourant un mage "envoyé du Saint-Esprit". La revue avait refusé le droit de réponse, et le juge du fond (Amiens, 24 mars 1971, Gaz.Pal., 1971, 2, 597) avait admis ce refus en relevant que "le demandeur n'était pas présenté de façon certaine comme étant de ceux contre lesquels l'article était dirigé".

En cassant cette décision, au motif que "l'exercice du droit de réponse ne saurait être subordonné à la constatation de l'intention de nuire chez le rédacteur de l'article auquel il est répondu", la Cour de cassation de France (ch.crim., 27 mai 1972, Gaz.Pal., 1972, 2, 610) précise les conditions de la désignation d'une personne par l'image : "s'il est vrai que la publication dans un journal, d'une photographie représentant un rassemblement de personnes ne constitue pas, à

Déterminations du « droit à l'image »

237. Bref, lorsque l'image est celle d'un lieu public ou d'un groupe, sa publication peut se faire en toute liberté, mais lorsque l'image montre par elle-même un sujet déterminé, alors celui-ci doit donner son accord à la publication de cette image (28).

M. Stoufflet ne partage pas cette opinion. Pour cet auteur, la distinction entre image d'un lieu public et d'un groupe contenant des sujets individuels d'une part, et image d'un sujet isolé au milieu d'un lieu public ou dans un groupe d'autre part, ne doit pas être retenue ni au point de vue pratique : "Sa mise en oeuvre est difficile. A partir de quel moment considérera-t-on que telle personne est le sujet principal de la vue ?", ni non plus au point de vue théorique : "Son fondement est, au surplus, discutable : (...) en circulant sur la voie publique, la personne s'est placée hors de sa sphère d'intimité. Elle ne peut plus se prévaloir de son droit à l'image contre le photographe qui ne fait que fixer ses traits sur sa pellicule" (29).

(suite note 27)

elle seule, une désignation suffisante, au sens de l'art. 13 (de la loi du 29 juillet 1881) de celles qui y sont identifiables, et ne leur ouvre pas, dès lors, le droit de réponse, c'est à la condition que ne soit établie aucune circonstance d'où résulterait que le journaliste ait entendu signaler à l'attention des lecteurs et mettre en cause, individuellement, une ou plusieurs d'entre elles; il incombe, d'ailleurs, à chacune de ces personnes, si elle prétend exercer le droit de réponse, de prouver que sa représentation, à raison d'une telle circonstance, emporte sa désignation au sens de la loi".

(28) Comp. la loi allemande du 9 janvier 1907 sur le droit d'auteur (Kunsturhebergesetz) qui admet, à l'article 23, certaines exceptions au principe du consentement : "Pourront être répandus et exposés, sans l'autorisation prévue par l'article 22 : (...) 2° : les images dans lesquelles les personnes n'apparaissent que comme accessoires d'un paysage ou d'un lieu quelconque; 3° : les images représentant des assemblées, des cortèges ou autres événements semblables, auxquels les personnes représentées ont pris part" (K.U.G., § 23).

(29) J. STOUFFLET, "Le droit de la personne sur son image (quelques remarques sur la protection de la personnalité)", J.C.P., 1957, I, 1374, n° 10. L'auteur raisonne ici - on y reviendra - sur la pratique des photofilmeurs ambulants (v. infra n° 247).

Déterminations du « droit à l'image »

238. S'il faut bien admettre la difficulté pratique, mentionnée par M. Stoufflet, de discerner le moment exact où une image n'est plus celle d'un endroit public ou d'un groupe mais bien celle du sujet qui s'y trouve, par contre, sa contestation théorique repose sur l'idée selon laquelle la personne qui s'engage dans un lieu public perdrait, de ce simple fait, le droit d'empêcher la fixation photographique de son image.

Or cette thèse ne s'impose pas par l'évidence. Le sujet a beau "s'être placé hors de sa sphère d'intimité", il n'en reste pas moins protégé contre le photographe "qui ne fait que fixer ses traits sur sa pellicule". C'est ce que l'on voudrait montrer au chapitre suivant. Nous aurons là l'occasion de préciser l'étendue du principe reconnu en ce premier chapitre sur la nécessité d'obtenir le consentement du modèle à la reproduction - et déjà à la fixation ? - de ses traits.

Déterminations du « droit à l'image »

CHAPITRE 2 — La fixation de l'image

239. Les décisions de jurisprudence qui concernent la protection de l'image interviennent dans des espèces où l'image d'un sujet, déjà fixée par la peinture ou la photographie, est rendue publique par l'exposition ou la publication. L'analyse découvre alors plus ou moins aisément les différents types de relations nouées à ce propos (1). Mais ces relations concernent une image déjà fixée.

Ne faut-il pas remonter vers la source de ce processus de publication ? Nous nous interrogerions alors comme le faisait, en 1951, en France, le Commissaire du gouvernement Gazier : "Parmi ces droits (= de la personnalité), les auteurs et les tribunaux judiciaires ont depuis longtemps dégagé et défini le droit à l'image. Mais il s'agissait toujours du droit d'un individu sur son effigie : peinture, sculpture, photographie déjà réalisée : le modèle conserve le droit de s'opposer à tout moment (...) à la publication et à l'exposition de son portrait. Peut-on étendre la notion du droit à l'image jusqu'à y comprendre le droit du modèle sur ses propres traits, avant même toute reproduction qu'il serait maître d'autoriser ou d'empêcher ?" (2).

La question se posait alors à propos des photofilmeurs qui opèrent en rue, proposant aux passants d'acheter une reproduction de leur portrait.

(1) Par exemple : entre l'auteur de l'image (peintre, photographe) et "son" sujet (modèle ou client), entre cet auteur, d'une part, et ses concurrents ou les responsables de la publication ou les agences intermédiaires d'autre part, entre l'auteur (ou les éditeurs) de l'image et la famille du sujet : père, époux, héritiers.

On aura l'occasion de voir, dans les chapitres suivants, comment le droit détermine ces relations nouées à propos de l'image d'un sujet.

(2) Conclusions du Commissaire du gouvernement GAZIER, précédant Conseil d'Etat (français), 22 juin 1951, D., 1951, 589 et la note J.C.

Déterminations du « droit à l'image »

240. Pour y répondre, nous allons d'abord insister sur le caractère "exposé" du sujet lorsqu'il se trouve en un endroit public : si son image est vue par autrui, ne peut-elle pas être fixée sans le consentement de ce sujet ? Nous verrons alors que la jurisprudence relative aux photofilmeurs qui opèrent en rue ne permet pas de tirer cette conclusion.

Pour trancher le débat relatif à la limite du "droit à l'image" (où commence-t-il ?), on examinera ce que disent à ce propos les auteurs et le législateur en France comme en Belgique.

On conclura en montrant que le discours juridique relatif à la fixation de l'image accentue considérablement le régime de protection applicable au droit subjectif.

SECTION 1 - La nécessaire exposition de soi.

241. Où commence le "droit à l'image" ?

Si l'hypothèse envisagée est celle d'une utilisation régulière de l'image prise, on ne comprend pas bien - au moins au premier abord - au nom de quoi un passant pourrait refuser la fixation de ses traits sur une pellicule photographique : en déambulant dans la rue, ne s'expose-t-il pas de toute façon au regard de tous ? On trouve en jurisprudence et en doctrine plusieurs traces de ce caractère nécessairement "exposé" du sujet livré au regard d'autrui, du moins lorsque ce sujet se trouve dans un lieu public.

242. Ainsi cette décision du début du siècle qui au "droit de vue" ajoute le "droit de cliché" (3) :

"Attendu qu'on ne saurait contester le droit de vue qu'a tout individu sur tout ce qu'il y a dans la rue : façades qui la bordent, personnes et attelages qui y circulent, en un mot sur toutes scènes

(3) Trib. Paix Narbonne, 4 mars 1905, D.P., 1905, 2, 389 - Il s'agissait en l'espèce d'un organisateur de spectacles qui, pour les besoins de sa publicité, avait filmé les fidèles à la sortie d'une messe.

Déterminations du «droit à l'image»

qui s'y déroulent, et, par suite, le droit de prendre un cliché de tout ce qu'il voit, pour le reproduire sur cartes postales illustrées, ou sur bandes cinématographiques, et les livrer au public, même pour en tirer profit et cela sans le consentement préalable des personnes dont les traits y sont représentés; que sans doute, le droit au cliché de l'individu qui opère spontanément et sans commande doit, comme celui du photographe qui a opéré par ordre d'un client, se concilier avec le droit des personnes dont les traits y sont représentés, mais dans des limites moins étroites" (4).

243. La doctrine de l'entre-deux-guerres confirme ce qui paraît bien être une nécessité de la vie sociale.

On lit par exemple, chez Del Vecchio : "même en ce qui concerne sa propre image, chacun doit tolérer cette raisonnable et équitable communication aux autres individus qui n'atteint pas l'essence même de la personne, et l'affirme au contraire à nouveau dans sa nature sociale. Une prohibition absolue de toute perception et de toute représentation visuelle ou graphique serait concevable seulement si le sujet voulait et pouvait vivre dans un état de solitude absolue; alors que, au contraire, sa participation réelle à de multiples relations concrètes de la vie sociale implique déjà, de fait, un consentement à ces communications et à ces "irradiations" (irradiazioni) objectives de la personne, qui sont la conséquence naturelle et logique de cette vie sociale" (5).

(4) Ces "limites moins étroites" consistent en ceci que "le droit du photographe qui a pris la vue d'une rue, sans commande, ne doit disparaître (...) devant celui de la personne dont les traits sont représentés, qu'au moment où cette dernière, voyant ses traits reproduits, fait défense à l'auteur de les reproduire". Comp. supra, le consentement, n° 228.

(5) G. DEL VECCHIO, "Essai sur les principes généraux du droit", Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1925, p. 185. M. NERSON après avoir cité ce passage de M. Del Vecchio, ajoute pour sa part : "Aussi le droit à sa propre image n'est-il pas le droit d'interdire toute reproduction de sa propre personne; il est le pouvoir d'interdire toute publication" (R. NERSON, Les droits extra-patrimoniaux, p. 383).

Déterminations du « droit à l'image »

244. Le tribunal d'Yvetot rend en 1932 un jugement longuement motivé où notre question se trouve tranchée dans le même sens (6) : "Attendu que le fait de circuler sur la voie publique, d'assister à des cérémonies ou à des réunions telles que celles des foires et des marchés met l'individu sous la contrainte des relations sociales, c'est-à-dire du libre exercice par les autres de leurs libertés individuelles;

Attendu que l'image d'un individu dans la rue se trouve livrée à tous les regards, que le dessin ou la photographie ne fait que fixer d'une façon durable, qu'il n'existe aucune disposition légale limitant ces regards ou interdisant cette fixation ou cette reproduction, que la représentation, dans ces conditions, des individus par le dessin ou la photographie rentre dans les servitudes normales de notre vie en société" (7).

Même motivation lorsque la scène est un endroit aussi public qu'un monument célèbre : "Considérant qu'en stationnant en un lieu public, les époux V. se sont exposés au regard de tous et qu'ils ne peuvent faire grief à quiconque, usant du même droit, se trouvant au même endroit, de les regarder, ni même de fixer au moyen de l'objectif d'un appareil photographique la scène qu'ils offraient aux regards devant un monument public que de nombreux touristes viennent constamment photographier; que leur présence devant ledit monument ne

(6) Civ. Yvetot, 2 mars 1932, Gaz. Pal., 1932, I, 855; en l'espace, les demandeurs avaient été photographiés au marché et leur image avait servi à illustrer des cartes postales.

(7) On trouve le même attendu, 25 ans plus tard, en Belgique "que pour le surplus, la photographie de la demanderesse a été prise sur la voie publique, alors qu'elle assistait en spectatrice amusée à une scène de la rue; (...) que la photographie litigieuse se rapportant à une scène de la rue, la défenderesse prétend à juste titre que la représentation de la demanderesse rentre dans les servitudes normales de la vie en société". (Comm. Bruxelles, réf., 15 octobre 1957, J.T., 1958, p. 43 : il s'agissait d'une publication par le "Soir Illustré" des réactions du public au passage de mannequins portant la robe-sac; la demanderesse s'était reconnue dans le public).

Déterminations du « droit à l'image »

saurait leur conférer le droit exorbitant d'empêcher toute prise de vues". (8)

245. La fixation de l'image par la technique photographique se trouve ainsi assimilée au simple regard, car la licéité de ce regard entraîne la licéité de la fixation de l'image. De l'un à l'autre, il n'y a donc qu'une continuité sans que l'intervention de l'artifice vienne créer une rupture quelconque dans le champ de la licéité : la seule "prise de vues" ne peut se voir opposer, si du moins elle est réalisée en un endroit public, un "droit à l'image" de la part du sujet ainsi "pris". Telle est la position d'une certaine partie de la jurisprudence.

246. On se rappelle aussi l'opinion convergente tenue par M. Stoufflet à propos de l'image prise en un endroit public par des photographes. Pour cet auteur, la personne circulant sur la voie publique et se plaçant ainsi hors de sa sphère d'intimité, ne peut plus se prévaloir de son "droit à l'image" contre le photographe qui ne fait que fixer ses traits. Et d'ajouter : "une telle solution ne met nullement en péril les droits de la personnalité, car le photographe ne peut donner aucune publicité au cliché" (9).

(8) Cfr. Paris, 24 mars 1965, J.C.P., 1965, II, 14305; et obs. R. NERSON, R.T.D.Civ., 1966, 66. Un illustré avait critiqué la tenue négligée de nombreux touristes en publiant, comme exemple, la photo d'un couple en vacances aux abords de la tour de Pise. A propos de cette publication litigieuse, on peut se demander si c'est la prise de vues du monument ou celle des époux V. qui était recherchée. V. supra, à propos du cadre de l'image, n° 235.

(9) J. STOUFFLET, art. cité. n° 10. V. supra, n° 237. Cfr. aussi D. BECOURT, Le droit de la personne sur son image, Paris, Brient, 1969, n° 100, p. 60 : La liberté de communication de l'image "découle du consentement donné lors de la relation initiale (...) implicitement par le sujet qui, en s'offrant aux regards, laisse en quelque sorte son image tomber dans le domaine public".

Déterminations du « droit à l'image »

Or, il n'est pas sûr que cette thèse puisse être déduite de la solution - cependant favorable aux photofilmeurs - retenue finalement par la jurisprudence (10).

SECTION 2 - Les photofilmeurs et la nécessité du consentement.

247. Un arrêté du maire de Grasse portait l'interdiction "à tout commerçant, sédentaire ou ambulant, de prendre sur la voie publique, et par quelque procédé que ce soit, des photographies de passants lorsque ces opérations sont faites dans un but commercial quelconque, et notamment en vue de vendre leur portrait aux personnes ainsi photographiées par surprise" (11).

Si le tribunal correctionnel a donné raison au maire, ainsi qu'à la partie civile (12), en invoquant "les abus de toute sorte auxquels peuvent donner lieu la prise sur la voie publique et par surprise de photographies de passants non avertis ou non consentants" ainsi que "la nécessité d'assurer le respect de la personne humaine et la liberté de la clientèle", le Conseil d'Etat, par contre, a préféré maintenir la liberté du commerce en limitant la compétence du maire au seul "pouvoir de prendre les mesures nécessaires

(10) Cfr. Trib. corr. Grasse, 8 février 1950, D.1950, 712, et la note CARBONNIER : le tribunal condamne - après un acquittement par le tribunal de simple police - un photographe ambulant pour contravention à l'arrêté du maire interdisant l'exercice de la profession; Conseil d'Etat, 22 juin 1951 (2 espèces), D., 1951, 589 et la note J.C., S., 1952, III, 21 : la juridiction administrative annule pour excès de pouvoir deux arrêtés municipaux du même type; Cass. crim. 2 février 1955, D., 1955, 275 : la Cour, appliquant les principes dégagés par le Conseil d'Etat, casse le jugement du Trib. corr. de Grasse du 8 février 1950; et Cass. crim., 9 février 1955, D. 1955, 276 où la Cour, admettant les mêmes principes, accepte cependant la légalité d'une interdiction partielle de l'exercice de la profession. Pour toutes ces décisions, v. l'analyse qu'en fait M. RAVANAS dans son ouvrage déjà cité, pp. 225 à 234.

(11) Cité dans l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 1955.

(12) Le syndicat des maîtres-artisans et négociants en articles photographiques n'appréciait guère la concurrence des photofilmeurs exerçant leur métier sur la voie publique; ils s'étaient constitués partie civile à l'instance répressive.

Déterminations du « droit à l'image »

pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut présenter pour la circulation et l'ordre public" (13).

Le Conseil d'Etat précise - très utilement pour nous - en quoi peut consister ce pouvoir de police : "notamment en défendant à ceux qui s'y livrent de photographier les passants contre leur volonté (14) ou en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures".

A partir de cette jurisprudence, est-il possible de préciser où commence le "droit à l'image" et où, du même coup, cesse pour le sujet la nécessité d'être exposé sans défense au regard d'autrui ?

248. Si le sujet "s'expose" en rue, peut-il encore revendiquer un quelconque "droit à l'image" pour interdire la simple fixation de ses traits ?

Comme le Conseil d'Etat, la Cour de cassation (15) reconnaît implicitement ce droit lorsqu'elle reproche au maire de Grasse d'avoir méconnu les limites de son pouvoir de police : "l'interdiction qu'il édicte est générale et absolue, et vise toute opération de photographie des passants effectuée sur la voie publique dans un but commercial, sans distinguer si cette opération a été accomplie avec l'accord ou contre le gré des personnes ainsi photographiées" (16). En fin de compte, la jurisprudence favorable aux photofilmeurs con-

(13) Conseil d'Etat, 22 juin 1951, précité, même motivation dans les deux espèces.

(14) Ici peuvent jouer, comme on l'a déjà vu (v. supra n° 228), toutes les nuances du consentement : si l'ordre public défend de photographier les passants contre leur volonté, ne reste-t-il pas licite de les photographier sans leur volonté ?... Cfr. à ce sujet, la note signée J.C. sous l'arrêt précité du Conseil d'Etat.

(15) Cass. crim., 2 février 1955, précité, cassant la décision correctionnelle qui avait condamné le photographe.

(16) L'arrêté municipal indiquait cependant qu'il s'agissait de personnes "ainsi photographiées par surprise".

Déterminations du « droit à l'image »

sacre davantage la liberté du commerce qu'un quelconque abandon du "droit de la personne sur son image" (17).

249. On peut penser que ce qui est dit des photofilmeurs "opérant dans un but commercial" vaut aussi pour les photographes amateurs. Pour ceux-ci, il ne s'agit pas, par hypothèse, de leur garantir une quelconque liberté de commerce, mais bien une liberté de prise de vues pour qu'ils puissent, par exemple, garder un souvenir des endroits où ils sont passés. Cette liberté ne peut entamer le droit, pour chaque sujet, d'empêcher la fixation de ses traits lorsqu'il ne veut pas y consentir. On se rappellera seulement ce qui a été dit plus haut à propos du cadre de l'image : lorsque c'est le lieu public lui-même qui est le "sujet" principal de l'image, sa fixation peut se faire librement même si des personnes apparaissent, de façon accessoire, sur l'image de ce lieu public. Par contre, lorsque c'est la personne elle-même qui sert de "sujet" principal à l'image, la seule fixation de ses traits - avant même d'envisager toute publication possible - nécessite son consentement (18).

250. Il semble bien, dès lors, que le "droit à l'image" ne commence pas seulement au stade de la publication mais déjà à celui de la fixation des traits du modèle. Pourtant, cette question fait toujours l'objet d'un débat.

(17) Rappelons que nous raisonnons dans l'hypothèse de la régularité : l'image prise par le photofilmeur ne sera cédée qu'au client photographié : la relation restera privée, il n'y aura pas de passage au "public" (publication). Mais bien entendu, la régularité n'est jamais qu'une hypothèse. Remarquons que le Conseil d'Etat, dans ses deux arrêts du 22 juin 1951, n'envisage pas du tout la question de la publication. Il est donc inexact de dire que, selon le Conseil d'Etat, l'activité des photographes ambulants ne porte pas atteinte aux droits de la personnalité parce que les clichés ne sont pas destinés à la publication (Cfr. STOUFFLET, op.cit., § 10 et FREMOND, Le droit de la photographie, p. 391, repris par M. de SALLE, note au J.T., 1975, p. 375). La juridiction administrative française n'a pas considéré cet argument.

(18) V. supra n° 235.

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 3 - Le débat sur la limite du "droit à l'image".

251. On a déjà cité l'opinion de Del Vecchio, de M. Nerson et de M. Stoufflet ainsi que certaines décisions de jurisprudence qui assimilent au simple "droit de regard" le droit de fixer sur une pellicule les personnes qui se présentent dans un lieu public (19). Lorsqu'on réfléchit dans cette perspective, on ne voit pas quel mal il y a à photographier ce qui est tout de même vu par tous (20). D'ailleurs, la Commission de réforme du Code civil français ne pensait légiférer qu'en cas de publication, d'exposition ou d'utilisation de l'image d'une personne sans se prononcer sur le cas de la simple fixation de cette image (21). N'était-ce pas avouer que la simple prise d'image était licite ?

(19) V. supra n°s 243 et sv.

(20) V. encore dans ce sens, la note de M. CARBONNIER (sous Corr. Grasse, 8 février 1950, précité) où l'auteur se demande s'il y a préjudice pour le photographié dans le seul fait de la photographie : "on peut nier qu'il y ait là (= dans le pur état passif de sujet photographié) un préjudice quelconque, une violation de la sphère d'intimité, une effraction de la vie privée, quand il s'agit d'un passant, qui, par définition, avait d'avance accepté de s'exposer aux regards de tous. S'il y a péril, dommage, il était déjà tout entier dans l'oeil d'un spectateur à la mémoire infallible, sans que la prunelle fixatrice de l'objectif y ajoute rien, qu'un degré dans la netteté". Pour une critique de cette note de M. CARBONNIER, v. J. RAVANAS, op.cit., n° 231, p. 235.

(21) V. l'art. 163 du projet de réforme. A cet sujet, on peut noter l'avis du président de la Commission, JULLIOT de la MORANDIERE : "le texte n'interdit que la vulgarisation de l'image d'autrui. Il ne proscriit pas, ce qui serait d'ailleurs fort difficile à réaliser en pratique, la prise de l'image d'autrui. Le touriste qui photographie un passant en même temps qu'un monument historique ne peut se voir interdire cette prise de vue, mais au contraire, il lui est défendu de publier et d'exposer par exemple à la vitrine d'un magasin cette photographie. Il appartient à l'autorité de police d'être plus sévère si besoin est, par exemple en interdisant la photographie d'autrui par des professionnels ambulants. De même il revient aux magistrats criminels d'interdire les pratiques scandaleuses de certains reporters". (Travaux de la C.R.C.C. année 1950-51, p. 60); cfr. là-dessus J. RAVANAS, op.cit., n° 233, pp. 237-238.

Déterminations du «droit à l'image»

Mais on vient de voir que la jurisprudence relative aux photofilmeurs n'imposait pas cette conclusion. Car il n'y est jamais dit que même en un lieu public, un photographe puisse se passer du consentement de son modèle pour fixer les traits de celui-ci.

252. Au contraire, la position doctrinale qui s'affirme de plus en plus aujourd'hui est que la seule réalisation de l'image est déjà soumise à l'autorisation du sujet représenté. D'où vient cette exigence que M. Nerson qualifie d'exorbitante (22) ? Elle vient sans doute du fait que la différence s'accroît toujours davantage entre le simple regard humain et les instruments qui permettent d'approcher et de fixer l'image d'autrui, et que, dès lors, il s'avère de plus en plus inadéquat de réfléchir analogiquement les techniques artificielles comme si elles ne faisaient que doubler un regard naturel.

253. Sur le plan juridique, le mécanisme mis en branle était habituellement celui de la responsabilité; dans ce cadre, la question revenait à se demander : quel mal (quelle faute, quel dommage) y a-t-il à fixer les traits d'un individu, qui, de toute façon, s'offre au regard de tous puisqu'il se trouve, par hypothèse, dans un endroit public ? Mais ce raisonnement ne satisfait plus aujourd'hui, précisément parce que les techniques actuelles de prise de vues se présentent sous un jour plus menaçant pour la personne humaine. Dès lors, la question n'est plus tant de savoir quel mal il y a à photographier un sujet livré au regard de tous en un endroit public, que celle, plus méfiante, où l'on se demande de quel droit un photographe peut bien fixer sur la pellicule l'image d'un sujet qui n'y a pas consenti.

Le schéma de la responsabilité fait place - on aura l'occasion d'y revenir - à la construction du droit subjectif appelé, pour la cause, "droit à l'image" (23).

(22) R. NERSON, thèse citée, p. 383.

(23) V. infra n° 352; sur la différence entre responsabilité et droit de la personnalité en général, v. supra n° 167.

Déterminations du « droit à l'image »

254. Sans doute, en un lieu public, le sujet est-il, par sa corporéité même, exposé au regard d'autrui, mais cette apparence qu'il présente nécessairement de lui-même ne peut être fixée par un tiers en dehors de son consentement. En quelque sorte, ce qui est exposé au regard d'autrui "appartient" encore au sujet lui-même puisqu'il faut son accord pour pouvoir "prendre" son image. Cette image serait peut-être ainsi, en un certain sens, sa propriété (24).

Curieuse image du sujet ! Il est là, dans un lieu public, livré aux regards, il ne peut pas faire que son image ne soit pas exposée à autrui, et pourtant, lorsqu'il s'agit de fixer cette image, cette seule "exposition" ne suffit pas; il faut encore obtenir de lui un consentement à ce que cette objectivation soit détachée de la subjectivité qui l'anime et mise à la disposition d'un tiers.

Comme si la seule présence du sujet avait besoin d'être doublée d'un consentement pour pouvoir être livrée selon le droit : il faut, dirait-on, un "double" de la présence (le consentement) pour fixer le "double" de soi (son image).

255. La doctrine récente se rallie en tout cas à la thèse selon laquelle le "droit à l'image" d'un sujet, même exposé en un endroit public, commence non seulement à la publication mais dès la réalisation de cette image.

On peut dire que la jurisprudence fait de même.

(24) Dans sa note précitée sous Corr. Grasse, 8 février 1950, M. CARBONNIER retient, en notre matière, le schéma classique de l'action en responsabilité. Pour cet auteur, s'il fallait abandonner ce schéma, il faudrait alors analyser le droit à sa propre image comme un véritable droit de propriété : "Dès lors, le moindre empiètement sur lui serait répréhensible, sans qu'il y eût besoin de démontrer le préjudice en résultant, la moindre prise de l'image, la moindre tentative pour la saisir".

On examinera au titre II cette assimilation du "droit à l'image" au droit de propriété. V. infra n° 387.

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 4 - La doctrine et la jurisprudence.

256. Selon M. Kayser : "il ne paraît pas possible d'admettre qu'une personne ait la liberté de prendre une image qu'elle n'a pas la liberté de publier. D'autre part, le pouvoir de s'opposer à la publication de l'image a pour complément naturel celui de s'opposer à sa réalisation" (25). Cette position doctrinale n'est plus guère contestée (26).

(25) P. KAYSER, "Le droit dit à l'image" in Mélanges Paul Roubier, p. 79 (avec référence au jugement Rachel, déjà cité, du 16 juin 1858); et "Les droits de la personnalité; aspects théoriques et pratiques", R.T.D.Civ., 1971, p. 468 où l'auteur reprend la même affirmation.

V. dans le même sens, P. FREMOND, Le droit de la photographie, p. 391; R. PLAISANT, Jur.cl.V^o Propriété littéraire et artistique, fasc. 5, n° 15; H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, p. 320 : "celui qui s'aperçoit que ses traits ont été fixés à la dérobée pourra exiger la destruction du négatif"; voir aussi sa note à la R.T.D.Comm., 1963, p. 830 où, discutant la pertinence des arguments de M. KAYSER, l'auteur se rallie cependant à sa solution en invoquant la protection de la vie privée; D. BECOURT, Le droit de la personne sur son image, n° 74, p. 43 : "En vain, arguerait-on que le passant dans la rue ou le client d'un lieu public, en se livrant lui-même volontairement aux regards d'autrui, se plaindrait à tort que son image ait été fixée sans son accord. Car le droit qu'il possède sur elle ne peut céder à l'évidence le pas devant des préoccupations commerciales" (en l'occurrence celle des photofilmeurs); P. LALIVE, art. cité, p. 35 : "le droit de chacun sur sa propre physionomie permet (...) en tant que tel, d'interdire la prise de la photographie."

(26) V. cependant J. LIEVENS, art.cité, R.W., 1976-77, col. 1861 où l'auteur tient à la fois (§ 10) qu'au cas où un sujet est photographié dans un lieu public, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'accord préalable de cette personne représentée à la publication de son image (avec la référence à quelques décisions de jurisprudence) et en outre (§ 11) que le contenu le plus important du droit à l'image se trouve dans l'autorisation à la publication. L'auteur ajoute à cet endroit : "selon M. KAYSER, il existe encore un deuxième aspect (de ce droit) à savoir l'autorisation à la réalisation, à la fixation de l'image. Il voit dans l'autorisation à la réalisation de l'image un complément de l'autorisation à sa publication (...). Il s'appuie à ce propos sur une jurisprudence française - d'ailleurs isolée et ancienne (en note : la référence au jugement Rachel : Trib. Seine, 16 juin 1858, D., 1858,2,62). Cette position de KAYSER est critiquée par d'autres auteurs (en

Déterminations du « droit à l'image »

A cet égard, l'illustration la plus manifeste et la plus récente en est la thèse, déjà citée, de M. Ravanais. On y retrouve le raisonnement de M. Kayser : "il ne serait ni logique ni possible de protéger les individus contre la divulgation d'une image qui les représente dans un lieu public tout en reconnaissant la licéité de la prise de vue : un lien très étroit unit la réalisation et la publication des traits d'une personne, celle-ci dépendant inéluctablement de celle-là" (27).

Alors qu'autrefois la licéité de la "vue" entraînait celle de la "prise de vue", aujourd'hui, on ne raisonne plus à partir du regard humain mais de la technique de reproduction : l'illicéité de la publication de l'image sans l'accord du sujet représenté entraîne l'illicéité de la seule fixation, non consentie, de cette image. Si la doctrine est ainsi en train de passer d'une tolérance bienveillante envers la fixation de l'image des personnes paraissant en un lieu public, sous la seule sanction des règles concernant la responsabilité civile, à une vigilance plus grande inspirée par le droit subjectif que toute personne détient sur son image, même exposée en public, qu'en est-il dans la jurisprudence ?

257. Sauf erreur, il n'existe pas en Belgique ni en France de décision qui aurait eu à trancher la seule question de la fixation des traits d'un individu sans son consentement. Car les espèces soumises au juge posent toutes, en outre, un problème de publi-

(Suite note 26)

note J. STOUFFLET : "Le droit de la personne sur son image", J.C.P., 1957, I, 1374, n° 10 et R. LINDON, Une création prétorienne : les droits de la personnalité, Paris, 1974, n° 70) et nous paraît en effet peu fondée" (trad.). On connaît déjà la position de M. STOUFFLET (art. cité, n° 10) selon laquelle une personne circulant sur la voie publique ne peut plus se prévaloir de son droit à l'image. Quant à l'ouvrage de M. LINDON, il évoque (au n° 70) la jurisprudence tenue à propos des photofilmeurs mais sans prendre une position particulière concernant la seule fixation de l'image. Il n'est donc pas certain que l'opinion de M. LIEVENS, même si elle a été partagée durant quelques décennies par la doctrine et la jurisprudence, exprime encore aujourd'hui le point de vue de la majorité des auteurs.

(27) J. RAVANAS, op.cit., n° 236, pp. 241-242.

Déterminations du « droit à l'image »

cation de l'image. La raison en est assez évidente : même si en théorie l'on reconnaît à une personne le droit de s'opposer à la réalisation de son image, ce n'est toutefois qu'au stade de la diffusion de cette image que, pratiquement, la personne représentée percevra l'utilité concrète d'entamer une action en justice contre ceux qui lui ont "volé" cet aspect de sa personnalité (28). Mais en ce qui regarde la jurisprudence, on peut au moins proposer deux remarques.

La première, c'est qu'à propos des photofilmeurs, les juges n'ont, pour admettre la licéité du commerce des photographes ambulants, jamais admis le droit pour ces professionnels de fixer l'image des passants hors de leur consentement (29).

La deuxième, c'est que même à propos des affaires où ils sont appelés à sanctionner une publication litigieuse, les juges se prononcent aussi sur l'illicéité de la simple réalisation de l'image (30).

(28) On constatera la même absence de jurisprudence dans une question analogue : celle de l'intervention thérapeutique pour laquelle le patient n'a pas donné son accord mais qui n'a tout de même pas eu de conséquences dommageables. V. infra n° 688.

(29) V. supra n° 248 et J. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 225 et sv.

(30) Cfr. la jurisprudence étudiée par M. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 235 et 236, p. 250 à propos de la publication des photographies du fils de Gérard Philippe (Paris, 13 mars 1965, J.C.P., 1965, II, 14223), de Mme B. Bardot (Gr. Inst. Seine, 24 novembre 1965, Gaz.Pal., 1966, I. 37) et de Melle Fr. Murette (Gr. Inst. Paris, 30 mai 1975, inédit).

On peut y ajouter la décision déjà citée du Tribunal de Grande Instance de Paris du 6 janvier 1976 (J.T., 1976, 209) où la plaignante incriminait Ciné Revue de la publication de son image malgré son refus explicite d'être traitée à l'égal d'une starlette. Après l'examen des diverses preuves de non consentement apportées par la demanderesse, le tribunal conclut : "il en résulte que la défenderesse (= la Revue) ne fait pas la preuve que la demanderesse aurait accepté d'être photographiée et, en tout cas, aurait donné son autorisation à la reproduction de son image". Ceci suppose donc que même en un lieu aussi public que la plage de Cannes, il faille le consentement du modèle pour la seule réalisation de son image.

Déterminations du « droit à l'image »

258. La doctrine et la jurisprudence se conjuguent ainsi, même si leur affirmation n'est pas toujours bien assurée, pour reconnaître au sujet le droit d'empêcher la seule réalisation de son image, alors pourtant qu'il se trouve en un endroit public. Mais le mouvement législatif, lui, reste encore en deçà, semble-t-il, de ce nouveau courant doctrinal et jurisprudentiel.

On voudrait le montrer en examinant ce qu'a énoncé le législateur français et ce qu'édicterait peut-être le législateur belge en cette matière de prise de l'image en un lieu public.

SECTION 5 - La loi française.

259. La loi du 17 juillet 1970 (31) a modifié en France les articles 368 et suivants du Code pénal. Est désormais punissable "quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : (...) en fixant ou transmettant, au moyen d'un appareil quelconque, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans le consentement de celle-ci" (art. 368 nouveau).

D'une part, la seule fixation de l'image est déjà répréhensible (32), mais d'autre part, un des éléments constitutifs de l'infraction est que la personne dont l'image est ainsi fixée se trouve dans un lieu privé.

Sur le plan pénal, le "droit à l'image" ne commence donc qu'au moment où le sujet entre dans un lieu privé, mais à cet endroit-là, son droit commence avant la publication de l'image, puisque la seule fixation est réprimée (33).

(31) Loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O., 19 juillet 1970, p. 3818.

(32) L'article 369 punit tout ce qui se passe en "aval" de cette fixation c'est-à-dire "quiconque aura sciemment conservé, porté ou volontairement laissé porter à la connaissance du public ou d'un tiers, ou utilisé publiquement ou non, tout enregistrement ou document ...".

(33) Il y a sans doute quelque artifice à utiliser cette notion civile de "droit à l'image" dans un contexte de droit pénal, encore que ce soit parfois une bonne méthode de recourir à

Déterminations du « droit à l'image »

260. On sait qu'en droit civil, il en va autrement, ainsi que l'affirme la jurisprudence; là, il est reconnu que si un sujet s'expose aux regards de tous en un lieu public, il n'a pas pour autant abandonné son droit d'être le seul à autoriser la fixation de ses traits (34).

(suite note 33)

la répression pénale pour défendre une liberté de droit civil. M. CARBONNIER (dans sa note sous trib. corr. Grasse, 8 février 1950, D., 1950, 712) reconnaît, à propos des sanctions pénales envers les photofilmeurs, que "la méthode aurait au moins pour elle l'avantage d'être, bien souvent, la seule praticable, car l'insignifiance du préjudice décourage les individus de porter devant les tribunaux civils les atteintes éprouvées par leur liberté, lorsque cette liberté n'est guère plus qu'un quant-à-soi".

(34) La différence entre les voies civile et pénale de la protection de l'image est perceptible dans deux décisions récentes concernant la même espèce.

Un journaliste était parvenu à se procurer chez un photographe professionnel une photographie représentant deux amies devant la façade de leur maison. Une des deux femmes était présentée par le journal comme l'ex-épouse d'un trafiquant de drogue. L'autre femme, se reconnaissant sur la photo publiée, intente une action. Elle le fait d'abord comme partie civile au procès pénal sur base du nouvel article 368, mais puisque l'endroit où fut prise la photo est public (la rue), le tribunal a acquitté le journaliste (Trib. corr. d'Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, J.C.P., 1974, II, 17623 et la note R. LINDON). En annotant cette décision, M. LINDON se demande si la plaignante n'aurait pas eu plus de chance si elle avait porté son action devant le juge civil : "Il semble bien que oui. C'est qu'en effet, devant ce juge, le principe de base n'est pas, comme selon l'article 368, l'interdiction de publier une photographie prise dans un lieu public (et de porter atteinte à l'intimité de la vie privée) mais l'interdiction de publier l'image d'une personne sans le consentement de celle-ci". La demanderesse a suivi ce judicieux conseil et l'affaire, jugée au civil sur base de l'article 1382 du Code civil, s'est terminée cette fois, au bénéfice de la plaignante (Trib. gr. inst. Aix-en-Provence, 11 mars 1975, J.C.P., 1975, II, 18113 et la note R. LINDON; les dommages-intérêts pour dommage moral se sont élevés à 20.000 F).

M. LINDON aboutit à la même conclusion dans une espèce où le demandeur, dont la photo avait été utilisée comme instrument de propagande électorale, avait été débouté dans l'instance pénale au motif que la publication litigieuse ne rentrait pas dans les incriminations des articles 368 à 370 du Code pénal. "Il semble qu'une instance civile fondée sur le

Déterminations du « droit à l'image »

Mais en matière pénale, les critères sont objectifs : même si la scène photographiée touche intimement le sujet, c'est le caractère public ou privé du lieu qui est déterminant (35). Lorsque le sujet s'expose au regard de tous en un lieu public, le droit n'entend plus protéger pénalement son image. Le législateur français n'a donc pas cru devoir aligner la loi pénale sur ce qui semble bien être devenu un courant majoritaire dans la doctrine et la jurisprudence civiles.

Ainsi les deux régimes - civil et pénal - de la protection du sujet contre la réalisation de son image en un endroit public sont-ils appelés à coexister avec des solutions divergentes (36).

(Suite note 34)

droit, pour chacun, de s'opposer à la reproduction non autorisée de son image, eût abouti à un meilleur résultat" (note sous ch. acc. Toulouse, 26 février 1974, J.C.P., 1975, II, 17903).

(35) "Faire dépendre le caractère public ou privé du lieu de la nature de la scène qui s'y déroule, alors que ce lieu est public par sa destination même, conduirait à insérer dans le texte légal une modalité qui n'y figure pas et à donner de la loi une interprétation extensive, inacceptable en matière pénale", note R. LINDON sous Trib. corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, précité.

(36) Les dispositions prises par le législateur pénal français en 1970 peuvent donc apparaître comme étant incomplètes. M. RAVANAS, en tout cas, souhaite une nouvelle intervention législative pour que "l'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée soit pénalement réprimée non seulement lorsque la personne se trouve dans un lieu privé, mais aussi lorsque elle est dans un lieu public". Pour l'auteur, "cette extension du domaine d'application de l'article 368 du Code pénal (...) inciterait les 'chasseurs d'images' à s'abstenir de fixer des scènes particulièrement indiscretes qui ne se déroulent pas dans un lieu privé" (J. RAVANAS, *op.cit.*, n° 496, p. 547); mais il est évident que cette répression pénale de la simple fixation de l'image même prise en un lieu public n'est, pour l'auteur, qu'un préalable : "elle présenterait surtout l'avantage de permettre la poursuite, sur le fondement de l'article 369 C. pén., des professionnels de la presse à scandale et à sensation chaque fois qu'ils divulguent, dans une mise en page 'fracassante' de telles images" (id. p. 547).

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 6 - Les projets belges.

261. En Belgique, le "droit à l'image" ou à la vie privée n'a pas encore fait l'objet d'une norme législative autre que la loi de 1886 sur le droit d'auteur (37), mais il est probable que le législateur belge suivra la ligne tracée par la loi française. Sans entrer ici dans l'analyse de toutes les propositions de loi qui concernent la protection de la vie privée (38) - ce qui déborderait le cadre de cette étude -, on peut remarquer que le régime juridique applicable à la simple observation ou à la fixation de l'image d'un sujet se trouvant dans un lieu public n'est pas déterminé partout de la même manière.

262. Ainsi, la proposition de M. Pierson (39), inspirée d'une étude de M. Aronstein (40) réprime-t-elle de peines sévères : "quiconque a, à dessein de nuire ou d'en tirer profit, par quelque moyen que ce soit, capté, photographié, filmé, télévisé, enregistré, transmis, reçu, divulgué, publié ou utilisé de quelque manière des vues de

(37) Mais cette loi ne règle que la reproduction ou l'exposition publique d'un portrait déjà réalisé (v. supra n° 226). Signalons ici que M. CORBET plaide pour une nouvelle mise en valeur de l'article 20 de la loi de 1886 qui pourrait constituer "une arme intéressante pour la protection du droit à la vie privée" (V. sa note sous Civ. Anvers, 15 mai 1975, R.W., 1975-1976, col. 2017) si les juges ne s'obstinaient pas à vouloir ajouter au critère - parfaitement suffisant - de l'originalité de l'image celui de sa valeur artistique, pour pouvoir considérer qu'une photographie est une oeuvre d'art et qu'elle mérite ainsi l'application de la loi sur le droit d'auteur (v. aussi J. CORBET, note sous Anvers, 4 mai 1976, R.W., 1976-1977, col. 2553). Sur les rapports entre "droit à l'image" et droit d'auteur, v. infra n° 366.

(38) On en trouvera une première liste dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la protection de certains aspects de la vie privée (H. VANDERPOORTEN) déposé le 8 avril 1976 (Doc. Parl. Sénat, sess. ord. 1975-76, n° 846-1, p. 6).

(39) Proposition de loi relative à la protection de la vie privée et de la personnalité (M. PIERSON) déposée le 18 août 1977 (Doc. Parl. Sénat, sess. extr. 1977, n° 136-1).

(40) C.S. ARONSTEIN : "Défense de la vie privée. Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation", J.T. 1971, 453-460.

Déterminations du « droit à l'image »

personnes, de leurs biens, ou de leurs demeures, sans l'autorisation préalable et expresse de chacune de ces personnes" (41). Cette disposition qui incrimine le comportement de celui qui a seulement fixé ("capté, photographié, filmé...") l'image d'autrui, ne fait pas de distinction selon que cette "prise de vue" est réalisée en un lieu public ou en un endroit privé (42).

Par contre, lorsqu'il s'agit de la simple observation des personnes, sans fixation de leur image, la proposition ne sanctionne que l'individu qui a, "à dessein de nuire ou d'en tirer profit, par quelque moyen que ce soit, observé des personnes se trouvant dans un lieu privé, sans l'autorisation préalable et expresse de chacune de celles-ci" (43).

263. Mais dans le projet Vanderpoorten, l'incrimination aligne le régime de la fixation de l'image sur celui de la simple observation des personnes. Si celles-ci se trouvent dans un lieu accessible au public, il n'y aura pas de sanction pénale (44). L'exposé des motifs précédant le projet précise cependant que si "photographier

(41) Art. 3, 2° de la proposition. On remarquera que cette disposition exige un dol spécial : "dessein de nuire" ou "tirer profit". Donc, lorsque la prise de vue est "innocente" (songeons au cas du photographe-amateur), elle n'est pas pénalement sanctionnée. Le "droit à l'image" du sujet représenté n'est donc pas un absolu.

(42) L'article 4 du projet sauvegarde cependant "la publicité des réunions des corps constitués, des rassemblements en plein air, des réunions publiques, des salles de spectacles et des lieux publics, pourvu qu'aucun discours ou conversation, ni aucune image ne soient pris ou publiés de manière à causer volontairement préjudice".

(43) Art. 3, 3° de la proposition. Observer quelqu'un en un endroit public n'est donc pas répréhensible. On voit d'ailleurs mal comment un tel comportement pourrait être puni.

(44) Cfr. l'article 1er du projet (Doc.Parl.Sénat, sess.ord. 1975-76, n° 846) qui punit "celui qui, à l'aide d'un appareil quelconque et sans leur accord a observé ou fait observer des personnes se trouvant dans un lieu non accessible au public, recueilli ou fait recueillir des images de ces personnes". Dans ce projet, le fait de "recueillir" l'image d'une personne n'est donc pas plus grave que de l'observer, et l'un comme l'autre ne sont réprimés que si la personne considérée se trouve en un lieu privé.

Déterminations du « droit à l'image »

une personne se trouvant dans un lieu public n'est (...) pas punissable au sens de la présente loi", "il est toutefois évident que cela n'altère en rien la jurisprudence établie sur le plan civil au sujet de la reproduction de photos de personnes" (45).

Ici encore, comme en droit français, on peut donc s'attendre à une divergence de solutions selon qu'il s'agit du droit civil ou du droit pénal, à propos de la fixation des traits d'une personne paraissant en un lieu public.

Que peut-on dire, en conclusion, sur le régime juridique de cette réalisation de l'image ?

SECTION 7 - La fixation de l'image et le régime de protection.

264. Où commence le "droit à l'image" ?

Il commence là où le sujet veut rester privé, soit qu'il se tienne dans un lieu privé - son image est alors protégée non seulement par le droit civil, mais encore par le droit pénal - soit que, circulant dans un lieu public, il ne tienne pas à ce que soit fixée pour toujours l'image qu'il offre nécessairement à autrui.

265. L'idée première connotée par l'image est celle d'une "exposition" du sujet livré au regard d'autrui, mais c'est l'"exposition", la "livraison" d'une "présence" qui a voulu être telle.

L'inévitable "exposition de soi" en un lieu public ne peut faire présumer, à elle seule, le consentement du modèle à la fixation, reproduction ou utilisation de son image (46); il faut des circons-

(45) Exposé des motifs, p. 9. Lorsqu'on sait que cette "jurisprudence civile" ne s'est jamais prononcée qu'à propos de la publication d'images litigieuses, on ne peut pas garantir que la "reproduction de photos de personnes" désigne aussi la simple fixation des traits du modèle. La question reste donc ouverte.

(46) Cfr. D. BECOURT, Le droit de la personne sur son image, § 3, p. 6 : "S'agissant de l'image, c'est-à-dire d'une apparence que chacun de nous dans son comportement social offre à autrui - aux yeux de ceux qui nous regardent ou de l'objectif qui nous guette - le point essentiel n'est-il pas avant tout de

Déterminations du « droit à l'image »

tances plus précises : le juge les relève chaque fois qu'il veut présumer le consentement (47).

Le corps fait partie de l'univers des choses. Il lui arrive d'être appréhendé par le regard ou l'appareil photographique comme simple élément d'un paysage, d'un groupe, d'une scène de rue. Son apparence peut être "réalisée", "chosifiée", soumise ainsi au bon vouloir d'autrui.

Mais le droit veut que cette inévitable objectivation, amplifiée par la technique, soit toujours soumise au contrôle du sujet lui-même, à sa mesure, à son consentement. Ici se manifeste à l'extrême le régime de protection qui est une des caractéristiques du droit subjectif (48). Sans doute, le sujet est-il nécessairement vu lorsqu'il circule en un endroit public, mais il est protégé contre toute fixation de son image : un tiers ne peut pas disposer de son apparence, il ne peut la "prendre" : la "prise" de vue lui est interdite sans le consentement - au moins implicite - du sujet représenté.

(Suite note 46)

déduire de ce comportement social un consentement tacite à laisser contempler notre image ? A l'inverse, toute image de notre comportement intime surpris par un regard ou un objectif indiscret s'apparenterait alors à une sorte de viol de la personnalité, faute de pouvoir bénéficier de cette présomption de consentement" (même développement, n° 100, p. 60).

- (47) V. Trib. paix Narbonne, 4 mars 1905, D.P., 1905, II, 389 (l'appareil photographique haut de 3 mètres était manié par un opérateur placé sur une échelle et entouré de deux aides portant une inscription publicitaire... etc...) (solution critiquée par H. FOUGEROL : La figure humaine et le droit, p. 71); cfr. aussi Paris, 6 février 1913, Gaz.Pal. 1913, I, 489 (absence de protestation antérieure, lettre amicale de la plaignante au dessinateur...), Gr. inst. Paris, 19 novembre 1970, J.C.P., 1971, IV, 182 (Néanmoins : la présence de représentants de la presse à une soirée de gala de festival n'implique nullement que le sujet ait donné son autorisation à la reproduction de son effigie par la voie de la presse).
- (48) Cette protection est extrême dans le discours de la doctrine récente et dans les affirmations théoriques de la jurisprudence civile; elle l'est moins - on l'a vu - dans les dispositions de droit pénal aussi bien dans la loi française que dans les projets belges.

Déterminations du « droit à l'image »

266. On remarque combien cette affirmation du droit du sujet sur son image dès le stade de la réalisation de celle-ci diffère de l'application des règles de la responsabilité civile.

Dans ce dernier cas, le sujet est protégé contre tout dommage qui lui est infligé par la faute d'un tiers. Or, en matière de "droit à l'image", le tiers se voit interdire non seulement le fait de causer un préjudice à un sujet dans l'utilisation de sa photographie, mais encore le fait même de disposer de l'apparence de ce sujet en réalisant cette photographie.

Si le sujet, en un endroit public, est "posé hors de lui-même" (ex-posé), il doit pourtant être en mesure de maîtriser cette apparence offerte à autrui. Cette maîtrise lui est assurée par la possibilité de s'opposer à la simple réalisation de son image. Tel est le régime de protection du sujet, au sens où un tiers ne peut pas disposer de lui : il est protégé contre toute altérité qui voudrait le "prendre".

267. A présent, il nous faut voir si le "droit à l'image" dont se prévaut la personne paraissant en un lieu public, est aussi étendu pour la personne publique elle-même. Ici, "le droit à l'image" de la personne représentée ne rencontre plus d'abord la liberté du commerce ou celle de la prise de vues, mais bien le droit à l'information exercé par le public. C'est la raison pour laquelle ce "droit à l'image" mobilise ici encore, le "droit à la vie privée".

Déterminations du « droit à l'image »

CHAPITRE 3 — La vie privée

268. Il semblait qu'au départ, l'idée première connotée par l'image était celle d'une "exposition", d'une livraison du sujet à autrui. En réalité, le seul fait de l'exposition du sujet en un lieu public, doit toujours être doublé d'un consentement - qui sera parfois présumé - pour pouvoir être "fixé" par l'image.

La même position est tenue lorsqu'on envisage non plus l'endroit où la personne s'expose au regard d'autrui (lieu privé ou endroit public), mais la notoriété de la personne représentée. La règle est celle-ci : avant d'être livrée par l'image, une personne - même connue du public, doit pouvoir donner son consentement à la publication de ses traits (1).

C'est ce principe général appliqué à la personne publique que nous allons d'abord exposer avant de voir s'il ne doit pas être corrigé, voire même abandonné, au nom d'autres impératifs. On pourra mesurer alors les limites du régime de protection que l'on a reconnu à propos du consentement du modèle à la réalisation de son image.

SECTION 1 - Le principe du consentement nécessaire.

269. Au départ, on peut souligner une différence, dans l'application du principe du consentement nécessaire, entre le lieu public et la personne publique.

Dans le premier cas, il faut relever explicitement les indices qui permettent de conclure à l'autorisation donnée par un sujet à la fixation de son image prise en un lieu public. Dans le second cas, on considère que le seul fait pour un sujet de s'exposer comme personne publique est déjà doublé d'un consentement présumé à la fixa-

(1) La catégorie des "personnes publiques" n'est pas définie ici autrement que comme celle des "personnes connues du public" (V. dans ce sens J. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 140 et sv., pp. 157 et sv., où l'auteur inclut "les personnes qui, sans exercer une fonction publique, ont acquis ou recherchent la notoriété").

Déterminations du « droit à l'image »

tion de ses traits. C'est qu'en effet, la situation du sujet en un lieu public n'est jamais qu'un fait, alors que sa situation comme personne publique comporte, croit-on, un élément de volonté, celui d'être une personne "pour le public". S'il arrive qu'on puisse se trouver dans un lieu public sans souhaiter que ses traits y soient fixés en une image (d'où la nécessité de l'autorisation), on ne peut, semble-t-il, être une personne publique que volontairement (d'où la présomption du consentement à la fixation de l'image) (2).

270. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'axe autour duquel pivote la question est bien celui du consentement. En ce qui concerne la personne publique, le recours à la présomption du consentement est une réaffirmation très nette du principe général. La jurisprudence le rappelle fréquemment : "Il est de principe que le portrait d'une personne ne peut être reproduit et exposé sans son consentement, l'appel fait au jugement du public par la profession même de cette personne n'autorise point une dérogation au principe ainsi posé; chacun reste maître de limiter les conditions dans lesquelles il entend se soumettre physiquement à cette appréciation" (3).

- (2) "L'orateur de réunions publiques, la personne qui s'offre volontairement à la foule, qui se donne en spectacle à tous, est censé par là même autoriser la reproduction par le dessin ou la photographie de ses attitudes devant le public." (J. APPLETON, note sous Civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902, II, 73). Comp. à propos de la publication du livre "Vivre avec Picasso", Paris, 6 juillet 1965, Gaz. Pal., 1966, I, 39 (3e espèce) : "Quant à l'étendue du domaine de la vie privée, la mesure est toute autre s'il s'agit d'un individu quelconque ou bien lorsqu'on se trouve en présence d'un artiste de renommée mondiale qui, comme Picasso (...) n'a jamais redouté, s'il ne l'a recherché, les exigences impérieuses et indiscrettes de l'actualité et de la presse parlante, écrite ou filmée et qui s'est déjà ainsi livré lui-même, pour une large part, en pâture au public".
- (3) Trib. comm. Seine, 13 juin 1892, Gaz. Pal., 1892, II, 107, Ann. prop. ind., 1893, 246 (Utilisation commerciale du portrait d'une actrice par une firme de biscuit). Cfr. le même raisonnement dans Gr.Inst.Seine, 23 et 25 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 (B.Blier). La motivation des deux jugements du 24 novembre 1965 à propos de Mme B. Bardot est particulièrement claire à ce sujet : "le simple fait de publier sans autorisation le portrait

Déterminations du « droit à l'image »

Bref, on n'a jamais quitté la règle : consentement explicite ou consentement présumé, le sujet doit toujours avoir voulu, d'une façon ou d'une autre que ses traits soient fixés. Ainsi, le consentement opère-t-il un partage radical entre ce que le sujet accorde de lui même au public et ce qu'il garde en privé.

271. Peut-on dire, à partir de là, que le "droit à l'image" se superpose au droit à la vie privée ? La question mérite au moins d'être posée, car elle engage à réfléchir à ce qui, dans l'image comme dans la vie privée, échappe aux exigences de l'information.

SECTION 2 - L'image et la vie privée.

272. Un débat est mené, aujourd'hui encore, sur le point de savoir si le "droit à l'image" est distinct du droit à la vie privée (4).

(suite note 3)

photographique d'autrui constitue une faute dont l'auteur doit réparation; il est cependant admis, en ce qui concerne les traits d'une personnalité publique telle qu'un acteur, que, s'ils ont été pris à sa connaissance au cours de sa vie professionnelle, un consentement spécial pour la reproduction n'est pas nécessaire; cette dérogation, qui se justifie par le fait que de tels personnages, non seulement acceptent, mais recherchent la publicité, trouve sa limitation dans son fondement même; ainsi, il faudra revenir à la règle de la nécessité d'une autorisation de la personnalité publique à la publication de sa photographie lorsque celle-ci a été prise au cours de sa vie privée" (Gr. Inst. Seine, 24 novembre 1965 (1ère espèce), D. 1967, 450; Gaz. Pal., 1966, I, 37; (2e espèce), J.C.P., 1966, II, 14521, note R.L.). V. encore Paris, 27 février 1967, D. 1967, 450 et la note J. FOULON-PIGANIOL; Gr.Inst.Paris, 23 mai 1970, Gaz. Pal., 1970, II, Somm. 64 et 65; Cass. civ., 6 janvier 1971, J.C.P., 1971, II, 16723 et la note R.L., D.S., 1971, Jur. 263 et la note B. EDELMAN; Gr.Inst. Nancy, 8 juin 1973, D.S., 1974, Jur. 126 et la note Ph. MERLE; Paris, 16 février 1974, J.C.P., 1976, II, 18341 et la note R.L.

- (4) On trouve dans la thèse de M. RAVANAS (op.cit. n°s 94 et sv., p. 116), une analyse de la "réalité jurisprudentielle" (n° 97, p. 118) en faveur d'une autonomie des notions de dénaturation de la personnalité par l'image d'une part, et d'atteinte à la vie privée d'autre part (n° 103, p. 121); autonomie qui n'empêche d'ailleurs pas, dans certains cas, le cumul de ces notions (n° 104, p. 122).

Déterminations du « droit à l'image »

Reconnaissons en tout cas que la jurisprudence française raisonne de façon très semblable dans les deux hypothèses : pour la vie privée comme pour l'image, elle affirme le principe du consentement du sujet (5). En Belgique, pour autant qu'on puisse raisonner à partir de la maigre jurisprudence disponible, il semble bien que le "droit à l'image" puisse être parfois considéré comme étant absorbé par le droit à la vie privée : "Attendu que la protection de la photo d'une personne n'est absolue que dans la mesure où elle protège la vie privée de la personne" (6).

(5) Par exemple, les conclusions de l'avocat général CABANNES rendues à propos de la vie privée de Jean Ferrat auraient pu être tenues à propos de l'image du célèbre chanteur : "Dans notre droit actuel, où l'autonomie de la volonté n'a quand même pas cessé de jouer un rôle, qui, mieux que l'intéressé lui-même, sera en mesure de définir ce qu'il considère comme partie intégrante de sa vie intime, et ce qu'il entend soustraire à la curiosité, fût-elle dénuée de malveillance, du public ?" (Paris, 15 mai 1970, D., 1970, 466. En l'espèce, la revue "Jours de France" avait publié une série de renseignements personnels dans un article, d'ailleurs élogieux, sur Jean Ferrat et son épouse). Même affirmation du principe du consentement dans Paris, 16 mars 1955, D., 1955, 295; Gaz. Pal., 1955, I, 396, J.C.P., 1955, II, 8656 (Marlène Dietrich), Paris, 17 mars 1966, D., 1966, 649 (J.L. Trintignant) et Paris, 17 décembre 1973, D.S., 1976, Jur., 120 (Ch. Chaplin).

(6) Comm. Bruxelles, 13 septembre 1971, R.G.A.R., 1973, 9045 où un acteur est débouté de son action contre l'éditeur qui avait utilisé sa photographie pour illustrer la couverture d'un livre intitulé : "L'amour méprisable". Pour motiver sa décision, le tribunal affirme : "Qu'un acteur livre au public son image par les photos prises dans l'exercice de sa profession; que l'usage de telles photos n'est abusif ou nuisible que s'il est établi que la publication de la photo est en rapport avec la vie privée de l'intéressé ou y porte atteinte; (...) que dans le litige soumis au Tribunal, le demandeur ne produit aucun élément de sa vie privée permettant de conclure à une confusion possible entre celle-ci et le titre ou le texte de la brochure incriminée". Dans cette décision, l'image d'un individu est purement et simplement réduite à sa vie privée. Pour une autre espèce où l'atteinte à la vie privée est invoquée pour sanctionner la publication d'une image, v.Civ. Anvers, 15 mai 1975, R.W., 1975-76, col. 2017 où l'époux d'une femme morte tragiquement obtient la condamnation de l'illustré qui avait publié la photographie des deux conjoints prise dans leur milieu familial.

Déterminations du « droit à l'image »

Mais il est probable que l'originalité du "droit à l'image" sera reconnue davantage, par rapport au droit à la vie privée (7).

273. En tout cas, si les auteurs tiennent à distinguer le "droit à l'image" du droit à la protection de la vie privée, c'est pour donner au premier une portée plus large qu'au second (8).

L'image en effet est protégée quand bien même elle serait réalisée dans un "espace public", c'est-à-dire non seulement en un endroit public, ainsi qu'on l'a vu au chapitre précédent, mais encore durant la vie publique de la personne représentée : "le droit à l'image peut subir des atteintes au cours de la vie publique de la personne, alors même qu'aucun secret n'est à préserver" (9).

274. Inversement, en France, depuis la loi du 17 juillet 1970, qui reconnaît le principe selon lequel "chacun a droit au respect de sa vie privée" (art. 9 nouveau, al. 1, C.civ.), la protection

(7) V. dans ce sens J. LIEVENS, art. cité in R.W., 1976-77, col. 1866 (trad.) : "Il est toujours possible qu'une atteinte soit faite au droit à l'image sans que pour cela le droit à la privacy soit touché. Il est inadmissible en effet que quelqu'un, après avoir été introduit par une personne dans sa vie privée, puisse en tirer le droit de publier des photos de son hôte sans la permission de ce dernier. Droit à la privacy et droit à l'image doivent donc être clairement tenus séparés".

(8) Cfr. Ph. MERLE, note sub. Gr. Inst. Nancy, 8 juin 1973, D.S., 1974, Jur., 126 (utilisation publicitaire de la photo d'un reporter de l'O.R.T.F.), et R. BADINTER, "Le droit au respect de la vie privée", J.C.P., 1968, I (Doctrine), 2136, en particulier le n° 25. Cfr. aussi dans ce sens : R. NERSON, Chron. de jurisp., R.T.D.Civ., 1971, p. 117.

(9) Gr. Inst. Grasse (réf.) 27 février 1971, J.C.P., 1971, II, 16734 et la note LINDON; Gaz. Pal., 1971, II, 413 (photographie d'un citoyen assis sur un banc public, utilisée dans une publicité électorale).

Cfr. aussi Paris, 15 janvier 1972, Gaz. Pal., 1972, I, 302 (conférence de presse d'un médecin).

En doctrine, v. J. RAVANAS, op.cit., n° 100, p. 120; D. TALLON, Enc. Dalloz, V° Personnalité, n° 32 : "Il peut y avoir atteinte au droit à l'image sans qu'il y ait atteinte à la vie privée, notamment lorsqu'une photographie a été prise dans un lieu public, ou bien lorsque la prise de l'image a été autorisée et que c'est seulement l'utilisation de cette image qui est en cause".

Déterminations du « droit à l'image »

de la vie privée semble formellement mieux organisée que celle de l'image puisque le juge civil peut "prescrire toutes mesures telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ..." (10) et que le juge pénal, nous l'avons vu, peut réprimer toute fixation ou transmission de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé sans le consentement de celle-ci (11).

Sans vouloir entrer dans la question délicate d'une définition de la vie privée (12), on peut noter avec M. Lindon que l'image "est

(10) Art. 9, al. 2 du Code civil (inséré par l'art. 22 de la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens); les mesures civiles que peut prendre le juge pour protéger le droit du sujet en notre matière seront étudiées au second Titre, v. infra n° 424.

(11) Art. 368, 2° du Code pénal modifié par la loi du 17 juillet 1970; v. supra n° 259.

(12) Cfr. par exemple, Paris, 15 mai 1970, D.1970, 466 qui se réfère à la définition de M. STROMHOLM : "Droit pour une personne d'être libre, de mener sa propre existence comme elle l'entend, avec le minimum d'ingérences extérieures" ainsi qu'à celle de M. HEBARRE : "C'est ainsi que doivent en particulier être mis à l'abri de toute atteinte : le droit au nom, à l'image, à la voix, à l'intimité, à l'honneur et à la réputation, à l'oubli et à sa propre biographie"; Gr. Inst. Grasse (réf.) 27 février 1971, J.C.P., 1971, II, 16734 et la note R. LINDON sur l'application du nouvel art. 9 C.civ. : "si le domaine de la vie privée de l'homme quelconque est parfois malaisé à délimiter, il s'étend incontestablement à tout ce qui concerne sa vie amoureuse, sa vie familiale, ses ressources et les aspects non publics de sa vie professionnelle et de ses loisirs"; D. FERRIER, note sous Gr.Inst. Paris, 11 janvier 1977, J.C.P., 1977, II, 18711 où l'auteur cite la définition qu'il proposait dans sa thèse (La protection de la vie privée, Toulouse, 1973, n° 5, p. 12) : "La vie privée est l'ensemble des états, actes et opinions librement assumés par l'individu et qui ne l'engagent pas juridiquement envers autrui"; v. aussi J. VELU : "Il semble bien que la doctrine - pas plus que la jurisprudence d'ailleurs - ne soit parvenue à trouver une formule satisfaisante pour fixer avec précision la limite qui sépare la vie privée d'une personne de sa vie publique" (rapport au Troisième Colloque international sur la Convention des Droits de l'homme : Vie privée et droits de l'homme, Bruxelles, 1970, p. 58), et R. NERSON, Chr. de jurisprudence, R.T.D.Civ. 1971, p. 117 critiquant "la tendance à considérer le droit au respect de la vie privée comme un fourre-tout".

Déterminations du « droit à l'image »

décidément ce qu'il y a de plus sacré dans la vie privée" (13), et qu'une certaine jurisprudence protège l'image au titre de la défense de la vie privée (14).

L'enjeu de la question consiste précisément à pouvoir protéger l'image du sujet en utilisant les nouvelles dispositions civiles et pénales de la loi du 17 juillet 1970, apparemment plus efficaces que celles du droit commun de la responsabilité.

275. Sur le plan du droit positif, image et vie privée se présentent comme deux cercles sécants : s'il y a dans la vie privée d'autres éléments que l'image, et s'il y a parfois dans l'image protégée un élément de publicité qui ne rentre pas dans le cercle de la vie privée, il faut reconnaître cependant que ces deux droits comptent une importante partie commune (15).

Mais que l'on veuille inclure l'image d'un sujet dans sa vie privée ou qu'on veuille lui reconnaître un régime original, ce à quoi l'on tient, dans un cas comme dans l'autre, c'est à la protection de cette image au sens où un tiers ne pourrait ni la prendre ni en disposer, alors même qu'elle s'offre dans la vie publique du sujet représenté. Ici encore, le droit veut assurer au sujet, même

(13) R. LINDON, "La presse et la vie privée", J.C.P., 1965, I (doctrine) 1887, p. 4.

(14) Dans sa note sub. Gr. Inst. Paris, 11 juillet 1973, J.C.P., 1974, II, 17600, M. LINDON cite les attendus des décisions du Trib. de Gr. Inst. de la Seine des 23 et 25 juin 1966 (J. C.P., 1966, II, 14875; B. Blier, 2 espèces) et du 2 novembre 1966 (ibidem; G. Sachs), qui incluent l'image et la vie privée dans le même patrimoine moral.

(15) V. dans ce sens la conclusion de la thèse de M. RAVANAS (op. cit., n° 492, p. 546) où l'auteur est conduit "à rejeter toute assimilation complète du droit de chacun sur son image au droit au respect de sa vie privée et toute distinction rigide de ces deux droits". Pour M. RAVANAS, en effet, "le droit de la personne sur son image (...) semble présenter une nature juridique dualiste : en protégeant son titulaire contre la dénaturation de sa personnalité, notamment de sa personnalité sociale, il reste distinct du droit au respect de la vie privée; en protégeant son titulaire contre l'investigation et la révélation par l'image de cette partie de sa vie que le public n'a pas d'intérêt légitime à connaître, il se rattache en revanche, au droit au respect de la vie privée".

Déterminations du « droit à l'image »

en sa vie publique, une maîtrise volontaire de son image : celle-ci s'impose au respect d'autrui.

276. Mais comment peut-on articuler cette volonté de protection de l'image de la personne publique - image assimilée, ou non, à sa vie privée - avec les exigences de l'information du public ? Le critère de consentement du sujet représenté suffit-il à opérer le partage de la licéité ?

SECTION 3 - L'image tirée de la vie publique.

277. Le seul fait de l'exposition d'une personne dans l'espace de l'histoire ou de l'actualité est déjà doublé, apparemment disions-nous, d'un élément de volonté : on veut être une personne pour le public.

Le "droit à l'image" s'articule donc, semble-t-il, sur la volonté, le consentement : la vie publique, c'est ce que la personne a bien voulu livrer d'elle-même dans l'espace public; dès lors, dans ce champ, son consentement est présumé pour la fixation et la reproduction de ses traits.

Par contre, la vie privée est ce que la personne (même "publique") a voulu soustraire à l'espace public; dans ce cas, la présomption de consentement n'a plus de raison d'être : le sujet "reprend" la maîtrise de lui-même (16), imposant ainsi aux tiers le régime de l'autorisation explicite à la fixation de son image.

Tout porte donc à croire qu'il existe une équivalence entre la vie publique d'un individu et ce que normalement il accepte de livrer de lui-même (par exemple son image) au public, et réciproquement,

(16) Il ne l'avait en principe jamais perdue, puisque, dans "l'espace public", c'est son consentement qui était présumé (v. supra n° 270).

Déterminations du « droit à l'image »

on pourrait établir une identité entre la vie privée d'un individu et ce que, normalement encore, il refuse de publier (17).

278. Mais en attribuant au sujet le soin de déterminer les images qui relèvent de sa vie privée d'une part, et celles qui relèvent de sa vie publique d'autre part, n'a-t-on pas conféré à ce sujet un privilège excessif ? N'a-t-on pas fait de sa volonté, présumée ou explicite, une toute-puissance arbitraire qui méconnaîtrait son caractère nécessairement "exposé" à autrui ? Peut-on réellement résoudre en une présomption de consentement toute "livraison" par le sujet de son image en un "espace public" ?

On retrouve ici, mais sous une autre forme, le débat tenu à propos des limites du "droit à l'image". On se demandait alors si ce droit commence au stade de la simple réalisation de l'image, ou bien s'il faut admettre qu'en s'exposant en un endroit public, le sujet accorde - ipso facto - que son image soit fixée ? On a répondu que la jurisprudence civile, mais non la loi pénale, permet à toute personne de maîtriser l'image qu'elle donne d'elle-même en interdisant

(17) M. EDELMAN donne ainsi un compte rendu fidèle du droit français lorsqu'il écrit : "La distinction que la jurisprudence opère entre personne publique et personne privée ne nous semble pas opérante. Le critère mis en avant par les tribunaux est celui de la vie privée (...); mais au fond il ne s'agit que d'une question quantitative et non qualitative. En effet, si le droit de l'homme privé sur son image est total, et si celui de l'homme public est restreint, d'une part la jurisprudence protège néanmoins, chez l'homme public tout ce qui n'est pas public, et, d'autre part, ce qui n'est pas public chez l'homme public, présente les mêmes caractères que ce qui est totalement privé chez l'homme privé. Autrement dit, le privé est qualitativement semblable chez l'un comme chez l'autre (...). L'homme, public ou non, est juge de la publicité de lui-même (nemo plus iuris... pourrait-on dire), et si on lui prend plus qu'il n'a voulu donner, il lui est dû réparation, non point parce que son 'intimité' a été violée, mais bien plutôt parce qu'elle a été utilisée indûment, c'est-à-dire sans son consentement". (B. EDELMAN, "Esquisse d'une théorie du sujet, l'homme et son image", Chronique D.S., 1970, p. 119, reproduit dans Communications 1977, n° 26, p. 185). On examinera au titre suivant, les conclusions idéologiques que l'auteur tire de son analyse (v.infra n° 375).

Déterminations du « droit à l'image »

la fixation de ses traits, même en un endroit public (18). A présent, le débat consiste à savoir si cette maîtrise doit encore être reconnue au bénéfice d'un sujet lorsqu'il s'agit de réaliser et de diffuser les images tirées de sa vie publique. Ici, ne s'expose-t-il pas nécessairement à ce que son image soit livrée dans le champ public de l'information ?

Et peut-on raisonnablement résoudre en une présomption de consentement cette nécessaire exposition de soi ?

SECTION 4 - La critique du consentement tacite.

279. Lorsqu'un aspect de la vie publique d'un sujet est fixé et diffusé par l'image, faut-il imaginer que ce sujet y a donné son consentement ?

La loi allemande, par exemple, ne serre-t-elle pas de plus près la réalité lorsqu'elle considère le cas qui nous occupe non pas comme une application présumée mais bien comme une exception au principe du consentement ? (19)

Car l'espace public qu'est l'histoire ou l'actualité n'est pas toujours un champ où l'on entre volontairement. Le fait d'y livrer son image ne peut plus alors s'analyser comme une "renonciation volontaire" ou un "consentement présumé".

Par quoi sont alors autorisées la fixation et la publication des traits du sujet, sinon par les nécessités de l'information ?

(18) v. supra n° 264.

(19) En Allemagne, la loi sur le droit d'auteur (Kunsturhebergesetz du 9 janvier 1907) après avoir énoncé dans l'article 22 que les portraits ne peuvent être diffusés ou exposés publiquement qu'avec l'autorisation de la personne représentée, ajoute dans l'article 23 : "Peuvent être diffusés ou exposés sans l'autorisation prévue à l'article 22 : 1° les portraits tirés du domaine de l'histoire contemporaine ...".

La protection du sujet réapparaît cependant au dernier alinéa de cet art. 23 : "Ce droit ne s'applique pas néanmoins à une diffusion ou à une exposition qui viendraient à porter atteinte à un intérêt légitime du modèle ...".

Déterminations du « droit à l'image »

280. Puissance des lois de l'information ! La presse illustrée ou télévisée livre impérieusement à son public un tel lot d'images qu'on en vient à se demander si la problématique du "droit à l'image", rattachée à celle du droit à la vie privée, n'est pas singulièrement étroite lorsqu'elle ne prend en considération que le consentement du sujet.

Dans nos développements théoriques, la nécessaire exposition de soi à autrui - l'image - a été absorbée, semble-t-il, par sa "double" volontaire qu'est le consentement du sujet, à un point tel qu'on pourrait bien ne plus reconnaître le caractère nécessairement "public" de l'image. La "reprise volontaire" de sa propre image par le sujet (ce que la jurisprudence désigne par la nécessité du consentement) n'a-t-elle pas été tellement accentuée qu'elle oblitère en la privatisant, l'exposition au public qu'est l'image de soi ? A la limite, le sujet serait une pure volonté dont on ne pourrait reproduire d'autre image que celle qu'il voudrait bien "donner" : le privé (consentement) aurait alors absorbé le public (exposition), et le volontaire, l'involontaire. L'image pourtant - comme le droit - se refuse à une telle privatisation du sujet. Car celui-ci s'expose, nécessairement. L'image de soi livre un sujet à un public (20).

281. On imagine mal que la nécessité du consentement du sujet à la reproduction de ses traits puisse faire échec aux exigences de l'information (21).

(20) Dans cette ligne, on peut lire chez M. BECOURT : "Au fond, la photographie d'information implique de la part du sujet une relation délibérée ou involontaire avec le public réel ou virtuel (...). De ce fait, l'image du sujet cesse de lui appartenir en propre : autant sinon davantage que de lui-même, elle relève du public, donc de l'information" (D. BECOURT, op.cit., n° 89, p. 53). Pour qualifier cette double appartenance, l'auteur propose de distinguer (cfr. déjà au n° 6, p. 7) le droit A l'image exercé par le public comme "créance virtuelle de la collectivité", du droit SUR l'image exercé par le sujet dont on a reproduit les traits. Mais cette distinction ne s'est pas généralisée dans la doctrine.

(21) Dans l'affaire jugée en référé le 15 octobre 1957 par le tribunal de commerce de Bruxelles, (J.T. 1958, p. 43) où une personne avait reconnu sa photo dans un hebdomadaire illus-

Déterminations du «droit à l'image»

On peut bien, encore une fois, tenter d'invoquer le consentement présumé (22); il n'en reste pas moins vrai que certaines personnes mêlées à des événements publics ne tiennent manifestement pas à les illustrer de leurs portraits. Et la présomption de consentement serait, ici, pure fiction (23).

282. Mais si la théorie du "consentement tacite" devait être abandonnée, quels critères faudrait-il retenir pour autoriser la diffusion des traits d'une personne dite "publique" même en dehors de son consentement ? Sans chercher de réponse exhaustive à cette question, on voudrait formuler un principe qui puisse servir de critère à la légitimité d'une publication et, du même coup, limiter d'autant le régime de protection applicable à l'image d'une personne connue du public (24).

(Suite note 21)

tré, on trouve cet attendu : "en faisant droit à l'action telle qu'elle est intentée, il serait préjugé d'une question de principe de façon telle que serait mise en cause jusqu'à la possibilité même de l'existence du reportage photographique filmé ou télévisé".

- (22) V. par exemple R. BADINTER, art.cité, J.C.P., 1968, I, 2136, n° 25 : "Le droit de la personne sur son image s'affirme encore sur les reproductions prises au cours de sa vie publique, qui ne peuvent être utilisées hors les limites de son consentement présumé, c'est-à-dire l'illustration de l'événement public auquel il s'est trouvé mêlé".
- (23) Comme l'explique M. RAVANAS, adversaire résolu de la théorie du "consentement tacite", "il n'est pas possible, sans faire appel à la fiction, de dire que l'individu, qui perd sa conscience dans un accident de la circulation routière, autorise implicitement la presse à publier son image; les sinistrés d'une ville ou d'une région ont certainement des préoccupations bien éloignées de celle de donner leur consentement à la réalisation d'un film d'actualité qui les représenterait..." (J. RAVANAS, op.cit., n° 156, p. 168).
- (24) Pour une comparaison avec le droit des U.S.A., cfr. F. RIGAUX, "l'élaboration d'un 'right of privacy' par la jurisprudence américaine" (Rev.int.dr.comp. 1980, p. 712, § 17) où après avoir relevé que l'abandon du droit à la privacy se déduit de ce qu'une personne a volontairement accédé à la vie publique ("public figure") ou de ce que, même sans consentement de sa part, les faits qui la concernent intéressent le public ("public interest"), l'auteur note que ces deux principales causes de transfert de faits de la vie privée dans le domaine public sont difficilement déterminables.

Déterminations du «droit à l'image»

SECTION 5 - Les critères de la publication.

283. Les auteurs tentent de préciser le pouvoir d'information du public par rapport au respect de la personnalité - ou de la vie dite "privée" - des personnes représentées.

M. Stoufflet plaide pour une "solution nuancée" : "l'intéressé, en acceptant certaines fonctions, s'est exposé au jugement du public, ce qui l'oblige à se plier aux exigences de l'information. Au contraire, toute diffusion de l'image en dehors de ce cadre strict devrait être considérée comme abusive" (25).

Ici, le consentement se montre encore, mais il est en quelque sorte "indirect". Le sujet n'a pas immédiatement consenti à la publication de ses traits, mais il a accepté une fonction qui le livre à "l'espace public" de l'information (26).

284. M. Bécourt, lui, élargit les hypothèses lorsque, décelant dans la photographie d'information une relation du sujet avec le public, il fait découler cette relation

- . "de l'événement auquel le sujet est mêlé;
- . de la fonction qu'il assume;
- . du lieu où s'exerce son activité ou se manifeste son comportement" (27).

L'auteur a soin de préciser que cette relation peut être "délibérée ou involontaire". On peut imaginer que la part de volonté est plus importante dans l'hypothèse de la "fonction assumée" que dans celle de "l'événement auquel le sujet est mêlé", mais dans l'une

(25) J. STOUFFLET, art.cité., J.C.P., 1957, 1, 1374.

(26) Cfr. par exemple, Gr. Inst. Paris (réf.), 20 juin 1974, D.S., 1974, Jur., 751 : "Si la publication dans la presse d'une photographie représentant les employés des pompes funèbres dans l'exercice de leur fonction ne constitue pas, notamment lorsqu'elle est d'actualité ou présente un caractère historique, une atteinte au droit exclusif qu'ont ceux-ci sur leur image ..."

(27) D. BECOURT, op.cit., n° 89, p. 53.

Déterminations du « droit à l'image »

comme dans l'autre, on peut retrouver toutes les nuances de la gamme du volontaire à l'involontaire (28).

Le témoin dans un procès pénal, par exemple, remplit une fonction que l'on peut appeler publique, mais elle n'est pas toujours volontaire.

Et celle de l'accusé (29) ? Ou du policier (30) ?

(28) Ceci rappelle - et c'est précisément la troisième hypothèse retenue par M. BECOURT - la question de la photographie prise en un lieu public : les photofilmeurs ne peuvent opérer contre le consentement du sujet; mais si c'est sans son consentement ? cfr. supra n°s 228 et 247.

(29) En France, la reproduction des traits d'un témoin ou d'un accusé n'est plus possible depuis la loi du 6 décembre 1954 insérant à l'art. 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse l'alinéa suivant : "Pendant le cours des débats et à l'intérieur des salles d'audience des tribunaux administratifs ou judiciaires, l'emploi de tout appareil d'enregistrement sonore, caméra de télévision ou de cinéma est interdit. Sauf autorisation donnée, à titre exceptionnel, par le garde des Sceaux, Ministre de la Justice, la même interdiction est applicable à l'emploi des appareils photographiques".

En Belgique, nous ne connaissons pas de texte semblable qui aurait une portée générale. Cette question est laissée à l'appréciation du magistrat, qui a la police d'audience dans ses attributions (Code judiciaire, art. 760). Signalons toutefois l'art. 80 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse qui interdit "la publication et la diffusion du compte rendu des débats des chambres de la jeunesse des cours d'appel et des tribunaux de la jeunesse par le livre, la presse, la cinématographie, la radiophonie, la télévision ou par quelque autre manière".

Sur cette matière, v. P. LALIVE, art. cité, p. 46 : "Sur le terrain du droit civil - et indépendamment de considérations touchant à la dignité de la justice -, on ne voit pas en quoi l'inculpation d'une personne la priverait de son droit au portrait".

(30) Comp. à ce sujet Gr. Inst. Paris, 3 juillet 1974, J.C.P., 1974, II, 17873 (2e espèce) et la note R. LINDON, à propos d'un inspecteur de police photographié à la sortie de son domicile; et O.L.G. Stuttgart, 19 décembre 1958, Juristenzeitung 1960, pp. 126 à 131, sur la publication des photographies de deux policiers intervenus dans une rixe où un jeune homme trouva la mort. V. là-dessus Prof. Dr. Horst NEUMANN-DUESBERG: "Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte", J.Z., 1960, pp. 114 et sv.

Déterminations du « droit à l'image »

285. Est-il possible de tenir jusqu'au bout la thèse "subjective" basée sur le consentement présumé de la personne publique à la diffusion de ses traits ? De nombreux auteurs, en tous cas, préfèrent composer le respect dû à la personnalité de chacun avec les exigences de l'information : "Le rattachement d'un élément de la vie d'une personne à sa vie privée étant fondé sur son intérêt à sa tranquillité et à sa liberté, et son rattachement à ses activités publiques sur l'intérêt de tous à la liberté de l'information, il s'élève entre ces deux intérêts des conflits, qui peuvent être résolus au profit de l'intérêt privé, ou, à l'inverse, de l'intérêt général" (31).

Il n'est pas vrai qu'une personne pourrait, par son seul refus, faire obstacle à la légitime liberté d'information et d'expression garantie par nos textes fondamentaux à l'ensemble des membres de la société.

(31) P. KAYSER, art.cité in Mélanges Marty, p. 734. Comp. L. JULIOT de la MORANDIERE dans le débat qui suit l'exposé de M. ARRIGHI sur "La vie privée et les droits de l'information" (Revue des travaux de l'académie des sciences morales et politiques, 1968, p. 90) : "De la conciliation entre les droits de l'individu et ceux de la société, il y a des siècles que l'on s'occupe. La balance penche tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre (...). La distinction entre la vie privée et la vie publique des individus n'est qu'un des aspects des rapports de l'individu et de la société. Là encore, je pense que des limites précises sont impossibles à déterminer". On lit aussi dans les conclusions du Congrès de Stockholm (1967) des juristes des pays nordiques (Commission internationale de juristes) sur la vie privée : "L'exercice de ces libertés (= d'expression, d'information et de discussion) est manifestement d'intérêt public et il est inévitable qu'en certains cas, un conflit s'élève entre l'intérêt que la société porte à leur exercice et l'intérêt qu'a l'individu de vivre sans aucune atteinte à sa vie privée. La ligne de démarcation entre ces intérêts est très difficile à tracer (...). Il ne serait pas souhaitable, et il serait même impossible, de prévoir tous les cas dans la législation" (J.T. 1967, p. 581, § 10).

Déterminations du « droit à l'image »

Mais il n'est pas vrai non plus que toute personne connue du public devrait être toujours et partout livrée à la publicité (32).

286. Dès lors, pour trouver une solution, il faut appliquer, à propos de l'image des personnes connues du public, la méthode de "la balance des intérêts en présence", sachant que l'état d'équilibre qui ajuste le fléau de la balance dans la pesée de ces deux intérêts n'est pas donné d'emblée : il doit être trouvé à chaque époque, et pour chaque société. Cette position paraît judicieuse, même si elle compromet le principe général de la nécessité du

(32) V. à ce sujet la critique de M. SARRAUTE ("Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire", Gaz. Pal., 1966, I, Doctr. p. 13) à propos de l'arrêt Picasso (Paris, 6 juillet 1965, précité) : "Une oeuvre universellement admirée, l'intérêt du public pour son auteur, les exigences de l'actualité, les indiscretions de la presse ne peuvent, de toute évidence, avoir pour effet de faire disparaître le droit au secret de la vie intime".

Comp. en Belgique l'ordonnance (inédiée) du président du tribunal de première instance d'Anvers, du 24 décembre 1973 à propos d'une photographie d'Eddy Merckx. L'image avait été prise dans les vestiaires de l'équipe Vigorelli pendant que le champion se changeait après une compétition, et publiée dans un livre de Stan Lauryssens, sans l'autorisation du modèle qui se trouvait représenté à moitié déshabillé. Le président des référés a jugé que "la photo ne convient pas à la publicité nécessaire qu'un coureur cycliste est obligé de supporter dans tous les événements et les aspects publics de son dur métier de gladiateur moderne pour satisfaire au désir de sensation et aux intérêts commerciaux" (cité par M. Lievens, art.cité, in R.W., 1976-77, col. 1860, trad.). V. cependant J. RUTSAERT : "Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée" (J.T. 1973, p. 490, § 9), à propos de l'artiste : "Si dans le cadre de sa vie privée, celui-ci se rend dans un lieu public, aux courses, à un match de football ou au restaurant, le photographe qui aura eu la chance de l'y voir ne pourra-t-il penser que le caractère public de la personnalité jointe au caractère public du lieu, l'emportent sur le caractère privé de l'activité ?" Nous préférons tenir que, dans cette hypothèse, le juge devra apprécier en fonction des intérêts en présence, la légitimité de la fixation et de la publication de l'image. Il n'est pas sûr, en tout cas, que le photographe aura toujours raison.

Déterminations du « droit à l'image »

consentement du modèle à la reproduction de son image (33). Car le régime de protection entendu au sens où la personne ne pourrait disposer de l'image d'autrui sans son consentement ne rend peut-être pas un compte fidèle du caractère nécessairement exposé de la personne en sa vie publique.

SECTION 6 - La vie privée et le régime de protection.

287. Nous sommes partis d'un principe général d'après lequel l'intervention d'un instrument technique permettant de fixer et de publier ce qui "s'offre" au regard, devait toujours rester sous le contrôle du sujet représenté et cela non seulement au stade de la diffusion du portrait, mais déjà à celui de sa fixation, même en un endroit public : dès que la personne est sujet de l'image, elle peut empêcher la simple fixation de ses traits. Or, en maintenant ce principe jusque dans les endroits où la personne s'expose au regard public, n'allions-nous pas isoler la personne de tout son contexte social en rendant impossible la communication de son image ? Cette tension entre la vie qui entend rester "privée" et la vie

(33) J. RAVANAS, *op.cit.*, n° 491, p. 545 : "la notion d'intérêt légitime du public à être informé constitue le véritable fondement de la licéité de la reproduction des scènes de la vie publique. Contrairement à l'opinion trop souvent répandue en doctrine et en jurisprudence, cette licéité ne saurait être expliquée par la théorie fallacieuse et fictive de l'autorisation tacite qui nie 'les conditions objectives d'équilibre que postule la vie sociale' et qui aboutit à dissoudre le consentement jusqu'au point où l'on oublie son élément essentiel : la volonté". En généralisant son propos, M. RAVANAS ajoute : "Il est regrettable que certains auteurs contemporains, tout en dénonçant l'exacerbation du principe philosophique de l'autonomie de la volonté, naguère utilisé par les juristes pour expliquer tous les phénomènes du droit positif, continuent cependant d'abuser, dans notre domaine, d'une théorie purement individualiste, qui de proche en proche finit par se retourner contre le bon sens".

Déterminations du « droit à l'image »

dite "publique" d'une personne se retrouve ici à propos de l'intérêt du public à être informé.

288. Puisqu'il y a un partage à déterminer entre ce qui relève du privé et ce qui relève du public, est-ce au sujet lui-même, et à lui seul, à l'opérer par le jeu de ses consentements et de ses refus ? Sans doute est-ce de lui-même qu'il s'agit, mais peut-il faire entrer dans sa sphère "privée" tout ce qui relève plus ou moins - "plus" chez l'homme politique en vue, et "moins" chez l'obscur citoyen - de sa sphère "publique" ? Le "droit à l'image" est-il ce droit subjectif soumis à la pure volonté, éventuellement présumée, du sujet concerné, ou bien n'exprime-t-il qu'un principe de respect de la personnalité d'autrui, à mettre éventuellement en balance avec d'autres normes, par exemple celle qui garantit la liberté d'information ?

289. En adoptant à propos de l'image des personnes publiques, la thèse de "la balance des intérêts en présence", nous optons pour une position qui soustrait le "droit à l'image" à la pure volonté du sujet de droit, et qui insiste sur son caractère nécessairement exposé, livré à la publicité. La volonté individuelle du sujet ne suffit pas à régler le sort juridique de l'image qui, pourtant, le représente.

Le régime de protection inhérent au "droit à l'image" ne doit dès lors pas s'entendre en un sens absolu. Si le public peut prétendre à un intérêt légitime d'information, il peut disposer de l'image d'un sujet, alors même que celui-ci entendait inclure cette image dans sa vie privée .

290. Avant de prolonger cette réflexion au prochain Titre, qui examine de façon théorique la nature juridique du "droit à l'image", il reste, pour compléter notre analyse, à aborder quelques déterminations pratiques du consentement du modèle dont on vient de voir qu'il constitue - à tort peut-être - le point central du "droit à l'image".

Déterminations du «droit à l'image»

On étudiera ainsi successivement le cas des personnes incapables de donner un consentement à la reproduction de leurs traits (chapitre 4) puis le cas des modèles qui se sont engagés dans une relation contractuelle à propos de leur image (chapitre 5). On aura ainsi l'occasion d'aborder, à propos du "droit à l'image", certains traits particuliers des droits de la personnalité, et de voir comment s'applique en cette matière le double régime issu de la définition mixte du droit subjectif. On ne s'étonnera pas de constater que le souci de la protection y tienne, comme on l'a vu jusqu'ici, une place prépondérante par rapport à la possibilité reconnue au sujet de disposer de son image.

Déterminations du «droit à l'image»

CHAPITRE 4 — Le consentement donné par la famille. du sujet représenté

291. Jusqu'à présent, nous n'avons analysé le "droit à l'image" qu'à propos de sujets qui pouvaient exercer par eux-mêmes la maîtrise que comporte la jouissance de ce droit, c'est-à-dire qui pouvaient de leur propre chef autoriser ou refuser la reproduction de leurs traits. Qu'en est-il lorsque cette capacité d'exercice n'est pas encore acquise, ou lorsque la mort a ravi au sujet toute jouissance de quelque droit que ce soit ? Dans ces situations de non-maîtrise, le droit se tourne tout naturellement vers les proches du sujet, mais c'est dans quel but ?

292. Pour le voir, on examine le rôle joué par l'entourage familial d'abord à propos de l'image des incapables (1), puis à propos de l'image des personnes décédées (2).

(1) Parmi les incapables, on n'envisage que le cas des mineurs. Sauf erreur, il n'existe pas, en Belgique ou en France, de jurisprudence publiée à propos de l'image de sujets interdits ou mineurs prolongés.

Quant à la femme mariée, indépendamment de l'exercice de l'action en justice, soumise autrefois à l'autorisation du mari, nous avons relevé un seul cas qui concerne le "droit à l'image" proprement dit : Trib. Paix Alger, 2 mars 1905, D.P., 1905, 5, p. 2 et Ann. prop. ind., 1905, p. 225, art. 4536. Il touche d'ailleurs la puissance paternelle en même temps que la puissance maritale : "un photographe ne peut afficher un portrait où se trouvent reproduits les traits d'une femme mariée et de sa fille, alors même qu'on admettrait que l'autorisation lui en ait été donnée par la femme. Le droit de cette dernière ne pouvant s'exercer sans l'autorisation préalable de son mari et n'allant pas, en tout cas, jusqu'à permettre d'exposer les traits de sa fille sans empiéter sur les droits de la puissance paternelle appartenant au mari".

(2) Pour plus de détails sur ces questions, v. J. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 382 et sv., à propos des "caractères des droits de la personnalité protégeant les personnes contre la reproduction de leurs traits" : "les personnes qui sont qualifiées pour exercer le droit" (n°s 390 et sv.), puis "le sort des droits de la personnalité protégeant les personnes contre la reproduction de leurs traits, à la mort de leur titulaire" (n°s 400 et sv.).

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 1 - La représentation et la capacité naturelle du mineur.

293. Pour les mineurs, le principe est clair : "l'autorisation de la reproduction et de la diffusion dans le public de la photographie d'un enfant est une autorisation subordonnée à l'exercice de la puissance paternelle" (3). Depuis qu'en Belgique aussi bien qu'en France, la mère est investie du droit d'exercer l'autorité parentale, en concurrence avec le droit du père, le régime juridique du "droit à l'image" des enfants mineurs s'en trouve d'autant modifié. Mais le principe reste le même : il s'agit, au moins au départ, d'un régime de représentation de l'incapable.

294. Lorsqu'il est question de l'image d'un jeune enfant, le droit, en effet, se contente du consentement de ceux qui détiennent sur lui l'autorité parentale (4).

(3) Civ. Seine, 18 novembre 1907, Gaz. Pal., 1908, 1, 106 confirmé par Paris, 29 mai 1908, Gaz. Pal. 1908, 2, 31 (l'autorisation de la mère à la reproduction de l'image de sa fillette est inopérante; le consentement du père, même en instance de divorce, est exigé). V. aussi Poitiers, 21 octobre 1935, D.H., 1936, 45, Gaz. Pal., 1935, 2, 879: "Tant qu'un père est investi des droits résultant de la puissance paternelle, l'autorisation par lui donnée au photographe et qui se rapporte à une situation concernant la personne de l'enfant, est régulière et valable". V. sur cet arrêt les observations de LAGARDE, in R.T.D.Civ. 1936, p. 459 : "le détenteur de la puissance paternelle est qualifié pour s'opposer à une mesure qui intéresse la personne de l'enfant. Mais, en l'espèce, il paraît choquant de se contenter d'une autorisation du père, qui ressemble surtout à une brimade envers le grand père et la mère (titulaire du droit de garde)"; cfr. aussi P. KAYSER, "Le droit dit à l'image", Mélanges Roubier, t. II, p. 84; Enc. Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 126 et STOUFFLET, art. cité, § 16.

(4) Sur la publication des traits d'une fillette de 3 ans dans un catalogue commercial, cfr. Comm. Seine, 12 mai 1934, Gaz. Pal., 1934, II, 238 (où l'on se demande si la mère de l'enfant, ex-princesse russe, n'entendait pas faire payer fort cher l'erreur de la société défenderesse); sur la publication de photos du jeune fils de Gérard Philippe couché sur son lit d'hôpital, cfr. Paris, 13 mars 1965, J.C.P. 1965, II, 14223, Gaz. Pal., 1966, I, 37 (2ème espèce) confirmé par Cass. Civ., 12 juillet 1966, D, 1967, 181 (et la note MIMIN), Gaz. Pal., 1966, 2, 187.

Déterminations du «droit à l'image»

Mais il vient un âge où il faut reconnaître au mineur le droit de donner, lui aussi, son consentement à la publication de ses traits. La doctrine française note que "la nature de l'intérêt en cause conduit à exiger le consentement du mineur lui-même lorsqu'il est en mesure de le donner consciemment" (5).

295. Pour les mineurs qui ne sont plus des enfants, on exige donc un double consentement. Comme l'indique une décision dans une espèce où un père protestait contre la publication de l'image de sa fille : "la publication de l'image photographique exigeait, en l'espèce, non seulement le consentement de la mineure elle-même qui avait, à l'époque, atteint un âge suffisant, mais encore celui de son père, titulaire de la puissance paternelle" (6).

Faut-il aller plus loin, et reconnaître au mineur l'absolue maîtrise de son image, au point qu'il puisse en disposer seul ?

296. Un arrêt de la Cour d'appel de Milan est allé dans ce sens au début du siècle (7). "Le droit privatif reconnu à tout homme sur

(5) J. STOUFFLET, art. cité § 16; cfr. aussi Encyclopédie Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 110 et J. RAVANAS, *op.cit.*, n° 397, p. 442. On relèvera encore, à propos du consentement à l'acte médical, ce trait particulier d'une capacité de fait reconnue au mineur doué de discernement, alors même qu'il reste incapable dans les autres domaines de sa vie juridique.

Pour la théorie des droits de la personnalité du mineur, v. supra n° 206 où l'on rappelle la distinction faite par IHERING à propos de la capacité minimum qui touche "ce qui est purement humain de la personnalité, le corps et la vie", par rapport à la capacité patrimoniale (cfr. n° 96).

(6) Aix-en-Provence, 19 décembre 1968, D., 1969, 265. La photographie d'une jeune fille de 18 ans avait été utilisée pour illustrer un article sur la contraception. Le jugement de première instance, confirmé purement et simplement en appel, a accordé au père, administrateur légal, 8.000 F de dommages-intérêts.

(7) Milan, 26 juillet 1904, Pas. belge, 1905, IV, 149. Comme il a été dit dans l'introduction à cet ouvrage, on ne veut aborder dans ce travail que le droit positif de la Belgique et de la France. La référence à d'autres ordres juridiques n'a qu'une valeur illustrative. Ainsi cet arrêt d'une cour italienne n'est-il mentionné que pour sa portée idéologique. E.H. PERREAU le cite en 1909 dans son article sur "Les droits de la personnalité" (R.T.D.Civ., 1909, p. 501).

Déterminations du « droit à l'image »

sa propre image (...), est un jus in se ipsum, qui n'a pas besoin, pour être intégré en un mineur, du consentement de celui qui exerce la puissance paternelle; tout individu est maître absolu de son propre corps, enseigne la jurisprudence française (8); et si la puissance paternelle comporte le droit d'éducation, il ne contient pas celui d'empêcher ceux sur qui elle s'exerce de disposer de leur propre corps" (9). L'arrêt s'explique sur la limitation des pouvoirs parentaux : "le droit de poser devant un appareil photographique (...) est tellement personnel qu'il échappe aux lois régulatrices de la soumission des enfants à leurs parents; le père et la mère représentent les enfants dans tous les actes civils; ils administrent leurs biens; mais il n'existe plus de droit sur la personne, comme au temps où la puissance paternelle avait un caractère patrimonial et politique".

Plus proche de nous, dans le temps, dans l'espace, et surtout dans les conceptions générales de la famille, on trouve les décisions rendues dans l'affaire "Les écrous de la haine" (10).

(8) Notre travail consiste, pour une bonne part, à vérifier la pertinence de cette affirmation.

(9) En l'espèce, le mineur (de plus de 16 ans) avait consenti contre rémunération à la publication de son image dans des circonstances qui ont "porté atteinte à l'honneur de sa famille...".

(10) "Les écrous de la haine", livre de Michel de CASTILLO publié aux éditions Julliard raconte l'aventure passionnée et tragique du jeune Christian Rossi et de son professeur Gabrielle Russier. Les époux Rossi ont obtenu en référé la saisie de l'ouvrage (ordonnance du 18 avril 1970, confirmée le 8 juin 1970 par la Cour de Paris, et rejet du pourvoi par Cass. civ., 18 mai 1972, J.C.P., 1972, II, 17209 et les conclusions de M. le premier avocat général LINDON). Il s'agit ici de la protection de la vie privée du mineur, mais on a déjà souligné les liens étroits qui existent entre image et vie privée (v. supra, n° 275).

Déterminations du « droit à l'image »

297. Le tribunal de grande instance de Paris (11) rappelle que "le mineur ne peut, en l'état de notre législation, consentir des engagements sur sa personne ou ses biens".

Et si les éditeurs, défenseurs à l'instance en référé, font valoir devant la Cour de cassation que les pouvoirs de l'administrateur légal ne sauraient aller "jusqu'à déposséder le mineur de sa propre histoire, sous peine de le priver de toute individualité et de lui ôter la qualité même de personne humaine", la juridiction suprême leur répond laconiquement : "En considérant que la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur était soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui, la Cour d'appel s'est bornée à appliquer les dispositions légales protectrices de sa personne et de ses biens" (12).

Notre droit, au moins dans son état actuel, écarte la thèse du libéralisme absolu en reconnaissant aux parents un droit non seulement sur les biens mais encore sur la personne, et donc sur la vie privée et l'image, de leurs enfants mineurs : "s'il nous apparaît nécessaire que le mineur non émancipé, devenu adolescent, participe à la protection de sa propre personne, il n'est pas raisonnable d'admettre que le mineur puisse se passer de l'assistance de la personne ayant autorité sur lui" (13).

L'image du mineur - comme sa personne elle-même - est ainsi l'objet d'une protection particulière, organisée à l'intérieur du cercle familial.

Ce protecteur exerce d'abord seul cette maîtrise, puis il la partage avec celui qui en est "l'objet" et qui en devient, peu à peu, le "sujet" jusqu'à ce que, devenu majeur, il puisse l'exercer seul.

(11) Gr.Inst. Paris, 8 juillet 1970, J.C.P., 1970, II, 16550 (2e espèce) et la note R. LINDON. Le tribunal a statué sur le fond un mois après la confirmation de l'ordonnance rendue en référé : la publication du livre est autorisée, moyennant certaines suppressions.

(12) Cass. civ., 18 mai 1972, précité.

(13) R. NERSON, Chron. de jurisp., R.T.D.Civ., 1973, pp. 334 et sv.

Déterminations du «droit à l'image»

298. Pour notre approche du droit subjectif par le biais des droits de la personnalité - en l'occurrence du "droit à l'image" - on retiendra cette disposition originale qui veut qu'à côté du consentement du représentant légal à la reproduction de l'image du mineur dont il défend les intérêts, il y ait aussi le consentement du mineur lui-même dès lors que celui-ci est capable de discernement. On retiendra aussi la question posée à ce propos : non pas tant le fait qu'un incapable se soit vu reconnaître une capacité naturelle à autoriser la reproduction de ses traits, mais plutôt ce fait que ses représentants légaux soient encore appelés à intervenir dans les conventions que le mineur noue en cette matière. Car on se demande si l'immédiateté de l'appartenance d'une image à son "sujet" n'élimine pas d'emblée l'obligation de recourir à un tiers - fût-il désigné pour la représentation générale de l'incapable - dans la disposition par ce sujet de cette image.

299. Mais la réponse classique énonce ici, comme on le verra encore en matière médicale, que l'autorité parentale joue un rôle de protection des intérêts de l'incapable : le mineur ne peut disposer seul de son image.

Protection et disposition, ces deux pôles du droit subjectif, se présentent donc en notre matière pour dessiner une figure originale du "droit à l'image". La disposition de ses propres traits est reconnue au sujet à mesure que celui-ci devient capable de discernement, mais un régime de protection corrige ce qui pourrait apparaître comme nuisible dans cette disposition, par le mineur, de son image.

300. Puisqu'un régime de protection continue à entourer jusqu'à la majorité de l'incapable l'autonomie croissante que le sujet mineur acquiert vis-à-vis des divers éléments de sa personnalité, on ne s'étonnera pas de trouver à nouveau la présence de ce régime de protection au moment où le sujet a perdu toute possibilité de disposition de soi.

Déterminations du « droit à l'image »

SECTION 2 - L'image des personnes décédées.

301. En cette matière aussi, le principe est clair : l'image d'une personne décédée ne peut-être diffusée qu'avec l'accord de ses proches. Comme il a été dit au milieu du siècle dernier dans l'affaire Rachel : "Nul ne peut sans le consentement formel de la famille reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort (...); le droit de s'opposer à cette reproduction est absolu" (14) mais d'où vient cette possibilité d'une intervention de la part de l'entourage familial ?

302. S'agit-il d'une disposition de soi que le défunt aurait transmise à ses héritiers ? ou bien s'agit-il d'une protection que les proches exercent - mais en vertu de quel droit ? - vis-à-vis de la personne du défunt ?

Peut-on dire, avec M. Edelman, à propos de cette hypothèse, que "les continuateurs de la personne du défunt possèdent un droit à l'image de leur auteur, qui leur est transmis à l'égal de tout autre bien" (15)? La jurisprudence n'est pas aussi catégorique sur le fait qu'il y aurait transmission d'un droit à l'instar d'une transmission patrimoniale, et la doctrine se montre également nuancée (16).

303. Les formules des décisions de justice sont assez générales: dans l'affaire Rachel, il est dit que le droit de s'opposer à la reproduction des traits d'une personne sur son lit de mort "a son principe dans le respect que commande la douleur des familles, et qu'il ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature et de la piété domestique" (17).

(14) Civ. Seine, 16 juin 1858, D.P., 1858, III, 62; Ann. prop. ind., 1858, 250.

(15) B. EDELMAN, Chronique citée, D., 1970, XXVI, (n° 4 : commentaire du jugement Rachel).

(16) Sur la transmissibilité aux successeurs des droits de la personnalité du de cujus, v. supra n° 207.

(17) Civ. Seine, 16 juin 1858, précité.

Déterminations du « droit à l'image »

Ailleurs : "Il est dans le droit et dans l'intérêt de la famille de toute personne décédée de s'opposer à ce que le portrait de cette personne puisse être à aucun titre l'objet d'une publicité quelconque" (18).

La jurisprudence parle encore d'"intérêt de moralité" et de "protection de l'honneur des familles" (19).

304. En doctrine, la transmissibilité des droits de la personnalité est loin d'être une évidence. En tous cas, Fougerol se prononce pour le caractère intransmissible du "droit à l'image" : "il reste attaché à la personne et ne lui survit pas" (20). On trouve la même thèse chez M. Kayser (21).

(18) Civ. Seine, 11 novembre 1859, Ann. prop. ind., 1860, 168 (le père d'une actrice décédée en pleine jeunesse s'oppose à l'exposition du portrait de sa fille).

(19) Paris, 4 août 1896, Ann. prop. ind., 1897, 112 : Cfr. aussi Civ. Seine (réf.), 10 mai 1884, Ann. prop. ind., 1885, 254.

(20) H. FOUGEROL, thèse citée, p. 135. D'où vient alors le droit de la famille reconnu par la jurisprudence ? L'auteur répond : "Les parents du défunt, qui ne sont pas nécessairement les héritiers les plus proches, ont, de leur chef, un droit fondé sur l'intérêt d'affection, leur permettant de s'opposer à la reproduction et à la publication du portrait de leur auteur..."

(21) V. P. KAYSER, "le droit dit à l'image", Mélanges Roubier, t. II, p. 84, où l'auteur limite l'idée de continuation de la personne du défunt à la transmission de son patrimoine. Le pouvoir sur l'image du défunt n'est pas transmis aux héritiers; il est acquis, au moment du décès, par le conjoint et les proches.

Dans un article ultérieur sur les droits de la personnalité (R.T.D.Civ., 1971, p. 498), M. KAYSER nuance cette position trop catégorique. Il admet en effet que plusieurs droits de la personnalité soient transmissibles à cause de mort aux ayants cause de leur titulaire. Ainsi, par exemple pour le droit au respect de la vie privée ou pour le droit moral de l'auteur.

Mais en ce qui concerne le droit pour les ayants-cause d'une personne décédée de s'opposer à la réalisation et à la publication de l'image de la dépouille mortelle de leur auteur, il faut dire que ce droit a été acquis par eux, et non pas transmis puisque le de cujus, étant mort, n'en a jamais été titulaire.

Déterminations du « droit à l'image »

Quant à M. RAVANAS, il montre que la législation ne permet pas de trancher cette question de la transmission du droit de la personnalité (22).

Car d'une part, dans l'article 34 de la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse, la répression pénale des diffamations et injures dirigées contre la mémoire des morts est limitée "aux cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants" (23). Et donc, puisqu'il s'agit d'un droit propre des plaignants, il semble qu'il n'y ait pas, dans ce cadre, de transmission à cause de mort du "droit à l'honneur" de la part du de cujus.

Mais d'autre part, la nouvelle rédaction de l'article 372 du Code pénal français donnée par la loi du 17 juillet 1970 (tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens), précise que "dans les cas prévus aux articles 368 à 370 (du Code pénal), l'action publique ne pourra être engagée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit". En mentionnant ainsi les ayants droit parmi les personnes dont la plainte peut engager l'action publique à propos d'une atteinte à la vie privée de la victime, "le législateur moderne n'accrédite-t-il pas, à l'inverse, l'idée d'une transmission à cause de mort du droit de la personne sur son image et du droit au respect de la vie privée ?" (24)

(22) V. J. RAVANAS, op.cit., n° 400, p. 445.

(23) Cette disposition qui réserve la possibilité de l'action civile en responsabilité, vise à protéger la liberté d'investigation de l'historien. A ce propos, on se rappellera ce qui a été dit, au chapitre précédent, sur la balance des intérêts en présence à propos de l'image et de la vie privée des personnes publiques; cfr. supra n° 289.

(24) J. RAVANAS, op.cit., n° 400, p. 448. M.J. PRADEL, dans son commentaire de la loi du 17 juillet 1970 (D. 1971, Chron. p. 116) constate que les ayants droit de la victime sont mentionnés dans le texte "sans autre précision et donc sans limitation". Par conséquent, ajoute l'auteur, "le législateur a entendu permettre au plus grand nombre possible d'ayants droit de faire respecter l'intimité personnelle du défunt". M. PRADEL propose alors de comparer cette disposition avec

Déterminations du « droit à l'image »

305. Comment donc cerner ce droit de la famille ? Pure transmission quasi-patrimoniale d'un droit du sujet décédé, ou intérêt propre de la famille protégeant ses affections ? La question n'est pas nouvelle, mais elle est peut-être insoluble si elle est posée de cette manière puisque précisément l'affection familiale considère comme sien ce qui est à l'autre, et à l'autre ce qui est à soi : l'honneur des uns est touché quand est blessée la mémoire des autres et le droit "propre" est peut-être ici ce qu'il y a de plus profondément "transmis".

Aussi, dans une espèce récente, le juge des référés déclare-t-il à la fois que "le droit au respect de la vie privée s'étend par-delà la mort à celui de la dépouille mortelle" et qu'une atteinte a été portée "aux droits des demandeurs (= la famille) sur l'image (du défunt)" (25).

Ainsi les droits du de cujus et ceux de sa famille sont-ils intimement mêlés.

(Suite note 24)

la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, qui réserve l'exercice des droits du défunt à certaines personnes limitativement énumérées. Comp. encore le projet français de réforme du Code civil (art. 15 al. 2 du chapitre consacré aux droits de la personnalité) qui cite le conjoint et les parents en ligne directe au premier degré.

- (25) Gr. inst. Paris (réf.), 11 janvier 1977, D.S., 1977, J. 83 et la note R. LINDON; J.C.P., 1977, II, 18711 et la note D. FERRIER. Dans cette affaire, la veuve et les enfants de Jean Gabin demandaient à la juridiction des référés la saisie des exemplaires de la revue Paris-Match où se trouvait publiée, sans leur autorisation, une photographie du célèbre acteur sur son lit de mort. Un des attendus de l'ordonnance reproduit la motivation donnée dans l'affaire Rachel (civ. Seine, 16 juin 1858, précité) : "Que nul ne peut sans le consentement de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort quelle qu'ait été la célébrité du défunt".

Sur le fond, cfr. Cass. fr., 21 octobre 1980, D.S. 1981, p. 72 rejetant le pourvoi formé par les éditeurs condamnés à une amende pénale, aux dommages-intérêts et à la publication de la décision judiciaire.

Déterminations du « droit à l'image »

306. On pourra sans doute critiquer cette conjonction hardie d'une vie privée et d'une dépouille mortelle (26) mais ce paradoxe d'un mort qui a encore une "vie" ne fait peut-être qu'exprimer une originalité des droits de la personnalité. Car, pour rendre compte de ces droits, ne vaut-il pas mieux abandonner le régime de la disposition qui évoque peut-être un peu trop la transmission du patrimoine, pour adopter celui de la protection ? On dirait alors que le défunt, ne pouvant plus se protéger lui-même, doit bien compter sur ses proches pour protéger tout ce qui prolonge sa personnalité - y compris son image - dans la mémoire de ceux qui lui survivent. Lorsqu'on passe ainsi de la disposition à la protection, le sort de l'image du défunt se présente juridiquement sous une allure plus unifiée, car on n'a plus à se poser la question de savoir si un droit de disposition a pu être transmis d'un sujet à ses proches, ni sur quoi ce droit pourrait porter.

Les formules utilisées par les auteurs et par les juges évoquent davantage la protection d'un intérêt commun au de cujus et à sa famille plutôt que la transmission d'un bien de l'un à l'autre.

Il ne s'agit pas tant de savoir qui va disposer de quoi puisque le mort - par définition - ne dispose plus de rien et que la famille ne dispose pas des "biens" qui sont attachés à la personnalité disparue. Il s'agit plutôt d'organiser un régime où le droit entend protéger tout ce par quoi la personnalité d'un défunt peut survivre dans la mémoire des hommes, grâce à la vigilance de ceux qui ont été ses proches et qui, plus que tous autres, sont intéressés à cette protection.

307. Ainsi le rôle que tient la famille en matière de "droit à l'image" des personnes décédées est-il, mutatis mutandis, analogue à celui qu'elle joue dans le cas des mineurs. Alors que dans ce dernier cas, il fallait protéger l'autonomie croissante d'un sujet

(26) V. dans ce sens la note D. FERRIER précitée, où l'auteur s'interroge sur le contenu et la limite de cette vie privée du défunt; v. aussi R. NERSON, chron. de jurisprudence, R.T.D. Civ. 1979, p. 379 : "Nous restons sceptiques devant la notion de vie privée post mortem".

Déterminations du « droit à l'image »

dans la disposition de son image, il faut ici protéger la mémoire (l'intimité, l'image) de celui qui n'est plus là pour disposer des biens de sa personnalité.

Au début de la personnalité du sujet, se trouve déjà ce qui se jouera à sa mort : l'inévitable exposition de soi est prise en charge par ses proches. C'est un autre qui, au début comme à la fin de la personnalité, donne les déterminations du consentement : la maîtrise du sujet sur lui-même - sur son image - a commencé et s'achèvera dans une situation de non-maîtrise.

308. Mais si cette constatation permet de souligner l'importance du régime de protection dans le sort que le droit réserve à l'image d'un sujet, il ne faudrait toutefois pas négliger le régime de disposition que l'on peut reconnaître en d'autres occasions.

C'est ce qu'on voudrait voir maintenant dans l'examen du consentement par lequel une personne adulte dispose de la reproduction de ses traits. On aura achevé ainsi la description de quelques déterminations positives du "droit à l'image" avant d'entamer la réflexion sur la nature juridique de ce nouveau droit subjectif.

Déterminations du « droit à l'image »

CHAPITRE 5 — Le consentement du sujet à la disposition de son image

309. Dans notre description du "droit à l'image", nous avons constaté l'importance que le droit accorde à la protection du sujet représenté : son consentement est nécessaire à la reproduction, et déjà à la simple fixation, de ses traits.

Sans doute peut-on juger que cette protection est excessive, en particulier lorsque le public peut légitimement faire état d'un droit à l'information. Il n'en reste pas moins vrai que la nécessité du consentement du sujet à la publication de ses traits est entendue dans ce sens d'une protection de sa personnalité. L'examen du régime juridique applicable à l'image des mineurs ou des personnes décédées confirme d'ailleurs cette intelligence du "droit à l'image".

310. Or si l'exigence de ce consentement sert à protéger le modèle contre toute disposition, par autrui, de son image, il permet aussi la disposition par le modèle lui-même de ses propres traits dans un commerce avec autrui. C'est ce consentement du sujet à la disposition de son image que l'on examine maintenant.

311. On y retient, après avoir parcouru quelques déterminations contractuelles du consentement, l'importance que le droit accorde, ici encore, au régime de protection, alors même que par son consentement, le modèle dispose de son image.

Cette protection du modèle s'exerce non seulement par la spécialité du consentement qui est exigé de lui quant à l'objet et quant à la durée de la publication de son image, mais encore - et surtout - par la création originale du droit de repentir.

Déterminations du «droit à l'image»

SECTION 1 - Les déterminations contractuelles du consentement.

312. Les relations contractuelles nouées à propos de l'image peuvent être de deux types selon que l'auteur de l'image a devant lui un modèle qu'il paie ou un client qui le paie.

Dans le premier cas, la liberté de communication est la règle; dans le second cas, seule la fixation de l'image est autorisée, sa publication est présumée interdite.

Cette solution découle de la simple analyse de l'accord intervenu. En acceptant de poser contre rémunération selon les indications de l'auteur de l'image, le modèle accorde, par là même, que son image soit fixée et publiée dans les conditions normales de la communication (1). Lorsqu'il s'agit d'un client par contre, l'auteur ne peut pas présumer le consentement du sujet à la publication de l'image : l'économie du contrat montre par elle-même que le client entend réserver le portrait à son usage privé (2).

313. Mais il est une clientèle particulière qui vient compliquer quelque peu l'interprétation du consentement du sujet : il s'agit des personnalités publiques que le photographe sollicite lui-même et en faveur desquelles il opère gratuitement. L'usage veut qu'il remette gracieusement à ses modèles, pour prix de leur complaisance,

(1) D. BECOURT, op.cit., § 49, p. 27 : "En termes triviaux, on peut dire que lorsque le photographe, comme le peintre ou le sculpteur, 'achète' le consentement du modèle, c'est toujours dans la perspective d'une communication de son image au public, dont la fixation constitue en quelque sorte la phase purement préparatoire indispensable". Sur la patrimonialisation du droit à l'image, cfr. infra n° 357.

(2) Il en est ainsi même au cas où le contrat est résolu. On a déjà évoqué la célèbre affaire qui opposa à la fin du siècle dernier sir Eden au peintre Whistler à propos de la rémunération de l'artiste qui avait exécuté le portrait de Lady Eden : civ. Seine, 20 mars 1895, Ann. prop. ind., 1897, 116; Paris, 2 décembre 1897, S. 1900, II, 201 et la note WAHL, D.P., 1898, II, 465 et la note PLANIOL; et finalement Cass.civ., 14 mars 1900, S., 1900, I, 489, D.P., 1900, I, 497 et la note PLANIOL. Même après la résolution du contrat, le client a le droit d'exiger de l'auteur que ses traits soient rendus méconnaissables. Cfr. à ce sujet, BECOURT, op.cit., § 60, p. 35.

Déterminations du « droit à l'image »

un certain nombre d'épreuves de leur portrait. "Dans ces conditions, ceux-ci (les hommes célèbres) n'ont pas pu se tromper sur les intentions de l'artiste; ils y ont acquiescé en ne faisant aucune réserve. Le photographe est donc tacitement autorisé à reproduire, exposer et vendre leur portrait. C'est ce que reconnaissent les auteurs et la jurisprudence" (3).

Dans le contrat comme ailleurs, le "droit à l'image" repose bien sur le principal général du consentement, et pour déterminer le sort de l'image, il suffit d'analyser - ce qui est parfois une tâche délicate - la portée exacte des consentements donnés (4).

314. Mais alors qu'est admis en principe le droit pour un sujet de disposer par contrat de son image, voici que les décisions de jurisprudence et les travaux de doctrine insistent sur le caractère spécial du consentement du sujet à la reproduction de ses traits :

(3) J. APPLETON, note sous Civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902, II, 73. La jurisprudence a donné quelques précisions sur cet usage : elles résultent toujours, finalement, d'une analyse du consentement du sujet. La liberté reconnue au photographe est mise en échec par le refus explicite du consentement : "Cet usage même veut (...) que la publication et la vente cessent lorsque celui qui les a autorisées par son silence déclare formellement retirer son autorisation et offre le prix de la photographie" (Paris, 25 mai 1867, S., 1868, 2, 41 Alexandre Dumas c/ Liebert; cfr. infra le droit de repentir, n° 323). Elle l'est aussi lorsque les circonstances ne permettent pas d'induire dans le chef du modèle, malgré les conditions avantageuses que lui fait l'artiste, la présomption de consentement à la publication de ses traits. (cfr. Paris, 15 juillet 1910, S., 1911, 2, 56, Ann. prop. ind., 1910, 1, 284 à propos de la publication sous forme de cartes postales de photos prises au cours d'un bal costumé privé).

(4) Pour une analyse plus détaillée des différentes conventions possibles, v. J. RAVANAS, op.cit., pp. 89 et sv., le chapitre intitulé : "la portée de la protection des personnes contre la dénaturation de leur personnalité en présence d'un contrat", où l'auteur aborde successivement la protection du modèle (non professionnel et professionnel) contre la dénaturation de ses traits dans les contrats portant sur la réalisation et sur la publication de l'image (n°s 68 et sv.) puis la protection des interprètes contre l'exploitation abusive de leur effigie par leur cocontractant ou par les tiers (n°s 78 et sv.).

Déterminations du « droit à l'image »

la maîtrise que ce sujet exerce sur la possibilité de fixer ou de publier son image doit être respectée en toutes ses nuances.

SECTION 2 - La spécialité du consentement quant à l'objet.

315. Ce qu'un modèle admet à propos de la reproduction de son image ne doit pas être étendu à un autre objet, ou déplacé à d'autres conditions. Ainsi, aux yeux des juges, il ne faut pas confondre reproduction avec exposition. Si un sujet accepte de poser devant un artiste peintre, "le droit de reproduire les traits du modèle n'est concédé (à l'artiste) que conditionnellement en vue de l'exécution complète du contrat" et non en vue de l'exposition publique de ce portrait (5). Il ne faut pas confondre non plus réalisation avec publication : si des personnes consentent à être photographiées, "une telle autorisation pour la prise du cliché n'implique pas qu'elle s'étende systématiquement à sa reproduction et à sa diffusion" (6).

316. Par ailleurs, si un sujet accepte que sa photographie soit publiée dans telles conditions, il ne faut pas en conclure qu'il en accepte la publication dans telles autres, par exemple, comme support d'une publicité commerciale (7), ou encore moins, si le

(5) Cfr. Cass. civ., 14 mars 1900, D., 1900,1,497 et la note PLANIOL, S., 1900,1,489.

(6) Comm. Seine, 26 février 1963, J.C.P., 1963, II, 13364, Gaz. Pal. 1963,2,53.

(7) Cfr. Civ. Seine, 4 février 1956, Gaz. Pal., 1956,1,284 (une photo parue dans la revue Life est utilisée comme publicité par la société Gevaert); Cass. civ., 20 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 1489 et la note R.L. (la divulgation - légitime - d'une photo de J.C. Brialy est étendue pour soutenir une campagne publicitaire de vêtements pour hommes); Gr. Inst. Paris, 13 février 1971, Gaz. Pal. 1971,2,408, J.C.P., 1971,II,16774 et la note R. LINDON (une photo de J.P. Belmondo prise pour la publicité d'un film, est utilisée comme réclame pour des blousons de cuir); Gr. Inst. Paris, 13 février 1974, D.S., 1974, Jur., 550 et la note R. LINDON (une photographie d'un médecin en congrès est utilisée pour illustrer un slogan publicitaire pour produits de beauté); Cfr. aussi la note Ph. MERLE sous Gr. Inst. Nancy, 8 juin 1973, D.S., 1974, Jur., 126.

Déterminations du « droit à l'image »

contexte de la publication met directement en cause sa personnalité (8). Ainsi, l'utilisateur de l'image ne peut-il jamais excéder les limites tracées par le modèle dans son consentement initial : "La personne qui autorise un tiers à reproduire son image n'autorise pas pour autant cette reproduction pour un but différent de celui primitivement prévu et conserve toujours le droit de faire respecter sa personnalité et de contrôler et limiter l'usage qui pourrait être fait de son image" (9).

317. La doctrine ne voit en ceci qu'une application de plus du principe général du consentement du modèle à la reproduction de ses traits (10).

(8) Cfr. l'extraordinaire carrière artistique et judiciaire d'une photo prise par Doisneau et représentant H. Eynard en compagnie d'une jeune femme au comptoir d'un bar de la rue de Seine à Paris : Gr. Inst. Seine, 18 mars 1966, D., 1966, 586 (1ère espèce) et la note Mme Cl. F-P., Gaz. Pal., 1966, 1, 331 (2ème espèce); Cass. civ., 11 février 1970, D.S., 1971, Jur. 409 et la note J.F.-P., Gaz. Pal., 1970, 1, 323 et la note P. FREMOND; et après renvoi : Reims, 20 janvier 1972, Gaz. Pal., 1972, 2, 508 et la note P. FREMOND (le même M. FREMOND publie, à la fin de son livre : Le droit de la photographie, Dalloz, 1973, la photo litigieuse, mais en occultant soigneusement les deux personnages !).

L'agence Rapho, acquéreur de la photo, l'avait cédée à diverses revues qui l'avaient utilisée pour illustrer les méfaits de l'alcoolisme, de la prostitution, etc...

Cfr. aussi Paris, 15 janvier 1972, Gaz. Pal., 1972, 1, 302, confirmant l'ordonnance de Gr. Inst. Paris (réf.), 23 janvier 1971, J.C.P. 1971, II, 16758 (commentaires malveillants accompagnant la photographie d'un médecin en conférence de presse).

(9) Paris, 22 mars 1966, Gaz. Pal. 1966, 1, 331 (1ère espèce) (utilisation malveillante de photographies prises par ruse, dans le bureau d'un radiesthésiste).

(10) Comme il a déjà été dit dans l'exposé du principe général de la nécessité du consentement du modèle à la reproduction de ses traits, la preuve de l'autorisation donnée par le sujet représenté à la divulgation de son image doit être fournie par l'utilisateur de cette image (v. supra n° 229). Celui-ci, faute d'administrer cette preuve, pourra être condamné envers le modèle dont les droits n'auront pas été respectés. V. par exemple Gr. inst. Paris, 16 février 1973, D.S., 1973, I.R., 212 : "Toute personne physique est maîtresse de son image et a seule le droit de fixer les circonstances et les conditions dans lesquelles cette image peut être utili-

Déterminations du «droit à l'image»

Pour M. Stoufflet, "de même que la publication en-dehors d'un contrat est subordonnée, en principe, à un consentement spécial, de même la portée du contrat de publication ne saurait être étendue au-delà de ce qui a été expressément voulu" (11); pour M. Edelman, "la spécialité du consentement, qui commande toute l'analyse positive de la jurisprudence, tient à la nature même du droit à l'image" (12) et pour M. Kayser, "la personne qui a ainsi donné son consentement ne renonce à la protection de sa vie privée ou de son image que dans la mesure où cette renonciation résulte d'une manière certaine, non équivoque, de la convention. Celle-ci est, d'autre part, régie par le principe de l'effet relatif des contrats : elle ne permet la divulgation de la vie privée de la personne intéressée qu'à son cocontractant, à l'exclusion de toute autre personne" (13).

318. Ce dernier auteur ajoute, et ceci nous amène à aborder un nouvel aspect de la spécialité du consentement du modèle : "Il en est de même, à plus forte raison, quand une personne n'a pas autorisé la divulgation de sa vie privée et l'a seulement tolérée sans protestation : cette tolérance ne la prive pas du droit de s'opposer à de nouvelles divulgations des faits déjà publiés".

(Suite note 10)

sée. Spécialement, une femme ayant participé, comme mannequin, à une représentation de mode (...) est recevable en sa demande de dommages-intérêts contre l'organisateur de la présentation de mode et des sociétés coproductrices du film, dès lors que ces derniers ne rapportent pas la preuve de l'accord donné par le mannequin au montage de la séquence litigieuse dans un film de long métrage distribué en France et à l'étranger..."

- (11) J. STOUFFLET, art. cité, n° 32. Sur l'utilisation de l'image qui dénature la communication authentique, cfr. D. BECOURT, op.cit., § 50, p. 28.
- (12) B. EDELMAN, chronique citée au D., 1970, n° 10. L'auteur assimile cette spécialité du consentement à celle qui est requise par l'art. 31 de la loi du 11 mars 1967 sur la propriété littéraire et artistique.
- (13) P. KAYSER, "Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles" in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 733.

Déterminations du « droit à l'image »

On peut se demander en effet si la maîtrise qu'exerce le sujet sur son image dans le contrôle de l'étendue du consentement qu'il donne à la fixation-publication de ses traits trouve encore à s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer la durée de ce consentement. Lorsqu'un sujet consent à ce que son image soit publiée, pour combien de temps vaut ce consentement ?

SECTION 3 - La spécialité du consentement quant à la durée.

319. Le modèle a toujours le droit de retirer l'autorisation qu'il a donnée à la reproduction de ses traits. "La loi, qui ne veut pas que l'on puisse engager sa personne pour un temps illimité, a-t-elle donc pu permettre que l'on engageât, à tout jamais, la représentation d'autrui ? (...) la prétention qu'aurait un photographe de disposer indéfiniment, pour l'exhiber, du visage d'autrui, serait contraire au droit sacré et inaliénable que nous avons sur nous-mêmes" (14).

Et si, pour justifier l'aliénation perpétuelle de l'image, on veut invoquer la force obligatoire des conventions légalement formées, il faut, en réponse, faire état des limitations qu'y apportent l'ordre public et les bonnes moeurs (15).

(14) Note non signée sous Paris, 25 mai 1867, S., 1868,2,41. A cet argument, APPLETON répond, dans sa note sous Civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902,2,73, qu'il n'y a aucune assimilation à établir entre les deux hypothèses : "L'art. 1780 (qui interdit à toute personne de louer ses services à perpétuité) prohibe un contrat portant atteinte, d'une façon particulièrement grave, à la liberté humaine. La loi autorise, au contraire, et sanctionne des contrats où sont stipulées des obligations de ne pas faire apportant une légère atteinte à la liberté du débiteur". Pour l'auteur, la promesse de ne pas s'opposer à la reproduction d'un portrait fait partie de ces dernières obligations.

(15) Cfr. la note anonyme précitée au Sirey 1868; Cfr. aussi la note de M. FOULON-PIGANIOL sous Paris, 27 février 1967, D., 1967, 450 qui juge comme une "solution particulièrement satisfaisante" l'admission de la contrariété à l'ordre public des renonciations dont nous parlons. Déjà dans sa thèse de 1913, FOUGEROL écrivait : "même l'autorisation perpétuelle

Déterminations du «droit à l'image»

Cette interdiction faite au modèle d'abandonner son "droit à l'image" en accordant pour toujours l'autorisation à la publication de ses traits exprime la volonté du droit de maintenir sous le contrôle du sujet représenté la durée pendant laquelle ladite publication pourra avoir lieu. Le sujet ne peut se dessaisir de cette maîtrise qui touche un élément de sa personnalité.

320. Mais le succès de la presse à scandale a fait naître certains doutes sur l'opportunité de maintenir, dans le cas particulier des célébrités du spectacle, le principe de la spécialité du consentement du modèle quant à la durée pendant laquelle son image pourra être reproduite (16).

(Suite note 15)

donnée en vue de la publication d'un portrait déterminé est, à nos yeux, contraire au principe du droit à sa propre image. Il ne doit pas être permis, par une convention formelle, de se priver à jamais de la faculté d'interdire la publication d'une reproduction de son image : ce serait une abdication de sa personnalité et quelquefois de sa dignité" (H. FOUGEROL, thèse citée, p. 90). Si la convention formelle n'autorise pas l'abdication perpétuelle de ses propres traits par un des contractants, il faut évidemment raisonner a fortiori à propos de l'autorisation tacite.

(16) Deux attitudes sont ici possibles :

- . ou bien on considère qu'il faut protéger contre la curiosité de la presse à sensation la personnalité des vedettes, lorsque celles-ci entendent, à un moment de leur vie, restreindre la publicité dont elles ont été jusqu'alors volontairement l'objet;
- . ou bien on estime que ces célébrités du spectacle ont renoncé délibérément à la protection de leur image et de leur vie privée et qu'elles sont donc malvenues de requérir, à la suite d'un simple revirement de volonté, la protection de la justice : Nemo auditur...

V. en faveur de cette seconde attitude la note de M. MIMIN sous Paris, 15 novembre 1966, D., 1967, 181; l'auteur envisage aussi l'hypothèse des procès de complaisance, au bénéfice - publicitaire - des deux parties; et la réponse de M. BADINTER: "Le droit au respect de la vie privée", J.C.P., 1968, I, 2136 spécialement les §§ 15, 16 et 30.

Comp. la position de M. TOULEMON dans sa note sous Paris 27 avril 1971, J.C.P., 1971, II, 16804 (et la note A.T. sous le même arrêt, Gaz. Pal., 1971, II, 555) où l'auteur distingue l'image comme élément - par essence inaliénable - de la personne humaine, de la photo largement diffusée, et reproduite

Déterminations du «droit à l'image»

A une exception près (17), les juges, cependant, tiennent fermement à la protection des droits de la personnalité des acteurs qui entendent limiter dans le temps l'autorisation autrefois donnée à la publication de leur image (18).

(Suite note 16)

pour la millième fois : "C'est le premier qui publie l'image qui porte atteinte au droit moral que la personne a sur son visage; c'est lui qui viole le droit de la personne sur son visage qui est un élément immatériel (...), mais quand (...) le journaliste se contente de reproduire cette photographie qui est quelque chose de matériel, peut-on vraiment dire qu'il franchit le cercle sacré qui entoure comme une protection éminemment respectable la dignité de la personne ? Non, certes !". Pour une critique de cette distinction, cfr. FREMOND, Le droit de la photographie, p. 398 : l'image de l'image est bien l'image du modèle ...

- (17) V.Gr. Inst. Paris, 16 janvier 1974, D.S., 1976, Jur., 122 et la note R. LINDON; R.J.D.A. LXXXII (octobre 1974) p. 176 et la note B. JOUANNEAU, à propos de quatre photos représentant l'actrice Catherine Deneuve et cédée, sans autorisation du modèle, par le magazine "Play-Boy" à la revue "Lui".

Le juge estime que la plaignante est réputée "avoir abandonné son droit à l'image au profit de 'Play Boy' et de toute revue du même ordre, tel que le journal 'Lui'". Renversant en outre les règles reçues en matière de charge de la preuve, le juge ajoute, pour débouter la demanderesse, que "celle-ci n'a pas usé (...) de sa faculté d'éclairer le Tribunal sur la nature et la teneur du contrat intervenu (...) dont aurait pu résulter la preuve qu'elle avait limité l'usage devant être fait des photographies vendues". Cette décision, très critiquée par la doctrine - v. entre autres les deux notes précitées - a été infirmée en degré d'appel (cfr. Paris 14 mai 1975, D.S., 1976, Jur., 291 et la note R. LINDON). Elle n'a pas fait jurisprudence.

- (18) Qu'il s'agisse de Mme B. BARDOT : "Une simple tolérance, même prolongée, ne peut faire présumer ni d'une renonciation au droit de la personne sur son image, ni d'une assimilation de sa vie privée à sa vie publique" (Gr. Inst. Seine, 24 novembre 1965, D., 1967, 450, Gaz. Pal., 1966, 1.37, confirmé par Paris, 27 février 1967, D., 1967, 450 et la note J. FOULON-PIGANIOU), de M. G. SACHS: "Aucun fait de tolérance ne peut d'évidence remplacer l'autorisation spéciale qui est indispensable chaque fois qu'il s'agit de révéler des faits appartenant au domaine de la vie privée" (Gr. inst. Seine (réf.), 2 novembre 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 (3ème espèce) et la note R. LINDON, mais infirmée par Paris, 15 novembre 1966, D., 1967, 181 (2ème espèce) et la note MIMIN, au motif qu'il n'y avait pas urgence, en l'espèce, à la prévention du préjudice. Sur le fond, cfr. Cass. civ., 6 janvier 1971, précité), ou de toute

Déterminations du «droit à l'image»

321. Ainsi la jurisprudence n'admet-elle pas qu'un sujet ait livré son image pour toujours. De même qu'il n'y a pas abandon pur et simple de son image lorsqu'il y a seulement exposition (inévitables) de soi sur la voie publique ou dans "l'espace public", il n'y a pas non plus abandon lorsqu'il y a seulement cession - expresse ou tacite - de son image.

322. Mais ce principe de la spécialité du consentement du modèle quant à l'objet ou à la durée de la reproduction de ses traits fait encore partie des règles classiques de la théorie générale des obligations. Il leur donne seulement un accent particulier puisqu'un des contractants y engage une "matière" plus "sensible" que dans les contrats ordinaires, à savoir : un élément même de sa personnalité. Il reste à aborder maintenant une figure juridique qui fait exception aux règles habituelles des contrats, et qui montre à quel point le régime de protection se réintroduit à l'intérieur même du régime de disposition : le droit de repentir.

SECTION 4 - Le droit de repentir et le régime de protection.

323. Dans l'hypothèse du repentir, il ne s'agit plus seulement de limiter la cessibilité d'une image pour en interdire l'aliénation perpétuelle ou pour contenir la disponibilité des traits d'une personne à ce que celle-ci en a précisément déterminé. Faisant un pas de plus dans cette voie de maîtrise du sujet sur la livraison de son image, on veut accorder à celui qui s'est engagé le droit de reprendre le consentement qu'il a donné à autrui.

On voit bien en quoi cette hypothèse diffère des précédentes. Ici, on ne se contente pas de limiter la publication d'une image aux conditions déterminées spécialement par le modèle représenté - ce

(Suite note 18)

autre vedette (v. la jurisprudence citée par M. SARRAUTE, art. cité in Gaz. Pal., 1966, 1, p. 14, § 7, et par M. RAVANAS, op.cit. n° 258, p. 259).

Déterminations du « droit à l'image »

qui n'est encore qu'une application du principe d'autonomie des volontés -, mais on veut reconnaître au sujet la faculté de se repentir de cela même qu'il avait voulu, et de revenir par sa seule volonté à la situation antérieure au contrat.

324. La figure du "droit de repentir" ne se laisse pas facilement décrire. Elle est affirmée par la doctrine comme une caractéristique originale des conventions où la personnalité d'un des contractants est engagée (19).

On en trouve l'un ou l'autre exemple dans la jurisprudence, en France : "Le consentement donné à une exhibition (de son portrait) peut être retiré à toute époque, à charge de dommages-intérêts, s'il y a lieu; aucune exception à cette règle ne saurait résulter de cette circonstance que le demandeur est un artiste, représenté dans un rôle joué publiquement" (20).

(19) Dans sa thèse, M. RAVANAS trace l'historique de ce "droit de repentir" appelé "révocabilité du consentement du modèle" (op.cit. n° 288, p. 309). Les grandes étapes en sont, pour la France, l'étude de Mme A. JACK, parue en 1933, sur "Les conventions relatives à la personne physique" (Rev. crit. lég. et jur. 1933, p. 362), la thèse déjà citée de M. NERSON, en 1939, sur Les droits extra-patrimoniaux, puis la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique dont l'article 32 reconnaît que "nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire".

On rencontre le droit de repentir en matière patrimoniale dans le contrat de vente à tempérament. Mais il est alors sérieusement limité dans ses conditions d'exercice; v. l'art. 4 § 3 ajouté par la loi du 8 juillet 1970 à la loi du 9 juillet 1957 réglant les ventes à tempérament et leur financement.

(20) Paris, 8 juillet 1887, D.P., 1888.2.180; Ann. prop. ind., 1888, 287, à propos de photographies de l'acteur Romain. La question des dommages et intérêts mis à charge du modèle qui exerce son droit de retrait va être abordée dans l'analyse du droit de repentir (v. infra n° 327).

Pour une espèce où le tribunal se réserve le droit d'apprécier, suivant les circonstances de fait, s'il y a un intérêt sérieux et légitime au retrait du consentement initial, cfr. Civ. Seine, 14 mars 1860, Ann. prop. ind., 1860, p. 171.

Pour le refus d'admettre la susceptibilité d'un modèle qui voulait retirer son consentement par suite de la rupture de

Déterminations du « droit à l'image »

Et en Belgique : "Grâce à la faculté de repentir, la demanderesse pouvait révoquer son consentement. Quitte à verser une indemnité réparant le préjudice éventuellement causé par l'exercice du droit de repentir" (21).

325. Alors qu'on ne peut plus douter de ce que le "droit de repentir" soit admis par la doctrine et par la jurisprudence (22),

(suite note 20)

ses relations intimes avec le peintre pour qui elle avait accepté de poser, cfr. Civ. Nantes, 18 décembre 1902, Gaz. Pal., 1903,1,432 et Rennes, 23 novembre 1903, S. 1904,2,111, D., 1905,2,69, Gaz. Pal., 1903,2,573.

(21) Comm. Bruxelles, 11 septembre 1974, J.T., 1975, 136 et la note M. de SALLE, affaire dans laquelle "la demanderesse a admis expressément que sa photographie soit dépendante d'une publicité contre la constipation et a, par la pose, modelé son visage comme le souhaitait l'agent de publicité". Par après la femme avait regretté cette publicité désagréable et avait demandé - en vain - à son cocontractant d'arrêter la diffusion de son image.

(22) Cfr. la doctrine citée dans Comm. Bruxelles, 11 septembre 1974, précité. Pour la Belgique, v. encore G. LEROY, "Le droit de repentir", J.T., 1979, p. 209. Dans cette étude, l'auteur analyse entre autres (§ 18, p. 212) les décisions rendues dans l'affaire qui opposait un sénateur à l'organisme de radio-diffusion (B.R.T.) qui avait réalisé un interview de cette personnalité dans le cadre d'une enquête sur le secteur de l'électricité en Belgique. Le sénateur interviewé souhaitait vérifier non seulement sa propre contribution à l'émission, mais également celle des autres personnes interrogées. Devant le refus de la B.R.T., il assigna en référé pour voir interdire, au nom de son droit moral, l'utilisation dans l'émission de ses nom, image et propos. Il fut débouté (Civ. Bruxelles, réf., 28 mars 1967, Pas., III, 97), l'ordonnance étant confirmée en appel (Bruxelles, 29 mars 1967, cité en note in Pas., 1967, III, 97).

Sur le fond, l'affaire a été soumise à la censure de la Cour de cassation (Cass., 12 septembre 1975, J.T., 1976, p. 723) dont l'arrêt énonce : "Attendu qu'il ressort ... des constatations souveraines de l'arrêt que le demandeur avait exigé le retrait de sa contribution au reportage, non parce qu'il désirait y apporter des modifications ou parce qu'il ne l'approuvait plus, mais uniquement parce qu'il invoquait des droits qu'il n'avait pas sur l'ensemble du reportage; Qu'une telle protection est étrangère au droit de retrait qu'un auteur est en droit de faire valoir ...".

Et M. LEROY de conclure : "Il serait difficile de ne pas inférer de ces attendus que la Cour reconnaît indirectement

Déterminations du « droit à l'image »

on est moins assuré, par contre, lorsqu'il faut se prononcer sur la nature juridique de cette faculté exorbitante du droit commun. Si, comme l'indique l'art. 1134 C.civ., les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et si elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, d'où vient qu'un des contractants puisse révoquer la convention dûment conclue ?

326. On a fait appel à la condition potestative définie à l'art. 1170 C. civ. comme "celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher"; mais il fallait alors éviter la sanction prévue par l'art. 1174 C. civ. qui annule l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Que vaut en effet l'obligation pesant sur une personne qui ne s'est engagée que "si elle le veut bien" ?

Or, en raisonnant uniquement à partir de la condition potestative, on ne peut pas éviter le simple engagement "ad nutum", et donc la nullité de toute obligation ainsi conditionnée (23).

327. Mais pour donner plus de poids à l'obligation du contractant qui engage dans la convention un élément de sa personnalité - par exemple, pour un modèle, son image - on prévoit que si cette obli-

(Suite note 24)

le droit de retrait ou de repentir".

Pour une critique de cette position purement jurisprudentielle à propos du droit d'auteur en Belgique, v. F. GOTZEN, note sous cet arrêt, J.T. 1976, p. 726.

- (23) V. là-dessus le débat doctrinal exposé dans la thèse de M. RAVANAS (op.cit. n° 288, pp. 309 et 310) entre la position de Mme JACK et de M. NERSON, d'une part (sur la condition simplement potestative de la part du créancier de l'obligation : validité) et celle de M. DECOCQ et de M. DESBOIS, d'autre part (sur la condition purement potestative de la part du débiteur : nullité).

Déterminations du « droit à l'image »

gation n'est pas exécutée, l'auteur du retrait doit indemniser son cocontractant (24).

Cette obligation supprime, sans doute, toute idée de condition potestative de la part du débiteur (25). Mais comment, à son tour, se justifie-t-elle ? Elle n'est pas la réparation d'une faute engageant la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation puisque l'exercice d'un droit - en l'occurrence celui de "repentir" ou de "retrait" - ne peut, ni logiquement ni juridiquement, constituer une faute (26).

328. M. RAVANAS indique laconiquement que cette indemnité "trouve son fondement dans l'idée de garantie" (27).

(24) V. dans la jurisprudence sur le "droit à l'image", Paris, 8 juillet 1887, précité, qui parle de dommages-intérêts, et Comm. Bruxelles, 11 septembre 1974, précité, où il est question d'une indemnité réparant le préjudice éventuellement causé. Comp. la loi française du 11 mars 1957, précitée, dont l'art. 32 énonce, après avoir reconnu un droit de repentir au profit de l'auteur : "il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer".

(25) J. RAVANAS, op.cit., n° 288, p. 310; à propos des contrats qui ont pour objet la publication de l'image d'un modèle, l'auteur ajoute : "c'est seulement dans l'hypothèse inadmissible où l'on nierait l'obligation, pour la personne représentée qui révoque son consentement, d'indemniser son cocontractant, que l'accord de volontés des parties serait affecté d'une condition potestative".

(26) J. RAVANAS, op.cit., n° 288, p. 310.

(27) J. RAVANAS, op.cit., n° 288, p. 310. Cfr. dans ce sens, J. STOUFFLET, art. cité, J.C.P., 1957, I, 1374, n° 33. Cette position peut susciter une difficulté quant à l'ampleur de l'indemnisation. M. RAVANAS y inclut largement le "damnum emergens", le "lucrum cessans" et le dommage moral subi par le cocontractant (*ibidem*); et pour M. STOUFFLET, "l'indemnité doit être calculée de telle manière qu'elle procure au créancier un avantage équivalent à celui qu'il aurait tiré de l'exécution du contrat" (*ibidem*), ce qui est également fort large. M. BADINTER, par contre, exclut à propos de l'exploitation de la vie privée (cfr. R. BADINTER, art. cité, J.C.P., 1968, I, 2136) l'indemnisation du manque à gagner. En citant cette dernière opinion, M. RAVANAS (op.cit., note 285, p. 311) pense qu'elle ne peut pas être retenue "parce que contraire à l'article 1149 C. civ.". Mais s'il est vrai que cet article inclut dans les dommages et intérêts dus au créancier "la perte

Déterminations du « droit à l'image »

Il y aurait ainsi, lors de la conclusion du contrat, un risque que le titulaire du droit de repentir s'engagerait à garantir : à savoir le retrait du consentement lui-même.

Mais puisque ce "risque" survient par la volonté même de celui qui s'est engagé, on peut se demander si la "garantie" est bien la figure juridique qui convient pour rendre compte de l'indemnité que doit verser à son cocontractant le sujet qui exerce son droit de repentir. La garantie, en effet, n'évoque-t-elle pas toujours un risque qui échappe à la prévision, et donc à la volonté des parties ?

329. On pourrait peut-être chercher une autre solution du côté de la nullité (par retrait du consentement) qui oblige les parties à remettre les choses en leur pristin état (28). Ou encore du côté de l'équité (cfr. art. 1135 C.civ.). Mais il vaut mieux, sans doute, admettre que la difficulté vient de plus haut, à savoir de la valeur obligatoire de la convention dans laquelle la personne représentée engage son image.

Si ce modèle peut, à tout moment, retirer son consentement au contrat valablement formé, et si ce retrait s'appelle un droit et non pas une faute, on ne voit plus très bien quelle est la force obligatoire de cet engagement initial, ni en quoi cette "convention léga-

(Suite note 27)

qu'il a faite" et "le gain dont il a été privé", il n'est pas sûr cependant que cette disposition soit invoquée judicieusement ici, car elle est située dans un contexte de responsabilité (cfr. l'art. 1147 sur l'obligation de payer des dommages et intérêts et l'art. 1148 sur la force majeure). Or il est bien établi que l'exercice du droit de repentir n'est pas une source de responsabilité, puisque celle-ci suppose une faute.

- (28) Cfr. à ce propos, H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, 3e éd., Bruylant, 1964, N° 817, p. 788 sur le fondement technique de la remise des choses en leur pristin état. Par rapport aux auteurs qui font intervenir la notion de paiement de l'indu après la prononciation de la nullité, M. DE PAGE préfère "considérer la remise des choses en leur pristin état, conséquence de la nullité, comme une forme d'obligation propre, sui generis, qui ne doit nullement être rattachée à d'autres institutions pour trouver une justification en droit".

Nature juridique du « droit à l'image »

lement formée" est encore une "loi" pour ceux - ou au moins pour l'un de ceux - qui l'ont faite (29).

330. C'est sur une question que l'on terminera ce premier titre descriptif : l'originalité des droits de la personnalité en général, et du "droit à l'image" en particulier n'est-elle pas si vive, spécialement dans la figure du "droit de repentir", qu'elle compromet la possibilité d'appliquer à leur endroit le régime de la disposition qui constitue pourtant, selon la définition mixte, une caractéristique du droit subjectif ?

CONCLUSION

331. Quel est donc ce "droit à l'image" qui s'est imposé dans le discours juridique contemporain ?

Ce "droit" s'exprime dans la nécessité d'obtenir le consentement du modèle à la publication (chapitre 1), et déjà peut-être à la fixation de ses traits même en un lieu public (chapitre 2); mais par ailleurs, cette prérogative individualiste paraît devoir être "mise en balance" avec les exigences de l'information (chapitre 3). Espace public et vie privée constituent ainsi le rythme qui traverse le "droit à l'image".

Dans un premier mouvement, on trouve la nécessaire exposition de soi au regard d'autrui, et peut-être à l'objectif de son appareil photographique, mais dans un second mouvement se découvre la "reprise" par le sujet de l'image qu'il offre - ou, précisément, ne

(29) En pratique, la sanction de l'indemnisation du cocontractant par la personne qui exerce son "droit de retrait" suffit empiriquement à faire peser sur cette personne le poids de son engagement initial, mais dans la théorie juridique, le fondement de l'obligation contractuelle mise en présence du "droit de repentir" ou de l'indemnisation en cas d'exercice de ce droit, reste difficile, et peut-être impossible à cerner. On aura l'occasion de le voir, de façon plus marquée encore, dans la troisième partie lors de l'analyse du "contrat médical".

Déterminations du « droit à l'image »

veut pas offrir - au public : il est protégé contre toute altérité qui voudrait le "prendre".

Ce jeu de la volonté du sujet envers sa propre image est soumis - on vient de le voir à propos de la capacité (chapitre 4) et du contrat (chapitre 5) - à un double régime où la protection finit par l'emporter sur la disposition de soi.

Est-il possible de déterminer, à partir de là, la nature juridique de ce "droit à l'image" ?

TITRE II

LA NATURE JURIDIQUE DU « DROIT A L'IMAGE »

332. En pratique, la figure juridique rencontrée en premier lieu lorsqu'on aborde le "droit à l'image", est celle de la responsabilité. C'est la question immédiate de celui qui est "pris" en photo et qui demande : qu'allez-vous en faire ? Car l'utilisation de l'image peut causer un préjudice à autrui. Aussi la jurisprudence est-elle tout naturellement amenée à réfléchir sur le "droit à l'image" dans le cadre de l'article 1382 C. civ.

Mais au fil du temps, elle est amenée aussi à se départir du schéma "faute - cause - dommage" caractéristique de la responsabilité civile pour penser l'image d'un sujet dans les termes du droit subjectif. De quel droit subjectif s'agit-il ?

333. Faudra-t-il s'étonner de ce qu'une double réponse soit proposée, selon que l'on insiste sur tel ou tel aspect de la définition mixte du droit subjectif ? Si l'on met en avant le régime de disposition inhérent au droit subjectif, on considérera le "droit à l'image" comme un droit de propriété (droit réel ou droit de propriété intellectuelle), mais si l'on privilégie le régime de protection, alors on fera de l'image l'objet d'un droit de la personnalité. Droit de propriété et droit de la personnalité nous paraissent ainsi reproduire, à propos de la nature juridique du "droit à l'image", la dualité des régimes reconnue dans la définition mixte du droit subjectif.

334. Si, au Titre précédent, il a fallu constater dans la description des déterminations concrètes du "droit à l'image" une priorité du régime de protection sur le régime de disposition, sans doute faudra-t-il constater, au terme de ce Titre-ci, dans l'hypothèse du dédoublement du "droit à l'image", une priorité du droit de la personnalité sur le droit patrimonial.

Nature juridique du « droit à l'image »

Il faudra voir alors, dans les parties suivantes, si cette conclusion, valable à propos du "double" du sujet qu'est son image, détachable de lui, se vérifie encore lorsqu'il s'agit de son corps même.

335. En ce second Titre consacré à la nature juridique du "droit à l'image", on examine d'abord le schéma de la responsabilité, pour assister à l'émergence du droit subjectif. On propose alors l'explication patrimoniale par le droit d'auteur et par le droit de propriété, pour montrer ensuite les limites de cette explication. Il reste enfin à proposer l'explication non-patrimoniale par le droit de la personnalité, pour pouvoir exposer la thèse du dédoublement du "droit à l'image" selon le double régime reconnu dans la définition du droit subjectif.

Nature juridique du « droit à l'image »

CHAPITRE 1 — Le schéma de la responsabilité et l'émergence d'un droit

336. La jurisprudence a souvent situé la protection de l'image d'un sujet dans le cadre de l'art. 1382 C.civ. (1).

Il lui faut, pour cela, découvrir une faute dans le chef de celui qui a utilisé l'image, un dommage dans le chef de celui qui a été indûment représenté, et un lien de causalité de l'une à l'autre.

Sans nous attarder sur ce troisième point du schéma de la responsabilité (2), nous examinons l'établissement du préjudice, et, avant cela, les degrés de la faute. Réfléchissant alors sur ces deux conditions de la responsabilité civile, on cherche à voir comment elles peuvent induire la reconnaissance d'un droit.

SECTION 1 - Les degrés de la faute.

337. L'ingéniosité de l'homme est telle qu'il lui est toujours possible d'utiliser une image dans l'intention de dénigrer ou de ridiculiser autrui. Le photographe peut exposer en vitrine une photo de la tête de son modèle - une gentille demoiselle - ajustée au corps

(1) Lorsqu'il y a contrat entre le modèle représenté et l'auteur de l'image - à propos de la réalisation ou à propos de la publication de cette image -, cette circonstance n'empêche pas l'application des règles de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle puisque, bien souvent, la faute reprochée à l'auteur ou à l'éditeur de l'image est étrangère aux prévisions contractuelles. V. là-dessus, J. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 334 et sv., p. 362 (la limitation du domaine de la faute conventionnelle) et la conclusion de ce paragraphe : "La protection du modèle, dans l'hypothèse où un lien de droit l'a préalablement uni au défendeur, n'est généralement point génératrice d'une responsabilité contractuelle. La faute du photographe, de l'agence photographique, de l'éditeur... constitue le plus souvent, à l'égard de la personne représentée, une faute délictuelle ou quasi-délictuelle" (n° 336, pp. 364-365).

(2) Comp. J. RAVANAS, *op.cit.*, n° 332, p. 359 : "la plupart du temps, ce lien de causalité ne fait l'ombre d'aucun doute".

Nature juridique du « droit à l'image »

d'un grenadier de la garde impériale (3); le peintre peut livrer au public l'oeuvre qui représente un client âpre au gain dans la posture d'un marchand de tapis (4); le commerçant peut exposer en vitrine les traits de son concurrent dans ses attitudes caractéristiques (5); un journal peut publier une composition photographique "qui rapproche des personnes étrangères l'une à l'autre en un groupe unique et dans l'attitude de la familiarité" (6).

La liste pourrait s'allonger jusqu'à nos jours (7). Elle indiquerait en chaque espèce une malveillance, un dol, qui est le degré extrême de la faute (8).

338. Mais toute faute n'est pas nécessairement malveillance; elle peut parfois consister en une simple transgression - non dolosive -

- (3) Just. Paix Marly-le-Roy, 16 février 1870, D.P., 1870, 3, 104; la cliente avait refusé de prendre livraison du portrait, pour défaut de ressemblance ...
- (4) Civ. Seine, 20 juin 1884, Ann. prop. ind., 1888, p. 280. Le peintre Jacquet avait représenté sous le titre "le marchand juif" les traits de son célèbre client Alexandre Dumas, parce que ce dernier lui avait acheté un tableau pour le revendre... avec bénéfice.
- (5) Trib. Paix Anduze, 18 avril 1895, confirmé par Civ. Alais, 19 juin 1895, Gaz. Pal., 1895, 2, 155. Le jugement note que le défendeur "a obéi à une pensée de dénigrement et a agi sous l'impulsion de sa haine".
- (6) Cass. Req., 23 avril 1903, S., 1904, 1, 173. Le journal "Le Siècle" avait ainsi "rapproché" Arthur Meyer et la duchesse d'Uzès, avec en outre, une légende désobligeante pour la seconde.
- (7) Cfr. Paris, 22 mars 1966, Gaz. Pal., 1966, 1, 331 (utilisation de documents obtenus par dol pour dénigrer un radiesthésiste); Gr. Inst. Paris (réf.), 27 février 1970, J.C.P., 1970, II, 16293 (utilisation d'une photographie courante de "Papillon" pour illustrer un ouvrage présentant l'intéressé sous un jour peu flatteur), Gr. Inst. Paris, 20 mars 1970, J.C.P., 1971, IV, 153 et Gr. Inst. Paris (réf.), 20 juin 1974, D.S., 1974, Jur., 751 (trucage qui ridiculise - pour le premier - des gardiens de la paix et - pour le second - des employés des Pompes funèbres). Cfr. aussi Gr. Inst. Paris, 25 juin 1970, J.C.P., 1971, IV, 153 (trucage qui ridiculise le modèle d'un journal de mode).
- (8) Rappelons ici qu'en France la sanction pénale de tels comportements est désormais possible puisque le nouvel article 370 C.pén., introduit dans le droit français par la loi du 17 juillet 1970, punit : "quiconque aura sciemment publié, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne, sans le consentement de celle-ci..."

Nature juridique du « droit à l'image »

des convenances sociales (9). Il s'agit souvent d'une imprudence : le propriétaire d'une image (par hypothèse régulièrement prise) la publie sans s'assurer du fait que cette publication ne nuira pas au sujet représenté (10).

(9) "La première de ces convenances consiste dans le respect dû à l'inviolabilité du foyer domestique; cette inviolabilité serait atteinte si l'image de la mère de famille pouvait être livrée à la publicité d'une exposition d'enchères banales" (Civ. Seine, 5 décembre 1877, Ann. prop. ind. 1878, 92; "(le portrait) doit être réservé à l'intimité et on ne saurait (...) le livrer à tous sans froisser, dans l'état de nos mœurs nationales, les sentiments les plus délicats et les plus respectables (...). Ces règles doivent être plus strictement appliquées encore dans le cas où il s'agit du portrait d'une jeune femme ou d'une jeune fille" (Civ. Seine, 31 décembre 1896, Ann. prop. ind., 1897, 142). Comp. : Gr. Inst. Paris, 21 mai 1969, J.C.P., 1970, IV, 43 : "La publication de photographies très agrandies d'une mère de famille pour illustrer un article (...) ouvre aux parents (...) victimes de plaisanteries provoquées par l'étalage de sentiments supposés ou imaginés, une action en réparation du préjudice causé par des fautes indépendantes d'un délit pénal".

(10) Cfr. Comm. Seine, 8 octobre 1903, Gaz. Pal., 1903, 2, 637 (le photographe livre le portrait d'une actrice à un tiers qui s'en sert pour illustrer la première page d'un ouvrage obscène); Civ. Seine, 10 février 1910, Ann. prop. ind., 1910, 1, 334 (le photographe a commis une faute qui engage sa responsabilité par le seul fait d'avoir cédé la photographie sans s'être assuré au préalable du genre de publication auquel elle devait servir); cfr. aussi Civ. Carcassonne, 14 octobre 1953, déjà cité ("faute pour négligence ou légèreté"), Gr. Inst. Seine, 3 février 1960, D., 1960, Somm. 73 (l'image de la demanderesse avait servi à illustrer un article sur la prostitution); Bruxelles, 14 mai 1968, J.T., 1968, 454 (idem pour un article sur la drogue); Amiens, 13 décembre 1971, Gaz. Pal., 1972, I, 460 (l'O.R.T.F. avait utilisé des images extraites d'une oeuvre d'imagination comme s'il s'agissait d'un document pris sur le vif; en l'occurrence, un passant était présenté comme hostile à toute aide sociale en faveur des handicapés).

On n'aborde pas ici explicitement la question de la détermination précise du responsable : est-ce le photographe qui a pris la photo ? ou le directeur de la revue qui l'a publiée ? ou l'agence de presse qui a servi d'intermédiaire ? La jurisprudence analyse chaque fois les devoirs de vigilance qui pèsent sur chacun d'eux; elle analyse aussi le contenu de leurs relations contractuelles (conditions générales de vente... etc...). Cfr. à ce sujet l'affaire Rapho c/ Eynard déjà citée : la note de Mme Cl. F.-P., D., 1966, 566; la note de

Nature juridique du « droit à l'image »

On dit, par exemple, en France : "la société (éditrice) a manqué de la prudence qu'(...) elle devait observer; par l'effet de ce manque de prudence, ladite société a exercé le droit qu'elle avait de reproduire la photographie (...) dans des conditions qui constituent une faute qu'elle doit réparer" (11). Ou encore, en Belgique: "Il peut être reproché à la défenderesse d'avoir utilisé (...) une photographie (...) sans se préoccuper du préjudice éventuel que la reproduction de pareille photographie à de nombreux exemplaires et sa diffusion dans le public pouvait éventuellement causer à celle-ci ..." (12). Ici, la faute ne consiste plus à avoir voulu le préjudice, mais à ne pas l'avoir prévu.

339. Peut-on faire encore un pas de plus en disant que la faute consiste purement et simplement à ne pas avoir obtenu le consentement de la personne représentée ?

SECTION 2 - La faute et le défaut de consentement.

340. Il est vrai que dans l'hypothèse de la négligence et a fortiori dans celle de la malveillance, l'utilisateur de l'image n'aurait probablement jamais obtenu le consentement du sujet représenté dans un contexte défavorable pour lui, mais ce défaut de consentement peut-il définir à lui seul la faute qui engage la responsabilité de l'utilisateur ?

(Suite note 10) M. FREMOND, Gaz.Pal., 1970, 1, 323 et celle de J.F.-P., D.S., 1971, Jur., 409, et Reims, 20 janvier 1972 (arrêt de la cour de renvoi), Gaz. Pal., 1972, 2, 508; cfr. aussi Gr. Inst. Paris, 23 mars 1973, J.C.P., 1974, IV, 182 (exonère le photographe en condamnant l'agence à garantir l'auteur de la publication), et Civ. Carcassonne, 14 octobre 1953, Gaz. Pal., 1953, 2, 323 (condamne in solidum le photographe et le journal qui avait publié par erreur la photo d'un honnête menuisier comme étant celle d'un cambrioleur); cfr aussi D. BECOURT, op.cit., § 106, p.63.

(11) Paris, 24 mars 1965, J.C.P., 1966, II, 14305 (photos de touristes en tenue négligée); l'arrêt note que la faute de goût commise par ces vacanciers ne décharge pas la société editrice de son obligation de prudence.

(12) Civ. Bruxelles, 7 juin 1974, J.T., 1975, 135 (photo d'une institutrice illustrant la pochette d'un disque).

Nature juridique du « droit à l'image »

Certaines décisions le donnent à penser (13) et la Cour de cassation de France énonce ce "principe non contesté" : "le fait de publier sans autorisation le portrait photographique d'autrui constitue une faute caractérisée" (14). Dans ce cas, la faute ne serait plus seulement reconnue à partir du préjudice voulu - hypothèse de la malveillance - ou non prévu - hypothèse de la négligence -, mais elle serait établie par le seul fait du non-consentement (15).

341. Dans cette voie, on peut encore poser une question, déjà soulevée d'ailleurs au Titre précédent lorsqu'il s'agissait de savoir "où commence le droit à l'image" (16). La faute est-elle seulement constituée par le non-consentement du modèle à la publication de

(13) Cfr. Paris, 15 juillet 1910, Ann. prop. ind., 1910, 1, 234 : "(la demanderesse) n'a pas donné expressément son autorisation : son consentement tacite ne résulte d'aucune des circonstances de fait dans lesquelles ce cliché a été exécuté; (le défendeur) a donc commis une faute en reproduisant ladite photographie en cartes postales ou en cédant à un tiers le droit de reproduction qui ne lui appartenait pas"; Paris, 12 novembre 1937, Gaz. Pal., 1938, 1, 51 : "l'action de (la demanderesse) se fonde (...) sur un délit ou un quasi-délict consistant dans la reproduction non autorisée de sa (...) photographie à l'appui du placard publicitaire émanant de la société (défenderesse)"; Aix, 18 décembre 1951, J.C.P., 1952, IV, 151 : "constitue une faute délictuelle toute reproduction photographique sans autorisation expresse de la part du modèle". Cfr. aussi Paris, 1er décembre 1965, J.C.P., 1966, II, 14711 et la note R.L.

(14) Cass. fr., 11 février 1970, D.S., 1971, Jur., 409.

(15) Rappelons que nous n'abordons pas ici la question de l'imputabilité. Car il pourrait bien se faire que la personne qui publie l'image d'un individu sans le consentement de celui-ci ne soit tout de même pas en faute, si cette obligation de recueillir le consentement du sujet représenté reposait sur une tierce personne.

V. à ce sujet la critique faite par M. RAVANAS, op.cit., n° 339, p. 371 de la décision rendue dans l'affaire Dauphas c/ Parti communiste français (Gr. Inst. Paris, 11 juillet 1973) et sa conclusion : "la rareté des hypothèses où l'auteur de la reproduction litigieuse peut exciper de sa croyance légitime à l'existence du consentement du modèle permet de comprendre que les tribunaux sont entraînés à assimiler les notions, pourtant distinctes, de faute et d'atteinte au droit de la personne sur son image" (n° 340, p. 374).

(16) V. supra n° 251.

Nature juridique du « droit à l'image »

son image; ne serait-elle pas déjà établie au moment de la fixation de cette image pour laquelle le modèle n'a pas donné son autorisation ? Mais alors se pose à nouveau la question du préjudice : quel mal un sujet peut-il éprouver à ce que ses traits soient fixés sur une pellicule ? Et si le sujet représenté ne peut faire état d'aucun dommage, l'auteur de l'image peut-il encore être dit en faute ? A moins que cette faute du réalisateur - ou de l'éditeur - de l'image puisse être établie en-dehors de toute référence à un préjudice subi par le modèle que cette image représente ?

342. Une décision récente montre bien la dissociation qu'il faut opérer, en notre matière comme en toute autre, entre la faute et le préjudice : "Toute personne a sur son image un droit exclusif; constitue dès lors une faute le fait de reproduire son image sans son consentement" (17) mais "pour qu'une telle publication puisse donner lieu à réparation au profit de la personne photographiée, il est nécessaire

- . soit que l'image qui en est reproduite la rende ridicule,
- . soit que la légende accompagnant l'image soit désobligeante pour elle,
- . soit encore que ses traits soient utilisés à des fins mercantiles permettant éventuellement de supposer qu'elle a, à des fins lucratives ou non, accepté de participer à une opération publicitaire" (18).

La seule absence de consentement à la publication de l'image n'est donc pas suffisante pour entraîner une sanction. Le demandeur devra faire la preuve du dommage qu'il a subi.

Ce dommage est souvent d'ordre moral, mais il peut aussi affecter le patrimoine du modèle.

(17) Gr. Inst. Nancy, 8 juin 1973, D.S., 1974, Jur., 126 et la note Ph. MERLE. Cette définition très large de la faute correspond au "principe non contesté" reconnu par la Cour de cassation de France en 1970; v. supra n° 340.

(18) Le tribunal a ici en vue "les photographies de foules ou de personnes présentes ou prenant part à une manifestation publique, faisant l'objet d'un reportage journalistique", en l'occurrence, il s'agissait de l'ouverture d'un super-marché.

Nature juridique du « droit à l'image »

SECTION 3 - Le dommage moral et le dommage matériel.

343. Lorsqu'il applique à l'image d'un sujet le schéma de la responsabilité civile, le juge relève soigneusement le dommage en même temps que la faute (19).

344. Dans les espèces plus anciennes, il découvre surtout un dommage moral : soit l'exposition ou la vente publique d'une esquisse qui risquerait "de passer dans des mains entre lesquelles elle ne serait pas dignement placée" (20) ou l'utilisation de la photographie d'un premier prix de conservatoire comme publicité de massage médical, présentant le modèle "sous un jour absolument équivoque" (21), soit l'utilisation publicitaire de la photo d'une dame pour "vanter un produit qu'on peut supposer que (la demanderesse) utilise fréquemment, alors que sa jeunesse et l'éclat de son teint doivent certainement lui permettre de s'en passer" (22), ou encore ce dommage, souvent relevé, qui consiste à être assimilé à un modèle professionnel qui ferait commerce de ses traits (23).

345. Sans que ces hypothèses du dommage moral aient cessé de se présenter (24), on constate aujourd'hui une multiplication des déci-

(19) Pour apprécier le dommage, le juge tient compte des différents éléments qui déterminent le "droit à l'image", et qui ont été analysés au Titre précédent, par exemple, l'exposition du sujet aux regards de tous en un endroit public (v. supra n° 264) ou l'intérêt du public à obtenir des informations sur le personnage représenté (v. supra n° 289).

Comp. J. RAVANAS, op.cit., n° 342, p. 379 : "Nul ne doutera que la divulgation des traits d'un individu qui s'insère dans le cadre des exigences légitimes de l'information du public puisse causer un préjudice à la personne représentée", mais celle-ci devra le "supporter, sans se plaindre", car "un tel préjudice forme la substance même de la liberté d'expression et du droit du public à être informé".

(20) Civ. Seine, 5 décembre 1877, Ann. prop. ind., 1878, 92.

(21) Civ. Seine, 10 février 1910, Ann. prop. ind., 1910, I, 334.

(22) Comm. Seine, 22 juin 1943, Gaz. Pal., 1943, II, 141.

(23) Cfr. P. KAYSER, "Les droits de la personnalité", art.cité, in R.T.D.Civ., 1971, p. 505; Civ. Seine, 4 février 1956, Gaz. Pal., 1956, I, 284.

(24) V. là-dessus J. RAVANAS, op.cit., n°s 347 et sv, p. 388: les

Nature juridique du « droit à l'image »

sions qui réparent un préjudice matériel, non pas tant pour sanctionner le fait que la publication des traits d'une personne aurait eu des conséquences dommageables sur la capacité patrimoniale de cette personne, sur sa carrière professionnelle par exemple (25), mais pour compenser ce fait plus immédiat que le modèle a été privé d'une source de revenus puisque, par la faute de celui qui a publié son image, ce modèle n'a pas pu monnayer son consentement à la diffusion de ses traits.

A de rares exceptions près (26), le caractère lucratif de l'exposition de soi n'apparaît pas dans la jurisprudence avant les années. 1950, en ce sens qu'autrefois les réparations accordées visaient davantage à satisfaire la fierté du sujet atteint dans son droit qu'à combler la perte patrimoniale constituée par le rapt de son image. Tout se passe comme si le juge, placé devant une personne dont on a publié les traits sans son consentement, se disait autrefois : on l'a touchée dans son honneur, et aujourd'hui : elle a perdu une possibilité de s'enrichir (27).

346. L'utilisation commerciale de l'image peut expliquer pourquoi, de nos jours, le tribunal dépasse parfois l'allocation du franc symbolique lorsqu'une personne a été atteinte dans son droit : le

(Suite note 24)

caractères du préjudice moral. Pour une espèce où le droit à l'image est défendu exclusivement sur le terrain moral, v. Gr. inst. Paris (réf.), 4 avril 1970, J.C.P., 1970, II, 16238 et la note R.L. (utilisation publicitaire du portrait du président Pompidou pour un moteur de canot automobile).

(25) V. là-dessus J. RAVANAS, *op.cit.*, n°s 345 et 346, pp. 386-387.

(26) Cfr. peut-être Paris, 8 juillet 1887, D.P., 1888, 2, 180, Ann. prop. ind., 1888, 286 : utilisation commerciale des photographies représentant l'acteur Romain.

(27) Ainsi, pour le juge de notre époque, le montage d'un film étranger aux prévisions convenues entre un acteur et la société d'édition, "outre le préjudice moral qui en résulte nécessairement, a privé le demandeur de son droit corrélatif à une rémunération légitime de sa figuration commercialement exploitée par la société défenderesse" (Civ. Seine, 19 février 1955, J.C.P., 1955, II, 8678 et la note R. PLAISANT; présentation de l'acteur Francinéd dans ses moments de détente, sur le plateau).

Nature juridique du « droit à l'image »

juge entend ainsi réparer par une indemnité plus substantielle le manque à gagner subi par la célébrité dont on a utilisé l'image sans avoir obtenu son consentement (28).

347. Une telle patrimonialisation de l'image n'a pas manqué de susciter - on le verra - la réflexion des juristes qui s'interrogent sur la nature juridique du "droit à l'image" (29). Mais en restant dans le cadre de l'action en responsabilité, il faut approfondir encore la notion de préjudice car elle doit nous permettre de cerner ce qui est en jeu dans le "droit à l'image".

348. Si le dommage peut consister en un manque à gagner d'ordre patrimonial, ou en un inconvénient personnel d'ordre moral, ne faut-

(28) Cfr. dans ce sens la note R.L. sous Paris, 1er décembre 1965, J.C.P., 1966, II, 14711 (utilisation du portrait de Madame Petula Clark pour illustrer le personnage - d'ailleurs sympathique - d'un conte). Dans un commentaire de l'arrêt Brialy, le même auteur constate que "jusqu'ici le droit à l'image, analysé comme l'un des droits de la personnalité était, à ce titre, considéré comme étant principalement de caractère extra-patrimonial (...). Avec Mme Petula Clark et M. Brialy, c'est un droit un peu différent qui est proclamé : celui pour un artiste de s'opposer à ce que son image soit reproduite au-delà des limites correspondant au contrat ou aux usages sans que l'intéressé (si l'on ose dire) reçoive une rémunération correspondante" et l'annotateur conclut : "Tout est monnayable, y compris la gloire ou, tout au moins, la notoriété" (note R.L. sous Cass. civ., 20 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 14890; divulgation d'un document représentant J.C. Brialy pour soutenir une campagne publicitaire); Cfr. aussi Gr. Inst. Paris, 13 février 1971, J.C.P., 1971, II, 16774 et la note R. LINDON (photo de J.P. Belmondo).

Pour prendre un autre exemple, en Allemagne, on peut renvoyer à l'arrêt Dahlke (B.G.H., 8 mai 1956, B.G.H.Z., 20, 345) : "La société (défenderesse) a exploité commercialement le portrait du demandeur sans qu'ait été donné le consentement exigé par la loi (...). Le demandeur aurait pu faire dépendre cette autorisation du paiement d'une indemnité (Vergütung) conformément à l'usage largement répandu dans les milieux artistiques (entsprechend der in Künstlerkreisen weitgehend herrschenden Uebung). Cette indemnité, la société l'a épargnée (erspart) aux dépens du demandeur (auf Kosten des Klägers) par ses agissements illégitimes".

(29) v. infra n° 357.

Nature juridique du « droit à l'image »

il pas avancer d'un pas encoré - comme on l'a fait à propos de la définition de la faute - en disant que le dommage consiste purement et simplement dans le défaut de consentement du modèle à la reproduction de ses traits ?

SECTION 4 - Le dommage et le défaut de consentement.

349. Il n'est pas sûr que la sanction du "droit à l'image" soit conditionnée par l'établissement d'un préjudice particulier. Déjà Fougerol l'indiquait dans sa thèse en 1913 : "Le droit à sa propre image (...) permet à tout particulier de s'opposer à la reproduction et à la diffusion en public de son portrait, par cela seul que cette publication a eu lieu sans autorisation. Il va de soi que ce principe s'applique a fortiori dans l'hypothèse de la caricature et dans tous les cas où, indépendamment du fait de la reproduction non autorisée, la publicité du portrait entraîne pour le modèle un préjudice déterminé" (30). L'établissement du préjudice ne jouerait donc que le rôle d'un "a fortiori", sans doute fort utile aux plaideurs, mais qui ne toucherait pas le fond même du "droit à l'image".

350. Quelques décisions confirment cette interprétation lorsqu'elles parlent de l'atteinte à un droit, même si elles utilisent encore le schéma de l'action en responsabilité civile. Ainsi, cette double motivation qu'on trouve dans une décision du siècle dernier : "(le préjudice) ne saurait être sérieusement contesté, puisque d'une part, la publication incriminée n'a été faite qu'en violation du droit le plus certain et le plus respectable et que, d'autre part, le portrait fort ressemblant de (la demanderesse) a été accolé à ceux des femmes de théâtres et de cafés-concerts, en la compagnie desquelles il ne saurait, à aucun titre, convenir à la deman-

(30) H. FOUGEROL, La figure humaine et le droit, thèse citée, p. 146.

Nature juridique du « droit à l'image »

deresse de se trouver" (31). Ou encore plus récemment : "le préjudice moral est certain, résultant de l'atteinte à un droit qui ne peut être contesté" (32) ou cette affirmation très nette : "toute atteinte à la personnalité implique un préjudice" (33).

Ces décisions montrent que le "droit à l'image" ne requiert pas nécessairement l'établissement circonstancié d'un préjudice pour être sanctionné.

351. Le schéma de l'action en responsabilité pourrait alors se dessiner de la façon suivante : la faute est le comportement dont l'illicéité est manifestée dans l'hypothèse de la malveillance ou de la négligence par l'existence d'un préjudice, mais cette même faute peut s'analyser comme étant purement et simplement le défaut d'avoir obtenu le consentement du sujet représenté; quant au préjudice, il s'établit devant le juge comme n'importe quelle atteinte à un intérêt - d'ordre moral ou d'ordre patrimonial - mais cet établissement du préjudice semble bien n'être qu'un a fortiori par rapport à la constatation pure et simple de l'atteinte au droit du sujet sur son image, c'est-à-dire du défaut de consentement de ce sujet à la reproduction de ses traits.

On voit qu'alors il n'y a pas de différence à faire entre la faute et le préjudice : toute faute entraîne un préjudice puisque le seul défaut de consentement du sujet définit l'atteinte au droit de ce sujet; et tout préjudice suppose une faute puisque l'atteinte au droit du sujet est identiquement son défaut de consentement (34).

(31) Civ. Seine, 31 décembre 1896, Ann. Prop. ind., 1897, 142; l'a fortiori est mis ici sur le même pied ("d'autre part") que le principe.

(32) Paris, 21 juillet 1927, Ann. prop. ind., 1927, 362 (exposition publique d'un tableau sans l'autorisation du modèle).

(33) Civ. Seine, 4 février 1956, Gaz. Pal., 1956, I, 284; la décision ajoute aussitôt après : "de plus, dans l'espèce, la violation des droits des demandeurs a engendré directement des dommages particuliers" (exploitation mercantile du portrait d'une personne de classe élevée).

(34) Nous rejoignons ici l'analyse de M. EDELMAN lorsque cet auteur écrit : "le préjudice que je subis s'analyse juridiquement en une violation de mon consentement. Le droit instaure ainsi un rapport nécessaire consentement/préjudice", mais les rai-

Nature juridique du « droit à l'image »

Faute et préjudice en viennent à coïncider, étant l'un et l'autre définis comme atteinte au "droit".

Dans ces conditions, on peut se demander si la reconnaissance d'un "droit à l'image" ne rend pas inutile - ou inadéquat - l'emploi du schéma de la responsabilité (35).

SECTION 5 - La protection du "droit à l'image".

352. Qu'en est-il de la protection de l'image ?

Lorsqu'on lui applique le schéma de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, veut-on signifier qu'on n'y voit qu'un simple intérêt protégé par l'article 1382 C.civ., ou bien n'a-t-on utilisé ce mécanisme commode qu'en vue de sanctionner un droit pré-existant ? Et, en cette dernière hypothèse, quel type de droit ? On peut dire que le débat, ouvert à la fin du siècle dernier, n'est pas encore entièrement clôturé.

353. L'application pure et simple du schéma de la responsabilité à la protection de l'image est encore tenue aujourd'hui par une partie de la doctrine (36).

(Suite note 34)

sons que l'auteur en donne aussitôt après semblent un peu rapides : "Car, si l'homme n'est pas propriétaire de lui-même, au nom de quoi pourrait-il subir un préjudice qui le lèse dans sa propre représentation de lui-même ?" (Le droit saisi... p. 72). V. infra n° 380, à propos des limites de l'explication patrimoniale.

(35) Sur la théorie des rapports entre l'action en responsabilité et la protection du droit subjectif (entendu au sens de IHERING), v. supra n° 161.

(36) Cfr. P. ROUBIER : Droits subjectifs et situations juridiques, p. 328, à propos du "droit à son image" : "En vérité, l'action ne s'apparente guère à celles qui ont pour but de sanctionner un droit subjectif, mais bien plutôt au groupe des actions en responsabilité, où le juge apprécie la conduite des parties, et la légitimité de leurs intérêts (...). Le droit dont il s'agit, c'est le droit de s'opposer à la publication de l'image; mais sous cette forme de droit, c'est en réalité le mécanisme de l'action en justice que l'on veut décrire, laquelle permet en effet de s'opposer à cette publi-

Nature juridique du « droit à l'image »

Mais les notions de faute et de dommage ont été tellement malmenées par la jurisprudence que la plupart des auteurs ont renoncé à cette figure juridique; c'est qu'il y a ici plus qu'un intérêt à défendre contre tout préjudice : il y a un droit (37).

354. M. Nerson montre bien l'enjeu de la question lorsqu'il écrit: "Pour affirmer l'existence d'un droit per se stante à la physionomie, il faut que je puisse empêcher quelqu'un de publier mon image, sans avoir besoin d'établir un outrage ou un préjudice autre que

(Suite note 36)

cation. Le système romain de l'action en justice nous paraît mieux adapté et plus clair que celui du droit subjectif; et si le consentement de l'intéressé à la publication détruit le fondement de l'action en responsabilité, c'est tout simplement la conséquence du vieil adage : "volenti non fit injuria". Sur la position restrictive de M. ROUBIER en matière de droits de la personnalité, v. supra, n° 122.

Cfr. aussi la note de M. MIMIN, précitée, sous Paris, 15 novembre 1966, à propos du secret de la vie privée : "Il est normal que l'on recoure à une catégorie de droit unanimement acceptée - la faute, la négligence, le délit - plutôt qu'à une théorie encore discutée - celle des droits de la personnalité. Il est naturel qu'une action tende à faire déclarer l'inexactitude, la confusion, la calomnie, ce qui sauverait l'honneur plus sûrement que l'allégation d'un droit inconditionnel à la tranquillité".

Signalons encore l'opinion de M. CARBONNIER (note sous Corr. Grasse, 8 février 1950, D., 1950, 712) qui ne fait pas de différence entre la reconnaissance d'un droit et l'exercice de l'action en responsabilité : "l'image humaine (...) ne peut faire naître qu'un droit de la personnalité (...). Or, aux droits de la personnalité, il n'est pas conféré une garantie inconditionnelle. Nous sommes sur le terrain de l'art. 1382 C.c., qui a recueilli l'héritage de l'actio injuriarum romaine. Il faudra prouver un préjudice, ce préjudice fût-il uniquement moral".

(37) Cfr. P. KAYSER : Le droit dit à l'image, art.cité n° 4, p. 76 : "Il a été soutenu par réaction contre (la théorie de la propriété) que le droit à l'image n'est pas un droit véritable, et que la protection accordée sous ce nom à la personnalité humaine est seulement une application des règles de la responsabilité délictuelle. Il n'est pas douteux, en effet, qu'il en a été ainsi à l'origine. Mais l'application de l'art. 1382 n'a-t-elle pas conduit à la reconnaissance, au profit des particuliers, d'un véritable droit subjectif, qui serait un droit de la personnalité ?"

Nature juridique du « droit à l'image »

le seul fait de la reproduction, quand bien même l'artiste agirait sans aucune intention malveillante et que le portrait n'aurait rien d'injurieux ou de préjudiciable en lui-même" (38).

Or, c'est bien ce que fait la jurisprudence. Si elle utilise le schéma de l'action en responsabilité pour sanctionner non seulement une publication faite dans des conditions préjudiciables au sujet, mais déjà le fait même de la publication de l'image sans autorisation, on voit que dans cette seconde hypothèse, la référence aux articles 1382 et suivants est purement formelle (39) : la faute est constituée par le seul fait de la reproduction non autorisée, et on peut dire qu'il en est de même du préjudice : "A la différence du droit général des délits, le préjudice est présumé et la faute résulte des faits sans que le demandeur ait à prouver autre chose que l'atteinte à ses droits de personnalité constituée par la reproduction de l'image sans autorisation" (40).

355. Le "droit à l'image", axé sur la nécessité du consentement du modèle à la fixation et à la publication de ses traits, s'est ainsi dégagé des règles de la responsabilité. Car il ne s'agit pas seulement de réparer le dommage occasionné par l'inévitable exposition de soi au regard et à l'objectif photographique d'autrui, il s'agit de reconnaître la maîtrise que le sujet exerce sur son

(38) R. NERSON, thèse citée, p. 138.

(39) Sur cette déformation du droit de la responsabilité délictuelle et l'équivoque qu'elle induit, cfr. J. STOUFFLET, art. cité, § 20, souvent cité par M. de SALLE dans sa note au J.T. 1975, 135, D. TALLON, *Encycl. Dalloz*, V° Droits de la personnalité, n° 93 et surtout la note R. LINDON sous Gr. inst. Paris, 11 juillet 1973, précitée.

(40) P. FREMOND, Le droit de la photographie, p. 391. Cfr aussi la note P.A., H.M. sous Paris, 15 mai 1970, D., 1970, 466 : "Tout se passe comme si (...) nos cours et tribunaux découvraient peu à peu une nouvelle source d'obligations élargissant le seuil de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle classique, la faute consistant essentiellement dans la violation d'un droit, et le dommage en découlant ipso facto..."; et R. LINDON, note précitée: "Comment l'article 1382 peut-il jouer alors que le préjudice n'est pas mesuré ?".

Nature juridique du « droit à l'image »

image, et qui entraîne une sanction dès lors que ce sujet n'a pas donné son consentement à la reproduction de ses traits (41).

356. Mais de quel type est cette prérogative ainsi extraite de sa gangue délictuelle ou quasi-délictuelle ?

Lorsqu'on veut ranger "le droit à l'image" dans la panoplie des droits subjectifs, voici qu'il s'en présente de deux sortes : le droit patrimonial et le droit de la personnalité.

C'est ce que nous allons détailler en abordant l'une après l'autre l'image comme objet de propriété (matérielle ou artistique), puis comme matière du droit de la personnalité.

(41) Significatif à cet égard est le donner acte accordé par le tribunal de grande instance de la Seine (24 novembre 1965) à Mme Bardot de ce que celle-ci s'oppose formellement à toute publication de son image sans son consentement : "non point pour réparer un quelconque dénigrement commis à son encontre, mais pour qu'il soit rappelé les droits qu'elle possède quant à la reproduction de son image".

Nature juridique du « droit à l'image »

CHAPITRE 2 — L'image et sa propriété : les explications patrimoniales

357. L'image peut devenir une source de revenus pour le sujet qu'elle représente. Cette patrimonialisation a déjà été relevée au moins deux fois dans les pages qui précèdent. Dans l'analyse des déterminations contractuelles du consentement du modèle, on a vu qu'à côté de l'hypothèse où un client paie l'auteur de l'image pour obtenir de lui un portrait qui ne sera pas communiqué à l'extérieur, il existe un autre cas où - à l'inverse - c'est l'auteur de l'image qui paie un modèle afin d'obtenir de lui le droit de fixer et, normalement, de publier ses traits. C'est donc que l'image peut se vendre (1).

Corrélativement, lorsqu'une image est publiée sans que le modèle ait eu l'occasion de la céder contre rémunération, le juge impose à l'auteur et/ou à l'éditeur de cette image, ainsi qu'on vient de le voir, l'obligation de réparer ce préjudice matériel (2). S'il existe ainsi un manque à gagner lorsqu'il y a atteinte au "droit à l'image", ne peut-on pas dire alors que ce "droit" est purement et simplement patrimonial ?

358. Pour aborder cette question, on commence par réfléchir sur l'articulation établie par le droit entre la personne et son patrimoine. On donne ainsi un cadre théorique, même s'il reste fragile et controversé, aux thèses qui veulent, par le recours au droit d'auteur, puis par l'invocation du droit de propriété lui-même, rendre compte de la patrimonialisation de l'image.

Ces thèses présentent un grand intérêt car elles accentuent dans le "droit à l'image" le régime de disposition que nous avons vu être - avec le régime de protection - une caractéristique du droit subjectif. Dans quelle mesure ce régime de disposition est-il applicable aux valeurs personnelles du sujet, telle son image ?

(1) v. supra n° 312.

(2) v. supra n° 345.

Nature juridique du « droit à l'image »

SECTION 1 - L'image et le patrimoine.

359. Le "droit à l'image" est-il inclus dans le patrimoine du modèle représenté ? Ce n'est pas sûr, car la doctrine préfère le ranger parmi les droits extra-patrimoniaux (3), et la jurisprudence parle de patrimoine moral (4). Ce vocabulaire hésitant montre bien l'embarras du droit à rendre compte du fait que l'effigie d'une personne puisse se monnayer (5). Les formules du droit sont balancées, c'est-à-dire équilibrées mais aussi, sans doute, incertaines. Ainsi, par exemple, lorsqu'on dit : "Véritable droit subjectif reconnu à chaque individu, la nature juridique de ce droit à l'image inséré dans les droits de la personnalité peut être considérée comme extra-patrimoniale, tout en présentant un intérêt patrimonial, puisqu'il est courant maintenant de rentabiliser la valeur artistique de son image" (6).

Autre exemple : M. Stoufflet, se demandant si le droit à l'image ne serait pas mieux appelé liberté, reconnaît que le mot liberté

(3) C'est le titre de la thèse de M. NERSON en 1939. Dans sa note sous Cass. fr., 6 janvier 1971, D., 1971, Jur., 263, M. EDELMAN pense que cette expression n'a jamais été admise par la jurisprudence "car cela impliquerait paradoxalement qu'il existe des droits en dehors d'un patrimoine".

(4) A propos des souvenirs de la vie privée de Mme Marlène Dietrich (Paris, 16 mars 1955, D., 1955, 295, Gaz. Pal., 1955, I, 396, J.C.P. 1955, II, 8656), de la vie privée de B. Blier (Gr.Inst. Seine, 23 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 et la note R. LINDON), des événements et souvenirs de la vie privée de G. Sachs (Gr. Inst. Seine (réf.), 2 novembre 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 (3ème espèce) et la note R. LINDON). Sur cette notion de "patrimoine moral", v. infra n° 361.

(5) Dans sa note précitée sous Paris, 27 février 1967, M. FOULON-PIGANOL considère la sévérité de M. MIMIN (cfr sa note au D., 1967, p. 181) qui refusait toute réparation pécuniaire aux artistes des professions du spectacle ("Nemo auditur...") comme un signe du "vif malaise que peuvent susciter les abus divers du commerce de l'effigie".

(6) Note M. de SALLE, J.T., 1975, 136 (soulignement ajouté). Cfr aussi l'Encyclopédie Dalloz, V° Droit de la personnalité, n° 90: le double aspect du droit à l'image, n° 105 : protection du droit à l'image à des fins extra-patrimoniales et n° 107, protection à des fins patrimoniales ("éviter une utilisation à titre gratuit de l'image et, à la limite, la dégradation de sa valeur marchande").

Nature juridique du « droit à l'image »

évoque bien "la faculté reconnue à la personne d'interdire aux tiers de porter une atteinte, non consentie par elle, à certains intérêts", mais il ajoute aussitôt que cette notion est insuffisante lorsqu'il existe, comme dans le cas du nom ou de l'image, un intérêt patrimonial en plus de l'intérêt extra-patrimonial. Dans ce cas, "seul le concept de droit rend compte de cette valeur figurant dans le patrimoine et des actes dont elle est l'objet" (7).

L'image du sujet est donc vue à la fois comme un prolongement de la personnalité (ou de la liberté) du sujet représenté et comme un élément de son patrimoine.

360. Ce n'est pas la première fois que la théorie générale du droit rencontre ce paradoxe, car elle a toujours connu quelque difficulté à articuler le concept de patrimoine sur celui de personne (8). On a vu d'ailleurs, à propos de la définition mixte du droit subjectif, à quel point il est malaisé d'appliquer aux droits de la personnalité des normes prévues pour régir les droits patrimoniaux (9). Alors que le droit romain opte pour une conception très matérielle et pécuniaire du patrimoine, notre droit, imprégné par la théorie classique d'Aubry et Rau, en exprime une conception très personnalisée (10).

(7) J. STOUFFLET, art. cité, n° 5.

(8) Par exemple, la doctrine s'est longuement interrogée, à propos du régime matrimonial de communauté, sur le point de savoir si l'on pouvait considérer comme un bien susceptible de faire partie de la masse partageable, soit le droit d'auteur d'un des époux sur ses oeuvres, soit aussi la clientèle qu'il avait acquise par son travail, ou si ces droits étaient tellement personnels qu'ils ne pouvaient être considérés comme des valeurs patrimoniales. Cfr. par exemple les deux notes de M. NAST sous Civ. Seine, 1er avril 1936, D., 1936, 2, 65 (droits d'auteur de la dame Canal) et sous Nîmes, 27 mars 1939, D., 1940, 2, 1 (clientèle d'un laboratoire médical).

(9) V. supra n° 196.

(10) Cfr. AUBRY et RAU, Droit civil français, par Paul ESMEIN, t. II, § 162 : notion de droit subjectif; et t. IX, § 573 : "en théorie pure le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, même les biens que (AUBRY et RAU) appellent innés, et qu'on nomme plus volontiers aujourd'hui les droits de la personnalité".

Nature juridique du « droit à l'image »

Comment donc s'articulent personne et patrimoine (11) ?

Le patrimoine est-il l'expression économique de la personne ou bien la façade "personnelle" du jeu économique ? Pour montrer les enjeux de ce débat, on compare ici la façon dont deux auteurs récents, M. Martin et M. Edelman, entendent la notion déjà rencontrée de "patrimoine moral".

361. M. Martin accueille chaleureusement le concept de "patrimoine moral" comme assise des droits de la personnalité (12). Ce patrimoine moral constitue en effet une entité analogue au patrimoine économique en ce sens qu'il regroupe en un seul ensemble des droits et des obligations, ici, les droits et obligations de nature morale. Ce concept permet de perfectionner la théorie classique dans l'orientation même qu'elle voulait prendre. Car Aubry et Rau ne voulaient rien d'autre que lier intimement le patrimoine à la personnalité. Mais ils en ont déduit une théorie abstraite assez peu pratique. Or, plutôt que de lier le patrimoine à la personne comme telle, ce qui postule, dans la tradition française, l'unicité et l'indivisibilité du patrimoine, il aurait fallu le lier aux diverses fins poursuivies par l'homme, ce qui aurait permis, par exemple, l'existence de plusieurs patrimoines d'affectation dans le chef d'une même personne.

Dans cette hypothèse, il ne serait resté attaché à la personne qu'un petit nombre de "biens innés" qui seraient précisément regroupés dans le patrimoine moral. "Ainsi, ce n'est qu'en tant que moral que le patrimoine se confondrait avec la personne. Economique, il s'en détacherait et se diviserait comme se détache et se divise

(11) Pour la position de SAVIGNY sur cette question, v. supra n° 114. Alors que les valeurs propres à la personne constituent le premier cercle sur lequel le sujet n'a pas de droit, les valeurs patrimoniales forment, dans le troisième cercle, le véritable objet des droits subjectifs.

(12) L. MARTIN, "Le secret de la vie privée", R.T.D.Civ., 1959, p. 242. V. aussi sur cette notion, J. RAVANAS, *op.cit.*, n° 368 p. 419 (exposé de la position de M. MARTIN) et n° 348, p. 391 (critique de cette "terminologie inexacte" qui "introduit une séparation injustifiée entre la personne et ses sentiments").

Nature juridique du « droit à l'image »

l'activité économique de la personne" (13). Le "patrimoine moral" devient ainsi, aux yeux de ceux qui le prônent, un concept juridique fort utile puisqu'il permet de faire échapper aux lois du marché un certain nombre de biens fondamentaux qui sont l'émanation la plus intime de la personne : ce qui est "moral" dans le "patrimoine" est soustrait aux lois économiques.

362. Mais, pour M. Edelman, c'est dans l'autre sens qu'il faut lire l'expression "patrimoine moral". On n'a pas ajouté le mot "moral" au mot "patrimoine" pour perfectionner la théorie classique en faisant échapper les biens de la personne aux tractations commerciales, on a plutôt ajouté le mot "patrimoine" au mot "moral" pour pouvoir mettre sur le marché des valeurs dites personnelles (14) : "La dialectique du sujet se joue sur le concept de patrimoine, et (...) le sujet apparaît comme forme patrimoniale ou, si l'on préfère, comme 'Forme marchandise'" (15). La notion de patrimoine moral ne s'oppose nullement à celle de patrimoine "patrimonial" : "le qualificatif de moral ne change rien à la nature profonde du concept de patrimoine. Toute personne physique se possède soi-même, elle est, à elle-même, son patrimoine (...); quels que soient les qualificatifs que l'on puisse accoler à 'patrimoine', il s'agit toujours et uniquement de patrimoine, c'est-à-dire de biens" (16).

(13) L. MARTIN, art. cité., p. 243. Ces deux aspects - moral et économique - du patrimoine commanderaient un régime très différencié : le premier, puisqu'il touche la personnalité du sujet, tendrait à écarter du milieu social les éléments du patrimoine moral, l'autre, régi par la loi du libre développement des droits, tendrait à inclure dans ce milieu social les éléments du patrimoine économique.

(14) Cfr. déjà en 1932, la chronique de JOSSEMAN, "La personne humaine dans le commerce juridique" (D.H., 1932, chron., p. 1): "descendue du piédestal où l'avaient hissée la Déclaration des droits de l'homme et le Code Civil de 1804, (la personne humaine) devient volontiers matière à tractations, à abandons, à réparations, à combinaisons; (...) elle se commercialise, elle se patrimonialise; nous serions tenté d'écrire qu'elle s'américanise".

(15) B. EDELMAN, "Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image", D., 1970, Chron., p. 119, n° 6.

(16) B. EDELMAN, chron. citée in D., 1970, n° 9.

Nature juridique du « droit à l'image »

Ainsi, aux yeux de M. Edelman, le patrimoine moral est-il, pour notre droit, immédiatement économique. Car ce que le droit protège, ce n'est point la personnalité en tant que telle mais bien l'utilisation économique que son auteur a voulu lui donner. En d'autres termes, les règles du droit ne vont pas plus loin que les lois du marché : elles protègent une mise en commerce de soi-même, un patrimoine.

363. On retrouvera plus loin, dans l'étude du droit de propriété, cette position très "patrimonialisante" de M. Edelman (17). Sans qu'il y ait lieu de la discuter ici, on perçoit bien qu'elle constitue une présentation nouvelle de la relation qui existe entre la personne et le patrimoine. Est-ce elle qui va nous indiquer la bonne voie dans notre recherche de la nature juridique du "droit à l'image" ?

364. C'est en tout cas dans cette perspective qu'on voudrait aborder l'analyse des théories qui assimilent ce "droit à l'image" à un droit d'auteur, car ce qui rapproche ces deux droits, peut-être jusqu'à les confondre, c'est la patrimonialisation dont ils sont devenus l'objet.

Mais avant d'examiner ce point, nous allons - en un préalable - exposer les autres points de ressemblance que le discours juridique a relevés entre ces deux droits dits de "propriété intellectuelle".

SECTION 2 - Le "droit à l'image" et le droit d'auteur.

365. Une première confusion a pu naître entre l'image d'un modèle et l'oeuvre d'un auteur du fait que l'auteur d'une image se voit reconnaître un droit - le droit d'auteur - sur l'image qu'il a réalisée (18).

(17) V. infra, n° 375.

(18) Sur la difficile reconnaissance de la photographie comme oeuvre d'art à la fin du siècle dernier, v. en France J. APPLETON, note sous Civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902, 2, 73 et la jurisprudence citée; et en Belgique, J. GIESEN, art.

Nature juridique du « droit à l'image »

On assiste ainsi à une concurrence de deux droits, celui de l'auteur et celui du modèle, sur une même image, chacun paralysant l'exercice du droit de l'autre (19).

Est-ce la convergence de ces deux droits qui a fait considérer le droit du modèle comme étant, lui aussi, un droit d'auteur ?

366. Peut-être est-ce aussi ce fait que la protection des droits du modèle a parfois été réglée par le législateur dans la loi relative au droit d'auteur (20). C'est ainsi qu'en Belgique, on le sait,

(suite note 18)

cité, pp. 11 et sv.; et M. DECROON, "Quelques questions de droit à propos de la photographie", Bruxelles, 1892, pp. 50 et sv. Sur le contexte économique de ce revirement de jurisprudence et son interprétation marxiste, cfr. B. EDELMAN, Le droit saisi par la photographie, p. 36 : "la résistance du droit passe d'abord par la dénégation du sujet de droit. Le travail de cet individu est un travail sans âme. Tel est le premier acte. Le deuxième acte est le passage du travail sans âme à l'âme du travail".

(19) Dans sa terminologie, M. BECOURT parle, ici aussi, d'un droit à l'image. Ainsi l'auteur, comme le public, a un droit à l'image tandis que le sujet a un droit sur son image. (op.cit., § 6, p. 7). Cette terminologie ne s'est pas généralisée.

(20) V. en Allemagne, l'article 22 de la loi du 9 janvier 1907 (K.U.G.); à ce sujet, un arrêt déjà cité de la Cour fédérale de justice (B.G.H., 8 mai 1956, B.G.H.Z., 20, 345 rendu à propos de l'utilisation publicitaire d'une photo de l'acteur Dahlke) précise que "le droit exclusif du modèle (reconnu par le § 22 K.U.G.) de décider si, quand et dans quelles circonstances il publie son image n'est pas un droit d'auteur (kein Urheberrecht) mais est par nature un droit de la personnalité (sondern seinem Wesen nach ein Persönlichkeitsrecht). L'incorporation de ce droit de la personnalité dans le droit d'auteur (...) s'explique par le fait qu'il est semblable au droit d'auteur sur le portrait qu'il s'agit de publier (ähnlich wie das Urheberrecht am Bildnis dessen Veröffentlichung zum Gegenstand hat) et qu'il se superpose (überlagert) au droit de l'auteur en ce qu'il fait dépendre la mise en valeur de ce droit d'auteur (die Auswertung dieses Urheberrechts) du consentement du sujet représenté (von der Einwilligung des abgebildeten)".

En droit suisse, cfr. l'article 35 de la loi sur le droit d'auteur du 7 décembre 1922 qui enjoint au photographe de ne pas mettre en circulation ni livrer à la publicité, sans l'autorisation de l'intéressé, des exemplaires d'une photo commandée (v. P. Lalive, art. cité, p. 41).

Nature juridique du « droit à l'image »

la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur contient une disposition - l'article 20 - qui protège non pas le droit de l'auteur, mais le droit du modèle en énonçant que : "ni l'auteur, ni le propriétaire d'un portrait n'a le droit de le reproduire ou de l'exposer publiquement sans l'assentiment de la personne représentée" (21). Cette insertion d'une norme protectrice du sujet de l'image à l'intérieur d'une législation qui protège l'auteur de cette image amène plus d'une fois le juge belge à différencier ses solutions selon que l'image qui lui est présentée revêt ou non un caractère artistique (22).

(21) Le rapport fait à la Chambre des représentants indique, à propos de cet article 20 que "cette disposition, étrangère au droit d'auteur proprement dit, est une application du principe que la figure et la personnalité de tout être humain lui appartiennent et que personne ne peut en disposer sans autorisation" (Pasin., 1886, p. 155).

(22) A condition bien sûr, que la loi soit connue. Ce ne semble pas être le cas lorsqu'on lit la décision rendue par le tribunal civil de Bruxelles le 7 juin 1974 (J.T., 1975, 135 et la note M. de Salle) dans une affaire où une institutrice se plaignait de ce que sa photographie prise en un lieu public (une discussion au marché aux Puces) ait servi à illustrer la pochette d'un disque. Pour écarter du débat l'article 20 de la loi sur le droit d'auteur, invoqué par la demanderesse qui entendait protéger son image, le juge déclare : "La loi du 22 mars 1886 sur la protection du droit d'auteur n'est manifestement pas d'application en l'espèce, cette loi visant à protéger les intérêts du créateur d'une oeuvre alors qu'en l'espèce la demanderesse n'est nullement créatrice de la photographie qui a été utilisée pour illustrer le disque litigieux". Or, on sait que cet article 20 protège, non pas l'auteur de l'image, mais bien le sujet qui y est représenté.

Si la loi de 1886 sur le droit d'auteur est parfois retenue (v. J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 31 octobre 1952, Journal des Juges de Paix, 1953, p. 94 à propos d'un particulier qui se plaignait de ce que son image, prise au littoral, ait servi à illustrer une carte postale éditée à un grand nombre d'exemplaires), elle est le plus souvent écartée pour le simple motif que l'image litigieuse ne revêt pas les caractères d'une oeuvre d'art et qu'il n'y a donc pas lieu d'invoquer la loi sur le droit d'auteur.

Cfr. Comm. Bruxelles (réf.), 28 septembre 1931, Jur. Comm. Bruxelles, 1931, 183 (l'éditeur d'une partition musicale avait illustré la couverture de celle-ci du portrait d'une demoiselle, sans l'accord de la jeune fille ni de son père) : "la loi de 1886 (...) n'a déterminé les droits de l'auteur ou

Nature juridique du « droit à l'image »

Ainsi la loi induit-elle peut-être à croire que le "droit à l'image" est, lui aussi, un droit d'auteur.

367. Mais une autre note commune au "droit à l'image" et au droit d'auteur exprime mieux l'analogie qui existe entre ces deux droits: il s'agit, on l'a déjà vu, du droit de repentir (23).

Pour justifier la maîtrise d'un sujet sur son image et la possibilité de la reprendre alors même qu'elle a été livrée - plus ou moins explicitement - à autrui, la doctrine française argumente à partir des dispositions concernant la propriété littéraire et artistique, car c'est en cette matière qu'a été mise au point la révocabilité du consentement, en conciliant au mieux l'intérêt patrimonial du cessionnaire avec l'intérêt moral du cédant (24).

(Suite note 22).

du propriétaire d'un portrait, vis-à-vis de la personne représentée que pour autant que ce portrait soit une oeuvre d'art". Même attendu dans la décision rendue 26 ans plus tard par la même juridiction (Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1957, précité); v. aussi Civ. Dendermonde (réf.), 10 novembre 1971, R.W., 1971-72, col. 916 (à propos d'une procédure en divorce où le mari comptait utiliser cinq photos de sa femme - nue - comme preuve à charge contre elle), où le juge constate (trad.): "qu'il ne s'agit pas de photos licencieuses ou érotiques et moins encore de 'photos d'art' mais de simples photos d'amateur sans aucune valeur artistique, (...) que par conséquent l'article 20 de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur n'a pas d'application en l'espèce; que le droit d'auteur en effet suppose une création originale dans le chef du réalisateur"; v. encore Civ. Anvers, 15 mai 1975, précité, à propos d'une photographie prise dans un cadre familial et publiée par un hebdomadaire (trad.): "attendu que suivant la doctrine et la jurisprudence, l'article 20 de la loi sur le droit d'auteur n'est applicable aux portraits que pour autant que ceux-ci montrent les qualités d'une oeuvre d'art; qu'une photo ne peut être considérée comme une oeuvre d'art que si elle présente les qualités d'originalité et de valeur artistique; que la photo querellée ne possède pas ces qualités..."

Sur cette interprétation restrictive, v. supra n° 261 la critique de M. CORBET, notes précitées in R.W., 1975-76, col. 2017, et R.W., 1976-77, col. 2553.

(23) V. supra, n° 323.

(24) L'article 32 al. 1 de la loi française du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique énonce, rappelons-le, que "nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'au-

Nature juridique du « droit à l'image »

368. C'est de la sorte que le "droit à l'image" se rapproche du droit d'auteur (25) : on disposerait de l'image de soi comme d'une création de son esprit. On aurait sur l'une comme sur l'autre la même maîtrise, la même faculté de divulgation et le même droit de repentir (26). Ajoutons-y : la même possibilité de patrimonialisation.

SECTION 3 - Le débat sur la patrimonialisation de l'image.

369. La jurisprudence refuse de parler d'un "droit d'auteur sur sa propre personne" pour justifier la demande d'un sujet dont l'image a été reproduite contre son consentement : "En effet", dit une décision française du début du siècle, "(le demandeur) ne saurait fonder cette prétention sur un droit de propriété artistique ou littéraire, la loi du 19 juillet 1793 n'ayant été édictée que pour garantir à l'auteur ou à l'artiste le fruit de son travail et de son talent" (27).

370. La doctrine ancienne refuse également, au nom de l'évidence, d'analyser le "droit à l'image" comme un droit d'auteur :

(Suite note 24)

teur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer".

(25) Il peut en être de même à propos du droit à la vie privée : M. BADINTER, dans sa chronique précitée au J.C.P. 1968, parle d'une "analogie" (n° 38) entre le droit au respect de la vie privée et le droit moral de l'auteur sur son oeuvre, puis d'une "identité fondamentale" (n° 39) entre ces deux droits, avant de tracer (n° 40) un parallèle rigoureux entre l'exercice du droit de repentir à propos de l'un et de l'autre droit.

(26) V. aussi dans la même ligne, l'assimilation faite par M. EDELMAN (chronique citée au D., 1970, n° 10) entre la spécialité du consentement à la publication de l'image et celle qui est requise par l'art. 31 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

(27) Trib. paix Narbonne, 4 mars 1905, D.P., 1905, II, 390.

Nature juridique du « droit à l'image »

"On ne peut avoir un droit d'auteur sur sa physionomie : celle-ci est une partie de nous-même, et non une production de notre esprit (...). Est-ce que j'ai créé mon propre corps, et suis-je l'auteur de mon apparence physique ? Pour obtenir cet aspect qui sert à me distinguer de mes semblables, puis-je exciper d'un travail qui justifie mon droit de propriété ? La nature et l'atavisme m'ont donné ma physionomie..." (28).

L'image évoque fondamentalement une passivité, une exposition de soi, et non pas une activité, une création (29). Ce que le sujet livre inévitablement à autrui, il ne l'a pas "créé" ni "travaillé", il n'en est pas "propriétaire" (30).

371. Mais les évidences de l'analyse cèdent, dirait-on, devant la patrimonialisation croissante de l'image. Car si "droit d'auteur" et "droit à l'image" ont en commun de pouvoir entrer en con-

(28) H. FOUGEROL, thèse citée, pp. 19 à 27 : le droit à son image est-il un droit d'auteur ? Dans le même sens : R. NERSON, thèse citée, p. 143, où est critiquée la triple analogie entre . droit d'auteur et droit d'autoriser la reproduction de son visage,

. droit moral d'auteur et propriété idéale de l'image,

. propriété du manuscrit et propriété matérielle d'une image déterminée.

M. NERSON rappelle que, pour un même portrait, droit d'auteur et droit à l'image sont deux prérogatives nettement distinctes.

(29) V. aussi P. LALIVE, art. cité, p. 32 : "Si on pouvait imaginer un droit d'auteur ici, ce ne pourrait être, à la rigueur, que celui des parents sur l'image de leurs enfants, ou celui du chirurgien esthétique sur le visage de sa cliente ! On ne voit pas comment transposer sur le terrain juridique la remarque connue, attribuée à l'écrivain Jouhandeau, selon laquelle, à partir de 40 ans, l'homme est responsable de son visage !".

(30) "Un cas limite fera bien comprendre la distinction : voici un acteur, créateur d'un type, qui par son maquillage, sa mimique se crée un masque original : peut-il réclamer la protection du droit d'auteur contre la légion des imitateurs qui le copient servilement dans toutes ses attitudes ? On voit que la solution de cette question est bien différente du droit à la physionomie, car dans le cas précité, il y a création, effort personnel de l'artiste". R. NERSON, thèse précitée, p. 144, note (4).

Nature juridique du « droit à l'image »

currence sur une même image réalisée comme aussi de conférer à leurs titulaires respectifs un droit de repentir, ils ont encore ceci de semblable : d'être une source de revenus; or, si par l'image, il y a revenu, n'est-ce pas parce qu'il y a eu travail, création, oeuvre ? La patrimonialisation de l'image serait ainsi expliquée par le droit d'auteur. A partir du moment où le sujet vend son image, c'est qu'il a accompli une certaine "prestation"; il est donc payé pour avoir livré quelque chose de lui-même; il y a mis du sien. Cette image, alors, ne peut-elle pas être considérée comme une création du sujet ?

372. La jurisprudence laisse parfois échapper cette interprétation. Ainsi, à propos des événements et souvenirs de la vie privée, il est dit que chaque individu "peut à son gré - à l'identique des droits qui lui appartiennent sur son effigie ou sur ses créations littéraires ou artistiques - en refuser ou accepter la divulgation" (31). Et une doctrine est plus nette encore : "Au demeurant toute image n'est-elle pas création, et au premier chef celle que nous présentons à autrui avec sans doute les attributs dont nous a dotés la nature, mais aussi l'apparence que nous voulons bien lui donner" ? (32)

373. Mais on connaît les tenants et les aboutissants d'une telle conception du "droit à l'image". Si l'image est une création de soi-même, c'est qu'elle est, comme toute création artistique ou littéraire, une valeur mise en circulation sur le marché, même si on parle - pudiquement - de droit "moral" de l'auteur. La création de soi devient production de soi. Et au sens le plus fort du terme, le sujet s'investit dans son "double", il s'aliène comme valeur patrimoniale. C'est ce que découvre M. Edelman dans notre droit d'aujourd'hui: "Si (...) l'image est un bien, une marchandise,

(31) Gr. inst. Seine (réf.), 2 novembre 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 (3e espèce) et la note R. LINDON.

(32) D. BECOURT, op.cit., § 51, p. 29. L'auteur y note une citation de ALAIN : "C'est un honneur pour le modèle de ressembler à son portrait, et non le contraire".

Nature juridique du « droit à l'image »

elle présente ce caractère d'être un bien où l'homme est donné directement. Autrement dit, l'essence de l'homme est, sans médiation, aliénée dans sa propre représentation. Or, cette aliénation de l'homme dans sa représentation - c'est-à-dire la réification du sujet dans la production de soi-même en tant que représentation de lui-même - n'est pas sans rappeler le rapport du sujet et de son oeuvre, le droit moral étant considéré comme une 'émanation' de la personnalité. La création, elle aussi, est attribut du sujet" (33).

374. Et puisque de toute façon, dans le "droit à l'image", il s'agit de commerce et de patrimoine, ne peut-on pas faire un pas de plus et cesser de parler d'un droit d'auteur ou de propriété "littéraire et artistique" : pourquoi ne pas parler, avec M. Edelman encore, d'un droit de propriété tout court ?

SECTION 4 - La propriété de l'image selon M. Edelman.

375. Le contexte dans lequel se situe l'analyse de M. Edelman est explicitement celui de la lutte idéologique (34). Il s'agit, pour lui, de "dénoncer la misérable apologétique de ce système qui fait de l'homme une marchandise, en lui faisant croire qu'il est libre" (35). Pour cela, M. Edelman analyse le fonctionnement de notre droit tel qu'on peut le "saisir" par exemple dans la question - bien modeste - de la photographie.

(33) B. EDELMAN, chron. citée, D., 1970, n° 13.

(34) Cfr. outre son ouvrage déjà cité : Le droit saisi par la photographie, ses deux chroniques au Dalloz : "Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image", (D., 1970, 119) et "Esquisse d'une théorie du sujet : liberté et création dans la propriété littéraire et artistique" (D., 1970, 197), et ses notes sous Cass. civ. 6 janvier 1971, Jur., 278, et Cass. civ., 14 novembre 1975, D.S., 1976, Jur., 421. La première chronique et la première note précitées ont été publiées dans Communications, 1977, pp. 185 et sv.

(35) B. EDELMAN, Le droit saisi par la photographie (éléments pour une théorie marxiste du droit), p. 108.

Nature juridique du « droit à l'image »

Il n'y aura rien d'autre, annonce l'auteur, qu'une "analyse objective de la jurisprudence et de la doctrine" (36) : "nous nous contenterons de faire tenir au droit le discours qui est le sien. Mieux : nous tâcherons de le 'surprendre' dans son discours 'surpris' par la photographie et le cinéma. Nous le surprendrons dans sa formation même, dans sa décomposition/re-composition, dans son processus d'absorption de ces nouveaux modes d'appréhension du réel" (37). L'auteur n'a donc pas d'autre prétention que de montrer dans le droit bourgeois d'aujourd'hui les contradictions qui amèneront de toute nécessité son dépérissement, annonçant ainsi la fin de nos aliénations. Car ce qui caractérise fondamentalement notre droit, selon M. Edelman, c'est l'état d'aliénation dans lequel il s'inscrit. De cette aliénation, la propriété est la source première. Il s'agit donc de dénoncer le statut idéologique de notre droit pour qu'advienne dans l'histoire un autre rapport, non aliéné celui-là, de l'homme à l'homme.

376. Lorsque M. Edelman lit les décisions de jurisprudence qui concernent la protection de l'image, il y "surprend" le droit en flagrant délit d'appropriation privée. Car dans la logique de notre droit bourgeois, il faut qu'il y ait patrimoine privé pour qu'il y ait marché : l'échange ne se fait bien qu'entre deux propriétaires (38).

Le principe général du consentement que nous avons vu être à l'origine du "droit à l'image" est l'expression souveraine de cette propriété. Il y a adéquation de la liberté (du consentement) et de la propriété (de l'image) : si je consens à la reproduction publique de mon image, c'est que j'en suis propriétaire, car si je n'en étais pas propriétaire, de quel droit pourrais-je refuser d'y consentir ?

(36) Id., p. 83.

(37) Id., p. 28.

(38) Dans Le droit saisi..., ceci vaut aussi bien pour l'auteur de l'image (cfr. le chapitre 3 : la forme marchande de la création) que pour le modèle (cfr. le chapitre 4 : la forme marchande du sujet).

D'ailleurs, "la forme marchande de la création produit la forme marchande du sujet de droit, et réciproquement" (p. 64).

Nature juridique du « droit à l'image »

La liberté du consentement suppose cette propriété de soi-même, car cette liberté se prouve, précisément, dans l'aliénation de cette propriété. Il n'y a pas d'autre issue : le marché suppose la propriété, et la propriété s'exprime dans le consentement : le consentement à quoi ? à se vendre sur le marché ...

377. Ainsi peut-on percevoir jusqu'où s'introduit l'aliénation : jusque dans l'intimité même de la personne. Celle-ci est certes interpellée par le droit comme sujet de droit, sujet qui veut, et qui est libre. Mais comment fait le droit pour "donner" la liberté au sujet ? Il le divise à l'intime de lui-même en sujet et attributs, de telle sorte que le sujet soit "libre" vis-à-vis de ses attributs (39). Mais puisque cette division n'est commandée que par les lois du marché, elle n'est efficace que dans l'échange même. La liberté du sujet envers ses "attributs" n'est vérifiée que dans leur aliénation. Le sujet n'est tel que s'il est objet de soi. Tout se tient : le sujet, le consentement et la propriété. Le sujet se montre par la propriété et la propriété se montre dans le sujet au moment où il y a consentement, c'est-à-dire aliénation "libre" de "l'objet" (40).

(39) Ces attributs ou "émanations" de la personnalité sont l'image, la vie privée, le nom, le droit moral... (sur les attributs du sujet pris comme objets des droits de la personnalité, v. supra n° 200).

(40) Une longue citation l'expliquera mieux que tout commentaire: "La liberté se prouve par l'aliénation de soi, et l'aliénation de soi par la liberté. Je veux dire par là que l'existence idéologique de la liberté de l'homme se déploie dans la structure du sujet de droit constitué en objet de droit, ou encore, se déploie dans l'essence de l'homme qui est lui-même placé dans la détermination de la propriété. C'est précisément parce que la propriété apparaît dans le droit comme essence de l'homme que l'homme, objet du contrat, va prendre la forme juridique du contrat lui-même qu'il est censé produire librement. En d'autres termes, l'homme, en se patrimonialisant, en se donnant sous la forme sujet/attributs, loin de se dire esclave de sa patrimonialisation, y trouve sa véritable liberté juridique : sa capacité. Et je dirai mieux : l'homme n'est véritablement libre que dans son activité de vendeur : sa liberté, c'est se vendre, et se vendre réalise sa liberté" (B. EDELMAN, Le droit saisi..., pp. 68-69).

Nature juridique du « droit à l'image »

378. On en arrive ainsi à la patrimonialisation extrême du sujet de droit. Loin que ses droits de la personnalité constituent le "patrimoine moral" que ce sujet préserve du jeu des lois économiques en les soumettant au régime de protection inhérent au droit subjectif, ces droits constituent au contraire autant d'oeuvres, autant de biens soumis à la loi supérieure de la disposition puisque le sujet ne peut se les approprier qu'en les diffusant sur le marché. Auteur ou propriétaire de son image, le sujet de droit - en nos sociétés capitalistes - s'est ainsi patrimonialisé lui-même.

379. Que faut-il penser d'une telle lecture du droit contemporain de nos sociétés occidentales ?

Avant d'entrer dans le débat idéologique tranché par la théorie marxiste, on veut nuancer la portée technique des affirmations de M. Edelman quant au fait que la jurisprudence et la doctrine considéreraient le "droit à l'image" sur un plan exclusivement patrimonial.

Ce faisant, on espère pouvoir rendre compte de cette double caractéristique de l'image, c'est-à-dire du fait qu'elle est une des expressions les plus achevées de la personnalité d'un sujet, et qu'en même temps, celui-ci peut la vendre.

CHAPITRE 3 — Les limites de l'explication patrimoniale

380. Pour suivre M. Edelman dans son débat avec la doctrine, nous voulons faire quelques remarques d'ordre méthodologique sur le matériau qu'il utilise dans son analyse : elles nous permettent une première critique de notre auteur.

Nous nous proposons ensuite de rendre raison du langage utilisé par le discours juridique lorsqu'il parle de "propriété de l'image". C'est l'occasion d'expliquer qu'il existe un double régime de la propriété, comme il existe un double régime du droit subjectif.

Nous détaillons enfin la doctrine des auteurs qui se montrent réservés vis-à-vis de l'explication patrimoniale au nom d'une réflexion sur la corporéité humaine, pour pouvoir situer, à partir de cette doctrine, le régime juridique applicable à ce "double" du corps qu'est l'image.

SECTION 1 - L'analyse jurisprudentielle de M. Edelman.

381. Il n'est pas sûr que l'état du droit sur lequel M. Edelman fonde sa construction théorique soit une reproduction tout à fait exacte de ce que l'on peut lire dans les recueils de jurisprudence. Ainsi, lorsque l'auteur affirme (1) : "On ne discute même plus, en droit, que toute expression de la personnalité - vie privée ou image de soi-même - 'appartient au patrimoine moral de toute personne physique, et constitue le prolongement moral de sa personne' (2). On ne discute pas plus que 'le photographié possède, sur son image et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu dont nul ne peut disposer sans son consentement' (3)", il faut sou-

(1) Le droit saisi..., pp. 65-66.

(2) Citation de Paris, 6 juillet 1965, Gaz. Pal., 1966, I, p. 39. L'auteur ajoute : la formule est inlassablement répétée.

(3) Citation du Trib. commerce Seine, 26 février 1963, D., 1963, Somm., p. 85. L'auteur poursuit dans le texte : "On ne discute pas, en définitive, ce fait fondamental : que le sujet est pro-

Nature juridique du « droit à l'image »

ligner, au contraire, que ces opinions sont discutables et discutées.

382. Il est vrai que la jurisprudence parle parfois de propriété pour justifier le "droit à l'image", mais ce n'est jamais qu'une approximation de ce qu'elle veut dire (4).

Et tout d'abord, si la propriété devait s'entendre au sens de l'art. 544 C. civ., comment pourrait-on parler de la propriété d'un usage ? (5).

(suite note 3)

priétaire de lui-même, et que si on lui 'vole' son reflet (...), on lui vole une partie de lui-même dont on lui doit réparation. En fait, le droit nous dit la chose suivante : le sujet n'existe qu'à titre de représentant de la marchandise qu'il possède, c'est-à-dire à titre de représentant de lui-même en tant que marchandise".

(4) Sur les quelque 192 décisions françaises retenues (v. infra, p. 748, nous en avons relevé huit seulement qui admettent explicitement la propriété d'un sujet sur son image.

1. Lyon, 8 juillet 1887, D., 1888, II, 180, S., 1890, II, 241 (reproduction d'un portrait par un autre photographe que le réalisateur du cliché).
2. Civ. Seine, 30 avril 1896, D., 1896, II, 376 (utilisation publicitaire de photographies représentant trois modèles du couturier Rouff).
3. Paris, 6 mai 1897, Ann. prop. ind., 1897, 147 (idem pour des photographies de coureurs cyclistes).
4. Civ. Seine, 10 février 1905, D.P., 1905, II, 389 (film d'une opération chirurgicale).
5. Civ. Seine, 24 mars 1937, Gaz. Pal., 1937, II, 154 (publicité prolongée malgré le non-respect des conditions du contrat).
6. Comm. Seine, 11 mai 1939, Gaz. Pal., 1939, II, 243 (utilisation commerciale de l'image d'une actrice).
7. Comm. Seine, 26 février 1963, déjà cité par B. EDELMAN (touristes de la tour de Pise en tenue négligée).
8. Gr. Inst. Grasse (réf.), 27 février 1971, J.C.P., 1971, II, 16734 (utilisation électorale d'une photo prise sur la voie publique).

Pour la Belgique, cfr. avant la loi de 1886 sur le droit d'auteur : Comm. Bruxelles, 16 décembre 1884, J.T., 1884, col. 1511 (portrait du baron Liebig).

(5) Cfr. les deux derniers jugements français précités (Comm. Seine, 26 février 1963 et Gr. Inst. Grasse (réf.), 27 février 1971) pour lesquels toute personne "possède sur son image et sur l'usage qui en est fait, un droit de propriété absolu, dont nul ne peut disposer sans son consentement".

Nature juridique du « droit à l'image »

N'est-il pas évident, ici, que propriété n'est qu'une façon, maladroite peut-être, d'exprimer une maîtrise exercée par le sujet lui-même, sur "l'usage" de son image, sans toutefois que cette maîtrise implique un rapport de propriétaire à propriété ?

383. La jurisprudence n'est pas dupe des mots qu'elle emploie. La propriété dont elle parle prend, en notre matière, un sens précis; ainsi, à propos de portraits déjà réalisés : "le cliché et les épreuves des portraits obtenus par la photographie demeurent incontestablement la propriété de ceux dont ils reproduisent les traits, et, après leur mort, de leurs héritiers, en ce sens que, ni le photographe, ni à plus forte raison des tiers, n'ont le droit de les exposer en public, de les reproduire ou faire reproduire, de les vendre, ou même de les distribuer gratuitement, sans leur consentement" (6).

La propriété s'identifie ici à une obligation générale d'abstention de la part d'autrui - en particulier du détenteur de l'image réalisée - tant qu'il n'y a pas consentement du sujet de l'image (7).

384. Deux décisions que l'on rencontre souvent dans l'analyse juridique du "droit à l'image" récusent d'ailleurs explicitement l'idée de propriété : "(le demandeur) ne saurait non plus faire reposer (sa prétention) sur la violation du droit de propriété sur sa personne, ainsi qu'il l'exprime dans sa citation, la personne

(6) Lyon, 8 juillet 1887, D., 1888, II, 180, S., 1890, II, 241.

(7) Dira-t-on que cette obligation passive universelle pesant sur les tiers est précisément la caractéristique du droit réel, opposable à tous, et, singulièrement, du droit de propriété ? Il faut alors répondre qu'en théorie générale du droit, l'inviolabilité est la caractéristique de toute situation protégée par le droit, qu'il s'agisse d'un droit réel, d'un droit de créance ou d'un droit de la personnalité. Le fait qu'une situation juridique doive être respectée par tous n'implique nullement que cette situation puisse être définie comme étant un droit réel (Cfr. J. DABIN, Le droit subjectif, pp. 93 et sv. sur l'inviolabilité et l'exigibilité; P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, p. 247 sur l'opposabilité générale).

Nature juridique du « droit à l'image »

humaine n'étant pas dans le commerce, ne pouvant, de ce fait, faire l'objet d'un droit réel" (8).

Depuis lors, la jurisprudence met prudemment des guillemets chaque fois qu'en cette matière, elle emploie le mot propriété (9).

(8) Trib. paix Narbonne, 4 mars 1905, D.P., 1905, II, 390. La note non signée sous cette décision veut cependant faire reposer la prétention du demandeur sur "le droit de propriété sui generis qui appartient à chacun sur son image". L'idée est tenace, mais le 'sui generis' montre combien elle est incertaine : "cette expression latine fait partie de ce vocabulaire rare et précieux, qui s'offre complaisamment au secours du juriste embarrassé : elle n'explique rien" (H. FOUGEROL, thèse citée, p. 18). La seconde décision s'exprime en des termes semblables : "Attendu qu'on ne peut invoquer en cette matière un droit de propriété dans les termes de l'article 544 C.civ., la personne humaine n'étant pas dans le commerce et ne pouvant faire l'objet d'un droit réel" (Civ. Yvetot, 2 mars 1932, Gaz. Pal., 1932, I, 855); mais devant ce jugement, M. EDELMAN ne désarme pas, car le tribunal d'Yvetot poursuit : "(attendu) qu'on ne saurait davantage s'appuyer sur la notion de liberté individuelle ou humaine, qui n'est en définitive que l'expression correcte de la même idée de propriété, ne tendant qu'à affirmer effectivement que l'individu est maître de son corps ou de son image". M. EDELMAN tire parti de ce rapprochement entre liberté et propriété pour constater : "Le droit, pour respecter et rendre réelle la faculté d'aliénation de soi-même qui est reconnue à toute personne physique, doit poser la personne humaine en terme de propriété" (note sous Cass. civ., 6 janvier 1971, D., 1971, Jur., 263) ou encore, toujours à propos du jugement d'Yvetot: "en dernière analyse, la forme sujet, dans sa constitution sujet-objet (de soi), renvoie à un mode de production qui détermine la forme même d'un sujet qui veut se vendre, et dont la liberté ne se produit que dans la détermination de la propriété" (Le droit saisi ..., p. 69).

En fait, propriété et liberté ont, dans les termes du jugement d'Yvetot, un dénominateur commun : la maîtrise de son corps ou de son image; mais cette maîtrise n'implique pas nécessairement une vente de soi-même, comme on aura encore l'occasion de le préciser en ce chapitre.

(9) Comp. la note M. de SALLE citée au J.T., 1975, 135 où l'auteur estime que le fondement véritable de la protection accordée à l'image de la personne consiste en "une sorte de droit de propriété absolu...".

Nature juridique du «droit à l'image»

"Le fait de publier sans son autorisation, le portrait photographique d'autrui constitue une atteinte au véritable droit de 'propriété' que chacun possède sur sa propre image" (10).

385. Peut-on encore dire, dans ces conditions, qu'on ne discute plus, en droit, que le modèle possède sur son image un droit de propriété absolu (11) ?

Si on refuse explicitement cette thèse, ou si on parle de "propriété en ce sens que...", ou de propriété d'un usage, ou de "propriété sui generis" ou d'une sorte de droit de propriété absolu ou de

(10) Gr. Inst. Seine, 18 mars 1966 (2 espèces), D., 1966, 566 : la note de Mme Cl. F.-P. publiée sous cette décision attire l'attention sur les guillemets : "Bien entendu et comme en matière de nom, le recours au terme de propriété n'est, s'agissant d'un droit incorporel essentiellement extra-patrimonial, qu'une manière de parler".

Signalons que dans son arrêt rendu en la 1ère espèce (consommateurs dans un bar de la rue de Seine), la Cour de cassation (Cass. civ., 11 février 1970, D.S., 1971, Jur., 409 et la note J.F.-P.) ne mentionne plus "l'atteinte à un véritable droit de 'propriété'"; elle retient l'autre fondement de l'action: la "faute caractérisée". Entretemps, le tribunal de grande instance de la Seine avait répété sa formule (atteinte au véritable droit de "propriété") dans l'affaire Belmondo (Gr. Inst. Seine, 13 mars 1968, Gaz. Pal., 1968, I, 379), et il la reprendra dans une affaire postérieure (Gr. Inst. Paris, 23 mai 1970, Gaz. Pal., 1970, II, Somm., 65). Dans ses conclusions précédant Paris, 15 mai 1970 (D., 1970, 466), l'avocat général CABANNES parle, lui aussi, du droit de "propriété" (entre guillemets) que chacun possède sur son image.

(11) Il n'y a plus guère qu'un juge belge qui ait tenu, une fois, une telle position (cfr. Comm. Bruxelles, 11 septembre 1974, J.T., 1975, 136) en s'appuyant d'ailleurs - ô ironie - sur l'analyse de M. EDELMAN : "B. EDELMAN souligne (...) que contrairement à l'opinion aussi répandue qu'erronée, que la personne humaine n'est point dans le commerce, il apparaît que le prolongement de la personne que constitue l'image se vend et se protège". A ce sujet, v. aussi Enc. Dalloz, V° Droits de la personnalité n° 91 renvoyant "pour une défense du droit de propriété sur l'image" à B. EDELMAN (chron. citée au Dalloz 1970) "qui considère que l'image est bien une marchandise".

Nature juridique du « droit à l'image »

"propriété" (entre guillemets), n'est-ce pas l'indice qu'il y a au moins matière à discussion (12) ?

386. Ceci nous amène à proposer notre interprétation du discours jurisprudentiel sur le sujet "propriétaire" de son image.

Au lieu de durcir ce langage, comme le fait M. Edelman, dans une conception moniste de la propriété privée, nous préférons déployer la richesse de cette notion selon deux sens différents : ceux-là même que désigne le double régime caractéristique du droit subjectif.

SECTION 2 - Le double sens du droit de propriété.

387. Tout se passe comme si la jurisprudence choisissait dans la panoplie des droits réels et personnels que lui offre le Code civil le droit qui lui paraît le plus vigoureux - à savoir la propriété - pour montrer à quel point elle tient à défendre un "bien" - la personnalité de l'homme - qui n'est pourtant pas, elle le sait fort

(12) V. aussi la note de M. MERLE sous Gr.Inst. Nancy, 8 juin 1973, D., 1974, Jur., 126, où l'auteur remarque, à propos de l'utilisation de l'image d'un reporter de l'O.R.T.F., que "le tribunal se garde de reconnaître un droit de propriété, l'expression ayant été maintenant définitivement condamnée"; cfr. aussi J. LIEVENS, art. cité, R.W., 1976-77, col. 1863 : "Thans is de thesis als zou het individu een eigendomsrecht hebben op zijn afbeelding dan ook volledig voorbijgestreefd". Comp. en matière de secret Cl. GEFFROY, "Le secret privé dans la vie et dans la mort", J.C.P., 1974, Doctr. 2604, où l'auteur signale à propos du droit au secret : "la jurisprudence ayant parlé de 'véritable droit de propriété', on croit bien assister à une patrimonialisation de l'homme (en note la chronique de M. EDELMAN : Esquisse d'une théorie du sujet. L'homme et son image, D.S. 1970, p. 119)" mais Mme GEFFROY poursuit : "Toutefois, il faut éviter des déductions trop hâtives. Le secret n'est pas réifié au point de se partager lorsqu'il est commun à deux époux, de telle sorte que l'un d'eux ne puisse pas sans l'accord de l'autre divulguer des souvenirs communs. Et la jurisprudence la plus récente affirme nettement qu'il est contraire aux bonnes moeurs de monnayer les faits intimes".

Nature juridique du « droit à l'image »

bien, une propriété au sens strict, un bien du patrimoine économique.

Lorsque la jurisprudence parle de propriété, elle n'entend pas opérer une dissociation entre un sujet (propriétaire) et un objet (propriété); elle entend plutôt montrer l'unité fondamentale qui défie toute division du sujet d'avec ses "attributs".

388. Risquons l'hypothèse selon laquelle la propriété évoquée ici n'implique pas la dissociation aliénante mais bien plutôt la radicale appartenance à soi qui empêche précisément l'appartenance à autrui, l'aliénation. Dès lors, la propriété ne doit pas s'entendre en son sens "objectif" : "cet objet est à moi; c'est ma propriété", mais bien en un sens "subjectif" : "cet objet, c'est moi; c'est ce que j'ai (je suis) en propre". La propriété désigne moins, ici, la "chose" extérieure que le sujet maîtrise "de la manière la plus absolue" (C.civ. 544), que la caractéristique personnelle du sujet lui-même (13).

"Propriété" aurait ainsi deux sens différents : d'une part, celui du lien que l'art. 544 C.civ. établit entre un sujet et une chose qui lui est extérieure; et d'autre part, celui du lien que le droit établit entre un sujet et une valeur qui lui est personnelle, "propre".

389. Dans le premier sens, le régime de disposition peut s'appliquer de la façon la plus normale qui soit, puisque le sujet dispose d'une chose qui n'est pas lui-même. Dans le second sens, c'est le régime de protection qui convient, puisqu'ici il s'agit de sauve-

(13) Dans son "Essai sur les principes généraux du droit", G. DEL VECCHIO (Rev. critique, 1925, p. 188, note 1) fait état de la doctrine italienne pour montrer que la propriété peut s'entendre en un sens différent du sens étroitement juridique. Ainsi, ROMAGNOSI fait de la propriété "une manière d'être déterminée et propre à un objet donné" et ROSMINI l'entend comme "tout ce que la personne porte réunie à elle comme partie d'elle-même, c'est-à-dire comme sien"; cfr. aussi la théorie fort suggestive de PETRONE, pour qui le droit sur son corps est le premier terme de la série des appropriations. Cette analyse du droit de propriété sera prolongée dans la dernière partie, infra n° 971.

Nature juridique du « droit à l'image »

garder une valeur liée au sujet lui-même. Parler de "propriété" n'implique dès lors pas nécessairement une objectivation des attributs du sujet, ce peut être, au contraire, une façon d'affirmer la liberté de ce sujet dans la maîtrise de ce qui lui est propre. On peut donc concevoir "le droit à l'image" sur un autre registre que celui de la propriété des choses matérielles telle que l'entend l'article 544 C. civ.

C'est d'ailleurs ce que les auteurs répètent sur tous les modes.

390. Comme la jurisprudence en effet, la doctrine a pris assez tôt ses distances par rapport à une assimilation du "droit à l'image" avec le droit de propriété classique (14).

Sans doute ce droit de propriété pouvait-il rehausser de son prestige le "droit à l'image" (15), mais à vouloir lui imposer tous ses caractères, il risquait de le dénaturer : "l'article 544 du Code civil n'a rien à faire en la matière : cette extension de la notion de propriété nous paraît erronée; certes, le droit à son image est un droit opposable erga omnes, mais là se borne sa ressemblance avec le droit de propriété" (16).

(14) Ainsi J. APPLETON dans sa note sous Civ. Seine, 20 janvier 1899 (D., 1902, 2, 73) : "Si l'on est à peu près d'accord, aujourd'hui, pour reconnaître que toute personne peut empêcher, par une sorte de droit de veto, la reproduction de sa physionomie, on est loin de s'entendre sur la base juridique de ce droit. La plupart des auteurs le font dériver d'un véritable droit de propriété que chacun posséderait sur sa personne et qui se prolongerait sur les images mêmes de celle-ci. Nous croyons un peu hasardeuse cette extension de la notion de propriété; elle ne peut guère, à nos yeux, avoir ici que la valeur d'une comparaison".

(15) "Le droit à la physionomie y gagnait cette auréole d'inviolabilité qui s'attache à la propriété (H. FOUGEROL, thèse citée, p. 19); "Le droit de propriété avait l'avantage d'être un droit populaire, commode, sacré" (R. NERSON, thèse citée, p. 141).

(16) R. NERSON, thèse citée, p. 142. "Droit à l'image" et droit de propriété constituent l'un et l'autre une situation juridique inviolable : tous les tiers doivent la respecter mais, ainsi qu'on l'a déjà vu, cette caractéristique commune ne commande pas leur assimilation : lorsqu'on entend le mot "propriété" uniquement dans le sens d'une abstention universelle des

Nature juridique du « droit à l'image »

391. Pour éviter les confusions, tout en justifiant le langage tenu parfois par les juges et les auteurs sur le sujet "propriétaire" de ses traits, nous disons qu'à côté du sens classique du droit de propriété où un sujet se voit reconnaître la disposition de choses qui lui sont extérieures, il existe un autre sens qui insiste sur la protection à accorder au sujet par rapport aux valeurs qui lui sont personnelles.

Cette hypothèse se fonde sur une intelligence du sujet de droit et de la propriété privée qui n'est pas celle de M. Edelman. Mais nous voulons préserver ici la possibilité d'une telle lecture, en affirmant que l'analyse de M. Edelman n'est pas la seule qui soit possible, ni même qu'elle rende bien compte de l'état actuel du droit.

392. L'appartenance n'implique pas la dissociation qui aliénerait le sujet dans ce qui lui appartient, elle implique plutôt le lien du sujet à lui-même en son intimité personnelle qu'il s'agit de défendre contre toute atteinte. Pour s'en convaincre, il semble qu'ici, dans l'analyse de l'image corporelle, on ne puisse pas faire l'économie d'une réflexion sur le corps lui-même. Car le corps symbolise ce lien d'appartenance à propos duquel l'objectivation n'est plus possible.

Il faudra voir, toutefois, si le lien de droit qui lie le sujet à son corps est identique à celui qui le lie à son image.

SECTION 3 - Le corps et sa propriété.

393. L'image du sujet est identiquement celle de son corps. Le corps, c'est déjà le sujet, et son image, c'est lui-même (17).

(Suite note 16)

tiers, cette "propriété" peut désigner toutes les situations que l'on veut et pas nécessairement le rapport "absolu" de la personne à la chose décrit par l'article 544 C. civ.

(17) De là vient l'impossibilité de savoir si l'image touche l'élément physique ou l'élément moral de la personnalité. Car l'ima-

Nature juridique du « droit à l'image »

La question du "droit à l'image" pose ainsi - et ce n'est pas son moindre intérêt - la question du droit de l'homme sur son propre corps, puisque la doctrine raisonne très souvent pour l'un comme pour l'autre. On va le voir aussi bien lorsqu'il s'agit d'établir la propriété de l'image - à partir de la propriété du corps - que la non-propriété de l'image - à partir de la non-propriété du corps.

394. Pour élaborer la thèse du droit de propriété sur l'image de soi, la doctrine réfléchissait déjà à partir du corps; le droit de propriété que l'homme posséderait sur son corps se prolongerait en droit réel sur les images représentatives de ce corps. C'est ainsi que Fougerol écrivait en 1913 : "De même que l'homme, en vertu de son droit de propriété, a la libre disposition de lui-même (...) ainsi il serait maître, en vertu du même titre de propriété, d'interdire toute reproduction et diffusion en public, de l'image de sa physionomie" (18).

(Suite note 17)

ge nous montre que, lorsqu'il s'agit du corps de l'homme, le "physique" est déjà "moral". Ainsi, E.H. PERREAU ("Les droits de la personnalité", R.T.D.Civ. 1909, p. 501) considère-t-il l'image comme un élément physique de la personnalité, tandis que M. NERSON (thèse citée, p. 135) la considère comme élément moral. M. STOUFFLET (art. cité, § 7) concilie les deux positions : "L'image, c'est ce qui de la personne est perçu par l'oeil. Dès lors, elle se trouve liée à l'élément physique de la personnalité dont elle est l'apparence. Mais, de nature immatérielle, elle se détache cependant de la personnalité physique et la reproduction qui peut en être faite, ainsi que la diffusion de cette reproduction, mettent en cause l'élément moral de la personnalité".

(18) H. FOUGEROL, thèse citée, p. 16 (nous soulignons); même énoncé de la thèse (et même réfutation) dans R. NERSON, thèse citée, pp. 141-142.

Cfr. aussi la formulation de M. TOULEMON dans sa note sous Paris, 27 avril 1971, J.C.P., 1971, II, 16804 : "chacun a un droit personnel et privatif à son image, belle ou laide, toute personne est maître de son effigie comme elle est maître de son corps, et par conséquent, de l'image qui peut en être faite" (nous soulignons). V. encore J. CARBONNIER, note sous corr. Grasse, 8 février 50, D., 1950, 712 qui tient pour un fait de mentalité prélogique la considération de l'image comme consubstantielle à l'individu : par exemple, celui qui possède l'image d'un sujet le tient magiquement en son pouvoir.

Nature juridique du « droit à l'image »

Le droit protège l'image comme il protège le corps (et la propriété) : "On ne peut pas plus s'emparer du visage d'une personne que de son bien. L'homme a sur son corps, par conséquent sur son visage, un droit personnel" (19).

395. La licence permise à l'égard de l'image pourrait même se justifier par la licence autorisée à propos du corps ainsi que le laisse entendre, au début du siècle, l'arrêt de la cour d'appel de Milan, déjà rencontré (20). Le "droit à l'image" se "réfléchit" à partir du droit sur le corps (21).

(19) Pandectes belges, V° Caricature, n° 6 (nous soulignons).

(20) Milan, 26 juillet 1904, Pas. belge, 1905, IV, 149 (v. supra n° 296). Pour justifier le droit absolu d'un mineur sur son image, l'arrêt raisonne analogiquement à partir de la loi pénale : "le mineur de plus de 16 ans est considéré comme maître de son corps, et celui qui a avec lui des rapports condamnés par la morale échappe néanmoins à toute responsabilité. Or si l'on admettait qu'un mineur de plus de 16 ans n'a pas le droit de se faire photographier même (sic) dans une pose inconvenante ou indécente, on devrait cependant lui concéder le droit de se livrer à des actes d'une bien plus grande gravité. Le droit sur la propre image n'étant qu'une application du droit sur le propre corps, qui, à 16 ans, ne comporte plus de limites, ne peut pas plus être limité que ce dernier". L'absence de sanction pénale révèle le principe de liberté. Celle-ci s'exerce à propos du corps et donc aussi de l'image. La maîtrise (même licencieuse) envers l'un entraîne la maîtrise (même licencieuse) envers l'autre.

(21) La contre-épreuve en est fournie par la position de M. BECOURT. Pour cet auteur, il n'existe pas de maîtrise individuelle de l'image de soi : c'est la liberté de diffusion de l'image qui constitue le principe. Le sujet représenté ne pourra se plaindre que de la mauvaise foi de l'auteur de l'image ou de la dénaturation de la communication, mais jamais de la communication de l'image en tant que telle. Elargissant ses perspectives, l'auteur écrit : "Comment s'en formaliser quand partout l'image sociale tend à prévaloir sur l'image personnelle à usage exclusif des divers attributs de la personnalité, depuis le nom que nous portons jusqu'à notre corps même, dont nous avons cessé d'être le seul maître. Car la génétique, avec la parthénogenèse et l'insémination artificielle, permet aujourd'hui de dissocier de la conception la relation de paternité, peut-être demain la maternité; car déjà les greffes d'organes, même les plus précieux, autorisent tous les espoirs .." (op.cit., conclusion, § 136, p. 78). Ici donc, la socialisation du corps (par la fécondation arti-

Nature juridique du « droit à l'image »

396. Mais si la maîtrise de l'image est parfois pensée sur le mode de la propriété à cause d'une maîtrise du corps pensée, elle aussi, sur le mode de la propriété, on va voir qu'un autre courant doctrinal reprend le même raisonnement, mais dans un sens complètement inversé : on y affirme qu'il faut sans doute raisonner pour l'image comme pour le corps, mais que, ni dans un cas ni dans l'autre, il ne s'agit d'une propriété (au sens de l'art. 544 C.civ.). Ainsi, pour montrer que l'image du sujet n'est pas une chose, la doctrine va souligner le fait que le corps même du sujet n'est pas une chose non plus.

Ce faisant, elle espère renverser le double présumé de la thèse qui assimile le "droit à l'image" à un droit de propriété, présumé selon lequel - d'abord - l'homme aurait un droit de propriété sur son corps, selon lequel - ensuite - ce droit de propriété sur le corps entraînerait, de soi, un droit de propriété sur l'image de ce corps (22).

397. La première affirmation de la doctrine porte sur l'incompatibilité de la figure juridique de la propriété avec la relation d'un sujet envers son propre corps.

Alors que la propriété évoque nécessairement une "chose", c'est-à-dire un objet extérieur sur lequel le sujet exerce son droit, le corps signifie, lui, l'intériorité même du sujet. Comme l'écrit M. Nerson "notre corps, c'est nous-mêmes et il est contradictoire de prétendre que l'objet du droit de propriété sera, non une chose extérieure, mais le sujet même du droit..." (23).

De son côté, M. Carbonnier affirme : "(Notre droit) a repoussé, depuis longtemps, l'idée que l'être humain fût propriétaire de son

(Suite note 21)

ficielle, les transplantations, etc...) rend plausible la socialisation de l'image. La non-maîtrise individuelle de l'un entraîne la non-maîtrise individuelle de l'autre.

(22) Cfr. J. LIEVENS, art. cité, R.W., 1976-77, col. 1863, citant P. KAYSER, à propos des "twee verkeerde premissen" de la thèse d'une "propriété de l'image".

(23) R. NERSON : thèse citée, p. 142, reproduisant H. FOUGEROL, thèse citée, p. 18.

Nature juridique du « droit à l'image »

corps, parce que cette idée impliquait une confusion absurde entre l'objet et le sujet du droit : dominus membrorum suorum nemo videtur..." (24).

398. Cette affirmation est centrale pour notre propos, et il faudra nécessairement y revenir (25). Contentons-nous pour l'instant d'y voir le passage obligé d'une réflexion sur l'image et sur le droit qu'un sujet exerce sur ses propres traits. Car M. Carbonnier poursuit dans sa note : "Mais que nous puissions être propriétaires de l'immatérielle image que nous donnons de nous à nos semblables, cela répugne tout autant à la claire raison".

C'est la contestation du deuxième présupposé de la thèse qui assimile le "droit à l'image" à un droit de propriété.

SECTION 4 - L'image et sa propriété.

399. Pour nier l'existence d'un droit de propriété du sujet sur son image, la doctrine commence par réfuter la thèse d'un droit de propriété sur le corps même dont l'image n'est que l'apparence;

(24) J. CARBONNIER, note sous trib. corr. Grasse, 8 février 1950, D. 1950, 712, citant ULPYEN au Digeste, Livre IX, titre II, ad legem Aquiliam, n° 13 : "Dominus membrorum suorum nemo videtur".

V. aussi du même auteur, Droit civil, t. 1, p. 179, à propos des thèses qui reconnaissent au sujet un droit de propriété ou d'usufruit sur son propre corps : "ces analyses ont le tort de considérer le corps humain comme une chose (...) alors qu'il est la personne même, et de confondre ainsi sujet et objet". M. CARBONNIER ajoute : "Aussi l'opinion la plus répandue aujourd'hui verrait-elle plutôt dans le droit sur le propre corps un droit de la personnalité, un des droits primordiaux qui appartiennent à l'individu".

(25) V. infra n° 981 sur l'impossible objectivation du corps; v. aussi A. BORRELL-MACIA, La persona humana (Barcelone 1954) qui défend le droit de propriété de l'homme sur son corps; cette thèse est présentée et critiquée par A. DECOCQ dans son Essai d'une théorie générale des droits sur la personne pp. 192 et sv.; cfr. aussi P. KAYSER : "Les droits de la personnalité", article cité, p. 461 : les droits comparables aux droits réels.

Nature juridique du « droit à l'image »

elle pose alors la question : si un sujet n'est pas propriétaire de l'un, pourrait-il être propriétaire de l'autre ? Si le corps ne peut pas être "objet", "chose", pour un sujet, l'image de ce corps pourrait-elle être elle-même "objet" ?

Elle répond que si le sujet n'a pas de droit de propriété sur son corps, il n'en a pas non plus sur l'image qu'il en "donne" à autrui : le droit de propriété - entendu au sens classique de l'art. 544 C.civ. - implique un rapport de sujet à objet que l'on ne peut utiliser en notre matière, si l'on veut rendre un compte exact de l'expérience "propre" du sujet (26).

400. Par contre, pour M. Edelman, cette analyse logique ne correspond évidemment pas à l'état du droit tel qu'un marxiste peut le dévoiler dans la jurisprudence : "si l'homme n'est pas propriétaire de lui-même, au nom de quoi peut-il subir un préjudice qui repose sur la violation de son consentement ?" (27) "Si je ne suis pas propriétaire de mes 'attributs', comment puis-je les mettre dans le commerce" ? (28)

401. Qui peut trancher ? L'homme est-il oui ou non propriétaire de son image ? Cette image est-elle un objet dont le sujet dispose "de la manière la plus absolue", ou bien est-elle encore tellement le sujet qu'elle répugne à cette distinction d'avec lui que commanderait l'existence d'un droit réel ?

402. Pour répondre, il faudrait pouvoir situer les limites du détour pris par la doctrine pour justifier l'impossibilité d'objec-

(26) V. encore, par exemple, dans ce sens, P. LALIVE, art. cité, p. 32 : "la théorie du droit de propriété, même 'sui generis' (...) implique une distinction entre le propriétaire et la chose, entre le sujet et l'objet du droit réel, distinction difficilement soutenable entre l'homme et son image corporelle".

(27) B. EDELMAN, note sous Cass.civ., 6 janvier 1971, D., 1971, Jur., 263.

(28) B. EDELMAN, Le droit saisi... p. 70 : la croisade des chevaliers du droit ou l'histoire d'une doctrine juridique.

Nature juridique du « droit à l'image »

tiver l'image, à savoir : l'impossibilité d'objectiver le corps. Les affirmations "personnalistes" tenues à propos du corps - "le corps n'est pas une chose, il n'est pas 'objet', on n'en est pas propriétaire, etc..." - sont certainement inspirantes pour la façon de comprendre, dans les termes du droit, l'image de ce corps. Mais le régime de l'un n'est peut-être pas nécessairement le régime de l'autre : ce qui est dit du corps ne vaut pas toujours pour son apparence. Ainsi, lorsque l'image est fixée sur un support matériel, n'avons-nous pas là un bien qui, pour être lié à la personnalité du sujet, n'en est pas moins très matériel, "objectivé" ? On dit que l'image a été réalisée : elle est devenue "res", chose. Elle n'est plus le corps lui-même, mais son "double", fixé, agrandi, cadré, reproduit...

Ne trouverait-on pas là la possibilité de reconnaître un droit - réel ou intellectuel - du sujet sur son image ? Et ne pourrait-on pas rendre compte, du même coup, de la patrimonialisation dont ce droit fait l'objet ?

403. Avant de proposer, à la fin de ce titre, une hypothèse cohérente qui puisse faire droit à l'explication patrimoniale, il faut aborder maintenant l'autre figure appelée à rendre compte de la nature juridique du "droit à l'image". Car après l'application à notre matière du schéma de la responsabilité civile, nous avons assisté à l'émergence d'un droit. Or, il ne semble pas que l'explication patrimoniale du "droit à l'image" entendu comme droit d'auteur ou droit de propriété soit entièrement satisfaisante. C'est qu'en notre domaine, le régime de disposition s'applique mal, puisqu'il suppose le rapport d'un sujet à un objet.

404. Si ce "droit à l'image" évoque davantage la protection d'une apparence du sujet qu'une disposition de ce que ce même sujet est prêt à "donner" (ou vendre) de ses propres traits, n'y a-t-il pas là l'indice de ce que, en notre matière, le droit de la personnalité est dominant par rapport au droit de propriété ?

Nature juridique du « droit à l'image »

CHAPITRE 4 — L'émergence du droit de la personnalité

405. Pour entamer l'étude de l'explication patrimoniale du "droit à l'image", nous avons décrit l'articulation qui lie la personne à son patrimoine (1). Nous avons vu alors qu'il n'est pas simple de tenir ensemble le lien en même temps que la différence entre le sujet et ses biens.

De là, les difficultés rencontrées à vouloir exposer sur le mode des droits patrimoniaux (droit intellectuel ou droit de propriété) la relation du sujet à ses attributs les plus personnels.

406. A présent, ces embarras disparaissent, puisque nous n'avons plus devant nous que la personnalité même du sujet à protéger. C'est d'elle qu'il faut partir pour voir émerger ce qu'on appelle précisément le droit de la personnalité.

C'est ainsi qu'on parle d'abord de la liberté puis, rappelant ce qui a été dit de la protection des intérêts du sujet par le mécanisme de la responsabilité civile, on voit apparaître le "droit à l'image" par l'originalité de la protection qui entoure ce nouveau droit.

SECTION 1 - Le droit et la liberté.

407. Depuis les années 1960 surtout, la jurisprudence emploie fréquemment le terme droit pour désigner la maîtrise que le sujet exerce sur son effigie et sur l'usage qui en est fait. Ce sont "les droits inhérents à la personnalité de la personne représentée" (2) ou "les droits des sujets photographiés sur leur image" (3), ou "les droits de la personne sur son image" (4) ou "le droit des per-

(1) v. supra n° 360.

(2) Gr. Inst. Seine (réf.), 14 octobre 1960, Gaz. Pal., 1961, I, 17 et Gr. Inst. Seine, 9 octobre 1963, Gaz. Pal., 1964, I, 73.

(3) Comm. Seine, 26 février 1963, J.C.P., 1963, II, 13364.

(4) Cass.civ., 6 janvier 1971, J.C.P., 1971, II, 16723.

Nature juridique du « droit à l'image »

sonnes dont l'artiste a reproduit l'image et qui tient à la protection de la personnalité" (5) ou cette formule peut-être plus précise : "le droit de N. d'exiger des tiers le respect de son image" (6).

Mais comment penser ce droit sans y introduire d'emblée le rapport de sujet à objet que nous avons reconnu ailleurs, et particulièrement dans le droit de propriété entendu au sens de disposition des choses matérielles ? Il semble qu'ici la coïncidence entre l'objet et le sujet rende délicat l'emploi du concept de droit lui-même.

408. C'est sans doute pour cette raison qu'autrefois, on parlait plutôt de liberté. Ainsi, Vaunois : "Il nous semble que c'est dans la notion de liberté individuelle plus que dans celle de propriété que l'on peut trouver l'origine du droit de chacun sur l'image de sa personne. La loi française garantit à tout être humain toute la somme de liberté compatible avec les nécessités de la vie sociale (...). Ce droit comprend assurément celui de dérober son image aux regards (...). Nul ne peut être forcé, contre son gré, de livrer au public sa personnalité, sous une de ses manifestations quelconques. Reproduire, exposer, vendre la photographie d'une personne contre la volonté de celle-ci, c'est attenter à sa liberté" (7).

La liberté du sujet connote son autodétermination : c'est lui qui choisit par lui-même de livrer sa personnalité. Sans doute l'image de soi est-elle inévitablement exposée au public, mais c'est l'image d'une personnalité qui a choisi de se présenter telle qu'elle est, dans l'espace et le temps qu'elle détermine de son propre mouvement. Cette maîtrise du sujet sur lui-même n'est pas autre chose que l'expression de sa personnalité propre. Et celle-ci mérite

(5) Aix-en-Provence, 19 décembre 1968, D., 1969, 265.

(6) Paris, 27 avril 1971, J.C.P., II, 16804.

(7) A. VAUNOIS, note précitée sous Civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902, 2, 73.

Nature juridique du « droit à l'image »

la considération des tiers : "Il y a là une question de moralité et de respect de la personnalité humaine" (8).

409. Dans l'image se livre une liberté; c'est la raison pour laquelle elle doit être laissée libre. Si on "prend" l'image d'un tiers alors qu'il n'y consent pas, on établit un divorce dans la personnalité même de ce tiers entre son image qui le livre inévitablement à autrui et sa liberté qui - par hypothèse - refuse la fixation de cette image. Puisqu'il est matériellement possible que l'image du tiers soit livrée malgré lui, il faut que le droit fasse réintégrer cette livraison de soi dans la sphère de la liberté individuelle pour que, précisément, l'image d'un sujet ne soit jamais fixée et diffusée malgré lui (9).

410. Alors que le courant majoritaire de la doctrine est passé à la reconnaissance d'un véritable "droit à l'image", M. Carbonnier

(8) Civ. Seine, 21 juillet 1924, Gaz. Pal., 1924, 2, 667 : en l'espèce, au cours de l'instruction d'une affaire de disparition, un journal avait publié la photo du demandeur en faisant peser des soupçons sur lui.

(9) Comme l'écrit FOUGEROL : "Le droit à son image est un droit inhérent à la personnalité. Ce droit est une conséquence de la liberté individuelle; l'homme est maître de sa physionomie parce qu'il est libre. Il doit en disposer comme bon lui semble, et au profit de qui il lui plaît. Il y aurait une atteinte à ma personnalité, à ma volonté, dans le fait de reproduire mes traits et de les propager sans ma permission" (H. FOUGEROL, thèse citée, p. 27); en jurisprudence, on n'emploie guère le mot liberté, sauf ce jugement précité du tribunal civil d'Yvetot du 2 mars 1932 : "Le principe de la liberté individuelle est de nature à justifier le droit qu'a l'individu d'interdire la reproduction de son image prise dans un lieu privé", et cet arrêt de la Cour de Poitiers du 21 octobre 1935 (D.H., 1936, 45) : "il appartient (...) exclusivement à la personne photographiée d'autoriser ou de refuser l'exposition publique de son image, notamment dans la vitrine d'un photographe; cette exposition est de nature, en effet, à porter atteinte à la liberté que, relativement à son individu, possède la personne photographiée".

Nature juridique du « droit à l'image »

garde une certaine sympathie pour la thèse de la liberté (10). Y a-t-il une grande différence entre les deux concepts ?

Si le philosophe note dans la liberté son caractère d'autodétermination, le juriste retient en outre son indétermination : "La liberté est la possibilité reconnue à la personne de faire ce qui lui plaît, le pouvoir pour elle d'agir selon sa propre détermination. Elle n'a pas un objet assez précis pour constituer un droit subjectif, au sens technique du terme; c'est plutôt, comme l'a dit Josseland, une virtualité de droit" (11).

Cette indétermination de la liberté par rapport au droit lui vient de son caractère négatif, car la liberté s'entend comme absence de contrainte (12).

(10) J. CARBONNIER, Droit civil, t. 1, p. 179 à propos du droit sur son propre corps : "l'opinion la plus répandue aujourd'hui verrait (...) plutôt dans le droit sur le propre corps un droit de la personnalité, un des droits primordiaux qui appartiennent à l'individu (...). Il est cependant permis de demander s'il est bien exact de parler d'un droit subjectif quelconque pour qualifier la relation de la personne avec son corps: plus que d'un droit subjectif, il s'agit d'une liberté, d'une des expressions de la liberté physique". Sans doute, au chapitre des "attributs de la personne physique" (p. 250), M. CARBONNIER range-t-il le "droit à la propre image" parmi les "droits primordiaux de la personne" (généraux, extra-patrimoniaux et absolus) mais après avoir énoncé les diverses justifications du droit à l'image (hypothèse du droit de propriété, du droit d'auteur, du droit de la personnalité), il ajoute: "Il n'est pas impossible non plus de voir dans la protection accordée à l'homme contre les abus de son image un aspect de la liberté" (p. 159).

(11) J. CARBONNIER, Droit civil, t.1, p. 252. Cfr. aussi P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, p. 141 : "La différence entre la liberté et le droit proprement dit est que le droit est affecté d'une certaine finalité particulière par la loi qui l'a créé; mais la liberté constitue une prérogative discrétionnaire, qui peut s'exercer dans toutes les directions, parce que précisément elle est la liberté", et P. KAYSER, "Les droits de la personnalité", art. cité, in R.T.D.Civ., 1971, p. 454.

(12) FOUGEROL le remarquait déjà lorsque, après avoir noté que "le droit à sa propre image nous apparaît (...) bien nettement comme une garantie de la liberté individuelle", il ajoutait que ce droit à sa propre image "réunit bien tous les caractères des droits personnels (= inhérents à la personnalité) : comme eux, il est plutôt un ensemble de défenses (ainsi pour

Nature juridique du «droit à l'image»

411. Dans cette optique, on peut dire que l'expression "droit à l'image" prête à confusion. Car ce n'est pas l'image qui est l'objet du droit (13). Ce qui est en jeu, c'est la liberté du sujet d'exprimer sa personnalité comme il l'entend, sans être l'objet de contrainte de la part d'autrui.

Son image - qui est lui-même - ne peut pas être utilisée, publiée ou même fixée malgré lui. Il ne s'agirait donc pas tant de reconnaître au sujet un droit sur son image que de lui reconnaître une liberté qui s'impose aux tiers jusque dans l'image que ce sujet donne de lui-même.

412. L'affirmation de la liberté individuelle du sujet est fondamentale : elle est à la racine du droit de la personnalité, car elle permet à ce nouveau type de droit d'exprimer son originalité par rapport à toutes les autres figures juridiques qui ne fonctionnent que dans un rapport de sujet à objet. La liberté ne porte pas sur "ceci" ou "cela", comme c'est le cas du droit subjectif classique tel que la propriété de l'art. 544 C.civ.; plutôt qu'un mouvement qui partirait d'un sujet vers un objet, la liberté connote le second sens de la propriété; elle évoque ce sujet même, dans son activité "propre" qui, comme telle, ne relève pas du monde des objets. Sans doute, la liberté s'exprime-t-elle en "ceci" ou "cela", mais ces expressions ne sont pas des "choses" détachées du sujet qui les livre, elles sont bien plutôt ce sujet lui-même dans le mouvement de sa liberté.

(Suite note 12)

le droit à la vie, à l'honneur, au nom : ne pas tuer, ne pas diffamer, ne pas usurper le nom d'autrui) qu'un pouvoir de disposition de la personne sur elle-même" (H. FOUGEROL, thèse citée, pp. 29-30).

- (13) Cfr. P. KAYSER, "Le droit dit à l'image", art. cité, p. 82: "Ce n'est pas l'image qui est l'objet du droit, comme elle est l'objet du droit de propriété. L'objet du droit est la charge de ne pas publier l'image, qui existe pour toutes les personnes qui ont un droit (= de propriété, d'auteur...) sur celle-ci ou qui en ont la possession". A cette charge de ne pas publier l'image, l'auteur, on le sait, ajoute celle de ne pas même la réaliser (v. supra n° 256).

Nature juridique du « droit à l'image »

413. Une telle confession de la liberté appelle, à son tour, une justification. Celle-ci ne pourra venir qu'au terme de la démarche analytique. Qu'il suffise ici d'entendre la "liberté" comme elle se présente dans le langage des juristes, sous un aspect négatif et sous la forme d'une indétermination, et de voir, à partir de là, comment elle prend peu à peu les déterminations d'un droit subjectif original au contenu positif : le droit de la personnalité. Ce droit, on s'en rend compte, ne peut relever du régime de disposition, car nous ne sommes plus dans le monde des objets. Puisqu'il s'agit de situer une liberté individuelle en ses déterminations personnelles, on aura recours au régime de protection. Autrefois, on le sait, c'était celui de la responsabilité civile protectrice des intérêts du sujet. Et maintenant ?

SECTION 2 - L'intérêt et la liberté.

414. Le passage de la liberté au droit n'est pas sans rappeler celui qui a été reconnu au début de ce titre : de l'intérêt au droit (14).

Dans ce second cas, nous avons vu l'abandon des règles de la responsabilité - même si on en a gardé le schéma : faute, dommage, réparation - au profit d'une sanction plus immédiate de la seule absence de consentement à la fixation/publication de l'image.

C'est également dans ce sens d'une meilleure protection (de l'image) du sujet que l'on est passé du concept de liberté à celui de droit (15) : l'indétermination - caractéristique de la liberté en son

(14) Cfr. supra n° 352.

(15) Cfr. D. TALLON, Enc. Dalloz, V° Droits de la personnalité § 5 : "Il est (...) difficile de distinguer entre droits de la personnalité et libertés civiles. Si celles-ci se caractérisent par leur aspect négatif (droit de s'opposer à toute atteinte), leur objet relativement vague, et par l'absence de protection juridique propre (...), on peut estimer que les droits de la personnalité - ou la plupart d'entre eux - ont dépassé le stade des libertés civiles pour devenir vraiment des droits subjectifs, ou assimilés". On voit qu'entre autres, la "protection juridique propre" signale l'existence d'un droit.

aspect négatif - se précise en un droit déterminé qui sera ainsi mieux défendu (16).

415. Faut-il s'étonner de cette convergence de la liberté et de l'intérêt, et de leur commun acheminement vers la reconnaissance d'un droit subjectif ? Non, car la liberté dit sur le registre de la spontanéité reconnue au sujet ce que les règles de la responsabilité civile énoncent comme autant d'intérêts à défendre. Que protègent, en effet, ces règles de la responsabilité sinon précisément le mouvement propre du sujet qui doit pouvoir être libre, c'est-à-dire ne pas être entravé par autrui ? et réciproquement, le caractère négatif de la liberté indique les comportements dont les tiers doivent s'abstenir sous peine d'engager leur responsabilité, c'est-à-dire l'obligation de réparer ce qui est advenu par leur faute. La liberté d'un sujet est garantie par la responsabilité de celui qui y porte atteinte.

416. Or il se fait que du schéma de la responsabilité a émergé, ainsi qu'on l'a vu, la reconnaissance d'un droit (17).

(16) Rappelons que, pour M. STOUFFLET (art. cité n° 5), la notion de liberté, "faculté reconnue à la personne d'interdire aux tiers de porter une atteinte, non consentie par elle, à certains intérêts", semble insuffisante à cause de la patrimonialisation dont l'image peut faire l'objet : "Seul le concept de droit rend compte de cette valeur figurant dans le patrimoine ...". V. supra n° 359. Sans vouloir méconnaître cet aspect du "droit à l'image", nous tenterons plutôt d'expliquer le passage de la liberté au droit par la volonté d'une meilleure protection judiciaire de l'image.

(17) Ce passage du schéma de la responsabilité à la reconnaissance du droit subjectif ne s'est pas fait de façon linéaire. Au début du siècle, plusieurs auteurs ont contesté que l'on ait recours au droit subjectif pour justifier la protection de l'image, estimant que les règles de la responsabilité étaient, à cet égard, suffisantes. V. dans ce sens, A. VAUNOIS (note sous Civ. Seine, 20 juin 1884, Ann. prop. ind., 1888, 280) : "Ce n'est donc pas aux règles sur la propriété, soit matérielle, soit artistique, qu'il faut recourir, mais au droit que chaque homme a de faire respecter sa personnalité, aux principes dont les textes sur la diffamation sont une application particulière (...). Nous considérons comme inadmissible la thèse dont la formule absolue permettrait à qui que ce soit, dans

Nature juridique du « droit à l'image »

Par ce fait, la liberté elle-même a pris un autre sens : elle n'est plus seulement le mouvement propre du sujet qui ne peut être préjudicié par la faute d'autrui; elle s'est pour ainsi dire cristallisée en ses diverses expressions qui sont devenues la matière d'autant de droits auxquels on ne peut porter atteinte sans son consentement. De négative qu'elle était, la liberté a pris des contours positifs: ceux des divers droits de la personnalité (18).

(Suite note 17)

toutes les circonstances, d'empêcher la reproduction de son portrait et nous pensons qu'on doit appliquer, en cette matière, un principe qui sauvegarde les droits de l'histoire, du fait divers, de la discussion, et de la critique, soit artistique, soit littéraire, qui concilie en un mot la liberté de l'art avec le respect dû à la personnalité humaine". Ce souci de sauvegarder le caractère "exposé", "public" de l'image, mérite - on le verra - une réflexion de la part de ceux qui n'appréhendent l'image qu'en termes de droit subjectif.

- (18) Comp. en droit allemand, l'évolution vers la reconnaissance du droit général de la personnalité (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) qui permet au juge d'élargir les conditions de l'action en responsabilité civile au bénéfice du sujet préjudicié par la reproduction de son image.

Cette formulation n'est pas nécessaire en Belgique ou en France puisque la liberté individuelle y est garantie par les règles très larges de la responsabilité civile, lesquelles admettent la réparation de toute atteinte non seulement à un droit, mais encore à un simple intérêt légitime de la victime et, en outre, réparent aussi bien le dommage moral que le dommage matériel subi par la personne préjudiciée. Cfr. à ce sujet : A. AMIAUD, "Les droits de la personnalité, le problème en droit français", Travaux de l'Association Henri Capitant, T. II (1946), p. 84 et P. KAYSER, "Les droits de la personnalité", article cité, R.T.D.Civ., 1971, p. 486. Ces deux auteurs font état de l'existence de l'art. 1382 dans notre ordre juridique pour constater l'inutilité de la reconnaissance d'un droit général de la personnalité. Idem chez L. MARTIN, "Le secret de la vie privée", art.cité, R.T.D.Civ. 1959, p. 240, qui, à l'expression de droit général de la personnalité, préfère, on l'a vu, celle de patrimoine moral. Signalons ici que la Commission de Réforme du code civil français avait prévu dans son avant-projet (art. 165) que "Toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur".

Nature juridique du « droit à l'image »

417. Tout se passe comme si le sujet, ne pouvant se satisfaire des règles objectives de la responsabilité, règles protectrices d'une liberté par définition indéterminée, réclamait une meilleure protection de lui-même et voulait étendre ses moyens de défense. Est-ce le contexte social qui lui a donné une conscience plus aiguë de sa valeur personnelle ? Est-ce, comme on l'a dit, le redoutable perfectionnement technique de l'intrusion photographique ou le succès commercial des publications spécialisées dans l'indiscrétion qui lui ont fait pressentir une menace grandissante à son égard ? (19)

Toujours est-il que, en sa liberté individuelle, le sujet a été reconnu insuffisamment protégé par la seule responsabilité civile, c'est-à-dire par la seule obligation pour les tiers de réparer le dommage qu'ils auraient causé par leur faute.

Le droit subjectif devait être établi pour pouvoir remédier aux insuffisances de cette protection. Il n'y aurait, alors, plus de préjudice à établir, et plus de faute à prouver : la seule atteinte au droit serait sanctionnée par le juge. C'est bien ce à quoi nous assistons à propos des droits de la personnalité et, en particulier, à propos du "droit à l'image".

SECTION 3 - Le "droit à l'image".

418. Dans sa thèse, publiée en 1939, M. Nerson se demandait s'il existe des droits définis en matière extra-patrimoniale (20).

(19) Déjà en 1913, FOUGEROL tenait "le sentiment plus intense de l'individualité" et "le perfectionnement des moyens de reproduction instantanée" comme responsables de la reconnaissance d'un droit à l'image : ces deux raisons, "en rendant plus vif le débat, permirent au nouveau concept de se dégager de l'idée d'injure où il était enfermé" (thèse citée, p. 6).

(20) R. NERSON, thèse citée, p. 386 : L'auteur précise à cet endroit qu'un droit peut être défini soit par la loi, soit par le travail créateur de la jurisprudence: "le droit défini permet à son titulaire, avant toute intervention de la justice, d'utiliser un certain pouvoir impliqué dans ce droit;

Nature juridique du « droit à l'image »

"Existe-t-il des droits détermineurs extra-patrimoniaux ? Oui, certains sont prévus par un texte de loi : le droit de réponse par exemple, le droit de légitime défense, bientôt peut-être le droit moral, un jour éventuellement le droit à sa propre image; d'autres sont supposés par la loi, mais restent assez flous : le droit au secret des lettres par exemple. Le droit au nom, le droit moral, le droit à sa propre image (actuellement) sont des droits qui ont été créés par la jurisprudence".

Ainsi donc, à l'époque, si le "droit à l'image" n'était pas encore défini en France au niveau de la loi, il l'était déjà, semble-t-il, au plan jurisprudentiel.

419. Comme on le sait, il n'en a pas toujours été ainsi (21). Mais actuellement il est admis - à la quasi unanimité des auteurs - que le "droit à l'image" peut recevoir une sanction indépendamment des conditions édictées par le régime de la responsabilité civile (22). Pour M. Lindon, par exemple, "le fondement juridique de la condamnation de celui qui publie la photographie d'un individu sans le

(Suite note 20)

ce droit, peut-on dire, détermine un statut; le juge n'aura qu'à vérifier les conditions d'application de ce statut : le droit est dit détermineur".

Sur la différence entre droits détermineurs et droits sanctionneurs dans la terminologie de M. NERSON, v. supra n° 108.

(21) FOUGEROL, par exemple, dans sa thèse publiée en 1913 pouvait faire état de ce que "certains auteurs (...) nient que le fait seul de prendre, sur la voie publique, l'instantané d'un passant, puisse servir de base à une action en justice contre l'opérateur indiscret". Pour ce courant doctrinal, ce sont les normes de la responsabilité civile qui trouvent application : il ne saurait y avoir action là où on ignore s'il y aura abus, et pour être recevable à exiger une réparation pécuniaire, il faut un droit formel, actuel à la répression du délit, il est nécessaire que le photographe ait déjà fait un usage illicite du portrait" (H. FOUGEROL, La figure humaine et le droit, thèse citée, p. 66); l'auteur qui cite cette opinion sans la partager remarque : "Cette thèse est logique dans la bouche de juristes qui ne reconnaissent pas le droit à sa propre image".

(22) Parmi les exceptions à ce courant dominant, on a déjà rencontré ROUBIER, M. MIMIN et M. CARBONNIER (v. supra n° 353).

Nature juridique du « droit à l'image »

consentement de ce dernier (...) ne doit pas être tiré, par application des règles régissant le domaine de la responsabilité civile, de la combinaison d'une faute, d'un préjudice et d'une relation de cause à effet entre l'une et l'autre", car il s'agit "d'une atteinte à un droit, comparable, sinon absolument identique, au droit de propriété, condamnable par le seul fait de sa commission et sans que soit nécessaire la preuve d'un préjudice" (23).

420. Si le droit subjectif se détache ainsi des normes de la responsabilité civile, malgré certaines persistances du "vocabulaire délictuel", il faudra à l'avenir bien distinguer la double voie qui s'offre au sujet qui s'estime atteint par la fixation ou la publication de ses traits : d'un côté, la reconnaissance du droit subjectif permet d'obtenir "la cessation de l'atteinte illicite", et de l'autre, l'établissement d'une responsabilité permet de se voir accorder "la réparation du préjudice subi" (24). Le terme de l'évolution ainsi parcourue se trouve, comme le prévoyait M. Nerson, dans la reconnaissance législative. En France, le législateur n'a pas reconnu comme tel le "droit à l'image" (25) mais par la

(23) R. LINDON, note sous Gr. inst. Paris, 11 juillet 1973, précitée. On remarquera, dans cette citation, la référence au droit de propriété. Lorsqu'on s'écarte du schéma de la responsabilité pour affirmer la reconnaissance du droit, c'est - assez spontanément - la propriété qui se présente comme modèle "comparable, sinon absolument identique" aux nouveaux droits de la personnalité. Pour la doctrine, v. encore P. LALIVE (art. cité, p. 47) : "l'essence du droit au portrait (...) tient dans le pouvoir de s'opposer à une publication non consentie - même si cette publication n'est nullement propre à induire en erreur, ou à exposer au discrédit - pour la seule raison du déplaisir ressenti par le sujet atteint dans sa liberté et son domaine intime, du seul fait de la publication".

(24) Tels sont les titres des deux sections que M. RAVANAS inscrit à son chapitre consacré à "la protection accordée par la juridiction du principal" (*op. cit.*, p. 474).

(25) Cfr. cependant en 1950, l'avant-projet rédigé par la Commission de réforme du Code civil, art. 162, al. 1 : "En cas de publication, d'exposition ou d'utilisation de l'image d'une personne, celle-ci peut, à moins qu'elle n'y ait consenti à l'avance, demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la réparation de tout dommage matériel ou moral". La réparation du dommage (application de la responsabilité de l'au-

Nature juridique du « droit à l'image »

loi du 17 juillet 1970, il a énoncé à l'article 9 C.civ. que "chacun a droit au respect de sa vie privée" (26). Ce principe général placé en tête du Code a débordé le schéma de la responsabilité délictuelle, et il assure au sujet, à propos de son image, une protection judiciaire plus large que ne le faisaient les articles 1382 et suivants (27).

421. En Belgique, doctrine et jurisprudence sont moins amples, et la loi ne connaît pas encore l'équivalent de l'art. 9 du code civil français (28).

Mais la tendance est la même de détacher la protection de l'image du schéma de la responsabilité civile et d'en faire la matière d'un

(Suite note 25)

teur du préjudice) est bien distinguée de la cessation de l'atteinte (application du droit subjectif du sujet dont l'image a été reproduite).

(26) Sur ce nouvel article, cfr. R. LINDON, Les droits de la personnalité, p. 87; P. FREMOND, le droit de la photographie, pp. 415 et sv.; P. KAYSER, "les droits de la personnalité", art. cité, p. 505; D. TALLON, Encycl. Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 20.

(27) Sur les mesures judiciaires légitimées par le nouvel art. 9, v. infra n° 422.

Sur les avantages qu'il y a à invoquer, pour cette raison, le respect du droit à la vie privée pour sanctionner une atteinte au "droit à l'image", v. supra, n° 274.

(28) V. supra n°s 261 et sv.: les projets belges. Pour le "droit à l'image", la seule disposition connue est l'article 20 de la loi du 22 mars 1886 sur le droit d'auteur, déjà rencontré. Rappelons ici la position de M. CORBET pour qui cet article pourrait constituer "une arme intéressante pour la protection du droit à la vie privée" (v. supra n°s 261 et 366). En Belgique, donc, la disposition explicitement protectrice de l'image (l'art. 20 de la loi de 1886) pourrait être appelée à servir de principe pour une protection plus efficace de la vie privée; et - réciproquement, pourrait-on dire - en France, la disposition explicitement protectrice de la vie privée (le nouvel art. 9 C. civ.) pourrait servir à accentuer la protection du "droit à l'image". Tant il est vrai que ces deux droits sont deux cercles sécants qui comptent une partie commune importante (v. supra n° 274).

Nature juridique du « droit à l'image »

droit de la personnalité (29). Le comportement de celui qui porte atteinte au droit d'une personne sur son image, par exemple en publiant ses traits sans l'autorisation requise, pourra être sanctionné indépendamment d'un recours à l'art. 1382 C. civ. (30).

(29) V. les références doctrinales et jurisprudentielles données par M. LIEVENS, art. cité, R.W., 1976-77, col. 1864, § 14. Dans le même article, M. LIEVENS souligne le fait que la différence entre les conditions de l'action en responsabilité et celles de l'exercice du droit de la personnalité n'empêche pas leur mise en oeuvre séparée ou cumulative : "Pour celui qui s'oppose à une atteinte à son droit à l'image, il est toujours parfaitement possible d'invoquer l'art. 1382 C. civ. Ce sera notamment le cas lorsque l'atteinte au droit à l'image a constitué en même temps une faute au sens de l'art. 1382 C. civ." (§ 17, trad.)

(30) Pour une espèce où la position du juge n'est pas évidente, v. Civ. Anvers, 15 mai 1975, précité, dans une affaire où un hebdomadaire avait publié une photographie de deux époux après l'assassinat de l'épouse. Le tribunal, après avoir rejeté la première base de la prétention du demandeur, à savoir l'application de la loi de 1886 sur le droit d'auteur (v. supra n° 366), retient la seconde : "la violation du droit à l'intimité, mais alors fondé, selon le demandeur, sur l'article 1382". Pour M. CORBET qui annote cette décision (R.W., 1975-76, col. 2017), l'incise : "selon le demandeur" montre que les juges n'ont pas voulu reprendre à leur compte cet appui du droit à l'intimité sur les règles de la responsabilité civile. D'ailleurs, poursuit le commentateur, le tribunal fait état d'une faute des défendeurs ("ingérence fautive dans la vie privée du demandeur") mais sans aucun renvoi à l'art. 1382 : "le jugement semble donc se rallier à la conception d'une partie de la doctrine qui situe la protection de la personne représentée hors du cadre classique de la responsabilité. Selon cette conception, la faute consiste dans le pur fait de la publication, même si on ne démontre aucun préjudice." (trad.). Cette interprétation (partagée par M. MASSON, chronique de jurisprudence, J.T., 1979, p. 584, n° 13) est sans doute exacte, mais les indices sont peut-être trop ténus pour pouvoir affirmer qu'elle a bien été celle du tribunal qui a rendu la décision.

Nature juridique du « droit à l'image »

SECTION 4 - La protection judiciaire.

422. Pour clôturer ce chapitre consacré à l'émergence du droit de la personnalité, il importe de souligner, au moins brièvement, l'importance du rôle joué en notre matière par la juridiction du référé (31).

Ce point-ci, d'ailleurs, se rattache directement à ce qui précède, car si le droit subjectif, se dégageant du schéma de la responsabilité délictuelle, permet à son titulaire de faire cesser toute atteinte illicite qui lui est portée, il est assez normal qu'en notre matière, cette demande soit adressée au juge des causes urgentes. Lorsqu'il s'agissait seulement de réparer un dommage, seul le juge du fond pouvait intervenir, après avoir établi la faute du détenteur et le lien de causalité de cette faute par rapport au préjudice subi par le demandeur. Mais à partir du moment où l'on reconnaît au sujet un droit propre quant aux divers éléments de sa personnalité, il faut admettre en même temps que ce sujet puisse agir en justice pour faire cesser dans les plus brefs délais, les comportements qui portent atteinte à ce droit.

423. En France, à mesure que la jurisprudence donnait au "droit à l'image" sa consistance propre par rapport à l'action en responsabilité civile, elle ouvrait en même temps au justiciable un accès plus large à la juridiction présidentielle pour lui permettre d'obtenir une riposte efficace aux agressions dont ce justiciable était l'objet dans l'exercice de son droit (32).

(31) Pour un exposé plus complet, v. J. RAVANAS, op.cit., pp. 457 à 473 : la compétence du juge des référés.

(32) Cfr. le rôle central joué par la juridiction des référés dans l'affaire du fils de Gérard Philippe photographié sur son lit d'hôpital : Paris, 13 mars 1965, J.C.P., 1965, II, 14223 (confirme l'ordonnance de saisie de l'hebdomadaire qui avait publié les photos) et Cass. civ., 12 juillet 1966, D., 1967, 181 (justifie la compétence du juge des référés par son pouvoir de limiter le dommage qui constitue l'immixtion intolérable dans la vie privée d'une famille). Sur l'efficacité - toute relative - des ordonnances rendues par le juge des référés, v. KAYSER, art. cit. in R.T.D.Civ., 1971, p. 506,

Nature juridique du « droit à l'image »

424. Pour le travail législatif, la logique est la même : en France le nouvel article 9 C.civ., après avoir énoncé que chacun a droit au respect de sa vie privée, veut, dirait-on, justifier cette affirmation en accordant que "les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi (33), prescrire toutes les mesures, telles que séquestre, saisie 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" (34). Cette reconnaissance législative de l'oeuvre jurisprudentielle permet désormais au sujet de saisir le juge des référés chaque fois qu'est atteinte l'intimité de sa vie privée (35).

(Suite note 32) J. RAVANAS, op.cit. n° 416, p. 473, et J. LIEVENS, art. cité in R.W., 1976-77, col. 1868 § 22.

(33) Comme nous l'avons reconnu plus d'une fois, nous ne sommes plus en régime de responsabilité, mais en régime de droit subjectif.

(34) Le fait que le juge puisse être saisi pour empêcher une atteinte - et pas seulement pour la faire cesser - mérite d'être relevé (v. supra n° 168). Cette action, avant toute violation réalisée, ne s'explique, elle aussi, que par l'existence d'un véritable droit dont l'action n'est que la mise en oeuvre; cfr. là-dessus, L. MARTIN, Le secret de la vie privée, art. cité, p. 252 et D. TALLON, Enc. Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 30 : "l'admission d'une action propre résultant de la violation d'un droit subjectif peut présenter de l'intérêt en cas de préjudice éventuel. La voie délictuelle n'est pas encore ouverte, faute d'un préjudice actuel et certain; l'intérêt pour agir peut être suffisant pour obtenir des mesures préventives." Comp. en Belgique, l'art. 18 al. 2 du Code judiciaire : "L'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé". Ici aussi l'action préventive suppose la reconnaissance d'un droit.

(35) Avant la loi de 1970, la jurisprudence du référé justifiait ses mesures par la notion "d'immixtion intolérable dans la vie privée"; on peut penser que cette justification est reprise dans la loi qui parle, elle, d'atteinte à l'intimité de la vie privée - et pas seulement à la vie privée - du plaignant; v. là-dessus, D. TALLON, Enc. Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 83 et P. KAYSER, art. cité in Mélanges Marty, p. 743 où l'auteur remarque (note 54) que les demandes en référé et les décisions de référé elles-mêmes manifestent, depuis la loi du 17 juillet 1970, une tendance à combiner l'ancien critère jurisprudentiel et le nouveau critère légal en employant l'expression d'"atteinte intolérable à l'intimité de la vie privée".

425. On n'entrera pas ici dans le débat tenu sur le point de savoir comment ce pouvoir reconnu au juge des référés par le nouvel art. 9, al. 2 C. civ. s'harmonise avec les nouvelles dispositions du Code de procédure civile élargissant la compétence du président du tribunal (36).

(36) V. le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 (J.O., 11 septembre, p. 9072) dont l'art. 73 al. 1 porte que "dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner, en référé, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ..." et surtout le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 (J.O. 22 décembre, p. 13660) dont l'art. 178, IV ajoute à la disposition précédente : "il peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite". (N.B.: le nouveau Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1974 reprend ces deux dispositions respectivement sous les articles 808 et 809).

Dans sa note sous Gr. Inst. Paris (réf.), 11 janvier 1977, D.S., 1977, Jur., 83, M. LINDON constate que "l'alinéa 2 de l'art. 9 C. civ. se trouve en quelque sorte absorbé par le nouvel art. 809 C. pr. civ., l'atteinte à l'intimité de la vie privée constituant évidemment un trouble manifestement illicite, et un tel trouble pouvant même résulter d'un fait qui porterait atteinte à la vie privée simplement et non plus, plus restrictivement, à l'intimité de celle-ci".

Mais sous la même décision, la note de M. FERRIER (J.C.P., 1977, II, 18711) tient, au contraire, à bien distinguer les deux hypothèses : l'atteinte à l'intimité de la vie privée relève de l'art. 9 C. civ. qui accorde au juge des pouvoirs très étendus; quant aux autres troubles manifestement illicites, ils se rapportent à l'article 809 du Nouveau code de procédure civile dont la mise en application peut être paralysée par des justifications puisées dans le principe de la liberté de la presse.

M. RAVANAS (*op.cit.*, pp. 469 et sv.) explique d'une autre façon encore l'activité du juge des référés. Celui-ci, "n'a pas hésité à s'affranchir du cadre étroit du texte (de l'article 9 al. 2 du Code Civil) en prescrivant des mesures telles que le séquestre ou la saisie du livre ou du périodique dans des cas où l'atteinte au droit de la personne sur son image est étrangère à toute atteinte à l'intimité de sa vie privée. Cette extension de compétence, dont le critère est 'l'atteinte intolérable à la personnalité' et qui n'a son fondement, ni dans l'article 9, al. 2, C.civ., ni dans l'article 809 du nouveau Code de procédure civile puisqu'un décret n'est pas de nature à tenir en échec les dispositions de la loi du 29

Nature juridique du « droit à l'image »

A ce sujet, le problème crucial est celui de savoir dans quelle mesure le juge des référés peut faire obstacle à la liberté de presse en ordonnant, par exemple, la saisie de tous les exemplaires d'un imprimé attentatoire - par l'écrit ou par l'image - à l'intimité de la vie privée d'un justiciable, alors que le régime qui organise cette liberté de presse n'autorise pas une telle mesure préventive (37).

(Suite note 36)

juillet 1881 sur la liberté de la presse, constitue une nouvelle preuve éclatante du pouvoir normatif de la jurisprudence". V. dans le même sens R. NERSON (chron. jurisprudence R.T.D.Civ., 1979, p. 384) où il est reconnu "avec la majorité des auteurs (...) que la nouvelle jurisprudence n'a pas de fondement légal et constitue une oeuvre prétorienne".

- (37) En France, l'art. 51 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse interdit la saisie préalable, sauf dans la limite de quatre exemplaires, par le juge d'instruction, dans le cas de poursuites pénales pour diffamation. Lorsqu'un organe de presse porte atteinte à l'intimité de la vie privée d'un individu, ce n'est plus la loi de 1881 qui s'applique mais l'énergique article 9 alinéa 2 du Code civil. (V. là-dessus, par exemple, J. PRADEL, article cité, D., 1971, p. 113, et R. NERSON, chronique de jurisprudence, R.T.D.Civ., 1979, p. 382). Toutefois, dans une matière aussi importante, la prudence est de rigueur : significative à cet égard est, en matière de vie privée, l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Bayonne du 29 mai 1976 (J.C.P., 1976, II, 18495 et la note Robert Bonnais), qui refuse de protéger au titre de l'intimité de la vie privée (art. 9, al. 2, C. civ.), la réputation professionnelle d'un boulanger mise en cause par un mensuel : "il appartient au juge de veiller à ce que le demandeur, par le biais d'une référence inadéquante à des textes voisins, ne s'évade des règles protectrices de la liberté de presse". Cfr. aussi la note de M. ANCEL (sous Gr. Instance Paris (réf.), 12 novembre 1976, D.S., 1977, Jur. 233) qui déplore "le détournement de l'action en diffamation au profit du juge des référés considéré comme plus efficace pour répliquer à l'écrit diffamatoire au moyen d'une saisie", et R. LINDON (note sous Gr. inst. Paris (réf.), 24 février 1975, D.S., 1975, Jur. 438) : "Il faut convenir que cette situation est imputable aux abus que, trop souvent, certaines publications font de la liberté de presse". En Belgique, M. LIEVENS (art. cité, R.W., 1976-77, col. 1866-1867) note que la Constitution interdit les mesures préventives quant à l'exercice de la liberté de presse, mais que la sanction appliquée parfois en France par le juge des référés - saisie des publications qui portent atteinte au droit

Nature juridique du « droit à l'image »

426. Ici se pose à nouveau, sous d'autres formes, la question déjà rencontrée de l'articulation des droits du sujet individuel avec les exigences de l'information du public et la nécessité d'une balance des intérêts en présence (38). Ce dernier point peut nous amener à conclure.

427. La liberté du sujet quant à son image, on vient de le voir au long de ce chapitre, n'est plus seulement garantie comme un intérêt protégé par les normes de la responsabilité civile; elle s'est muée en un droit subjectif - le "droit à l'image" - qui appelle, comme tel, une sanction aussi rapide que possible, dès sa violation.

La jurisprudence, cautionnée en France, par la loi, a multiplié les mesures de protection de ce droit, mais c'est à un point tel qu'on se demande aujourd'hui si elle ne va pas trop loin. Le consentement nécessaire à la livraison de soi, pivot du "droit à l'image", ne va-t-il pas absorber l'inévitable exposition de soi que constitue aussi toute image ? La liberté de la presse ne sera-t-elle pas compromise par cette privatisation excessive de l'image du sujet (39) ?

(Suite note 37)

à l'image - ne doit pas être exclue en principe (avec référence au jugement - déjà cité - du tribunal de commerce de Bruxelles, 15 octobre 1957, J.T., 1958, p. 43, où le juge n'a pas rejeté le principe d'une mise sous séquestre de tous les exemplaires invendus d'un journal où la demanderesse s'était reconnue).

(38) V. supra n° 289 à propos de la personne publique dont les traits sont reproduits sans consentement. La question posée alors à propos de la licéité d'une telle publication se retrouve ici, mutatis mutandis, à propos de la décision que doit prendre le juge des référés : le droit du public ne va-t-il pas être sacrifié ?

(39) Comp. D. BECOURT, *op.cit.*, en conclusion (n°s 135 et 136, pp. 78) : "A l'opposé (...) du message écrit confidentiel réservé à son destinataire, l'image représente le véhicule fondamental du rapport avec autrui, public par nature même dans le comportement privé. La communication s'impose donc aussi bien pour son enregistrement que pour son émission directe et sensible, en sorte que la protection de la personne individuelle revêt nécessairement un aspect défensif et limité. Aussi la

Nature juridique du « droit à l'image »

Nous sommes peut-être arrivés maintenant au point où la reconnaissance d'un droit (à l'image, à la vie privée) pèse un peu trop lourd dans un des plateaux de la balance. La suite de l'histoire dira quel nouvel équilibre il faudra créer.

428. En attendant, il reste à tirer les conclusions doctrinales de cette protection plus accentuée des droits du sujet, en proposant notre hypothèse sur la nature juridique du "droit à l'image" à partir des différentes déterminations de ce droit.

(Suite note 39)

liberté de diffusion de l'image constitue-t-elle un fait social qui répond à un besoin profond. Se situant par-delà les relations individuelles, elle ne saurait connaître d'autres limites que celles assignées à sa vocation d'intérêt général...".

CHAPITRE 5 — L'articulation du droit de la personnalité
et du droit patrimonial

429. Au terme de l'analyse du schéma de la responsabilité, on a vu se présenter deux voies pour rendre compte du nouveau "droit à l'image" : d'un côté, l'explication patrimoniale insiste sur ce fait que le modèle dispose de son image comme un auteur dispose de sa création ou un propriétaire, de ses biens; de l'autre côté, l'explication non-patrimoniale souligne la protection que l'on a accentuée au bénéfice de la liberté individuelle du sujet quant à son image. Disposition et protection - ces deux caractéristiques du droit subjectif - se retrouvent donc en ce nouveau droit de la personnalité; mais dans quelle proportion ?

430. Nous avons vu, en montrant les limites de l'explication patrimoniale, que le régime de disposition s'applique mal à ce qui touche le corps du sujet. Or, dans la mesure où l'image n'est pas ce corps lui-même, mais seulement son "double" détachable de lui, on peut admettre que le régime de disposition trouve à s'appliquer ici. Mais pas totalement cependant puisque, nous l'avons vu aussi, le régime de protection s'impose encore avec force à l'intérieur même du régime de disposition en exigeant la spécialité du consentement du modèle à la reproduction de ses traits et surtout en octroyant à ce modèle un droit de repentir.

431. Nous allons tenir que c'est l'explication non-patrimoniale qu'il faut privilégier pour rendre compte du "droit à l'image". Il y a alors à articuler sur ce souci fondamental de protection la possibilité d'une disposition de l'image.

Dans ce but, après avoir rappelé les termes du problème dans la double direction de "l'appropriation de l'image" et de "l'image propre", on expose la thèse de M. Bécourt sur la dualité inhérente au "droit à l'image" pour pouvoir la comparer à notre propre position sur le dédoublement du "droit à l'image".

Nature juridique du « droit à l'image »

SECTION 1 - L'appropriation de l'image.

432. Autrefois, dirait-on, l'image était livrée, et le droit n'intervenait que pour limiter - par les règles de la responsabilité - l'usage qu'autrui pouvait en faire : la liberté s'exprimait en cette image propre, et il ne semblait pas utile de faire de cette image la matière d'un droit particulier, il suffisait qu'elle représentât un intérêt du sujet.

Aujourd'hui, si l'image est toujours livrée nécessairement, on veut pourtant accentuer le fait que cette livraison est volontaire : l'apparence qui expose nécessairement le sujet à autrui est d'abord un "bien" qui émane de sa personnalité propre : son image est "de lui", "à lui".

Est-ce trop forcer la doctrine et la jurisprudence (et la loi) relatives à la protection de l'image que d'y voir, sur plus de 150 ans de discours, un changement dans la conception de l'image ? Autrefois à autrui - dans les limites d'une licéité à respecter -, l'image est maintenant au sujet lui-même : ce qui était inévitablement exposé aux tiers se trouve aujourd'hui "réintégré" dans la sphère personnelle du sujet. C'est, en quelque sorte, une "réappropriation".

433. Or, la "réappropriation" dont nous parlons est bien près de faire songer au droit de propriété : celui que l'on a sur les choses (au sens de l'art. 544 C. civ.) ou sur ses créations personnelles (propriété artistique).

434. Appliquée au "droit à l'image", la théorie du droit d'auteur accentue l'activité propre du sujet reconnu comme créateur, mais c'est au détriment de la passivité inhérente à toute image de soi "née de la nature et de l'atavisme".

Comme dans le passage de la protection de l'intérêt par les règles de la responsabilité civile à la reconnaissance du droit subjectif, il y aurait ici réintégration dans une activité propre - l'activité créatrice - de tout ce que le sujet doit pâtir : non plus, dans ce

Nature juridique du « droit à l'image »

cas, le regard d'autrui, mais le visage même du sujet tel que l'ont modelé l'hérédité et la nature. Est-ce à la création de soi que l'on doit un droit sur soi ? Ce que le sujet a fait (de lui), est-ce cela qui lui confère un droit (sur lui) ?

435. Mais on retrouve alors à cet endroit la critique que M. Edelman adresse envers le système juridique capitaliste dans lequel, selon notre auteur, le droit subjectif ne naît qu'à mesure d'une production dans un régime d'appropriation privée. M. Edelman montre que dans le "droit à l'image", le sujet se retrouve lui-même comme "autre" que lui-même puisque son image se détache de lui comme un "objet" sur lequel il possède un "droit".

L'application au "droit à l'image" de la théorie du droit de propriété est devenue ainsi, depuis l'analyse marxiste, la manifestation du caractère structurellement aliénant de ce nouveau droit.

436. Pour notre part, afin de moduler quelque peu la critique de M. Edelman, nous avons voulu montrer que la naissance du "droit à l'image" ne devait pas être nécessairement lue, ni en doctrine, ni en jurisprudence, comme une nouvelle manifestation de la propriété privée.

Il nous semblait plutôt que la "propriété" dont on parlait ici exprimait davantage le caractère éminemment subjectif du "droit à l'image" (au sens où un sujet peut considérer ses traits comme ce qu'il a de plus "propre"), qu'une quelconque objectivation aliénante. Mais faut-il dire alors, que, dans l'image, il n'y a pas d'objectivation, pas d'objet ?

SECTION 2 - L'image propre.

437. Il est vrai que l'image porte en elle quelque chose de la production plus ou moins artistique. Il y a un art dans la manière de présenter son visage; la passivité du sujet quant à ses propres traits n'est jamais pure : le sujet se fait, se présente. Sans aller

Nature juridique du « droit à l'image »

nécessairement jusqu'à utiliser les ressources de la chirurgie esthétique (1), il sait qu'il peut jouer sur différentes manières d'apparaître. Il peut "composer" son visage, avec plus ou moins d'habileté.

Mais ce n'est pourtant pas nécessairement une objectivation de soi, une aliénation; ce peut être, au contraire, l'expression de la liberté la plus personnelle.

438. Ce mode d'être tient au fait corporel lui-même : le soin donné à l'"objet" que nous sommes - comme visage par exemple - ne dit pas qu'il n'existe plus de sujet, ou que ce sujet est perdu, "aliéné", dans l'objet; ce soin dit au contraire qu'un sujet assume, dans la façon même dont il se présente, l'"objet" qu'il est nécessairement pour lui-même et pour autrui.

Une telle affirmation sur la présence de la subjectivité en son apparaître même engage sans doute une philosophie du corps déterminée. Il faudra en rendre raison dans la dernière partie de ce travail. On se contentera d'appliquer ici son point central à la construction juridique du "droit à l'image" : l'image ne peut être réduite à l'objet du droit de propriété, ou même du droit d'auteur, car ces institutions imposent nécessairement une objectivation qui ne convient pas à ce qu'est le sujet en son corps.

439. Il ne faudrait cependant pas forcer cette conclusion, car, ainsi qu'on l'a déjà dit, l'image ne doit pas être vue seulement sous l'aspect - l'image - du fait corporel lui-même; elle est aussi - depuis les techniques modernes de reproduction, surtout - un objet que l'on peut manipuler indéfiniment une fois qu'on l'a "réalisée", c'est-à-dire faite "chose" (2).

Or à partir du moment où cette image peut être fixée et diffusée, ne pourrait-on pas imaginer un lien de droit - de type réel ou intellectuel, peu importe ici, - entre cette "chose" et le sujet dont

(1) Sur l'introduction de la chirurgie esthétique dans le champ de la licéité juridique, v. infra n° 566.

(2) V. supra, n° 402.

Nature juridique du « droit à l'image »

les traits sont représentés ? Car l'image est alors suffisamment détachée du sujet pour qu'on puisse lire entre elle et lui un rapport de droit qui implique une distinction du sujet à l'objet. Comment appellerait-on ce droit ? Peut-être pas autrement que "droit à l'image".

440. Mais si, dans ce "droit à l'image", on découvre la possibilité d'une patrimonialisation d'un bien de la personnalité - vu que ce bien peut se détacher du sujet qui en est "bénéficiaire" - il ne faudrait toutefois pas expliquer par ce seul aspect des choses la naissance de ce nouveau droit subjectif. La patrimonialisation - et l'objectivation qu'elle implique - ne rend pas compte de toutes les dimensions du "droit à l'image".

Car pour donner cohérence à tous les aspects de cette nouvelle figure juridique, il vaut mieux vérifier l'hypothèse d'un dédoublement du "droit". Nous allons d'abord examiner à ce sujet la position de M. Bécourt.

SECTION 3 - La position de M. Bécourt.

441. Comment vont s'articuler, à propos de l'image, le droit patrimonial (appropriation de l'image) et le droit de la personnalité (image "propre") ?

La combinaison du droit personnel et du droit réel est la formule retenue par M. Bécourt (3), mais disons d'emblée que nous l'entendons dans un sens différent de lui. Pour cet auteur, droit personnel et droit réel s'appliquent à l'image selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas contrat.

442. Lorsqu'il y a contrat, on imagine mal un droit de propriété absolu de la personne sur son image, car il faudrait admettre du même coup que le consentement à la fixation de l'image emporterait

(3) D. BECOURT, Le droit de la personne sur son image; cfr. surtout les §§ 102 et sv., 131 et sv.

Nature juridique du « droit à l'image »

aliénation totale et définitive, ce que contredit le droit des relations contractuelles à propos de l'image : il s'agit là plutôt de la cession volontaire d'un droit personnel (ou de la renonciation présumée à ce droit) (4). Mais lorsque le sujet reste en-dehors de la relation contractuelle et qu'il tient à conserver son intimité, "son image demeure partie intégrante de sa personne physique, comme l'oeuvre de son support. L'en détacher à son insu, voire contre son gré, constitue une atteinte à une intégrité dont il est le seul maître : pour en assurer le respect, le droit de propriété se justifie pleinement" (5).

Droit réel et droit personnel ne s'excluent donc pas; si le sujet dispose de son image par contrat (ou par renonciation présumée), il abandonne le droit personnel qu'il possède sur elle, mais sans cesser de jouir d'un droit réel sur sa personne toute entière, y compris sur l'image qui en constitue le prolongement et dont il pourra interdire la publication (6).

443. M. Bécourt utilise encore d'autres termes pour rendre compte de ce dédoublement du droit à l'image (7) : lorsqu'un sujet autorise explicitement ou implicitement, avec ou sans contrepartie, la diffusion de son image, il concède à autrui la jouissance de son droit, mais non pas son exercice (8) et l'auteur conclut: "la

(4) L'auteur évoque au § 102 les possibilités de recours dont dispose l'intéressé, et qui s'apparentent aux droits de l'auteur.

(5) Id. § 102, p. 61.

(6) L'articulation entre droit réel et droit personnel, est encore développée au § 133 consacré au "double fondement du droit de la personne sur son image" : "(...) le caractère privé de l'image procédant d'un droit réel s'oppose à la liberté d'expression dans son aspect public qui implique une cession ou une renonciation portant sur le droit personnel".

(7) Cfr. § 131, p. 77.

(8) Cette cession du droit sur l'image a lieu dans le cadre d'une communication totale et non dénaturée, ou même d'une utilisation commerciale déterminée; l'exercice que le sujet conserve de son droit pourra faire éventuellement sanctionner au stade de la publication la violation de la relation consensuelle initiale.

Nature juridique du « droit à l'image »

propriété au sens classique du mot comportait déjà ce dédoublement en usufruit et nue-propriété" (9).

444. Il faut reconnaître que cette accumulation de couples complémentaires ne favorise pas la clarté de la synthèse. Peut-on comparer deux droits réels (usufruit et nue-propriété) aux deux catégories de droit réel et droit personnel, et celles-ci aux deux modalités de tout droit, quel qu'il soit : la jouissance et l'exercice ?

Il ne faut pas prendre ces comparaisons au pied de la lettre. On nous indique au moins par elles que le droit n'est pas nécessairement monolithique; il peut épouser par sa diversité la complexité de l'expérience sociale.

Fallait-il cependant dans le "droit à l'image" accorder la primauté au droit réel dont se détacherait - comme l'usufruit se détache de la nue-propriété, ou la jouissance de l'exercice - un droit personnel, dès lors qu'il y a contrat ?

445. Nous préférons tenir la position inverse : il y aurait exercice d'un droit "réel" dès lors que, dans une relation contractuelle, le sujet accepte de passer pour "objet" : de lui à son image engagée sur le marché, il y aurait ainsi un rapport de personne à chose, un droit "réel" ou "intellectuel", une "propriété" matérielle ou artistique.

Par contre, lorsque le sujet n'est pas engagé dans la relation contractuelle, le droit de propriété n'a plus d'application : il n'est plus nécessaire d'opérer une distinction entre le sujet et un de ses attributs pris comme objet; le sujet retrouve ici son unité première, et son image est défendue au titre des droits de la personnalité.

(9) Id. § 131, p. 76.

Nature juridique du « droit à l'image »

SECTION 4 - Le dédoublement du "droit à l'image".

446. En convergeant dans le "droit à l'image", la voie de la responsabilité et celle de la propriété (matérielle ou artistique) forment un nouveau type de droit subjectif qui a sa consistance propre, tout en gardant quelque chose de sa double origine (10). Le "droit à l'image" est un droit de la personnalité, mais les hésitations de la jurisprudence et de la doctrine montrent combien il est difficile de le cerner (11).

Cette difficulté ne provient-elle pas du "sujet" même dont on veut traiter, à savoir la liberté de l'homme livrée dans cet "objet" qu'est son image ? Car le rapport de sujet à objet est délicat à manier. La catégorie du droit réel exerce ici - nous l'avons vu - une fascination dangereuse : c'est qu'elle suppose un rapport trop simple d'objectivation. Par contre, la catégorie de la responsabi-

(10) Notons ici que l'aspect patrimonial ou extra-patrimonial des intérêts en présence n'est pas nécessairement rejoint, dans tous les cas, par le mot "propriété" d'une part, ou "responsabilité" d'autre part.

Car si le schéma de la responsabilité protège, en notre matière, un intérêt extra-patrimonial, l'honneur de la personne représentée par exemple, il peut aussi être utilisé pour assurer la défense d'un intérêt pécuniairement évaluable, tel un manque à gagner à la suite d'une publication non autorisée (v. supra n° 345). Par contre, et réciproquement si l'on veut, lorsqu'on parle de "propriété" à propos de l'image, il ne s'agit pas nécessairement - ainsi qu'on l'a vu à propos de la thèse de M. Edelman - de l'affirmation d'une patrimonialisation qui objectiverait le sujet représenté; car il peut s'agir en l'occurrence de l'affirmation la plus nette d'une subjectivité "propre" (v. supra n° 388).

On voit qu'en tout cas, par-delà les mots et les figures, le "droit à l'image" doit trouver sa voie - originale - "entre" le patrimoine et la personne.

(11) V. un exemple dans les conclusions de l'avocat général CABANES précédant Paris, 15 mai 1970, (D., 1970, 466 à propos d'un article sur la vie privée de Jean Ferrat) où les droits de la personnalité sont décrits comme des "droits extra-patrimoniaux de la personne humaine, naturellement distincts, mais proches des droits réels, dont la protection, assurée d'une manière générale et absolue, sera infiniment plus large que celle résultant du seul recours aux principes de la responsabilité délictuelle qui exigent la preuve d'une faute et d'un préjudice" (soulignement ajouté).

Nature juridique du « droit à l'image »

lité soumet la protection des intérêts du sujet à des conditions trop sévères qui ne tiennent pas un compte assez exact de la nécessité du consentement du sujet à la fixation/publication de son image.

447. Puisque les schémas de la propriété et de la responsabilité sont inadéquats, il a fallu alors plonger aux racines du "droit à l'image" : elles se trouvent en cette terre où tout peut pousser : la liberté.

Caractérisée par son indétermination, la liberté est cette intimité du sujet qui se livre quand et comme il l'entend. Pour garantir cette liberté contre toutes les agressions qui se multiplient contre elle, notre régime juridique l'a développée dans la détermination d'un droit : "Ce qu'il faut retenir c'est que la personne dispose, quant à son image, d'une certaine marge de pouvoir absolu caractéristique du droit subjectif" (12).

La difficulté de penser le droit de la personnalité vient de ce que, dans notre tradition juridique, le mot droit évoque un objet extérieur à l'homme : une chose, une prestation d'autrui, une oeuvre de l'esprit. Or, ici, l'objet du droit est un attribut personnel du sujet lui-même. Ainsi, pour le "droit à l'image", on reconnaît qu'il existe un rapport intime entre l'image et la personne, et c'est ce rapport tout à fait original qui est pris en considération par le droit. Nous ne sommes donc plus dans une relation d'extériorité de sujet à objet, mais dans une relation d'expression où le droit subjectif appelé droit de la personnalité a pour contenu l'intérêt propre du sujet.

448. Ambivalence de l'image ! Elle est le sujet lui-même, mais dans le regard d'autrui : toujours déjà sujet, et en même temps, toujours encore objet. L'image elle-même, par son ambivalence, imprime la trace de sa double origine au régime qui lui est assigné sur le plan du droit.

(12) J. STOUFFLET, art. cité, n° 19.

Nature juridique du « droit à l'image »

Elle ouvre la possibilité du droit "réel" tel que l'entendent M. Edelman ou le Code civil, mais il faut ajouter aussitôt qu'elle ne se réduit pas nécessairement à ce droit. Le sujet peut "gérer" son image en l'engageant sur le marché dans le jeu des relations contractuelles, mais cette patrimonialisation d'un attribut du sujet n'en donne pas l'entière définition : elle en donne seulement une possibilité. Le consentement que nous avons vu être au principe du droit à l'image n'est pas nécessairement l'abdication du sujet dans l'objet qu'il aliène (qui l'aliène...) et qui était sa "propriété", il peut être tout aussi bien l'affirmation du sujet qui se livre volontairement - ou qui refuse de se livrer - dans l'inévitable exposition de soi comme objet, et qui est sa personnalité.

449. Qui peut donc trancher la question posée à propos du droit d'un sujet sur son image, sinon le sujet lui-même, dans le cadre tracé par la loi et la jurisprudence ? On dirait alors que la nature juridique du "droit à l'image" ne peut être déterminée que par l'option du sujet. La proposition paraît insolite; elle peut s'expliquer. Le sujet peut faire de son image un objet qui entre dans le commerce des choses que l'on utilise : on rencontre alors une situation très proche du droit réel - d'où une certaine tendance de la jurisprudence et de la doctrine visant à assimiler "droit à l'image" et droit de propriété (13), mais ce n'est pas le commerce qui définit son droit. Le sujet peut faire de son image une présence de lui-même qui échappe au commerce des choses - d'où une tendance plus nette de la jurisprudence et de la doctrine visant à dissocier le "droit à l'image" de tout droit de propriété matérielle ou intellectuelle.

450. Puisque l'image exprime indissociablement le sujet comme objet et l'objet comme sujet, on peut dire qu'il y a ici rapport de sujet

(13) La situation est peut-être plus proche encore du droit intellectuel, étant donné le régime très particulier de l'image entrée dans le commerce et qui fait songer au droit moral d'auteur (spécialité du consentement, droit de repentir, etc.).

Nature juridique du « droit à l'image »

à objet comme dans le droit patrimonial : c'est une possibilité de l'image, une possibilité du sujet. Le "droit à l'image" est alors un droit patrimonial. Mais cette possibilité n'est telle que si le sujet garde en lui (en son image même) l'autre possibilité : celle de refuser le rapport de personne à chose commandé par le droit patrimonial : il y a alors l'exercice d'un droit de la personnalité (14). D'ailleurs, par la figure du "droit de repentir", le sujet qui s'est engagé dans la voie patrimoniale peut s'en dégager pour rendre à son image la qualité subjective qu'elle allait peut-être perdre sur le marché des objets.

451. Or s'il y a entre le sujet et lui-même (son image) un autre rapport que celui de la propriété, c'est que le sujet, en sa structure, est en-deça même des distinctions qui le sépareraient de ses attributs traités comme des choses. Nous croyons, mais ceci demande une justification, que le sujet de droit implique un rapport à soi-même en vertu duquel "l'objet" dans lequel il se "produit" peut être considéré autant, sinon davantage, comme expression subjective que comme objet de propriété. Plutôt que de réduire à la dimension économique la structure du sujet de droit, en faisant de celui-ci le "sujet" d'une marchandise, on peut penser que ce sujet de droit

(14) Ainsi, lorsque M. EDELMAN écrit : "Ce que je veux démontrer, c'est que le sujet de droit, en sa structure même, est constitué sur le concept de libre propriété de soi-même, c'est que cette Forme, qui est la forme - marchandise de la personne - le contenu concret de l'interpellation idéologique de la personne en sujet de droit -, présente ce caractère tout à fait extraordinaire de produire en soi, i.e. en sa Forme même, le rapport de la personne elle-même, le rapport du sujet qui se prend lui-même comme objet" (B. EDELMAN: Le droit saisi ... p. 64; cfr. aussi la chronique (citée) au Dalloz, 1970, n° 5), l'auteur exprime une possibilité réelle du sujet, mais il a fait l'économie de cette autre possibilité où, pour renverser ses termes, le rapport de la personne à elle-même est rapport de l'objet qui est pris lui-même comme sujet. Il n'est donc pas exact de dire que la structure du sujet de droit soit constituée par le droit de propriété, car le rapport de sujet à objet impliqué par ce droit créerait dans le sujet une distinction, par hypothèse structurale, sur laquelle ce sujet ne pourrait jamais revenir.

Nature juridique du « droit à l'image »

se trouve situé en un rapport plus originel et plus fondamental de la liberté au corps propre.

Avant d'être à un autre, "aliéné", le sujet est - même quant à son image - à lui-même. Et c'est bien cela aussi que signifie le "droit à l'image", ici, en tant que droit de la personnalité.

452. Dès lors, le dédoublement du "droit à l'image" devrait s'analyser non pas comme un droit réel doublé de sa "jouissance", appelée tantôt "usufruit", tantôt "droit personnel", lorsqu'il est l'objet de relations contractuelles, mais bien comme un droit de la personnalité qui peut parfois se faire droit patrimonial, dans un rapport de personne à "chose" à l'intérieur d'un contrat. Nous aurions commencé à rendre compte ainsi de la patrimonialisation d'un droit comme d'une possibilité pour le sujet de mettre en commerce comme "objet" une valeur, un attribut de celui qui reste fondamentalement à l'origine de tous les possibles, de toutes les autorisations comme de toutes les interdictions, à savoir le sujet lui-même...

CONCLUSION

453. Il pouvait paraître étrange d'entamer une étude du sujet en commençant par son image. Or le "droit à l'image" révèle assez bien quelle "image" le droit se fait du sujet : assez exposé pour devoir supporter "les servitudes normales de la vie en société", il est cependant assez libre pour échapper à ce qui voudrait le saisir. L'image livre l'intimité de la liberté - jusque et y compris sur le marché des valeurs - en même temps qu'elle en garde l'énigme; elle se présente, à cause de la liberté dont elle est l'expression, comme étant perpétuellement en surcroît de sujet par rapport à l'objet qu'elle constitue inévitablement. Le sujet est toujours au-delà de l'expression corporelle dans laquelle, pourtant, il se livre tout entier. Ainsi refuse-t-il d'être "pris", "saisi" malgré lui dans le "double" qui le figerait comme objet à un moment trop précis de son histoire. S'il se livre, c'est comme une présence

Nature juridique du « droit à l'image »

qui entend se renouveler toujours et que l'autre ne peut pas, par lui même, maîtriser. Si l'image n'est jamais qu'en autrui, il s'agit pourtant de l'image du sujet lui-même, c'est la raison de son droit.

454. Dans l'introduction à cette deuxième partie consacrée au "droit à l'image", on a évoqué les quelques dispositions civiles et pénales qui régissent "les vues sur la propriété de son voisin" et "l'outrage public aux mœurs". Ces normes, en assignant des limites à l'image qu'un sujet voudrait donner de soi ou qu'il voudrait prendre chez autrui, sont placées sous le signe de la pudeur. N'est-ce pas la pudeur encore qui commande le "droit à l'image" ? Car si cette nouvelle construction juridique peut se dédoubler en droit patrimonial et droit de la personnalité, il n'est pas prouvé que ce soit la patrimonialisation croissante de l'image qui ait provoqué l'apparition de ce nouveau droit subjectif.

Il est plus probable que ce droit ait été créé - même en empruntant les formules du droit patrimonial classique, en particulier de la propriété - pour assurer au sujet une meilleure défense de sa personnalité contre les agressions qui font de son image un objet livré à tous. Autant, sinon plus, qu'une disposition de soi (avec le risque d'aliénation que celle-ci comporte), le "droit à l'image" veut accentuer, comme droit de la personnalité, la protection de soi. Ce que protège le "droit à l'image", c'est la pudeur du sujet qui est vu et dont l'image est "prise".

455. Si le "droit à l'image" est un droit de la personnalité, s'il doit donc se déprendre de la relation de sujet à objet, c'est parce que l'image dont il s'agit signifie plus que son "apparence immédiate". Si par elle, le sujet est toujours déjà objet dans la relation à autrui, il faut dire aussi - pudeur oblige - que cet objet est toujours encore sujet.

L'image est l'expression d'une personne, elle est son corps en ce qu'il a d'inévitablement exposé en même temps que de volontairement livré à autrui. Droit de la personnalité, l'image oblige ainsi

Nature juridique du « droit à l'image »

à considérer ce qui signifie la liberté en son expression la plus radicale : le corps même de l'homme.

456. Pour étudier le régime juridique applicable au corps humain, et non plus seulement à son "double" qu'est l'image, on a choisi d'analyser au plan pénal puis au plan civil l'entrée du malade dans la relation thérapeutique.

Ici, le corps n'est plus seulement exposé au regard d'autrui; il est exposé à la maladie, touché par elle, et le sujet a, pour s'en délivrer, recours aux soins d'un médecin. Comment le droit va-t-il saisir cette relation de l'homme de l'art avec son patient ? Et, en cette relation même, comment va-t-il envisager le lien du sujet (malade) à son propre corps ? Va-t-on y voir, comme dans la relation du modèle à l'auteur de l'image, la conjonction d'un régime de protection et d'un régime de disposition ? A moins que l'intégrité physique ne mérite un autre sort juridique que celui de la seule apparence du sujet ?

TROISIEME PARTIE

LE DROIT DU MALADE A L'INTEGRITE PHYSIQUE

L'intégrité physique du malade

457. Le "droit à l'image" introduisait notre analyse en montrant l'équilibre que le droit est sans cesse amené à réaliser à propos de l'apparaître du corps.

Mais il est temps de laisser l'apparaître pour le corps lui-même. Nous allons analyser le consentement d'un individu, par hypothèse souffrant, au traitement médical ou chirurgical que se propose de lui administrer un autre individu, par hypothèse docteur en médecine.

Dans le premier cas, nous avons constaté un renforcement, par la création du "droit à l'image", de la protection mais aussi de la disposition par un sujet de sa propre apparence. Nous allons faire la même constatation à propos du droit du malade vis-à-vis de sa propre intégrité physique. Entre le patient et son corps, le droit (objectif) va multiplier les droits (subjectifs), et il faudra examiner, ici encore, comment s'articulent les différents régimes de ces droits ainsi reconnus.

458. Nous nous limitons à l'analyse de la relation privée nouée entre un médecin et son patient (1).

(1) Nous n'étudions donc pas ici les hypothèses citées dans l'introduction (v. supra n° 23) à propos du corps en régime public. Dans l'analyse du "droit à l'image", nous avons vu que le droit du public à l'information pouvait entamer le principe de la nécessité du consentement du modèle à la reproduction de ses traits. Il fallait, disait-on, mettre chaque fois en balance les intérêts en présence. Ce principe, valable pour l'image exposée au public, trouve aussi à s'appliquer dans le droit public de la médecine.

Qu'il s'agisse des vaccinations obligatoires, de la prophylaxie des maladies contagieuses, de l'administration de la preuve en matière pénale ou de l'eugénisme, on perçoit bien que, en entrant dans l'ordre juridique, le corps n'est pas d'abord le pur objet d'un consentement; il est ce qui est nécessairement exposé au public, et qui ne peut être réintégré sans reste dans le domaine de la volonté du sujet.

Pour élargir la question et en montrer les enjeux politiques et moraux, on citera ici le Dr. U.P. HAEMMERLI : "l'éthique médicale orientée vers la collectivité n'affirme sa primauté absolue que dans la médecine vétérinaire (...). Dans la médecine humaine, l'éthique médicale orientée vers la collectivité n'est admissible que dans la mesure où elle complète, sans lui porter préjudice, l'éthique orientée vers l'individu (par exemple,

L'intégrité physique du malade

Mais nous menons cette analyse autant en droit pénal qu'en droit civil car l'intégrité physique des sujets de droit représente une valeur sociale trop importante pour que le législateur pénal n'ait pas songé à la soustraire au pur jeu des relations civiles. Alors que dans le "droit à l'image", la sanction pénale n'a fait son apparition en France qu'en 1970, l'incrimination de l'atteinte à l'intégrité physique d'autrui a toujours existé dans le Code.

Pour mesurer les droits du sujet malade par rapport à son propre corps, il était donc important d'analyser la relation thérapeutique sous l'angle du droit pénal avant de le faire dans une optique de droit civil.

459. Sous un premier titre, on étudie les critères de justification pénale de l'acte médical, et sous un second titre, les problèmes posés par l'existence du "contrat médical".

Dans un cas comme dans l'autre, on cherche à voir comment s'applique dans la relation thérapeutique le droit du sujet - droit de protection et droit de disposition - par rapport à sa propre intégrité physique.

(Suite note 1)

la vaccination anti-variolique). Il faut s'attendre dans un avenir proche, en matière de médecine, à un conflit entre l'éthique orientée vers la société et l'éthique orientée vers l'individu, pour des motifs socio-économiques : la médecine orientée vers l'individu se heurte dans les hôpitaux à une hausse vertigineuse des coûts qui ne peut plus être supportée par la collectivité". (Exposé fait au Conseil de l'Europe le 14 mars 1975 devant la Commission des questions sociales et de la santé, publié dans la Revue internationale de criminologie et de police technique, 1975, p. 38).

TITRE I

LE DROIT DU MALADE A L'INTEGRITE PHYSIQUE, EN DROIT PENAL

460. L'engagement du patient dans la relation thérapeutique intéresse le pénaliste à plus d'un titre car les actes médicaux s'identifient parfois aux atteintes à l'intégrité physique incriminées par le Code pénal. Sans entrer ici dans la question de la responsabilité pour faute, dont l'importance pratique est considérable, nous retenons la question plus théorique de la justification même de ces actes médicaux parce qu'elle engage - davantage que la première - une réflexion de principe sur les droits du sujet (malade) par rapport à son propre corps : qu'est-ce qui justifie un médecin à porter atteinte à l'intégrité physique de son patient ?

461. Le régime de la protection et celui de la disposition se partagent le champ de la justification pénale de l'acte médical, ainsi qu'on va le voir. En un premier chapitre, on pose le problème en établissant l'élément matériel puis l'élément moral des infractions à justifier. Le chapitre deux montre les limites du raisonnement qui argumente uniquement à partir du pouvoir des deux partenaires de la relation thérapeutique : soit celui que le médecin tient de la "permission de la loi", soit celui que le malade exerce en donnant le "consentement de la victime". Puisque le sujet ne dispose pas de lui-même, ni d'autrui, il faut en revenir au régime de protection. C'est ce qu'on fait au chapitre trois en retenant le critère de la nécessité curative et sa priorité - voire sa suffisance - par rapport aux autres conditions d'immunité de l'acte médical.

Mais il faut constater - c'est l'objet du chapitre quatre - une certaine érosion du critère retenu, à partir d'une définition élargie de la notion de santé. Est-ce l'indice de ce que le régime de disposition doit trouver sa place dans la relation d'un sujet à son propre corps ?

L'intégrité du malade en droit pénal

CHAPITRE 1 — Le problème de la justification pénale de l'acte médical

462. Pour exposer la question qui nous occupe en droit pénal, on voudrait montrer en ce chapitre que l'acte médical constitue bel et bien, en certaines circonstances, une infraction puisqu'on y découvre à la fois l'élément matériel et l'élément moral du comportement incriminé par la loi. Dans la suite, on examine les différents critères proposés dans le discours juridique traditionnel pour justifier pareille infraction.

SECTION 1 - L'élément matériel de l'infraction.

463. L'acte médical doit être disculpé d'un certain nombre de préventions, car les coups et blessures, l'administration de substances nocives, les violences, voies de fait, et autres lésions - volontaires ou involontaires -, et parfois aussi l'homicide, sont matériellement "ce qui se passe" dans une salle d'opération ou dans le cabinet d'un médecin.

Or, le Code pénal incrimine de tels comportements (1).

Sur le plan matériel, on ne retient ici que les atteintes à l'intégrité physique réalisées par des actes positifs de commission (2),

- (1) V. en particulier dans le Code pénal français les art. 309 (coups et blessures volontaires), 319 (homicide involontaire) et 320 (blessures, coups ou maladies involontaires) et dans le Code pénal belge les art. 398 et sv. (infractions volontaires), 418 et sv. (infractions involontaires). Sur l'administration de substances nocives, v. infra n° 468.
- (2) Pour les délits d'omission (cfr. la privation de soins réprimée par les articles 401 bis et 420 bis du Code pénal belge), la non-assistance à personne en danger (cfr. l'art. 422 bis) et les questions posées par la dysthanasie, v. infra quatrième partie sur "le droit à la mort".

L'intégrité du malade en droit pénal

c'est-à-dire les traitements médicaux ou chirurgicaux qui impliquent une atteinte au corps du patient (3).

Ces traitements peuvent tomber matériellement sous la prévention de coups et blessures ou celle de l'administration de substances nuisibles à la santé. En parcourant l'une et l'autre incrimination, on dira aussi un mot du sort réservé par le droit pénal à cette atteinte particulière à l'intégrité physique qu'est la maladie causée par un acte délictueux.

464. Au sujet de la possibilité d'assimiler l'acte médical à un coup ou à une blessure, la doctrine française est explicite : "les expressions coups et blessures ont, comme les termes violences et voies de fait, la signification la plus large : elles comprennent, aussi bien que les atteintes à l'intégrité corporelle faites directement par la main même de l'agent, celles qui résultent de la mise en oeuvre par cet agent d'un instrument quelconque : dès lors, la moindre piqûre, de même que l'opération mutilante la plus grave, est comprise certainement au point de vue matériel dans les termes des art. 309 à 311" (4). C'était déjà ce qu'affirmait en 1859 le tribunal correctionnel de Lyon : "par l'expression générique qu'elle a employée, la loi (art. 311 du Code pénal) a entendu toute lésion, quelque légère qu'elle soit, ayant pour résultat d'intéresser le corps ou la santé d'un individu" (5).

(3) Pour le traitement par simple ingestion de remède, cfr. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, "Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale", Rev. gén. droit, 1926, p. 203, suivi par A. FAHMY ABDOU, Le consentement de la victime, Paris, 1971, p. 416; la loi pénale s'applique s'il y a eu ingestion par la force, ce qui peut constituer une violence ou voie de fait. Elle s'applique aussi s'il y a eu administration de substances nocives (cfr. art. 402 et 421 C.pén.); v. infra n° 468.

(4) P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité p. 200, suivi par A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 417

(5) Corr. Lyon, 15 déc. 1859, D.P., 1859,3,87, S., 1909, 2,231. Le tribunal a condamné pour blessures volontaires deux médecins, qui par des piqûres faites à l'aide d'une lancette, avaient inoculé le virus syphilitique à un enfant atteint de la teigne, dans un but d'expérimentation médicale.

L'intégrité du malade en droit pénal

Les auteurs ont remarqué le caractère très large des définitions retenues pour les blessures et les coups.

Ainsi, selon les travaux préparatoires de notre Code pénal de 1867, "Par coup, il faut entendre, d'après la doctrine, tout rapprochement violent entre le corps humain et un autre objet physique, avec l'effet possible d'une contusion ou d'une commotion" (6). Toute atteinte à l'intégrité corporelle d'un individu constitue dès lors, quelle que soit sa gravité, l'élément matériel d'une infraction pénale.

465. On s'est parfois interrogé, tant en Belgique qu'en France, pour savoir si la maladie pouvait être retenue dans la prévention des coups et blessures. Cet examen peut revêtir une certaine importance lorsqu'il s'agit de préciser la responsabilité pénale d'un médecin (7).

466. En France, l'assimilation de la maladie à la blessure a été consacrée dans le Code pénal lui-même par le décret-loi du 30 octobre 1935 (8). Profitant d'une correction à apporter à un récent relèvement des taux des amendes pénales, le législateur français a inséré le mot "maladies" après les "blessures" et les "coups" de l'article 320 du Code pénal (9).

(6) V. là-dessus R.P.D.B., V° Coups et blessures, n° 10; et sur la différence avec les violences légères : Pandectes belges, V° Coups et blessures, n°s 20 et sv.).

Comp. R. VOUIN, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, t. I, 3e éd., 1971, p. 171 : "le coup consiste dans le heurt ou le choc infligé par l'agent à sa victime, soit directement (...), soit à l'aide d'un instrument ou objet quelconque".

(7) Toutefois, dans la matière qui nous occupe, cette importance est secondaire puisqu'on imagine difficilement que l'inoculation d'une maladie par une voie autre que celle des coups et blessures (par contagion, par exemple) soit volontaire (v. infra n° 470).

(8) Décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant le décret du 16 juillet 1935 relatif aux taux de certaines amendes pénales, J.O., 31 octobre 1935, D., 1935, IV, 193.

(9) Art. 320 du Code pénal : "S'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures, coups ou maladies, le coupable sera puni...". La jurisprudence antérieure allait déjà dans ce sens : "l'art. 320 du code pénal, en parlant de bles-

L'intégrité du malade en droit pénal

Dans cette hypothèse, un médecin pourra être condamné du chef de blessures involontaires, par exemple pour avoir contaminé des tiers en manquant aux règles de l'aseptie (10).

467. En Belgique, même si elle n'a pas été consacrée dans la loi, la solution est identique : "on a constamment compris parmi les coups et blessures (...) toute lésion corporelle, fût-elle même interne" (11).

L'hésitation est cependant possible à cause du caractère de stricte interprétation de la loi pénale. On a pu soutenir, en s'appuyant sur l'autorité d'une partie de la doctrine (12), que "les rédacteurs des articles 418 et 420 du Code pénal belge n'ont entendu punir que les coups et les blessures, lésions corporelles externes, à l'exclusion des maladies ou des lésions internes" (13).

(Suite note 9)

sures, se sert d'un mot générique, applicable à toute lésion interne ou maladie" (Paris, 20 août 1841, S. 1841.2.635 à propos de substances contenues dans un vase de plomb).

(10) Cfr. l'affaire soumise à la Cour de cassation (arrêt du 11 février 1941, D., 1941, Jur., 180) où, par imprudence, un médecin avait transmis les germes de la scarlatine, dont il était porteur, à 68 enfants qu'il vaccinait contre la diphtérie. En l'occurrence, le délit de blessures involontaires avait été déclaré amnistié par la juridiction de fond.

(11) Bruxelles, 13 novembre 1856, Pas., 1857, II, 245 (à propos de maux de ventre, vomissements et forte diarrhée provoqués par un produit recommandé par un droguiste plaisantin).

(12) Cfr. J.J. HAUS, Exposé des motifs de l'art. 421 (480 du projet) in NYPELS, Législation criminelle de la Belgique, t. III p. 242, n° 108; et G. SCHUIND, Traité pratique de droit criminel, pp. 125 et 130. Tout le problème vient de ce que, en France comme en Belgique, le législateur a ajouté aux coups et blessures l'incrimination de l'empoisonnement. Est-ce parce que les lésions internes causées par le poison n'étaient pas comprises dans les blessures punies par les textes généraux ? Ou bien est-ce parce qu'il fallait réprimer plus sévèrement le mode insidieux par lequel ces "blessures" étaient causées ? V. la note F. BAETENS sous Corr. Verviers, 20 fév. 1932, R.G.A.R., 1933, 1114 et les conclusions de l'avocat général GESCHE précédant Cass., 27 février 1933, Pas., 1933, I, 141.

(13) Corr. Verviers, 20 février 1932, précité.

L'intégrité du malade en droit pénal

En tout cas, depuis que la Cour de cassation s'est prononcée, la jurisprudence semble bien fixée dans le sens d'une extension du mot "blessure" à toute lésion du corps humain (14).

468. Pour achever l'examen de l'élément matériel des infractions qui pourraient définir de près ou de loin certains actes médicaux, il faut dire un mot de l'empoisonnement et de l'administration de substances nuisibles à la santé (15).

(14) Cfr. Cass., 27 février 1933, précité, et depuis lors Bruxelles, 30 juin 1934, Rev. dr. pénal, 1935, p. 990 à propos d'une intoxication arsenicale; dans cet arrêt, la Cour d'appel relève que le médecin expert emploie les termes "le blessé" pour désigner la victime, ce qui confirme - si besoin était - la prévention de blessures (involontaires); cfr. aussi plus récemment, Cass., 31 mars 1960, Pas., 1961, II, 154 (à propos d'un tampon de gaze laissé dans l'abdomen d'une patiente), Cass., 23 avril 1969, Pas., 1969, I, 747; J.T., 1969, 385; R.W., 1969-70, col. 515; R.G.A.R., 1969, 8294, obs. J.P. à propos de la présence d'un corps étranger (aiguille brisée) dans le dos d'une patiente, où la Cour de cassation définit la blessure comme étant "la lésion externe ou interne apportée de l'extérieur au corps humain par une cause mécanique ou chimique agissant sur l'état physique".

(15) Ces infractions sont punies en France par les articles 301 et 318 du Code pénal. Elles constituent l'une et l'autre des infractions volontaires, mais alors que l'empoisonnement constitue un attentat à la vie, l'administration de substances nuisibles à la santé vise seulement l'altération de la santé d'autrui.

Puisqu'elles sont intentionnelles, ces infractions ne sont normalement pas le fait d'un médecin qui entend guérir son malade. GARRAUD et LABORDE-LACOSTE notent que "l'article 318 exige comme élément moral de l'infraction qu'il prévoit, d'abord que l'agent ait eu connaissance de la nocivité des substances, ensuite qu'il ait eu l'intention de nuire, de causer une maladie ou une incapacité de travail. Or, le médecin, qui administre un remède contenant une substance toxique, pour guérir ou soulager son malade, n'a évidemment pas cette intention" (art. cité, p. 204).

Si l'intention nocive ne se rencontre pas dans le chef du médecin, celui-ci ne se trouve pas pour autant exempt de toute responsabilité pénale lorsqu'il prescrit ou délivre par inattention, maladresse ou erreur des substances dangereuses pour la vie ou la santé d'autrui. En cas de mort, le fait qui, faute d'intention criminelle, ne peut être appelé empoisonnement, pourra être qualifié d'homicide involontaire. En cas

L'intégrité du malade en droit pénal

Lorsque l'administration de substances nuisibles à la santé est volontaire, on peut comprendre que le législateur - français ou belge - en fasse l'objet d'une incrimination spéciale, distincte des coups et blessures, pour pouvoir réprimer plus sévèrement ce mode particulier d'atteinte à l'intégrité physique d'autrui (16). Mais lorsque cette infraction se commet involontairement, il ne s'agit plus de punir "une lâche perversité" (17). Faut-il alors garder la spécialité de l'incrimination par rapport aux coups et blessures involontaires ?

469. Le législateur français ne l'a pas retenue : il s'est contenté de préciser dans la loi, comme on l'a dit plus haut, que les peines portées par l'article 320 sont appliquées non seulement en cas de blessures et de coups, mais également en cas de maladies (18).

Par contre, le législateur belge a préféré incriminer spécialement l'infraction involontaire d'administration de substances nuisibles. C'est l'article 421 qui punit "celui qui aura involontairement causé à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel en lui administrant des substances qui sont de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé". Cet article vise spécialement, selon les travaux préparatoires du Code de 1867, les médecins et pharmaciens qui, par une faute dans l'administration de substances nuisi-

(Suite note 15)

d'altération de la santé, il s'agira du délit de blessures involontaires.

V. F. GOLLETY, Enc. jur. Dalloz, Droit pénal, V° Empoisonnement, n° 23, et M. LIOTARD, ibidem, V° substances nuisibles (administration de); n° 7. Sur l'élément moral de l'infraction, v. infra n° 471.

(16) Signalons toutefois qu'en Belgique, la Commission pour la révision du Code pénal (créée par l'arrêté royal du 6 avril 1976) prévoit de faire disparaître la qualification spécifique de l'empoisonnement (art. 397) pour l'inclure dans le meurtre ou l'assassinat (Rapport sur les principales orientations de la réforme, juin 1979, p. 98).

(17) Selon les mots de HAUS, Exposé des motifs in NYPELS, Législation criminelle de la Belgique, tome III, p. 223, n° II, 44.

(18) v. supra n° 466.

L'intégrité du malade en droit pénal

bles à la santé, auraient altéré l'intégrité physique de leurs patients (19).

470. De ces infractions - coups et blessures, transmission de maladie, administration de substances nocives... - nous devons retenir celles qui posent la question de principe de l'atteinte à l'intégrité physique du malade. C'est la raison pour laquelle nous n'examinerons que l'acte qui, s'il n'était justifié, constituerait une infraction volontaire. C'est celui-là, en effet, qui met en évidence les pouvoirs du médecin sur le corps d'autrui, et du patient sur son propre corps. Le fait qu'il y ait eu transmission de maladie, accident chirurgical ou homicide au cours d'un traitement appelle évidemment, s'il y a eu faute de la part du praticien, une sanction pénale, mais il ne demande pas de justification particulière sur le plan des principes.

C'est d'abord l'infraction volontaire dans laquelle l'auteur connaît et veut - ou accepte - tous les éléments constitutifs de l'infraction qui réclame cette justification. C'est la raison pour laquelle on ne cherchera pas à justifier ici l'administration de substances nuisibles ou la transmission de maladie ou l'homicide, s'ils sont le fait involontaire d'un médecin. L'infraction qui exprime au mieux le caractère volontaire de l'atteinte portée par le médecin à l'intégrité physique de son patient est celle des coups et blessures. C'est celle-là que nous retiendrons pour la suite de l'exposé. Mais ceci nous amène déjà à aborder l'élément moral de l'infraction.

(19) Cfr. l'Exposé des motifs par HAUS, in *Nypels*, op.cit., t. III, II, 108; le débat à la Chambre du 31 mars 1859 (*Nypels*, t. III, IV, 21) où le ministre de la Justice a fait remarquer que "cet article ne sera guère applicable qu'aux médecins et aux pharmaciens, c'est-à-dire à ceux qui sont dans le cas d'administrer des remèdes. Ce ne sont, en général, qu'eux qui seront dans le cas d'administrer de ces substances", et à la question d'un parlementaire sur les restaurateurs et les cuisiniers, le même ministre répond : "ce ne sont pas des substances de nature à donner la mort qu'on va chercher chez les restaurateurs"; et le débat au Sénat du 9 mars 1866 (*NYPELS*, t. IV, VII, 19) où il est affirmé que l'art. 421 est applicable à un médecin.

L'intégrité du malade en droit pénal

SECTION 2 - L'élément moral de l'infraction.

471. Après avoir parcouru les dispositions pénales qui pourraient s'appliquer aux actes médicaux, dans la matérialité des faits qu'elles interdisent (la moindre piqûre, la maladie, l'administration de substances nuisibles ...), il faut encore examiner l'élément moral de ces infractions (20).

472. Un tel examen peut paraître superflu puisqu'on sait que, de toutes façons, l'acte médical n'est pas poursuivi, même s'il réalise matériellement le comportement interdit par la loi, puisqu'il bénéficie d'une cause de justification. Mais pour pouvoir cerner de façon rigoureuse les conditions de cette immunité - et, par là, les contours du droit du malade dans la relation thérapeutique - il faut rencontrer la position des auteurs qui invoquent l'absence de l'élément moral de l'infraction dans le chef du médecin, pour faire échapper celui-ci à toute poursuite répressive. A ce propos, nous allons tenir la thèse classique selon laquelle le mobile d'un acte (absence d'intention de nuire ou présence de l'intention de guérir) doit être soigneusement distingué du dol général dont l'existence suffit pour que l'on considère cet acte comme délictueux.

473. La question de l'immunité pénale des actes médicaux serait vite résolue si l'infraction volontaire en matière de coups et blessures exigeait l'intention de nuire. Car alors, il suffirait de constater que le praticien n'a pas voulu nuire à sa "victime" pour

(20) Sur l'élément moral de l'infraction en général, v. TROUSSE, *Novelles, Droit pénal*, n° 2393. Sans doute, le législateur, n'ayant pas à sonder les reins et les coeurs, ne réprime-t-il que les actes qui contreviennent à la loi. Mais cette répression n'a de sens que si elle sanctionne le comportement d'un sujet qui, en ces actes mêmes, a pu engager d'une façon quelconque, par dol ou par faute, sa liberté. Dès lors, davantage encore qu'une condition d'imputabilité à son auteur de l'acte objectivement délictueux, le caractère conscient et volontaire de cet acte nous paraît être, selon les termes propres de la doctrine classique, un élément constitutif de l'infraction.

L'intégrité du malade en droit pénal

qu'il soit aussitôt disculpé. Or ce que le droit pénal incrimine, c'est seulement l'atteinte à la personne. Et cette atteinte n'exprime pas nécessairement une intention de nuire. Dès lors, le praticien, par le seul fait qu'il veut attenter à la personne de son patient - et pourrait-il ne pas le vouloir, par exemple dans l'hypothèse d'une amputation ou même d'une simple piqûre ? - vérifie dans son chef l'élément moral requis par l'infraction volontaire; il est donc punissable.

474. La conclusion est tellement absurde que, périodiquement, la doctrine revient à la charge : "certains auteurs ont autrefois soutenu, dans des termes plus ou moins formels, la nécessité, pour l'élément moral des coups et blessures volontaires, de l'intention de nuire, précisément pour fonder, par cette exigence, l'impunité de faits comme le duel, les opérations chirurgicales" (21).

Dans une note sous une décision correctionnelle de 1949, un auteur "estime préférable de considérer que l'intention délictuelle consiste (...) dans la volonté de nuire à sa victime, soit en la frappant ou la blessant (coups et blessures), soit en l'impressionnant ou l'effrayant (violences et voies de fait). Un tel système s'accorde, d'une part, avec ce principe général qu'à l'exception des infractions purement matérielles, il n'existe pas de délit sans intention de nuire, et d'autre part, il permet de rendre compte parfaitement du motif pour lequel le médecin comme le sportif échappent à l'application des textes réprimant les violences volontaires" (22).

(21) P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 206, note (2) qui renvoient à CHAUVEAU et FAUSTIN HELIE, Théorie du code pénal, 5ème éd. n°s 1238 et sv., 1246 et sv.; FAUSTIN HELIE et DEPEIGES, Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 2ème éd., n°s 638 et 675; idem chez A. FAHMY ABDOÛ, op.cit., p. 418, note (115) qui renvoie en outre à Rép. D. sup. V° Crimes et délits contre les personnes, n° 190.

(22) Note R.V. sous Corr. Seine, 23 fév. 1949, J.C.P., 1949, II, 4786 (simulation d'une aphasie découverte après emploi du penthotal). M. DECOCQ, op.cit., p. 251 voit dans cette note la position d'un "auteur isolé" par rapport à la "Doctrine dominante". Nous allons voir que la Doctrine est peut-être "dominante", mais l'auteur (R.V.) n'est pas "isolé".

L'intégrité du malade en droit pénal

475. A la même époque, la question est remise à l'ordre du jour par deux thèses bruxelloises. En préfaçant celle de M. Foriers, M. Philonenko croit voir une pétition de principe dans l'affirmation selon laquelle toute violation du corps humain serait d'ores et déjà un délit de coups et blessures qu'il faudrait alors justifier: "est-il sûr que les coups et blessures, si on veut qualifier ainsi une intervention chirurgicale, soient un délit, entrepris qu'ils sont ad sanandum ?" (23).

L'auteur, toutefois, ne prétend pas assimiler l'élément moral de l'infraction volontaire à l'intention de nuire, mais il entend bien disculper le médecin à cause de son intention de guérir.

476. Allant plus loin encore, la thèse de M. Legros (24), dont on sait que l'objectif principal est de remettre en cause la notion de dol général, permet de simplifier radicalement le problème du fondement juridique de l'immunité médicale (25). Car, selon cet auteur, il n'y a tout simplement pas d'infraction à justifier: "Dans le cas du médecin, le délit de coups volontaires, à défaut d'intention, n'est pas constitué. (...) Le médecin n'a voulu ni blesser le patient, ni lui porter un coup. Sans doute, son acte est-il volontaire, libre. Mais il n'est pas intentionnel. Or, la loi ne

(23) M. PHILONENKO, préface à P. FORIERS; De l'état de nécessité en droit pénal, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1951, p. XXIII.

(24) R. LEGROS, L'élément moral dans les infractions, Paris, Sirey; Liège, Desoer, 1952.

(25) Le débat mené autour de la notion de dol général est encore présent dans les travaux de la Commission de révision du code pénal (v. le Rapport sur les principales orientations de la réforme, juin 1979, p. 51). Ce n'est toutefois pas la thèse de M. LEGROS qui a été retenue puisque, pour la Commission, "l'intention serait requise pour tous les crimes et délits régis par le Code pénal sauf lorsque la loi en dispose autrement", et que cette intention serait définie non pas seulement comme la volonté libre qui consiste dans l'absence de contraintes (causes de justification et de non-imputabilité), mais bien comme "la volonté qui tend positivement à réaliser le fait incriminé, la volonté de faire ce que la loi pénale défend" (id., p. 54). V. là-dessus les observations de M. LEGROS publiées au J.T. 1980, p. 17.

L'intégrité du malade en droit pénal

le punit que s'il est commis volontairement, c'est-à-dire avec la volonté du résultat" (26). Est-il permis de ne voir dans cette "volonté du résultat" pas autre chose que l'intention de nuire qui reparaît périodiquement dans la doctrine ?

Or, si le but du praticien est bien de guérir, et non certes de nuire, il n'en reste pas moins vrai qu'il veut "blesser" (par exemple amputer) son patient. Dire que son acte n'est pas intentionnel, n'est-ce pas confondre l'intention délictueuse (d'atteindre la personne) avec le mobile qui l'a animé (la guérir) ? (27).

477. La doctrine classique est fréquemment rappelée par la jurisprudence (28). Il faut reconnaître qu'elle ne facilite pas la tâche du pénaliste puisqu'alors tout praticien est coupable de coups et blessures dès qu'il procède à une intervention qui porte atteinte

(26) R. LEGROS, *op.cit.*, p. 231.

(27) Sic P.E. TROUSSE, Novelles, droit pénal, t. I n° 2746, qui ajoute : "toutes les conditions d'incrimination peuvent exister, y compris l'élément moral; quant au mobile, il est inopérant". Pour M. CONSTANT, M. LEGROS se rallie implicitement à la théorie qui justifie l'immunité des interventions chirurgicales par l'absence d'intention délictueuse dans le chef des médecins, puisque, selon M. LEGROS, les coups ne sont volontaires, au sens de la loi, que lorsqu'ils ont été portés avec l'intention de causer préjudice. Mais pour M. CONSTANT, "cette opinion est incompatible avec la notion du dol général telle qu'elle est traditionnellement admise par la doctrine et la jurisprudence belges" J. CONSTANT (Traité élémentaire de droit pénal, p. 519; Précis de droit pénal, p. 341).

(28) Pour une espèce récente en Belgique, v. Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, Pas., 1969, III, 115, R.G.A.R., 1970, 8362; J.T., 1969, 635; Rev. dr. pénal, 1969-70, 168 où les médecins prévenus de coups et blessures volontaires sur la personne d'un transsexuel avaient soutenu que "l'infraction retenue à leur charge requiert le dol spécial, c'est-à-dire la volonté d'agir avec une intention méchante ou dans le dessein de nuire". Le tribunal leur a préféré la thèse du ministère public selon laquelle "l'élément intentionnel requis pour qu'il y ait coups volontaires au sens des articles 398 et suivants du Code pénal, est le dol général tel qu'il se trouve défini à l'article 392, c'est-à-dire le dessein d'attenter à la personne d'autrui". Ainsi, poursuit le tribunal, "les éléments constitutifs de l'infraction sont (...) en principe réunis dès que le médecin porte volontairement, librement et sciemment, atteinte à l'intégrité corporelle de son patient".

L'intégrité du malade en droit pénal

à l'intégrité physique de son patient : l'élément matériel (la moindre piqûre...) et l'élément moral (la volonté d'attenter à la personne) sont vérifiés en son chef. Pour ne pas tomber dans l'absurde, il faut donc poursuivre la recherche théorique : si tout se passe comme si le praticien était coupable d'une infraction, d'où vient qu'il n'est pas poursuivi ?

SECTION 3 - La recherche d'une justification.

478. La lecture du Code ne nous éclaire apparemment pas sur l'immunité médicale puisqu'aucune disposition de la loi pénale ne semble énoncer, d'une façon explicite la licéité des traitements médicaux et des opérations chirurgicales, en définissant les conditions de l'immunité de leurs auteurs (29). Il faut donc se résoudre à chercher des bribes de solution dans la doctrine et la jurisprudence.

479. Les auteurs insistent souvent sur la difficulté théorique qui persiste lorsqu'on cherche à justifier l'immunité pénale de l'acte médical ou chirurgical, tout en reconnaissant que le principe lui-même n'est jamais sérieusement contesté (30).

Or, quand on lit les réponses de la doctrine, on est frappé par le cumul des conditions mises par un même auteur à l'obtention de l'immunité; une de ces conditions est mise en avant, mais on en

(29) Sur cette lacune, cfr. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 200 et R. GROSEMANS, "Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires chez l'homme", Rev. dr. pénal et crim., 1960-61, p. 876. Sur l'argument que l'on peut tirer de l'existence des dispositions normatives relatives à l'art de guérir, v. infra : la permission de la loi, n° 501.

(30) Cfr. E. GARCON, Code pénal annoté, T. II, art. 309 à 311, n° 80; P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 200; A. JACK, "Les conventions relatives à la personne physique", Rev. crit. de lég. et de jur., 1933, p. 379 et la note (2) contenant une bibliographie; A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 408; P. FORTIERS, op.cit., pp. 181 et sv. n° 296, n°s 297 à 300 (historique), n°s 302 et sv. (examen des différentes thèses); P. ARNOU, "De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen", Jura Falconis, 1980, pp. 431-436.

L'intégrité du malade en droit pénal

retrouve quelques autres soit en-dessous, soit à côté. Ce qui donne des formules complexes, dont voici quelques exemples : "L'impunité du praticien est (...) fondée sur le fait justificatif de la permission de la loi (...). Encore faut-il que l'intervention ait eu lieu en vue de guérir ou de soulager le malade" (31).

"Les médecins et les chirurgiens sont considérés comme bénéficiant (...) du fait justificatif résultant de la permission de la loi (...); mais il faut, pour que les médecins et chirurgiens puissent, dans un cas particulier, se prévaloir de la cause de justification qui, en règle générale, couvre leurs actes, qu'ils aient respecté les conditions auxquelles doit être subordonné nécessairement le caractère licite des traitements" (32).

"Le consentement du malade nous semble (...) devoir s'ajouter nécessairement à la permission de la loi pour écarter la responsabilité pénale du médecin" (33).

"Le consentement du malade entre en ligne de compte parmi les conditions de l'immunité, mais il n'en est pas la seule (34)".

"Pourquoi donner au médecin cette mission et ce privilège ? Parce qu'ils correspondent à un état de nécessité (...) mais la matière est ici trop grave, pour que cet état de nécessité puisse être apprécié par un homme quelconque. Le médecin seul aura ce privilège

(31) VIDAL et MAGNOL, op.cit., p. 387 (nous soulignons).

(32) P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 202. Les auteurs en déduisent "trois conditions également indispensables pour qu'une opération ou un traitement puissent être considérés comme licites, parce qu'effectués avec la 'permission de la loi' (...) d'abord le consentement du patient (...), ensuite l'absence d'imprudence ou de négligence (...), enfin un but curatif".

(33) J. HEMARD, art. cité, p. 307; cfr. aussi, p. 318 : "Utilité sociale reconnue, consentement de la victime, tels sont les deux éléments indispensables pour assurer (...) l'impunité de celui qui - en apparence - a commis un délit de coups et blessures".

(34) DESBOIS, note sous Civ. Seine, 16 mai 1935, D.P., 1936,2,9. L'auteur traite du caractère impératif des obligations professionnelles des praticiens qui échappent aux déterminations conventionnelles.

L'intégrité du malade en droit pénal

(...) avec une réserve essentielle, pourtant. Celle qui s'attache au consentement du malade !" (35).

Pour terminer, on peut encore relever cette formulation rapportée par un tribunal belge: "le ministère public (...) subordonne l'immunité pénale du médecin, pour autant qu'elle puisse être fondée sur l'autorisation de la loi, à plusieurs conditions : 1° le médecin doit agir dans un but curatif; 2° hors le cas de force majeure, le consentement libre et éclairé du patient est indispensable; 3° l'acte médical doit présenter un caractère de nécessité suffisante; 4° le médecin ne doit pas avoir commis de faute" (36).

480. De cet ensemble de justifications, on peut dégager

du côté du médecin : la permission de la loi;

du côté du malade : le consentement du patient;

et, du côté de l'acte lui-même, le but curatif et la nécessité suffisante (37). Cette diversité des causes avancées mérite une réflexion, car il faut pouvoir les articuler de façon cohérente en fonction d'une conception déterminée de la relation du sujet à son corps.

Si ces conditions sont toutes nécessaires, peut-on établir une hiérarchie entre elles, une sorte d'échelle des degrés de nécessité jusqu'à voir se dégager, peut-être, une raison qui serait suffisante ?

(35) R. SAVATIER, note sous Cass. belge, 16 déc. 1948, J.T., p. 84.

(36) Corr. Bruxelles, 27 sept. 1969, précité. Pour une critique de cette énumération, cfr. R. DALCQ, "La responsabilité médicale", Tijdschrift voor Privaatrecht, 1974, 354.

(37) On aura remarqué que parmi les conditions de l'immunité médicale, certains auteurs rangent l'absence de négligence ou d'imprudence dans l'accomplissement de l'acte thérapeutique. Cette condition relève de l'examen de l'infraction dite involontaire (commise par défaut d'adresse ou de précaution). Elle suppose résolue la question qui nous occupe en ce chapitre, savoir celle d'une justification de l'acte médical par rapport aux textes qui punissent les coups et blessures volontaires. Une chose est de justifier un acte; une autre chose est d'exiger que cet acte - supposé justifié - soit accompli selon les règles d'un certain art. (v. supra n° 470).

• L'intégrité du malade en droit pénal

481. Lorsqu'on applique à ces diverses causes de justification de l'acte médical le double régime dégagé dans l'analyse du droit subjectif, on s'aperçoit que la protection et la disposition sont tour à tour soulignées ou atténuées selon que l'on prend le point de vue subjectif du médecin, à qui la loi accorde une "permission", ou celui du malade qui est appelé à "consentir", ou le point de vue objectif de l'acte lui-même dont on dit qu'il doit avoir, nécessairement, une portée curative.

L'accumulation des conditions proposées pour justifier l'acte médical donne à penser que ce double régime est nécessairement d'application lorsqu'un sujet malade engage son corps dans la relation thérapeutique : le patient doit pouvoir être protégé, et il doit pouvoir disposer de lui-même.

482. Mais de quoi doit-il être protégé ? Sans doute des attaques de la maladie elle-même, mais aussi, peut-être, de l'impérialisme médical qui manipulerait ce malade sans aucune considération pour sa liberté. Et jusqu'où peut-il disposer de lui-même ? Sûrement jusqu'à consentir aux actes médicaux qui engagent une guérison, mais est-ce le cas aussi pour les actes de mutilation ? Est-il vrai que le sujet serait maître de son corps ?

483. Quant au médecin, si on insiste sur la permission que la loi lui accorde, on peut comprendre cette autorisation comme une volonté du législateur d'accentuer la protection des malades puisque la loi réserve l'exercice de l'art de guérir aux personnes qui paraissent offrir, pour ce faire, de bonnes garanties de compétence; mais cette permission pourrait-elle être entendue aussi comme la reconnaissance pour un médecin du droit de disposer du corps de son patient ?

484. Cet entrecroisement de la protection et de la disposition, du point de vue du médecin comme du point de vue du malade, nous fait croire que l'on ferait fausse route si l'on cherchait à justifier l'acte médical en avançant un critère qui ne saisirait la

L'intégrité du malade en droit pénal

relation thérapeutique que sous un seul de ses pôles. Car il nous semble qu'il vaut mieux considérer en même temps les deux partenaires de cette relation originale. Ceci nous évitera de privilégier une donnée trop étroite de l'immunité médicale.

Pour tenir en une même perspective le médecin et le malade et justifier l'acte effectué par celui-là sur la personne de celui-ci, il faut privilégier d'emblée ce que nous appellerons la nécessité curative de l'acte lui-même.

Mais pour pouvoir vérifier la pertinence de ce dernier critère qui articule le but curatif sur l'état de nécessité, on voudrait d'abord montrer l'insuffisance des critères partiels proposés pour la justification de l'acte médical.

L'intégrité du malade en droit pénal

CHAPITRE 2 — Les critères insuffisants d'une justification pénale de l'acte médical

485. Lorsqu'on cherche à justifier l'atteinte à l'intégrité physique que constitue parfois l'acte médical par le pouvoir que détiendrait un des deux partenaires de la relation thérapeutique, on rencontre d'une part le consentement du malade et d'autre part la permission de la loi. En abordant ces critères l'un après l'autre et en les confrontant aux principes reçus en droit pénal, on voit qu'ils appellent une justification plus fondamentale : celle qui est tirée de la portée de l'acte lui-même.

SECTION 1 - L'insuffisance du consentement et la thèse de M. Fahmy Abdou.

486. Puisque tout se passe comme si les actes médico-chirurgicaux constituaient des coups et blessures, et puisque leur auteur n'est pas poursuivi devant les juridictions répressives, ne faut-il pas attribuer cette immunité pénale au consentement du patient ?

Il faut reconnaître que ceux qui tiennent cette position sont peu nombreux, étant donné le principe - classique en notre droit pénal - de l'inefficacité du consentement de la victime lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité de l'auteur d'une infraction. En France (1), ce principe a été rappelé avec une particulière netteté en 1937 dans l'affaire dite des "stérilisateurs bordelais" (2).

(1) Pour la doctrine étrangère, v. les auteurs cités par M. NERSON, thèse citée, p. 126, note (1), GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 202, note (2) et M. FAHMY ABDU, op.cit., p. 408, note 81.

(2) Il s'agissait d'opérations de vasectomie pratiquées à Bordeaux sur la personne d'individus consentants. Les deux prévenus, d'ailleurs non-médecins, avaient été condamnés pour coups et blessures volontaires et la Cour de cassation a rejeté leur pourvoi par un arrêt du 1er juillet 1937 (v. infra n° 495). Avant que cette affaire ne fût soumise à la juridiction suprême, CUCHE se posait la question de savoir s'il était "possible

L'intégrité du malade en droit pénal

487. Si la jurisprudence ne s'est pas engagée dans cette voie-là, la doctrine ne l'a pas fait non plus. Sauf un auteur, M. Fahmy Abdou qui, dans sa thèse consacrée au consentement de la victime (3), justifie par le consentement du malade l'atteinte qu'un praticien porte à son intégrité corporelle. L'examen critique des arguments employés par l'auteur à l'appui de sa thèse doit nous permettre de réaffirmer l'exactitude de la thèse contraire à savoir l'ino- pérance du consentement de la victime comme justification de l'in- fraction commise à son égard.

488. M. Fahmy Abdou reconnaît que "le principe de l'indisponibi- lité du droit à l'intégrité corporelle est reconnu à l'unanimité tant par la doctrine que par la jurisprudence françaises". Mais à son avis, "tout principe souffre des exceptions et il convient de se demander s'il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'ineffica-

(Suite note 2)

en dehors d'un texte, d'admettre des limitations au jus in se ipsum et, par voie de conséquence, au droit d'en déléguer l'exer- cice à un de nos semblables". Sa réponse était négative car "dans un nombre grandissant d'affaires, la jurisprudence tend à reconnaître au consentement de la victime la valeur d'un fait justificatif" (P. CUCHE, Chronique de législation et de jurisprudence criminelles, revue critique 1935, p. 336). L'au- teur en concluait que si l'on voulait incriminer le comporte- ment des "stérilisateurs bordelais", il fallait que le législa- teur ouvrît le droit pénal à de nouvelles incriminations : "il serait bon que des textes répressifs, inspirés d'une conception plus haute que l'individualisme de la codification napoléonien- ne, vinssent rappeler à ceux qui seraient tentés de l'oublier que le jus in se ipsum lui-même n'échappe pas à l'emprise de cette finalité qui domine l'exercice de tous nos droits". Or, en fait, si les juges n'ont pas attendu un nouveau texte légis- latif pour punir les atteintes à l'intégrité physique consenties par un individu sur son propre corps, c'est que loin de "tendre à reconnaître au consentement de la victime le caractère d'un fait justificatif", ils en ont toujours, au contraire, souligné l'insuffisance. Il est vrai que la jurisprudence insiste sur la nécessité du consentement du patient préalable à toute inter- vention sur sa personne, mais de cette condition nécessaire, on ne peut faire une condition suffisante qui justifierait tout acte médical en vertu du jus in se ipsum.

- (3) A. FAHMY ABDOU, Le consentement de la victime, préface de M. VOUIN, Paris, L.G.D.J., 1971.

L'intégrité du malade en droit pénal

citée du consentement dans le délit de coups et blessures" (4). Ces exceptions, M. Fahmy Abdou croit les trouver dans la notion de contravention (5). En effet, lorsqu'on se trouve en présence d'un crime ou d'un délit, on imagine bien que la gravité de l'infraction est telle que l'intérêt de l'Etat à intervenir dans la répression soit direct et immédiat, mais s'il ne s'agit plus que d'une contravention, on peut raisonnablement penser que, vu la futilité de l'atteinte à l'ordre social, l'Etat n'a plus qu'un intérêt indirect et médiat à la répression. Ainsi, selon notre auteur, la puissance publique ne sera mise en branle que si l'intérêt privé a été lésé contre le gré de son titulaire. Si par contre, la victime était consentante, il n'existe plus d'infraction (6).

Appliquant cette théorie générale aux actes de violence, M. Fahmy Abdou estime que le consentement de la victime doit agir comme un fait justificatif chaque fois que l'auteur reste en deçà de la mesure fixée par la loi pour définir la contravention (7).

(4) Idem, p. 393. L'auteur ajoute : "à vrai dire, notre tâche sur ce point est bien délicate, car, en partie, notre opinion n'a jamais été jusqu'à présent soutenue ni même envisagée par la doctrine. D'autre part, nous allons devoir convaincre les lecteurs de l'importance accrue de la notion de consentement de la victime en cas d'interventions médicales ou chirurgicales et dans les violences qui accompagnent la pratique de certains sports".

(5) L'auteur signale (p. 407) que dans d'autres systèmes juridiques, on peut recourir à la notion de plainte préalable de la victime, ou même à un texte formel de la loi (tel l'art. 50 du Code pénal italien).

(6) "Juridiquement parlant, la conséquence immédiate et décisive du consentement, celle dont dérivent, ensuite, les autres conséquences médiate est celle-ci : l'acte qui, sans le consentement, serait illicite, anti-juridique, prohibé, perd, par le fait du consentement, ce caractère. Ne consistant plus en une violation de la règle juridique, il devient 'licite', soit à l'égard du droit civil, soit à l'égard du droit pénal, et peut donc être juridiquement accompli sans violation de la loi" (op.cit., p. 74).

(7) C'est-à-dire, en France, une maladie ou incapacité totale de travail n'excédant pas huit jours, au cas d'infraction volontaire, de coups, blessures, violences et voies de fait (art. R. 40, 1^o) et n'excédant pas trois mois, en cas d'infraction involontaire où des blessures, coups ou maladies sont causés par maladresse, imprudence, inattention, négligence et inobserva-

L'intégrité du malade en droit pénal

Notre auteur reconnaît que son opinion se heurte à la doctrine française (8) mais qu'elle "permet dans la pratique de justifier certaines atteintes corporelles qui sont, de nos jours, impunies, et que la doctrine et la jurisprudence françaises essaient toutefois de justifier autrement" (9). C'est la raison pour laquelle une intervention du législateur lui paraît souhaitable pour trancher la controverse (10).

489. Pour montrer la justesse de sa position, en particulier lorsqu'il s'agit d'atteintes à l'intégrité physique, M. Fahmy Abdou tâche d'interpréter en faveur de sa thèse deux décisions de jurisprudence; on va montrer que cette interprétation ne s'impose pas, avant de conclure que le critère de la contravention est, au moins en matière d'intervention médico-chirurgicale, peu praticable sinon, finalement, inutile.

490. Lorsque la jurisprudence maintient formellement l'indisponibilité absolue du droit à l'intégrité corporelle, c'est qu'il s'agit, dans la pensée de M. Fahmy Abdou, d'une atteinte qui a dépassé une

(Suite note 7)

tion des règlements (art. R.40,4°). En Belgique, le critère de M. FAHMY ABDOU serait plus difficilement applicable puisque les coups et blessures sont toujours un délit (art. 398 pour l'infraction volontaire et 420 pour l'involontaire) et que les voies de fait ou violences ne sont considérées comme contraventions que si leurs auteurs n'ont blessé ni frappé personne (art. 563, 3°).

(8) M. FAHMY ABDOU est d'ailleurs très prudent lorsque, analysant le consentement de la victime comme fait justificatif de coups et blessures commis du fait d'une intervention médicale ou chirurgicale, il croit découvrir (note (82), p. 409) des partisans de cette opinion dans la doctrine française, par exemple, chez DEMOGUE où, à la fin d'un article sur la licéité d'un match de boxe "l'auteur parle (...) du consentement de la personne opérée et lui attache une certaine importance", ou chez STEFANI et LEVASSEUR qui "nous donnent l'impression qu'ils sont plutôt pour le consentement que pour la permission de la loi comme cause de justification dans les opérations chirurgicales", etc... (nous soulignons).

(9) Idem, p. 395.

(10) Idem, p. 401, avec référence aux travaux de la Commission de réforme du Code civil.

L'intégrité du malade en droit pénal

certaine limite de gravité (stérilisation, mutilation, duel); par contre, lorsqu'un juge se trouve en présence d'une atteinte bénigne, il se sent quelque peu handicapé par le principe intangible de l'inefficacité du consentement de la victime; il cherche alors une autre justification sur la base de laquelle il puisse relaxer l'accusé.

Ainsi, le tribunal de police de Briançon a-t-il acquitté en 1966 (11) une dame âgée de 65 ans qui avait souffleté un homme de 33 ans au motif que les violences légères ou voies de fait exigent une action faite volontairement et que ceci ne se vérifie pas en l'espèce où, après une vive discussion, l'homme a tendu la joue à la vieille dame avec un geste "qui signifiait que son offense (...) méritait réparation dans le cadre du droit de correction quasi-parentale, ou bien qui constituait un simple jeu".

Après avoir critiqué le manque de précision de ce jugement, M. Fahmy Abdou avance qu'en l'espèce, l'acquittement de l'accusée ne pouvait être justifié que par le consentement de la victime (12). Mais on pourrait suivre une autre thèse selon laquelle dans notre affaire, la décision de relaxe n'était tout simplement pas fondée, même si les circonstances de fait devaient amener le juge à la plus extrême bienveillance (13). A ceux qui croient que le consentement de la victime pourrait "plus facilement jouer pour des infractions bénignes, qui n'apportent à l'ordre légal qu'un trouble

(11) Trib. pol. Briançon, 11 janvier 1966, J.C.P., 1966, 14584 et la note R. de LESTANG.

(12) Op. cit., p. 404. L'auteur ajoute: "même s'il était prouvé que la victime n'a pas effectivement consenti à la lésion, et par conséquent, qu'il y a eu un désaccord entre volonté interne et volonté exprimée, l'acte est toujours licite, en raison de l'absence de l'élément moral de l'infraction. L'agent, en commettant son acte, le croyait licite à cause du comportement de la victime (erreur de fait excusable)".

(13) Telle est l'opinion de M. de LESTANG dans sa note précitée. Après avoir rappelé le principe général selon lequel le consentement de la victime est sans influence sur l'existence de l'infraction subie par elle, l'auteur conclut: "le juriste, le magistrat surtout, s'il ne doit point étouffer les mouvements de son coeur doit toujours faire prévaloir la raison".

L'intégrité du malade en droit pénal

peu grave, qui ne font pas apparaître un délinquant tellement dangereux que la défense sociale exige absolument une sanction", il faut répondre, avec M. Doublier, que "l'observation du droit positif n'a (...) rien révélé de tel. Personne ne pourrait donner l'autorisation de commettre une contravention et l'on ne peut davantage consentir à subir une légère blessure qu'un homicide" (14). En outre, la gifle jugée à Briançon fait songer tellement plus à un jeu qu'à une affaire sérieuse qu'il est hasardeux de l'invoquer pour confirmer une thèse nouvelle sur la valeur du consentement de la victime.

491. L'autre espèce avancée par M. Fahmy Abdou pour montrer l'embarras d'une jurisprudence qui ne veut pas accepter l'efficacité du consentement de la victime lorsqu'il s'agit de violences légères est cette affaire célèbre où, après une discussion sur le montant de ses honoraires, une dentiste avait arraché brutalement de la bouche de son client les dents "jackets" qu'elle y avait apposées (15). Après renvoi à la suite d'une première cassation, la Cour d'Orléans a relaxé la dentiste du chef de coups et blessures volontaires et, du même coup, prononcé son incompétence quant à statuer sur la réparation civile. C'est pour contester ce dernier point

(14) R. DOUBLIER, art. cité, p. 216.

(15) Cette affaire a connu une importante carrière judiciaire : V. Corr. Seine, 19 mai 1958 (condamnation de la dentiste à la prison, à l'amende et aux dommages-intérêts); sur appel de la prévenue et du ministère public, Paris, 7 janvier 1959 (supprime la peine de prison, maintient l'amende et réduit les dommages-intérêts); à la suite d'un premier pourvoi, formé par la prévenue, Cass., 8 janvier 1960 (cassation sur l'amende pour dépassement du maximum légal); sur renvoi : Orléans, 6 janvier 1961 (relaxe au pénal du chef de coups et blessures volontaires); à la suite d'un second pourvoi formé, cette fois, par la partie civile : Cass., 9 novembre 1961, Gaz. Pal., 1962, I, 104; J.C.P., 1962, II, 12777; Rev. sc. crim., 1962, p. 332 et la note HUGUENEY (casse la décision d'incompétence de la Cour d'Orléans à statuer sur les intérêts civils); sur renvoi : Bourges, 7 juin 1962, Gaz. Pal., 1962, II, 191 (retient la prévention de violences volontaires et accorde des dommages-intérêts à la victime) et sur le troisième pourvoi formé par la prévenue : Cass., 7 février 1963, Gaz. Pal., 1963, I, 383 (rejet).

L'intégrité du malade en droit pénal

que la partie civile a formé le deuxième pourvoi en cassation (16). Elle a agi seule, tandis que le Parquet est resté inactif. M. Fahmy Abdou se demande alors : "Faut-il en déduire que le ministère public est du même avis que la Cour d'Orléans ?" (17)

N'est-il pas dangereux de raisonner en droit pénal, comme le fait M. Fahmy Abdou, à partir d'une abstention du ministère public, seul juge de l'opportunité des poursuites ?

Et si, dans son troisième arrêt, la Cour de cassation de France souligne le fait que l'opération a eu lieu contre le gré du client, n'est-il pas aussi hasardeux d'en déduire, comme le fait M. Fahmy Abdou, la conclusion suivante : "il faut en penser que la Cour de cassation admet implicitement la disponibilité du droit à l'intégrité corporelle dans certaines limites, sans quoi elle aurait pu rejeter le pourvoi sans faire allusion à la volonté du client" (18), tant il est vrai que la condition nécessaire n'est pas toujours suffisante et que si l'absence d'un consentement rend un geste punissable, il n'est pas dit que sa présence exonère ce même geste de toute pénalité (19).

(16) Sur ce second pourvoi, la Cour de cassation, par sa décision du 9 novembre 1961, a cassé la décision d'incompétence de la Cour d'Orléans à statuer sur les intérêts civils, et sur renvoi, la Cour de Bourges a retenu, dans son arrêt précité du 7 juin 1962, la prévention de violences volontaires et a accordé des dommages-intérêts à la victime, sanctionnant ainsi un geste qui ressemble davantage à une voie de fait qu'à un acte médical.

(17) Op. cit., p. 406.

(18) Op. cit., p. 405.

(19) Sur cette affaire, v. l'arrêt qui fit l'objet du troisième pourvoi: Bourges, 7 juin 1962 (Gaz. Pal., 1962, II, 191) qui axe son argumentation sur le but curatif qu'en l'espace, la dentiste ne poursuivait nullement. L'extrait de cet arrêt cité par M. FAHMY ABDU (op.cit., p. 405, note 71) fait état d'un raisonnement sur le consentement de la victime que nous n'avons pas repéré dans la décision elle-même. D'ailleurs, selon notre auteur, le consentement serait ici non pertinent puisque l'infraction constituait un délit, et non une contravention. Si M. FAHMY ABDU voulait confirmer par la jurisprudence sa thèse sur la valeur du consentement de la victime lorsqu'il s'agit d'une contravention, pourquoi donc a-t-il choisi une espèce où l'infraction jugée était un délit ?

L'intégrité du malade en droit pénal

492. S'il faut tirer une conclusion des deux décisions avancées par M. Fahmy Abdou en faveur de sa thèse, il nous faut bien reconnaître que celle-ci n'est pas très convaincante.

Quelle est d'ailleurs l'utilité du critère proposé dans la matière qui nous occupe ? Car il peut arriver que des interventions pratiquées par des hommes de l'art soient punissables même avec le consentement de leurs patients, encore que la maladie ou l'incapacité de travail résultant de ces interventions ne dépasse pas le seuil de la contravention. Il en est ainsi "lorsque l'acte porte une atteinte définitive ou même temporaire, pour une durée longue ou (indéterminée) à l'intégrité du corps humain, même s'il n'en est pas résulté une maladie ou incapacité totale de travail personnel excédant huit jours, en cas de coups et blessures volontaires (art. R-40-1°)..." (20).

493. Mais si des interventions sont punissables alors qu'elles n'ont pas excédé la mesure des contraventions, l'hypothèse inverse peut se présenter également : des interventions médico-chirurgicales peuvent provoquer une maladie ou une incapacité totale de travail personnel qui dépasse les limites de la contravention, mais n'en seront pas, pour autant, punissables.

Dans ce cas, poursuit M. Fahmy Abdou, "c'est toujours le consentement de la victime qui justifie les coups et blessures causés par le médecin ou le chirurgien, mais à la condition que ce consentement soit donné dans les limites précisées implicitement par la loi" (21). D'où vient que la loi augmente ainsi, par-delà le critère de la contravention, la sphère de disponibilité du droit à l'intégrité corporelle ? Cela vient de "l'utilité sociale que la

(20) Op. cit., p. 401. L'auteur cite, en note, comme exemple, la vasectomie pratiquée sans but curatif en vue de priver la personne, pour un temps indéterminé, de la faculté de procréer. Aussi approuve-t-il la condamnation en 1937 des stérilisateurs de Bordeaux (v. supra n° 486).

(21) Op. cit., p. 413. L'auteur fait ici référence au traité de MM. STEFANI et LEVASSEUR (Droit pénal général, n° 153, p. 150) mais on sait les précautions prises dans l'invocation de leur autorité (cfr. sa note 82, p. 409).

L'intégrité du malade en droit pénal

loi attache aux interventions de nature médicale ou chirurgicale". Et quelles sont les conditions requises pour que le consentement donné soit valide à l'intérieur de cette sphère ainsi élargie ? Rien d'autre que les plus classiques, c'est-à-dire que le destinataire du consentement doit être un homme de l'art médical, et il doit agir dans un but curatif.

Selon notre auteur, lorsqu'une de ces conditions fait défaut, la responsabilité du médecin est engagée; dans le cas contraire, l'acte médical est licite.

494. Dans ces conditions, n'était-il pas plus simple de faire l'économie d'une théorie qui, pour tenter de justifier les infractions par le consentement de la victime, se voit obligée d'inventer de toutes pièces un seuil de gravité - la contravention - dont on sait, dès le départ, qu'il ne peut pas fonctionner adéquatement comme critère puisqu'on peut être puni sans le dépasser, ou le dépasser sans être puni ?

S'il fallait cette construction artificielle pour soutenir la thèse du consentement de la victime, n'est-ce pas, avec la construction, cette thèse elle-même qui doit être abandonnée ? On en reviendrait ainsi aux affirmations les plus continues de la jurisprudence et de la doctrine sur ce sujet : le consentement du patient est insuffisant pour justifier l'atteinte que le praticien porte à son intégrité corporelle.

SECTION 2 - Le principe de l'insuffisance du consentement de la victime.

495. Lorsque la Cour de cassation française a rejeté, le 1er juillet 1937, le pourvoi des prévenus qui, à Bordeaux, avaient procédé à des opérations de stérilisation sur des personnes consentantes, elle a confirmé la formule des juges du fond selon laquelle "les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner

L'intégrité du malade en droit pénal

le droit de violer, sur leurs personnes, les règles régissant l'ordre public" (22).

Il existe donc, entre autrui et mon corps, un ordre public dont je ne dispose pas. En droit civil, lorsqu'un débiteur voit sa dette remise par son créancier, l'obligation est parfaitement éteinte; et en droit pénal, lorsqu'une personne accepte qu'un "voleur" lui soustraie un de ses biens, l'infraction de vol n'est pas constituée. C'est qu'en ce domaine patrimonial, la disposition est possible. Mais lorsqu'il s'agit du corps, il y a un ordre public qui vient s'interposer. De là vient que le consentement de la victime est radicalement insuffisant pour justifier les infractions subies par elle.

496. Ce consentement ne figure d'ailleurs pas dans les causes de justification ou d'excuse limitativement énumérées par le Code pénal français ou belge. Ce principe a été maintes fois répété (23):

(22) Cass. crim., 1er juillet 1937, D.H., 1937, 537; J.C.P., 1937, II, 440; S., 1938, I, 193 et la note R. TORTAT. V. aussi J. MAGNOL, note à la Rev. de sc. crim., 1937, 680 et P. CUCHE, note précitée à la Rev. crit., 1935, 336.

(23) V. pour la France les notes R. TORTAT et J. MAGNOL sous l'arrêt précité de Cass., 1er juillet 1937, la note DESBOIS, précitée, sous Civ. Seine, 16 mai 1935 : "En face d'une intervention que ne justifie pas l'état du patient, le seul effet du consentement est, en dernière analyse, seulement d'atténuer la responsabilité du médecin, dans les cas où celui-ci, loin d'avoir pris l'initiative du traitement, s'est laissé fléchir par les sollicitations pressantes de son client, renouvelées malgré la connaissance exacte des risques"; J. HEMARD, art. cité, n° 24, p. 304 : "si le seul consentement assurait l'impunité du médecin, il devrait également assurer celle de l'individu qui soigne le malade, sans être lui-même médecin et cela ne peut être admis. De même, tous les actes du médecin seraient licites à condition que le patient y ait consenti, ainsi l'avortement ne serait pas punissable. Ces conséquences montrent que, seul, ce consentement ne peut tout expliquer", et A. DECOCQ, op. cit., p. 252, et la bibliographie citée à la note (7) parmi les grands traités de droit pénal. Pour la Belgique, cfr. par exemple, Corr. Mons, 2 avril 1936, R.G.A.R., 1936, 2182 et Corr. Bruxelles, 27 sept. 1969, précité; R. TAHON, mercuriale précitée, J.T., 1951, p. 496 et P. FORIERS, op. cit., p. 192.

L'intégrité du malade en droit pénal

497. Pour rendre compte de cette position, on invoque le but de la loi qui est (aussi) de "faire respecter l'ordre public et conserver les être humains comme 'valeurs sociales'" (24), ou les hypothèses dans lesquelles "la sauvegarde du droit ou du bien lésé présente un intérêt pour la Société, pour la patrie, pour la famille" (25), ou le fait que la personne humaine, qui n'est pas objet de contrat, est chose hors commerce (26), ou "l'intérêt général et les bonnes mœurs, en un mot (...) l'ordre public", ou encore "cette idée maintes fois mise en relief qu'un élément grandissant de fonction sociale s'insère dans l'emploi de notre vie et de notre activité (27). Autant d'expressions qui soulignent le fait qu'à propos de moi (de mon corps), il ne s'agit pas seulement de ma personne privée, mais que celle-ci est engagée ("exposée", disait-on, à propos du "droit à l'image") dans des liens sociaux qui, du même coup, ne relèvent plus d'un ordre privé, mais d'un ordre public (28).

- (24) P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, p. 240. Les auteurs examinent ensuite (pp. 244-245) les hypothèses où non seulement le médecin, mais le patient lui-même est puni pour des blessures consenties par lui (ex. : mutilations pratiquées en vue de se rendre impropre au service militaire).
- (25) J. MAGNOL, note précitée à propos de Cass. crim., 1er juillet 1937.
- (26) R. CHARLES, op. cit., p. 135. V. sur cette notion, infra n° 957.
- (27) L. KORNPROBST, "De la complicité du suicide", Rev. pénit., 1932, p. 421; cfr. aussi la motivation de Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969 rappelant l'art. 6 du Code civil: "il est interdit de déroger par des conventions particulières aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs".
- (28) V. encore M.-Th. MEULDERS-KLEIN : "Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale", Annales de droit, 1967, pp. 27-28 : "Dans la plupart des législations actuelles, le principe suivant lequel chacun est maître de son propre corps s'est effacé devant la suprématie transcendante des droits de la personne, directement placés sous la protection de la société. Le rôle de celle-ci doit bien entendu recevoir des limites et peut aussi donner lieu à de criants abus. Il n'empêche que, pas plus que l'homme n'appartient à la société, il ne s'appartient totalement à lui-même. Les droits de la personne sont passés dans l'ordre public. L'homme peut en user, mais non plus en 'disposer' librement".

L'intégrité du malade en droit pénal

498. Les auteurs sont unanimes pour reconnaître que cet ordre public empêche l'adage "volenti non fit iniuria" de s'appliquer aux coups et blessures portés à la personne de ce "volens" (29). Ainsi, le consentement de la victime est-il impuissant à arrêter la répression de cette "iniuria" que constitue l'atteinte à son intégrité corporelle. Le droit pénal ne s'accommode pas d'une privatisation de l'infraction : la victime ne dispose pas de la répression de l'acte qui la meurtrit (30).

499. Ce que l'on constate donc, lorsqu'on cherche à justifier pénalement l'atteinte à l'intégrité physique commise par un médecin sur la personne de son patient, c'est qu'il est impossible d'invoquer un droit subjectif de disposition du sujet sur son propre corps car les notions qui viennent d'être citées : ordre public, indisponibilité, valeur sociale, hors commerce, intérêt général, fonction sociale, bonnes mœurs, droit de répression - amènent à une même conclusion : dans la relation entre un sujet et un tiers, le droit rend inefficace l'assentiment que l'un donnerait à l'autre pour qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique : le sujet, en effet, ne dispose pas de soi, comme il pourrait disposer d'un objet, ou même du "double" de soi qu'est son image.

500. Dès lors, si dans la relation thérapeutique, ce n'est pas le malade qui détient le pouvoir de justifier l'acte médical, faut-il aller chercher la solution du côté de l'autre partenaire à cette relation, le médecin ? La permission que lui donne la loi est-elle suffisante pour justifier ses actes ?

(29) V. à ce sujet, P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, pp. 239-240; J. HEMARD, art. cité, n° 13, p. 298; VIDAL et MAGNOL, Cours (1947), n° 232, p. 383, R. DOMAGES, thèse citée, p. 15.

(30) Comme l'indique M. HEMARD (art. cité, n° 14, p. 299), "dans la conception actuelle de l'infraction, celle-ci constitue une atteinte portée à l'ordre juridique établi, bien plus encore qu'une violation des droits de l'individu qui en a été victime. Si ce dernier se désintéresse, quant à lui, des suites du délit, l'Etat se doit d'en poursuivre la répression. Celle-ci s'impose d'autant plus que le délit de coups et blessures est un acte de violence contre les personnes".

L'intégrité du malade en droit pénal

SECTION 3 - La justification par la permission de la loi.

501. La loi organise l'exercice de l'art médical. Elle exige essentiellement de celui qui a l'ambition de guérir ses semblables un minimum de connaissances théoriques et pratiques sanctionné par l'octroi d'un diplôme, et l'adhésion à un Ordre dont une des fonctions principales est de veiller au respect, par ses membres, des règles de la déontologie médicale (31).

502. Plusieurs auteurs, surtout dans la doctrine française, ont vu dans cette organisation légale de la profession médicale la justification de l'immunité dont jouissent les médecins et chirurgiens dans les atteintes qu'ils portent à l'intégrité physique de leurs patients (32).

(31) V. en France la loi du 19 Ventôse an XI relative à l'exercice de la médecine (Sirey, Lois annotées, 1789-1830, p. 622), la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine (D.P., 1893, 4, pp. 8 à 19 et 38), l'ordonnance du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien dentiste et de sage-femme (D.P., 1945, lég., p. 246), et le Code de la santé publique, livre IV : professions médicales et auxiliaires médicaux, art. L. 356 et sv. (conditions d'exercice), L. 372 (exercice illégal), L. 381 (Ordre des médecins).

V. en Belgique la loi du 12 mars 1818 réglant tout ce qui est relatif à l'exercice des différentes branches de l'art de guérir (Pasin., 2ème série, t. 4, p. 343), la loi du 10 avril 1890 sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires (M.B. 24 avril 1890, art. 24 pour le grade de docteur en médecine, chirurgie et accouchements, art. 51 sur les dispenses spéciales pour l'exercice de certains actes de l'art de guérir), la loi du 25 juillet 1938 (M.B. 13 août 1938) créant l'Ordre des médecins, et les arrêtés royaux du 10 novembre 1967 relatifs à l'exercice de l'art de guérir (A.R. n° 78) et à l'Ordre des médecins (A.R. n° 79).

(32) V. les références citées par TROUSSE (Novelles, Droit pénal, n° 2746) chez DONNEDIEU de VABRES, BOUZAT, VIDAL et MAGNOL.

L'intégrité du malade en droit pénal

Comment, en effet, la loi pourrait-elle punir d'un côté (par les dispositions incriminant les coups et blessures volontaires) ce qu'elle organise de l'autre (par les dispositions qui réglementent l'art de guérir) ? Si l'art médical et chirurgical est reconnu et organisé par la loi, l'immunité dont jouit le praticien repose sur la permission de la loi (33).

503. En Belgique, s'il est permis de raisonner à partir d'une seule espèce - en l'occurrence le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles acquittant en 1969 les médecins qui avaient opéré un cas de transsexualité - on dira que la jurisprudence fonde l'immunité pénale des praticiens sur la permission de la loi (34). Le tribunal,

(33) Telle est l'opinion de GARCON : "A notre avis, la véritable justification du médecin se trouve dans la permission de la loi. Le législateur, en lui conférant des diplômes et en lui permettant l'exercice de la médecine, l'autorise à faire tous les actes qui ont un but curatif lorsqu'il est appelé par le malade" (E. GARCON, Code pénal annoté, sur art. 309-311, n° 80). On la trouve aussi chez GARRAUD et LABORDE-LACOSTE : "D'après la majorité des auteurs, la permission de la loi est une cause de justification très générale suffisante à rendre pleinement licite un fait qui, non permis ni ordonné par la loi, tomberait sous le coup de la répression; aussi est-il admis que, quand la législation organise une profession comportant nécessairement l'accomplissement d'actes prohibés en principe par la loi pénale, ceux-ci, si du moins sont respectées les conditions normales d'exercice de la profession, deviennent licites. Il en est ainsi des traitements et des opérations accomplis par des médecins et des chirurgiens, dont la profession est légalement réglementée, et qui n'obtiennent le titre leur donnant le droit d'exercer, qu'après des études et des examens prévus par la législation et les règlements" (P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 201). Cfr. dans le même sens, la note DESBOIS précitée sous Civ. Seine, 16 mai 1935 qui parle d'un "sauf-conduit délivré par le législateur" : "la profession médicale bénéficie d'une permission de la loi, qui purifie l'atteinte à l'intégrité physique en raison de la fonction et lui enlève tout caractère illicite"; R. NERSON, thèse citée, p. 412; J. HEMARD, art. cité, n° 25, p. 304, etc...

(34) Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, précité; commentaires chez R. DALCQ, art. cité, T.V.P. 1974, p. 354 et H. ANRYS, La responsabilité civile médicale, Bruxelles 1974, p. 85. Sur la portée de cette décision, v. infra n° 549.

L'intégrité du malade en droit pénal

en effet, a adopté les vues que le procureur général Tahon développait dans sa mercuriale de 1951 : "L'Etat a réglementé les études médicales, a fixé les conditions d'obtention du diplôme de médecin. Il a par là même permis les actes nécessités par cette profession dans les limites de la reconnaissance légale de la médecine et de la chirurgie (...). La loi qui reconnaît l'art médical déroge implicitement à la loi qui punit les coups et blessures volontaires lorsque l'opération a une cause licite" (35).

SECTION 4 - Le caractère formel de la justification tirée de la permission de la loi.

504. Que faut-il penser de cette justification tirée de la permission de la loi ? Sans doute qu'elle est exacte, mais que - telle quelle - elle reste très formelle.

Elle est exacte dans la mesure où elle s'appuie sur le caractère non-contradictoire de l'ordre juridique. Il est évident, en effet, que le législateur ne peut pas à la fois incriminer les coups et blessures et autres atteintes à l'intégrité physique d'autrui, et puis sanctionner sous ces incriminations l'art de guérir que, par ailleurs, il autorise aux conditions qu'il détermine.

A cet égard, il est parfaitement normal que le praticien tire argument de la permission de la loi pour justifier ses actes au plan pénal. Mais il faut encore voir ce que la loi lui permet.

(35) R. TAHON, "Le consentement de la victime", Mercuriale prononcée le 15 septembre 1951 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Liège, J.T., 1951, p. 493. Soulignons déjà ici ce fait que la reconnaissance légale a des limites, et que l'opération doit avoir une cause licite. D'ailleurs, selon le tribunal de Bruxelles, "il appartient au ministère public de prouver l'éventuel abus de l'autorisation légale".

L'intégrité du malade en droit pénal

505. Car il ne suffit pas de dire que la loi permet (ou ordonne); il faut encore voir pourquoi elle le fait. Sinon, on en viendrait à accorder une immunité complète au médecin, quelles que soient les atteintes qu'il porte à l'intégrité physique de son patient. Or, en organisant la profession médicale, le législateur visait un but précis : à savoir la santé publique, la prévention des maladies et la guérison des malades (36).

Lorsqu'on tente donc d'expliquer l'immunité pénale des actes médico-chirurgicaux par la permission de la loi, on n'a pas tort puisque les choses se présentent bien ainsi, mais l'explication n'est que de surface. Elle "n'a d'explication que l'apparence. Outre qu'elle suppose de la part du législateur une volonté qu'il s'est abstenu d'exprimer, elle ne fait que reculer la difficulté d'un stade ou, plus exactement, elle la masque sous une formule littéraire. Car la vraie question est de savoir pourquoi le législateur aurait entendu délier les médecins et les chirurgiens de l'observation de la loi pénale en leur conférant le diplôme" (37).

Dès lors, les auteurs qui prônent la permission de la loi s'empres- sent-ils d'ajouter que "le médecin (...) doit (...) n'appliquer sa science et son habileté qu'aux fins permises par la loi et en vue desquelles lui a été délivré son diplôme" (38).

(36) V. le libellé de l'A.R. n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir où, à l'art. 2, se trouvent mentionnés : "soit l'examen de l'état de santé, soit le dépistage de maladies et déficiences, soit l'établissement du diagnostic, l'instauration ou l'exécution du traitement d'un état pathologique, physique ou psychique, réel ou supposé, soit la vaccination".

(37) P. FORIERS, *op.cit.*, n° 325, p. 197. Dans la suite, l'auteur s'attache à montrer la différence qu'il y a entre un droit exclusif à la pratique de la médecine et un droit personnel à l'immunité pénale.

(38) Note DESBOIS, précitée sous Civ. Seine, 16 mai 1935. Comp. J. HEMARD, art. cité, p. 307 : "chaque fois que le médecin s'est servi de son art pour une fin à laquelle celui-ci n'est pas destiné - c'est-à-dire en vue d'un but autre que celui de guérir - il est en dehors des limites de la reconnaissance légale de la médecine ou de la chirurgie"; ou encore la note LEGAL, précitée, S., 1950, II, 149 : "Les diplômes n'ont été accordés au chirurgien qu'en vue d'exercer son art qui est celui de guérir. D'où cette conséquence qu'il ne saurait,

L'intégrité du malade en droit pénal

On peut sans doute dire qu'un acte est justifié par le fait que la loi le permet au médecin, et ajouter, en un second temps, que ce médecin n'est justifié que s'il agit pour tenter de guérir. Dans ce cas, n'est-il pas plus simple d'affirmer que l'acte médical est justifié - "simpliciter" - par la nécessité curative ?

506. Pour illustrer ce fait que "la permission de la loi" appelle une justification plus fondamentale que celle qui est tirée de la seule existence d'un texte légal, on peut mentionner les difficultés rencontrées en Belgique dans l'interprétation de l'art. 70 du Code pénal : "Il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité".

A propos de ce texte, on s'est demandé s'il fallait nécessairement cumuler les deux conditions, ordre de la loi et commandement de l'autorité, pour que puisse être appliquée la cause de justification. La doctrine reconnaît que, habituellement cumulées dans la pratique, ces deux hypothèses sont toutefois distinctes (39), et il pourrait se faire que, dans certains cas, l'une ou l'autre des conditions suffise à justifier l'infraction matériellement commise. Pourtant voici deux occasions où, en proposant la permission de la loi comme cause de justification, on a tenu à compléter l'autorisation légale par un argument supplémentaire tiré de ce qui pour-

(Suite note 38)

sans s'exposer à des poursuites pour blessures volontaires, l'utiliser à des fins différentes".

- (39) V. en Belgique, J. CONSTANT, Traité, n° 460, p. 518 : "il est vrai qu'en principe l'acte qui est permis par la loi ne peut constituer une infraction et que, dans certains cas, l'ordre de l'autorité ne doit pas s'ajouter à la permission de la loi, comme semble l'indiquer la lettre de l'art. 70 du Code pénal"; en France, R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, n° 321, p. 307 : "malgré les apparences créées par la rédaction de l'art. 327, il n'est pas toujours nécessaire que l'ordre de la loi soit commandé à l'agent par une autorité légitime. La solution de ce problème varie avec chaque loi justificative"; v. aussi R. GARRAUD, Précis de droit criminel, n° 118, p. 289; et E. GARCON où le commentaire de l'art. 327 est placé sous l'art. 64.

L'intégrité du malade en droit pénal

rait ressembler à une contrainte morale ou à un commandement de l'autorité.

507. Ainsi, le Procureur général Tahon à qui on objecte, à propos des interventions chirurgicales et de la pratique des sports violents, que "l'autorisation légale n'est pas à elle seule une cause de justification, puisque l'art. 70 du Code pénal exige, pour qu'il n'y ait pas d'infraction, que l'acte soit, non seulement ordonné ou autorisé par la loi, mais encore qu'il soit commandé par l'autorité", répond que "pour donner à l'explication découverte l'estampille propre à la faire entrer dans le cadre de l'une des circonstances justificatives traditionnelles, il suffit d'y ajouter (...) peu de chose. L'intérêt des actes envisagés - guérison espérée ou développement physique - a une valeur sociale supérieure ou au moins égale au trouble causé par l'infraction, et la chirurgie ou la pratique sportive sont les moyens normaux et même généralement les seuls d'atteindre ces buts. La loi l'a reconnu, en autorisant et en favorisant ces activités. Dès lors, celles-ci sont justifiées par la nécessité" (40).

508. L'autre cas à examiner est précisément celui du tribunal correctionnel de Bruxelles qui a introduit en 1969 dans la jurisprudence belge la justification tirée de la permission de la loi. Ce jugement a dû répondre à la même objection tirée du caractère cumulatif des conditions posées par l'art. 70. Il l'a fait en se basant sur des considérations différentes du Procureur général Tahon, encore que celui-ci ait inspiré, nous l'avons vu, sa solution de principe (41). Plutôt que de s'appuyer sur la nécessité curative pour com-

(40) R. TAHON, *Mercuriale citée*, J.T., 1951, p. 496; *Rev. dr. pén.*, 1951-52, p. 340; pour la suite de notre propos, il est intéressant de constater que ce "peu de chose" ajouté à la permission de la loi pour faire entrer celle-ci "dans le cadre de l'une des circonstances justificatives traditionnelles" recouvre pratiquement le critère que nous allons retenir : celui de la nécessité curative.

(41) V. *supra* n° 503.

L'intégrité du malade en droit pénal

pléter la permission de la loi, le tribunal préfère considérer ce qui ressemble plus à un ordre ou à un commandement : "le législateur, en organisant et réglementant la profession médicale, non seulement réserve aux médecins le monopole de l'art de guérir leur conférant ainsi le droit de porter atteinte à l'intégrité corporelle de leurs patients, mais, de plus, leur confie ou leur impose une mission sociale chaque jour plus étendue à laquelle ils ne peuvent, soit légalement, soit déontologiquement, se dérober" (42).

509. La question tranchée par Tahon et par le tribunal correctionnel de Bruxelles était peut-être inutile puisque, dans la théorie générale du droit pénal, on admet que la seule permission de la loi constituée une cause de justification, sans qu'il faille encore lui adjoindre un quelconque commandement de l'autorité. Mais il est précisément intéressant de constater que si le diplôme d'un médecin et l'inscription de celui-ci à un ordre professionnel constituent "l'ordre" ou, plus exactement, la "permission" de la loi suffisante pour justifier l'atteinte à l'intégrité physique commise au cours d'un acte médical, on reste cependant insatisfait devant cette justification formelle. Cherchant alors, sous la forme d'un "commandement de l'autorité", un élément de contrainte qui puisse constituer une justification plus radicale, on la trouve dans la nécessité curative ou dans la mission sociale imposée au médecin par le législateur.

510. C'est précisément un aspect de cette mission sociale imposée par la loi que nous étudions à la section suivante, avant d'aborder notre critère tiré de la nécessité curative.

Il s'agit de l'abstention de porter secours. On y voit qu'en se faisant "ordre", la loi subordonne encore la "permission" qu'elle donne à la protection des intérêts du patient.

(42) Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, précité. Le tribunal ajoute: "dès lors le médecin, en pratiquant son art de la manière dont le législateur l'a réglementé, autorisé ou imposé, bénéficie d'une cause légale de justification l'immunisant de toute poursuite".

L'intégrité du malade en droit pénal

SECTION 5 - L'abstention de porter secours.

511. La non-assistance à personne en danger est une incrimination récente dans notre droit (43).

Les conditions de cette nouvelle infraction sont-elles réunies dans le chef du médecin qui s'abstient volontairement de répondre à l'appel qui lui est adressé en faveur d'une personne malade ou acciden-

(43) En France, le délit d'omission avait reçu une première sanction dans la loi du 19 avril 1898 qui avait complété l'article 312 du Code pénal en punissant celui qui prive volontairement un mineur de 15 ans d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé (sur ce texte, v. la note G. LE POITTEVIN sous Poitiers, 20 nov. 1901, D.P., 1902, 2, 81), mais le texte général sur l'omission de secours à personne en péril a été pris sous l'occupation allemande dans le cadre de la loi du 25 octobre 1941 modifiant les art. 228 et 248 du Code pénal et portant obligation de dénoncer les crimes ou projets de crimes attentatoires aux personnes et de secourir les personnes en danger (J.O., 26 octobre 1941); ce texte punissait l'abstention lorsque la personne en péril avait, faute d'être secourue, perdu la vie ou souffert une grave lésion corporelle. L'ordonnance du 25 juin 1945 concernant le concours des citoyens à la justice et à la sécurité publique (J.O., 26 juin 1945) a inséré la disposition qui nous intéresse à l'art. 63 al. 2 du Code pénal mais sans plus indiquer les conséquences, pour la victime, de la non-intervention et en précisant que l'assistance pouvait être prêtée par l'abstenant soit par son action personnelle soit en provoquant un secours. La loi du 13 avril 1954 a aggravé les peines du refus d'assistance pour les harmoniser avec les dispositions de l'art. 312 (v. à ce sujet R. CHARLES, op.cit., p. 63).

En Belgique, on trouve des délits d'omission aux art. 401 bis et 420 bis du Code pénal sur la privation - volontaire dans un cas, par négligence dans l'autre - d'aliments ou de soins à un mineur de 16 ans ou à une personne qui, en raison de son état physique ou mental, n'est pas à même de pourvoir à son entretien (lois du 15 mai 1912 et du 31 mars 1936). Le texte général, inséré curieusement au chapitre de l'homicide et des lésions corporelles involontaires à l'art. 422 bis par la loi du 6 janvier 1961, s'inspire de la loi française, mais en comminant des peines beaucoup moins sévères (8 jours à 6 mois de prison, au lieu de 3 mois à 5 ans en France) et en précisant soigneusement la situation de la personne (le médecin appelé, par exemple) qui n'a pas constaté personnellement l'existence du péril grave.

L'intégrité du malade en droit pénal

tée dont on lui affirme qu'elle court un danger grave (44) ? Dans un arrêt du 31 mai 1949, la Cour de cassation de France donnait une réponse nettement affirmative : "les termes clairs et précis de l'art. 63 § 2 du Code pénal ne font aucune distinction selon la cause ou la nature du péril auquel la personne dont l'état requiert secours est exposée", et elle ajoutait : "la loi exige seulement que ce péril, quel que soit l'événement d'où il résulte, soit imminent et constant, et nécessite une intervention immédiate" (45). La cause était donc entendue.

512. Mais il y a encore plusieurs façons de l'entendre. Comment, en effet, un médecin peut-il apprécier l'état de péril de la personne en faveur de laquelle son intervention est requise, et, du même coup, la nécessité de cette intervention ? (46)

(44) L'infraction n'est établie que si quatre conditions sont réunies : une personne est exposée à un péril grave; celui qui a constaté cette situation ou qui a été sollicité d'intervenir s'est abstenu de lui venir en aide; son abstention est volontaire; et enfin, son intervention n'aurait comporté aucun danger sérieux ni pour lui-même ni pour autrui.

(45) Cass.fr., 31 mai 1949, D., 1949, 347, J.C.P., 1949, II, 4945 (1ère espèce) et la note J. MAGNOL, Gaz.Pal., 1949, 2, 143, S., 1949, I, 126.

(46) Et tout d'abord, quand une personne est-elle en péril ? L'ordonnance française de 1941 comprenait le péril comme étant celui de "perdre la vie ou de souffrir une grave lésion corporelle". C'est bien ainsi qu'on l'entend habituellement dans la législation subséquente de 1945 en France et de 1961 en Belgique (V. Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit pénal et de procédure pénale V° Abstention délictueuse, n° 33). Le tribunal correctionnel de Rouen, en relaxant, le 9 juillet 1975 (J.C.P., 1976, II, 18258 et la note R. SAVATIER, D., 1976, 531 et la note G. ROUJOU de BOUBÉE), un médecin poursuivi du chef d'abstention de porter secours à personne en péril par une femme qu'il avait refusé de faire avorter alors qu'elle invoquait son état de détresse, analyse la différence entre le "péril" de l'article 63 al. 2 du Code pénal et la "détresse" de l'art. 161-1 de la loi du 17 janvier 1975. On peut relever dans la décision "qu'il est convenu d'admettre que l'état de péril est un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves". En interprétant rigoureusement la notion de personne en péril, il faut dire qu'une personne morte n'est plus protégée par

L'intégrité du malade en droit pénal

Puisque l'arrêt précité de 1949 déclare que : "c'était au médecin à qui l'appel était adressé qu'il appartenait d'apprécier, sous le seul contrôle de sa conscience et des règles de sa profession, l'utilité et l'urgence de son intervention" (47), on a pu croire un moment, à partir de cette dernière affirmation de la Cour suprême, que les praticiens devaient être les seuls juges de savoir si leur intervention constituait une "nécessité absolue", de sorte que les tribunaux devaient "faire confiance au corps médical pour définir le péril et pour conclure à la nécessité urgente d'une intervention" (48). C'était oublier que la Cour de cassation n'accordait au médecin la liberté d'apprécier un péril, et donc l'utilité et l'urgence de son intervention, que sous le contrôle non seulement de sa conscience, mais encore "des règles de sa profession" (49). Il y avait là, dès le départ, un critère objectif que la jurisprudence postérieure prendra soin de déployer, car "l'état de péril où se trouve la victime est absolument indépendant de la volonté de l'inculpé ou de ses désirs. Il est extérieur à cet état, 'en dehors'. Par conséquent, son appréciation sera fondée sur des éléments objectifs également, et c'est finalement le juge qui décidera s'il y avait ou non péril, selon les faits qui lui seront soumis" (50).

(Suite note 46)

les textes qui répriment la non-assistance car il n'y a plus péril, ni même, juridiquement, de personne. Par contre, tant qu'une personne gravement malade ou accidentée n'est pas morte, elle est toujours en péril de mort et nos textes trouvent ici à s'appliquer, même si l'aide apportée était d'avance vouée à l'échec (v. infra n° 790).

(47) Cass. fr., 31 mai 1949, précité.

(48) A. PEYTEL, "Les médecins et le délit de commission par omission", Gaz. Pal., 1953, 2, Doctrine, p. 16.

(49) Cfr. Montpellier, 17 février 1953, D., 1953, 209; J.C.P., 1953, II, 7498; S., 1953, 2, 119, confirmant la condamnation d'un chirurgien qui avait refusé d'admettre un mourant dans sa clinique. L'arrêt fait référence à l'art. 3 du Code de déontologie de 1947 qui fait un devoir à tout médecin de porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat.

(50) Note PAGEAUD sous Corr. Béthune, 19 octobre 1950, J.C.P., 1951, II, 5990 (à propos d'un médecin de garde qui avait invoqué son état fiévreux pour refuser de se rendre auprès d'une parturiente victime d'une hémorragie).

L'intégrité du malade en droit pénal

513. Si le médecin, par son savoir, est la personne la plus qualifiée pour apprécier la gravité d'un péril, il ne s'ensuit pas qu'il détermine souverainement cette gravité. Ce n'est pas la nécessité qui doit se soumettre au savoir; en bonne logique et en bonne déontologie, c'est le savoir qui doit se soumettre à la nécessité. Ainsi, comme l'indique la Cour de cassation de France, "l'abstention délictueuse (est) réalisée (...) dès lors que le médecin dont le concours était demandé, averti d'un péril dont il était seul à même d'apprécier la gravité, a refusé son concours sans s'être préalablement assuré, comme il pouvait le faire, que ce péril ne requerrait pas son intervention immédiate" (51).

514. A propos de l'abstention de secours de la part des médecins, l'évolution jurisprudentielle n'est pas terminée (52). Mais puisque notre propos est de chercher la justification de l'immunité pénale

(51) Cass. crim., 21 janvier 1954, J.C.P., 1954, II, 8050 et la note PAGEAUD, à propos d'un médecin de garde requis d'intervenir en faveur d'une jeune femme "qui se tordait de douleur". On trouve une formulation identique dans Nancy, 27 octobre 1965, D.S., 1966, Jur., 30 et la note J. LORENTZ; Gaz. Pal., 1965, 2, 96 et la note A. TOULEMON.

En Belgique, il a été jugé de même, en 1974, qu'un état de péril ayant été signalé à un médecin, celui-ci "ne peut exciper d'une ignorance, alors précisément qu'il devait tout entreprendre pour faire cesser cette ignorance en se faisant présenter le malade ou en allant le voir immédiatement" (Bruxelles, 14 mai 1974, Pas., 1975, II, 18; J.T., 1975, 191, à propos d'un médecin de garde appelé à 6 heures du matin en faveur d'un enfant gravement malade). On trouve cependant dans Corr. Arlon, 17 novembre 1976, (Jur. Liège, 1976-77, p. 290) que "c'est au médecin qu'il appartient d'apprécier, sous le contrôle de sa conscience et des règles de sa profession, l'existence du danger ainsi que l'utilité et l'urgence de son intervention". Cette affirmation permet au tribunal de relaxer un médecin "accablé de travail à son retour de vacances" et qui "n'avait été averti que d'une chute, sans que lui fussent donnés des détails permettant de conclure à la nécessité d'une intervention immédiate". Mais ici, comme en toutes ces poursuites pour non-assistance, l'analyse des circonstances de fait revêt une importance décisive.

(52) V. à ce sujet P. MONZEIN, "La responsabilité pénale du médecin", Rev. sc. crim., 1971, p. 872 et J. PELISSIER, thèse précitée, pp. 126 (l'abstention médicale fautive) et 132 (appréciation critique).

L'intégrité du malade en droit pénal

des actes médico-chirurgicaux, n'en retenons que ceci : la subordination des praticiens de l'art de guérir aux exigences de l'assistance à personne en danger. Nous sommes loin de l'immunité pénale puisqu'il s'agit ici, au contraire, de responsabilité pénale, mais cette responsabilité peut précisément faire comprendre comment le législateur, et le juge après lui, comprennent la "permission de la loi" qui justifie l'acte médical. C'est pour guérir (ou au moins soigner) que le médecin reçoit une "permission"; cet objectif est si prioritaire qu'il en devient parfois un ordre auquel l'homme de l'art n'a pas le droit de se dérober. Ici, l'objectivité du péril non seulement "permet" mais commande l'intervention médicale. Il ne paraît sans doute pas possible d'accentuer davantage la priorité de la nécessité curative sur la permission de la loi. C'est ce critère prioritaire que l'on va étudier au chapitre suivant.

L'intégrité du malade en droit pénal

CHAPITRE 3 — La justification de l'acte médical par la nécessité curative

515. Après avoir posé le problème de la justification, au bénéfice des médecins, d'actes qui, ayant toutes les apparences d'une atteinte à l'intégrité physique d'autrui, sont réprimés par la loi (ch. 1), et après avoir éliminé, parmi l'ensemble des conditions avancées, le critère du consentement de la victime dont on sait qu'il n'est pas pertinent en notre droit pénal, et celui de la permission de la loi qui apparaît trop superficiel par rapport à une justification plus fondamentale (ch. 2), nous pouvons maintenant proposer notre critère tiré non plus d'une prérogative d'un des deux partenaires de la relation thérapeutique, mais de la portée même de l'acte qui les réunit. Il s'agit de la nécessité curative.

Comme on va le montrer, elle articule le but curatif de l'acte au classique état de nécessité. Or ce critère est si décisif qu'il peut paraître suffisant par rapport aux autres causes de justification proposées pour justifier l'acte médical.

C'est ce qu'on voudrait voir encore en ce chapitre, avant d'examiner ultérieurement la portée actuelle de cette nécessité curative.

SECTION 1 - L'acte médical justifié par la nécessité curative.

516. La relation thérapeutique met en présence un médecin et un malade. Pour justifier sur le plan du droit l'atteinte portée à l'intégrité physique de ce malade par les actes de ce médecin, il nous paraît important que le droit prenne d'abord en considération la relation thérapeutique elle-même et non pas le pouvoir qu'y détiendrait un seul de ses partenaires.

Car il ne suffit pas de poser la question de savoir jusqu'où s'étend le pouvoir du médecin (dans la "permission" que la loi lui accorde), ni de se demander jusqu'où s'étend le pouvoir du malade (dans le "consentement" qu'il donne à l'acte médical). En deçà de ces ques-

L'intégrité du malade en droit pénal

tions, il en est une plus fondamentale, qui touche la relation elle-même et qui cherche à savoir pourquoi médecin et malade sont en présence l'un de l'autre.

517. A cette question, notre droit - au moins dans sa formulation traditionnelle - ne répond pas d'abord en termes de pouvoir, ou de disposition, mais bien en termes de salut et de protection. Ainsi qu'on l'a vu au chapitre précédent, ce qui est mis en avant par le droit dans la relation thérapeutique, ce n'est pas le pouvoir de disposition d'un sujet sur son propre corps ou sur le corps d'autrui, mais c'est une norme de protection édictée pour sauvegarder un bien auquel sont subordonnées les volontés des deux partenaires de la relation thérapeutique, et qui est la santé (ou la vie) du malade. Lorsqu'on lit le discours classique tenu à propos du droit sur le corps dans l'acte médical c'est, fondamentalement, un droit de protection - et non de disposition - qui apparaît : salus aegroti suprema lex.

518. De là vient que la justification pénale de l'acte médical ne dépend pas d'abord du pouvoir que l'on accorderait à l'un ou à l'autre des partenaires de la relation thérapeutique, mais de la nécessité dans laquelle ils se trouvent l'un et l'autre de rétablir une santé, d'obtenir une guérison. C'est ce que la doctrine énonce en parlant à la fois de but curatif et d'état de nécessité. Si l'acte médical est justifié, c'est parce qu'il est posé en régime de nécessité : sa finalité est la guérison ou, tout au moins, le soin du malade. C'est parce qu'il vise à guérir que l'acte médical est justifié (1).

(1) Lorsque nous affirmons que le but curatif de l'acte médical est la justification fondamentale de cet acte, nous n'entendons pas revenir sur ce qui a été dit de l'élément moral dans l'infraction des coups et blessures (v. supra n° 473). Il reste vrai que cette infraction ne requiert que le dol général, c'est-à-dire la conscience et la volonté d'accomplir l'acte incriminé par la loi. Dès que ce dol général est vérifié dans le chef de l'auteur de l'infraction, il n'est plus nécessaire d'aller voir si l'intention subjective de celui-ci était de nuire ou

L'intégrité du malade en droit pénal

519. Pour pouvoir inclure dans les causes de justification admises par le droit pénal le but curatif des actes posés par un praticien, la meilleure solution consiste à recourir au classique état de nécessité.

Car si un chirurgien était poursuivi pour avoir procédé (supposons dans toutes les règles de l'art) à l'amputation d'une jambe gangreneuse, il pourrait aussi bien répondre : "j'ai voulu sauver cet homme" que "je n'ai pas pu agir autrement". Il s'agit là en somme, d'une seule et même réponse : le but curatif n'est pas un motif arbitraire qui se serait adjoint de façon adventice; il est au contraire inhérent à l'acte que le chirurgien a posé en état de nécessité.

Et - réciproquement - cette "nécessité" dans laquelle se trouve le praticien est commandée par le but curatif qui détermine ses actes : "si je veux le sauver, c'est cela que je dois faire". Dans les cas où le but curatif doit nécessairement entraîner des lésions au corps du patient, on peut dire, indifféremment, que ces lésions sont justifiées par le but curatif ou par l'état de nécessité (2). Mais puisque le droit pénal ne retient que ce dernier comme cause de justification, on appelle "état de nécessité" la justification des "infractions" légitimées par leur but curatif.

Il reste à voir si cette position est valide.

(Suite note 1)

de guérir : l'infraction est établie. Dès lors, nous ne voulons pas tenir que le but curatif de l'intervention empêche la survenance d'un élément constitutif de l'infraction - savoir son élément intentionnel - et donc la naissance de l'infraction elle-même; pour respecter la logique de notre droit pénal, nous préférons dire que l'infraction est bel et bien constituée en tous ses éléments : matériel et moral, mais qu'elle est justifiée par le but curatif inhérent à l'acte incriminé.

En d'autres termes, nous ne voulons pas justifier "subjectivement" l'acte du chirurgien par l'absence d'intention de nuire à son malade, mais bien, objectivement, par la portée curative des gestes qu'il pose.

- (2) Pour concilier les deux expressions, on parle de "nécessité curative", comme le fait par exemple M. MIMIN dans sa note sous Cass. civ., 2 août 1950 (D., 1951, Jur., 581).

L'intégrité du malade en droit pénal

520. L'état de nécessité est une construction édiflée par la jurisprudence sur les fondements de la contrainte morale (3). Il suppose que de deux maux, on puisse choisir le moindre, même si celui-ci constitue en principe une infraction. Est-ce que cette situation n'est pas exactement celle du praticien appelé à intervenir sur le corps de son patient ?

521. En Belgique, la jurisprudence semble claire à cet égard. Dans l'important arrêt du 16 décembre 1948, la Cour de cassation (4) affirme que "l'atteinte à l'intégrité d'une personne ne saurait être considérée comme illicite, lorsque (...) il est constant qu'elle est la conséquence d'une activité qui s'imposait à son auteur" (5). M. Savatier en déduit que, pour notre Cour de cassation, "l'état de nécessité justifie l'atteinte portée par le médecin,

(3) l'art. 71 du Code pénal belge et l'art. 64 du code français justifient tous deux l'acte de celui qui a été "contraint par une force à laquelle il n'a pu résister". Les projets de révision du Code pénal prévoient, tant en Belgique qu'en France, d'inclure explicitement l'état de nécessité parmi les causes de justification.

A propos de la contrainte morale, signalons ici que M. BRAAS justifie directement les interventions chirurgicales par la force majeure (Précis de droit pénal, n° 182). M. CONSTANT lui objecte que "la force majeure est une force extérieure insurmontable qui contraint un individu à commettre une infraction. Or, on ne voit guère quelle pourrait être la force irrésistible susceptible d'obliger un chirurgien à infliger des blessures à son client" (Traité de droit pénal, p. 517). Puisque le chirurgien agit librement, M. CONSTANT préfère justifier son acte par l'état de nécessité.

Sur la différence entre la contrainte morale (où la solution d'un conflit est imposée) et l'état de nécessité (où seul le conflit lui-même est imposé), v. P. FORIERS, op.cit., pp. 43-45.

(4) Cass., 16 décembre 1948, J.T., 1949, 53 (texte de l'arrêt) et 84 (note R. SAVATIER). En cette affaire, une femme, qui avait subi l'ablation d'un fibrome utérin, réclamait au chirurgien la réparation d'un accident opératoire (traumatisation des uretères et anurie post-opératoire) dont elle ne parvenait pas à prouver qu'il était dû à une faute du praticien.

(5) La Cour ajoute : "et dont l'exercice ne décèle aucune faute dans le chef de celui-ci", mais ce second point concerne l'infraction involontaire et suppose résolue, ainsi qu'on l'a dit, la question de la justification de l'acte médical (v. supra n° 470).

L'intégrité du malade en droit pénal

et plus spécialement par le chirurgien, à l'intégrité du corps du malade, dans une intention curative " (6).

522. Une partie de la doctrine belge confirme cette position jurisprudentielle. Par exemple, M. Foriers : "Si le médecin est autorisé à enfreindre la loi pénale, c'est parce qu'il y a coexistence impossible de deux impératifs : le respect de l'intégrité de la personne humaine, protégée par les dispositions pénales relatives aux coups et blessures et la sauvegarde de la vie humaine, qui ne peut se réaliser que par une atteinte à cette même intégrité physique" (7). Ainsi sont réalisées les conditions de l'état de nécessité et dès lors, l'acte médical ou chirurgical sera immunisé pour autant qu'il ait été "la solution la plus efficace et la moins préjudiciable" (8). Mais il faut voir que cette position doctrinale et jurisprudentielle a fait l'objet d'un débat.

SECTION 2 - Le débat tenu sur l'état de nécessité.

523. La justification de l'acte médical par l'état de nécessité ne rencontre pas que des adhésions. Les résistances proviennent aussi bien de la jurisprudence que de la doctrine. Elles tiennent au caractère exceptionnel de l'état de nécessité tant par rapport

(6) R. SAVATIER, note précitée. On remarque comment l'auteur lie, dans la même phrase, l'intention curative à l'état de nécessité. Et de même, lorsqu'il écrit : "Il faut bien, lorsque la nécessité l'exige, sacrifier partiellement l'intégrité du corps humain au salut même de ce corps...".

(7) P. FORIERS, op. cit., n° 328, p. 200.

(8) P. FORIERS, op. cit., n° 330, p. 200. C'est également, nous l'avons dit, la position retenue par M. CONSTANT (cfr son Traité élémentaire, p. 520 et son Précis, p. 341). M. TROUSSE (Novelles, droit pénal, n° 2746), après avoir exposé diverses causes de justification (défaut d'intention criminelle, consentement du patient, permission de la loi) donne deux explications qui lui paraissent "davantage satisfaisantes". "C'est d'abord la valeur sociale de l'intervention médicale. C'est ensuite, l'état de nécessité : de deux intérêts opposés, le maintien de l'intégrité corporelle et la guérison du patient, le second l'emporte: la nécessité de recourir à l'infraction pour obtenir le résultat meilleur justifie l'impunité".

L'intégrité du malade en droit pénal

à la profession médicale, qui n'a rien d'exceptionnel, que par rapport aux actes quotidiens de cette profession, qui n'ont rien d'exceptionnel non plus. La portée curative d'un acte thérapeutique paraît bien plus large que celle que voudraient lui assigner les conditions restrictives de l'état de nécessité.

Ainsi, pour M. Philonenko (9), il semble étrange de vouloir fonder l'exercice d'une profession pratiquée couramment depuis les âges les plus lointains (un "service social d'une permanence inégalée") sur une théorie prévue pour les cas qui sortent de l'ordinaire : "Il me paraît dépourvu de force convaincante d'appliquer à l'explication des phénomènes normaux et constants dans les millénaires une théorie qui est appelée par définition à viser les circonstances exceptionnelles" (10).

Ce qui est dit de la profession médicale en général peut être dit aussi de chacun de ses actes : est-il sûr, en effet, que les gestes du praticien ne sont jamais posés qu'en état de nécessité ? (11).

524. Que répondre à ces objections qui mettent en cause l'état de nécessité comme critère de justification des actes médicaux ? Il semble bien que nous soyons ici en présence de deux mentalités différentes (12). Et s'il fallait les expliciter, le juriste dirait:

(9) M. PHILONENKO, préface à l'ouvrage cité de M. FORIERS.

(10) M. PHILONENKO, préface citée, p. XXII. Refusant d'appliquer l'état de nécessité à l'exercice normal de la médecine, l'auteur - logique envers ses prémisses - ne voit aucune objection à ce que cette cause de justification soit invoquée lorsqu'il y a eu intervention exceptionnelle même par des personnes non pourvues de diplômes (cfr. préface, p. XXV).

(11) V. P. ARNOU, art. cité in Jura Falconis, 1980, p. 433 (trad): "Pour qu'une intervention médicale soit justifiée, elle ne doit pas être strictement nécessaire. L'état de nécessité peut sans doute être invoqué à propos de certaines interventions médicales, comme dans le cas où un patient n'a pas la possibilité de donner son consentement. Mais il ne peut être utilisé comme une cause générale de justification de tous les actes médicaux."

(12) Sur l'utilité d'un rapprochement des points de vue juridique et médical, v. la mercuriale prononcée par le Procureur Général GLESENER à la Cour d'appel de Liège, le 2 septembre 1974 publiée au J.T., 1974, p. 561: "Des médecins et des juristes".

L'intégrité du malade en droit pénal

"les coups et blessures sont incriminés par le Code pénal; nous ne pouvons donc admettre une atteinte à l'intégrité physique d'autrui que s'il n'y a pas moyen d'agir autrement. L'intervention médicale n'est justifiée que par l'état de nécessité" (13). Le médecin, par contre, tiendrait un discours plus large : "notre profession existe depuis la plus haute antiquité, et notre idéal a toujours été de préserver la vie et la santé des hommes. Il faut donc nous laisser du champ dans l'appréciation des différentes situations humaines, sans vouloir enfermer tous nos actes dans un état d'exception dont le moindre écart constituerait une retombée dans l'illicéité".

525. On comprend bien que les médecins n'aiment pas travailler uniquement sous le régime de l'exception, mais lorsqu'on envisage l'ensemble de la relation thérapeutique, n'est-ce pas ainsi qu'il faut considérer les choses ? Le médecin dit que sa situation à lui n'est pas exceptionnelle, mais en est-il de même pour le malade ? N'est-il pas, lui, dans une situation exceptionnelle ? Ne pourrait-on pas avancer que le médecin travaille toujours avec des cas exceptionnels puisque, par définition, il traite continuellement avec des malades (14). Or, il n'est pas "normal" d'être malade. Il existe une "norme" que l'on peut appeler naturelle et qui est le bon fonctionnement des différents organes du corps humain. La

(13) Cette question de la justification se pose aujourd'hui de façon plus urgente qu'autrefois. Cfr. A. DEMOOR, "Transplantatie van organen", Jura Falconis, 1976-77, p. 71 : "Il règne beaucoup d'obscurité - surtout depuis l'apparition d'actes médicaux non thérapeutiques - à propos des conditions auxquelles l'acte médical doit satisfaire pour jouir de l'immunité envers la loi pénale; un nombre de plus en plus grand d'auteurs, surtout aux Pays-Bas, propose de considérer l'acte médical, sur le plan des principes même, comme un délit. Pour y échapper, il faudrait se demander si le but de l'acte est convenable, et si les moyens sont admissibles" (trad.).

(14) Ceci demanderait à être nuancé, par exemple, en ce qui concerne la médecine préventive, encore qu'en ce domaine, on puisse connaître des problèmes d'atteinte à l'intégrité physique (vaccinations, etc...).

L'intégrité du malade en droit pénal

nature offre au sujet, en son corps même, une norme qui est la santé de ce corps.

Par rapport à cette norme (l'intégrité du corps humain), la maladie est une exception. Pour le médecin, la maladie est peut-être un phénomène habituel, "normal"; pour le malade, elle ne l'est pas : ce n'est pas sa norme, sa nature, sa loi. Puisque cette situation est, pour lui, exceptionnelle, elle pourra justifier, par l'état de nécessité, l'acte posé par le praticien en vue d'y porter remède (15).

526. Cet acte, dit-on, n'est pas toujours posé pour éviter un mal grave et imminent, et il n'est pas toujours le moins préjudiciable à l'intégrité physique de la personne. C'est ici que le but curatif avancé par les médecins paraît plus large que l'état de nécessité retenu par les juristes. On peut se demander toutefois si la différence est à ce point importante qu'il s'agirait de deux causes de justification différentes. Pour le médecin, il s'agit seulement de soigner ses clients, pour le juriste, il s'agit de répondre à une question qui touche aux limites de l'absurde : pourquoi le praticien n'est-il pas poursuivi pénalement lorsqu'il exerce son art ? Lorsque le juriste appréhende de ce point de vue étroit le comportement du médecin, il peut fort bien comprendre comme "état de nécessité" ce que celui-ci vit comme "but curatif". Et réciproquement, les conditions de l'état de nécessité peuvent être comprises par le médecin dans les termes du but curatif.

527. Faut-il craindre que, par là, la liberté du médecin ne soit excessivement jugulée ? Quand on sait le souci des tribunaux à ne pas vouloir trancher les controverses scientifiques à propos du meilleur moyen de soigner un malade, il faut reconnaître que l'état

(15) Une des conditions préalables à l'existence de l'état de nécessité est l'existence d'un mal injuste, que l'acte incriminé a précisément pour but d'éviter. Est-ce que toute maladie n'est pas une "injustice" ou une "injure" faite à l'intégrité corporelle ?

L'intégrité du malade en droit pénal

de nécessité n'est pas une justification trop dangereuse pour la liberté intellectuelle du corps médical (16).

528. Quant à savoir si, pour agir, le médecin doit toujours se trouver devant un mal grave, on rappellera l'autre condition selon laquelle l'état de nécessité ne justifie un acte que s'il est proportionné au mal qu'il cherche à éviter. Ainsi, on admettra qu'un praticien ne puisse provoquer une "blessure" importante que si le mal à éviter est important lui aussi. Sans doute, cette proportion est-elle soumise à la vérification du juge, mais dans une procédure pénale, si au moins une voix s'élève - d'un expert ou d'une partie de la doctrine médicale - pour démontrer le caractère raisonnable du risque couru, ce juge ne sera-t-il pas enclin à l'écouter ?

529. En résumé, tant que le but est curatif, le juge estimera que l'état de nécessité justifie le praticien des coups et blessures et autres infractions qu'il est amené à commettre, dès que l'intervention est proportionnée au mal à combattre. L'état de nécessité, tout exceptionnel qu'il soit, est bien le lot quotidien de l'homme de l'art à qui ses malades confient les "exceptions" dont ils cherchent à guérir. En d'autres termes, lorsque les auteurs justifient l'acte médical par son but curatif, ils énoncent l'hypothèse fonda-

(16) A propos de la décision du tribunal correctionnel de Bruxelles du 27 septembre 1969 acquittant les médecins qui avaient opéré un transsexuel, M. DALCQ écrit : "Quant au critère de la nécessité, la décision dont nous parlons montre que l'appréciation à cet égard peut varier selon les données de la science et les progrès de celle-ci. Dans le cas d'espèce, rappelons que le tribunal de Bruxelles a décidé qu'en présence des avis divergents où il se trouvait quant à l'existence et à la nature de l'affection dont la victime aurait été atteinte, il ne lui était pas possible de considérer que l'intervention pratiquée n'avait pas un caractère nécessaire" (Tijds. v. Priv., 1974, p. 354).

On connaît le régime de la preuve d'une cause de justification : dès que le prévenu l'invoque avec quelque vraisemblance, c'est à la partie poursuivante qu'incombe la charge de prouver qu'elle est invoquée à tort. Cfr. sur la charge de la preuve : J. CONSTANT, Traité élémentaire, n° 300, pp. 386-387 et les références jurisprudentielles.

L'intégrité du malade en droit pénal

mentale de l'état de nécessité, à savoir l'intervention pour éviter un mal plus grand; et lorsqu'ils envisagent les modalités de l'acte autorisé par le but curatif, ils se réfèrent à la condition mise par le même état de nécessité, c'est-à-dire la proportion entre "l'infraction" commise et le mal à éviter (17).

Dès lors, on ne voit pas que, pour le pénaliste, il y ait une grande différence entre état de nécessité et but curatif puisque l'état de nécessité n'existe que s'il y a but curatif et que, pour justifier l'acte incriminé, le but curatif doit répondre aux conditions de l'état de nécessité (18). Eviter un mal en choisissant le moindre, guérir une situation anormale en portant atteinte à l'intégrité physique : telles sont les deux faces d'un même geste. La souplesse psychologique réclamée par le médecin et la rigidité juridique où doit se cantonner le pénaliste peuvent se conjuguer pour, d'une part, donner des points de repère précis au but curatif poursuivi par le praticien et pour, d'autre part, ajuster la théorie de l'état de nécessité à la matière délicate de l'intervention thérapeutique (19).

(17) Cfr. par exemple, la note non signée sous Cass. fr., 9 novembre 1961, Gaz. Pal., 1962, I, 104 : "Le médecin est (...) le seul qui soit en droit de porter atteinte à l'intégrité physique d'un autre citoyen, sans pouvoir être accusé de blessures volontaires ou par imprudence; mais l'exercice de ce droit est strictement limité par les nécessités de l'acte médical; un certain équilibre doit, du reste, être recherché par lui entre le bienfait espéré pour le patient et la blessure et les souffrances imposées; il ne doit même pas prendre des risques qui seraient hors de proportion avec le bienfait souhaité par le malade".

(18) V. encore de M. DALCQ, "La responsabilité médicale", T.V.P., 1974, p. 354, à propos d'un jugement plusieurs fois cité du tribunal correctionnel de Bruxelles (Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969) qui énumérait différentes conditions à l'immunité médicale (- but curatif - consentement du patient - nécessité suffisante de l'acte médical - absence de faute) la critique suivante : "il nous paraît que le but curatif et la nécessité suffisante ne constituent qu'un seul et même critère, la nécessité de l'intervention ne pouvant se justifier que par son but curatif".

(19) On peut trouver dans CONSTANT (Traité, p. 520) un bon exemple de cette rigueur et de cette souplesse : après avoir affirmé que le véritable fondement de l'immunité médicale se trouve dans l'état de nécessité qui justifie objectivement l'intervention, l'auteur en tire une double conséquence : l'une,

L'intégrité du malade en droit pénal

530. Nous avons ainsi déterminé la nécessité curative comme critère de l'immunité pénale des actes médicaux qui portent atteinte à l'intégrité physique du patient. C'est cette cause de justification qui est prioritaire par rapport aux autres.

SECTION 3 - La priorité de la nécessité curative.

531. La nécessité curative est placée tout entière sous le signe de la protection : il s'agit de protéger les intérêts du malade, de restaurer sa santé. Aucune atteinte portée à l'intégrité physique du patient ne peut être justifiée sinon par cette volonté rigoureuse de guérison.

C'est ici qu'on mesure la pertinence des conclusions dégagées au chapitre précédent : l'autorisation donnée par le patient et la "permission" accordée par la loi au médecin ne peuvent se suffire à elles-mêmes : elles doivent se soumettre au critère plus décisif de la nécessité curative.

(Suite note 19)

positive (et rigoureuse) : "l'acte du chirurgien ne constitue pas une faute (...) lorsque l'opération est la solution la plus efficace et la moins préjudiciable pour le patient", et l'autre, négative (et combien plus large) : "lorsque l'atteinte portée à l'intégrité corporelle du malade ne peut pas être justifiée par des considérations d'ordre thérapeutique, elle tombe sous le coup de la loi pénale". Si l'on voulait exprimer la même phrase en termes positifs, on pourrait dire ceci : dès que le médecin peut justifier un acte par son caractère thérapeutique, le juriste acceptera d'y voir le résultat d'un "état de nécessité"...

Voir aussi la formulation de l'immunité par M. DIERKENS, (op. cit., n° 66, p. 53) : (à propos de l'atteinte à l'intégrité corporelle :) "il faut aussi que le médecin (...) reconnaisse le bien-fondé et la nécessité de son objet, en d'autres mots, que l'intervention médicale s'impose. Le but de l'atteinte à l'intégrité corporelle doit être le bien-être et la plus-value de la personne qui en fait l'objet. En son absence, l'intervention médicale s'écarte de sa destination normale et unique et ne sera donc plus justifiée".

L'intégrité du malade en droit pénal

532. Cette priorité est telle qu'elle rend la nécessité curative presque suffisante par rapport aux autres conditions proposées pour justifier pénalement l'acte médical. Celles-ci, comme on l'a vu, ne suffisent certes pas à justifier l'atteinte à l'intégrité physique portée par un médecin sur la personne de son patient. Mais en outre, tout se passe comme si elles n'étaient même pas nécessaires. Car la permission accordée par la loi et le consentement donné par le patient sont à tel point relativisés par la nécessité curative que, à la limite, ces deux conditions mises à la licéité de l'acte médical, peuvent disparaître. On voudrait le montrer à propos du consentement du patient (20).

533. Après avoir exposé le débat doctrinal tenu à ce sujet, on verra en jurisprudence que le juge pénal sacrifie à la nécessité curative la nécessité du consentement du malade à l'acte qui porte atteinte à son intégrité physique.

(20) Comme cet ouvrage traite de la relation du sujet de droit à son propre corps, on ne développe pas ici la façon dont la nécessité curative permet de se dispenser de la "permission de la loi". A propos de la non-assistance à personne en danger, on a vu qu'est condamnée la personne qui ne soigne pas un tiers en état de péril, alors que cela lui est "permis". Mais il faut voir aussi que notre ordre juridique approuve la personne qui soigne un tiers, bien que cela lui soit défendu : si des actes médicaux sont posés par un non-diplômé alors que la nécessité curative est tout à fait stricte - c'est le cas du profane qui opère en cas d'urgence lorsqu'aucun médecin ne peut être atteint, ou du guérisseur qui agit dans les cas pour lesquels les médecins ne peuvent plus rien faire - alors, cette nécessité curative supplée à l'absence de permission de la loi pour justifier les actes de ce non-diplômé. V. là-dessus P. FORIERS, op.cit., n° 333, p. 202; et Corr. Orléans, 29 nov. 1959, D., 1951, 246 et la note A. TUNC; Cass. crim., 30 déc. 1953, D., 1954, Jur., 333 et la note F.G.; R. CHARLES, op.cit., p. 157). Parfois, c'est la loi elle-même qui reconnaît cet état de nécessité. V. par exemple la loi du 19 janvier 1961 autorisant des personnes qui ne sont pas légalement qualifiées pour exercer l'art de guérir à accomplir certains actes médicaux dans des circonstances exceptionnelles (Mon., 31 juillet 1961).

L'intégrité du malade en droit pénal

SECTION 4 - La nécessité du consentement du patient : les affirmations doctrinales.

534. Le droit exige que le malade ait consenti à l'acte médical qui porte atteinte à son intégrité physique, mais avec quelle insistance manifeste-t-il cette exigence ?

Dès que la question est posée, il faut constater un hiatus important entre le principe rigide rappelé par la doctrine majoritaire et les solutions très souples inventées par la jurisprudence (21).

535. Pour Garçon, "une question fort délicate s'élèverait (...) si le chirurgien, usant de surprise ou de violence, faisait une opération sans le consentement du malade et surtout contre sa volonté (...). Dans la rigueur extrême des principes, la qualification de coups et blessures volontaires serait peut-être strictement juridique. Le médecin n'est justifié, ni par la loi qui ne l'autorise pas à exercer contre le gré de son patient, ni par son mobile qui est de guérir. Il ne tient pas de son diplôme le pouvoir discrétionnaire d'opérer tout malade et rien ne doit le soustraire dès lors à l'application des articles qui protègent les personnes contre toute atteinte à leur intégrité corporelle" (22).

(21) Notons ici que la question est rarement "pure" car dans les espèces qui lui sont soumises, le juge pénal est souvent amené à sanctionner non seulement une absence de consentement du patient, mais aussi une absence de but curatif, ou un exercice illégal de l'art de guérir, ou - surtout - une négligence ou imprudence dans l'opération non consentie. Il est dès lors malaisé de savoir ce qu'exige formellement le droit pénal en matière de consentement du patient, ou, en d'autres termes, ce que sera la sanction pénale applicable à un médecin diplômé qui, intervenant dans un but curatif et selon les règles de l'art, a eu le seul tort de ne pas demander l'accord de son patient sur l'intervention projetée. On trouvera la même difficulté dans l'examen de la jurisprudence civile.

(22) E. GARÇON, sur art. 309-311, n°s 85-86. Mais l'auteur entend bien que "cette solution extrême ne peut être admise sans distinctions ni tempéraments. Ainsi, notamment, le chirurgien a le droit d'agir sans autorisation lorsque le malade ne peut manifester son consentement et que l'opération est urgente. C'est un cas de nécessité". Tous les auteurs reconnaissent, tant en droit civil qu'en droit pénal, que l'urgence permet

L'intégrité du malade en droit pénal

536. Cette position a été soutenue à plusieurs reprises (23). Garraud et Laborde-Lacoste montrent bien que si l'élément moral requis pour l'infraction volontaire consiste purement et simplement dans la conscience d'accomplir un acte illicite, toutes les interventions effectuées sans le consentement du patient ou au mépris de son refus comprennent l'élément moral des articles 309 à 311: "en effet, tout médecin, traitant ou opérant dans ces conditions, viole incontestablement et en connaissance de cause, une des règles professionnelles et sociales de l'exercice de l'art médical; d'un autre côté, en vertu de l'adage 'nemo censetur ignorare legem', il doit être considéré comme ayant agi avec la conscience qu'il accomplit les faits prohibés par les articles 309 à 311" (24).

(Suite note 22)

au praticien de se passer du consentement du patient ou de ses représentants légaux. V. J. HEMARD, art. cité, n° 30, p. 306 : "à l'absence de consentement supplée l'état de nécessité dans lequel se trouve le médecin". Pour la Belgique, v. J. CONSTANT, Traité, p. 517. Ce sort des cas urgents réglés sans le consentement du patient est utilisé à bon droit comme argument par la doctrine classique contre ceux qui voudraient justifier l'acte médico-chirurgical par le seul consentement du malade. Si, dans les cas urgents, le consentement n'est pas nécessaire, pour que l'acte ne soit pas punissable, c'est que, dans tous les cas, il n'est pas suffisant. Sur l'urgence, v. infra n° 623.

(23) V. J. HEMARD, art. cité, n° 28, p. 305; on trouve une formulation analogue dans la note de M. LEGAL sous Corr. Seine, 23 février 1949, précité. Cfr. aussi la note de M. MIMIN sous Cass. fr., 2 août 1950, D., 1951, J, 581 qui résume la thèse de GARCON, et R. GROSEMANS, art. cité, p. 878 : "certains considèrent que le refus du consentement du malade représente un empêchement qui interdit de passer outre".

(24) P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 207. Pour ces auteurs, la solution est rigoureuse (les traitements menés sans le consentement du malade ou malgré son refus constituent des coups et blessures volontaires) mais elle est sans danger: "d'une part en effet, ces hypothèses se présenteront très rarement dans la pratique, étant donné l'importance que les règles de la profession médicale ou chirurgicale attachent à l'obtention du consentement du patient; et, d'un autre côté, la notion d'urgence qui permet de passer outre à la condition de consentement (...) jouera ici le rôle d' 'état de nécessité' et permettra d'éviter toute poursuite inopportune" (idem, p. 208, suivi par A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 418).

L'intégrité du malade en droit pénal

537. Si le principe apparaît rigoureux, il reste affirmé par la doctrine dominante : un praticien n'est pas justifié aux yeux de la loi pénale si son intervention - même accomplie dans un but curatif, et lege artis - n'est pas acceptée par son patient. Ainsi, lorsque le tribunal correctionnel de Bruxelles a examiné en 1969 le cas des médecins qui avaient opéré un transsexuel, il a suivi la thèse du ministère public selon laquelle l'immunité pénale du médecin était subordonnée au consentement libre et éclairé du malade : "attendu que, hormis le cas de danger grave, une intervention chirurgicale ne pourrait être pratiquée que si le patient y a consenti librement et en pleine connaissance de cause" (25).

538. Mais la doctrine n'est pas absolument unanime pour défendre le principe rigoureux de la responsabilité pénale du praticien en cas d'intervention non consentie par le patient. On trouve chez certains auteurs l'affirmation selon laquelle la responsabilité encourue ne sera jamais pénale, mais - éventuellement - civile. Ainsi, M. Doublie : "Pour l'instant, on peut dire que, sans risque de responsabilité pénale, le médecin est autorisé à porter atteinte au corps d'une personne dans l'espoir de la soulager d'un mal plus grand. Sauf faute technique, ce qui est une autre question, l'absence de consentement de l'intéressé ne lui fera encourir qu'une responsabilité civile, si le résultat n'est pas celui escompté" (26).

M. Foriers tient le même avis : "Le malade à qui on aurait fait violence - ou, ce qui est plus vraisemblable, que l'on aurait trompé pour l'amener à accepter une opération - ne pourrait prétendre

(25) Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, précité. Le tribunal a pris soin de relever tous les témoignages et les documents qui indiquaient un consentement du patient, et a constaté que le ministère public n'apportait pas la preuve de la débilité mentale (et donc de l'inefficacité du consentement) de la victime.

(26) R. DOUBLIE, art. cité, n° 14, p. 205. L'auteur en conclut (n° 15) : "le consentement n'offre donc un intérêt au point de vue pénal, dans les atteintes à l'intégrité corporelle, qu'en matière sportive. Dans tous les autres cas, il est sans influence sur l'existence de l'infraction".

L'intégrité du malade en droit pénal

avoir été victime de coups et de blessures volontaires ou involontaires, si l'intervention était objectivement indispensable (...). A notre sens, du point de vue pénal, l'opération ou l'administration d'un remède est indépendante de la question du consentement. Le médecin qui, sans égard à celui-ci, estime devoir prescrire telle médication ou procéder à telle opération, agit conformément à ce qu'il croit être l'intérêt bien compris du malade et ne peut, de ce chef, se rendre coupable d'un délit" (27).

On trouve la même doctrine chez M. Dalcq pour qui le défaut de consentement du malade ne peut faire perdre à son médecin le bénéfice de l'immunité pénale : "le médecin n'a commis aucune faute pénale; il s'est abstenu seulement de conclure avec son client un accord sur la charge des risques". Car "même s'il n'a pas requis le consentement du malade, le médecin n'est pas sorti de sa mission qui est de soigner et c'est en vain qu'on chercherait à prouver le dol spécial qu'exige le délit de coups et blessures volontaires" (28). Telle est également la position jurisprudentielle.

(27) P. FORIERS, op.cit., n°s 320-321, pp. 195-197; sur le mensonge médical, v. infra n° 680.

(28) R. DALCQ, Traité de la responsabilité civile, Nouvelles, t. V, vol. I, n°s 1075 et 1076. L'auteur justifie donc l'immunité pénale du praticien par son but curatif, "sa mission qui est de soigner". Pour les auteurs qui retiennent un dol spécial comme élément constitutif du délit de coups et blessures volontaires, on a vu que ce but curatif suffit à rendre impossible la naissance de l'infraction. On a préféré tenir que la "nécessité curative" justifie l'infraction dont tous les éléments (y compris le dol) sont vérifiés.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, M. DALCQ réserve le cas du malade qui refuse explicitement de se soumettre à l'intervention projetée. L'atteinte portée alors par le médecin à l'intégrité physique de son patient constitue un délit volontaire (*idem*, n° 1077; la référence jurisprudentielle donnée à cet endroit - Cass., 7 novembre 1961, *Gaz. Pal.*, 1962, I, 219 - n'aborde toutefois le problème que sur le plan civil).

L'intégrité du malade en droit pénal

SECTION 5 - La nécessité du consentement du patient :

Les atténuations jurisprudentielles.

539. La doctrine minoritaire qui se refuse à sanctionner pénalement l'homme de l'art dont le seul tort consiste à ne pas avoir demandé l'accord de son patient pour porter atteinte, dans un but curatif, à son intégrité physique rejoint pratiquement la solution adoptée par la jurisprudence. Celle-ci toutefois est assez maigre (29).

(29) En 1926, GARRAUD et LABORDE-LACOSTE écrivaient : "En France, une seule décision, à notre connaissance, tranche, sur le terrain pénal la question; un arrêt de la Cour d'Alger du 17 mars 1894, malheureusement motivé d'une façon insuffisante, déclare la qualification de blessures par imprudence inapplicable aux traitements et opérations non consentis" (P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 210; idem chez FAHMY ABDOU, op.cit., p. 421). Cette affaire concernait un enfant opéré d'une tumeur et qui était décédé peu après l'opération. Les premiers juges avaient renvoyé le médecin et sa collaboratrice de la prévention d'homicide par imprudence, le rapport de causalité n'étant pas établi entre une quelconque de leurs fautes et le décès de l'enfant (V. trib. corr. d'Alger, 4 novembre 1893, précédant l'arrêt de la Cour du 17 mars 1894, D.P., 1895, II, 69; S., 1895, 2, 237; la collaboratrice n'étant pas médecin, les deux prévenus ont été condamnés pour exercice illégal de la médecine). En confirmant cette décision de relaxe, la cour examine l'objection selon laquelle le médecin "n'ayant pas été autorisé à pratiquer l'opération des suites de laquelle, suivant son aveu, le jeune B... est mort, et même cette opération lui ayant été interdite par le père et la mère de celui-ci, le prévenu a commis une faute en la pratiquant (...) il est, dès lors, pénalement responsable de la mort qui en a été la conséquence". Pour y répondre, la cour d'appel se place d'emblée, notons-le, sur le plan de l'infraction involontaire et se contente d'affirmer que "la faute ainsi commise par (le médecin) ne constitue point la maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements visées en l'art. 319 du Code pénal. Par suite, en admettant qu'elle puisse donner lieu à une action civile, elle ne saurait être l'objet d'une sanction pénale".

Depuis lors, en France, trois décisions ont été rendues sur cette question dans les années 1969 et 1970. V. Rouen (ch. acc.), 26 février 1969, J.C.P., 1971, II, 16849 et la note BRUNET (la juridiction d'instruction retient la responsabilité pénale du praticien) et; sur le fond, Rouen, 17 décembre 1970, D.S., 1971, Jur., 153 et la note R. SAVATIER (la Cour confirme la décision de relaxe prise par le tribunal correctionnel);

L'intégrité du malade en droit pénal

540. Pour justifier l'impunité du praticien qui s'est passé du consentement de son patient, le juge peut argumenter à partir de la causalité : "si l'on ne peut reprocher au médecin ou au chirurgien d'autre faute que de ne s'être pas muni du consentement des intéressés, il est difficile de dire que la mort ou les blessures aient eu pour cause l'absence de ce consentement" (30) ou à partir de la négligence constatée : "il semble que l'imprudence ou la négligence visées par l'art. 319 C. pénal ne doivent s'entendre que de celles que le médecin commettrait dans l'opération même, et non de l'imprudence ou de la négligence, au sens général de ces mots, qu'il commettrait en dehors de l'opération" (31).

La négligence étant ainsi enfermée à l'intérieur de l'acte médical, il est facile de conclure que l'absence de consentement du patient - qui constitue pourtant une négligence importante de la part du médecin - n'a pas causé le préjudice dont se plaint la victime devant le tribunal répressif (32).

541. C'est dans ces termes que l'on continue à résoudre la question aujourd'hui (33).

(Suite note 29)

chronologiquement située entre ces deux décisions, Cass. fr., 17 novembre 1969, D., 1970. Jur., 85, Gaz. Pal., 1970, I, 49, J.C.P., 1970, II, 16507 et la note R. SAVATIER (relaxe au pénal mais condamnation au civil dans une affaire de chirurgie esthétique).

(30) Note non signée au Sirey, 1895, 2, 237, sous l'arrêt précité de la Cour d'Alger.

(31) Note non signée au Dalloz, 1895, 2, 69, sous l'arrêt précité de la Cour d'Alger.

(32) Remarquons ici que le préjudice dont parlent les plaideurs est constitué par une conséquence fâcheuse de l'acte médical (paralysie, cécité, voire même la mort), mais on ne dit rien du préjudice que constitue l'acte médical lui-même, alors pourtant que le plus petit coup de bistouri tombe matériellement, on l'a dit, sous la prévention des coups et blessures. Faut-il donc voir dans la portée thérapeutique de l'acte posé une justification radicale aux yeux du juge pénal ? On retrouvera la même question en droit civil à propos de l'intervention qui a réussi alors que son bénéficiaire n'y avait pas consenti, v. infra n° 688.

(33) Dans les trois décisions rendues en France en 1969-1970 sur notre sujet (v. supra note 29), il ne s'agit, ici aussi, que

L'intégrité du malade en droit pénal

En 1969, la Cour de Cassation de France s'est prononcée sur le fait que: "l'avertissement préalable (du danger de l'opération) constituant une obligation professionnelle d'ordre général, antérieure à l'intervention médicale ou chirurgicale et distincte de celle-ci, le manquement à une telle obligation ne saurait justifier une poursuite devant la juridiction répressive aux termes de l'art. R.40 C. pénal qui concerne nécessairement les seules défaillances du praticien dans l'exécution des soins qu'il a accepté de donner au malade"(34).

(Suite note 33)

de poursuites pour infractions involontaires, alors que la doctrine dominante proposait résolument la sanction pénale prévue pour les coups et blessures volontaires en cas de non-consentement du patient. Ici encore, on pourrait voir dans ce "réflexe" des juges (et d'abord des parquets) la conviction que l'infraction volontaire est radicalement justifiée par le but curatif inhérent à l'acte posé par le praticien, comme on vient de le dire à propos du "préjudice" que constitue l'acte médical lui-même. Dans la mesure où la nécessité curative est établie, il ne serait décidément plus possible de poursuivre ce praticien pour infraction volontaire, même si son patient n'a pas consenti à l'intervention projetée. Comp. la remarque de M. DOUBLIER (art. cité, p. 203) : "on pourrait dire que le fait d'être médecin transforme l'atteinte volontaire en homicide ou blessures involontaires, s'il y a faute". Nous dirions plutôt - ce qui revient souvent au même - : le fait que l'intervention est effectuée au nom de la nécessité curative.

- (34) Cass. fr., 17 novembre 1969, précité. Il s'agissait d'une dame qui, dans une opération de "lifting" (effacement des rides du visage), avait perdu l'usage d'un oeil. Quelques mois auparavant, la chambre des mises en accusation de Rouen avait retenu la prévention de blessures involontaires contre un médecin qui, chargé d'effectuer la biopsie d'une tumeur nerveuse, avait procédé sur le champ à son ablation, sans le consentement de sa patiente, laquelle s'était retrouvée paralysée à la suite de l'intervention. La juridiction d'instruction a fait valoir, en effet, que le délit de blessures involontaires est aussi puni lorsque lesdites blessures résultent de l'inobservation des règlements. Or cette expression "règlements" doit être prise dans le sens le plus large, y incluant les règles professionnelles, et parmi celles-ci, l'obligation de n'opérer le malade qu'après avoir obtenu de lui ou de sa famille un consentement éclairé (V. Rouen (ch. acc.), 26 février 1969, précité, et sur cet arrêt, la note précitée de M. BRUNET, et P.J. DOLL, "Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé", Gaz. Pal., 1972,2,

L'intégrité du malade en droit pénal

542. Cette position a été critiquée, car on peut reprocher à la Cour de cassation de distinguer là où la loi ne distingue pas. En effet, si le médecin n'obtient pas de son patient un consentement libre et éclairé à propos de l'intervention qu'il va pratiquer sur sa personne, il commet une négligence. Et pour justifier le praticien, il n'y a pas à chercher un prétexte dans le fait que la négligence est commise avant l'intervention chirurgicale. "Ce qui compte, en effet, dans l'article R.40-4°, ce n'est pas l'époque de la négligence reprochée, c'est son caractère causal par rapport à la blessure" (35).

543. Quoi qu'il en soit, on voit que la jurisprudence pénale tient à atténuer considérablement la nécessité d'obtenir du patient un consentement à ce que soit posé sur sa personne un acte médical qui porte atteinte à son intégrité physique.

(Suite note 34)

p. 428 et P. MONZEIN, "La responsabilité pénale du médecin", Rev. sc. crim., 1971, p. 866). Mais ce raisonnement n'a pas été suivi par la Cour qui a confirmé la décision de relaxe prononcée par le premier juge du fond (cfr. Rouen, 17 décembre 1970, précité). Pour la Cour d'appel, le principe reste admis que "le chirurgien doit avertir le malade ou sa famille des risques prévisibles attachés à l'opération qu'il envisage, pour que ceux-ci soient en mesure de se décider en pleine connaissance de cause". Mais en l'espèce, les circonstances de fait (tumeur exceptionnelle, nécessité d'une ablation rapide) ont obligé le praticien à choisir le moindre risque, ainsi que lui commande l'art. 28 du Code de déontologie médicale de 1955 : "le médecin, dès l'instant qu'il est appelé à donner des soins à un malade, s'oblige à lui assurer aussitôt tous les soins médicaux en son pouvoir et désirables en la circonstance".

Pour une critique sévère de cette appréciation des faits particulièrement indulgente envers le praticien, et de la référence au Code de déontologie pour accorder une relaxe, cfr. R. SAVATIER, note précitée sous l'arrêt.

(35) Cfr. la note R. SAVATIER sous l'arrêt, J.C.P., 1970, II, 16507; v. aussi A. DORSNER et A. SCEMAMA, "Médecine et information du malade", Gaz. Pal., 1977, 2, doct., p. 433. Mais précisément la difficulté d'établir un lien causal entre le non-consentement du patient et le dommage qu'il subit du fait de l'intervention non consentie reste entière, ainsi qu'on le verra encore dans l'analyse de droit civil (v. infra n° 696).

L'intégrité du malade en droit pénal

La doctrine dominante, on l'a vu, exigeait ce consentement au nom du respect de la personne, menaçant le praticien qui ne s'y conformait pas des peines comminées pour les coups et blessures volontaires (36).

Or, lorsque le juge répressif est appelé à connaître d'une affaire de non-consentement du patient ("pure" de toute considération sur le but curatif ou sur le respect des règles de l'art médical), il n'est plus jamais question que de coups et blessures involontaires, et encore ! c'est pour écarter cette inculpation soit parce que le défaut de consentement du patient n'a pas pu causer le dommage subi; soit parce que la négligence reprochée au praticien n'est pas un manquement aux obligations professionnelles inhérentes à l'intervention elle-même; soit encore parce que l'urgence est jugée telle qu'elle permet de se dispenser du consentement.

544. D'où vient cet hiatus entre la doctrine et la jurisprudence ? Sans doute du fait que, pour le droit pénal, l'acte du praticien est suffisamment justifié par la nécessité curative. Dès lors, le consentement du patient - théoriquement fort important - n'est plus qu'une condition très secondaire que, à la limite, on peut se permettre de négliger en pratique.

545. La nécessité curative s'est donc installée en maîtresse de la justification pénale des atteintes portées à l'intégrité physique du patient au cours d'un acte médical. Elle peut même apparaître comme suffisante par rapport aux autres conditions avancées pour

(36) V. supra n° 536; "Il faut y voir une manifestation importante de la volonté de l'individu, seul juge, en dernière analyse, de son intérêt" (J. HEMARD, art. cité, n° 55, p. 319); "cette nouvelle condition mise à l'impunité du praticien apparaît comme commandée par le respect de la personne humaine et de ses libertés" (note A. LEGAL, précitée, sous Corr. Seine, 23 février 1949); "c'est en réalité, un aspect de la lutte du collectivisme contre l'idéalisme qui se profile derrière la discussion au tour volontiers sentimental de la question de savoir si la volonté du médecin doit l'emporter sur celle de son malade ou l'inverse" (L. KORNPORST, Responsabilités du médecin, éd. 1957, p. 236).

L'intégrité du malade en droit pénal

légitimer ces atteintes. Mais cette solution - que l'on peut appeler classique - n'est peut-être plus de mise aujourd'hui.

546. Car nous allons assister à l'érosion de cette nécessité curative. C'est l'objet du chapitre suivant. Dans l'analyse de cette évolution, nous soulignerons encore les manifestations du double régime que nous avons dégagé à propos du droit subjectif : celui de la protection, et celui de la disposition.

CHAPITRE 4 — L'érosion de la nécessité curative

547. Alors que la doctrine classique, rigoureuse, disqualifie, dans la justification pénale des actes médicaux, le consentement de la victime et la permission de la loi au profit de la nécessité curative, ainsi qu'on l'a vu aux deux chapitres précédents, voici qu'un courant plus actuel les requalifie, dirait-on, en assouplissant la nécessité curative jusqu'à soumettre peut-être celle-ci à la pure disposition des partenaires de la relation thérapeutique.

548. On va le voir en signalant l'insistance mise aujourd'hui sur la permission de la loi, puis en étudiant - parmi d'autres - l'exemple de la chirurgie esthétique. On pourra alors conclure en exposant ce qu'est devenu, lorsqu'on adopte une définition large de la santé, le critère de la nécessité curative.

SECTION 1 - L'insistance mise sur la permission de la loi.

549. Peut-être ne faut-il pas exagérer la portée d'une seule décision judiciaire. Il reste cependant qu'en Belgique, l'état de nécessité n'a plus été considéré comme une cause valable de justification des actes médicaux et qu'on lui a préféré la permission de la loi.

En 1969, le tribunal correctionnel de Bruxelles après avoir constaté que l'état de nécessité "suppose, comme la contrainte morale ou la force majeure, un état de danger grave et imminent", affirme que "s'il fallait fonder l'immunité médicale sur cette théorie, de nombreuses interventions chirurgicales risqueraient d'entraîner des sanctions pénales pour ceux qui les pratiquent", puisque "chaque jour, des interventions chirurgicales pleinement justifiées sont réalisées sans que le patient se trouve dans un état de danger

L'intégrité du malade en droit pénal

grave et imminent, et alors qu'il existe d'autres thérapeutiques valables n'entraînant aucune atteinte à son intégrité corporelle"(1).

550. Telle quelle, cette décision paraît irréprochable. Car il est vrai que la rigidité de l'état de nécessité ne s'adapte qu'imparfaitement à la souplesse réclamée par les médecins dans l'établissement du diagnostic et du traitement, ainsi qu'on l'a vu au chapitre précédent.

Il est vrai également que la justification par la permission de la loi constitue une réponse formellement exacte pour celui qui cherche à connaître la raison de l'impunité de l'acte médical. Il est vrai encore que la décision du tribunal correctionnel de Bruxelles mentionne le but curatif et la nécessité suffisante parmi les conditions de l'immunité pénale fondée sur l'autorisation de la loi.

551. Mais il faut tout de même souligner un point important : c'est que dans la présentation théorique des causes de justification, la permission de la loi a pris le pas sur l'état de nécessité (2).

Peut-être le juge a-t-il voulu, en 1969, relever le fait que les dispositions relatives à l'art de guérir avaient été coordonnées deux ans plus tôt en un texte général (3). Toujours est-il que, en accordant la priorité formelle au texte de la loi par rapport

(1) Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, précité. Comp. supra n° 523, le débat tenu sur l'état de nécessité.

(2) V. là-dessus, R. GROSEMANS, "Difficultés relatives à la notion du droit que possède l'individu sur son propre corps", Rapport général aux Journées Capitant, t. XXVI, 1975, p. 430 : "Cette décision nous a paru dissocier de manière absolue et peu adéquate les causes de justification tirées de l'état de nécessité et de l'autorisation de la loi. En effet, sous l'argument de ne pas s'immiscer dans une grave controverse scientifique, la décision belge nous paraît esquiver l'élément essentiel du problème, à savoir la définition exacte du caractère curatif d'un acte à prétention médicale".

(3) V. l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir.

L'intégrité du malade en droit pénal

à l'objectivité d'une situation de nécessité qui réclame impérieusement un remède, cette décision favorise l'opinion selon laquelle la "permission de la loi" pourrait être détachée de toute considération portant sur la nécessité curative.

552. A la limite, si l'on suivait cette voie-là, on pourrait tenir pour "thérapeutiques", "médicales", et donc "pénalement justifiées" toutes les atteintes portées à l'intégrité physique d'autrui, pourvu qu'elles soient le fait d'un médecin.

Dans cette optique, les actes du praticien ne seraient plus justifiés par le fait qu'ils se soumettent au critère de la nécessité curative, mais par le fait qu'ils sont ceux d'un médecin, autorisé par la loi à les poser. La permission de la loi remplacerait alors la nécessité curative (4).

553. On peut dire, à partir de là, que le régime de protection instauré par la nécessité curative est entamé par la loi au profit d'un régime de disposition. Ce n'est plus la stricte intégrité du patient - son intérêt - qui commande la relation thérapeutique; c'est le pouvoir que chacun des deux partenaires y détient.

Si la "permission de la loi" en arrive à soustraire les actes du praticien au critère objectif de la nécessité curative, n'est-ce pas pour que, en augmentant le pouvoir du médecin, elle augmente

(4) Cette tendance à assimiler la justification pénale à la médicalisation est particulièrement nette en certaines lois étrangères. V. en France, la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. L'art. L. 162-2 du Code de la santé publique, modifié par cette loi, porte que "l'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin".

L'attitude est la même dans les pays qui légalisent la stérilisation. V. la loi suédoise n° 580 du 12 juin 1975 sur la stérilisation: "seules les personnes autorisées à exercer la médecine peuvent procéder à une stérilisation" (art. 6, al. 1), et la loi danoise n° 318 du 13 juin 1973 sur la stérilisation et la castration: "la stérilisation ne peut être effectuée que par un médecin dans un hôpital d'Etat ou municipal ou dans un dispensaire attaché à l'hôpital, ou dans un hôpital privé agréé à cet effet par le Ministère de l'Intérieur" (art. 10, al. 1; et l'art. 14, al. 3 pour l'application à la castration).

L'intégrité du malade en droit pénal

aussi, en fin de compte, celui de son patient ? La permission de la loi dégagerait ainsi les deux partenaires de leur commune soumission à la nécessité curative. Celle-ci pourrait alors être entendue dans le sens le plus large qui soit.

SECTION 2 - Le sens large de la nécessité curative.

554. Il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles le droit pénal s'interroge sur la licéité de certaines interventions médicales et donc sur les contours de la nécessité curative retenue comme critère fondamental pour justifier ces interventions. Faut-il les évoquer ?

Qu'en est-il, par exemple, de l'expérimentation médicale ? (5)

(5) La doctrine se réfère souvent à la décision du tribunal correctionnel de Lyon du 15 déc. 1859 précitée, qui condamne deux médecins qui avaient expérimenté un traitement en inoculant la syphilis à un enfant atteint de la teigne : "toutes les fois que, dans l'application d'une méthode curative nouvelle, le médecin aura eu essentiellement pour but la guérison du malade et non le dessein d'expérimenter, il ne relèvera que de sa conscience (...). Mais telle n'est pas la situation des prévenus: tout dans la cause démontre que leur pensée dominante, leur but principal a été de résoudre, au moyen d'une expérience, la question médicale qui faisait le sujet de vives controverses". (v. sur cette décision, E. GARCON, Code pénal annoté, art. 309-311, n° 84). Pour que l'expérimentation médicale soit licite, il faut donc qu'elle vise la guérison du malade. Il en va de même en droit civil: si l'expérimentation proposée ne présente aucune utilité pour le patient, elle sera déclarée illicite; cfr. Lyon, 27 juin 1913 (D.P., 1914,2,73 et la note LALOU) à propos d'une femme âgée qui avait accepté d'expérimenter à ses dépens une nouvelle technique de redressement de la poitrine (v. sur l'illicéité de l'expérience purement scientifique, R. TAHON, art. cité, J.T., 1951, p. 496). L'expérimentation médicale opérée dans les camps nazis a suscité dans l'opinion internationale une telle horreur que toute la doctrine insiste sur les limites qu'imposent la civilisation et le droit à la recherche thérapeutique. Le médecin ne peut agir que pour le bien de son patient. Il y aura lieu d'appliquer, en cette matière aussi, le critère de la nécessité curative et donc celui de la proportionnalité du risque couru avec l'avantage escompté (v. A. DECOCQ, op. cit., n° 439, p. 304; les Cahiers Laënnec, 1952, 1er et 2ème cahiers; P. MONZEIN, "La responsabilité pé-

L'intégrité du malade en droit pénal

ou du traitement chirurgical du syndrome transsexuel (6)? La nécessité curative n'y est pas toujours évidente.

(Suite note 5)

nale du médecin", Rev. sc. crim., pp. 874 et sv.). L'expérimentation pose aussi le problème du consentement du patient. En principe, ce consentement est indispensable. Cfr. par exemple, la note MERIGNHAC sous Aix, 22 octobre 1906, (D.P., 1907, 2, 41) qui retient la responsabilité civile du médecin s'il n'y a pas eu consentement de son client. On peut toutefois se demander si, en pratique, les médecins demandent souvent l'accord de leurs malades avant d'expérimenter une nouvelle analyse ou un nouveau traitement. C'est peut-être à cette "discrétion" qu'il faudrait attribuer le petit nombre de procès en cette matière.

- (6) L'intervention chirurgicale visant à modifier les apparences extérieures du sexe d'un individu pose bien des problèmes aux moralistes, aux médecins et aux philosophes. Les juristes y rencontrent une question de droit civil, et une autre de droit pénal. Si le sexe est déterminé traditionnellement par les apparences extérieures (cfr. l'arrêt de principe de la Cour de cassation française du 6 avril 1903, D.P., 1904, I, 395 avec les conclusions du Procureur général BAUDOUIN; S., 1904, I, 273 et la note A. WAHL), il ne suffit cependant pas de modifier artificiellement ces apparences extérieures pour prétendre à une modification correspondante des actes de l'état civil, à moins qu'il n'y ait eu, à la naissance, erreur dans la détermination du sexe de l'enfant. La jurisprudence invoque, pour expliquer ce refus, d'une part l'indisponibilité de l'état des personnes, mais aussi les dispositions légales réprimant certaines atteintes à l'intégrité corporelle (cfr. Trib. gr. inst. Seine, 18 janvier 1965, J.C.P., 1965, 2, 14421 avec les conclusions de M. le substitut FABRE). Car ces interventions chirurgicales pourraient tomber sous le coup de la loi pénale si leur nécessité curative n'était pas établie. La question a été longuement débattue devant le tribunal correctionnel de Bruxelles (jugement du 27 septembre 1969, précité) entre les partisans de la thérapeutique psychologique qui tend à guérir le psychisme d'une personne pour qu'elle intègre en sa personnalité le sexe que ses apparences extérieures lui imposent, et les partisans de la thérapeutique chirurgicale qui tend à modifier l'apparence corporelle du sujet pour la faire correspondre à la personnalité qu'il (elle) entend être. En l'occurrence, après s'être imposé une grande circonspection dans l'examen des thèses en présence, et soucieux de ne pas freiner malencontreusement les progrès spectaculaires de la médecine, le tribunal a constaté que l'absence de valeur thérapeutique du traitement chirurgical n'était pas démontrée. V. là-dessus la conclusion de M. PENNEAU (La responsabilité médicale, Paris, 1977, p. 150) : "La poussée du transsexualisme que l'actualité nous révèle pourrait conduire les chirurgiens qui accéderaient aux désirs de leurs patients à tomber sous la coup de cette incrimination (violences volon-

L'intégrité du malade en droit pénal

555. Il en est de même en matière de prélèvements d'organes "ex vivo" (7).

En 1951, en France, la Commission de réforme du Code civil a abordé "le problème général de la libre disposition du corps humain ou d'un de ses éléments, par contrat notamment" (8). Elle a perçu alors deux tendances dans la société française : d'un côté, on ne veut pas que "la richesse ou la puissance permette, en définitive, de mutiler contractuellement son semblable" mais d'un autre côté, on veut, dans un souci de promotion de la santé, permettre "aux médecins et aux biologistes de prendre leurs responsabilités matérielles et morales et de fixer eux-mêmes les cas dans lesquels les actes

(Suite note 6)

taires). Encore faudrait-il prendre garde de ne pas succomber, là non plus, à un formalisme excessif, car incontestablement, le transsexualisme répond, dans certains cas, à un déséquilibre psychique profond qui peut conduire à des conduites suicidaires s'il est négligé", et celle de M. GROSEMANS, Rapport cité aux Journées Capitant 1975, t. XXVI, p. 431 : "Si l'on admet que, dans l'état actuel des connaissances médicales, le traitement chirurgical des transsexuels est une méthode qui apporte une amélioration à leur situation, l'opération ne devrait pas être considérée comme contraire à l'ordre public à condition, bien entendu, que toutes les précautions aient été prises pour s'assurer qu'il s'agit bien d'un cas de transsexualisme qui ne peut être soigné autrement". On retrouve donc ici l'application de la nécessité curative, mais entendue de façon fort large.

(7) Pour M. FAHMY ABDOU, "le seul moyen, pour justifier certains prélèvements d'organe sur un sujet vivant doit (...) être envisagé dans l'intervention du législateur, déterminant les conditions de licéité des greffes d'organes" (op.cit., p. 441). On trouvera cette réglementation, en France, dans la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. La légitimité de telles interventions est reconnue en principe à l'art. 1er, al. 1 : "En vue d'une greffe ayant un but thérapeutique sur un être humain, un prélèvement peut être effectué sur une personne vivante majeure et jouissant de son intégrité mentale, y ayant librement et expressément consenti".

(8) Travaux de la Commission de réforme du Code civil, volume 6 (1950-51), p. 51. Le rapport ajoute : "la question, avec les banques d'yeux ou les banques de sang, d'un intérêt réel d'actualité, est cependant classique (...). Elle a toujours été résolue affirmativement pour légitimer les interventions chirurgicales et négativement pour condamner certaines atteintes, telles la stérilisation ou l'avortement".

L'intégrité du malade en droit pénal

de disposition pourront intervenir". Après discussion, la mesure adoptée est la suivante : "l'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps est interdit lorsqu'il doit recevoir exécution avant le décès du disposant, s'il a pour effet de porter une atteinte grave et définitive à l'intégrité du corps humain.

Il en est autrement si l'acte est justifié par les règles de l'art médical" (9).

556. Mais que sont ces "règles de l'art médical" qui, faisant exception à la règle générale de l'indisponibilité, permettent à un médecin de porter une atteinte "grave et définitive" à la personne du donneur, et quels sont les critères qui permettent "aux médecins et aux biologistes" de prendre "leurs responsabilités matérielles et morales" ? (10).

(9) Travaux de la C.R.C.C., pp. 51 à 53. La Commission pose alors la question : "Mais à supposer l'engagement contracté ainsi valable, peut-on en obtenir l'exécution ? Peut-on obliger quelqu'un à donner son sang ou, dans les années à venir, si la médecine ou la chirurgie le permet, un élément de son corps ?" La réponse négative donnée par la Commission doit être rapportée à ce que nous avons vu du droit de repentir dans l'analyse du "droit à l'image" (v. supra n° 323) et à ce que nous verrons encore dans l'examen du contrat médical (v. infra n° 607).

(10) Comp. à ce sujet les appréciations mesurées de M. DIERKENS, op.cit., pp. 56 et sv. L'auteur envisage d'abord le but du donneur ("Si le donneur poursuit un avantage matériel, il ôte à son geste sa valeur morale, la seule qui puisse permettre une dérogation au principe juridique, moral et culturel de l'intangibilité du corps humain", p. 57), puis les risques et dommages encourus par le donneur dans le don de tissus d'une part, et le don d'organes d'autre part. Dans ce dernier cas, les conséquences sont si graves que le principe doit être l'interdiction du prélèvement d'organes "ex vivo". C'est d'ailleurs la conclusion que prône la doctrine majoritaire. M. DIERKENS la trouve cependant trop absolue : "Le principe suivant lequel le don d'organes est inadmissible ne sera pas d'application lorsque le donneur peut faire valoir les liens du sang et de l'affectivité qui l'unissent au malade" (p. 63), et l'auteur de citer l'exemple donné par le Dr. HAMBURGER, "du père ou de la mère insistant calmement pour qu'on tente la greffe d'un de leurs reins à leur enfant mourant d'urémie chronique."

L'intégrité du malade en droit pénal

Est-ce encore la nécessité curative qui joue ici ?

Sans doute y a-t-il avantage thérapeutique pour le receveur; mais pour le donneur ? (11) L'état de nécessité trouve ici, une fois encore, à s'appliquer (12). Mais c'est, curieusement, pour élargir le pouvoir de disposition d'un individu - le donneur - sur son propre corps.

557. Jusqu'où peut donc s'étendre - ou s'éroder - la nécessité curative ? Dans l'analyse classique de l'état de nécessité, l'auteur doit, avant de poser son acte, estimer une priorité entre deux biens, l'un et l'autre protégés. Quel est donc ce bien supérieur qui justifie, moyennant l'utilisation de moyens rigoureusement proportionnés, l'atteinte à la valeur qu'est - ici - l'intégrité physique du patient ? Les hypothèses évoquées en cette section montrent que la question est ouverte, et qu'il est délicat de vouloir la trancher une fois pour toutes, car le droit veut qu'une

(11) Sur le fait que le prélèvement d'organes est une décision, une option qui ne se justifie pas selon les critères juridiques classiques basés sur la valeur thérapeutique des actes, v. A. DEMOOR, "Transplantatie van organen, of : zal het recht dwingen tot naastenliefde ?", Jura Falconis, 1976-77, p. 71. L'auteur critique à ce propos l'argument employé par la Cour suprême de justice du Massachusetts selon lequel le prélèvement constitue un avantage pour le donneur lui-même, et qu'un enfant subirait un préjudice psychologique s'il ne lui était pas permis de donner son rein, ou tout ce qui est possible, à son frère jumeau.

(12) V. en France la réponse de M. le Garde des Sceaux à la demande qui lui avait été faite d'un avis concernant la responsabilité pénale du chirurgien qui grefferait sur un enfant de 14 ans un rein prélevé sur sa soeur jumelle consentante. Il fut répondu en termes très prudents et restrictifs qu'on serait "enclin à admettre l'éventualité d'une irresponsabilité pénale du chirurgien, qui pourrait être fondée sur la contrainte morale résultant de l'état de nécessité où il se trouve de commettre un acte réprimé par la loi, afin de porter secours, dans un délai très bref, à une personne mortellement atteinte, qui ne peut être sauvée que par ce moyen" (lettre du 14 mars 1961, citée par P.J. DOLL, La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, p. 79).

L'intégrité du malade en droit pénal

évaluation se fasse en chaque cas à propos de divers intérêts en présence.

A cet égard, une décision récente de la Cour d'appel de Liège mérite d'être citée : "l'immunité médicale se justifie par l'état de nécessité qui peut dépendre de facteurs psychiques pouvant eux-mêmes découler de considérations esthétiques ou du respect de règles éthiques, pour autant qu'ils ne soient pas indéfendables au plan médical ou psychologique" (13).

Le psychique, l'esthétique, l'éthique entrent ainsi en jeu pour apprécier l'état de nécessité, et cela élargit considérablement notre critère de la nécessité curative. On voudrait le montrer en développant un dernier exemple : celui de la chirurgie esthétique (14).

558. Celle-ci a fait de grands progrès durant la première guerre mondiale dans ses efforts pour rendre une figure humaine aux grands mutilés de la face. Parallèlement, cette technique a servi à corriger certaines disgrâces corporelles qu'inflige l'âge ou la nature. Mais jusqu'où peut-on aller dans ce domaine ? Il semble qu'il faille appliquer ici, comme dans toute intervention médicale, le critère de la nécessité curative. Or, en lisant le discours juri-

(13) Liège (app. jeun.), 9 avril 1981, R.G. n° 471/79. Dans cette affaire, le requérant, de religion musulmane, sollicitait du tribunal de la jeunesse l'autorisation de faire circoncire son enfant malgré l'opposition de la mère. La Cour a rejeté cette demande, mais elle a admis que "la circoncision, en elle-même, ne représente pas une pratique contraire à l'ordre public international belge."

(14) Ce choix s'inspire des mêmes raisons qui ont fait préférer l'étude de l'acte médical plutôt que toute autre institution où le droit rencontre le corps humain. Née au début du siècle, la chirurgie esthétique a l'avantage, en effet, de montrer dans la doctrine et la jurisprudence une évolution plus longue - et donc, sans doute, plus significative pour l'interprétation des principes - que les interventions chirurgicales plus récentes en matière de greffe ("ex vivo") ou de transsexualité. L'expérimentation médicale est sans doute plus ancienne que la chirurgie esthétique, mais les principes qui commandent la matière, sans cesser d'être évidents, sont cependant moins explicites étant donné la rareté de la jurisprudence pour les énoncer.

L'intégrité du malade en droit pénal

dique relatif à la chirurgie esthétique, en jurisprudence d'abord, puis en doctrine, on remarquera l'assouplissement imposé au critère que nous avons retenu.

SECTION 3 - L'exemple de la chirurgie esthétique.

559. Aux yeux du juge, un médecin pourra très licitement appliquer un traitement dangereux, en prenant toutes les précautions d'usage, si la santé du malade l'exige, mais "il n'en est pas de même lorsque (...) le médecin se trouve en présence, non pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler" (15). Si toutefois, le médecin peut prouver que cette imperfection physique engendre dans le chef de sa patiente "une obsession quasi-maladive", on pourrait considérer que son intervention est justifiée "jusqu'à un certain point" (16).

Ainsi, la jurisprudence exige-t-elle de façon assez rigoureuse l'existence d'une nécessité curative à l'intérieur même du but

(15) Paris, 22 janvier 1913, S., 1918-19, II, 97 et la note E.H. PERREAU, D. 1919, II, 73 et la note DENISSE, Gaz. Pal., 1913, I, 260. Il s'agissait d'une jeune fille qui présentait de la barbe au menton et dont le traitement, par ailleurs bien appliqué, mais considéré comme dangereux en lui-même, avait provoqué une radiodermite du second degré. La condamnation du médecin à la réparation civile a été approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 nov. 1920 (D.P., 1924, I, 103; S., 1921, I, 119; Gaz. Pal., 1921, I, 68) qui accepte de voir dans l'attitude du médecin - même s'il a suivi les meilleures règles de la technique professionnelle - une faute qui engage sa responsabilité de droit commun. Pour une critique de ces décisions, v. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 251 à propos du lien de causalité entre la faute (le but non curatif du traitement) et le dommage (issu du traitement lui-même).

(16) Paris, 22 janvier 1913, S., 1918-19, II, 97 et la note E.H. PERREAU, précitée : "Dans ce cas, la question change de face. Enlever la barbe fâcheuse n'est plus le but final, mais le moyen d'atteindre un but plus élevé, la santé morale de la cliente. Evidemment, on pensera d'abord à traiter semblable affection par psychothérapie; mais il n'est pas défendu d'essayer d'agir autrement pour guérir la malade. L'important est de déterminer de quels moyens il est permis d'user".

esthétique poursuivi par l'opérateur. Ce principe fut exprimé de façon sévère par le tribunal de la Seine en 1929 : "le fait même d'avoir entrepris une opération comportant des risques d'une réelle gravité, sur un membre sain, dans le seul but d'en corriger la ligne, et sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du chirurgien (17)".

- (17) Civ. Seine, 25 fév. 1929, S., 1931, 2, 129 et la note E.H. PERREAU; D.P., 1931, II, 141 et la note LOUP; Gaz. Pal., 1929, 1, 424. En cette affaire, le chirurgien a été déclaré civilement responsable de l'amputation de la jambe droite d'une patiente atteinte par la gangrène déclarée à la suite d'une opération de pure chirurgie esthétique (correction de l'hyperplasie graisseuse). La juridiction d'appel a censuré cette façon de s'exprimer : "cette formule institue à l'encontre des chirurgiens dans certains cas, une véritable présomption de faute qui ne saurait être admise parce qu'elle est contraire à la loi" (Paris, 12 mars 1931, S., 1931, II, 129 et la note E.H. PERREAU; D.P., 1931, II, 141 et la note J. LOUP; Gaz. Pal., 1931, 1, 150). Cet arrêt confirme toutefois le dispositif du jugement dont appel, mais en le basant sur une autre motivation : l'absence de consentement éclairé de la part de la cliente (V. infra n° 672). La Cour entendait appliquer ici le principe général de la responsabilité délictuelle à savoir "la constatation d'une faute qui doit apparaître des circonstances de chaque espèce", en ajoutant : "Cette règle s'applique à toutes les opérations que pratiquent les chirurgiens, sans qu'il y ait lieu de distinguer le but qu'ils cherchent à atteindre". Puisque, à suivre cet arrêt, la faute ne consistait plus dans le fait même d'une intervention à but purement esthétique, mais dans la manière concrète dont celle-ci était menée, on a raisonnablement pu croire que l'on assistait à un revirement de jurisprudence : le but curatif n'était plus explicitement exigé de l'intervention chirurgicale (v. là-dessus A. DECOCQ, op.cit., n°s 455 à 458, pp. 315 et sv.). Or, il ne semble pas que cet arrêt de la Cour de Paris ait été décisif. Au contraire, près de trente ans plus tard, la même juridiction reprend explicitement à son compte la formule qu'elle avait elle-même censurée en 1931 : v. Paris, 20 juin 1960, Gaz. Pal., 1960, 2, 169 à propos d'une danseuse qui avait été opérée au ventre. La Cour confirme la responsabilité civile du chirurgien, "considérant que le fait même par un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain, dans le seul but de corriger la ligne, et sans que cette intervention lui soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse

L'intégrité du malade en droit pénal

560. En fait, lorsqu'il doit se prononcer sur la licéité d'une opération de chirurgie esthétique, le juge est amené à trancher un débat entre deux principes (18).

Faut-il, appliquant le "principe de rigidité", fonder la responsabilité du praticien sur le fait même de l'intervention, dès que celle-ci n'est plus commandée par l'état de nécessité, ou bien, élargissant le "principe de souplesse", faut-il limiter cette responsabilité au seul comportement d'un chirurgien excessivement audacieux lors d'une opération entièrement justifiée par le but esthétique - et plus seulement curatif - qu'il poursuit ?

561. Comme la jurisprudence, la doctrine a parfois de la peine à appliquer le critère de la nécessité curative (19).

(Suite note 17)

présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opéré, constitue une faute en soi". On remarquera dans cette formule l'alliance de la rigidité (nécessité thérapeutique) et de la souplesse (utilité quelconque pour la santé) déjà signalée à propos de l'état de nécessité et du but curatif (v. supra n° 526).

(18) On remarque que les praticiens ne sont poursuivis, en matière de chirurgie esthétique, que sur le plan de la responsabilité civile. Alors que la possibilité d'une responsabilité pénale reste affirmée par la doctrine, il semble bien que le juge (et d'abord le ministère public) n'en fasse pas usage. Quant à l'action civile, on note qu'elle est basée sur la responsabilité pour faute et non sur l'illicéité du contrat de base. "Il est pourtant évident que si le médecin commet une faute en acceptant de procéder à une intervention de chirurgie esthétique, la convention dans laquelle se noue l'accord relatif à pareille intervention est nulle, comme contraire à l'ordre public". MM. RENARD, VIEUJEAN et HANNEQUART qui font cette constatation (Novelles, Droit civil, t. IV; n° 1377 : chirurgie esthétique) s'en expliquent ainsi : "Si les décisions visent la faute plutôt que la nullité, c'est parce que les plaideurs n'ont fait intervenir la justice que dans les cas où ces opérations ne réussissaient pas et où le patient subissait un préjudice. On invoque alors la faute sans soulever la nullité".

(19) Cfr. par exemple à propos de la décision du tribunal de la Seine du 25 février 1929, précitée, commentée par E.H. PERREAU dans sa note sous Paris, 12 mars 1931 : "Le même flottement se retrouve dans les conclusions du ministère public, n'autorisant, dans tel passage, que très restrictivement le geste du chirurgien quand il dit : 'Il ne doit être commandé

L'intégrité du malade en droit pénal

Il y a des nuances à mettre, selon l'importance du défaut physique à corriger (20) et selon la gravité du risque que fait courir le traitement: "Il s'agit essentiellement de rechercher si les risques du traitement préconisé se trouvent dans une juste proportion avec la gravité du mal ou de l'anomalie à laquelle le praticien prétend remédier" (21).

Ce principe de proportionnalité exprime exactement la façon dont fonctionne le critère de la nécessité curative à l'intérieur de la chirurgie esthétique : si le mal est grave, si l'anomalie provoque un état morbide chez le sujet qui en est affligé, alors l'état

(Suite note 19)

que par la seule lutte contre le mal tandis que, dans tel autre, il admet les interventions pour d'autres causes : "C'est sa grandeur en face des blessures de guerre à la face, par exemple, d'essayer d'adoucir la difformité".

(20) Cfr. J. HEMARD, art.cité, n°s 34 à 36, pp. 308 et sv. où l'auteur estime indispensable de faire la distinction entre les opérations qui ont pour objet de restituer une figure humaine à certains individus que des blessures avaient complètement défigurés et celles qui ont pour but de corriger les imperfections physiques d'une personne en dehors de toute nécessité reconnue. Dans le premier cas, le chirurgien est justifié par "l'importance matérielle et la portée morale du but qu'il s'est donné"; dans l'autre, il engage sa responsabilité civile et même pénale : "le chirurgien pourrait être poursuivi devant les tribunaux répressifs. Il s'est rendu coupable du délit de blessures par imprudence, son imprudence ayant consisté à employer des moyens en disproportion avec la futilité du but à atteindre et qui risquaient de causer de graves blessures au malade" (n° 36, p. 309).

(21) Note DESBOIS sous Civ. Seine, 16 mai 1935, D.P., 1936, 2, 9. La doctrine est unanime sur la nécessité d'une proportion des risques. V. par exemple, P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 251 : "l'opération esthétique, même avec le consentement de l'intéressé, apparaît comme une faute professionnelle, toutes les fois du moins que les risques à courir sont en disproportion avec le but à atteindre : il résulte de là que, selon ses modes de réalisation et ses résultats, l'opération de luxe engage la responsabilité pénale et civile de son auteur sur le terrain des art. 319 et 320 C. Pénal, 1383 C. civil"; L. KORNPROBST, Responsabilités du médecin, pp. 617-618; et A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 429 : "lorsque l'intervention fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages envisagés, on doit reconnaître son illicéité civile et pénale".

L'intégrité du malade en droit pénal

de nécessité permettra de prendre un risque important pour corriger cette imperfection (22); si par contre, l'imperfection est légère, le praticien ne pourra pas voir en cette hypothèse une nécessité curative assez forte pour l'autoriser à prendre des risques importants.

Dans la rigueur des principes, le chirurgien ne peut tenter de corriger la laideur que si, en voulant rétablir la beauté, il cherche aussi à rétablir la santé; il ne peut pas compromettre celle-ci au bénéfice de celle-là. Le but purement esthétique ne justifie pas les coups et blessures; un minimum de nécessité curative est indispensable pour justifier les risques pris dans l'opération.

562. Pourtant on voit bien qu'ici, le principe de proportionnalité, introduit en notre matière par l'état de nécessité lui-même, demande une application souple (23).

Les médecins ne peuvent sans doute "recourir à la chirurgie esthétique que si la laideur du patient est tellement grande et supportée avec tant de peine que le mal qu'ils font en taillant à travers le corps humain apparaît moindre, quant à la douleur et aux dangers qu'il provoque, que le mal résultant d'une laideur excessive" (24), cette comparaison des désavantages respectifs de la nature

(22) Réserve faite, évidemment, d'un traitement psychologique de la personne qui s'estime disgracieuse, à cause de ses désordres psychiques. Ici aussi, l'état de nécessité impose des normes objectives au but curatif. Sur le devoir du médecin de sauvegarder le malade lui-même contre les désirs et les volontés qui mettraient son intégrité corporelle en danger, cfr. R. SAVATIER, note sous Paris, 13 janvier 1959, J.C.P., 1959, II, 11142 et son article "Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin", D., 1967, chr., p. 40.

(23) Comme le dit M. KORNPROBST, "ce serait chimère que d'espérer parvenir à l'universalité dans l'application d'un principe de droit à une matière où le fait domine de si haut le raisonnement juridique et où l'opinion des juges devra se former, souvent, sur ces mille détails faits de rien, sur ces impondérables de la dernière heure, ces circonstances si diversement personnelles qui rendent inassimilables les uns aux autres les cas d'espèce nés des hasards de la vie. L'essentiel est que ce principe demeure incontesté" (op. cit., p. 619).

(24) R. SAVATIER, note sous Cass. fr., 30 avril 1963, D., 1963, Jur., 729, suivi par J. CONSTANT, Traité élémentaire, p. 521.

L'intégrité du malade en droit pénal

et de l'artifice permet cependant d'apprécier avec une certaine souplesse le critère de la nécessité curative (25). C'est que la maladie est une notion qui ne doit pas être entendue de façon trop stricte (26).

563. Dans ces conditions, on peut se demander ce que devient notre critère de la nécessité curative pour justifier l'immunité pénale

(25) Comp. J. HAUSER, Encyclopédie juridique Dalloz, Droit civil, V° ordre public et bonnes moeurs, n° 82; "Une opération chirurgicale n'est légitimée que si, en sus du consentement du malade, existent des nécessités curatives notamment dans le domaine de la chirurgie esthétique encore que la situation sur ce point puisse impliquer quelques atténuations importantes" (nous soulignons).

(26) Une décision du tribunal civil de Lyon du 3 janv. 1936 (D.H., 1936, 127) dans une affaire où une dame avait subi un accident (radiodermite) à la suite d'une épilation des jambes aux rayons X, avait compris dans les termes suivants l'articulation nécessaire de l'esthétique et du curatif : "Attendu qu'à supposer exceptionnelle la quantité de poils recouvrant les jambes de la dame P., celle-ci était atteinte d'une imperfection, non d'une maladie; qu'aujourd'hui elle est atteinte d'une maladie incurable et grave; que ce résultat était prévisible pour le docteur X., qu'il y avait disproportion énorme et évidente entre le résultat à obtenir et le risque à courir; que le docteur X. aurait donc dû refuser son concours; qu'en le prêtant, il a méconnu le premier intérêt de sa cliente, qui était de conserver la santé; qu'il a méconnu enfin cette évidence que les buts principaux de la médecine sont de donner la santé aux malades et d'éviter la maladie aux gens bien portants".

En réformant ce jugement, la Cour d'appel de Lyon (Lyon, 27 mai 1936, D.H., 1936, 465) entend élargir la notion de maladie: "Attendu que certaines anomalies physiques qui n'altèrent pas la santé de ceux qui en sont frappés sont susceptibles d'avoir une grave influence sur la vie sociale, sur leur état mental; qu'il est possible qu'une intervention chirurgicale, pour n'être pas imposée par un besoin physique se justifie néanmoins, même si elle n'est pas exempte de tous risques, par un besoin moral; qu'elle reste le seul remède capable de mettre fin à un état morbide de l'esprit, aussi dommageable à celui qui l'éprouve que l'infirmité de son corps".

Et pour préciser la responsabilité du médecin, la Cour demande aux experts de rechercher et de dire, entre autres, "dans quel état, tant physique que mental, dame P. s'est présentée au Dr. X., spécialement quel était le degré de l'hypertrichose dont elle était atteinte, quelles en étaient les répercussions morales".

L'intégrité du malade en droit pénal

des actes médico-chirurgicaux. Etant partis, sur le plan strict du droit pénal, de l'état de nécessité, voici que nous sommes amenés à justifier une quantité de plus en plus importante de "coups et blessures" au fur et à mesure que s'élargit la notion de santé.

SECTION 4 - Le sens large de la santé.

564. Lorsque nous avons posé la nécessité curative comme critère fondamental de justification des actes médicaux, nous avons raisonné dans l'hypothèse où la maladie constitue un état exceptionnel par rapport à une "norme" dont le sujet malade demande à son médecin le rétablissement (27). Etant une "exception", la maladie peut se comprendre dans les termes d'une interprétation stricte, et cette rigueur commande le "principe de rigidité" applicable à la justification pénale des actes médicaux.

565. Car la "norme" elle-même, à laquelle la maladie fait "exception", porte sur un objet bien circonscrit, à savoir le fonctionnement "normal" des organes du corps humain. Dans la recherche de ce qui fait la "loi", on ne peut alors s'empêcher de recourir au critère de la nature, à la donnée naturelle du corps. C'est ainsi qu'on permet au médecin de poser tous les actes qui visent le rétablissement ou l'amélioration des différentes fonctions naturelles du corps. Dans cette perspective, la santé s'entend comme une coïncidence du sujet par rapport à l'objectivité de son fait corporel, et les deux partenaires de la relation thérapeutique - le médecin et le malade - se soumettent l'un et l'autre à l'objectivité de cette norme à restaurer.

De là, la prépondérance du critère de la nécessité curative, voire sa suffisance, dans la question de la justification pénale des actes du médecin : toute la relation est placée sous le signe de la pro-

(27) v. supra n° 525.

L'intégrité du malade en droit pénal

tection ou d'une restauration d'un donné naturel qui échappe à la volonté de disposition des deux partenaires.

566. Mais voici que la santé, et son exception : la maladie, ne se déterminent peut-être plus par rapport à l'objectivité d'un donné naturel, mais bien par rapport à la subjectivité de l'individu concerné, et au contexte social dans lequel elle s'inscrit (28). Selon la célèbre définition de l'Organisation Mondiale de la Santé, "la santé n'est plus considérée comme la seule absence de maladie et d'infirmité, mais comme un état de complet bien-être physique et mental, permettant le plein épanouissement de la personnalité de chacun" (29).

Ce ne serait donc plus le vécu corporel qui déterminerait par référence à la nature, l'état de santé comme "absence de maladie et d'infirmité", mais ce serait "la personnalité de chacun", dans la visée "d'un état de complet bien-être physique et mental".

567. On passerait ainsi, dans la relation thérapeutique, d'un régime de protection où médecin et malade se soumettent à la norme d'un fonctionnement naturel, à un régime de disposition où le médecin, dégagé lui aussi - par la permission de la loi - des contraintes de la nécessité curative, rencontre la volonté du patient qui entend aménager selon la loi de son épanouissement personnel toutes les déterminations qui, en son propre corps, y font obstacle.

C'est en prenant la santé en ce sens large que l'on peut comprendre l'évolution de certaines pratiques médicales, telle la chirurgie esthétique (30).

(28) La chirurgie esthétique montre bien l'insertion du corps dans l'univers culturel de la relation. L'image que l'on donne de soi peut se modeler - mais jusqu'à quel point ? - sur les exigences du regard d'autrui.

(29) Cfr. Recueil international de législation sanitaire, publié par l'O.M.S., vol. 21, 1970, n° 3, p. 467.

(30) v. supra n° 562. Sur le recul du critère de la nécessité en matière de stérilisation, v. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale", Ann. dr., t. XXVII (1967), p. 47 : "Nous sommes (...) passés, sur base d'une appréciation personnelle des intéressés et de leur

L'intégrité du malade en droit pénal

A la limite, la pure convenance pourrait bien, un jour, constituer un but "curatif" suffisant.

568. Est-ce ainsi qu'il faut entendre le droit du sujet sur son propre corps ? Le droit subjectif devrait alors, en cette matière, se comprendre dans toute l'amplitude de sa "définition mixte" comme étant non seulement le droit de protéger son propre corps, mais également le droit de pouvoir en disposer selon sa propre volonté.

On sait que ce n'est pas la conclusion tenue par les deux "pères" du droit subjectif : ni de Ihering, ni de Savigny.

Mais avant de confronter notre position à la leur, dans la dernière partie de cet ouvrage, il s'avère utile de pousser le raisonnement à la limite et d'analyser l'hypothèse où le pouvoir de disposition du sujet sur lui-même est total : dans le "droit à la mort".

569. Or, avant même de l'étudier, dans la quatrième partie de cet ouvrage, il importe encore de compléter par un deuxième Titre notre examen de la relation thérapeutique, analysée jusqu'ici en droit pénal seulement. Car nous voudrions voir selon quelles normes se noue cette relation en droit civil, et comment se répartissent ces règles sous le double régime reconnu dans la définition du droit

(Suite note 30)

médecin, sans réglementation, ni contrôle, de la stérilisation médicale à but curatif, puis préventif, à la stérilisation d'ordre médico-social, puis social pur, et enfin à la stérilisation comme facteur d'émancipation de la femme. Et l'on voit que cette nécessité de sauver ou de guérir, qui seule peut faire d'un acte chirurgical autre chose qu'une atteinte volontaire à l'intégrité physique d'autrui, se trouve de moins en moins réalisée", et du même auteur, en matière d'avortement ("Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement", Ann. dr., t. XXXI, 1971, p. 495), ce jugement sur la définition de la santé proposée par l'O.M.S.: "on admet volontiers (cette définition) dans le cadre de programmes nationaux ou internationaux de promotion sociale et médicale du bien-être général des populations, mais (...) appliquée en matière d'avortement, (elle) frappe par son caractère illimité et profondément subjectif, permettant d'englober en fait, sous le vocable 'santé', tous les cas de grossesse indésirée".

L'intégrité du malade en droit pénal

subjectif : celui de la protection et celui de la disposition. Peut-être vérifierons-nous alors ce qui a été dégagé en notre étude de la justification pénale de l'acte médical.

CONCLUSION

570. En cherchant à résoudre la question classique de la justification de l'acte médical par rapport aux textes qui incriminent les coups et blessures volontaires et autres atteintes à l'intégrité physique d'autrui, nous avons choisi de considérer la relation thérapeutique dans son ensemble : aussi avons-nous privilégié le critère de la nécessité curative.

Avons-nous eu raison ? A première vue, il semble que oui, car lorsqu'on examine les critères partiels qui sont avancés d'abord, on voit qu'ils sont subordonnés à ce critère principal de la nécessité curative.

Si la loi "permet", c'est pour que soit exercé "l'art de guérir", et cette priorité de la nécessité curative sur la permission de la loi se montre assez bien, par exemple, dans la soumission du médecin aux normes qui incriminent la non-assistance à personne en danger.

Et si le patient "consent", ce ne peut être aussi qu'à un acte qui cherche à le guérir, car, par lui-même, son consentement est insuffisant pour justifier quelque atteinte que ce soit - même à la mesure de la contravention - à son intégrité corporelle.

571. Si ce consentement n'est pas suffisant, il faut reconnaître aussi - malgré les affirmations contraires d'une doctrine majoritaire - que, dans les décisions concrètes des juges répressifs, ce consentement n'est pas non plus vraiment nécessaire puisque la négligence à ne pas le recueillir, libre et éclairé, n'est pas pénalement sanctionnée, tant que la nécessité curative de l'intervention, sinon la qualité de médecin de celui qui la pratique, est vérifiée.

L'intégrité du malade en droit pénal

572. Mais par ailleurs, nous avons assisté à une certaine érosion de cette nécessité curative. Celle-ci n'est peut-être plus autant qu'autrefois commandée par l'objectivité du vécu corporel qui s'imposait alors comme une norme aux deux partenaires de la relation thérapeutique. Norme où la nature se présentait comme ce qui dépassait tant le pouvoir du médecin que celui du malade et qui enjoignait à l'un comme à l'autre de restaurer, dans la stricte limite des interventions nécessaires, une santé perdue.

573. Aujourd'hui, une certaine tendance se fait jour qui, inclinant à ne plus soumettre les volontés respectives du médecin et de son patient au critère de la nécessité curative, veut au contraire soumettre celui-ci au libre jeu de celles-là. Grâce à la permission de la loi, les deux partenaires pourraient convenir de la portée de la relation dans laquelle ils s'engagent. Dans ces conditions, la justification pénale de l'acte médical pourrait se trouver non plus dans ce qui dépasse les pouvoirs du médecin autant que ceux du malade, mais bien purement et simplement, dans ce qui leur convient.

574. Si l'analyse du droit pénal montre une telle évolution, peut-être aboutirons-nous à la même conclusion en droit civil puisque celui-ci entend précisément la relation thérapeutique dans les termes d'un échange de volontés, d'une convention : le contrat médical.

TITRE II

LE DROIT DU MALADE A L'INTEGRITE PHYSIQUE, EN DROIT CIVIL

575. Pour analyser le droit du sujet envers son propre corps dans la relation thérapeutique, il faut étudier l'institution que les civilistes ont appliquée à cette relation, et qui est le contrat. Après avoir assisté à la naissance de l'explication contractuelle dans le discours juridique classique, nous abordons, au fil des chapitres, les diverses conditions de validité du contrat : consentement, capacité, objet et cause. Nous constatons alors qu'elles se vérifient mal dans le cas du "contrat médical" (1). Nous constatons aussi la même inadéquation de la figure contractuelle à propos de la responsabilité du praticien qui intervient sur la personne de son patient sans avoir obtenu de lui un consentement libre et éclairé.

576. Reconnaisant ces lacunes techniques du "contrat médical", nous cherchons à savoir pourquoi cette institution est utilisée pour rendre compte, sur le plan du droit, des divers éléments de la relation thérapeutique. Nous trouvons ces raisons dans la garantie que donne ce contrat - ne serait-ce que symboliquement - aux droits subjectifs du médecin et, surtout, du malade.

(1) Puisqu'on critique l'utilisation du contrat pour qualifier la relation thérapeutique, on n'utilise qu'entre guillemets l'expression "contrat médical", tout comme on l'a fait pour le "droit à l'image", et comme on le fera d'ailleurs pour le "droit à la mort". Cette multiplication des guillemets commandée par l'application au corps humain des catégories habituelles du droit mérite une réflexion, comme on le verra dans la dernière partie.

L'intégrité du malade en droit civil

CHAPITRE 1 — Le problème posé par le « contrat médical »

577. En montrant comment est apparue la figure contractuelle dans les relations entre un médecin et un malade, on donne une première description du "contrat médical", pour annoncer d'emblée que cette construction est inadéquate si on lui demande d'expliquer les divers éléments de la relation thérapeutique.

SECTION 1 - L'apparition de la figure contractuelle.

578. L'idée d'un contrat passé entre un malade et le praticien qui le soigne ne s'impose pas par l'évidence. Notre droit, en effet, l'a méconnue pendant longtemps. Il semblait, autrefois, que la relation thérapeutique s'accommodait mal du "donnant-donnant" inhérent à la situation contractuelle. On lui préférait une notion plus noble telle que, par exemple, celle du ministère médical. Plutôt que "l'horizontalité" du contrat entre partenaires égaux en droit, on privilégiait la "verticalité" d'une fonction qui, entourée du prestige de la compétence et de la rigueur morale, se penchait sur cette partie de l'humanité, inégale en fait, que constituent les malades.

579. Est-ce à dire que s'il venait à manquer aux devoirs de son état, le médecin se trouvait, par sa situation privilégiée, au-dessus de toute responsabilité ?

Non, mais cette responsabilité du praticien était soumise au régime des articles 1382 et 1383 du Code civil, pour sanctionner les fautes qu'il commettait non pas en tant que médecin, car dans l'exercice de son art, on ne voyait pas quelle faute il aurait pu commettre, mais en tant qu'homme (1).

(1) La mesure de cette responsabilité est bien décrite par le procureur général DUPIN dans ses conclusions précédant Req., 18 juin 1835, S., 1835,1,401 (amputation d'un bras à cause d'une

L'intégrité du malade en droit civil

La prestation médicale comme telle n'entraîne pas encore dans le champ de la responsabilité. Il était donc inutile de la soumettre à un régime contractuel. On se contentait de faire jouer les principes de la responsabilité délictuelle.

580. Pour laisser au praticien une liberté suffisante dans sa démarche thérapeutique, on ne sanctionnait que ses fautes graves, celles qui indiquaient une déviation dans son comportement d'homme: "s'il apparaît que, dans l'exercice de son art déjà si conjectural, (le médecin) a commis une faute lourde et montré une négligence coupable, ou manifesté une impéritie évidente (...), il peut être soumis à un recours en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui contiennent un principe de garantie contre tout individu, quelle que soit d'ailleurs sa profession, dont la faute, la négligence ou l'imprudence a causé un préjudice à autrui" (2).

581. Il ne faut pas oublier ce caractère originellement délictuel de la responsabilité médicale car même lorsqu'on parle de contrat, on peut voir subsister - sous la convention, dirait-on - le principe du respect de l'intégrité physique d'autrui dont la sanction

(Suite note 1)

tumeur que le médecin avait refusé de soigner) : "il faut, pour qu'un homme soit responsable d'un acte de sa profession, qu'il y ait eu faute dans son action; soit qu'il lui eût été possible avec plus de vigilance sur lui-même ou sur ses actes de s'en garantir, ou que le fait qui lui est reproché soit tel que l'ignorance sur ce point ne lui était pas permise dans sa profession. C'est aux tribunaux à faire cette application avec discernement, avec modération, en laissant à la science toute la latitude dont elle a besoin; mais en accordant aussi à la justice et au droit commun tout ce qui lui appartient".

- (2) Trib. corr. Gray, 29 juillet 1873, S., 1874, 2, 58 (à propos d'un traitement hasardeux). V. aussi dans le même sens la note MERIGNHAC sous Aix, 22 octobre 1906, D.P., 1907, 2, 41 et Paris, 20 novembre 1924, Gaz. Pal., 1925, I, 166 (cet arrêt déboute un patient qui se plaignait d'une ablation de l'astragale faite dans de mauvaises conditions, au motif que l'examen des faits ne révélait dans le chef du médecin aucune faute qui puisse justifier l'application des art. 1382-1383).

L'intégrité du malade en droit civil

adéquate se trouve, semble-t-il, dans la mise en oeuvre de la responsabilité des art. 1382 et sv. (3).

582. Or, en 1936, la Cour de cassation de France reconnaît pour la première fois le principe de la responsabilité contractuelle du médecin (4). Elle l'énonce pour faire échapper une patiente à l'abrègement - à trois ans - du délai de prescription de l'action civile prévu par le Code d'instruction criminelle lorsque cette

(3) V. à ce sujet, H. VAN LEYNSEELE, "La responsabilité des médecins", R.G.A.R. (1928), 244. L'auteur y aborde la distinction imaginée par DEMOLOMBE entre les faits matériels de "l'homme privé" et ceux "du médecin".

Cette distinction est pratiquement reprise par la jurisprudence; celle-ci, en effet, en exigeant une faute lourde pour sanctionner le comportement d'un médecin ne veut-elle pas toucher, "par-delà" le médecin, l'"homme privé" qui n'a pas respecté l'intégrité physique d'autrui ?

(4) Cass., 20 mai 1936, D.P., 1936, I, 88 et la note E.P. avec le rapport du Conseiller JOSSERAND et les conclusions du Procureur général MATTER; J.C.P., 1936, 1079 et la note; S., 1937, I, 321 et la note A. BRETON; Gaz. Pal., 1936, 2, 41.

La thèse contractuelle était déjà perceptible à la fin du siècle dernier; v. par exemple : Nîmes, 26 février 1884 (D., 1884, 2, 176) : "le médecin est appelé par le malade, il s'engage à lui donner des soins; les rapports des parties naissent d'un contrat, spécialement d'un mandat. La faute du médecin sera donc une faute contractuelle, d'où la conséquence qu'elle devra être appréciée au regard, non des articles 1382 et 1383 spéciaux aux quasi-délits, mais de l'article 1992 du Code civil relatif au mandataire"; la note DENISSE sous Req., 21 juillet 1919 (D.P., 1920, I, 30) : "lorsque (...) le médecin n'intervient que parce que ses soins ont été réclamés, il semble qu'une convention se forme entre lui et son client, et si ses soins ne sont pas ce qu'ils devraient être, il y aura inexécution de cette convention, c'est-à-dire faute contractuelle".

V. aussi note FALCIMAIGNE sous Cass., 3 mars 1926, D.P., 1927, I, 93, et X. CARTON de WIART, R.G.A.R., 1928 (245).

Sur la portée de l'arrêt de 1936 par rapport à la jurisprudence antérieure et postérieure, v. R. NERSON, "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil", R.T.D.Civ., 1970, p. 674; R. CHARLES, Peut-on admettre l'euthanasie, Paris, 1955, p. 133; R. BESSERVE, "De quelques difficultés soulevées par le contrat médical", J.C.P., 1956, I, 1309. V. aussi la liste des décisions qui, avant et après 1936, affirment le principe de la responsabilité contractuelle du médecin, dans l'Enc. Dalloz, V° Médecine, n° 334.

L'intégrité du malade en droit civil

action vise à sanctionner un fait dommageable qui constitue en même temps une infraction pénale (5).

583. Depuis 1936, les auteurs et les décisions répètent inlassablement : "il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade (...), du moins de lui donner des soins (...) consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle" (6).

(5) En l'espèce, Mme MERCIER, souffrant d'une affection au nez avait été traitée aux rayons X par le docteur Nicolas. A la suite de ce traitement, elle avait contracté une radiodermite dont elle réclamait réparation au praticien. Or le traitement radiologique subi par la patiente avait eu lieu en août et octobre 1925, et l'assignation lancée contre le médecin était datée du 27 mars 1929. Au praticien qui avait soulevé l'exception de prescription, le premier juge avait répondu en invoquant l'existence d'un contrat (cfr. trib. civ. des Bouches du Rhône, section Marseille, 5 mai 1930, D.H., 1930, 389); la thèse contractuelle fut confirmée par le juge d'appel (Aix, 16 juillet 1931, D.P., 1932, 2, 5 et la note A. NAST) et, finalement, par la Cour de cassation.

(6) L'arrêt de cassation ajoute : "l'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante, échappe à la prescription triennale de l'art. 638 C. instr. crim."

On sait que les art. 637 et suivants du Code d'instruction criminelle énoncent pour les différentes catégories d'infractions diverses durées de prescription valables, aussi bien pour l'action publique qui vise la répression de l'infraction que pour l'action de la partie civile poursuivant la réparation du dommage subi du fait de cette infraction. Ces articles du Code d'instruction criminelle ont été abrogés par la loi du 31 décembre 1957 portant institution d'un Code de procédure pénale. La matière se trouve actuellement aux articles 7 et sv. de ce Code. La solidarité des prescriptions civile et pénale y est maintenue. Ce principe de l'unité des prescriptions a été souvent critiqué en raison du tort qu'il peut causer aux victimes qui voient leur droit d'action singulièrement limité dans le temps, alors qu'une action civile en responsabilité leur aurait

L'intégrité du malade en droit civil

584. En Belgique, on a suivi la théorie contractuelle dès son adoption par le droit français (7). Mais de quel contrat s'agit-il ?

SECTION 2 - Le "contrat médical".

585. Pour décrire le "contrat médical", on ne s'attardera pas sur la nature de l'obligation assumée par le médecin dans le contrat de soins qu'il conclut avec son patient. On sait que c'est à propos d'elle que notre droit a élaboré la distinction, si importante dans le droit de la preuve, entre l'obligation de diligence (ou

(Suite note 6)

été ouverte pendant trente ans si le dommage dont elles souffrent n'avait pas été causé par un fait pénalement répréhensible. La loi française n° 80-1042 du 23 décembre 1980 portant réforme de la procédure pénale relative à la prescription et au jury d'assises supprime d'ailleurs cette solidarité des prescriptions puisque le nouvel art. 19 C. proc. pén. porte que l'action civile se prescrit selon les règles du Code civil.

En Belgique, v. dans la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, les art. 21 et sv. remplacés par la loi du 30 mai 1961 qui a désolidarisé les deux prescriptions en disposant à l'art. 26 du même titre : "l'action civile résultant d'une infraction sera prescrite après cinq années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise sans qu'elle puisse l'être avant l'action publique".

- (7) V. par exemple M. DE LAET, "Euthanasie et déontologie", Rev. dr. pénal, 1950-51, p. 98 : "on sait (...) qu'abandonnant, peu à peu, la notion de délit, puis de quasi-délit en matière d'infraction du médecin à ses devoirs envers son patient, la jurisprudence, depuis quelque temps, considère que les liens qui lient le praticien au malade confié à ses soins, sont assimilables à un contrat. En vertu de ce contrat tacite, le patient se confie à un médecin et s'engage à honorer les services rendus, moyennant l'engagement du praticien d'assurer à son client les soins les meilleurs qu'il puisse lui donner en conscience"; cfr. encore Civ. Bruxelles, 6 févr. 1946, R.G.A.R., 1947, 4104 : "le médecin invoque ce contrat lorsqu'il réclame des honoraires à ses clients et on ne voit pas, dès lors, pourquoi le patient ne pourrait l'invoquer quand il exige du médecin, l'accomplissement de ses obligations"; v. aussi M. del CARRIL, art. cité., p. 1; la note R.B. sous Civ. Louvain, 6 juin 1973, Bull. ass., 1974, 811 et les auteurs cités (DALCQ, FAGNART, ANRYS, ...). Contra, à propos de l'augmentation du prix d'une chambre d'hôpital, J.P. Molenbeek Saint-Jean, 20 mai 1970, J.T., 1971, 134, et la critique dans H. ANRYS, op.cit., pp. 87-88.

L'intégrité du malade en droit civil

de moyens) et l'obligation déterminée (ou de résultat) (8). Le médecin n'est pas tenu d'obtenir un résultat déterminé - par hypothèse, la guérison - ni, donc, de supporter les risques d'un échec; il est seulement tenu de tout mettre en oeuvre pour apporter des soins convenables à son patient. En cas de lésion, sa faute doit être prouvée pour affirmer sa responsabilité (9).

Sous réserve des difficultés de preuve, on peut retenir la simple faute du médecin, même si elle est légère (10).

- (8) Selon PENNEAU, c'est cette distinction proposée par DEMOGUE (Traité des obligations, t. V, n° 1237; t. VI, n° 599) qui a permis à la Cour de cassation de restituer à la responsabilité médicale sa véritable nature contractuelle. Jusqu'à ce moment, "l'impossibilité logique de mettre à la charge du médecin la présomption de responsabilité semblant - alors - nécessairement peser sur le débiteur contractuel (...) empêchait les tribunaux d'affirmer le caractère contractuel de la responsabilité du médecin". (La responsabilité médicale, Paris, 1977, p. 18).
- (9) Cette position est tenue constamment par la doctrine et la jurisprudence (idem en Belgique; v. par exemple Civ. Courtrai, 20 mai 1954, R.G.A.R., 1955, 5605). Pour un essai de faire endosser une obligation de résultat au médecin responsable d'une transfusion sanguine, afin qu'il soit tenu de réparer le dommage subi par un malade qui avait reçu du sang syphilitique, v. Paris, 25 avril 1945, D., 1946, 191 et la note TUNC; S., 1946, II, 29 et la note du GARREAU de la MECHENIE. L'arrêt refuse cette hypothèse d'une obligation de sécurité inhérente au "contrat de transfusion" mais découvre à l'intérieur du classique "contrat médical" une faute du médecin à ne pas avoir examiné le donneur avant la transfusion. Sur l'évolution plus récente de la responsabilité médicale, v. Fr. CHABAS, "Vers un changement de nature de l'obligation médicale", J.C.P., 1973, I, 2541 où l'auteur redoute que les magistrats d'aujourd'hui, ayant constaté une lésion chez le malade et une faute chez le praticien, en viennent à présumer le lien de causalité entre l'une et l'autre. En dispensant la victime de prouver ce lien causal, les juges tendent à faire de l'obligation médicale une obligation de résultat. L'auteur préfère en revenir au principe "simple et séculaire" selon lequel "seul le fait fautif, et aussi causal, peut entraîner une condamnation".
- (10) V. en ce sens en Belgique : Corr.Mons, 2 avril 1936, R.G.A.R., 1936, 2182 qui rejette la distinction de principe à propos, il est vrai, de la responsabilité délictuelle entre le domaine extra-professionnel d'ordre plutôt matériel où la culpa levis et la culpa levissima engageraient la responsabilité du médecin et le domaine professionnel proprement dit où la culpa

L'intégrité du malade en droit civil

586. On ne s'attardera pas non plus sur la nature du contrat lui-même. On a parlé successivement de mandat (11), puis de louage de services (12), puis de louage d'industrie (13) et puis, comme il arrive souvent en pareil cas, on a parlé de contrat sui generis (14).

(Suite note 10)

lata serait requise; v. aussi Bruxelles, 11 mai 1971, J.T., 1972, 358, citant L. KORNPROBST, op. cit., p. 184 : "le fondement de la responsabilité médicale doit être recherché dans tout manquement à l'application (...) des données acquises de la science...".

En France, on retiendra Cass., 18 octobre 1937 (D.H., 1937, 549) : "hors de la négligence ou de l'imprudence que tout homme peut commettre, le médecin ne répond des suites fâcheuses de ses soins que si, eu égard à l'état de la science, ou aux règles consacrées par la pratique médicale, l'imprudence, l'inattention ou la négligence qui lui sont imputées révèlent une méconnaissance certaine de ses devoirs". V. aussi Aix, 23 février 1949, J.C.P., 1949, II, 5025; et P. MIMIN, note sous Cass., 2 août 1950, D., 1951, J., 581. Pour une différenciation à établir entre les degrés de la faute, par le biais d'un recours de l'assureur du praticien contre son client lorsque celui-ci a commis une faute inexcusable, cfr. G. BRIERE de l'ILSE : "Faut-il repenser la responsabilité des médecins ?" J.C.P., 1975, I, 2737.

- (11) Cette tradition, venue du droit romain, a été reprise par POTHIER et MERLIN. On lui a objecté que le mandat ne concernait qu'une représentation dans les actes juridiques; v. la note FALCIMAIGNE sous l'arrêt précité de Cass., 3 mars 1926, et la note A. BRETON sous Cass., 13 juillet 1937, S., 1939, I, 217.
- (12) V. les références citées par FALCIMAIGNE dans la note précitée. En fait, un médecin peut être engagé par un employeur dans les liens d'un louage de services (ex.: médecine du travail), mais la subordination inhérente à ce contrat n'existe jamais entre un médecin et son patient. Cfr aussi la note A. BRETON précitée : "aucun arrêt quelconque de la Cour suprême n'a rapproché le contrat médical particulier du louage de services".
- (13) Le procureur général MATTER (conclusions précitées sous Cass., 20 mai 1936) affirme que c'est là l'opinion du doyen JOSSE-RAND. C'est aussi celle de BRETON qui s'appuie sur plusieurs autres autorités doctrinales (V. sa note précitée).
- (14) C'est l'opinion du procureur général MATTER lui-même dans ses conclusions précédant l'arrêt de 1936. La Cour de cassation s'y rangera un an plus tard dans son arrêt du 13 juillet 1937 (S., 1939, I, 217, et la critique faite par A. BRETON). V. aussi dans ce sens G. BOYER-CHAMMARD et P. MONZEIN, La responsabilité médicale, Paris, 1977, p. 80, et J. PENNEAU,

L'intégrité du malade en droit civil

Actuellement, il semble que la question ne se pose plus : soit parce que l'on renonce à donner une étiquette au contrat, soit parce que, le "contrat médical" étant entré davantage dans la mentalité juridique, on hésite moins à le qualifier de louage d'industrie (contrat d'entreprise) (15).

587. En tout cas, cette difficulté persistante à classer le "contrat médical" parmi les autres types de conventions est peut-être un premier indice de ce que c'est la figure contractuelle elle-même qui est contestable pour rendre compte des relations nouées entre un médecin et son patient (16). Mais il existe d'autres indices encore qui montrent cette inadéquation.

SECTION 3 - L'inadéquation de la figure contractuelle.

588. Lorsqu'un malade fait appel aux services d'un médecin, il noue avec lui, dit-on, un contrat. Or on sait, en lisant l'art. 1108 C.civ., que quatre conditions sont essentielles pour la vali-

(Suite note 14)

- op.cit., p. 23. Sur le fait qu'il s'agit là d'un aveu d'impuissance, v. M. MIGNON, "Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens", D., 1950, Chr., p. 123.
- (15) Cf. par exemple en Belgique, Civ. Liège, 14 décembre 1955, Jur. Liège, 1955-56, p. 130 (condamne au paiement des honoraires l'héritière d'une patiente décédée au cours d'une intervention chirurgicale).
- (16) Dans leur ouvrage consacré au Contrat de soins médicaux (Sirey, 1960) M.L. KORNPROBST et Mme S. DELPHIN tiennent que le contrat de soins n'est qu'une fiction juridique, c'est-à-dire "un moyen de rendre compte d'effets de droit que l'on ne peut expliquer ni justifier autrement" (n° 25, p. 20); "aussi bien, dès son baptême, le contrat médical apparut-il inclassable. Dominé, et de haut, par ce Code de déontologie médicale qui contient essentiellement des préceptes d'éthique professionnelle, il a paru vain de rechercher s'il fallait y découvrir la marque d'un louage de services, d'ouvrage ou d'industrie, d'un contrat d'entreprise, d'un mandat, voire d'une gestion d'affaires" (n° 26, p. 21). V. aussi R. et J. SAVATIER, J.M. AUBY et H. PEQUIGNOT, Traité de droit médical, Paris, 1956, pp. 211 et sv.

L'intégrité du malade en droit civil

dité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité à contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation.

Est-il sûr que chacune de ces quatre conditions soit vérifiée lorsqu'on examine le "contrat médical" ?

589. Ce pourrait être le cas, sans doute, pour la dernière de celles-ci : la cause licite. Cette licéité, en l'occurrence, s'apprécie en fonction des critères retenus pour justifier, comme nous l'avons fait au Titre précédent, les atteintes portées à l'intégrité physique du malade par un praticien dans l'exercice de son art. La "cause licite" du "contrat médical" n'est rien d'autre, en effet, que la nécessité curative qui justifie les actes médicaux sur le plan civil comme sur le plan pénal (17). Ce qui introduit le "contrat médical" dans le champ de la licéité, c'est la portée curative des soins "conscientieux, attentifs et (...), conformes aux données acquises de la science" que le médecin prodigue à son patient.

Les contours de la licéité sont déterminés en droit civil comme en droit pénal non seulement par l'état de nécessité, mais aussi et de plus en plus sans doute, ainsi qu'on l'a vu au Titre précédent, par la permission de la loi. C'est le législateur qui détermine la licéité des actes engagés par les partenaires de la relation thérapeutique dans le "contrat médical".

590. Mais si ce contrat trouve ainsi, par l'effet de la nécessité ou par la permission du législateur, une cause licite, il faut encore lui donner un objet certain.

(17) Cfr. p.ex. A. FAHMY ABDOU : "Le but curatif doit être la cause du consentement. Si donc cette cause est contraire à la loi parce qu'elle vise un but non curatif, le consentement donné est nul" (*op.cit.*, p. 414); et la note DESBOIS sous Civ. Seine, 16 mai 1935, D.P., 1936, 2, 9 : "si la décision n'a pas été inspirée par le seul désir de guérir ou de soulager le patient, le contrat intervenu entre le médecin et son client est frappé de nullité absolue, car l'obligation du praticien a une fin, une cause illicite".

L'intégrité du malade en droit civil

Il faut en outre s'assurer de la capacité des contractants. Et il faut enfin - ou d'abord - exiger de ces derniers un consentement exempt des vices dont le Code civil fait une cause d'annulation : l'erreur, la violence, le dol. Nous voulons tenir ici que ce n'est pas de cette façon que se présente effectivement le "contrat médical".

591. Nous allons l'exposer dans les trois chapitres qui suivent, en expliquant d'abord, à propos de la portée et de la preuve du consentement du malade, le débat tenu autour de l'objet du contrat, puis celui qui concerne la capacité du patient, et enfin celui qui touche le consentement idéalement "libre et éclairé" donné par les cocontractants.

Nous montrons ainsi la fragilité de la construction contractuelle lorsque celle-ci est utilisée pour expliquer la relation thérapeutique sur le plan du droit. Il reste alors à se demander pourquoi cette construction est, malgré tout, maintenue dans le discours juridique classique.

L'intégrité du malade en droit civil

CHAPITRE 2 — L'objet et la preuve du contrat

592. La difficulté concernant l'objet du "contrat médical" tient à la portée du consentement initial donné par le patient à son médecin. Car d'un côté, on affirme que ce premier engagement, qui noue le contrat, n'empêche pas le malade d'avoir encore à accepter - ou à refuser - la thérapeutique qui lui est proposée, mais le régime de la preuve applicable à notre matière montre, d'un autre côté, que l'assentiment du malade à l'intervention projetée est déjà contenu tout entier dans l'engagement initial. Quel est donc l'objet du "contrat médical" ?

SECTION 1 - La portée du consentement initial.

593. Si la relation thérapeutique se laisse clôturer par le cadre contractuel, il faut pouvoir préciser la consistance de son "objet certain" (art. 1108 C.civ.). Or, en s'installant dans la durée, cette relation thérapeutique voit se modifier son objet, car une chose est de demander à l'homme de l'art qu'il pose son diagnostic et, éventuellement, son pronostic; une autre chose est d'accepter la thérapeutique qu'il propose (1).

(1) Cfr. Civ. Liège, 27 novembre 1889, S., 1895, 2, 237, Pas., 1890, III, 83 : "Le malade qui s'adresse à un médecin entend se renseigner tout d'abord sur toutes les circonstances du mal dont il souffre et sur tous les moyens de le guérir; mais par ce seul fait de réclamer les conseils et les soins du médecin, il ne peut être censé consentir, par avance, à subir toutes les opérations que le médecin, après examen, pourra juger à propos de faire et dont lui malade, n'a à ce moment aucune idée" (décision rendue à propos d'une ostéotomie pratiquée sur un enfant de trois ans sans le consentement de son père : le médecin prétendait qu'en amenant son fils bancal à l'hôpital, le père avait, par là même, consenti, au besoin, à ce qu'on pratiquât l'opération). Ce jugement du tribunal de Liège a été infirmé par la Cour d'appel, le 30 juillet 1890 (Pas., 1891, 2, 78; D., 1891, 2, 281; S., 1895, 2, 237), mais c'est pour donner au chirurgien la possibilité de prouver le consentement du père. Par là même, le principe de ce consentement est implicitement maintenu; cfr. là-dessus A. DECOCQ, Essai..., n° 509, p. 361.

L'intégrité du malade en droit civil

594. Une certaine jurisprudence a pu faire croire, au début du siècle, que le consentement initial couvrait toutes les interventions ultérieures : "du moment où un malade se confie à un chirurgien, il lui laisse le soin et le droit de juger dans quelles conditions les plus favorables pour la santé il doit être opéré" (2).

595. Mais cette opinion ne fut plus tenue qu'à propos des actes qui ne menacent pas l'intégrité physique du patient (3). On admet en effet l'acceptation implicite du malade lorsque l'examen ou le traitement projeté n'entraîne en principe aucun risque (4).

(2) Décision arbitrale, 18 février 1918, Pas., 1918, III, 290, à propos d'un chirurgien qui avait opéré une patiente d'une hernie à la hanche droite alors qu'elle entendait bien être opérée à la hanche gauche. Les témoignages attestaient que l'opération à droite était également nécessaire...; Cfr. aussi Trib. civ. Lannion, 19 décembre 1932, G.P., 1933, I, 339; ce jugement, célèbre par son affirmation d'une maîtrise du sujet sur son propre corps, disculpe le chirurgien qui avait procédé à l'ablation du sein de sa patiente, y découvrant un cancer, alors que l'opération n'était envisagée qu'en vue de l'ablation d'une tumeur bénigne. (Comp. dans une hypothèse semblable, Cass. fr., 15 mars 1966, J.C.P., 1966, IV, 67).

(3) Cfr. par exemple Corr. Mons, 2 avril 1936, précité : "le médecin après examen du client peut lui prescrire des médicaments, des régimes, des cures 'sans avoir à lui demander s'il aime le sulfate de soude ou s'il préfère le calomel' mais l'opérateur ne peut passer outre au traitement opératoire dangereux sans avoir obtenu au préalable le consentement 'éclairé' du malade".

(4) V. par exemple Civ. Seine, 25 mai 1936, Gaz. Pal., 1936, 2, 375; dans cette affaire, l'appareil utilisé pour un examen diaphanoscopique des sinus avait cassé plusieurs dents au patient; le tribunal a écarté l'application d'une responsabilité délictuelle (1382 ou 1384) au nom de l'acceptation implicite du malade, car l'usage de l'appareil n'entraînait aucun risque pour le malade et ne nécessitait, par suite, aucun avis préalable de danger. Cfr. E. ARRIGHI de CASANOVA, op. cit., p. 160, n° 1 : "(l'autorisation d'employer tous les moyens propres à amener la guérison) s'applique lorsque l'opération est bénigne, fréquemment employée dans des situations analogues sans qu'il en résulte des conséquences fâcheuses pour le patient"; A. FAHMY ABDON, op. cit., p. 414: "on ne peut imposer au médecin ou au chirurgien d'obtenir le consentement précis de son client sur le traitement ou sur l'intervention, lorsque celle-ci ne peut avoir aucune suite grave; autrement on paralyserait l'exercice normal de la profession médicale"; et M. del CARRIL, art. cité,

L'intégrité du malade en droit civil

Mais si la thérapeutique proposée comporte une atteinte à l'intégrité corporelle du patient, alors un nouveau consentement s'impose pour autoriser le médecin à poursuivre les soins (5). Comment qualifier cette nouvelle adhésion que l'on attend du malade ?

596. Si tous les auteurs sont d'accord pour distinguer, d'une part, le consentement donné par un patient à un praticien en vue de nouer le "contrat médical", et d'autre part, l'adhésion donnée à une thérapeutique déterminée, ils se divisent sur le point de savoir si cette adhésion nouvelle entre dans l'exécution du premier contrat, ou bien opère la formation d'un nouveau contrat (6).

(Suite note 4)

p. 3 : "De par le consentement initial donné à la formation du contrat, le médecin reçoit l'adhésion tacite de son patient à tous les actes médicaux courants de la thérapeutique envisagée. Il peut les accomplir jusqu'au point limite du refus formel du malade".

(5) M. del CARRIL (art. cité, p. 3) donne comme seuil maximum de la présomption d'acquiescement le risque "tel qu'en se soumettant au traitement, le malade est susceptible d'encourir un mal plus grave que le mal initial pour lequel il réclamait des soins". Sur le principe d'un consentement spécial pour telle maladie et tel traitement, cfr. R. DOMAGES, thèse citée, p. 127 et G. SARVONAT, thèse citée, p. 111; v. aussi Paris, 17 juillet 1936, D.H., 1936, 498; Gaz. Pal., 1936, 2, 731 où un médecin est tenu pour responsable d'une radiodermite contractée par un patient sur lequel il avait procédé à trois examens radioscopiques alors que ce patient ne lui demandait qu'une seule radiographie.

(6) Comp. la thèse de M. DECOCQ (pp. 360-361) où la solution du nouveau contrat est retenue comme étant "la plus simple et la plus logique" et la position de M. NERSON (note sous Cass. fr., 29 mai 1951, S., 1953, I, 41) pour qui la thèse de la spécialité du consentement apparaît très théorique : "si elle était admise, il faudrait imaginer, pour traduire l'activité professionnelle du médecin sur le plan juridique, que le praticien passe un contrat à l'occasion de tout acte médical et donc chaque fois qu'il examine le malade, chaque fois qu'il fait une piqûre, chaque fois qu'il effectue un pansement, chaque fois, en bref, qu'il intervient". L'auteur, préférant à cette juxtaposition de conventions l'unité du contrat médical, situe logiquement l'obligation d'obtenir l'adhésion du patient à telle thérapeutique sur le plan de l'exécution - et non de la formation - de ce contrat médical unique : "La volonté de contracter,

L'intégrité du malade en droit civil

597. La Cour de cassation de France a donné en 1951 les principes qui permettent de trancher la question : "le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade". Plus loin, l'arrêt qualifie cette obligation du chirurgien comme étant "à la fois professionnelle et contractuelle" (7).

On développera bientôt la logique du contrat unique qui, aux dires de l'arrêt de 1951, régit l'ensemble de la relation thérapeutique. On le fera en exposant le régime de la preuve du consentement du patient, puisque c'est pour trancher une question de preuve que la Cour de cassation s'est prononcée (8).

598. Mais dans une étape préalable, on voudrait montrer d'abord l'insistance mise par le droit à réclamer du praticien qu'il obtienne de son patient un consentement à l'intervention qu'il va lui faire subir. Car ce respect de la volonté du patient quant au sort des actes qui porteront atteinte à son intégrité physique devra être concilié - et ce ne sera pas sans mal - avec la thèse du contrat unique retenue par la Cour de cassation de France. On verra alors que, déjà à propos de l'objet, la figure contractuelle s'adapte mal à la relation thérapeutique.

(Suite note 6)

c'est-à-dire la volonté de recevoir des soins contre le versement d'honoraires, est antérieure à l'acceptation par le malade de subir l'opération jugée nécessaire par le praticien; l'assentiment, c'est-à-dire le consentement à l'acte opératoire, intervient dans la phase d'exécution du contrat déjà formé". On trouve la même opinion chez L. KORNPROBST, Responsabilités du médecin, p. 359.

(7) Cass., 29 mai 1951, D., 1952, 53 et la note R. SAVATIER; J.C.P., 1951, II, 6421 et la note R. PERROT; S., 1953, I, 41 et la note R. NERSON; Gaz. Pal., 1951, 2, 114. Il s'agissait en l'espèce d'une dramatique erreur de diagnostic; prenant une fracture à retardement pour un symptôme d'ostéosarcome, le chirurgien avait amputé la jambe de son patient sans le consentement de celui-ci, mais après une rapide consultation de l'épouse du blessé.

(8) V. infra n° 613.

L'intégrité du malade en droit civil

SECTION 2 - La nécessité du consentement du patient.

599. Le principe de la nécessité du consentement spécial du patient à l'intervention qui va porter atteinte à son intégrité physique est affirmé, tant en Belgique qu'en France, par le Code de déontologie médicale, la jurisprudence et la doctrine.

600. Sans doute peut-on considérer que ce principe théorique ne répond guère à la réalité : le malade se trouve parfois dans un état tel de faiblesse, de dépression et d'ignorance qu'on suspectera la liberté de son consentement : a-t-il réellement le choix (9) ? Il n'empêche. Jusqu'ici, l'obligation imposée à l'homme de l'art d'obtenir le consentement de son patient est la meilleure solution qu'ait retenue notre droit pour combattre cette tentation qui est éprouvée, semble-t-il, par certains praticiens, et que l'on a appelée "l'impérialisme médical" ou encore le "paternalisme médical" (10).

(9) — Cfr. par exemple P. FORIERS, op.cit., n° 316, p. 193 : "Peut-on, en effet, imaginer plus classique application de contrainte morale que celle s'exerçant vis-à-vis du patient, à qui l'homme de l'art, entouré du prestige que lui confèrent la science et l'expérience, développe ses intentions opératoires, spécifiant que sans l'intervention projetée, les jours du patient seront irrémédiablement compromis ?" Plus loin (n° 317, p. 194) l'auteur tire argument de l'article 909 du Code civil qui prohibe les libéralités faites à leur médecin par les patients soignés au cours de leur dernière maladie: si, en cette situation extrême, notre droit redoute les altérations de la liberté du consentement alors qu'il ne s'agit que du patrimoine, combien plus faudra-t-il les craindre lorsqu'il s'agit du traitement à suivre ...

V. aussi les développements que M. KORNPROBST consacre à cette question dans son ouvrage cité, Responsabilités du médecin, pp. 250 et sv. : le consentement est-il toujours nécessaire ? Et surtout la longue analyse de l'état psychologique du patient faite par le Dr. PORTES : "Du consentement du malade à l'acte médical", communication faite le 30 janvier 1950 à l'Académie des sciences morales et politiques, Cahiers Laënnec, 1950, n° 4, p. 32.

(10) L'impérialisme (ou le paternalisme) médical signifie que "seul le doit être tenue pour valable la manifestation initiale de volonté du malade, c'est-à-dire l'acte de confiance par lequel celui-ci se remet entre les mains du médecin : à partir

L'intégrité du malade en droit civil

601. Le Code français de déontologie médicale publié par décret du 27 juin 1947 (11) portait à l'article 30 que "après avoir établi un diagnostic ferme comportant une décision sérieuse, surtout si la vie du malade est en danger, un médecin doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision".

Cette disposition, qui avait provoqué plusieurs protestations dans les milieux juridiques et même médicaux (12), fut modifiée dans le Code publié par décret du 28 novembre 1955 (13), dans les termes de l'article 29 : "après avoir formulé un diagnostic et posé une indication thérapeutique, le médecin doit s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement, particulièrement si la vie du malade est en danger".

Entre "imposer" et "obtenir", il y a la marge de liberté réservée au patient, l'espace possible pour son consentement spécial. Ainsi la déontologie médicale va-t-elle dans le sens d'une meilleure reconnaissance de la liberté de consentement du sujet malade (14). Le nouveau Code mis en vigueur par le décret du 28 juin 1979 confirme la tendance puisque son article 37 énonce que : "le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté nécessaire.

(Suite note 10)

de ce moment, c'est ce dernier qui décide, et qui décide seul, des soins à donner au malade jusqu'à sa guérison". Cfr. A. DECOCQ, Essai ..., n° 505, p. 358. L'auteur ajoute (n° 506): "au fond, la décision initiale de la personne n'est, à leurs yeux, que l'occasion commode pour les médecins d'exercer des pouvoirs qu'ils tiennent de leur ministère et non de la volonté du patient".

- (11) Voir le texte au D., 1947, L., 235, ou J.C.P., 1947, III, 12365.
- (12) Voir à ce sujet la note R. SAVATIER sous Cass. fr., 29 mai 1951, précité.
- (13) Voir le texte dans D.S., 1955, L., 510, ou J.C.P., 1955, III, 20715.
- (14) M. SAVATIER s'est réjoui de cette modification du Code de déontologie : "Ainsi se dissout presque dans ce nouveau Code disciplinaire le plus grave des dissentiments qu'il nous était arrivé de regretter entre l'humanisme juridique et l'expression officielle de l'humanisme médical" (R. SAVATIER, note sous Cass., 8 novembre 1955, J.C.P., 1955, II, 9014). Comp. DALCQ, Traité cité, n° 1090.

L'intégrité du malade en droit civil

Il doit veiller à la bonne compréhension de celles-ci par le malade et son entourage. Il doit s'efforcer d'obtenir la bonne exécution du traitement" (15).

Le Code belge de déontologie médicale élaboré, en 1975, par le Conseil national de l'Ordre des médecins s'oriente dans le même sens (16).

602. C'est en ce sens également, on le sait, qu'est fixée la jurisprudence (17). Le principe est nettement affirmé depuis la décision, déjà citée, du tribunal civil de Liège en 1889 (18). L'homme de l'art commet une faute lorsqu'il procède à une intervention sans le consentement de son patient (19).

(15) On signalera aussi dans ce nouveau Code l'art. 7 al. 1 : "La volonté du malade doit toujours être respectée...", mais ce principe est aussitôt nuancé : "... dans toute la mesure du possible".

(16) Cfr. l'art. 29 du Code : "le médecin doit s'efforcer d'éclairer son malade sur les raisons de toute mesure diagnostique ou thérapeutique proposée. Si le malade refuse un examen ou un traitement proposé, le médecin peut se dégager de sa mission". A propos des patients mineurs et autres incapables, v. l'art. 30, et infra n° 646.

(17) V. supra n° 595.

(18) Civ. Liège, 27 novembre 1889, précité. V. les références jurisprudentielles déjà données en 1906 dans la note PERREAU sous Aix, 22 octobre 1906, S., 1909,2,321, à propos de l'opération chirurgicale, de l'anesthésie, de l'exploration par la radiographie, etc.; v. aussi la note L. DENISSE sous Paris, 22 janvier 1913, D., 1919, 2, 73, la note G.L. sous Paris, 28 juin 1923, D.P., 1924, 2, 116, et l'article cité de P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, pp. 134-135.

(19) V. par exemple trib. civ. Seine, 16 mai 1935, D.P., 1936,2,9, et la note DESBOIS; S., 1935,2,202; Gaz. Pal., 1935,2,290, confirmé par Paris 11 mai 1937, D.H., 1937,340; J.C.P., 1937, II,376 et la note R.D.; S., 1938,2,71; Gaz. Pal., 1937, 2, 379.

Lorsqu'en 1952, un chirurgien prétend que "le malade entrant au sanatorium se soumet par avance à tout traitement qui serait nécessaire suivant l'évolution de la maladie", le tribunal lui répond que "cette opinion ne saurait être admise, en raison de ce qu'elle fait bon marché de la liberté et de la dignité de la personne humaine".

V. trib.civ. Laon, 2 juillet 1952, D.,1952,647, à propos d'une dame tuberculeuse décédée après une opération (spéléotomie) effectuée alors qu'elle avait donné son consentement pour

L'intégrité du malade en droit civil

603. Si la jurisprudence est constante, on ne s'étonnera pas de trouver le même écho dans la doctrine, et cela depuis l'ouvrage de droit médical écrit en 1908 par Perreau (20), jusqu'à la thèse défendue en 1977 par M. Péliissier à propos de "la sauvegarde de l'intégrité physique de la personne" (21), en passant par les tra-

(Suite note 19)

une autre intervention (apicolyse). Dans sa note sous Lyon, 17 novembre 1952 (D., 1953, J., 253), M. GERVESIE écrit à propos de cette décision de Laon : "Une fois franchies, tout au moins volontairement, les portes de ces établissements (sanatorium, clinique, hôpital...), le malade, dans cette conception, serait à peu près ravalé au rang des divers animaux, lapins, chiens, souris, etc..., qui attendent de se voir immoler, dans les laboratoires, sur l'autel de la Science !".

(20) E.H. PERREAU, Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins, Paris, 1908 où l'auteur affirme (pp. 271 et 272) : "Chacun possède sur sa propre personne un droit exclusif et spécial, opposable à tous, comme une sorte de droit de propriété de son être. Nul n'a le droit d'y porter atteinte, fût-ce pour son bien, fût-ce dans la meilleure intention du monde. Le médecin est, comme les autres, obligé de respecter ce droit de la personnalité, alors même qu'il y porterait atteinte exclusivement dans l'intérêt de la santé du malade (...). De là résulte que (...) le médecin doit avant tout s'assurer du consentement du malade", cité par P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 133. Sur le plan théorique, on retiendra, dans ce texte de PERREAU, la reconnaissance, entre le sujet et son corps, d'un "droit exclusif et spécial", "comme une sorte de droit de propriété" puis d'un "droit de la personnalité". Comp. ce qui a été dit supra de la nature juridique du "droit à l'image" (Partie II).

(21) J. PELISSIER, thèse citée, pp. 119 et sv. L'auteur, après avoir montré l'irréductible relativité des compromis inventés par la jurisprudence à propos du consentement du malade et de l'information à lui donner, se demande en conclusion (p. 126) s'il faut modifier les règles actuelles en traduisant en norme juridique le rôle pratique important joué par le médecin : "une réponse affirmative n'apporterait guère à la pratique et présenterait plutôt un certain danger. Les règles actuelles ont au moins le mérite d'imposer un dialogue avec le malade sur le sort de celui-ci ou, à défaut, avec sa famille (...). Son absence pourrait conduire à un dirigisme fâcheux : la passivité totale du patient que supposerait un tel dirigisme ne correspond pas toujours à la réalité et la consacrer juridiquement aboutirait seulement à rendre impossible tout exercice éventuel de sa liberté par le malade".

L'intégrité du malade en droit civil

vaux de Mme A. Jack (22), Arrighi de Casanova (23), Melle Sarvonat (24), M. Domages (25), M. Decocq (26), et bien d'autres (27).

La doctrine belge est la même (28).

- (22) A. JACK, art. cité in *Rev. Crit.*, 1933, p. 362, c'est d'ailleurs à partir du consentement à l'acte médical surtout, que l'auteur a élaboré sa théorie de la particularité des "conventions relatives à la personne physique".
- (23) E. ARRIGHI de CASANOVA, *op.cit.*, p. 141; v. la bibliographie donnée par l'auteur à la note (76), p. 140, entre autres les thèses françaises consacrées à ce sujet.
- (24) G. SARVONAT, *thèse* citée, p. 104 : "le principe est certain, le consentement du malade doit exister, aussi bien parce que nous sommes dans le domaine du contrat que parce qu'il s'agit des intérêts essentiels de la personne humaine"; p. 120 : "afin de protéger le corps humain, on limite l'autonomie de la volonté. Mais cette volonté est encore assez puissante pour choisir entre le contrat et l'abstention".
- (25) R. DOMAGES, *thèse* citée, pp. 122 et sv.; v. aussi p. 181 : "s'il faut caractériser les conventions relatives à la personne physique licites, d'un seul trait, nous dirons que la valeur éminente de la vie humaine et de l'intégrité corporelle, auxquelles s'appliquent ces conventions, les fait échapper au droit commun des obligations (...) en exigeant pour leur formation un consentement libre et éclairé et d'ordre naturel".
- (26) A. DECOCQ, *op.cit.*, n° 504, p. 357 : "dans l'état actuel du droit français (...), tout pouvoir de soigner une personne capable en droit et en fait, sans son consentement, est refusé au médecin". L'auteur, analysant la justification de cette nécessité de l'assentiment du malade, refuse de retenir celle qui est tirée du droit absolu à l'intégrité physique, mais retient celle, plus modérée, de l'autonomie de la personne; elle suffit d'ailleurs pour rejeter la doctrine de l'impérialisme médical absolu : "a priori, il faut supposer qu'une personne autonome est parfaitement apte à reconnaître ce qui dicte l'intérêt de sa conservation. Dès lors, on doit considérer qu'elle est le premier juge de cet intérêt" (n° 512, p. 367).
- (27) V. R. Charles, *op. cit.*, p. 134; A. FAHMY ABDOU, *op.cit.*, p. 257; J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, p. 180; R. SAVATIER, "Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin", *D.*, 1967, *Chron.*, p. 40; R. BESSERVE, art. cité, § 10, et les auteurs cités dans l'Encyclopédie Dalloz, V° Médecine (P.J. DOLL) n° 386 : principe de la nécessité du consentement.
- (28) Cfr. par exemple M. del CARRIL, art. cité, p. 3 : "Le malade doit rester libre de consentir ou non à toute thérapeutique qui présente un caractère dangereux ou qui sort du cadre des actes médicaux courants couverts par l'acquiescement initial"; P.E. TROUSSE, "L'orthothanasie par omission de secours", *Rev. dr. pén.*, 1950-51, p. 1116 : "corollaire de la liberté individuelle, le droit à l'intangibilité corporelle s'impose à tous,

L'intégrité du malade en droit civil

604. Le discours juridique classique tenu par les ordres professionnels, les juges et les auteurs maintient donc le principe de la nécessité du consentement à donner par le malade à l'intervention thérapeutique qui va porter atteinte à son intégrité physique. On peut en développer brièvement une conséquence : le droit, pour le patient, de refuser l'intervention qui lui est proposée.

SECTION 3 - Le droit de refuser l'intervention.

605. Il est admis que le patient garde l'entière liberté de refuser le traitement qui lui est proposé.

La doctrine est claire à cet égard, aussi bien en France (29)

(Suite note 28)

même au médecin", R. DIERKENS, op.cit., n° 62, pp. 49-50 : "ce consentement indispensable représente la sauvegarde du droit individuel à l'intégrité corporelle. Aussi longtemps qu'il n'a pas été donné, le médecin ne peut, en principe, agir". V. aussi la note J.L. FAGNART sous Cass., 4 octobre 1973, J.T., 1974, 296 : "on ne peut admettre la thèse qui abandonne au médecin le pouvoir de décider s'il doit ou non recueillir le consentement du malade. Cette thèse est contraire aux principes qui garantissent à tout individu, même malade, le droit à l'intégrité physique et à la liberté personnelle (...). Le médecin doit sans doute s'efforcer de convaincre le malade de se soumettre au traitement qu'il préconise, mais il ne peut l'y contraindre (...). Le 'droit de guérir' ne lui appartient que dans la mesure où le malade le lui accorde"; et R. DALCQ, art. cité, T.V.P., 1974, 361 : "Ce droit est un véritable droit attaché à la personnalité de chaque homme; chaque malade est seul juge de l'exercice qu'il veut en faire".

(29) Cfr. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 132; v. aussi note DESBOIS sous Civ. Seine, 16 mai 1935, précité : "Devant le refus délibéré du malade, la règle de droit fait un devoir au praticien de s'abstenir, car le recours à la force lui est interdit : au moment où il passerait des exhortations à la violence, il contreviendrait à l'un des principes essentiels de notre droit. Sans permission non équivoque du législateur, aucun individu ne peut être contraint par la violence physique à l'action ou à l'abstention, même lorsque la loi ou un contrat pleinement valable lui fait une obligation d'agir ou de s'abstenir. Les rapports entre le malade et son médecin sont dominés par l'adage : *Nemo potest cogi ad factum*"; et A. FAHMY ABDOU, op. cit., p. 415 : "lorsque

L'intégrité du malade en droit civil

qu'en Belgique (30). Et de même la jurisprudence (31).

(Suite note 29)

le malade refuse de subir une opération ou un traitement, il est juste de décider que le médecin qui passe outre ne peut invoquer sa justification par la permission de la loi. Il ne tient pas de son diplôme le pouvoir discrétionnaire d'opérer tout malade, même contre son gré..."

(30) R. DIERKENS, op. cit., pp. 50-51 et les références citées. V. Civ. Liège, 14 janvier 1946, J.T., 1946, 290, à propos d'un enfant atteint au bras et que ses parents avaient retiré de la clinique pour éviter des frais considérables. Le juge affirme qu'il appartenait aux médecins de s'opposer formellement à ce départ. Dans la note publiée sous la décision, M. GROSEMANS se demande comment les médecins auraient été en mesure de le faire : "le consentement donné avant d'entrer en clinique peut-il permettre au médecin de s'opposer formellement à la décision du client ou des représentants légaux de celui-ci, de quitter à un moment inopportun la clinique pour se contenter de recevoir à domicile des soins sans doute moins coûteux, mais à coup sûr moins fréquents ? La liberté du malade demeure dans ce domaine absolue, et rien ne pourra l'empêcher de quitter la clinique et de regagner son domicile".

(31) V. Courtrai, 23 juin 1960, R.W., 1961-62, col. 1812 et le commentaire dans H. ANRYS, op.cit., p. 83; Corr. Besançon, 9 mai 1973, cité par M. DEPAULE, art. cité, Rev. Dr. Homme, 1974, p. 466. V. aussi Toulouse, 15 février 1971 (Gaz. Pal., 1972, I, Somm., 35) retenant la responsabilité du médecin qui avait admis trop facilement qu'un malade refuse une piqûre antitétanique. Cette sanction d'une négligence du praticien ne met toutefois pas en cause le principe traditionnel selon lequel le médecin ne dispose d'aucun pouvoir coactif sur la personne de son malade. Cfr. à ce sujet les commentaires de M. DOLL ("La responsabilité médicale en matière d'injection de sérum antitétanique", Gaz. Pal., 1972, I, Doctr., p. 239) et de M. NERSON ("Le respect par le médecin de la volonté du malade", mélanges Marty, 1976, p. 874).

Signalons ici une affirmation qui mérite un plus ample examen. Dans son rapport sur les droits des malades et des mourants, la Commission des Questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe établit entre les pays occidentaux une distinction dont nous ne voyons pas le bien-fondé. Le rapport s'exprime ainsi (Doc. 3699, § 43) : "Le droit du malade de refuser un traitement constitue la base de la jurisprudence dans le domaine du traitement médical. Tout acte médical est en principe une atteinte contre l'individu, à moins que l'on puisse démontrer que le malade a donné son consentement et les pays de droit commun (common law) ont une position particulièrement établie sur ce sujet. Le malade se voit donc reconnaître le droit de refuser un traitement, droit que les tribunaux ne contestent en général que pour

L'intégrité du malade en droit civil

606. Lorsque le malade refuse d'adhérer à la thérapeutique que lui propose son médecin, il reste alors à celui-ci la possibilité de cesser ses soins et de se dégager de sa mission (32).

607. Le "droit au refus" va plus loin encore dans le chef du patient. Sa liberté est telle que, à l'instar du droit de repentir

(Suite note 31)

des raisons très impérieuses, par exemple s'il s'agit de protéger les intérêts d'un enfant de la famille. Il n'en est pas ainsi en France, notamment, où des médecins ont été accusés d'avoir omis d'appliquer le traitement nécessaire pour respecter les vœux d'un malade".

Comme ce rapport ne cite pas les décisions de jurisprudence qui permettraient de vérifier que "en France notamment", l'abstention du médecin après le refus d'un malade serait traitée différemment que dans les pays de common law, on ne peut que poser un point d'interrogation sur cette affirmation. Car en fait de médecin qui aurait été condamné pour s'être incliné devant le refus du patient de se soumettre au traitement projeté, on n'a pas rencontré de décision probante. Par contre, ainsi qu'on le verra dans l'analyse du "droit à la mort", on trouve de la jurisprudence qui dispense de toute responsabilité civile ou pénale le praticien qui s'est abstenu du traitement refusé par le patient (v. infra n° 793).

(32) Cfr. par exemple, Paris, 8 juillet 1952, Gaz. Pal., 1952, 2, 128 : "le médecin a le droit de refuser ses soins lorsque le malade n'accepte pas de se soumettre aux prescriptions du praticien, comme le malade a le droit de changer de médecin lorsqu'il n'entend pas se soumettre auxdites prescriptions". Au médecin qui se retire, la déontologie impose diverses précautions pour assurer la continuité des soins (cfr. Code belge, art. 28, al. 2). Au plan législatif, on notera l'art. 42 du décret français n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux : "Lorsque les malades n'acceptent pas le traitement, l'intervention ou les soins qui leur sont proposés, leur sortie, sauf urgence médicalement constatée nécessitant des soins immédiats, est prononcée par le directeur général (ou le directeur) après signature par l'hospitalisé d'un document constatant son refus d'accepter les soins proposés. Si le malade refuse de signer ce document, un procès-verbal de ce refus est dressé."

On remarquera que si le principe de refus est établi dans ce texte, il est toutefois mis en échec par le cas d'"urgence médicalement constatée nécessitant des soins immédiats". Cette "urgence" pourrait-elle aller jusqu'au traitement imposé de force ? Ceci contredirait en tout cas le discours juridique classique tenu sur cette matière.

L'intégrité du malade en droit civil

dans le "droit à l'image", il pourra révoquer, jusqu'au moment de l'exécution, le consentement donné à une intervention qui porte atteinte à son intégrité physique, sans que l'on puisse lui reprocher une quelconque faute contractuelle (33).

608. Il apparaît ainsi que le droit tente de tout mettre en oeuvre pour assurer au patient la plus grande liberté qui soit. On peut se demander pourquoi il en est ainsi. On découvrirait alors à la base de cette mise en oeuvre un principe fondamental : celui du respect de l'intégrité physique d'autrui. Le médecin ne peut "toucher" son patient que s'il reçoit de celui-ci un consentement à le faire. Or c'est ici qu'apparaît la difficulté concernant l'objet du "contrat médical". On peut, en effet, se demander si cette intégrité physique est susceptible d'être engagée dans un

(33) Cfr. A. JACK, art. cité, pp. 385-387. Par ailleurs, l'auteur invite à ne pas "enfler démesurément l'importance de cette révocabilité et ne considérer les conventions relatives à la personne physique que comme des promesses unilatérales de contracter (...). Ce sont bien plutôt des conventions, dans lesquelles l'une des obligations stipulées est affectée d'une condition suspensive potestative, sans qu'il en résulte une cause d'invalidation de ces conventions, parce que la condition potestative n'émane pas de celui qui s'oblige, mais du créancier de l'obligation, par exemple le malade à opérer". Pour une critique de cette analyse, cfr. E. ARRIGHI de CASANOVA, op. cit., p. 146, qui préfère considérer la rétractation du malade comme la contrepartie de la faculté de résiliation reconnue au médecin. Cette réciprocité qui convient bien au caractère synallagmatique du contrat médical permet de soumettre au contrôle des tribunaux le droit de rupture exercé par le malade.

C'est dans ce sens qu'A. BRETON (note précitée sous Cass., 13 juillet 1937) comprend la faculté de résiliation introduite par les parties dans ce contrat d'entreprise particulier qu'est le contrat médical : "Quoi de plus naturel qu'un contrat soit résiliable à la libre volonté de l'une et l'autre partie, quand il suppose, pour sa bonne exécution, une entière confiance du côté du malade, une entière indépendance d'esprit du côté du médecin ?".

Sur les conséquences juridiques à donner à cette rupture (indemnisation des frais exposés par le médecin, perte de temps, et peut-être atteinte à la réputation professionnelle) v. DESBOIS, note sous Civ. Seine, 16 mai 1935, la note E.P. précitée sous Cass., 20 mai 1936.

L'intégrité du malade en droit civil

contrat. Dans la mesure où le droit permet au patient de se dégager de l'engagement pris, ne nie-t-on pas l'essence même du contrat ? Puisque l'art. 1134 C. civ. lie les cocontractants à ce qu'ils ont convenu, sans qu'ils puissent revenir par décision unilatérale sur l'objet de leur accord, est-ce bien à un contrat que nous avons affaire dans les relations du médecin à son patient ? (34)

609. Si l'on s'obstine à y voir une figure contractuelle, ne faut-il pas alors multiplier les conventions entre les deux partenaires de la relation thérapeutique en considérant qu'un contrat est formé chaque fois que le malade consent à une intervention de la part de son médecin ? Car le consentement initial donné par le patient, loin d'être un abandon de son intégrité physique dans les mains du praticien, constitue plutôt le point de départ d'un processus thérapeutique dont chacune des étapes ultérieures doit rester soumise à sa maîtrise, puisque son consentement est exigé, on l'a vu, pour chaque intervention importante.

610. Peut-être sommes-nous ainsi en mesure de critiquer la thèse du contrat unique tenue depuis 1951 par la jurisprudence. Si, en effet, l'obligation d'obtenir l'assentiment du malade à l'acte médical ne dépend plus d'abord du respect de l'intégrité physique du patient mais d'une obligation contractuelle initiale, c'est qu'alors ce "contrat médical" a pu comprendre en son objet même l'intégrité

(34) Une question analogue a déjà été posée à propos du "droit à l'image", v. supra n° 330. V. dans le même sens F. CABRILLAC, thèse citée, p. 259 : "Tant que la révocabilité du consentement demeure possible, on ne peut considérer comme de véritables contrats les actes de disposition d'un élément du corps humain (...). Ainsi se manifeste la fondamentale originalité du corps humain, qui peut être aujourd'hui l'objet de multiples transactions, mais ne peut pas être tout à fait assimilé à un bien du patrimoine du débiteur circulant librement dans le commerce juridique."

V. aussi la suggestion de M. BOITARD faite à la Commission de réforme du Code civil (Travaux, 1951, p. 41) "de retenir en ces matières une solution analogue à celle admise en matière d'obligations naturelles : seule l'exécution volontaire d'un contrat touchant la personne physique serait valable".

L'intégrité du malade en droit civil

physique du patient. Or, cette intégrité physique n'est-elle pas, précisément, ce qui échappe au contrat ? Cette question peut être abordée par l'examen de la charge de la preuve du consentement du patient.

SECTION 4 - La preuve du consentement du patient.

611. Quelle est la preuve à fournir en matière de consentement du malade à l'acte médical ? Est-ce au patient qu'incombe la charge de prouver qu'il n'a pas consenti, ou bien est-ce au praticien qu'il revient de prouver qu'il y a bien eu consentement ?

Si la relation médecin-malade se laisse àssumer pour toute la durée de l'examen, du diagnostic et de la thérapeutique dans un seul "contrat médical", alors, la faute du médecin à ne pas avoir obtenu le consentement de son patient se situe à l'intérieur de ce contrat unique : c'est une faute contractuelle que le créancier des soins doit prouver pour pouvoir obtenir réparation du préjudice qu'il a subi. Si par contre, la relation médecin-malade est si bien dominée par le principe du respect de l'intégrité physique d'autrui qu'elle suppose passées entre les deux partenaires de la relation thérapeutique une série de conventions aussi nombreuses que la série des interventions pratiquées sur le corps du malade, alors l'acte du praticien qui n'aurait pas obtenu l'assentiment du patient à telle intervention perd sa légitimité, et l'homme de l'art doit se justifier en tâchant de prouver cet assentiment.

612. Au départ, c'est cette deuxième solution qui s'imposait : le médecin étant, par hypothèse, défendeur au procès en responsabilité, devait justifier l'atteinte qu'il avait portée à l'intégrité corporelle de son patient. Alors que le demandeur n'avait que son préjudice à établir, et le fait que ce préjudice était dû à l'intervention médicale, le défendeur, pour se disculper, devait arguer d'un contrat portant précisément sur cette intervention : reus in excipiendo fit actor. Mais pour qu'il y ait contrat, il fallait qu'il

L'intégrité du malade en droit civil

y eût consentement : le praticien était donc chargé de prouver le consentement du malade (35).

613. Mais en cassant, en 1951, un arrêt de la Cour d'Angers condamnant un chirurgien au motif que l'autorisation de son patient n'avait pas été obtenue, la Cour de cassation de France impose la thèse contraire en développant sur le terrain de la preuve la logique contractuelle adoptée dès 1936 : c'est au malade que revient la charge de prouver son non-consentement :

"Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération" (36).

(35) Cfr. Civ. Liège, 27 novembre 1889, précité : "la preuve de l'existence de ce consentement incombe à l'homme de l'art, puisque ce consentement rend légitime l'opération qu'il a faite". Cette thèse est constante jusqu'à la moitié du siècle. Cfr. la note précitée A. MERIGNHAC sous Aix, 22 octobre 1906; les obs. X. CARTON de WIART in R.G.A.R. (1928), 245; R. DALCQ, Traité cité, n° 1094; R. BESSERVE, "De quelques difficultés soulevées par le contrat médical", J.C.P., 1956, I, 1309 où l'auteur fait état, d'ailleurs pour les critiquer, d'une "doctrine unanime" et d'une "jurisprudence constante" (§ 21).

Lorsque le praticien est parvenu à prouver le consentement du malade, si celui-ci estime avoir été trompé sur la nature ou la gravité de l'intervention, il devra alors prouver son allégation; cfr. à ce sujet Paris, 20 novembre 1924, Gaz. Pal., 1925, I, 166 et Cass. req., 1er juin 1937, S., 1937, I, 270 (dans ces deux hypothèses, le mensonge du médecin n'a pas pu être prouvé). Ceci n'est pas une exception, mais bien une application des règles générales sur la charge de la preuve.

(36) Cass. 29 mai 1951, D. 1952, 53 et la note R. SAVATIER; J.C.P., 1951, II, 6421 et la note R. PERROT; S., 1953, I, 41 et la note R. NERSON; Gaz. Pal., 1951, 2, 114; J.T., 1951, p. 533. Voir aussi les commentaires dans R. DOMAGES, thèse citée, p. 133; J. PELISSIER, thèse citée, p. 120; R. BESSERVE, art.

L'intégrité du malade en droit civil

Cette décision touche, nous l'avons dit, l'objet du consentement donné par le malade pour nouer le "contrat médical" (37). Car au plan de la preuve, le débat tourne autour de l'interprétation à donner en notre matière aux articles 1147 et 1315 du Code civil invoqués par la Cour suprême pour prononcer la cassation.

(Suite note 36)

cité, § 22; M. del CARRIL, art. cité, p. 4. Sur le bien-fondé de cette décision, on fait remarquer, d'un côté, que le patient est déjà, devant son médecin, le contractant le plus faible : faut-il encore lui faire assumer la charge de prouver qu'il n'a pas consenti à l'intervention décidée par le praticien, en présumant a priori que le médecin a obtenu cette adhésion de la part de son patient ? (cfr. la note précitée R. SAVATIER; V. aussi du même auteur: "Impérialisme médical sur le terrain du droit", D., 1952, Chron., p. 158; dans leurs notes sous l'arrêt de 1951, M. SAVATIER et M. PERROT signalent également la difficulté qui existe, dans le chef du malade, à devoir faire la preuve d'un fait négatif).

Mais d'un autre côté, on souligne que le médecin, à qui son malade fait confiance, ne doit pas s'embarrasser dans sa lutte pour la santé ou la vie de son patient, de la preuve d'un consentement du patient à l'acte médical. (v. les références à l'avis des milieux médicaux citées par M. NERSON dans sa note précitée sous l'arrêt de 1951. Dans cette même note, l'auteur conclut : "juridique, la solution adoptée par la Cour de cassation nous paraît heureuse en pratique car l'intérêt des malades commande de ne pas empoisonner le climat de confiance qui doit régner dans les rapports du médecin et du patient").

- (37) Pour M. KORNPROBST (Responsabilités du Médecin, op. cit., p. 430), "ce n'est pas, comme on l'a prétendu, un renversement du fardeau de la preuve; c'est un changement de jurisprudence, capital il est vrai, mais fondé sur une analyse enfin exacte des effets du contrat de soins". Au même endroit, l'auteur relève dans l'arrêt de 1951, "l'emploi judicieux et choisi par la cour du mot assentiment et non plus du mot consentement qui prêtait à équivoque". En effet, pour notre auteur, "le consentement concerne la formation du contrat lui-même, tandis que l'assentiment désigne l'adhésion du patient que le praticien, en vertu de ce contrat unique, s'engage à obtenir avant d'entreprendre telle intervention".

Il ne faudrait toutefois pas forcer cet argument de mots puisque à la fin de ce même attendu où elle parle d'assentiment, la Cour de cassation emploie aussi le mot consentement pour traiter de l'adhésion qu'un patient donne en vue d'une opération déterminée (cfr. "... et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération").

L'intégrité du malade en droit civil

614. Puisque l'art. 1147 condamne le débiteur au payement de dommages et intérêts "toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée" et que l'art. 1315 oblige "celui qui réclame l'exécution d'une obligation" à la prouver, il paraît assez simple - compte tenu des différences entre les régimes de preuve selon qu'on se trouve en présence d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat - de faire supporter la preuve de la faute du praticien au malade qui a dû subir l'inexécution de l'obligation assumée par son cocontractant.

En effet, selon les termes mêmes de l'arrêt de 1951, cette obligation du praticien de s'assurer du consentement du patient est à la fois professionnelle et contractuelle. Or on sait par ailleurs que les obligations assumées par l'homme de l'art dans le "contrat médical" ne sont que de moyens, celle d'informer son patient autant que les autres (38). Donc le patient, créancier de cette information, devra prouver, par application du droit commun, l'inexécution de l'obligation assumée par le praticien dans le "contrat médical". Mais cette logique contractuelle correspond-elle bien à la situation juridique du patient ?

(38) V. la note R. NERSON, précitée; v. aussi R. BESSERVE, art. cité in J.C.P., 1956, I, 1309, § 22 : "le médecin assume l'obligation d'informer son client de la véritable nature de l'opération envisagée et d'obtenir son consentement (...). Or l'obligation dont il s'agit ne saurait être regardée comme une obligation de résultat, elle est indivisible de cette obligation générale qui s'identifie au contrat lui-même et dont l'objet est de donner des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science; c'est une obligation de moyens, de diligence". L'auteur ajoute : "ce n'était donc pas seulement une inélégance, mais une erreur juridique d'imposer au chirurgien de faire la preuve qu'il avait effectivement obtenu le consentement du malade à l'opération ou, autrement dit, qu'il n'avait pas commis de faute, alors que l'on proclamait le principe que toute faute alléguée à l'encontre du médecin devait être prouvée par le client. L'arrêt du 29 mai 1951 a mis fin à cette contradiction".

L'intégrité du malade en droit civil

SECTION 5 - La difficulté concernant l'objet du contrat.

615. Le raisonnement tenu par la Cour de cassation serait parfait si le malade répondait à la définition du demandeur décrite par les articles 1147 et 1315. On peut toutefois se demander s'il en est bien ainsi. Car le patient pourrait dire à son médecin que ce n'est pas à lui - malade - qu'il revient de prouver qu'il n'a pas donné son consentement à l'intervention entreprise, mais que c'est à ce médecin lui-même qu'incombe la charge de justifier l'atteinte qu'il a portée à l'intégrité physique de son patient : la prétention n'est pas tant celle du malade qui réclame l'exécution d'une obligation d'informer que celle, bien plus audacieuse, du médecin qui s'est permis d'attenter à l'intégrité corporelle d'autrui. Or il s'en faut de beaucoup que cette prétention là soit évidente : "Ce qui nous paraît critiquable dans la position de principe adoptée par la Cour suprême, c'est d'avoir totalement passé sous silence cette idée que le respect dû à la personnalité humaine exige du chirurgien une justification pour que son intervention devienne légitime" (39).

Lorsqu'on raisonne dans cette perspective là, on doit nécessairement s'en tenir à la jurisprudence ancienne qui maintenait à la charge du praticien l'obligation de justifier son intervention thérapeutique en prouvant le consentement de son patient (40).

(39) Note PERROT précitée. Pour l'auteur, le consentement à obtenir du malade repose sur un droit de la personnalité, antérieur à tout contrat. Dans cette optique, "la situation normale, c'est l'intégrité physique; et tout acte contraire appelle une justification".

(40) Comme l'indique M. SAVATIER dans sa note sous l'arrêt commenté : "Si c'est sans contrat médical que le chirurgien a coupé la jambe, c'est-à-dire accompli un acte dommageable, il est par là même responsable. Car l'immunité qu'il invoque en cas d'erreur de diagnostic ou d'échec d'une opération ne peut s'appuyer que sur un contrat. Comme c'est à lui à établir les conditions de cette immunité, il lui incombe de prouver le contrat intervenu avec le patient, et non pas un contrat quelconque, mais le contrat relatif précisément à l'acte dommageable".

L'intégrité du malade en droit civil

616. On le voit, la question de la preuve rejoint la question de fond : à quoi consent un malade quand il noue avec un praticien un "contrat médical" ? (41) Ce contrat peut-il encadrer adéquatement à lui tout seul la relation thérapeutique, ou bien plutôt le principe d'intégrité physique n'oblige-t-il pas le juriste à sortir de ce cadre qu'il a lui-même construit ? N'était-ce pas, d'ailleurs, une responsabilité purement délictuelle qui, à l'origine, sanctionnait le comportement fautif du médecin ?

617. Si le praticien est obligé d'obtenir l'adhésion de son patient à la thérapeutique qu'il propose, chaque fois que celle-ci comporte un risque sérieux, et si le malade peut non seulement refuser le traitement proposé, mais encore révoquer jusqu'à la dernière minute un consentement déjà donné, est-ce parce que le "contrat" initial en a disposé ainsi ? N'est-ce pas plutôt parce que surgit ici le principe d'intégrité corporelle de la personne que l'on ne peut guère enfermer dans ces "conventions légalement formées" dont parle l'art. 1134 C. civ. ?

618. Le contrat, en postulant l'égalité juridique des deux partenaires de la relation thérapeutique, peut être un excellent moyen de combattre la tentation d'impérialisme médical qui abuserait de l'inégalité de fait existant entre le médecin et le malade, mais cette construction juridique peut aussi obtenir le résultat contraire : il suffit, pour cela, de dire que l'objet du contrat initial consiste à s'en remettre au praticien qui mènera la relation thérapeutique exactement comme il l'entend, en assumant seulement

(41) En Belgique, même s'il a moins d'ampleur, le débat est identique; comp. la position de Mme del CARRIL (art. cité in R. G.A.R., 1966, 7677, pp. 3 et sv.) où l'auteur se situe dans la ligne de la note précitée de M. PERROT (critique de l'arrêt de 1951 qui vicie la portée que l'on doit reconnaître au consentement du malade) avec celle de M. ANRYS (op.cit., n° 40, p. 63) pour qui l'atteinte à l'intégrité physique du patient ne peut pas être présumée délictuelle lorsque "le médecin agit dans le cadre de la permission que lui donne la loi de porter atteinte à l'intégrité physique des individus".

L'intégrité du malade en droit civil

l'obligation - de moyens - de recueillir de son patient le consentement à la thérapeutique qu'il proposera.

Peut-on dire sans forcer les mots ou la réalité que l'assentiment à donner par le malade constitue dans le chef du praticien l'objet d'une obligation assumée par le seul effet d'un contrat initial conclu avec son patient ?

Est-ce vraiment au niveau de l'exécution d'un premier contrat que se pose la question de ce consentement ? Et l'obligation qui pèse sur le médecin n'est-elle ici que de moyens ?

Ne faut-il pas plutôt dire qu'en l'occurrence, l'intégrité physique du patient n'a pas pu être engagée d'emblée dans les termes d'un contrat initial, mais qu'au contraire, le respect de cette intégrité "dégage" le patient de tout ce qui pourrait le lier, obligeant chaque fois le médecin à obtenir de ce patient un consentement à l'acte médical (42) ? S'il fallait maintenir la figure contractuelle, on dirait alors qu'un nouveau contrat devrait chaque fois être conclu sur un objet spécialement déterminé.

619. En d'autres termes, si les codes de déontologie, les décisions de jurisprudence et les ouvrages de doctrine insistent, au nom du respect de l'intégrité physique du patient, sur la nécessité qui s'impose au praticien d'obtenir le consentement de ce patient à l'intervention thérapeutique, on voit mal comment ce consentement pourrait devenir, par le biais d'un unique contrat initial, l'objet d'une obligation conventionnelle - et encore, d'une simple obligation de moyens - dans le chef du médecin vis-à-vis de son malade. L'objet de ce "contrat initial" n'est pas si étendu qu'il porterait en lui-même l'assentiment à demander au malade quant aux différents actes qui porteront atteinte à son intégrité physique. S'il en était autrement, ne ruinerait-on pas le principe, pourtant una-

(42) V. dans ce sens R. DOMAGES : "En réalité, l'obligation faite au chirurgien de s'assurer au préalable de l'assentiment du malade ne dérive pas du contrat médical, mais repose sur le droit de chaque individu au respect de son intégrité corporelle de la part d'autrui et évolue en dehors du cadre contractuel". (thèse citée, p. 133, à propos de l'arrêt de 1951).

L'intégrité du malade en droit civil

nimement admis, qui permet au malade de se dégager de ce en quoi il avait paru s'engager ?

620. Telle est la difficulté que nous avons voulu souligner à propos de l'objet du "contrat médical". Mais il en est d'autres. On voudrait exposer au chapitre suivant celles qui concernent la capacité des contractants.

L'intégrité du malade en droit civil

CHAPITRE 3 — La capacité de fait et de droit

621. Le "contrat médical" est une construction étroite dans laquelle la relation thérapeutique ne se laisse pas toujours aisément enfermer. Après avoir vu cette difficulté à propos de l'objet du contrat, nous voudrions la montrer encore dans la matière de la capacité requise des contractants, en exposant un double paradoxe: celui des personnes incapables de fait à qui on adjoint des "protecteurs naturels", malgré qu'elles soient toujours capables de droit, et - inversement, pourrait-on dire - celui des personnes incapables de droit à qui on reconnaît une certaine capacité naturelle à consentir aux actes médicaux qui les concernent. Cette double entorse faite au droit des contrats à propos de la représentation des contractants incapables souligne ce fait que dans la relation thérapeutique se trouvent mis en jeu des principes qui échappent au régime habituel des contrats, et qu'il faut élucider pour cerner, sur le terrain du droit subjectif, la situation du sujet de droit en son corps.

622. Dans ce chapitre, on traite d'abord du cas de l'incapable de fait, en cherchant à qualifier juridiquement la situation d'urgence qui dispense le médecin d'obtenir l'assentiment de la personne qu'il soigne, et où la jurisprudence invoque le recours aux proches du malade; puis on étudie le cas des incapables de droit.

SECTION 1 - La situation d'urgence.

623. Lorsqu'ils traitent de la nécessité de l'adhésion du patient à l'intervention thérapeutique, les auteurs exceptent toujours le cas de l'urgence où le danger est tel que le médecin n'a matériellement pas la possibilité de s'inquiéter d'un consentement quelconque du patient.

L'intégrité du malade en droit civil

Selon la formule de M. Desbois, "l'intérêt du patient fait loi et équivaut au consentement" ou encore, "nécessité fait loi" (1).

624. Ce pouvoir est si bien reconnu qu'il peut même être considéré comme un devoir que l'homme de l'art ne pourrait négliger sans commettre une faute (2).

625. Le cas le plus étudié d'une urgence où le patient est incapable de donner son consentement est, sans conteste, celui de l'opération chirurgicale où l'on s'aperçoit, alors que le malade est déjà sous anesthésie, que son état requiert une intervention plus grave que celle pour laquelle il avait donné son accord. Faut-il réveiller le malade pour le consulter ? Ou bien le médecin doit-il agir de sa propre initiative ?

(1) Note précitée DESBOIS sous Civ. Seine, 16 mai 1935. L'expression est reprise dans la note précitée RABUT sous Douai, 10 juillet 1946. V. dans le même sens, A. DECOCQ, *Essai...*, p. 343. Aux auteurs cités par M. DECOCQ : GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, R. et J. SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, DESBOIS, DOMAGES, COSTE, de LAGRANGE, RIJCKMANS et ZWICK, et VASSEUR, on peut encore ajouter A. FAHMY ABDOU, *op.cit.*, p. 418: "A l'absence de consentement supplée l'état de nécessité dans lequel se trouve le médecin (...). On ne pourra lui faire grief de n'avoir pas obtenu le consentement de son client"; et R. DIERKENS, *op. cit.*, n° 65, p. 52 (et les références citées).

(2) Cfr. A. DECOCQ, *op.cit.*, p. 418 : (Dans le cas d'urgence) "on pourrait non seulement sanctionner la responsabilité civile du médecin qui s'abstient d'intervenir, mais encore lui appliquer l'article 63 nouveau du Code pénal, même en l'absence de consentement du patient à être opéré".

Cfr. aussi l'article 5 du Code de déontologie médicale de 1955: "Quelle que soit sa fonction ou sa spécialité, hors le seul cas de force majeure, tout médecin doit porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat, si d'autres soins médicaux ne peuvent pas lui être assurés" (cfr. art. 4 et 43 du Code de 1979).

En Belgique, v. l'art. 422 bis du Code pénal, et l'art. 6 du Code de déontologie médicale de 1975. Sur l'application aux médecins des textes qui incriminent l'abstention de porter secours, v. supra n° 511.

V. encore R. NERSON : "Le respect par le médecin de la volonté du malade", *mélanges Marty*, p. 858; et du même auteur, le Rapport de synthèse aux Journées Capitant de 1975, t. XXVI, p. 529.

L'intégrité du malade en droit civil

En général, les magistrats donnent raison au praticien qui prend la responsabilité de poursuivre l'intervention qu'il juge indispensable à la santé de son patient (3). C'est qu'ils perçoivent bien le dilemme auquel est confronté l'homme de l'art : "Attendu que le rôle du chirurgien qui se trouve en présence d'une semblable éventualité est d'autant plus difficile qu'il peut s'attendre, de toute façon, à voir sa décision critiquée et à se voir reprocher, s'il effectue immédiatement l'opération définitive, de n'avoir pas pris le consentement du malade, et s'il le réveille avant de continuer l'opération, d'avoir manqué d'esprit d'initiative et obligé inutilement le malade à une deuxième intervention" (4).

(3) Cfr Civ. Seine, 14 décembre 1920, D.P., 1921, 2, 27, confirmé par Paris, 28 juin 1923, D.P., 1924, 2, 116 et la note G.L., où le chirurgien est exonéré de toute faute envers sa patiente, alors qu'il avait procédé à l'hystérectomie, ayant constaté, au cours d'une opération d'hystéropexie, la présence d'un kyste ovarien qui menaçait, à brève échéance, la vie de la femme. Sur ces deux décisions, v. A. DECOCQ, op.cit. pp. 343-344.

(4) Trib. civ. Lannion, 19 décembre 1932, précité. Le jugement souligne dans le rapport d'expertise tous les éléments qui démontrent l'urgence de l'opération entreprise par le chirurgien de sa propre autorité. V. encore Paris, 20 février 1946, D. 1948, 337 et la note E. de LAGRANGE, à propos d'une gastrectomie effectuée après la découverte d'un cancer qui avait été pris par erreur pour un ulcère à l'estomac.

En Belgique, cfr. Civ. Bruxelles, 31 mai 1929, R.G.A.R. (1929), 489 et la note H.V.L., à propos d'une hystérectomie pratiquée au cours d'une opération de redressement de la matrice.

La jurisprudence est fixée en ce sens d'une priorité de l'intérêt du patient sur son consentement explicite, mais elle a été amenée à en préciser les conditions. Ainsi, la Cour de Douai a-t-elle retenu la responsabilité d'un médecin qui, découvrant une tumeur au cours d'une intervention au bras de son patient, avait, sans le consentement de celui-ci, entrepris de l'extraire en sectionnant le nerf radial, ce qui avait entraîné pour la victime une perte de l'usage de ce membre (V. Douai, 10 juillet 1946, D., 1946, 351; J.C.P., 1947, II, 3374 et la note COSTE, G.P., 1946, 2, 151; S., 1946, 2, 121 et la note RABUT. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par Cass., 27 octobre 1953, D., 1953, 658; J.C.P., 1953, II, 7891; G.P., 1954, 1, 148).

En l'espèce, dit la Cour de Douai : "il n'y avait ni urgence ni nécessité absolue de procéder à l'ablation immédiate de la tumeur; rien au point de vue médical ou technique ne s'opposait à cette remise, puisque les experts déclarent eux-mêmes qu'il eût été préférable de la différer (...); il apparaît ainsi net-

L'intégrité du malade en droit civil

626. Dans de telles situations thérapeutiques d'urgence, le patient est ainsi l'objet d'une intervention médicale sans qu'il ait donné son consentement à l'atteinte que cette intervention constitue envers son intégrité physique. Or, s'il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de contrat (5). Et s'il faut donner un cadre juridique à la relation thérapeutique d'urgence, qu'allons-nous prendre pour remplacer l'impossible "contrat médical" ?

On songe assez immédiatement à la gestion d'affaires, mais nous allons voir que ce mime du contrat - "quasi-contrat", dit-on - n'est, lui non plus, pas adéquat en notre matière, à cause de l'obligation légale de secours.

SECTION 2 - L'insuffisance du quasi-contrat.

627. Pour définir les obligations respectives du médecin et du malade lorsqu'il y a intervention thérapeutique en dehors de tout contrat, la doctrine recourt spontanément, tant en France qu'en

(Suite note 4)

tement qu'en s'abstenant de demander le consentement du (patient), le (médecin) a commis une faute". Lors donc que le mal découvert ne menace pas de façon imminente la santé du patient, et que l'intervention qui doit y remédier comporte un risque certain, l'opérateur doit obtenir de la part de son client un nouveau consentement (cfr. note R. SAVATIER sous Angers, 4 mars 1947, précité; pour un état de la question, v. note R. VIENNE sous Aix, 23 février 1949, J.C.P., 1949, II, 5025 et A. DECOCQ, *op.cit.*, p. 344).

Cette précision donnée par les juges ne conteste évidemment pas le principe général : lorsqu'il y a urgence, - mais il faut qu'il y ait urgence -, le praticien peut intervenir d'office sans avoir à recueillir le consentement de son patient si celui-ci est incapable de le donner.

- (5) A moins que l'intervention urgente n'ait eu lieu en débordant les termes d'un contrat médical initial, et que l'on tienne ce contrat comme unique, c'est-à-dire comme incluant l'ensemble des démarches thérapeutiques (v. sur l'objet du contrat, *supra* n° 593).

Belgique, au quasi-contrat de gestion d'affaires (6). Dans la mesure où "les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties", ainsi que l'énonce l'article 1371 du Code civil, on peut constater que l'intervention urgente répond assez bien à la définition donnée, en ceci qu'elle engendre un "engagement réciproque" : dans le chef de l'homme de l'art, celui de "continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que (le patient) soit en état d'y pourvoir lui-même" (cfr art. 1372) et "d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille" (cfr. art 1374) tandis que le patient sera tenu de "rembourser (au médecin), toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites" (cfr art. 1375) (7).

628. Parmi les objections qui ont été faites à cette assimilation de l'intervention thérapeutique urgente au quasi-contrat de gestion d'affaires, on retiendra celle qui conteste le caractère volontaire de la gestion engagée : une intervention d'urgence ne peut se si-

(6) V. en France, E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 140 (où il est question de quasi-contrat à propos du médecin qui se porte de son plein gré au secours d'un blessé sans connaissance) et p. 160 (où le praticien est qualifié gérant d'affaire du malade lorsqu'il doit prendre une initiative au cours d'une intervention chirurgicale); la note COSTE sous Douai, 10 juillet 1946, précité (où l'auteur parle d'"une sorte de gestion d'affaires" ou, "en tous cas (...) un véritable quasi-contrat innommé"), et la note précitée E. de LAGRANGE sous Paris, 20 février 1946 (dans laquelle la gestion d'affaires est considérée à partir de l'utilité pour le patient de l'acte du chirurgien); v. aussi dans G. BOYER CHAMMARD et P. MONZEIN, La responsabilité médicale, (Paris, 1974), le paragraphe sur "Les relations paracontractuelles" (pp. 78 et sv.).

En Belgique, v. H. VAN LEYNSEELE, "La responsabilité des médecins", R.G.A.R. (1928), 244, p. 1; M. del CARRIL, art. cité, p. 2, où l'auteur doit toutefois admettre que "ce moule juridique (la gestion d'affaires) qui, seul, peut expliquer les rapports de droit noués entre les parties, procède d'une construction quelque peu artificielle"; et H. ANRYS, n° 61, p. 89 où la doctrine traditionnelle est exposée avant d'être critiquée.

(7) Par contre, on ne voit pas bien comment du "fait volontaire" du médecin résulterait "un engagement quelconque envers un tiers".

L'intégrité du malade en droit civil

tuer, dit-on, dans le cadre quasi-contractuel puisque, ici, le praticien est obligé d'agir (8). Depuis que l'obligation morale de porter secours à personne en danger est sanctionnée sur le plan pénal, il est difficile de rester insensible à cet argument.

Si, parmi "les engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention", il y a distinction adéquate entre ceux qui "résultent de l'autorité seule de la loi" et ceux qui "naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé" (cfr art. 1370 C. civ.), on peut dire que l'intervention médicale urgente est passée de la seconde catégorie à la première (9).

629. La situation d'urgence fait que nous quittons non seulement le terrain contractuel puisque le patient est incapable, par hypothèse, de donner son consentement, mais également le terrain quasi-contractuel puisque le "gérant d'affaires" est tenu d'intervenir. La figure contractuelle dans laquelle les deux partenaires disposent de l'objet du contrat n'est plus de mise ici. En reprenant les deux axes dégagés dans la définition du droit subjectif, on dira que ce n'est plus la disposition qui s'impose, mais la protection.

(8) Cfr. H. ANRYS, *op. cit.*, p. 89: "pour donner naissance au quasi-contrat de gestion d'affaires, (...) on considère que l'intervention doit s'inscrire en dehors de toute obligation légale. Or, le médecin est soumis à une obligation légale de donner des soins en cas de nécessité, en vertu de l'article 422 bis du Code pénal sur l'abstention coupable de secours ou en vertu de la loi du 8 juillet 1964 sur l'aide médicale urgente".

Cfr aussi la note précitée E. de LAGRANGE sous Paris, 20 février 1946 : "un chirurgien qui en cours d'intervention décèle un mal non diagnostiqué peut-il être considéré comme libre de ne pas agir, sous prétexte que le consentement du patient lui manque ? N'est-il pas obligé d'agir ?"

(9) Il incombe dès lors à la loi de régler les obligations réciproques des deux partenaires de la relation thérapeutique que le droit d'hier considérait encore comme parties à un quasi-contrat de gestion d'affaires.

Sur l'obligation de continuer les soins au malade, v. l'article 39 du Code français de déontologie médicale (1979) et, en Belgique, l'article 8 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967; sur l'obligation de payer les honoraires, v. l'article 15 du même arrêté.

L'intégrité du malade en droit civil

630. C'est sans doute la raison pour laquelle le discours juridique évoque les "protecteurs naturels" dans les situations où le patient n'a plus la capacité factuelle de consentir. Nous allons le voir pour le cas- déjà abordé - de la situation d'urgence, puis à propos des personnes qu'une déficience mentale ou nerveuse rend incapables de consentement.

SECTION 3 - Le recours aux proches.

631. Lorsque le malade se trouve dans l'impossibilité de donner son consentement aux actes médicaux qui portent atteinte à son intégrité physique, on parle d'un recours aux proches.

Dans la mesure où le consentement des proches ne peut pas être obtenu, faute de temps, le médecin pourra, de son chef, prendre l'initiative d'une intervention; mais s'il est matériellement possible de provoquer ce consentement, le médecin devra consulter la famille du malade. Sur quoi repose cette obligation ? On est bien en peine de le dire, car la jurisprudence ne se prononce guère sur la question (10).

(10) M. PELISSIER note (thèse citée, p. 122) que dans certains cas, l'état du malade ne permet pas de lui demander son consentement personnel (choc d'un pronostic grave, inconscience, coma...) : "Dans de tels cas, il va de soi que l'absence de consentement ne doit pas priver le malade de soins qui peuvent être vitaux. On se contentera alors du consentement d'un membre de sa famille, en donnant la préférence à ses plus proches parents"; l'auteur ajoute : "la jurisprudence est unanime sur ce point", mais il ne donne pas de références qui permettraient de vérifier son affirmation.

Chez ARRIGHI de CASANOVA (op.cit., n° 91, p. 162), on trouve : "en cas d'impossibilité physique de consentir, telle que perte de connaissance accidentelle (syncope), ou voulue (anesthésie), la jurisprudence, nous l'avons vu, conseille au médecin d'obtenir le consentement de l'entourage du malade", mais cette "jurisprudence" à laquelle renvoie l'auteur n'est autre (p. 161, note 8) que le jugement déjà rencontré du tribunal civil de Lannion du 19 décembre 1932. Or celui-ci concerne l'opération d'une femme mariée (c'est aussi cette - unique - décision de Lannion que cite M. DALCQ dans son Traité, n° 1088, à propos du malade hors d'état de manifester sa volon-

L'intégrité du malade en droit civil

632. On peut cependant faire référence à l'usage, ainsi qu'au Code de déontologie (11).

(Suite note 10)

té). Et M. SAVATIER, dans sa note publiée sous Lyon, 17 novembre 1952 (J.C.P., 1953, II, 7541), après avoir affirmé le principe qui oblige le médecin à prendre lui-même les décisions que lui paraît imposer l'état d'un homme inconscient (coma, anesthésie) poursuit : "on ajoute alors volontiers qu'à défaut du consentement du malade, le médecin doit, si ce dernier est entouré de sa famille, s'assurer du consentement de celle-ci, toutes les fois qu'un doute existe sur la conduite à tenir"; mais la référence jurisprudentielle donnée à l'appui de cette opinion (Trib. civ. Seine, 15 mars 1937, Gaz. Pal., 1937, 2, 379, en sous-note de Paris, 11 mai 1937) concerne elle aussi le consentement d'un mari à l'opération subie par son épouse (cette décision est également citée par M. DECOCQ, op. cit., p. 340, note 197).

Les deux autres arrêts cités par M. SAVATIER parmi les décisions qui ont "implicitement mais nécessairement admis l'existence de ce pouvoir exorbitant de la famille" sont Douai, 24 janvier 1933, D.H., 1934, somm. p. 3 et Angers, 4 mars 1947, D., 1948, J., 298. Mais alors que le premier arrêt - au moins dans le sommaire publié - ne parle que d'une absence de contrôle radiographique, sans faire allusion à un consentement de la famille, le second, déjà rencontré, condamne un praticien qui s'était contenté de l'autorisation d'une épouse pour amputer la jambe de son conjoint pourtant lucide.

Sauf erreur, on ne voit donc pas que la jurisprudence ait explicitement obligé un praticien à recueillir le consentement des proches lorsqu'il devait intervenir sur la personne d'un individu majeur et juridiquement capable mais dans l'impossibilité (momentanée) de manifester son consentement. Il en va différemment lorsqu'il s'agit d'une maladie nerveuse (v. infra n° 634).

- (11) Sic J. PELISSIER, op.cit., p. 124 : "lorsque le malade est inconscient, l'usage et le Code de déontologie prévoient que le médecin traitant devra solliciter l'accord de la famille avant d'entreprendre tout acte médical grave ou dangereux". L'auteur cite (p. 123) l'article 32 du Code de déontologie de 1955 à propos de l'impossibilité d'obtenir le consentement du malade ou de sa famille, mais cet article 32 ne concerne que les patients juridiquement incapables. On préférera citer ici les articles 33, sur l'avertissement aux parents en présence d'une affection grave, et 34 sur la révélation à la famille d'un pronostic fatal.

Le nouveau Code français de déontologie médicale (Décret 79-506 du 28 juin 1979, J.O., 30 juin 1979, p. 1568) règle plus clairement la question en disposant à l'article 7 : "la volonté du malade doit toujours être respectée dans toute la

L'intégrité du malade en droit civil

Cette pratique, d'ailleurs, se justifie en raison (12). Sans doute le patient est-il juridiquement capable de consentir à l'acte médical, mais puisque sa situation de fait le rend provisoirement incapable, ne faut-il pas admettre la solution du recours à l'entourage ? Comme l'écrit M. Decocq : "On est fondé a priori, à penser que les protecteurs les plus qualifiés de la personne sont les parents ou les proches qui l'entourent. Il serait grotesque, sous prétexte que la personne n'a pas de protecteur légal, de ne vouloir reconnaître à quiconque, le pouvoir de décider pour elle un traitement ou une opération" (13).

633. Pour être fort justifiable sur le plan de l'opportunité, la solution retenue par l'usage n'entre pourtant pas aisément dans le cadre classique des principes contractuels puisqu'ici les proches n'ont reçu aucune habilitation formelle à représenter le patient qui n'est incapable que de fait. Ici encore se vérifie l'inadéquation du schéma contractuel en notre matière.

(Suite note 11)

mesure du possible. Lorsque le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, ses proches doivent, sauf urgence ou impossibilité, être prévenus et informés". Mais on remarquera que les proches ne sont pas invités à consentir à l'intervention. Le Code belge de déontologie n'a pas de disposition équivalente à ce dernier article, mais l'art. 33 parle de l'entourage à propos de la révélation du pronostic fatal (v. infra n° 664).

(12) Cfr. J. SAVATIER, art. cité in Arch. ph. droit, 1953-54, p. 131: "Il est remarquable (...) que l'usage de la profession ait senti la nécessité, en cas d'impuissance du malade à exprimer sa volonté, de prendre l'avis des proches. C'est reconnaître que le médecin est incompétent pour apprécier les aspects moraux des décisions médicales, et que, si le malade a besoin d'un tuteur, celui-ci (...) ne peut être le médecin lui-même."

(13) A. DECOCQ, op.cit., p. 340. L'auteur ajoute, en invoquant l'autorité de MM. SAVATIER, DOMAGES et GERVESIE, que la pratique du consentement de la famille, malgré sa "singularité juridique", a reçu l'approbation unanime de la doctrine. Sur la priorité à donner parmi les différentes personnes de l'entourage, cfr. E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 162, H. ANRYS, op.cit., p. 85; et A. DECOCQ, op.cit., p. 340, qui plaide pour une certaine souplesse dans la désignation de la personne la plus proche; idem chez PENNEAU, op.cit., p. 61.

L'intégrité du malade en droit civil

SECTION 4 - Les protecteurs naturels du déficient mental.

634. La même pratique et la même doctrine - et la même incertitude théorique - se vérifient dans le cas du sujet qui se trouve, non plus momentanément mais de façon durable, à la suite d'une maladie mentale ou nerveuse, dans l'incapacité matérielle de donner son consentement à une intervention thérapeutique. Lorsque cette incapacité matérielle est doublée d'une incapacité juridique (interdiction, minorité prolongée), on applique les règles légales de la représentation (14). Mais dans le cas contraire, on en est réduit à improviser.

S'il est toujours possible de profiter d'un intervalle lucide du malade pour nouer entre lui et son médecin un "contrat médical" en bonne et due forme, la situation devient plus délicate lorsque l'état nerveux ou mental du patient l'empêche de prendre une décision raisonnable à propos de sa santé physique ou psychique (15).

635. Prise en elle-même, cette question du consentement du malade (non interdit ni interné) à l'intervention qui vise à le soigner, est juridiquement insoluble (16).

(14) V. à ce sujet P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, pp. 138 et sv.; et E. ARRIGHI de CASANOVA, *op.cit.*, pp. 168-169 qui distingue selon que l'aliéné est interdit et/ou interné. L'incapacité du prodigue est sans influence sur le consentement qu'il donne puisque le prodigue peut accomplir seul les actes qui intéressent sa personne (*idem*, n° 96, p. 169).

(15) On se rappelle que dans l'affaire du patient transsexuel jugée par le tribunal correctionnel de Bruxelles le 27 septembre 1969, le ministère public avait soutenu que le consentement de la victime n'avait pas été libre : le patient devait nécessairement apparaître aux médecins comme un névropathe et un être socialement inadapté. Le tribunal repoussa cette prétention parce qu'elle manquait de preuves : le ministère public n'établissait pas que le patient était un débile mental, de telle sorte que rien ne permettait de dire que son consentement aurait été dénué de liberté et de connaissance de cause.

(16) Sic Dr Jacques LEY, "Les problèmes médico-légaux de la psychochirurgie", *Rev. dr. pén.*, 1951-52, p. 900. Pour l'auteur, "il va de soi que les règles d'humanité les plus élémentaires veulent que l'on cherche à obtenir le consentement du malade mental à tout ce que l'on doit lui faire faire, et le person-

L'intégrité du malade en droit civil

Sur le plan pratique, on peut redouter d'un côté une impéritie des membres de la famille (17), et de l'autre, une résurgence de l'impérialisme médical (18). Comme le débat ne peut être tranché, la jurisprudence se réfère explicitement aux protecteurs naturels de la personne malade. En Belgique, comme en France, elle dispose que le consentement à un acte médical concernant un malade hors d'état de manifester sa volonté soit donné par "les personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels" (19).

(Suite note 16)

nel médical passe sa vie à tâcher d'obtenir que le malade mental mange, qu'il prenne son bain, qu'il se promène, qu'il travaille. A plus forte raison faut-il essayer d'obtenir son consentement le jour où une opération est jugée nécessaire. Cependant, neuf fois sur dix il vaudra mieux ne lui donner que des explications vagues pour ne pas l'effrayer. Un consentement officiel obtenu dans ces conditions (...) ne constituera le plus souvent qu'une formalité hypocrite, et il faut avoir la franchise de le dire à ceux qui considèrent une telle procédure comme essentielle à la tranquillité de leur conscience".

(17) Cfr. J. LEY, art. cité, p. 901 : "Quant aux membres de la famille du malade leur avis est évidemment incompétent et il ne sera pas toujours désintéressé". Et l'auteur conclut: "il s'agit, une fois de plus, d'un domaine dans lequel il est impossible de légiférer avec précision si l'on veut rester humain".

(18) Cfr la note R. SAVATIER sous Lyon, 17 novembre 1952, J.C.P., 1953, II, 7541 : "il y a des psychopathes pour lesquels ce sont les personnes de leur entourage, d'accord avec le médecin choisi par elles, qui décident des traitements à suivre, si graves que soient ces derniers. Là se trouve, sans doute, de notre temps, et pour des majeurs, la forme la plus fréquente et la plus grave des tutelles de fait. Elle s'organise au hasard, d'après la situation de famille et les relations du malade, conduit par un tiers au médecin, et qui passe en vertu d'un contrat juridiquement boiteux, sous la toute-puissance de ce dernier". En comparant cet avis de M. SAVATIER avec celui du Dr LEY cité aux notes précédentes, on s'apercevra combien peuvent être différentes, en cette question également, les sensibilités du médecin et du juriste.

(19) Cfr. Lyon, 17 novembre 1952, D., 1953, J., 253 et la note P. GERVESIE; J.C.P., 1953, II, 7541 et la note R. SAVATIER; cet arrêt, qui réforme Civ. Lyon, 12 janvier 1951, D., 1951, J., 323, a été confirmé par la Cour de cassation le 8 novembre 1955 (J.C.P., 1955, I, 9014 et la note R. SAVATIER; D., 1956, J., 3); dans cette affaire, une femme majeure en état de dé-

L'intégrité du malade en droit civil

636. Est-il possible de préciser davantage les conditions de validité du "contrat médical" conclu avec une personne que son état mental ou nerveux rend incapable d'un consentement libre et éclairé ? Si, par hypothèse, l'incapacité n'est que de fait, il faut bien se résoudre à l'imperfection sur le plan du droit. A la tutelle de fait exercée par les membres de la famille, qualifiés de "protecteurs naturels", répond le pouvoir de fait exercé par le médecin qui se voit confier un être très dépendant. On peut seulement espérer que ces deux pouvoirs, en se contrôlant mutuellement, concourent au meilleur intérêt du malade.

637. Retenons en tout cas, pour notre propos, que la figure contractuelle est très peu adaptée aux situations d'incapacité factuelle puisque d'une part le principal intéressé (patient en état d'urgence ou déficient mental) ne donne pas de consentement, alors qu'il en est juridiquement capable, et que, d'autre part, ses proches sont associés à la décision médicale alors que, formellement, ils n'ont pas à "représenter" la personne qui n'est incapable que

(Suite note 19)

pression nerveuse, avait subi un accident (fracture du bras) au cours d'une séance d'électrochoc. Ce traitement, qu'elle désirait commencer sans tarder, ne lui avait pas été décrit par le praticien. Celui-ci n'avait pas non plus fourni à la mère de la patiente, qui accompagnait sa fille, les renseignements qui lui étaient dus. V. sur ces arrêts, A. DECOCQ, op.cit., pp. 339 et 342.

En Belgique, la jurisprudence a repris la formule française à propos d'une hypothèse comparable : une fracture du fémur survenue au cours d'une séance d'électrochoc chez un homme âgé de 67 ans qui, lui, s'était opposé à ce genre de traitement. Ici, l'action en réparation du dommage subi a échoué parce que la famille (fils, frère, beau-frère du patient) avait consenti au traitement : "si le malade est incapable d'exprimer une volonté consciente, le médecin a non seulement le droit mais le devoir de lui appliquer le traitement qu'en conscience il estime nécessaire, surtout lorsqu'à défaut du consentement de l'intéressé, il a obtenu celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels" (Bruxelles, 11 janvier 1962, R.G.A.R. (1962) 6928; Pas., 1963, II, 23) V. sur cet arrêt, H. ANRYS, op.cit., n° 57, pp. 84-85.

L'intégrité du malade en droit civil

de fait. Nous pouvons constater la même inadéquation du "contrat médical" et des règles classiques de la représentation à propos des personnes incapables de droit.

638. On le fait en abordant d'abord le régime de la représentation des incapables, puis la limitation du pouvoir des représentants désignés.

SECTION 5 - La représentation et la capacité naturelle de l'incapable.

639. En abordant l'intervention thérapeutique à pratiquer sur une personne que le droit déclare incapable, nous entrons dans un champ mieux balisé que dans le cas des incapacités de fait, puisqu'ici, l'incapacité est juridique (20).

Pour nous limiter à la situation des enfants, on dira qu'avant d'intervenir, le praticien doit obtenir le consentement des représentants légaux de son patient mineur, c'est-à-dire de ceux qui détiennent sur lui la puissance paternelle (l'autorité parentale), sinon, des organes de tutelle (21).

(20) Sur le régime de la représentation des incapables dans l'exercice des droits de la personnalité, v. supra n° 206.

(21) On ne traitera pas du consentement de la femme mariée; depuis que le mariage ne modifie plus la capacité civile des conjoints (cfr en France, la loi du 18 février 1938 et en Belgique, celle du 30 avril 1958; art. 216 du Code civil français et 212 du Code civil belge), la question n'est plus d'actualité : la femme est pleinement capable de consentir seule à l'intervention qui engage son intégrité physique (cfr. A. DECOCQ, n° 489, p. 347). Déjà sous le régime du Code civil, alors que le devoir d'obéissance de la femme paraissait rendre indispensable le recours au consentement du mari, une partie de la doctrine proposait, pour atténuer les conséquences parfois injustes de cette subordination, de reconnaître à la femme un droit sur sa personne qui la ferait échapper à son incapacité (sic E. ARRIGHI de CASANOVA, *op. cit.*, p. 169); on lit par exemple dans l'avis de la Commission administrative des hospices de Bruxelles (rapporté par P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 140, note 2) que l'article 213 du Code civil "n'accorde de prédominance au mari dans

L'intégrité du malade en droit civil

Le régime de la puissance paternelle ne semble pas causer de grandes difficultés tant en droit belge qu'en droit français (22). Mais depuis que cette autorité s'exerce concurremment par le père ou la mère, on se demande si l'un ou l'autre des parents est compétent pour autoriser une intervention thérapeutique sur la personne de son enfant mineur (23).

(Suite note 21)

la société conjugale qu'en ce qui concerne les intérêts collectifs de la famille, et qu'elle ne saurait lui servir pour porter atteinte aux droits individuels de son conjoint; que parmi ceux-ci il faut ranger le droit à la vie et par conséquent celui de recourir aux soins médicaux et chirurgicaux qui lui sont conseillés et offerts par des praticiens savants, expérimentés et habiles...".

V. aussi sur une espèce particulière, Trib. civ. Lannion, 19 décembre 1932, précité : "si, au cas d'opération pratiquée sur la personne d'une femme mariée, le consentement du mari ne saurait remplacer le consentement de la femme alors sous le sommeil anesthésique, l'opérateur agit toutefois prudemment en sollicitant ce consentement lorsqu'il se trouve dans l'obligation de prendre une décision d'urgence et qu'il y a inconvénient grave à réveiller l'opérée"; et l'arrêt précité d'Angers, 4 mars 1947 (avec la note R. SAVATIER) où une femme autorise seule l'amputation de la jambe de son mari (condamnation du chirurgien).

Pour la Belgique, v. R. DALCQ, Traité de la responsabilité, précité, n° 1091, qui expose la controverse engagée à propos de la nécessité de l'autorisation maritale.

- (22) Sur le principe selon lequel le pouvoir des parents de consentir aux actes médicaux est un attribut de la puissance paternelle comme telle, v. A. DECOCQ, op.cit., p. 337 et les autorités citées : GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, SAVATIER, DOMAGES, etc... En jurisprudence, v. par exemple, Civ. Liège, 27 novembre 1889 et Liège, 30 juillet 1890, déjà cités; Civ. Seine, 31 décembre 1928, J.C.P., 1929, 250.
- (23) Cfr en droit français la loi du 4 juin 1970 (entrée en application le 1er janvier 1971) qui impose, à l'article 372-2 C. civ., qu'à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant; et en droit belge la loi du 1er juillet 1974 modifiant en ces termes l'article 373 C. civ. : "Durant le mariage et sauf les exceptions prévues par la loi, le père ou la mère exerce l'autorité sur la personne des enfants mineurs, sauf le droit de l'autre époux de se pourvoir devant le tribunal de la jeunesse, uniquement dans l'intérêt de l'enfant". Pour une espèce où il y avait désaccord entre les parents,

L'intégrité du malade en droit civil

Il faudrait, pour répondre affirmativement, que l'intervention soit bénigne (24). Autres hypothèses : lorsque les conjoints sont divorcés ou séparés de corps, le praticien devra obtenir le consentement de celui des parents qui exerce le droit de garde, puisque c'est lui qui doit veiller à la santé de l'enfant (25).

(Suite note 23)

v. Gr. Inst. Paris, 6 novembre 1973; Gaz. Pal., 1974, I, Jur. 299 et la note P. BARBIER, à propos de la circoncision de trois garçons pratiquée par un chirurgien à la demande de leur mère qui invoquait une nécessité thérapeutique, et sans consultation du père qui protestait, a posteriori, contre cette intervention dans laquelle il voyait un rite religieux. En se plaçant sur le terrain strictement médical, le tribunal donne raison au praticien en disant "qu'il n'était pas tenu, avant de pratiquer une intervention chirurgicale relativement bénigne, de recueillir d'autre autorisation que celle de la mère, dès lors que rien ne lui permettait de supposer un désaccord entre les parents; qu'au surplus, on ne voit pas comment le père aurait pu raisonnablement s'opposer à cette intervention, dès lors qu'elle était médicalement nécessaire". Cette dernière affirmation tranche une question de principe qui sera examinée plus loin (v. infra n° 644); en tout cas, on peut s'étonner de ce que, dans cette affaire, le père n'ait pas été consulté (cfr. la note précitée P. BARBIER qui attire l'attention sur le fait que l'opération litigieuse a eu lieu en octobre 1970, soit donc quelques mois avant la mise en application du nouveau régime d'exercice de l'autorité parentale).

(24) Cfr. P. BARBIER, note précitée : "les commentateurs (de l'art. 372-2 C.civ.) sont très circonspects sur la portée de l'expression 'acte usuel' sous l'angle de la chirurgie". Comp. R. NERSON, art. cité in Mélanges Marty, p. 860, où l'auteur donne comme exemples d'acte usuel la réduction d'une fracture ou l'appendicite sans complication.

(25) Pour la doctrine ancienne sur cette question, v. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 137, et E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 164. Comment celui des parents qui n'a pas reçu le droit de garde peut-il être mis en mesure d'exercer son droit de surveillance sur la façon dont l'enfant est soigné (cfr. art. 373-2 du Code civil français et 303 du Code civil belge) ?

Le praticien pourra sans doute se contenter de l'assentiment de celui des parents qui a la garde de l'enfant puisque celui-ci est habilité à prendre seul les décisions d'ordre médical qui s'imposent (cf. en ce sens, P.J. DOLL, "Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement

L'intégrité du malade en droit civil

Lorsque le mineur est soumis au régime tutélaire, l'autorisation d'intervenir sur sa personne dans un but thérapeutique appartient au tuteur (26).

640. Pour le "contrat médical" comme pour les autres actes de sa vie juridique, le mineur doit donc être représenté ainsi qu'il vient d'être dit.

Mais on peut se demander si le discours classique qui parle de "représentation" des mineurs par leurs parents dans tous les actes de la vie civile est encore adéquat à propos d'un acte - l'acte médical - qui touche de si près le sujet dans son intégrité physique. Ainsi qu'on l'a déjà signalé à propos du "droit à l'image" (27), la question se pose de savoir s'il ne faut pas tenir compte de l'opinion du mineur lui-même, étant donné qu'il est intimement concerné par l'intervention projetée.

(Suite note 25)

éclairé", Gaz. Pal., 1972, II, 428), mais il sera plus prudent de consulter aussi l'autre parent (cfr. H. ANRYS, op. cit., p. 84 faisant état d'une directive prise en ce sens par l'Ordre belge des médecins).

(26) On discute sur le point de savoir si ce pouvoir appartient au tuteur à titre personnel (cfr. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 137; E. ARRIGHI de CASANOVA, op. cit., p. 164, qui invoque en faveur du tuteur la commodité pratique et le droit de garde) ou en qualité de délégué du conseil de famille (sic A. DECOCQ, op. cit., p. 138); comme il s'agit d'un pouvoir qui engage - parfois gravement - la personne du mineur, il faut préférer la deuxième hypothèse.

V. à propos de la représentation d'une jeune fille mineure en état d'arriération mentale profonde, Trib. inst. Brest, 25 avril 1978 (D., 1978, 697 et la note C. GEFFROY) décrivant les pouvoirs du tuteur désigné : "dans l'intérêt de l'incapable, par application des art. 495 et 450, § 1 C.civ., le représentant légal pourra donner les autorisations aux soins nécessaires à la protection de la santé de X... étant entendu que pour les actes pouvant engager gravement la santé ou l'intégrité corporelle, il devra se munir de l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles selon le régime de protection (art. 389-6 et 449 C.civ., circulaire du 6 janvier 1977 du Ministre de la Santé III-A)".

(27) V. supra n° 294.

L'intégrité du malade en droit civil

Les auteurs se prononcent en faveur d'une capacité naturelle du mineur qui corrige la rigidité de son incapacité juridique (28). Ce faisant, la doctrine entame un peu plus la théorie contractuelle, puisqu'elle crée une capacité que l'on ne rencontre pas dans la théorie générale des obligations.

(28) Cfr. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, pp. 316 et sv. : "il nous paraît préférable de ne pas voir dans le contrat entre le médecin et son client un contrat ordinaire, mais bien un contrat spécial régi par des principes moins d'ordre juridique que d'ordre naturel. Ce qui permettrait d'accepter et de comprendre (...) que l'âge de la majorité légale soit écarté et remplacé par celui du discernement effectif..." (p. 141); A. JACK, art. cité, p. 388 : "la capacité nécessaire en l'espèce n'est pas la capacité légale, enfermée dans des limites rigides, mais la capacité naturelle, existant en fait, de manifester un consentement sérieux"; R. NERSON, thèse citée, p. 425; comp. E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 166 : "On ne prendrait évidemment pas en considération le caprice d'un enfant en bas-âge parce que l'intelligence des actes qu'il accomplit est douteuse. Mais il est certain que bien avant sa majorité une personne prend au fur et à mesure de son développement, conscience des droits qu'elle a sur son corps, et comme il s'agit là pour elle de l'objet de connaissance auquel elle accorde naturellement une attention aisée et prolongée, ne peut-on se demander si la présomption irréfragable de défaut de discernement, contenue dans l'incapacité du mineur, ne doit pas être ici transformée en présomption qui supporte la preuve contraire ?", mais l'auteur préfère s'en tenir aux dispositions du Code qui présumant les parents et le tuteur plus habiles que le mineur pour apprécier la portée d'un acte dans les conséquences immédiates et futures qu'il peut comporter (p. 167).

Sur la question de savoir à partir de quel âge le mineur pourrait exercer sa capacité en des décisions qui seraient opposables à ses parents ou à son tuteur, cfr. R. DOMAGES, thèse citée, p. 167 : "sans aller jusqu'à accorder (...) la liberté de contracter au mineur, dès qu'il a atteint ce qu'on appelle 'l'âge de raison', il serait sans doute opportun d'instituer une majorité propre à l'exercice des droits de la personnalité - tout au moins de certains d'entre eux, comme le droit à l'intégrité physique - antérieure à la majorité civile"; comp. G. SARVONAT, thèse citée, p. 109 : "Lorsqu'il s'agit des intérêts primordiaux de la personne humaine, nul n'est mieux placé pour les apprécier que l'intéressé lui-même. Il suffit d'avoir une volonté consciente (...). A quel moment peut-on considérer le mineur comme ayant une volonté consciente ? Y a-t-il un âge de raison légal ? Il est évident qu'il faut répondre par la négative, et qu'il s'agit uniquement d'une appréciation pour chaque cas d'espèce".

L'intégrité du malade en droit civil

641. Pour la suite de notre propos, il est intéressant de savoir en quel sens s'oriente cette capacité naturelle (29). Si l'on reconnaît un "droit" du mineur quant à son intégrité physique, est-ce dans le sens d'une accentuation de la protection ou de la disposition ? Ici encore, il faut trouver une articulation entre les deux régimes, et la réponse classique privilégie celui de la protection. Car si l'exercice par le mineur de sa capacité naturelle entrerait en conflit avec la volonté de ses représentants légaux, l'homme de l'art devrait, pour départager les deux volontés contradictoires, faire appel au critère décisif de l'intérêt du patient.

Ainsi, "en cas d'absence ou même d'opposition du père (ou, en général, du représentant légal de l'incapable), le mineur, qui jouit d'une maturité suffisante, peut sans aucun doute, autoriser valablement le médecin à prendre les mesures conservatoires indispensables" (30).

(29) L'introduction en notre matière d'une capacité de fait qui corrige l'incapacité de droit pose au juriste des questions délicates. Elle les pose aussi au médecin puisqu'on lit dans le Code français de déontologie médicale de 1979 que le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement des représentants de l'incapable et que (art. 43, al. 2) "si l'incapable peut émettre un avis, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible."

Comp. dans la loi du 26 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes les précautions prises dans l'art. 1, al. 2 lorsque le donneur "ex vivo" est un mineur. On lit in fine : "si l'avis du mineur peut être recueilli, son refus d'accepter le prélèvement sera toujours respecté."

(30) R. DIERKENS, op.cit., p. 44 : l'auteur ajoute : "(le mineur) ne fait qu'invoquer son droit à l'intégrité de son être et, par acte de volonté, sa souveraineté sur son corps. Il se réclame du Noli me tangere qui le protège contre tous les dommages, non seulement ceux provoqués par une action positive, mais encore ceux qui découlent d'une passivité néfaste, inspirée par des intentions criminelles, par l'ignorance, le fanatisme ou l'avarice".

Sur le fait que de telles interventions sont justifiées d'ailleurs par l'urgence que par une quelconque capacité naturelle, v. A. DECOCQ, Essai..., n° 489, p. 346.

L'intégrité du malade en droit civil

642. Par contre, lorsqu'un mineur refuse un traitement qui lui serait salubre, sa "capacité naturelle" est éclipsée au profit du pouvoir de ses représentants légaux. M. Decocq, qui insiste sur cette primauté de l'intérêt du patient par rapport à sa volonté (31), invoque même le Traité de droit médical de MM. R. et J. Savatier, Auby et Péquignot pour montrer que ces auteurs, qui sont pourtant "tout près d'affirmer l'autonomie de principe de l'incapable conscient par rapport à son groupe familial", doivent se résoudre à admettre la primauté de l'intérêt du patient (32).

Quand il intervient sur la personne d'un mineur, le praticien doit donc respecter les règles légales de l'incapacité juridique lorsque les représentants du mineur expriment une volonté qui coïncide avec l'intérêt de l'incapable, malgré la résistance de celui-ci (33); si, par contre, les protecteurs légaux du mineur ont une attitude qui ne respecte pas ses intérêts, le praticien pourra se contenter du consentement du mineur, pourvu que celui-ci ait la capacité naturelle de l'exprimer.

643. C'est cette limitation du pouvoir des représentants légaux que l'on examine maintenant en son principe, d'autant qu'elle doit

(31) A. DECOCQ, op.cit., n°s 499 et sv., p. 353.

(32) Cfr Traité de droit médical, n° 239 : "il n'est plus normal qu'un médecin impose un traitement dangereux ou une opération mutilante (DECOCQ : quid s'il s'agit d'une intervention moins grave ?) à de grands jeunes gens ou de grandes jeunes filles, malgré leur résistance, et du simple fait que telle est la volonté de leurs parents. C'est seulement en cas de péril grave et reconnu (DECOCQ : les interventions dangereuses sont-elles admissibles en d'autres hypothèses ?) qu'avec le consentement des parents, il pourra forcer la volonté des grands enfants." M. DECOCQ en conclut : "il apparaît ainsi que, s'il s'agit de son intérêt, il n'y a pas d'autonomie de l'incapable - apte à l'autonomie - par rapport à ses protecteurs légaux" (p. 355).

(33) V., toutefois, sur la difficulté pratique d'intervenir médicalement sur une personne non consentante, R. DIERKENS, op.cit., p. 44, note 2 : "l'expérience a démontré qu'une opération est d'autant moins dangereuse que la confiance du malade en son médecin est plus grande. Il en résulte qu'une intervention faite sans l'accord et a fortiori contre la volonté du malade est, par elle-même, contre-indiquée".

L'intégrité du malade en droit civil

nous permettre de justifier les solutions proposées à l'égard des mineurs qui sont incapables non seulement en droit mais également en fait.

SECTION 6 - La limitation du pouvoir du représentant.

644. Il s'agit ici d'établir un équilibre, une balance, entre deux principes qui se superposent généralement, mais qui peuvent parfois se disjoindre : celui de l'autorité parentale exercée sur la personne du mineur, et celui de la protection de l'intégrité physique des incapables. Le problème est vite résolu lorsque, appelé d'urgence auprès de l'incapable, le médecin ne peut recueillir en temps utile le consentement du représentant légal, car dans ce cas, il doit donner les soins qui s'imposent (34).

645. Mais la question est plus délicate lorsque ce consentement qui pourrait être matériellement obtenu ne veut pas être donné. Dans ce cas, pour reprendre le titre d'un bref article écrit en 1949 par M. Leclercq, "le médecin peut-il opérer un enfant mineur sans le consentement du père ?" (35)

L'auteur y affirme nettement les prérogatives du titulaire de la puissance paternelle sur la personne de son enfant mineur (36).

(34) Le Code français de déontologie médicale (1979) porte à l'article 43 : "Un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un incapable majeur doit s'efforcer de prévenir les parents ou le représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, ou si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires". Comp. l'art. 30 du Code belge (1975).

(35) Ch. LECLERCQ, "Le médecin peut-il opérer un enfant mineur sans le consentement du père ?", J.T., 1949, 317.

(36) "Cette omnipotence du père peut sans doute mettre en péril la vie de l'enfant, car il n'est malheureusement pas exclu d'imaginer un veuf qui préférerait que son enfant ne soit pas sauvé par une opération, pour lever l'obstacle à un remariage. Il n'importe; quelque souci que le médecin ait de sauver la vie de l'enfant, il n'est pas en son pouvoir de passer outre à l'autorisation du père" (art. cité, p. 317).

L'intégrité du malade en droit civil

Mais la doctrine dominante met davantage en relief les devoirs - et pas seulement les droits - impliqués par l'exercice de l'autorité parentale (37). On invoque d'ailleurs à cet égard les textes légaux qui incriminent la non-assistance à personne en danger (38).

646. En cas de conflit entre la volonté irréductible du titulaire de la puissance paternelle en opposition avec celle du médecin sur le traitement qu'il convient d'entreprendre, on aura, en principe, recours aux autorités judiciaires qui arbitreront ce conflit. Les mesures prises seront plus ou moins énergiques : depuis la dé-

(37) Pour une critique de la position de LECLERCQ, cfr P. FORIERS, op.cit., n° 309, p. 190 : si personne ne peut donner à un tiers le droit de violer, même sur soi, les règles régissant l'ordre public, pour FORIERS, "le consentement du père ne peut, a fortiori, délier un tiers de l'observation des règles régissant l'ordre public"; et R. DIERKENS, op.cit., p. 41 : "Il faut rejeter formellement le point de vue de ceux qui font dépendre la licéité de l'intervention du médecin, même en cas d'urgence et de nécessité, du bon plaisir ou même des intentions criminelles du père". V. aussi les développements de DABIN sur les "droits fonctions" dans son ouvrage sur Le droit subjectif, op. cit., pp. 217 et sv.

(38) V. supra n° 511.

En jurisprudence, v. Grenoble, 9 avril 1954, J.C.P., 1954, 2, 8139 et la note PAGEAUD, qui punit pour non-assistance les parents qui, pour un motif religieux, avaient refusé les soins médicaux à leur enfant atteint de rhumatisme cardiaque (la juridiction inférieure les avait relaxés au motif que cette prévention n'était pas établie : il y avait eu secours; cfr Corr. Gap, 6 janvier 1954, J.C.P., 1954, 2, 8016 et la note PAGEAUD); dans une affaire semblable, le tribunal correctionnel de Dunkerque avait condamné les parents le 30 octobre 1953 (J.C.P., 1954, 2, 8095) sur la base d'homicide involontaire. V. sur le refus de transfusion sanguine par les Témoins de Jéhovah, R. DIERKENS, op. cit., p. 41.

A propos de non-assistance, les vrais responsables du délit seront les parents qui s'opposent à un traitement, mais le risque de poursuites pénales contre un médecin pour omission de porter secours n'en demeure pas moins possible (sic H. de TOUZALIN, "Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort", J.C.P., 1974, 1, 2672).

L'intégrité du malade en droit civil

chéance de la puissance paternelle (39) jusqu'à l'abstention du ministère public qui, dûment averti, acceptera de ne pas poursuivre le médecin rebelle au refus des parents (40), en passant par les mesures d'assistance éducative prévues par la loi (41).

Mais ces solutions avancées par la loi ou la doctrine ne semblent pas avoir reçu d'écho dans la jurisprudence. Cette absence de débat judiciaire montre peut-être qu'en règle générale, les parents s'inclinent devant le pouvoir médical exercé - on le présume - dans l'intérêt de l'enfant (42).

(39) cfr. par exemple, E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 167, invoquant le contrôle que la loi de 1889 accorde aux tribunaux pour apprécier l'exercice de la puissance paternelle. Lorsqu'il s'agit d'un tuteur qui méconnaît l'intérêt de son pupille, il y a possibilité de destitution par le conseil de famille. La possibilité d'une déchéance n'est pas citée par LECLERCQ qui parle, au contraire, de "droits illimités" du père sur la personne de son enfant (art. cité au J.T., 1949, p. 318).

(40) Cfr H. de TOUZALIN, art. cité, § 7 et § 17 : "Il nous semble que le médecin n'a que l'obligation de décider et - simultanément - d'informer le parquet de sa décision (...); il met ainsi le procureur de la République à même de vérifier, dans l'intérêt des parties en cause (médecin et parents), dans quelles conditions les faits se sont présentés et les actions réalisées. Ainsi le médecin sera protégé d'une action ultérieure éventuelle des parents; ceux-ci pourront se voir opposer leur carence, le cas échéant pénalement punissable; à l'inverse cette même enquête démontrera ou écartera l'hypothèse d'un éventuel abus de décision du médecin à l'égard des parents".

(41) Pour une description de ces mesures, v. H. de TOUZALIN, art. cité, §§ 9 à 13. En France, le décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 (relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux; texte au J.C.P., 1974, III, 41248) règle ainsi le problème à l'article 28, in fine : "Lorsque la santé ou l'intégrité corporelle du mineur risquent d'être compromises par le refus du représentant légal du mineur ou l'impossibilité de recueillir le consentement de celui-ci, le médecin responsable du service peut saisir le ministère public afin de provoquer les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent". Pour une critique de ce texte, v. H. de TOUZALIN, art. cité, § 17.

(42) Sur le refus de transfusion sanguine de la part de parents Témoins de Jéhovah, v. R. NERSON, débat sur le droit à la mort, Rev. des Dr. de l'homme, 1974, p. 474; et R. GROSEMANS, Rapport cité aux Journées Capitant 1975, t. XXVI, p. 435. L'un et l'autre auteur soulignent la primauté de l'intérêt de

L'intégrité du malade en droit civil

647. Nous voici donc loin du régime de représentation prévu par le Code civil. Alors que normalement, le mineur, incapable de droit, est représenté dans tous les actes de la vie civile par des personnes qui engagent, en son lieu et place, son consentement, voici que d'un côté, on lui reconnaît une capacité naturelle à consentir par lui-même aux actes qui touchent son intégrité et que, par ailleurs, on force parfois impérieusement la main des "représentants" qui se refusent à nouer le "contrat médical".

On voit à quel point la théorie contractuelle est malmenée sur ce terrain de la capacité des contractants; à quel point aussi la notion classique de la représentation paraît étroite pour encadrer la relation thérapeutique.

Car le majeur qui se trouve dans l'impossibilité matérielle de consentir à un traitement médico-chirurgical, parce qu'il est momentanément hors de conscience, ou parce que son état mental ou nerveux lui a ôté la maîtrise de lui-même, va être flanqué, malgré sa pleine capacité juridique, de protecteurs naturels qui prendront ses intérêts en charge; mais par contre, lorsqu'une personne juridiquement incapable sera reconnue en fait assez maîtresse d'elle-même pour donner un consentement lucide à une intervention thérapeutique,

(Suite note 42)

l'enfant. Au cours d'une conférence donnée à Bruxelles le 7 décembre 1978 sur les états frontières entre la vie et la mort, le professeur VIGOUROUX, chef d'un service de neurochirurgie à Marseille, expliquait : "je vais vous dire ce que je fais dans des cas semblables; ou plutôt, je ne vous le dirai pas !..."

Le nouveau Code français de déontologie médicale de 1979 encourage d'ailleurs cette attitude puisque, après avoir énoncé à l'art. 43 que le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement des représentants de l'incapable, il ajoute à l'article 44 : "Le médecin doit être le défenseur de l'enfant malade, lorsqu'il estime que l'intérêt de la santé de celui-ci est mal servi par l'entourage".

Le Code belge (1975) est plus explicite encore puisqu'il énonce à l'art. 30 : "Quand le patient est un mineur d'âge ou un autre incapable et s'il est impossible ou inopportun de recueillir le consentement de son représentant légal, le médecin prodiguera les soins adéquats que lui dictera sa conscience". Ce jugement d'inopportunité aboutit, en fait, à une déchéance (privée) de puissance paternelle.

L'intégrité du malade en droit civil

cette capacité naturelle pourra faire échec aux règles légales de la représentation dans la mesure où il s'agit de sauvegarder l'intérêt de l'incapable.

Et d'une façon générale, la limitation des pouvoirs du représentant de l'incapable, jusqu'à la possibilité de la déchéance, montre assez ce qu'a de fictif en notre matière le recours à la figure du contrat.

Le droit des contrats doit ici s'incliner devant les impératifs d'une santé à restaurer, d'une vie à préserver. En examinant les entorses faites au régime légal de la représentation, on peut se convaincre de ce que la formule contractuelle a d'artificiel pour rendre compte, sur le plan du droit, de la relation entre un médecin et son patient. Peut-être devrons-nous tirer la même conclusion en étudiant l'obligation imposée au praticien de fournir à son malade des informations telles que celui-ci puisse donner un consentement libre et éclairé à l'intervention qui vise à le soigner ?

CHAPITRE 4 — Le consentement libre et éclairé

648. Dans la mesure où la relation thérapeutique se laisse traduire juridiquement dans les termes d'un contrat (cf. ch. 1), elle doit obéir à toutes les conditions de validité des conventions.

Or nous avons vu, à propos de l'objet du "contrat médical" combien il est difficile d'engager dans un contrat initial unique le principe du respect de l'intégrité physique du patient (ch. 2). Et nous venons de voir, à propos du sort des contractants juridiquement ou matériellement incapables de donner leur consentement à l'intervention curative, que les règles habituelles de la capacité s'appliquent mal aux partenaires de la relation thérapeutique (ch. 3). Après l'objet et la capacité, nous pouvons préciser maintenant les caractéristiques du consentement requis pour la validité du "contrat médical".

649. A lire les articles 1109 et suivants du Code civil, on voit que le consentement doit être libre (exempt de violence) et éclairé (exempt d'erreur et non surpris par dol) (1).

Mais alors que la liberté du consentement ne semble pas poser de problème sinon en pratique, du moins en théorie, son caractère éclairé a soulevé un important débat de principe répercuté en de nombreuses décisions de justice.

(1) Mme A. JACK (art. cité, n° 12) et M. DOMAGES (thèse citée, n°s 106 et sv.) ont cru devoir soumettre à un régime juridique spécial le consentement requis pour la formation du contrat médical étant donné la particularité de son objet. Mais les critiques ont montré que pour être valide, toute convention, qu'elle porte sur l'intégrité physique ou sur n'importe quel objet extérieur à la personne du sujet, nécessite un consentement libre et éclairé et qu'il est donc inutile de soustraire le contrat médical aux règles du droit commun; v. E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., pp. 144 et sv.; F. CABRILLAC, thèse citée, p. 255 et surtout A. DECOCQ, op.cit., pp. 362 et sv. : "dans tous les contrats mettant en présence un technicien et un non-technicien, le premier aura l'obligation de donner au second les renseignements que des connaissances normales ne peuvent lui fournir..." (p. 364).

L'intégrité du malade en droit civil

C'est ce débat que l'on voudrait exposer ici pour montrer, encore une fois, l'inadéquation de la figure contractuelle à la relation nouée entre un médecin et son patient.

650. Comment faut-il entendre la confiance faite dans le "contrat initial" : s'agit-il d'assurer tout au long de la thérapeutique engagée la transparence la plus complète entre le malade et son vécu corporel, ou bien la confiance implique-t-elle aussi que l'homme de l'art garde - comme un secret - l'ignorance dans laquelle se trouve son patient ?

Le discours juridique avance ses affirmations entre ces deux extrêmes : s'il est admis que le sujet malade puisse, même à l'intérieur de la relation thérapeutique, disposer de soi, il est admis aussi qu'on donne la priorité à tout ce qui touche la protection de ses intérêts. Cette dernière constatation nous amène, précisément, à mettre en cause la validité de la figure contractuelle lorsqu'on cherche à l'appliquer à notre matière.

SECTION 1 - Le débat sur la confiance.

651. De quoi s'agit-il dans la relation thérapeutique ? Il s'agit d'un lien créé par la demande d'un patient qui se confie à un plus expert que lui en vue de soigner - et si possible, de guérir - les maux dont il souffre. Comment dès lors le médecin doit-il assumer la confiance qui lui est faite ? En éclairant son client sur toutes les déficiences, graves aussi bien que bénignes, de son état physique d'une part, et sur tous les moyens, dangereux ou non, qu'il va mettre en oeuvre pour y remédier, d'autre part, ou bien doit-il, faisant fond sur cette confiance initiale, établir son diagnostic et son pronostic puis décider des remèdes sans rien partager de sa compétence médicale ni des connaissances particulières qu'il a obtenues dans l'examen du malade ?

L'intégrité du malade en droit civil

652. En cette question, on retrouve le débat doctrinal déjà exposé à propos de l'objet du contrat médical entre les partisans et les adversaires de ce qu'on a appelé "l'impérialisme (ou paternalisme) médical" (2). Comme dans ce premier cas, les réponses doivent être nuancées. Puisqu'il s'agit d'un rapport de confiance, il est question de psychologie autant que de droit, et cela aussi bien en ce qui concerne la vérité à dire au malade touchant son propre état physique qu'à propos de l'information à lui donner sur les risques de l'intervention thérapeutique qu'il va subir : que peut-il, que veut-il comprendre de ce qu'on lui dira ?

653. Ici encore il faut prendre en considération, au moins en un premier temps, le critère de l'intérêt du malade; cet intérêt devra moduler l'obligation de principe qui incombe au médecin d'exposer à son patient, en vue de recueillir son consentement éclairé, la nature, les risques et les avantages de l'intervention qu'il se propose de pratiquer sur sa personne (3).

Car cet intérêt du patient est l'objectif fondamental de la relation thérapeutique. Dans les termes formels du contrat, nous avons dit que la cause du "contrat médical" est la nécessité curative: la guérison est la raison d'être et la mesure de l'engagement du

(2) v. supra n° 600.

(3) V. à ce sujet l'art. 4 de la Charte du malade usager de l'hôpital élaborée par le Comité hospitalier de la C.E.E. et approuvée en mai 1979 à Luxembourg.

En Belgique, cette Charte a fait l'objet d'une proposition de loi déposée au Sénat le 28 juin 1979 par MM. DE CLERCQ et consorts : Doc. parl., Sénat, sess. extr. 1979, n° 195-1 : "Proposition de loi relative aux droits du malade usager de l'hôpital" : "Le malade usager de l'hôpital a le droit d'être informé de son état. C'est l'intérêt du malade qui doit être le critère des informations à lui donner. Celles-ci doivent lui permettre d'avoir un aperçu complet de tous les aspects, médicaux et autres, de son état et de prendre lui-même des décisions ou de participer aux décisions concernant son bien-être personnel" (art. 4) (soulignement ajouté). V. encore l'art. 42 du Code belge de déontologie médicale (1975) : "Le médecin, lorsqu'il l'estime utile ou lorsque le malade lui en fait la demande, peut remettre au patient, dans la mesure où son intérêt l'exige, les éléments objectifs du dossier médical, tels que les radiographies et les résultats d'examens" (soulignement ajouté).

L'intégrité du malade en droit civil

patient envers son médecin (4). C'est, dès lors, en fonction de cette visée fondamentale qu'il faut apprécier l'exigence du consentement libre et éclairé que le malade est appelé à donner à l'homme de l'art (5).

654. Par ailleurs, dira-t-on en un second temps, si l'on confie à un seul des deux partenaires de la relation thérapeutique, au médecin en l'occurrence, le soin d'évaluer, en fonction de l'intérêt de son patient, l'amplitude des informations à lui livrer, respecte-t-on assez la maîtrise que le malade doit pouvoir garder vis-à-vis de son propre destin ? En utilisant le vocabulaire employé à propos du droit subjectif, on dira : à vouloir privilégier le régime de protection des intérêts du patient en lui cachant, au besoin, tout ce qui concerne son vécu corporel, fait-on encore assez place au régime de disposition par lequel le malade engage comme il l'entend son avenir personnel, ce qui requiert, évidemment, qu'il soit assez éclairé lui-même sur son propre état ?

(4) v. supra n° 589.

(5) Comp. H. ANRYS, op.cit., p. 65 : "l'information apparaît comme une des obligations contractuelles du médecin envers le patient. Elle est liée au but de guérison que poursuit le praticien, et qui est la cause du contrat, et cet objectif fournira la limite de l'obligation située dans le silence vis-à-vis de tout ce qui pourrait être nocif pour le moral du patient ou qui risquerait de le détourner de soins, c'est-à-dire de ce qui serait contraire à l'objectif poursuivi de commun accord"; et M. DELHUVENNE, "Ambiguïtés juridiques du secret professionnel du médecin", Rev. belge de séc. soc., 1978, p. 544 : "La limitation du droit à la vérité trouve sa source dans les obligations contractuelles du médecin : de par son contrat, celui-ci s'est engagé à faire tout ce qui est en son pouvoir pour mener à bonne fin la guérison du malade; dans la mesure où, en raison de possibles répercussions psycho-somatiques, la communication de la vérité risque d'être préjudiciable au rétablissement de la santé, le médecin a l'obligation de se taire ou de limiter la communication des données médicales ou d'en réserver la communication à certains représentants de fait du malade".

L'intégrité du malade en droit civil

655. En d'autres termes, l'opacité que le sujet malade vit entre lui-même et son propre corps (6), faut-il que le médecin la prenne sur lui en considérant que, par le "contrat initial", le malade la lui a confiée, ou bien doit-il s'employer à dissoudre cette opacité en livrant à son patient toute l'information apte à rendre transparent son état corporel ? Faut-il protéger le malade en lui épargnant une information trop rude, ou bien lui donner de disposer de lui-même en l'éclairant sur tout ?

En parcourant la jurisprudence, on voit fréquemment affleurer ce débat de principe.

656. Est-ce que la figure juridique du "contrat médical" permet de trancher la question ? Si l'on insiste sur la cause du contrat, on optera, au nom de la nécessité curative, pour le devoir de protection et éventuellement de discrétion que le médecin assume envers son patient; mais si l'on insiste sur la nécessité du consentement "libre et éclairé", alors on choisira de privilégier, au nom de la liberté reconnue au malade, l'obligation d'information qui pèse sur le praticien.

657. On le voit, l'intérêt du malade demande une appréciation délicate. Sans doute faudra-t-il, dès lors, se méfier des formules absolues qui préconisent le silence complet ou, au contraire, l'éclairage brutal à propos de l'information à donner au malade. "On peut, dit M. Péliissier, exiger que l'information du malade soit franche et complète et ne cache aucun des risques - même exceptionnels - que le patient pourrait courir, son moral dût-il en souffrir" (7). L'auteur ajoute : "Cette optique est évidemment celle qui

(6) Cfr. L. PORTES, art. cité, p. 33 : "Au sens exact du terme, le patient ne voit plus clair en lui-même, car entre lui-même observant son mal et lui-même souffrant de son mal, s'est glissée une opacité et parfois même une obscurité totale; tous ses pas dans la connaissance de lui-même sont devenus trébuchants comme ceux d'un enfant".

(7) J. PELISSIER, thèse citée, p. 125; c'est, dit-il, la solution retenue par la jurisprudence américaine.

L'intégrité du malade en droit civil

respecte le mieux la liberté du malade. Mais, curieusement, cela peut être à son détriment. En effet, en cette matière, tout est affaire de cas particuliers et une solution aussi absolue est pleine de dangers sur le plan thérapeutique" (8).

658. Que dit le droit à ce sujet ?

En cette matière, comme en bien d'autres, il n'intervient qu'après l'échec. Lorsqu'une mesure thérapeutique n'a pas donné le résultat escompté, le malade invoque parfois le fait que son consentement n'a pas été bien éclairé. C'est alors que le droit dit ce que le praticien aurait dû faire. Ainsi se précisent un certain nombre de paramètres qui dessinent l'amplitude de l'obligation imposée au praticien d'informer son malade. Avant de les passer en revue, au fil de quelques décisions de jurisprudence, on voudrait d'abord voir jusqu'où s'étend l'obligation de discrétion imposée aux médecins, d'une part dans la question du secret professionnel opposable au patient, et d'autre part dans la déontologie de la révélation du pronostic. Car on y trouve un premier état de la discussion touchant à la fois la confiance inhérente à la relation thérapeutique

(8) Dans le même sens, M. SAVATIER écrit (note sous Lyon, 17 novembre 1952, J.C.P., 1953, II, 7541) : "il y a un certain danger à introduire dans les choses du droit des slogans trop fermes pour rester nuancés".

L'auteur entend bien exercer ce sens de la nuance lorsqu'il poursuit : "si nous croyons le contrat médical trahi par ceux qui (...) voient, en principe, dans le malade un être en état d'opacité intellectuelle auquel le médecin est en droit (...) de dissimuler son état pour lui imposer le traitement considéré comme le meilleur, nous pensons, en revanche, que le juge, appréciant les rapports entre un médecin et un malade, doit, tout en respectant entre eux l'égalité de droit, ne pas méconnaître leur inégalité de fait. Et cette inégalité de fait consiste précisément en ce qu'il n'est guère possible au médecin de traiter le malade en homme éclairé".

Comp. A. DORSNER et A. SCÉMAMA, "Médecine et information du malade", Gaz. Pal., 1977, 2, doct., 433 : "Il ne faudrait (...) pas que, sous le couvert de sauvegarder les droits de la personnalité du malade, les juges imposent systématiquement aux praticiens une information poussée jusqu'à ses moindres détails. La relation médicale ne se réduit pas à sa dimension contractuelle; c'est aussi une relation humaine qui met en présence deux sensibilités".

L'intégrité du malade en droit civil

et donc aussi le caractère "libre et éclairé" du consentement donné par le malade à l'intérieur du "contrat médical".

SECTION 2 - Le secret professionnel opposable au malade.

659. Certains praticiens ont prétendu que les dispositions pénales qui répriment la violation du secret professionnel (art. 378 du Code pénal français, et 458 du code pénal belge) leur interdisaient de communiquer à leur patient les résultats de leurs investigations. La jurisprudence, approuvée par la doctrine, a réagi nettement contre cette prétention.

Comme le dit fort bien un jugement du tribunal civil de la Seine, "les motifs d'ordre public et d'intérêt général qui justifient l'obligation générale et absolue au secret dont sont tenus les médecins et chirurgiens à l'égard de toute personne autre que leur client, ne sauraient être invoqués dans les rapports des mêmes praticiens avec ce dernier; en effet, les principes qui régissent lesdits rapports ont pour base essentielle la confiance mise par le malade en celui dont il sollicite les lumières et les soins; d'où il suit que le praticien s'oblige envers celui qui se confie à lui, à le renseigner aussi exactement que complètement tant sur son état qu'éventuellement sur les possibilités et les moyens d'y remédier; ainsi, à aucun égard, les médecins et chirurgiens ne peuvent se prétendre tenus d'un quelconque secret dans leurs rapports avec leurs clients relativement aux affections dont ces derniers se prétendent atteints et au sujet desquelles ils les consultent" (9).

(9) Civ. Seine, 7 juin 1955, D., 1955., J., 588 à propos d'une patiente qui déliait de l'obligation au secret professionnel les chirurgiens qui l'avaient opérée, vis-à-vis des experts judiciaires chargés d'enquêter sur les conditions des interventions chirurgicales. Le tribunal ajoute : "cette obligation de renseigner leur client est stricte à ce point que la responsabilité du praticien se trouve engagée lorsque, faute d'avoir fourni des précisions suffisantes à un malade, il en résulte quelque dommage pour ce dernier". Sur le fait que l'obligation au secret

L'intégrité du malade en droit civil

660. Côté doctrine, on ne s'étonnera pas de trouver M. Savatier pour défendre les droits du malade contre le praticien qui invoque envers son patient les obligations du secret professionnel : "en soi, le secret médical n'existe pas à l'égard du malade. La divulgation des constatations du médecin est non seulement permise mais due au patient, qui peut donc solliciter du médecin tout certificat attestant les constatations de celui-ci" (10).

661. En doctrine encore, il faut mentionner la réflexion de M. Mazen (11). Celle-ci prend distance par rapport aux théories anciennes qui fondaient exclusivement le secret professionnel sur l'ordre public, car pour cet auteur, l'obligation au secret a pour but de protéger l'intimité du patient, sa vie privée. Depuis que la loi du 7 juillet 1970 en France a proclamé que "chacun a droit au respect de sa vie privée", on peut considérer que ce nouvel article 9 du Code civil fonde, de façon indirecte peut-être, mais indubitable, l'article 378 du Code pénal.

C'est ici que se situe le changement de perspectives : l'indiscrétion est punie non plus parce qu'elle émane de tel ou tel profession-

(Suite note 9)

professionnel se fonde aussi sur l'intérêt du malade, et ne peut donc lui être opposé, v. Douai, 15 novembre 1960, D., 1963, 284 et la note M.L.R. (à propos d'une veuve qui réclame le dossier médical de son mari pour prouver que le décès de celui-ci est dû à une maladie professionnelle) et Cass., 1er mars 1972, J.C.P., 1972, IV, 98 (à propos d'un médecin de la Sécurité sociale qui refusait de délivrer des documents à un expert judiciaire).

(10) Note R. SAVATIER sous Cass., 22 janvier 1957, D., 1957, 445 (à propos d'une prostatectomie invoquée comme fin de non-recevoir par les héritiers du défendeur à une action en déclaration de paternité); la suite de la note expose une réserve importante : il faut faire en sorte que le patient ne soit jamais moralement contraint de délier son médecin du secret professionnel.

On trouve la même doctrine dans d'autres notes de M. SAVATIER sous Grenoble, 6 juillet 1960, J.C.P., 1961, II, 11934; Cass., 31 janvier 1963, J.C.P., 1963, II, 13122, et Cass., 22 décembre 1966, J.C.P., 1967, II, 15126.

(11) V. N.J. MAZEN, "Le secret des praticiens de la santé, mythe ou réalité", Gaz. Pal., 1975, 2, Doctr., 468.

L'intégrité du malade en droit civil

nel (le médecin...), mais parce qu'elle viole l'intimité de telle ou telle personne (le malade...) (12).

662. On voit donc bien dans quel sens s'oriente le discours juridique : si le secret devait être la "chose" de quelqu'un, il serait davantage celle du malade que celle du praticien qui le soigne. Le patient doit pouvoir "s'approprier" l'information puisqu'elle le concerne, lui : il doit être "éclairé" (13). Le médecin doit "restituer" à son malade le "secret" que celui-ci porte en lui-même. Il n'y a pas de violation du secret professionnel dans le dialogue particulier qui se noue entre le praticien et son patient.

663. Mais si le texte pénal laisse ainsi la porte ouverte à la liberté du médecin et au droit du malade, il faut voir que le Code de déontologie médicale la referme quelque peu.

(12) cfr. N.J. MAZEN, art. cité, p. 469 : "Dès lors que l'on admet que la violation du devoir de se taire n'est qu'une infraction sanctionnant une atteinte à la vie privée, rendue possible par la participation de l'acte de soins, toute définition du domaine de l'article 378 du Code pénal ne peut se faire que par rapport à l'individu objet de l'acte de soins. On doit à notre avis écarter toute délimitation professionnelle du champ d'application de l'article 378 du Code pénal et ne s'attacher qu'à l'aspect fonctionnel : il ne s'agit pas du privilège de certaines professions, mais de la protection du patient objet de l'acte de soins".

(13) V. encore R. DALCQ, art. cité au T.V.P., 1974, p. 362 où l'auteur s'en prend à la théorie qui permet au médecin de disposer d'un secret à l'égard de son propre patient : "cette conception (...) est évidemment inconciliable avec le principe en vertu duquel le malade doit être entièrement informé et éclairé par le médecin pour pouvoir consentir valablement à l'intervention".

Mais comp. A. MARECHAL, "Le secret professionnel médical", Rev. dr. pén., 1955-56, p. 67 : "en ne révélant pas toute la vérité à son malade, le praticien n'exerce pas un droit. C'est le patient qui se trouve limité dans son droit à lui. Dans le chef du médecin, il n'y a qu'une absence de devoir".

L'intégrité du malade en droit civil

SECTION 3 - La déontologie de la révélation du pronostic.

664. Du côté de la déontologie médicale, on ne recueillera pas beaucoup de données positives sur l'amplitude de l'information à donner au malade.

Sous l'empire du Code français de 1955, en effet, on ne trouvait que des restrictions, à propos des cas extrêmes, puisque l'article 34 admettait qu'un pronostic grave pouvait être légitimement dissimulé au malade et qu'un pronostic fatal ne pouvait lui être révélé qu'avec la plus grande circonspection.

Le code de 1979 a repris les mêmes dispositions en son article 42 (14), mais en outre, il contient un principe positif d'information inscrit à l'article 37 : "Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté nécessaire. Il doit veiller à la bonne compréhension de celles-ci par le malade et son entourage. Il doit s'efforcer d'obtenir la bonne exécution du traitement".

En Belgique, les principes sont les mêmes (15).

(14) Code français de déontologie médicale (1979), art. 42 : "Pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience, un malade peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave.

Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais la famille doit généralement en être prévenue, à moins que le malade n'ait préalablement interdit cette révélation, ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite".

(15) V. l'art. 33 du Code de déontologie (1975) : "En principe, le diagnostic doit être révélé au patient. Un pronostic grave peut cependant légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne peut lui être révélé qu'exceptionnellement et avec grande circonspection, mais il doit l'être généralement et en temps opportun à l'entourage à moins que le patient n'ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite".
Comp., en jurisprudence, Civ. Liège, 14 décembre 1955, Jur. Liège, 1955-56, p. 130 : "on ne peut reprocher au (médecin) de ne pas avoir averti la malade de la gravité de l'opération et d'une issue fatale possible : le médecin n'étant pas obligé de tout dire à son malade".

L'intégrité du malade en droit civil

665. Alors que la réflexion récente sur le secret professionnel permet une transparence de l'état corporel du malade vis-à-vis de lui-même, voici que, dans les cas graves, le médecin se voit tenu de maintenir son patient dans l'ignorance vis-à-vis de sa propre maladie (16).

L'opacité qui caractérise l'état du malade envers son propre vécu corporel n'est pas dissipée par celui qui "sait" : le patient n'est pas "éclairé" sur ce qu'il vit en sa propre chair.

Une telle prescription déontologique doit retenir l'attention du juriste lorsqu'il réfléchit sur le consentement "libre et éclairé" du patient et, plus généralement, sur le droit du sujet envers son propre corps. Car une sorte de réflexe, qui caractérise sans doute l'humanisme médical, empêche la transparence complète du sujet malade par rapport à ce qu'il vit en son propre corps (17).

(16) C'est pour lever cette obligation que la proposition de loi déposée par le sénateur français H. CAILLAVET "relative au droit de vivre sa mort" (Sénat, 2de sess. ord. 1977-78, n° 301) porte à l'article 5 : "Nonobstant toutes dispositions contraires, tout médecin détenant des informations sur l'état de santé d'une personne est tenu de les lui donner, sur sa demande écrite, dès lors que cette demande est formulée en vue de la déclaration prévue à l'article 2 ci-dessus, ou que l'intéressé a déjà effectué une telle déclaration".

Pour une critique de cette disposition, v. G. MEMETEAU, "Les raisins verts (proposition de loi de M. CAILLAVET sur le refus de prolonger artificiellement sa vie)", Rev. trim. dr. san. et soc., 1978, p. 305 : "(la personne), alléguant son intention de formuler la déclaration ad mortem, aura beau jeu d'obliger son médecin à lui livrer l'information que, dans son intérêt, il désirait dissimuler".

Sur le "testament de vie" en général, v. infra n° 810.

(17) On peut en voir une nouvelle manifestation dans la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dont l'art. 40 énonce : "lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des informations à caractère médical, celles-ci ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet".

Entre le sujet et les données concernant son propre corps, l'accès n'est donc pas "direct"... Pour M. NERSON (chron. jur. in R.T.D.Civ., 1979, p. 367), "la restriction sera trouvée naturelle au moins par ceux qui connaissent la variété des applications de l'informatique à la médecine, la complexité des dossiers médicaux, et qui imaginent les réactions ca-

L'intégrité du malade en droit civil

666. L'humanisme juridique soulignerait peut-être davantage la nécessité d'une disposition par le sujet de son propre destin et donc, pour cela, l'obligation d'une information détaillée; il reste que c'est, ici encore, le régime de protection qui est privilégié: c'est dans l'intérêt du malade que le médecin taira les informations trop alarmantes.

667. En parcourant les déterminations de l'obligation assumée par l'homme de l'art d'informer son patient, et particulièrement celles qui concernent la fréquence des risques de l'intervention, ainsi que le sort juridique du mensonge médical, on verra que tout ne peut pas être dit entre le médecin et le malade. Or, dans la mesure où l'analyse de droit positif montre que le praticien peut taire certaines informations à son patient, elle montre aussi le caractère très abstrait de la théorie contractuelle qui exige, elle, un consentement éclairé. Il faut s'y résoudre : le débat sur la confiance se joue entre la clarté qui est peut-être un droit dans le chef du malade et l'obscurité qui est peut-être une obligation dans le chef du médecin.

SECTION 4 - Les déterminations de l'obligation d'informer.

668. La jurisprudence relève une série de normes déterminant le consentement que le malade doit donner à son médecin à propos de l'acte médical qui va porter atteinte à son intégrité physique.

(Suite note 17)

tastrophiques qu'une interprétation erronée peut engendrer chez le sujet".

Ajoutons pour notre part qu'une interprétation exacte peut également engendrer, si les données révèlent une situation grave, des "réactions catastrophiques". Ce serait dès lors aussi pour atténuer la vérité - et pas seulement pour l'assurer - que la loi imposerait l'intermédiaire d'un médecin dans l'accès aux données médicales.

L'intégrité du malade en droit civil

669. On dira tout d'abord que le malade doit avoir consenti non seulement au but de l'intervention, mais encore au procédé employé pour l'atteindre (18).

Car c'est le patient qui doit pouvoir faire son choix (19).

Et pour le faire en connaissance de cause, il faut qu'il ait une idée exacte, même si elle est approximative, de la portée de l'intervention envisagée sur sa personne; or qui pourrait l'éclairer sur ce sujet, sinon le praticien lui-même ? (20)

(18) Cass. fr., 28 janvier 1942, D.C., 1942, J., 63; Gaz. Pal., 1942, I, 177; V. à propos de cette décision, E. ARRIGHI de CASANOVA, op. cit., p. 161 : "Sans doute, des décisions paraissent-elles se contenter, en toute hypothèse, d'un consentement portant sur le but de l'intervention. En réalité, elles visent surtout à dispenser le médecin de fournir des détails techniques complets sur les moyens opératoires employés. Mais les décisions récentes expliquent d'une manière plus précise la portée de cette dispense d'explication. Celle-ci concerne les modalités d'exécution de la technique opératoire choisie, et non le choix de cette technique".

La décision de la cour suprême du 28 janvier 1942 est souvent citée par les auteurs qui traitent de notre sujet; peut-être est-ce parce qu'il n'y en a pas beaucoup d'autres qui soient aussi affirmatives sur cette question. Cfr. la note précitée A. LEGAL sous Corr. Seine, 23 février 1949; la note R. VIENNE sous un arrêt rendu le même jour par la cour d'appel d'Aix, J.C.P., 1949, II, 5025; et la note précitée R. SAVATIER sous Lyon, 17 novembre 1952; v. aussi R. DALCQ, Traité cité, n° 1083, et A. DECOCQ, thèse citée, p. 366.

(19) Sans doute le praticien est-il seul responsable et donc seul juge de la thérapeutique à appliquer à son patient, mais cette liberté doit s'entendre vis-à-vis de toute injonction extérieure; elle n'autorise pas l'homme de l'art à choisir à la place du malade, parmi les traitements convenables, celui qui répond le mieux à son intérêt. Aussi peut-on s'étonner de trouver cet attendu dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège : "il ne peut être reproché (au médecin) de ne pas avoir mis (la patiente) au courant des diverses thérapeutiques qui pouvaient théoriquement être employées pour soigner la névralgie du trijumeau, alors que, consulté par l'appelante, il avait arrêté le traitement qu'il estimait convenir au cas qui lui était soumis" (Liège, 24 novembre 1971, J.T., 1974, 297 et la note J.L. FAGNART).

(20) Une question est parfois débattue en jurisprudence sur le point de savoir auquel des praticiens incombe l'obligation d'informer lorsque le patient est soumis, comme c'est souvent le cas, à plusieurs d'entre eux : pour un conflit - entre médecin traitant et spécialiste, v. Bruxelles, 21 juin

L'intégrité du malade en droit civil

670. L'amplitude de cette information à délivrer varie en fonction de plusieurs paramètres. On trouve ainsi d'un côté la situation culturelle du malade et sa capacité à comprendre les explications fournies par son médecin (21), et de l'autre côté le degré de certi-

(Suite note 20)

1967, J.T., 1968, 27, et le commentaire déjà cité R. DALCQ, T.V.P., 1974, p. 357; - entre chirurgien et radiologue, Cass. fr., 23 mai 1973 et 8 octobre 1974, J.C.P., 1975, II, 17955 et la note SAVATIER; - entre chirurgien et médecin traitant, Cass. fr., 14 février 1973, Gaz. pal., 1973, 1, 341 et la note P.J. DOLL.

- (21) Il y a des informations que le médecin peut ne pas donner soit parce qu'elles sont supposées connues de tous ou de tel public déterminé, soit parce qu'elles supposeraient une explication technique trop détaillée.

Le jugement déjà rencontré du tribunal correctionnel de Mons du 2 avril 1936 dit en termes fort imagés : "il est des cas simples cités à titre d'exemples où le client sur avertissement, ne pourra se plaindre de la brièveté des renseignements: un malade sait bien que quand sa jambe sera coupée il ne l'aura plus et qu'il ne conservera de l'appendice qu'un souvenir douloureux; un malade sait aussi que s'il entre dans une clinique à traitement électrique, ce n'est pas pour y entendre un opéra". Comp. la note P. GERVESIE sous l'arrêt précité de Lyon, 17 novembre 1952 : "Un praticien ne peut être tenu des mêmes obligations suivant qu'il traite un collègue, un étudiant en médecine, un de ces auxiliaires (infirmiers, sages-femmes, etc...) ayant quelques connaissances pragmatiques de l'art médical, ou un simple mortel, absolument étranger à tout ce qui touche la médecine. Il semble assez téméraire de supposer, par exemple, chez ce dernier, une connaissance 'parfaite' de l'électro-choc et de ses dangers; présumés tous connaître la loi, les particuliers ne sont pas encore tous censés savoir la médecine".

La situation culturelle et intellectuelle du patient ne détermine pas seulement la quantité d'information à recevoir de la part de l'homme de l'art; elle détermine encore la façon dont cette information doit lui être donnée. Le praticien devra en tout cas chercher à se faire comprendre : "Dans toute technique avancée, le langage des techniciens doit être transposé pour devenir accessible au profane (...); 'l'éclairage' que le médecin pourra donner, chez son futur patient, au consentement qu'il lui propose pour une intervention, ne sera pas 'l'éclairage' qu'il possède lui-même, quant à celle-ci, mais celui que le patient est apte à recevoir" (R. SAVATIER, note sous Cass., 1er février 1961, J.C.P., 1961, 12129 à propos d'une affaire où le chirurgien avait parlé à sa patiente d'une "double sinusite frontale" pour éviter l'emploi du terme "muco-cèle" qu'elle n'aurait vraisemblablement pas compris).

L'intégrité du malade en droit civil

tude acquis par le médecin : de même qu'on ne peut tenir rigueur à un praticien de n'avoir pas donné à son patient l'explication technique que celui-ci n'aurait pas comprise, on ne peut pas lui faire grief non plus de ne pas lui avoir donné d'information sur des éléments dont il n'était pas sûr; car s'il est des choses qui échappent aux malades, il en est aussi qui échappent aux médecins (22).

671. Si les variations de l'obligation d'informer peuvent être dues au niveau culturel du malade ou à la certitude scientifique du médecin, ce qui se comprend assez aisément, il faut voir aussi qu'elles peuvent être attribuées aux caractéristiques du traitement lui-même : son utilité d'une part, et la fréquence des risques qu'il entraîne, d'autre part. Ces deux derniers paramètres nous donnent de précieuses indications sur les limites du "consentement éclairé" et, du même coup, sur la fragilité de la construction contractuelle en matière thérapeutique.

672. L'utilité du traitement : plus elle est grande, moins il y a d'information à donner sur ses conséquences. De même qu'en droit pénal, nous avons justifié l'immunité du praticien par la nécessité curative tout en admettant que cette nécessité pouvait compter des degrés divers de contraintes selon la plus ou moins grande extension du mot "guérir", ainsi en droit civil, devons-nous reconnaître que l'obligation d'information contractée par le praticien est d'au-

(22) V. note précitée P. GERVESIE sous Lyon, 17 novembre 1952 : "les médecins (...) voudraient-ils exposer à l'avance à leurs clients toutes les conséquences et incidences possibles d'un traitement, ils ne le pourraient pas; le corps humain a encore ses mystères; un même traitement provoque chez les patients des réactions qui ne sont pas toujours identiques; elles ne seront souvent connues avec certitude qu'a posteriori; on ne peut raisonnablement demander au médecin de connaître infailliblement l'avenir". V. aussi Toulouse, 24 septembre 1976, J.C.P., 1977, IV, 268; et Trib. civ. Lannion, 19 décembre 1932, précité.

L'intégrité du malade en droit civil

tant moins impérieuse que le traitement s'impose avec une intensité plus forte (23). La jurisprudence est fixée depuis longtemps en ce sens, et les procès relatifs aux échecs de la chirurgie esthétique lui ont permis d'affirmer plusieurs fois le principe en cause (24).

673. L'amplitude de l'information à donner sur les bienfaits et les risques d'une intervention projetée dépend du degré du mal auquel cette intervention a pour but de remédier : plus les enjeux sont ceux de la protection de l'intégrité physique du sujet - voire de sa vie - plus la lucidité du consentement peut-elle être atténuée au profit de l'intervention salvatrice.

Par contre, si les enjeux sont davantage ceux d'une disposition de soi sans qu'un intérêt curatif soit nettement marqué dans l'intervention, alors la figure contractuelle s'impose avec plus de force, appelant, de la part du patient, un consentement qui soit mieux éclairé.

(23) Ou, en d'autres termes : "le consentement du malade doit être d'autant plus consciemment motivé que l'intervention médicale ou chirurgicale est moins urgente" (R. NERSON, "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil", R.T.D.Civ., 1970, p. 675). On trouve le même principe chez H. ANRYS, *op.cit.*, p. 70 : "moins l'intervention présente de caractère indispensable, plus l'information doit être poussée. Plus l'intervention est nécessaire, plus le malade est condamné à la confiance".

(24) Cfr. Paris, 12 mars 1931, précité (amputation d'une jambe gangreneuse à la suite d'une opération effectuée pour corriger l'hyperplasie graisseuse) : "une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné par l'intéressée en toute connaissance de cause sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir le mal, mais seulement de faire disparaître ou d'atténuer une imperfection physique". Cfr. aussi Cass. fr., 17 novembre 1969 (D., 1970, J., 85; Gaz. Pal., 1970, I, 49; J.C.P., 1970, II, 16507 et la note R. SAVATIER, à propos d'une suppression de rides qui avait entraîné une cécité de la patiente à l'oeil gauche). En doctrine, v. encore E. ARRIGHI de CASANOVA, *op.cit.*, pp. 159-160; A. DECOCQ, *op.cit.*, p. 376; L. KORNPROBST, Responsabilités du médecin, *op.cit.*, p. 381; et P.J. DOLL, "Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé", Gaz. Pal., 1972, 2, 428.

L'intégrité du malade en droit civil

674. La priorité donnée à la protection des intérêts du sujet par rapport à la lucidité de son consentement, lorsqu'on envisage l'utilité du traitement, se retrouve également dans le dernier paramètre annoncé : celui de la fréquence des risques provoqués par l'intervention.

SECTION 5 - La révélation des risques.

675. Si le praticien est obligé d'obtenir le consentement éclairé du malade, cette obligation a pour corollaire celle de le renseigner sur les risques que comporte l'intervention envisagée : mais quels risques doivent être révélés ? La jurisprudence est assez abondante sur cette question, surtout depuis la seconde guerre mondiale tant en France qu'en Belgique (25).

Quelle obligation faut-il imposer au praticien ? Parmi tous les adjectifs qui qualifient le risque : "normal", "anormal", "prévisible", "imprévisible", "fréquent", "habituel", "exceptionnel", "rarissime", lesquels faut-il choisir ? Et comment peut-on les mesurer ? Ici comme ailleurs, la nuance s'impose.

676. On pourra reprocher au chirurgien d'avoir "poursuivi, sans aviser le patient, une opération dont le succès était aléatoire alors qu'il l'avait représentée à l'intéressé comme une opération anodine" (26), en revanche, "il ne saurait être question d'imposer au médecin l'obligation de faire apparaître à son client tou-

(25) Au plan para-législatif, on signalera ici à titre indicatif la disposition contenue dans la Charte des droits du malade usager de l'hôpital dont l'art. 5 énonce : "Le malade usager de l'hôpital (...) a le droit de recevoir au préalable une information complète quant aux risques de toute intervention inhabituelle en vue d'un diagnostic ou d'un traitement..."

(26) Trib. Nîmes, 20 octobre 1953, J.C.P., 1954, II, 8222 et la note E. CLAVEL, à propos d'une tumeur du nerf sciatique prise pour un simple kyste.

L'intégrité du malade en droit civil

tes les conséquences défavorables possibles, même les plus hypothétiques, d'une intervention quelconque" (27).

Comme on l'a jugé en France, on pourra encore, cette fois en termes plus statistiques, tenir un praticien pour fautif d'avoir traité des névralgies faciales par alcoolisation du ganglion de Gasser sans avoir prévenu son patient que ce traitement "comporte 24,6 % de risques de complication, dont 13 % de lésions permanentes" (28).

C'est à propos du même traitement (alcoolisation du ganglion de Gasser pour névralgie faciale) qu'a eu lieu en Belgique l'affaire la plus importante consacrée au consentement éclairé du patient à l'acte médical. En l'espèce, le traitement avait entraîné une kératite et une paralysie de la face, risques dont le praticien n'avait pas informé sa patiente. Statuant en un sens différent du tribunal français, la Cour d'appel de Bruxelles a exonéré le praticien de toute responsabilité car "s'il est peut-être excessif de qualifier les accidents du genre de ceux de l'espèce de totalement imprévisibles parce qu'en fait ils existent et sont signalés par la littérature médicale, lesdits accidents sont toutefois suffisamment rares et exceptionnels pour que l'intimé ait pu s'abstenir de les mentionner à sa cliente sans faillir à son devoir d'informer celle-ci" (29).

(27) Lyon, 12 avril 1956, Gaz. Pal., 1956, I, 380, à propos d'une urographie qui avait provoqué une phlébite au bras du patient.

(28) Civ. Nice, 16 janvier 1954, D., 1954, 178 à propos d'un patient borgne devenu aveugle à la suite de ce traitement. Mais à cette époque, nous sommes dans une phase "sévère" de la jurisprudence puisque, au praticien qui soutenait que les risques réalisés étaient imprévisibles, le tribunal répond que les ayant déclarés "rares", l'homme de l'art avait admis par là même qu'ils étaient "constants".

(29) Bruxelles, 21 juin 1967, J.T., 1968, 27; Pas., 1969, II, 42. Cassé pour ambiguïté de motifs (Cass., 23 avril 1969, Pas. 1969, I, 751), l'arrêt de Bruxelles fut remplacé par celui de Liège, 24 novembre 1971 (J.T., 1974, 297); ce dernier, affirmant d'une part le principe "que le praticien est tenu de faire connaître à son patient les dangers prévisibles et normaux de l'intervention envisagée; que par contre il n'a pas à lui révéler les dangers exceptionnels, c'est-à-dire ceux qui se réalisent rarement et qui sortent de l'ordinaire", et reconnaissant d'autre part, que la kératite est "une complication courante et normale" de l'intervention litigieuse, exonère

L'intégrité du malade en droit civil

677. Finalement, la formule conservée par la jurisprudence parle des risques "normalement prévisibles"; ce sont ceux-là, et ceux-là seulement, que le médecin doit signaler à son patient avant l'intervention thérapeutique (30).

(Suite note 29)

pourtant le praticien de ne pas avoir averti sa patiente de ce "danger normal et fréquent" pour le motif que "dans les circonstances de la cause, cette abstention en soi très regrettable ne peut avoir pour effet de mettre à sa charge ce risque particulier de l'intervention". Car le praticien voulait ménager le moral de sa patiente. La Cour de cassation qui rejette le pourvoi formé contre cet arrêt (Cass., 4 oct. 1973, J.T., 1974, 296; Pas. 1974, I, 121) admet que l'information donnée à la patiente avait été "suffisante", "compte tenu de son état physique et moral" (v. sur ce point, infra n° 678).

(30) V. Cass. fr., 13 mai 1959, Bull. cass., 1959, I, n° 240, p. 202 ("si les conséquences d'une anesthésie, telles qu'elles se sont produites, ne pouvaient être prévues par le praticien, celui-ci n'avait aucune obligation d'information à l'égard de son malade"); Cass. fr., 14 avril 1961, Gaz. Pal., 1961, 2, 53 ("il ne suffit pas de dire que tel examen se pratique fréquemment avec tel appareil pour en induire le caractère anormal du risque survenu et donc l'absence de faute du praticien à le taire"); Lyon, 6 novembre 1961, D., 1962, Somm., 55 ("un chirurgien ne peut avoir l'obligation de faire connaître à son client tous les risques possibles d'une intervention chirurgicale, surtout simple et habituellement bénigne, mais seulement les risques sérieux et habituels"); Nîmes, 19 octobre 1964, Gaz. Pal. 1965, I, 80 ("un médecin n'est tenu d'avertir son client que des risques normalement prévisibles"); Cass. fr., 23 mai 1973 et 8 octobre 1974 (à propos d'accidents survenus au cours d'examens radiologiques), J.C.P., 1975, II, 17955 et la note R. SAVATIER.

En Belgique, v. par exemple Liège, 12 février 1975, R.G.A.R. (1975) 9449 (risque "connu" mais "imprévisible" de fistule). Dans leur article déjà cité sur "Médecine et information du malade", Mmes DORSNER et SCEMAMA font état d'une autre décision (Cass. civ., 4 mai 1970, Bull. cass., I, n° 152, p. 123) de laquelle "il semble résulter, à simple titre de présomption, que le médecin est désormais tenu de signaler non seulement les risques normalement prévisibles mais aussi tous les risques graves même s'ils sont rares", mais ce n'est, de fait, qu'une "présomption", car en cette affaire (où le patient était atteint d'une incapacité permanente de 50 % à la suite d'un examen au méthiodal), la Cour ne casse l'arrêt d'appel que pour défaut de réponse à un chef précis des conclusions du demandeur tendant à prouver la faute du praticien pour ne pas l'avoir averti des conséquences graves du traitement.

L'intégrité du malade en droit civil

La doctrine tient le même langage (31).

Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que le "contrat médical" ne peut pas être assimilé à une convention d'ordre patrimonial qui préciserait chacun des risques de la négociation envisagée. Le médecin a affaire à un malade, c'est-à-dire aussi, à une psychologie.

678. L'impressionnabilité du patient peut être telle qu'elle compromette gravement ses chances de guérison; or, ce qui importe pour le malade lorsqu'il noue ce que les juristes appellent un "contrat médical", ce n'est pas tant de "savoir" que de "guérir". Le médecin pourra donc légitimement le laisser dans l'ignorance des risques de l'intervention prévue si la révélation qui en serait faite devait compromettre la guérison finale (32).

(31) V. les auteurs cités par M. DECOCQ, op.cit., p. 375. En Belgique, R. DALCQ, Traité cité, n°s 1080 et 1081; cfr. aussi J.L. FAGNART, note précitée sous Liège, 24 novembre 1971 où l'arrêtiste compare (à la note 25) les expressions employées par différents auteurs pour désigner les dangers que le médecin est dispensé de révéler à son patient ("les plus rares et les plus hypothétiques", "les plus exceptionnels", "purement éventuels", etc...) pour conclure : "si les expressions employées varient, il nous paraît difficile de déceler entre les opinions exprimées, des divergences réelles".

(32) Cfr. la note précitée DESBOIS sous Civ. Seine, 16 février 1935; E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 159 : "Si le but recherché est la guérison, tout doit être mis en oeuvre pour l'obtenir. Mais alors une connaissance trop précise des risques de l'intervention ne va-t-elle pas en compromettre le succès ? Le cas n'est pas rare de malades qui une fois avertis du déroulement de l'opération, vivent dans une atmosphère d'angoisse peu recommandée à la veille d'une intervention délicate"; R. et J. SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, Traité cité, p. 245; M. SAVATIER signale aussi (cfr. sa note précitée sous Lyon, 17 novembre 1952) l'inévitable autosuggestion du malade à propos des risques dont lui parle son médecin : "même si le médecin qui signale ces risques insiste, pour le rassurer, sur la rareté des accidents, le malade, qui sait que le rôle du médecin est de l'encourager, minimise aussitôt la portée objective de ces encouragements". Cfr. aussi la note précitée P. GERVESIE sous le même arrêt de Lyon; G. SARVONAT, thèse citée, p. 106; R. DIERKENS, op.cit., n° 64, p. 51 et sa citation de H. HINDERLING sur le "Aufklärungspflicht" en droit médical; P. MONZEIN, "La responsabilité pénale du médecin", art.cité, pp. 867 et 877; X. RIJCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, Traité cité, t. 1, n° 571; H. ANRYS, op.cit., n° 51, p. 78;

L'intégrité du malade en droit civil

Il faut bien que le droit se résolve à admettre cette situation particulière (33). Mais on remarquera qu'elle déroge nettement au principe du consentement éclairé impliqué par la notion de contrat.

679. On a repéré jusqu'ici un certain nombre de paramètres dont le praticien doit tenir compte pour évaluer l'obligation qu'il a assumée dans le "contrat médical" d'informer le patient sur son état physique et sur le traitement envisagé. Cette énumération aura permis de mesurer la relativité du droit du malade à la vérité.

Peut-on aller jusqu'à justifier non plus seulement la réticence mais la dissimulation positive du médecin envers son patient ?

(Suite note 32)

R. DALCQ, Traité cité, n° 1082; et la note anonyme (très favorable au pouvoir médical) sous Trib. gr. inst. Bordeaux, 8 mars 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, 264.

(33) La doctrine reconnaît sans doute, au nom d'une élémentaire prudence, la légitimité du silence du praticien sur les éléments du diagnostic ou de la thérapeutique dont la connaissance aggraverait la situation du patient, mais elle n'en reste pas moins vigilante pour limiter cette tolérance aux cas de nécessité, sous peine de faire du principe du consentement éclairé une exception et de vider ainsi le "contrat médical" d'une bonne partie de sa substance.

V. les critiques adressées par M. DALCQ à l'arrêt déjà cité de Liège, 24 novembre 1971, in T.V.P., 1974, p. 359 : "si l'on admet que dans tous les cas, le médecin peut librement juger que l'intérêt du malade est de ne pas l'avertir de l'intervention, pour ne pas provoquer soit un refus de la part du malade, soit une tension nerveuse, n'est-ce pas mettre complètement à néant l'obligation pour le médecin de recueillir le consentement libre et éclairé de son malade ? Si l'on suit la thèse adoptée par l'arrêt, il faudrait en effet considérer que c'est le médecin qui est seul juge des informations qu'il doit donner à son malade et qu'il est libre d'apprécier qu'il vaut mieux n'en donner aucune alors que c'est évidemment le malade qui peut seul décider, après avoir été éclairé par les médecins, s'il accepte ou non de se soumettre à l'intervention". Pour une autre critique de cette décision de Liège, v. J.L. FAGNART, note citée au J.T., 1974, p. 299 : "l'arrêt se contente de relever que le médecin 'a pu légitimement penser' que le moral de sa patiente risquait d'être atteint. Cette croyance légitime n'en est pas moins subjective. Elle n'équivaut nullement à une constatation de l'incapacité réelle et sérieuse de la patiente à supporter une description sommaire de l'intervention préconisée et des autres techniques possibles".

L'intégrité du malade en droit civil

En matière d'exception au consentement éclairé, y a-t-il une dernière limite que le praticien ne peut pas franchir ? Il semble bien qu'ici aussi, la relativité s'impose.

SECTION 6 - Le mensonge médical.

680. Que dira-t-on d'un médecin qui, "pour ménager le moral d'un malade reconnu d'une impressionnabilité particulière" juge à propos de lui montrer une épreuve radiographique montrant sous un jour favorable les résultats de l'opération - une réduction de fracture - qu'il a subie, en lui cachant l'épreuve qui montre clairement l'aggravation qui s'est réellement produite ?

En Belgique, on a admis que ce comportement est justifié, pour autant que le malade n'ait pas subi d'autre dommage que celui d'avoir été frustré de la vérité (34).

Par contre, si un praticien présente comme positif le résultat d'une biopsie négative pour décider sa patiente à accepter le traitement radiothérapique qu'il se propose de lui faire suivre, soupçonnant

(34) Cfr. Civ. Bruxelles, 31 décembre 1921 (R.G.A.R. 1928, 245, et les obs. X. Carton de Wiart) qui exonère le médecin de toute responsabilité puisqu'il voulait seulement éviter à son patient de nouvelles inquiétudes en écartant de sa pensée l'idée d'une nouvelle opération qu'en sa conscience de praticien il jugeait inutile; la juridiction d'appel, reconnaissant par contre qu'en l'espèce, il n'y avait pas de motif suffisamment plausible de cacher au patient les résultats défavorables de l'intervention litigieuse, a nommé des experts afin de déterminer les conséquences de la dissimulation faite (cfr. Bruxelles, 4 juin 1923, ib.); ceux-ci ayant conclu qu'une nouvelle intervention était, de toute façon, contre-indiquée et que le traitement appliqué était conforme à la science médicale, la Cour d'appel de Bruxelles, reconnaissant que "si cette radiographie avait été produite et si sa production avait donné lieu à une nouvelle intervention médicale ou chirurgicale, rien ne permet d'assurer que cette intervention, non définie d'ailleurs et purement hypothétique au point de vue exécution et résultat, aurait eu des conséquences meilleures et plus heureuses pour l'état particulier et général (du patient)", a débouté le demandeur - faute d'avoir prouvé son préjudice - de son action en dommages-intérêts (Bruxelles, 15 juin 1927, ib.).

L'intégrité du malade en droit civil

chez elle l'existence d'un cancer, on a jugé, en France, - d'ailleurs sans que la question du préjudice distinct ait pu être tranchée, faute de preuve - que cette attitude est fautive (35).

Faudra-t-il, dès lors, justifier tout mensonge optimiste qui cache un mal réel, et condamner tout mensonge pessimiste qui dissimule un examen favorable ? La distinction adéquate ne semble pas être celle-là, car dans un cas comme dans l'autre, le malade est trompé (36).

681. Peut-être vaut-il mieux retenir, ici encore, le critère décisif de l'intérêt du malade : son sort a-t-il été, oui ou non, aggravé par le mensonge du médecin ? (37) Mais sans qu'on puisse affirmer, pour autant, que cette fin-là justifie tous les moyens (38). C'est son intérêt propre que le malade confie à son médecin quand il noue avec lui un "contrat médical". Dès lors le praticien pourrait, dans certains cas, s'autoriser de cette confiance pour user du mensonge afin d'imposer à son patient la solution qu'il estime la plus conforme à l'intérêt de ce dernier (39).

Mais la question revient sans cesse : si l'intérêt du patient est le critère dernier, qui - du patient ou du médecin - est apte à en juger ? Le médecin, parce qu'il est le plus compétent ? Ou bien

(35) cfr. Paris, 7 mars 1952, D., 1952, 2, 367; Gaz. Pal., 1952, 1, 273; S., 1952, 63; J.C.P., 1952, 2, 7209 et la note J. CARBONNIER; cet arrêt a été confirmé le 28 décembre 1954 par la Cour de cassation (D., 1955 et la note R. SAVATIER; J.C.P., 1955, II, 8519).

(36) Les notes précitées de M. SAVATIER et de M. CARBONNIER (v. note précédente) sont au moins d'accord sur ce point-là.

(37) On se rappelle la disposition de l'article 4 de la Charte du malade usager de l'hôpital approuvée en 1979 par le Comité hospitalier CEE : "Le malade usager de l'hôpital a le droit d'être informé de son état. C'est l'intérêt du malade qui doit être le critère des informations à lui donner".

(38) Comme l'indique M. CARBONNIER dans sa note précitée : "la frontière semble passer par la distinction classique entre le simple mensonge et les manoeuvres frauduleuses".

(39) cfr. G. BOYER CHAMMARD et P. MONZEIN, *op.cit.*, p. 139 : "La conclusion à tirer de ce qui précède pourrait être que le mensonge du médecin qui est normalement une faute ne tombe sous la sanction soit civile soit pénale du droit qu'autant qu'il a été préjudiciable au malade".

L'intégrité du malade en droit civil

le patient, parce qu'il est le plus "intéressé" ? L'un et l'autre peuvent invoquer le "contrat médical" : le praticien pour dire que son patient lui a confié ses intérêts, le malade pour dire qu'il l'a fait avec une volonté qu'il entend garder libre et éclairée.

682. Dans ces conditions, que peut-on tirer comme conclusion sinon que le jeu de la confiance inhérent à la relation thérapeutique n'est pas bien servi par la figure contractuelle. Car le consentement "libre et éclairé" des contractants qui disposent, au gré de leur convention, de l'objet de leur contrat, n'est pas le lot du patient affecté par l'état de son propre corps : si l'obligation d'information qui incombe au praticien est souvent rappelée comme un principe directeur, on voit pourtant qu'elle est considérablement atténuée lorsqu'il s'agit d'appliquer ce principe à la réalité, car le droit admet bien des silences, et peut-être même le mensonge, lorsque le médecin doit dire "la vérité" à son malade.

683. Pour obéir au droit commun des conventions, le "contrat médical" aurait dû requérir un consentement libre et éclairé à propos de son objet, mais dans la relation thérapeutique entre un médecin et son patient est engagée la relation plus primitive du malade envers son propre corps. Le "sujet" est impliqué lui-même au premier chef dans "l'objet" du contrat médical. A ce jeu du sujet avec lui-même, on peut difficilement imposer les règles du contrat patrimonial; parce que ces normes imposent une lumière trop crue (un consentement "éclairé") et qu'ainsi - pour suivre la comparaison - le sujet n'aurait plus assez d'ombre pour cacher son jeu, ruser avec lui-même et garder possible l'espérance. Le bien du malade ne se trouve pas toujours sous la froide lumière de la compétence médicale, et pourtant, il n'est pas non plus dans l'aveugle démission de soi. En précisant l'amplitude de l'obligation d'informer qui incombe au praticien pour que son patient puisse consentir à l'intervention projetée, le droit détermine la façon dont il comprend la relation du sujet à son propre corps, l'espace où elle se meut et qui est toujours une zone de clair obscur.

L'intégrité du malade en droit civil

Nous avons vu ainsi comment les deux régimes du droit subjectif - celui de la disposition et celui de la protection - s'affrontent à l'intérieur de la relation thérapeutique, le premier pour mettre en valeur la figure contractuelle par laquelle le sujet dispose de lui-même en un acte libre et dûment éclairé, et le second pour montrer les limites de cette représentation au nom d'une opacité corporelle dont le sujet ne dispose pas et qu'il confie à la protection d'autrui.

- o -

684. Ainsi, s'achève notre parcours des conditions de validité du "contrat médical". On a remarqué à quel point cette validité est douteuse aussi bien en ce qui concerne l'objet certain du contrat que la capacité requise des contractants et - en ce chapitre - le consentement idéalement "libre et éclairé".

Avant de chercher à savoir pourquoi cette figure contractuelle s'est tout de même maintenue dans le discours juridique tenu sur la relation médecin-malade, on voudrait aborder une dernière question, qui suit d'ailleurs immédiatement celle qui porte sur l'exigence du consentement requis du patient : il s'agit de la sanction du non-consentement.

685. Nous passons d'une analyse des conditions de validité du contrat à un parcours des conditions de la responsabilité (contractuelle), mais c'est pour aboutir à la même conclusion : l'inadéquation du contrat à la relation thérapeutique. En cette matière déjà abordée dans le Titre pénal de cette troisième partie (40), on se demande quelle est la responsabilité du praticien qui intervient sur la personne de son patient sans avoir obtenu de lui un consentement "libre et éclairé" à cette intervention.

Ici encore, mais dans un domaine différent de celui de la formation du contrat, puisqu'il s'agit de son exécution, on voit jusqu'où

(40) V. supra, n° 539.

L'intégrité du malade en droit civil

s'étend le régime de protection dans lequel un médecin prend en charge l'intérêt de son patient, par rapport au régime de disposition où le sujet entend rester maître de ses déterminations corporelles. On espère par là progresser dans la connaissance du régime juridique applicable au sujet de droit en son corps.

L'intégrité du malade en droit civil

CHAPITRE 5 — La sanction du défaut de consentement

686. On sait que le droit civil autant - sinon davantage - que le droit pénal exige qu'avant toute intervention thérapeutique d'une certaine importance, le praticien ait obtenu de son patient un accord "libre et éclairé" sur cette intervention. Quelle est la sanction civile de cette obligation ?

Pour les besoins de l'analyse, il faut opérer une distinction selon l'issue heureuse ou malheureuse de l'intervention effectuée. Nous examinons chacune de ces deux hypothèses, mais dans un cas comme dans l'autre, nous supposons d'une part que l'intervention est justifiée, au plan pénal comme au plan civil, par la nécessité curative et, d'autre part, que dans l'exécution de l'acte médical, le praticien ne commet pas de faute. C'est donc la sanction du seul non-consentement que nous abordons ici, comme nous l'avons fait dans l'analyse de droit pénal, indépendamment de toute autre considération de responsabilité médicale.

687. Nous étudions d'abord le sort de l'intervention non consentie qui s'est révélée bénéfique, puis le cas - plus difficile - de l'initiative médicale qui a eu des conséquences néfastes pour le malade.

SECTION 1 - L'intervention bénéfique et l'absence de sanction.

688. Si le patient n'a pas subi d'autre dommage que celui d'avoir été frustré de donner son consentement à l'intervention qui, par hypothèse, lui a été bénéfique, alors, il ne sera pas admis à se plaindre du comportement du praticien qui n'a pas pris la peine d'obtenir de lui une adhésion libre et éclairée à cette intervention.

Sauf erreur, il n'existe pas de jurisprudence sur la question; on le comprend aisément : on imagine mal qu'un malade guéri use ses énergies à poursuivre "pour le principe" le praticien qui a réta-

L'intégrité du malade en droit civil

bli sa santé sans lui demander son avis (1). La doctrine est bien établie sur la solution retenue; elle s'interroge seulement sur le fondement de cette impunité (2). Les uns parlent d'absence de dommage; les autres, d'absence de faute.

689. Pour M. Savatier, si un praticien est intervenu sans consentement sur le corps de son patient, il a, par ce fait même, commis une faute, mais "cette faute du médecin n'est préjudiciable au malade que si l'opération n'a pas les résultats utiles qu'elle poursuivait. Si elle sauve la vie ou la santé du patient, celui-ci serait mal venu à se plaindre de n'y avoir pas préalablement consenti. Il ne subit aucun dommage. L'homme de l'art n'encourt donc pas alors de responsabilité" (3). Mais pour M. Decocq, "cette explication ne peut être admise : le traitement ou l'opération ont pu causer une douleur au malade, même si leur succès a été total, et (...) à tout le moins, il y a le préjudice moral d'avoir été frustré de la vérité" (4). L'auteur poursuit : "si l'on absout le médecin qui a guéri un malade contre son gré, ce n'est pas en raison de l'absence de préjudice, mais de l'absence de faute."

(1) Cfr. J.L. FAGNART, note précitée sous Cass., 4 octobre 1973 : "peut-on en pratique concevoir que nos tribunaux accorderaient des dommages-intérêts au malade qui se plaindrait d'avoir été guéri malgré lui ? Ce serait faire trop injure à leur bon sens".

(2) Cfr. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, pour qui la simple impunité est encore trop peu dire : "il ne nous semble pas suffisant, sur le terrain civil, d'affirmer que le médecin ou le chirurgien, en cas de traitement ou d'intervention non consentis, échappera toujours, si on ne relève pas d'autre circonstance, à toute responsabilité civile, il faut peut-être admettre qu'en cas de réussite, le praticien pourrait se faire payer soit les frais engagés, soit les honoraires rémunérant ses soins, par l'action de gestion d'affaires" (art. cité p. 214).

(3) Note précitée R. SAVATIER sous Angers, 4 mars 1947; on trouve la même position dans la note du même auteur sous Cass., 28 décembre 1954 précité et dans son Traité de droit médical, précité, n° 251.

(4) A. DECOCQ, op.cit., p. 377, citant la note de M. CARBONNIER sous Paris, 7 mars 1952, précitée. Ajoutons encore que le traitement, considéré en lui-même, peut constituer l'infraction de coups et blessures, ainsi que nous l'avons vu dans l'analyse de droit pénal (v. supra n° 464).

L'intégrité du malade en droit civil

690. Ces divergences des auteurs concernant le défaut de consentement du patient tiennent évidemment à leur approche différente du consentement lui-même, ainsi qu'on l'a vu précédemment : pour les uns, le consentement est une condition indispensable pour légitimer une atteinte à l'intégrité physique d'autrui - dans ce cas, le praticien est toujours en faute de ne pas l'avoir obtenu de son patient -, pour les autres, il est l'objet d'une obligation contractuelle que le praticien peut se dispenser d'exécuter s'il a de bonnes raisons de ne pas s'y soumettre - dans ce cas, ce médecin ne sera pas considéré comme fautif.

On retrouve ici le débat exposé à propos de l'objet du contrat (5): l'intégrité physique du patient peut-elle se ranger dans les termes d'un "contrat initial" au point que l'adhésion de ce patient à l'acte médical ne fait plus l'objet que d'une obligation contractuelle (de moyens) dans le chef du praticien, ou bien cette intégrité physique constitue-t-elle, au bénéfice du malade, la matière d'un droit subjectif que son titulaire peut faire valoir à chaque étape de la relation thérapeutique contre tout acte médical - serait-il même bénéfique - qui lui porte atteinte ?

691. A propos de l'image du sujet, on a posé, dans la deuxième partie de ce travail, la question de savoir si le simple non-consentement du modèle à la fixation et/ou à la publication de ses traits est susceptible d'une sanction civile ou s'il faut, en outre, prouver l'existence d'un dommage. On a vu alors que la jurisprudence, et puis la loi, reconnaissent de plus en plus au sujet un droit (de la personnalité) qui, comme tel, mérite une garantie indépendante de la sanction assurée par les articles 1382 et suivants. En principe, il n'y a pas de préjudice à prouver; la seule violation du "droit à l'image" par l'absence de consentement du sujet ouvre la voie à la sanction civile (et même pénale).

Faut-il tenir le même raisonnement dans la matière du droit à l'intégrité physique ? La seule atteinte à ce droit par l'acte

(5) v. supra n° 593.

L'intégrité du malade en droit civil

médical ouvrirait alors la possibilité d'une sanction, même si cet acte litigieux se révélait finalement bénéfique pour le patient.

692. Or notre droit ne se présente pas de cette façon puisqu'il ne sanctionne pas l'intervention non-consentie qui a obtenu d'heureux résultats. C'est que nous ne sommes plus dans le domaine de l'apparaître du corps, et de la fixation de son "double", mais dans celui de sa santé, voire de sa survie. Ceci commande un régime de protection où la nécessité des soins, voire leur seule utilité, finit par l'emporter sur le régime de disposition dans lequel le sujet n'engagerait son intégrité physique que par un consentement libre et éclairé.

693. Il est peut-être hasardeux de tirer d'une absence de jurisprudence civile ou pénale sanctionnant le comportement d'un médecin qui réussirait une intervention sur le corps de son patient sans l'assentiment de celui-ci, une conclusion trop hâtive dans la matière des droits du sujet sur son propre corps. Mais si, en suivant la doctrine, on admet cette absence de sanction comme un principe, on voit mieux les contours du droit subjectif d'un patient relativement à son intégrité physique.

Celle-ci ne constitue pas, comme c'est devenu le cas pour l'image, la matière d'un droit subjectif dont la violation serait punie en dehors de toute preuve d'un préjudice autre que cette seule violation; elle est plutôt une valeur dont la défense est assurée, selon le schéma de la responsabilité, moyennant la preuve d'une faute, cause d'un dommage.

694. Du même coup, on perçoit, à propos de l'intervention non consentie dont le patient tire un résultat bénéfique, l'inadéquation de la figure contractuelle. Car si l'absence de consentement (éclairé) n'est pas sanctionnée, on ne voit plus ce que vient faire en notre matière la catégorie du contrat que l'on définit comme un échange de volontés.

L'intégrité du malade en droit civil

Même si l'on admet la thèse d'un contrat initial censé gouverner tout le déroulement de la thérapeutique envisagée, on peut très légitimement hésiter à appliquer encore la catégorie de "contrat médical" à une intervention que le patient n'a pas voulue ou qu'il a même explicitement refusée. Et ce n'est pas la réussite de l'opération qui modifiera la qualification de ce qui n'est ici qu'une relation de fait, et nullement une convention.

695. La même conclusion peut être tenue à propos de l'intervention non consentie qui n'a pas atteint le bénéfice escompté et qui a peut-être, au contraire, aggravé la situation du patient.

SECTION 2 - L'intervention malheureuse et le problème de la causalité.

696. L'absence de consentement du patient à une intervention qui s'est révélée malheureuse pose, ainsi qu'on l'a déjà vu dans l'analyse de droit pénal (6), un redoutable problème de causalité : quel rapport y a-t-il entre l'échec de la thérapeutique entreprise et l'absence de consentement du patient ? Et quelle est l'incidence de ce non-consentement sur la charge des risques de l'intervention ? Si un acte médico-chirurgical a causé un préjudice à un malade alors que celui-ci n'y avait pas consenti, peut-on dire que cette absence de consentement a causé le préjudice en question ? Rien n'est moins sûr puisque, d'une part, il peut arriver qu'une opération non consentie donne de bons résultats (dans ce cas, comme il vient d'être dit, la doctrine exonère le praticien de toute responsabilité) et que, d'autre part, si le malade avait été consulté, il n'est pas dit qu'il n'aurait pas donné son accord à l'intervention. La ques-

(6) v. supra n° 540.

L'intégrité du malade en droit civil

tion est posée tout au long des réflexions doctrinales et jurisprudentielles (7).

697. Certains diront que "si la faute reprochée au médecin et au chirurgien consiste uniquement dans l'absence de consentement, le lien causal entre la faute commise et le préjudice subi, lien dont il est indispensable d'établir l'existence, ne pourra être prouvé" (8).

(7) V. par exemple, la note non signée sous Civ. Liège, 27 novembre 1889, Pas., 1890, III, 83 : "Fût-il vrai que, dans l'espèce, le chirurgien eût été plus prudent en éclairant le père de l'enfant sur la nature de l'opération, sur ses suites, ses avantages et ses dangers, et en se munissant de l'autorisation préalable du père, encore la négligence qu'il a montrée en ne demandant pas ce consentement constitue-t-elle bien une omission illicite, cause réelle du préjudice ? Si malgré l'absence de ce consentement, l'opération avait réussi, le père n'aurait pas songé à imputer cette absence à faute au médecin".

(8) P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, art. cité, p. 213.

M. SAVATIER, dans sa note précitée sous Angers, 4 mars 1947, renchérit sur les deux auteurs : "il n'est pas interdit de supposer que, si le malade avait été effectivement averti de la nécessité de l'opération estimée indispensable à son salut ou à la sauvegarde de sa santé, il eût consenti à cette intervention. Cela est même vraisemblable. Dès lors, le fait par le chirurgien de ne pas l'avoir consulté ne présente plus aucune relation causale avec le préjudice résultant de l'opération malheureuse". Comp. Civ. Liège, 8 septembre 1975, inédit, R.G. n° 11.870/72 (Hasselmans, Deprez et Union Nationale des Fédérations de Mutualités Professionnelles de Belgique c/ Dr. Thibaut, cité dans R.O. DALCQ, "Sur quelles bases l'absence du consentement du malade engage-t-elle la responsabilité civile du médecin ?", Xes Journées juridiques Jean DABIN, U.C.L., 1980, notes et documents, p. 299), à propos d'une patiente qui avait subi un dommage à la suite d'un examen médical sur les risques duquel elle n'avait pas été éclairée : "attendu qu'il échet d'examiner si la faute par omission commise par le (médecin) est en relation causale certaine avec le dommage; attendu qu'à cet égard les parties demandereses doivent démontrer que sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé; qu'autrement dit, dûment informée par le défendeur, la demanderesse ne se serait pas prêtée à l'examen litigieux; attendu que les parties demandereses restent en défaut de rapporter cette preuve, même par présomption; qu'en effet, si l'on met en présence, d'une part, la gravité des troubles cérébraux présentés par la patiente, l'inanité des investigations jusqu'alors entreprises et la nécessité d'un diagnostic cer-

L'intégrité du malade en droit civil

Mais on pourra leur répondre qu'une telle affirmation s'inspire d'une conception trop rigoureuse de la causalité : "il apparaît en effet que le dommage se trouve dans la dépendance directe de la faute qu'a constituée l'intervention non consentie : sans celle-ci, le risque opératoire ne se fût pas réalisé" (9).

698. Avec une certaine partie de la doctrine, la jurisprudence admet parfois une relation de causalité entre le défaut de consentement du malade et le préjudice qu'il subit au cours de l'opération non consentie : si le malade avait été mis en mesure de refuser l'intervention pratiquée, le dommage causé par celle-ci ne se serait pas produit. Le praticien fautif est alors tenu pour responsable du préjudice subi (10).

(Suite note 8)

tain, et, d'autre part, les dangers inhérents à l'angiographie vertébrale demandée par les médecins de la demanderesse, il est à tout le moins douteux que cette dernière se soit refusée à cette recherche." Cette décision a été réformée en appel (v. infra note 10).

- (9) DESBOIS, note précitée sous Civ. Seine, 16 mai 1935. L'auteur ajoute : "Au reste, exclure une telle faute du champ de la responsabilité, ce serait priver de toute sanction la règle selon laquelle le médecin ne peut se dispenser du consentement du malade : une obligation sans responsabilité corrélatrice n'est plus que lettre morte".
- (10) Cfr. Cass. fr., 28 janvier 1942, précité : "l'opération de l'ostéosynthèse pratiquée sans le consentement du malade, a été à l'origine des accidents infectueux et de la gangrène qui a nécessité l'amputation de l'avant-bras du malade; de cette constatation souveraine, la cour (d'appel) a pu déduire que le fait illicite commis par le chirurgien, sans lequel le dommage ne se serait pas produit, en était la cause génératrice". V. aussi Douai, 10 juillet 1946, précité (à propos d'une tumeur opérée au bras d'un patient sans son consentement, et qui avait entraîné la perte de l'usage du bras): "le dommage se trouve dans la dépendance directe de la faute que l'intervention chirurgicale non consentie a constituée; sans celle-ci, le risque opératoire ne se fût pas réalisé; (le patient) est donc fondé à réclamer la réparation du préjudice subi". Plus récemment, Cass. fr., 5 novembre 1974, J.C.P., 1974, IV, 417 (à propos d'une intervention qui devait corriger une légère rétraction du cinquième doigt de la main gauche du patient, et qui a entraîné une flexion des doigts telle qu'aucune préhension n'était possible): "en n'informant pas l'intéressé des risques de l'opération, le praticien

L'intégrité du malade en droit civil

699. Mais il arrive que le juge compense le dommage causé par l'intervention litigieuse avec celui que cette même intervention a permis d'éviter², équilibrant ainsi, dans la réparation accordée, le mérite du médecin à avoir tenté de diminuer les risques inhérents à la maladie de son patient, et son tort à l'avoir fait par une intervention pour laquelle il n'avait pas reçu l'assentiment du malade (11).

(Suite note 10)

l'avait privé d'une chance d'éviter le préjudice qu'il avait subi". Comp. Liège, 23 avril 1980, inédit, R.G. n° 6.307/75 réformant le jugement précité de Civ. Liège, 8 septembre 1975 (v. supra note 8) : "Attendu qu'il ressort des éléments de la cause, que l'appelante qui ne souffrait d'un syndrome vertigineux intense que depuis un certain nombre de semaines, et dont rien ne permet de croire, contrairement à ce qu'affirme l'intimé, qu'elle craignait d'être atteinte d'une tumeur cérébrale évolutive, dûment avertie des risques réels des pratiques proposées et querellées en aurait pour le moins différé le recours éventuel et n'aurait donc pas subi le dommage tel qu'encouru, ces examens litigieux s'étant en l'occurrence révélés d'ailleurs comme inutiles; qu'ainsi, sans la faute commise, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé; qu'en conséquence l'action des demandeurs originaires est fondée".

(11) Cfr. Lyon, 17 novembre 1952, précité : "Attendu que le traitement subi par (la patiente) a constitué un fait indivisible dont les conséquences ne sauraient être dissociées; que le dommage provoqué par les uns ne peut, ni en droit ni en équité, être isolé du bienfait qui a pu être procuré par les autres, que c'est l'état de (la patiente) dans son ensemble qui devra être pris en considération, en se plaçant successivement avant et après le traitement, et que cette comparaison permettra seule de fixer l'étendue et la somme du préjudice à réparer".

V. aussi Trib. Gr. inst. Bordeaux, 8 mars 1965, à propos d'une occlusion carotidienne qui avait entraîné des troubles mentaux puis le décès de la patiente, risque dont, selon le tribunal, les chirurgiens auraient dû avertir l'entourage de la malade : "Attendu que rien ne prouve que les époux Z., mis en présence de la gravité réelle de l'opération, mais également avertis de ses chances normales de succès (...), aient opté pour le risque d'une évolution naturelle, avec ses dangers, contre le risque d'une opération grave mais que le chirurgien n'aurait assurément pas pu, en conscience, leur présenter comme devant fatalement compromettre l'existence de la malade (...); qu'ainsi conviendrait-il dans l'appréciation du dommage de tenir un certain compte de la menace évitée au malade et que lui-même et sa famille pouvaient ignorer en don-

L'intégrité du malade en droit civil

700. On voit, par ce dernier point, comment se conjuguent ici le régime de la protection et celui de la disposition. Pour n'avoir pas respecté l'autonomie par laquelle le malade dispose de lui-même, l'homme de l'art est tenu pour responsable de son initiative, mais pour avoir sauvé d'une manière quelconque un bien qui allait se perdre - la santé de son patient, qu'il voulait protéger - il en est d'autant justifié. C'est donc que le droit du patient à l'intégrité physique n'est pas lié seulement au consentement du sujet, dans un domaine de liberté; ce droit se situe également dans un domaine de nécessité où l'atteinte qui lui est portée doit être appréciée aussi en fonction du mal évité.

701. Il reste que la question de la causalité demeure, car si l'autonomie du malade n'a pas été respectée par le médecin, d'où vient que ce dernier doive être tenu pour responsable des conséquences malheureuses de l'initiative qu'il a prise ?

Si le défaut de consentement du patient à un acte médical qui s'est révélé bénéfique n'est pas sanctionné par le droit, on ne voit pas pourquoi ce même défaut de consentement serait pénalisé lorsque l'intervention a eu des conséquences dommageables, car dans un cas comme dans l'autre, il y a eu atteinte à l'autonomie du patient,

(Suite note 11)

nant leur consentement". Sur la difficulté d'évaluer le préjudice causé au patient par le fait de l'avoir privé du choix du moindre mal, v. L. KORNPROBST, Responsabilités du médecin, op. cit., pp. 144 et sv.

La thèse de la compensation des risques que le médecin invoquait pour n'être pas obligé de supporter l'intégralité du préjudice (puisque "la persistance de l'existence de cette tumeur eût amené des troubles dans le fonctionnement du bras et en eût diminué l'usage") a été sérieusement compromise par l'arrêt précité de Douai : "la causalité d'un dommage doit s'apprécier, toutes choses égales d'ailleurs, sans tenir compte d'hypothèses ou d'événements hypothétiques; il est juridique et équitable de faire supporter intégralement (au médecin) les conséquences de l'incapacité fonctionnelle dont (le malade) est atteint" (Douai, 10 juillet 1946).

Cette doctrine a été approuvée par la Cour de cassation qui a rejeté le 27 octobre 1953 (arrêt précité) le pourvoi formé contre cette décision.

L'intégrité du malade en droit civil

à son droit de disposer de lui-même (12). Et dans le cas de l'intervention malheureuse, cette atteinte à l'autonomie n'est pas en corrélation directe avec les suites accidentelles de l'acte médical.

702. Pour sortir de ce problème insoluble, on peut faire appel, avec M. Dalcq, à la notion de contrat, mais on verra, une fois encore, que le schéma contractuel, utilisé ici à propos de la garantie des risques, ne résout pas bien la question posée.

SECTION 3 - La garantie conventionnelle des risques.

703. Pour M. Dalcq, le problème de la sanction du non-consentement du malade à une intervention qui s'est révélée malheureuse n'est pas correctement analysé ni en doctrine ni en jurisprudence (13).

(12) Comp. la note P. MIMIN, sous Cass.fr., 2 août 1950, D., 1951, J., 581 où l'auteur se montre critique vis-à-vis de la thèse qui n'accorde réparation au patient que si l'opération non consentie a été inutile : "le seul fait de l'atteinte au corps humain constitue en soi un dommage et le seul fait de l'atteinte sans permission constitue une faute".

(13) Pour la jurisprudence belge, M. DALCQ signale en 1967 (Traité de la responsabilité civile, n° 1079) que si "elle interdit toute intervention pratiquée sans le consentement du patient (...), elle ne s'est pas prononcée sur la conséquence du défaut de consentement aux soins qui ont causé un dommage"; M. ANRYS soutient en 1974 (op.cit., p. 69, n° 47 : effets de l'absence de consentement-adhésion) que "la jurisprudence récente retient comme faute le seul fait de pratiquer une intervention sans le consentement éclairé du patient" mais des trois décisions citées par l'auteur pour appuyer son affirmation, aucune ne retient la faute du médecin : cfr. Bruxelles, 11 janvier 1962, R.G.A.R. (1962) 6828; Pas., 1963, II, 23 disculpant un médecin qui avait procédé à des électro-chocs sans tenir compte de l'opposition explicite de son patient; Bruxelles, 21 juin 1967, J.T., 1968, 27; Pas., 1969, II, 42, déjà rencontré, à propos d'une kératite provoquée par alcoolisation du ganglion de Gasser, où il est admis que le médecin n'était pas tenu d'énoncer à sa patiente tous les risques de l'intervention envisagée; et Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, déjà rencontré également, à propos de l'opération d'un transsexuel, où on reconnaît purement et simplement que le malade et son entourage ont consenti à l'opération litigieuse. V. depuis lors, R. DALCQ, Rapport cité aux Xes Journées Jean

L'intégrité du malade en droit civil

En effet, "le défaut de consentement ne pourrait être considéré comme la cause du dommage que s'il était prouvé que si le médecin avait exposé au malade ses motifs d'agir, celui-ci eût nécessairement refusé son consentement, ce qui nous paraît impossible à démontrer" (14).

Pour notre auteur, il ne s'agirait donc pas ici d'un problème de responsabilité impliquant la recherche d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité de l'une à l'autre, mais il s'agirait de savoir qui doit supporter les risques d'une intervention en l'absence de toute faute. Car le corps humain est chose si complexe et la médecine est art si conjectural qu'une intervention thérapeutique peut manquer le but qu'elle poursuivait, et se révéler nocive, sans qu'on puisse attribuer le dommage survenu à une faute quelconque du praticien. Qui va supporter ce risque ? Le malade qui le subit ou le médecin qui l'a provoqué ?

704. Tous les auteurs s'accordent pour dire que lorsqu'un malade a donné un consentement libre et suffisamment éclairé au traitement qu'il doit subir, il supporte tous les résultats malheureux de ce traitement, à l'exception, bien sûr, de ceux qui sont dus à une faute du praticien (15).

(Suite note 13)

Dabin (octobre 1980, notes et documents, p. 299) où l'auteur analyse les décisions précitées de Civ. Liège, 8 septembre 1975 et Liège, 23 avril 1980 (v. supra les notes 8 et 10)

(14) R. DALCQ, Traité cité, n° 1074. Dans son article précité au T.V.P., 1974, pp. 359-360, l'auteur estime inexacte la solution adoptée par la jurisprudence française "parce qu'elle conduit nécessairement à une impasse sur le plan de la causalité".

(15) Cfr. E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., n° 99, p. 172 : "cette théorie (de l'acceptation des risques par le malade) est valable. Elle traduit la liberté qu'ont les parties dans tout contrat, de répartir le risque contractuel à leur guise"; R. SAVATIER, note précitée sous Angers, 4 mars 1947 : "le rôle du consentement donné est de laisser porter au malade le risque de (cette) erreur médicale dans l'opération consentie" (v. la précision donnée par M. DALCQ, Traité cité, n° 1074 : nous partageons cette opinion à condition que le mot ERREUR ne soit pas pris dans le sens du mot FAUTE); H. ANRYS, op.cit., n° 44, p. 66 : "D'une manière générale, la théorie générale des risques met tout à charge de celui qui accepte

L'intégrité du malade en droit civil

Pour M. Dalcq, et d'autres auteurs également, cette proposition est immédiatement convertible par contraposition : "En consentant à l'intervention, le patient accepte de supporter les risques tandis que le médecin qui agit sans le consentement du malade prend les risques à sa charge. Le médecin ne doit pas répondre des conséquences de l'acte médical malheureux quand le malade y a consenti mais il perd le bénéfice de cette immunité en cas d'absence de consentement du patient" (16). Puisqu'aucun accord n'a été pris sur la charge des risques, ceux-ci sont supportés par celui qui les a causés de son chef, c'est-à-dire le praticien (17). Celui-ci est tenu de

(Suite note 15)

le risque. Par conséquent, le patient supporte le dommage lié à l'intervention, cela dans la mesure où il l'a acceptée, c'est-à-dire le risque encouru lors d'une intervention exécutée par un médecin consciencieux, diligent et raisonnablement informé de l'état actuel de la science".

(16) R. DALCQ, Traité cité, n° 1074 (nous soulignons); v. la note précitée DESBOIS sous Civ. Seine, 16 mai 1935 : "En définitive, quand le médecin intervient sans le consentement du malade, les risques du traitement ou de l'opération lui incombent, alors que le malade les supporte s'il a consenti. Le défaut de consentement produit un effet analogue à la mise en demeure, qui transfère de droit commun les risques du créancier au débiteur"; la note précitée R. SAVATIER sous Angers, 4 mars 1947 : "l'effet du défaut de consentement du malade à l'intervention est de faire perdre à l'homme de l'art le bénéfice de l'irresponsabilité qui couvrirait l'acte médical malheureux lorsqu'il était conforme à la fois aux règles de la science et à celles de l'humanisme médical"; la note précitée P. GERVESIE sous Lyon, 17 novembre 1952 : "le chirurgien qui (...) opère un malade sans son assentiment engage sa responsabilité. Les risques du traitement ou de l'opération passent à sa charge, alors que normalement ils auraient pesé sur le patient".

(17) Cfr. E. ARRIGHI de CASANOVA, op.cit., p. 172; l'auteur décrit ainsi la théorie des risques à laquelle, d'ailleurs, il n'adhère pas : "Ce consentement (du malade) n'étant pas obtenu, ou étant sans valeur, les risques changeraient de tête et passeraient à la charge du médecin, qui deviendrait de ce fait comptable de tous les résultats malheureux de la thérapeutique employée sans qu'il y ait lieu de se demander si la manière dont il a conduit ses soins était fautive. Le problème de la causalité perdrait alors tout intérêt. Le médecin ne serait pas responsable du dommage pour en avoir été l'auteur mais pour s'être engagé, implicitement au moins, à en être l'assureur."

L'intégrité du malade en droit civil

garantir le résultat de l'opération quand est rompu "l'équilibre du contrat, normalement assuré lorsque le malade, en donnant son consentement convenablement éclairé, prend à sa charge entière le risque opératoire" (18).

705. La solution ainsi proposée pense échapper à l'insoluble problème de la causalité, mais c'est en accordant à la figure contractuelle, en particulier à l'absence de convention sur la charge des risques, une importance exagérée qui occulte la nécessité d'un recours à un autre régime.

SECTION 4 - L'insuffisance de la convention.

706. M. Dalcq propose d'éviter l'impasse de la causalité en plaçant sur le terrain du risque et non de la faute le problème de la sanction du non-consentement du patient à une intervention qui s'est révélée préjudiciable. Si on peut admettre avec lui que l'existence du consentement confirme l'attribution des risques au malade, on ne peut pas en déduire, sans plus, que son absence permette de les attribuer au médecin.

Car en matière de risques, la règle générale est que le dommage est supporté purement et simplement par celui qui le subit. Il peut arriver que la loi ou un contrat oblige un tiers à supporter la charge d'un risque à la place de la victime, mais cette obligation est alors explicite : elle déroge à la situation originaire dans laquelle chaque individu supporte pour lui-même le tort qui lui advient sans qu'il y ait eu faute de la part d'autrui. N'est-ce pas cette situation originaire qui se vérifie ici ?

(18) Trib. Gr. Inst. Bordeaux, 8 mars 1965, précité; le tribunal ajoute : "dans un tel état des conventions intervenant alors entre les parties, il apparaît que le chirurgien, réticent sans motif valable, assume toute la part du risque chirurgical que son client n'a pu, par sa faute, endosser et doit de ce fait garantir dans la même proportion un résultat dont il a eu l'imprudence de ne pas révéler tous les aléas".

L'intégrité du malade en droit civil

707. Dans notre hypothèse, un malade subit un dommage du fait d'une intervention médicale pour laquelle il n'avait pas donné un consentement éclairé, mais qui fut, par ailleurs, bien exécutée. Au nom de quoi chargerait-on le médecin de la survenance de ce dommage dû, supposons-le, à un risque ?

Si c'est au nom de ce qu'il a agi sans l'accord libre et éclairé de son patient, alors il faut voir quelle est la portée exacte de cette abstention.

708. Peut-on dire qu'en matière médicale, tout se joue dans le pur échange de volontés, jusqu'à la garantie conventionnelle des risques ? Ce serait faire une part trop grande au régime de la liberté du sujet, en méconnaissant la part de nécessité dans laquelle sa maladie l'a situé. En s'engageant dans la relation thérapeutique, le patient met en jeu non seulement sa liberté de décision, mais encore l'état menacé de son corps. Ici se montre une fois de plus la tension entre le régime de disposition où le sujet déciderait par le seul effet de sa volonté du sort de son existence corporelle, en particulier, des risques d'une intervention chirurgicale, et le régime de protection où le médecin prend en charge les intérêts de son patient.

Lorsqu'on situe la relation médecin-malade dans le seul cadre contractuel, on voudrait que tout soit réglé par la volonté des parties, y compris la garantie des risques de l'acte médical, et même l'absence de convention quant à cette garantie.

Mais on néglige, du même coup, le régime de nécessité où une santé est à restaurer et, peut-être, une vie à préserver. Dans ce contexte, ne faut-il pas s'en tenir à la règle générale selon laquelle le risque est supporté par celui qui le subit, en l'occurrence, le malade ? Quant à celui qui a été à l'origine de ce risque - ici, le médecin - il ne serait chargé de le réparer que s'il pouvait être convaincu d'avoir provoqué le dommage par sa faute.

709. Dira-t-on que cette faute consiste précisément pour le praticien à n'avoir pas obtenu le consentement du malade à l'acte médi-

L'intégrité du malade en droit civil

cal (19) ? Mais alors se pose à nouveau la question de la causalité de cette faute par rapport aux conséquences dommageables de l'intervention non consentie. Telle quelle, nous l'avons dit, cette question est insoluble. Car, si le défaut de consentement n'est pas sanctionné lorsque l'intervention fut bénéfique, on ne voit pas pourquoi il devrait l'être lorsqu'elle s'est avérée malheureuse.

710. L'impasse dans laquelle nous sommes par rapport à la causalité est due à la distinction des deux régimes que nous avons étudiés à propos du droit subjectif et que nous retrouvons dans l'analyse de la relation thérapeutique. En effet, d'un côté, le risque qui s'est réalisé par l'effet de l'acte médical non consenti se situe entièrement, pourrait-on dire, dans le régime de protection puisque l'intervention dommageable a été faite pour préserver ou restaurer la santé du patient, mais par ailleurs, l'absence de consentement "libre et éclairé" de la part du patient se situe en régime de disposition puisqu'ici, le sujet n'a pas pu disposer de son sort. Or on ne voit pas comment cette entorse faite "au régime de disposition" pourrait avoir causé l'accident qui s'est passé "en régime de protection".

711. M. Dalcq proposait de résorber cette question de la causalité en étendant jusqu'à la charge des risques le régime de disposition

(19) Cfr. en ce sens J.L. FAGNART, note précitée sous Cass. b., 4 octobre 1973 : "Dans notre système juridique, c'est la victime qui supporte en principe les dommages qu'elle subit, sauf lorsqu'elle peut prouver qu'un dommage a pour cause la faute d'un tiers. De là vient que le malade supporte les conséquences d'une intervention médicale licite, lorsqu'aucune faute n'est commise dans l'exécution des soins. Si un médecin entreprend une intervention illicite, soit qu'elle ne présente pas une nécessité suffisante, soit que le malade n'y ait pas donné son consentement libre et éclairé, il commet incontestablement une faute, mais cette faute n'engagera sa responsabilité que si elle cause un dommage. C'est donc la faute consistant dans un acte médical illicite, qui opère le transfert des risques" (nous soulignons). Mais avant qu'elle n'opère ce transfert des risques, la causalité de la faute par rapport au dommage devra être prouvée...

L'intégrité du malade en droit civil

caractéristique du contrat. Puisque nous avons préféré maintenir à la fois l'originalité du régime spécifique de la protection, et le principe général de la charge des risques à celui qui les subit, nous devons résoudre dans un autre sens la question de la causalité.

Nous dirons alors classiquement que, le lien de causalité n'étant pas démontré, la responsabilité du praticien n'est pas engagée. C'est d'ailleurs la conclusion que nous avons tenue dans l'analyse de droit pénal (20).

712. C'est aussi, finalement, celle de la jurisprudence civile, car lorsque les juges se trouvent en présence d'une intervention dommageable où la seule faute prouvée fut l'absence de consentement éclairé de la part du malade à l'acte médical, la plupart du temps, ils ne retiennent pas la responsabilité du praticien (21).

(20) v. supra n° 541.

(21) Cfr. E. ARRIGHI de CASANOVA (op.cit., pp. 175 et sv.) où l'auteur répartit les décisions qui sanctionnent le non-consentement du patient entre celles qui concernent l'emploi de thérapeutiques dangereuses alors que la santé du patient n'est pas en danger (responsabilité du médecin) et celles qui justifient par l'urgence ou la nécessité l'absence de consentement du patient (non-responsabilité). Entre les deux, les autres décisions qui concernent des interventions nécessaires manifestent l'exigence de consentement, mais ou bien elles reconnaissent que ce consentement a été obtenu (cfr. les indices et présomptions), "ou bien en constatent le défaut, mais condamnent pour des imprudences ou des négligences relevées dans l'administration des soins, et ne font intervenir l'absence de consentement que comme élément d'aggravation de la faute à laquelle le dommage est imputable". Pour l'auteur, on peut donc en conclure que, si elle est "pure" de tout autre préjudice, l'absence de consentement n'est pas directement sanctionnée. V. aussi A. DECOCQ, Essai..., n° 520, p. 376; et H. de TOUZALIN, art. cité in J.C.P., 1974, I, 2672, § 7. A propos de la décision de la Cour d'appel de Liège du 23 avril 1980, étudiée par M. DALCQ (v. supra note 10), on peut remarquer que la condamnation du praticien s'appuie non seulement sur l'absence de consentement éclairé de la part de la patiente mais encore sur une faute de l'homme de l'art dans le choix de la méthode d'investigation : "Attendu (...) que recourir de façon si immédiate, voire prématurée, à des techniques de diagnostic présentant des risques graves de séquelles irréversibles et ce, à la fois, en dehors de tout contexte

L'intégrité du malade en droit civil

713. Cette attitude se situe dans la logique de la solution retenue en matière d'intervention bénéfique. Il importe peu que l'acte ait eu des conséquences heureuses ou malheureuses : le droit à l'intégrité physique - au sens où on exige du sujet un consentement libre et éclairé à l'acte médical qui lui porte atteinte - n'est pas protégé comme tel, en dehors de tout dommage dû à la faute du praticien. Voilà qui vérifie encore l'inadéquation de la figure contractuelle à la relation thérapeutique : le régime de protection est trop présent en cette relation pour qu'il soit possible d'y déployer dans les formes de la logique contractuelle le régime de disposition.

- o -

714. Le "contrat médical" est, décidément, une construction d'un maniement trop délicat lorsqu'on veut lui faire rendre compte de tous les aléas de l'intervention thérapeutique. Pourtant, depuis 1936, la thèse contractuelle s'est imposée en France puis en Belgique. A l'origine, cette construction ne semble pas avoir eu d'autre raison d'être que de faire échapper le patient malheureux à l'abrégement du délai d'intentement de l'action en réparation commandé par la solidarité des prescriptions délictuelle et pénale. L'invention d'un contrat comme source distincte du dommage subi par le patient devait donner à celui-ci un délai plus long pour assigner son médecin convaincu d'une faute civile également répréhensible sur le plan pénal.

715. Mais tout au long de l'analyse, il a fallu reconnaître que la construction contractuelle est bien fragile, et qu'elle doit sans cesse être corrigée pour rendre compte du vécu de la relation thérapeutique.

(Suite note 21)

d'urgence et sans en avoir averti le patient de manière aussi délibérée que, par ailleurs généralisée - constitue pour le praticien de l'art de guérir une faute civile dans l'exercice de sa profession, voire déontologique, même si les règles de l'art ont été respectées-."

L'intégrité du malade en droit civil

La "cause" de l'engagement des deux partenaires - la nécessité curative - oblige à transformer les autres conditions de validité du "contrat médical" à savoir, comme nous l'avons vu : l'objet certain, la capacité des contractants et le consentement libre et éclairé.

716. La contestation de la figure contractuelle, et du régime de disposition qu'elle implique, s'impose encore - on vient de le voir - lorsqu'on constate l'absence de responsabilité du praticien qui intervient sur la personne de son patient sans le consentement de celui-ci, non seulement lorsque cette intervention a eu d'heureux résultats mais encore lorsqu'elle s'est révélée dommageable.

717. Si donc l'institution du contrat convient si peu pour exprimer ce qui se passe dans la relation thérapeutique, il faut chercher à savoir pourquoi cette figure se maintient dans le discours juridique. C'est l'objet du dernier chapitre de cette troisième partie.

L'intégrité du malade en droit civil

CHAPITRE 6 — Les raisons du contrat

718. Pour expliquer la persistance de la figure contractuelle dans le discours juridique tenu sur la relation médecin-malade, nous allons d'abord rappeler l'existence de la situation initiale caractérisée par la verticalité du ministère médical. Puis nous montrerons que l'horizontalité inhérente au contrat assure, au moins symboliquement, la mise en valeur des droits subjectifs dont est titulaire chacun des partenaires de la relation thérapeutique.

SECTION 1 - Le ministère et le contrat.

719. Au départ de l'analyse du "contrat médical", il semble que l'échange des consentements en quoi consiste toute convention s'accommode mal de l'autorité inhérente au ministère médical.

C'est sans doute la raison fondamentale pour laquelle la relation thérapeutique ne peut être entièrement régie par les règles applicables aux conventions en général : "L'existence d'un contrat ne rend compte qu'incomplètement des rapports juridiques entre médecin et malade. Car du moment que la société protège, par des règles de droit public, l'intégrité de la personne humaine, le médecin apparaît comme chargé d'un ministère de service public. Tandis que, dans le droit commun des contrats, le corps humain, la vie humaine sont hors du commerce, le contrat médical les prend principalement pour objet. Nul autre que le médecin n'est admis à manier contractuellement la santé de l'homme" (1).

(1) R. et J. SAVATIER, J.M. AUBY et H. PEQUIGNOT, Traité de droit médical, 1956, p. 13. Dans son article précité sur les conventions relatives à la personne physique, Mme A. JACK insiste sur ce caractère d'ordre public de l'intégrité du corps humain: "de telle sorte que la notion de contrat en cette matière, après s'être comme désagrégée dans ses éléments d'existence, va encore se trouver restreinte dans ses conséquences et ses prérogatives" (p. 389).

C'est aussi la raison pour laquelle la clause de non-responsabi-

L'intégrité du malade en droit civil

720. Plusieurs auteurs soulignent cet aspect des choses. La relation thérapeutique engage la confiance du patient et la conscience du médecin à une telle radicalité qu'il est difficile, pour en rendre compte, de tenir jusqu'au bout la logique contractuelle. "Quoi qu'on fasse ou quoi qu'on dise, écrit M. Nerson, il reste qu'en pratique, le malade se trouve 'entre les mains' de son médecin. Parce que les relations médecin-malade ont un caractère spécifique et qu'elles ne sont pas assimilables aux rapports d'un débiteur avec son créancier, il n'est ni possible ni souhaitable en ce domaine de poser une règle 'd'airain' : la meilleure garantie de la personne du malade réside dans la conscience du médecin" (2).

(Suite note 1)

lité n'est pas admise dans les rapports entre médecin et malade: cfr. A. JACK, art. cité, p. 392; et la note DESBOIS sous Civ. Seine, 16 mai 1935, précitée: "la condamnation de la clause de non-responsabilité, à laquelle équivaldrait le simple consentement s'impose. La solution contraire, en effet, ne signifierait rien de moins que la ruine du principe selon lequel les obligations professionnelles des médecins sont soustraites à l'emprise des contrats".

Sur l'élément d'ordre public qui s'insère à l'intérieur du "contrat médical", v. encore P. KAYSER : "Les droits de la personnalité; aspects théoriques et pratiques", R.T.D.Civ., 1971, p. 462 : "Il est nécessaire - c'est l'élément objectif du contrat médical - qu'il existe une proportion entre le risque que comporte le traitement et l'avantage qui peut en être espéré. Cette proportion est imposée au médecin par le ministère qu'il exerce. Elle introduit dans le contrat médical un élément d'ordre public, qui ne peut être écarté par la volonté des parties"; et A. DECOCQ, op.cit., n° 444, p. 309 sur le monopole médical.

- (2) R. NERSON, art. cité, in Mélanges Marty, p. 880 - v. dans le même sens, L. PORTES, art. cité in Cahiers Laënnec, 1951, p. 41 : "Admettre que l'acte médical est un contrat entre le médecin et le patient, c'est admettre (...) d'une part une certaine égalité de forces entre les deux contractants et, d'autre part, la possibilité pour le patient de consentir de façon 'libre' et 'éclairée' à ce qui lui est médicalement proposé. Mais nous croyons avoir établi, par une analyse approfondie de l'acte médical, que l'égalité de forces en l'espace n'existe guère et que, sauf exception, le consentement du malade n'est ni libre ni éclairé. On s'explique, dans ces conditions, les hésitations de la jurisprudence qui, dans un effort continu que nous ne saurions trop louer, s'est efforcée, tout en respectant son principe, à serrer les faits de plus près."

L'intégrité du malade en droit civil

721. Dans les chapitres précédents, nous avons reconnu trop d'entorses à la théorie générale des obligations pour qu'il faille encore insister sur ce fait que le contrat - échange de consentements libres et éclairés donnés par deux personnes capables sur un objet certain - ne rend pas bien compte du ministère exercé par le médecin sur la personne de son patient (3).

Or cette construction s'est imposée dans le langage juridique courant (4).

722. On peut avancer comme thèse que cette persistance à maintenir, parfois au prix de grands artifices, la logique contractuelle à l'intérieur de la relation thérapeutique vise à mettre en valeur, ainsi qu'on va le voir, un certain nombre de droits subjectifs dans le chef des deux partenaires de la relation. Pour le médecin, il s'agirait de son droit patrimonial à la rémunération; pour le malade, de son droit extra-patrimonial à l'intégrité physique entendu selon le double régime du droit subjectif : protection et disposition.

(3) V. encore en ce sens la critique de Mme DEMOOR, art. cité in Jura Falconis, 1976-77, p. 71. Après avoir décrit quelques déficiences qui s'attachent à la construction contractuelle, l'auteur conclut : "On a de la peine à inscrire à l'intérieur d'une relation contractuelle la confiance réciproque qui pourtant existe indubitablement dans une relation médecin-malade, même si on fait appel aux concepts de bonne foi, de coutume et d'usage. Ceci montre (...) comment on aboutit à une voie de garage lorsqu'on transpose sans plus des constructions juridiques dans des domaines pour lesquels elles n'ont été ni pensées ni édifiées", et d'ajouter : "L'effort louable pour faire droit à la position du patient devrait être mené d'une autre manière, plus franche" (trad.).

(4) V. les affirmations de PENNEAU (op. cit., p. 19 : "L'unanimité est faite autour de cette analyse de principe aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence où on chercherait en vain une décision dissidente") et de BOYER-CHAMMARD (op. cit., pp. 78-79 : "Pour nous, le contrat médical n'est pas le fruit de la théorie pure (...). Les relations médicales contractuelles correspondent à une réalité bien vivante (...) Il est donc nécessaire de ne pas laisser se dissoudre la notion de contrat médical. Celui-ci demeure ce que les auteurs, juristes ou médecins, ont trouvé de mieux pour y couler les relations existant entre les malades et le corps médical".)

L'intégrité du malade en droit civil

SECTION 2 - La contre-prestation patrimoniale.

723. La figure contractuelle souligne la réciprocité des obligations assumées par les partenaires au "contrat médical", tandis que le ministère médical évoque davantage l'unilatéralité de l'obligation qui pèse sur la conscience professionnelle du praticien. Autrefois, on "honorait" le médecin qui avait prodigué ses soins; maintenant, on lui doit une rémunération qui entre dans les termes d'un contrat synallagmatique.

Est-ce pour insister sur cette contre-prestation due par le malade à son médecin que l'on a renforcé la construction contractuelle ? Ce n'est pas impossible.

724. Alors que la Cour de cassation de France admettait le "contrat médical" en 1936 pour permettre à une patiente d'obtenir contre son médecin une réparation civile malgré l'expiration du délai de prescription de l'action pénale, un auteur note que "à cette époque, les médecins, mécontents de ne pouvoir être honorés par leurs patients, invoquèrent la non-exécution d'un contrat" (5).

Passer du "ministère" au "contrat", c'est sans doute atténuer la "verticalité" de la prestation professionnelle, mais c'est aussi accentuer "l'horizontalité" de l'échange et donc, de la rémunération exigible (6).

725. C'est toute l'économie de la médecine libérale qui se profile ici, c'est-à-dire non seulement : le libre choix du médecin par le malade et la liberté des prescriptions du praticien, mais encore

(5) P.-J. DOLL, Enc. Dalloz, V^o médecine, n^o 331.

(6) Il en est de même pour le quasi-contrat qu'est la gestion d'affaires (cfr. l'art. 1375 C.civ. sur les obligations imposées au maître de l'affaire).

V. en jurisprudence : J.P. Schaerbeek, 14 janvier 1927, (Rev. prat. not., 1927, 446) où un médecin est déclaré recevable à agir en justice en qualité de negotiorum gestor, en vue d'obtenir le paiement de ses honoraires, contre le père d'un jeune homme à qui ce médecin avait prodigué des soins sans le consentement paternel.

L'intégrité du malade en droit civil

l'entente directe entre malade et médecin en matière d'honoraires, et le paiement direct des honoraires par le malade (7).

Le contrat n'est-il pas l'institution juridique idéale pour signifier cet échange des libertés en matière de soins mais aussi en matière d'argent ?

Insister sur le caractère contractuel de la relation thérapeutique serait ainsi, pour le corps médical, une façon d'assurer, aujourd'hui plus que jamais, ses droits patrimoniaux.

726. On se rappelle l'analyse faite par M. Edelman à propos du "droit à l'image". Pour cet auteur, l'apparition du droit de la personnalité s'explique par la patrimonialisation qui le touche immédiatement. La personne se voit reconnaître un droit au moment même où ce droit peut être vendu (8). Dans la même ligne, on pourrait dire que le "contrat médical", quelle que soit l'occasion par laquelle il est entré sur la scène juridique, s'explique par la patrimonialisation dont la médecine fait - de plus en plus - l'objet. L'art de guérir est rentable: il est lancé sur le marché grâce au "contrat médical", échange de prestations.

727. Pour pouvoir développer cette explication, il faudrait analyser longuement l'évolution de la médecine libérale et les incidences des divers régimes de sécurité sociale sur la rémunération de l'acte médical. Mais comme cet examen déborde notre propos, nous nous contenterons de tenir une position semblable à celle qui a été retenue en matière de "droit à l'image". Si l'explication patrimoniale a sa valeur, il ne faudrait toutefois pas la privilégier au point de la rendre exclusive. Car le "contrat médical" n'a pas seulement pour but d'assurer les droits patrimoniaux du médecin. Il vise aussi une mise en valeur des droits extra-patrimoniaux du patient (9).

(7) Cfr. là-dessus, J. SAVATIER, "Défense et illustration du Droit Médical", Archives de philosophie du droit, 1953-54, p. 134.

(8) v. supra n° 375.

(9) L'humanisme médical est d'ailleurs plus favorable à la figure du "ministère" qu'à la thèse du "contrat" médical. Celui-ci

L'intégrité du malade en droit civil

SECTION 3 - Le droit du patient à l'intégrité physique.

728. La persistance du discours juridique traditionnel à traiter la relation thérapeutique dans les termes du contrat signifie essentiellement que le droit a voulu donner au patient lui-même la maîtrise de son vécu corporel : lui seul peut décider de ce qui le concerne; personne d'autre, serait-il même docteur en médecine, ne peut décider à sa place.

729. C'est pour contester l'impérialisme du ministère médical que le discours juridique s'attache à la notion de contrat. On lit ainsi sous la plume de M. René Savatier : "ce qui intervient entre le malade et le médecin, c'est un contrat, c'est-à-dire un acte fondé sur le respect de deux libertés (...). Le rôle du droit est, en cas d'abus du plus fort, de protéger le plus faible des contractants. Il ne saurait donc permettre qu'un certain impérialisme médical réduise le malade à sa merci" (10).

(Suite note 9)

est davantage une création de l'humanisme juridique. La patrimonialisation inhérente au contrat n'est donc pas formellement défendue par ceux qui en sont les bénéficiaires.

- (10) R. SAVATIER : "Impérialisme médical sur le terrain du droit", D., 1952, Chr., p. 157. V. à la même époque M. MIGNON : "Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens", D., 1950, Chr., p. 121 : "la théorie contractuelle est devenue le principe de la jurisprudence des tribunaux judiciaires. Peut-être son succès a-t-il été influencé par l'idée que le respect de la personne physique humaine interdit, hormis le cas d'urgence ou de nécessité impérieuse, toute intervention chirurgicale sans le consentement formel du patient, notamment au cas de soins esthétiques ou de recours à des méthodes nouvelles aux résultats mal définis". V. aussi J. SAVATIER, art. cité in A.P.D., 1953-54, p. 128 : "Pour le juriste, les relations entre médecin et malade ne doivent pas se construire sur l'idée que le malade est assimilable à un mineur dont le médecin serait le protecteur, mais sur l'idée que le malade est maître de sa personne et que c'est par un contrat librement consenti, qu'il confère au médecin des pouvoirs sur sa personne. La vocation du Droit à régir l'acte médical provient de ce qu'il correspond à un acte juridique, à un contrat".

L'intégrité du malade en droit civil

Et plus récemment, chez Mme Demoor : "Le contrat, existant par la rencontre des volontés du médecin et du patient, est conçu idéalement pour placer le patient en position d'égal, comme titulaire de droits déterminés en face du médecin qui, à son tour, ne peut demeurer plus longtemps un sauveur ou un prêtre" (11).

730. Plus encore que pour son aptitude technique à rendre compte, sur le plan juridique, de tous les aspects de la relation thérapeutique - ce à quoi, nous l'avons vu, il ne convient manifestement pas - le "contrat médical" est maintenu dans le discours juridique pour sa valeur symbolique : il signifie que l'acte médical ne rencontre pas seulement une maladie, mais une liberté, et que le patient doit rester maître de sa destinée corporelle.

Il est vrai que cette maîtrise n'est pas bien assurée lorsqu'on examine, comme nous l'avons fait, les conditions de validité du "contrat médical" - l'objet, la capacité et le consentement - ainsi que l'absence de sanction pour le praticien qui intervient sur le corps de son patient sans avoir obtenu de celui-ci son consentement à l'acte médical. Il n'empêche : cette maîtrise est affirmée comme un principe, et le contrat semble être la figure juridique qui puisse au mieux la respecter (12).

731. L'intégrité physique devient ainsi la matière d'un droit subjectif dans le chef du patient : on ne peut le "toucher" ("intéger") sans qu'il ne soit d'accord.

(11) A. DEMOOR, art. cité in Jura Falconis, 1976-77, p. 70 (trad). L'auteur cite en note : TURNER C., "Le docteur, son client et leur relation dans le service national de santé en Grande-Bretagne", Deuxième congrès de morale médicale, tome II, p. 64.

(12) La valeur symbolique du "contrat médical" entendu comme une reconnaissance du droit du malade à l'intégrité physique peut être utilement rapportée à ce qui a été dit du caractère mythique que revêt parfois le droit subjectif dans le champ des forces politiques (v. supra n° 61). Dans un cas comme dans l'autre, l'affirmation est tenue non pour sa capacité à rendre compte d'un processus technique mais pour l'expression qu'elle permet de certaines valeurs jugées importantes.

L'intégrité du malade en droit civil

Mais dans quel sens entendre ce droit subjectif : celui du pouvoir dont on dispose ou celui de l'intérêt que l'on protège ?

732. Tout, dans la relation médicale, vise la protection de l'intérêt du patient : sa santé, sa vie. C'est d'ailleurs dans la nécessité curative que nous avons reconnu la cause du "contrat médical". Mais la question cruciale est de savoir qui peut prendre en charge cette protection du malade. Dans la réalité, nous l'avons vu, c'est, bien souvent, le médecin qui l'assume; or ce que dit symboliquement le "contrat médical", c'est que cette tâche revient purement et simplement au malade. Dans ce cas, protection et disposition coïncident : seul le malade peut disposer de lui-même.

733. Encore une fois, le régime de nécessité dans lequel il s'agit de restaurer une santé ou de sauver une vie inflige de sérieux démentis au régime de liberté où le sujet disposerait de lui-même dans la pleine liberté contractuelle. Il reste que l'affirmation est tenue: il y a contrat, c'est-à-dire : il faut respecter la liberté du malade qui entend disposer de son destin corporel. Il en a le droit.

CONCLUSION

734. Nous pouvons ainsi reprendre, au terme de l'analyse de droit civil, la conclusion déjà tenue à propos du droit pénal : à savoir que la figure du droit subjectif prend, par le maintien du contrat, une importance croissante dans l'analyse de la relation du sujet à son propre corps. Alors que la nécessité curative justificatrice de l'intervention thérapeutique s'est vue progressivement érodée sur le plan pénal au profit de critères plus larges qui permettent une plus grande disposition du sujet sur son propre corps, voici qu'en droit civil, la perspective du contrat remplace celle du ministère médical, et les droits du sujet quant à son intégrité physique en sont d'autant affermis. Le "contrat médical", même comme simple

L'intégrité du malade en droit civil

affirmation symbolique, permet au malade à la fois de se protéger et de disposer davantage de lui-même.

735. On peut supposer que cette disposition de soi s'oriente dans le sens d'une protection de soi. Mais ce n'est qu'une hypothèse. Qu'arrive-t-il lorsque le sujet exerce son droit de disposition dans un autre sens ?

Pour répondre à cette question, nous voulons aller à l'extrême de l'évolution entrevue en cette troisième partie. Que se passe-t-il lorsque, dans la relation du sujet à son propre corps, on reconnaît un droit subjectif placé entièrement sous le régime de la disposition ? On parlerait alors d'un "droit à la mort".

C'est l'étude de ce nouveau "droit subjectif" qui constitue - après l'image, et l'intégrité physique du malade - le troisième volet de notre analyse. En examinant jusqu'où l'ordre juridique admet, ou non, le droit de disposer de soi, on découvre en cette quatrième partie les derniers éléments nécessaires à la synthèse qui sera faite, dans la cinquième et dernière partie, sur l'utilisation de la catégorie du droit subjectif dans le régime juridique du corps humain.

QUATRIEME PARTIE

LE « DROIT A LA MORT »

«Droit à la mort»

INTRODUCTION

736. L'analyse a révélé l'utilité de la distinction faite entre le régime de la protection et celui de la disposition dans l'étude théorique de la définition mixte du droit subjectif, mais elle a révélé aussi la difficulté à articuler ces deux régimes entre eux lorsqu'on les voit s'appliquer aux déterminations corporelles du sujet lui-même.

737. A propos de la relation thérapeutique, on a vu s'accroître dans le discours juridique le rôle dévolu à la volonté du patient. Le malade est appelé, davantage qu'autrefois, à faire valoir "ses droits" quant à son corps : droit de protection, puisqu'on insiste sur la nécessité de son consentement à l'acte médical, mais aussi droit de disposition puisque, en droit pénal, le critère de la nécessité curative qui contenait cette liberté dans la rigueur des actes nécessaires au rétablissement de la santé du patient a été quelque peu entamé, et que, en droit civil, la figure contractuelle se maintient dans le discours juridique malgré son inaptitude à régler, dans l'ordre du droit, les différents éléments de la relation thérapeutique.

Ce qui veut dire qu'entre le sujet (malade) et son corps, la priorité n'est plus donnée à ce qu'on pourrait appeler la "situation objective" du malade, c'est-à-dire à son état corporel déficient pris en charge par le "ministère médical"; la priorité est donnée, par l'affirmation des "droits" du malade, à sa volonté propre, maîtresse de son destin corporel. L'état d'opacité dans lequel le sujet est tenu vis-à-vis de lui-même du fait de sa maladie se trouve réduit autant que possible au profit d'une transparence et d'une maîtrise subjectives par lesquelles le patient fait entrer en sa volonté tout ce qui advient en son corps.

738. L'émergence du "droit à l'image" a révélé une évolution semblable : alors qu'autrefois le sujet devait supporter d'être exposé au regard d'autrui et n'était protégé que par les règles de la

«Droit à la mort»

responsabilité civile, voici qu'à présent cet état d'exposition est approprié par le sujet au point de faire l'objet d'un droit. Nous avons vu que ce "droit à l'image", en se dédoublant, permet à la fois une plus grande disposition par le sujet d'un de ses attributs, en même temps qu'il renforce la protection dont bénéficie ce sujet dans la liberté qu'il doit pouvoir garder jusque dans l'apparence qu'il offre à autrui.

739. A présent, dans l'étude du "droit à la mort", on assiste à la même reprise subjective de ce qui se passe dans le vécu corporel. La mort n'est plus l'inévitable qui advient à l'homme, en son corps; elle s'avère être l'objet de la volonté du sujet, la matière de son "droit". Que faut-il penser de ce "droit à la mort" ?

740. On a déjà rappelé, à ce propos, les réponses - finalement convergentes - de Ihering et de Savigny. Pour le premier, c'est la vie qui fait l'objet d'un droit subjectif puisque, d'une part, elle intéresse éminemment le sujet vivant, et que, d'autre part, cet intérêt est juridiquement protégé par les lois civiles et pénales. Pour le second, la vie ne fait précisément pas partie des droits du sujet puisqu'alors celui-ci aurait sur elle un pouvoir reconnu de tous, ce qui reviendrait à légitimer le suicide. A partir de deux définitions différentes du droit subjectif, Ihering et Savigny aboutissent ainsi à la même conclusion : le lien juridique d'un sujet à sa propre vie doit s'entendre en régime de protection (Ihering) et non de disposition (Savigny). Dans cette perspective, le "droit à la mort" est inconcevable (1).

(1) C'est pour rappeler cette impossibilité qu'ici encore on utilise les guillemets pour désigner l'objet de notre étude, comme on l'a fait pour le "droit à l'image" et le "contrat médical". Une raison de plus pour approfondir, comme on le tente dans la dernière partie, la notion de droit subjectif lorsqu'elle est appliquée aux situations où le sujet de droit est touché en son corps.

«Droit à la mort»

741. Nous voudrions vérifier la pertinence de cette conclusion en un double examen. D'un côté, on envisage la mort comme un "intérêt protégé", à savoir l'intérêt du malade qui entend se "protéger" contre toute intervention médicale qui viserait à prolonger sa vie; d'un autre côté, on considère la vie comme étant l'objet d'un "pouvoir reconnu" : pouvoir du sujet sur lui-même exercé dans l'homicide de soi.

Le premier examen se situe donc dans le prolongement de la Partie précédente puisqu'on y étudie encore la relation thérapeutique, mais on apprécie, cette fois, les devoirs du médecin et les droits du malade "à l'approche de la mort". C'est l'objet du Titre premier. L'autre Titre prend du champ par rapport à cette situation du médecin devant son malade mourant. On y examine les dispositions - et les silences - de la loi pénale en matière de suicide et d'euthanasie pour mesurer la portée juridique d'une éventuelle reconnaissance du "droit à la mort".

TITRE I

LA RELATION THERAPEUTIQUE A L'APPROCHE DE LA MORT

742. Pour cerner la manière dont le droit appréhende la relation exercée par un sujet envers son propre corps, nous avons, en notre troisième partie, examiné la façon dont le droit pénal et le droit civil saisissent dans leurs termes - "nécessité curative" et "contrat médical" - la relation d'un patient au praticien qui le soigne.

Mais si le médecin est au chevet de son malade pour le soigner, si le but curatif est bien, en termes d'état de nécessité, la justification (pénale) de tous les actes médicaux qui portent matériellement atteinte à l'intégrité physique du patient, et si des soins "consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science" sont bien l'objet du "contrat" qui lie les deux partenaires de la relation thérapeutique, il n'empêche que ces soins, un jour, ne pourront rien contre l'irréversible : entre le malade et son médecin viendra - comme un tiers ? - la mort.

Si on la saisissait dans les catégories juridiques, on pourrait se poser, dans la ligne des questions précédentes : à qui est mon image ? à qui est ma santé ? une autre question de fond : à qui est ma mort ?

743. Lorsque la mort vient trop tôt, on accuse le médecin, son incompétence, sa maladresse; mais si elle vient trop tard, on l'accuse encore : on lui reproche son obstination, son acharnement. Il faudrait, pour bien faire, que chacun meure à son heure. Mais quelle est l'heure de notre mort ?

Créé dans le contexte de la thérapeutique intensive, le "droit à la mort" a été entendu comme le droit pour un malade de refuser les soins qui ne viseraient qu'à prolonger son agonie. Juridiquement, ceci peut s'analyser de la part du malade comme une conséquence de la liberté du refus reconnue au malade par le "contrat

A l'approche de la mort

médical". Ce peut être aussi considéré, mais, cette fois, de la part du médecin, comme un acte d'euthanasie passive; or y a-t-il une différence entre l'euthanasie active et l'euthanasie passive ? Il est indispensable que le droit tienne une position claire là-dessus. Ceci ne signifie pas nécessairement qu'il faille multiplier les législations, les codes de déontologie (pour les médecins) ou les chartes de droits (pour les malades), mais il faut que le droit puisse éclairer jusqu'au bout la relation thérapeutique : jusqu'à la mort.

744. En un premier chapitre, on montre que si, du côté du malade, se déroule le "processus naturel de la mort", on doit constater, du côté du médecin, une grande indétermination à propos de son "art de guérir".

Le rappel des règles de déontologie médicale prescrites à ce sujet nous amène à dresser en un deuxième chapitre la typologie de l'euthanasie. On s'interroge alors - en un troisième chapitre - sur le devoir du médecin et - en un quatrième chapitre - sur les droits du malade à l'approche de la mort, pour savoir en quoi l'abstention du premier pourrait tomber sous le coup de la loi pénale, et en quoi l'autodétermination exercée par le second pourrait s'analyser comme un "droit à la mort".

A l'approche de la mort

CHAPITRE 1 — L'approche de la mort

745. On voudrait montrer ici la situation délicate dans laquelle se trouve le médecin devant la mort : tout son art est de guérir, et pourtant son patient va mourir... Comment le droit comprend-il, à ce moment, le rôle de "l'homme de l'art" : acharnement thérapeutique, ou arrêt des soins ? (1)

★ (1) On ne traite pas en cet ouvrage de la détermination du moment de la mort. Non que cette question ne soit pas fort importante sur le plan juridique, mais elle mobilise sans doute un trop grand nombre de données médicales pour pouvoir être exposée utilement ici.

Pour la suite de notre propos, parmi toute la littérature écrite à ce sujet, on retiendra seulement la recommandation faite par la Commission de réforme de droit du Canada : "que le Parlement du Canada adopte la modification suivante à la Loi concernant l'interprétation des lois, S.R.C. 1970, c. I-23.

Article 28A - Critères de la mort.

Pour toutes les fins qui sont de la compétence du Parlement du Canada :

- (1) une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales.
- (2) la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées.
- (3) lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante".

En cette matière de définition de la mort, le recours à la médecine est indispensable pour déchiffrer les signes corporels du décès, mais le recours au droit s'avère également nécessaire car il s'agit de régler non seulement le sort (corporel) d'un individu, mais encore le sort (juridique) d'une relation. Si la mort est un fait du corps, elle est aussi un fait social : elle signe la disparition d'une personne hors du champ de la relation. Le droit trouve donc ici à s'exercer, tant qu'il y a possibilité de relation de la part des sujets. Dans ces conditions, la question que le droit doit trancher est celle de savoir si c'est la relation qui décide de la mort (critère intersubjectif) ou si c'est la mort qui décide de la relation (critère objectif).

A l'approche de la mort

SECTION 1 - L'art de guérir et la mort naturelle.

746. Pour traiter de la mort à l'intérieur de la relation thérapeutique, peut-être faut-il commencer par signaler un paradoxe : tout ou presque, dans la médecine, est artifice : instruments chirurgicaux, radiations de diverses espèces, piqûres et potions, réanimation... il s'agit de l'art de guérir.

Et pourtant, on constate une persistance des auteurs à parler comme d'une norme de la mort naturelle. Tout l'art (l'artifice) médical est précisément conçu pour lutter contre cette "nature" qui impose la mort, mais il semble bien que doit venir une heure où "le naturel" reprend ses droits sur "l'artificiel" : alors que tout le combat médical se fondait sur la foi qu'il n'est pas "normal" de mourir, il vient un moment où la "norme" s'impose quand même : il est naturel de mourir (2).

Il existerait donc un "processus naturel de la mort" qu'il faudrait, à un certain moment, respecter. Comme l'indique M. le sénateur Cail-

(2) La Recommandation n° 779, votée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 29 janvier 1976, relative aux droits des malades et des mourants traduit bien cette position. Un amendement avait ajouté au texte proposé par la Commission des questions sociales et de la santé un paragraphe rédigé en ces termes : "Considérant que le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances et qu'il n'a pas le droit, même dans les cas qui semblent désespérés, de hâter délibérément la mort" (Amendement n° 6 au document 3699 de la Commission).

M. GRIEVE (Royaume-Uni) a proposé - et obtenu - de modifier cet amendement en remplaçant les mots "de hâter la mort" par les mots "de hâter le cours naturel de la mort" (cfr. compte-rendu officiel des débats de l'Assemblée parlementaire, séance du 28 janvier 1976, p. 919). L'auteur s'en explique ainsi : "la personne qui arrête l'apport d'oxygène dans un cas absolument désespéré et où la personne souffre, hâte délibérément la mort, mais tout ce qu'elle fait, c'est de s'abstenir d'utiliser les sciences modernes pour prolonger douloureusement la vie (...); j'insiste sur l'expression 'le processus naturel de la mort'. Ceci permet au médecin et à ceux qui entourent un être cher qui est en train de mourir de ne pas avoir recours inutilement aux appareils de la science moderne et de ne pas prolonger douloureusement la vie" (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, séance du 29 janvier 1976, compte-rendu officiel, p. 1003).

A l'approche de la mort

lavet dans sa proposition de loi relative au "droit de vivre sa mort" : "il s'agit simplement de permettre à chacun de laisser la nature faire son oeuvre, sans retarder l'issue fatale, mais sans non plus l'accélérer" (3).

747. Or, cette notion de "mort naturelle" ou "cours naturel de la mort" permet au médecin - et surtout peut-être au juriste - de faire le partage entre deux types d'euthanasie : "Pour pouvoir, dans le cas de malades mourants, distinguer l'euthanasie active de l'euthanasie passive, il faut introduire la notion du déroulement naturel et autonome de la maladie qui mène à la mort. Il s'agit d'euthanasie active si le médecin influence artificiellement le déroulement de la maladie en provoquant ou en accélérant la mort. Il s'agit de l'euthanasie passive si le médecin s'abstient d'appliquer les traitements ou arrête les soins qui sont destinés à influencer le déroulement naturel de la maladie et à repousser le moment de la mort" (4).

On verra plus loin que cette distinction entre les deux types d'euthanasie suscite justement la critique (5). Constatons, en tout

(3) Exposé des motifs, proposition n° 301 de la seconde session ordinaire de 1977-1978 du Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 avril 1978. Remarquons que la législation californienne qui inspire directement la proposition française s'intitule Natural Death Act (1976).

(4) Conseil de l'Europe - Document 3735 de la Commission des Questions juridiques : Avis sur les droits des malades et des mourants, § 7. Cet avis de la Commission est explicité à l'assemblée parlementaire par son rapporteur, M. DE MARCO lors des débats du 28 janvier 1976 (compte-rendu, p. 916).

Signalons ici que le compte-rendu officiel des débats de l'Assemblée renvoie erronément en deux endroits (pp. 907 et 1001) au Document 3755 de la Commission des Questions juridiques. Comme ce dernier document concerne le patrimoine architectural européen, la rectification s'impose. C'est le document 3735 daté du 27 janvier 1976 (12 pages stencillées) qu'il faut consulter sur la question des droits des malades et des mourants.

(5) Voir infra n°s 775 et 802.

A l'approche de la mort

cas, qu'elle repose sur une notion délicate à manier : le processus naturel de la mort (6).

748. Si le médecin a précisément pour tâche fondamentale d'enrayer ce processus naturel de la mort, il devient difficile de lui proposer ce même processus naturel comme critère de son abstention. On ne peut pas à la fois lutter contre la mort et en même temps la laisser venir.

D'ailleurs, en régime humain, que connaissons-nous de purement naturel ? Existe-t-il une heure de la mort fixée depuis toujours, et qui n'aurait aucun compte à tenir de la liberté des hommes : liberté du sujet qui souffre, et liberté de ceux qui s'emploient à guérir son mal (7) ? Ou, pour poser la question autrement, en dehors de la mort violente (par suicide ou homicide), peut-il exister autre chose qu'une mort naturelle ? Existerait-il une mort artificielle ? Ou encore, si l'on considère le problème du côté

(6) A propos de la mort naturelle, le rapport de la Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe (Document 3699) remarque dans une note au § 27 de l'Exposé des motifs: "Il s'agit là d'un terme courant, qui facilite l'analyse, mais très difficile à définir. Inévitablement, les discussions sur l'euthanasie convergent sur des cas dans lesquels les distinctions entre ce qui est 'naturel' et ce qui ne l'est pas se sont fortement atténuées. On peut prétendre que l'euthanasie répond au risque que la vie soit maintenue 'par des moyens artificiels'; mais un grand nombre de personnes jeunes et vieilles sont maintenues en vie 'par des moyens artificiels' et continuent à mener une vie utile et heureuse".

(7) Sur le plan philosophique, à propos du droit du malade d'aller jusqu'à son terme, M. BRUAIRE écrit dans son livre Une éthique pour la médecine, p. 52 : "A moins de professer un fatalisme absolu, ce 'terme' ne saurait être envisagé indépendamment des efforts pour faire reculer la mort. De la satisfaction ordinaire des besoins de la vie à l'emploi des techniques médicales pour la prolonger, nous composons ce qui dépend de nous avec ce qui n'en dépend pas". Prolongeant sa réflexion en une critique de la proposition précitée du sénateur Caillavet, l'auteur poursuit : "il est étrange de voir un politique faire aveu de fatalisme (...). Ce qui joue contre l'euthanasie ne saurait jouer en sa faveur. Si (...) cet acharnement (thérapeutique) peut être limité, ce n'est certainement pas en ruinant ainsi le sens des efforts de la médecine".

A l'approche de la mort

de la vie, existerait-il une différence entre la vie naturelle et la vie artificielle ? (8)

D'où viendrait que, à un moment donné, le médecin devrait remonter la pente de son effort continu ? Serait-ce que, au départ, il aurait mal compris son rôle ?

SECTION 2 - Le rôle du médecin.

749. Lorsque le droit pénal parle de "nécessité curative" ou que le droit civil envisage le contrat de soins médicaux, répondent-ils assez adéquatement aux nécessités actuelles de nos populations ? "L'éthique médicale s'est développée à un moment où le devoir principal du médecin était de combattre les maladies mortelles parmi les jeunes. Cette attitude n'est pas immédiatement transposable dans la situation actuelle, où les deux tiers de l'ensemble des décès surviennent parmi les personnes âgées soumises à un déclin physique progressif" (9).

Dans cette hypothèse, certains considèrent que la prolongation de la vie ne doit pas être le but primordial de la pratique médicale; celle-ci doit viser tout autant à soulager les souffrances (10).

(8) Cfr. S. PELLETIER : "De l'euthanasie, l'orthothanasie et la dysthanasie", Revue internationale de droit pénal, p. 249, où l'auteur pose la question : "Qu'est-ce que la vie artificielle et la vie naturelle ? Je pense que cette distinction n'existe pas : qu'il y a 'vie' comme telle, qui s'oppose seulement à la mort".

(9) Conseil de l'Europe, Recommandation précitée, Rapport de la Commission des questions sociales et de la santé (Doc. 3699, § 37, p. 21). Le rapport poursuit : "Par une évolution naturelle de la pensée, la conception médicale traditionnelle en est amenée au point où l'on considère que l'échec des efforts déployés pour guérir le malade ou - plus récemment - pour prolonger la vie, marque la fin effective de l'activité médicale".

(10) C'est du moins en ces termes que, au Conseil de l'Europe, les travaux préparatoires entendaient justifier le projet de recommandation relative aux droits des malades et des mourants, mais le texte final a réaffirmé les principes généraux de la déontologie traditionnelle: la prolongation de la vie reste bien le but primordial de la pratique médicale, même

A l'approche de la mort

Ainsi, le "but thérapeutique" ou le "contrat de soins" avancés classiquement par le droit pour saisir la relation du malade à son médecin doivent-ils s'entendre comme marqués d'abord par la volonté de guérir le malade, de le faire échapper à la maladie et à la mort (11). Mais ils sont déterminés aussi par la volonté de lui épargner la souffrance. L'art médical n'est pas seulement l'art de guérir; il est aussi l'art de soulager la souffrance.

750. Rien d'étonnant à cela si, comme on le sait déjà, la santé se définit comme "un état de complet bien-être physique et mental, permettant le plein épanouissement de la personnalité de chacun" (12). Les soins ne visent plus seulement la guérison, mais aussi un certain bien-être pour le patient qui endure trop de souffrances. La douleur, signe du mal, doit être combattue presque autant que le mal lui-même, surtout lorsque le mal est irrémédiablement porteur de mort.

(Suite note 10)

si elle n'en est pas (ou plus) le but exclusif (cfr le § 6 de la Recommandation 779 : "convaincue que la prolongation de la vie ne doit pas être le but exclusif de la pratique médicale, qui doit viser tout autant à soulager les souffrances"). V. à ce sujet l'intervention de M. de STEXHE (Belgique) aux débats de l'Assemblée du 29 janvier 1976 (compte-rendu, p. 1002) : "il me paraît anormal de considérer comme un principe de déontologie médicale que le rôle du médecin n'ait pas, en premier lieu, comme objectif le respect de la vie, la protection de la santé, alors que, comme semble le dire le texte, le soulagement des souffrances peut tout justifier. Tout est évidemment question de mesure et de conscience professionnelle. En proposant de remplacer le mot "primordial" par "exclusif", je tiens à souligner que la prolongation de la vie, sa défense, sont le but normal poursuivi par la médecine".

- (11) C'est dans cette optique qu'on relira la Déclaration de Genève où la World Medical Association élaborata en septembre 1948 la version moderne du serment d'Hippocrate : "I solemnly pledge myself to consecrate my life to the service of humanity (...). The health of my patient will be my first consideration (...). I will maintain the utmost respect for human life from the time of conception".
- (12) Sur cette définition donnée par l'O.M.S., v. supra n° 566.

A l'approche de la mort

751. Or, la reconnaissance d'une obligation pour le praticien de soulager la souffrance de son patient introduit dans les normes qui régissent la relation thérapeutique un élément qui peut perturber les solutions retenues jusqu'ici. Car en prolongeant la vie d'un malade, le médecin risque, bien souvent, d'en prolonger les souffrances. Et pour résoudre ce conflit de devoirs, il pourrait être tenté sinon d'abrégé par un acte positif la vie de son patient pour en supprimer les souffrances, du moins, de s'abstenir des soins pour laisser le malade mourir de sa "mort naturelle", "à son heure".

752. C'est dans le double contexte ainsi tracé de la persistance d'une considération du "processus naturel de la mort" et de la reconnaissance d'une mission spécifique du médecin dans le soulagement des souffrances de son patient que l'on peut aborder, en droit, la question de la dysthanasie.

SECTION 3 - L'acharnement thérapeutique.

753. L'acharnement thérapeutique (13) appelé encore dysthanasie (14) apparaît aux yeux du profane comme un danger redoutable, sur-

(13) M. CAILLAVET (proposition précitée, Exposé des motifs, p. 1) prend au professeur BRAUN sa définition de l'acharnement thérapeutique, à savoir : "le fait de différer, de repousser la mort par des soins intensifs, de mettre au service du patient toutes les méthodes connues dans des cas où le malade est condamné de toute façon".

(14) La dysthanasie est définie par Mme PELLETIER (art. cité, p. 246) comme étant "le fait de conserver en vie un malade réputé incurable, en lui prodiguant des soins extraordinaires, souvent coûteux et ardu, soins sans lesquels le malade en serait arrivé à son terme normal de vie et sans lesquels il décéderait". Cette définition est reprise telle quelle par A. FAHMY ABDOU, *op.cit.*, p. 329 et X. RIJCKMANS et R. MEERT-van de PUT, *op.cit.*, t. II, p. 71. Par opposition à la dysthanasie, l'orthothanasie - ou euthanasie passive - consiste dans "le fait de laisser mourir le malade de sa mort naturelle par abstention ou par omission des soins précités" (S. PELLETIER, *ibid.*).

A l'approche de la mort

tout lorsqu'il se conjoint à "l'impérialisme médical" (15) : c'est que le sujet craint de perdre son identité dans une relation thérapeutique qui serait encombrée par la technique du progrès à outrance (16).

Il peut arriver, en effet, que le médecin, engagé tout entier dans la lutte contre la mort, en vienne à surestimer la portée des résultats obtenus par la technique médicale. Alors, le combat contre la mort ne s'évalue plus qu'en fonction des performances de l'appareillage et de l'activité thérapeutiques, et non plus en fonction de la personnalité du malade qui va mourir : autrefois combattue, la mort est désormais niée.

754. Or, on attend du médecin qu'il mette sa compétence et ses techniques au service de son patient : qu'il considère en lui le sujet qui a une personnalité propre, et non pas l'objet qu'il faudrait à tout prix réparer. On attend du médecin qu'il soit "humain", c'est-à-dire qu'il accepte d'écouter la souffrance d'autrui et qu'il fasse tout ce qui est en son pouvoir pour la supprimer ou, au moins, la soulager, dans le respect de celui qui l'endure.

Dans cette voie, on peut légitimement penser que les problèmes suscités par l'acharnement thérapeutique pourront se résoudre par une meilleure définition de la déontologie médicale : la quantité et

(15) Sur cette notion, v. supra n° 600.

(16) J. HERSCH, UNESCO, Etudes et documents de politique scientifique, n° 16 - comptes rendus du Colloque sur la politique scientifique et la recherche biomédicale, p. 75 : "les pouvoirs d'intervention accrus de la chirurgie et de la médecine, la spécialisation et la technicité croissante des traitements les plus efficaces tendent à faire de plus en plus du patient, pour le médecin, un objet connu et techniquement manipulable, dont l'irréductibilité personnelle est d'abord ignorée par principe, puis niée doctrinalement, enfin évacuée par la sensibilité même et le sens moral. Dès lors c'est la 'fibre éthique' comme l'ont dit certains grands praticiens, qui se trouve progressivement engourdie chez certains et remplacée par la passion de la recherche ou du triomphe technique".

A l'approche de la mort

l'intensité des soins à donner sont une question qui relève de la compétence médicale, et donc aussi de la conscience du médecin (17).

755. Tout est ici affaire de diagnostic et de pronostic. Lorsque le médecin estime qu'il peut sauver la vie de son patient par des soins intensifs, il doit utiliser toutes les ressources de son art, sans se préoccuper de l'effet déplaisant ou des fantasmes d'agressivité que cette attitude peut engendrer dans l'entourage du malade. Il regardera uniquement si le traitement s'indique. Et comme il fut dit au cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979), "la plus forte contre-indication est l'absence d'indication" (18).

(17) V. infra n° 797 : l'euthanasie et les soins ordinaires; v. aussi l'intervention de M. BOURGEOIS (France) à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 28 janvier 1976 (compte-rendu officiel, p. 921) lors des débats sur la Recommandation relative aux droits des malades et des mourants : "n'est-ce pas là qu'intervient avant tout, et même exclusivement, la science des médecins, et que notre confiance doit être large vis-à-vis de ceux qui ont prêté serment de préserver la vie ? Leur conscience est en jeu, comme la nôtre, et ils sauront ne pas se livrer à une sorte d'acharnement thérapeutique qui n'a d'autre effet que de reculer artificiellement la mort".

Comp. l'art. 97 du Code belge de déontologie médicale (1975): "le médecin doit éviter tout acharnement thérapeutique sans espoir".

Dans son rapport aux Journées Capitant de 1975, M. GROSEMANS signale (t. XXIV, p. 426) qu'on ne connaît point, dans la jurisprudence française ou belge, d'exemple de poursuite en responsabilité médicale concernant la dysthanasie.

(18) Dr. Laszlo DEZSO et Dr Istvan SZABO (Hongrie) : "Ethische und strafpolitische Erwägungen in Zusammenhang mit der Interpretation der Euthanasie" (rapports, pp. 209 et sv.). On lit à la p. 210 : "les soins intensifs et la réanimation sont partie intégrante de la médecine, et posent comme tels la question de l'indication. Les connaissances théoriques et pratiques des soins intensifs et de la réanimation sont des normes pour la profession médicale et s'appliquent ainsi pour juger d'une indication existante quant à leur application. La plus forte contre-indication est l'absence d'indication. Quand donc l'indication manque pour une intervention, celle-ci ne doit pas, elle ne peut pas être pratiquée" (trad.).

A l'approche de la mort

Si le praticien estime que les chances de succès du traitement envisagé sont nulles, il aura la sagesse de ne pas l'entreprendre. Ceci n'a rien à voir avec l'euthanasie : il s'agit seulement de refuser un traitement inutile.

756. Refuser de l'appliquer, ou même aussi refuser de le poursuivre : "Comme le médecin peut décider de n'appliquer aucun traitement à un malade incurable, il peut décider de la même façon d'arrêter un traitement qui n'apporterait aucune chance de survie. Si l'obligation du médecin était définie par celle de continuer à tout prix la réanimation, les soins du malade ne seraient plus orientés vers le 'salus aegroti'. En cas d'échec et s'il n'existe plus d'autres possibilités thérapeutiques, le traitement entrepris perd manifestement son sens et peut donc être arrêté" (19).

SECTION 4 - L'arrêt de soins.

757. La logique est, en effet, la même pour l'arrêt que pour l'abstention : lorsqu'un traitement s'avère inutile pour la survie du patient, le médecin n'a pas plus de raison de le poursuivre qu'il n'en aurait eu de l'entamer s'il avait eu, dès le départ, la conviction de son inutilité. Or, bien souvent, l'effort médical ne devient inutile que s'il est d'abord tenté (20). Il faut avoir acquis "la certitude de l'impossibilité de renverser le processus par les techniques de réanimation existantes" (21). Mais dès que cette certitude est acquise selon les données les plus récentes de la science médicale, elle autorise immédiatement l'arrêt des soins.

(19) Conseil de l'Europe, Avis de la Commission des questions juridiques sur la Recommandation relative aux droits des malades et des mourants, Doc. 3735, § 32.

(20) Cfr. G. MEMETEAU, "La demande de mort du malade", Rapports du cinquième congrès mondial de droit médical (Gand, 1979), p. 217.

(21) H. ANRYS, Les professions médicales et para-médicales dans le marché commun, p. 429.

A l'approche de la mort

758. On sait que la déontologie médicale assure au praticien la liberté de ses prescriptions "qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance" (22). Dès lors, quand vient la mort, le médecin prescrira encore les mesures qui lui paraissent les plus appropriées sur le plan médical. Comme tout son art est essentiellement "dysthanasique", il sait qu'il ne peut purement et simplement laisser mourir son patient (23), mais en même temps, dans le souci de ne pas le faire souffrir inutilement, il devra bien un jour renoncer au traitement qui ne pourrait plus rien contre la mort. Si le médecin a accepté que son patient puisse mourir un jour, il fera sans doute ce qui est en son pouvoir pour lutter contre le processus naturel de la mort, mais au moment où celui-ci apparaîtra irrémédiable - littéralement: sans remède possible - le médecin ne considérera pas cette situation comme un échec de son art. Au contraire, il en utilisera toutes les ressources pour remplir cet autre devoir qu'est le soulagement des souffrances (24).

v (22) Code français de déontologie médicale du 28 juin 1979, art. 9. Comp. art. 36 du Code belge (1975).

(23) V. l'avis de la Commission des questions juridiques sur les droits des malades et des mourants (Conseil de l'Europe, Document 3735, § 23) : "le point de départ est pour le médecin l'obligation de donner au malade les meilleurs soins possibles, à savoir de conserver la vie et de soulager les souffrances du malade (...). Cette obligation des meilleurs soins possibles doit être interprétée de façon à ce que le médecin soit obligé d'utiliser toutes les méthodes de traitement mises à sa disposition. Exception faite de certains cas extrêmes, il doit faire tout son possible pour maintenir en vie un malade, même si ce dernier, à long terme, n'a aucune chance de survivre. Il doit donc prolonger la vie des malades au-delà du moment de la mort naturelle".

(24) Cfr. P.E. TROUSSE, "L'orthothanasie par omission de secours", Revue de droit pénal, 1950-51, p. 1116 : "le devoir d'humanité, qui se concrétise pour le médecin dans l'adoucissement des souffrances, permet à celui-ci de s'abstenir, sauf volonté formelle en sens contraire, de soins pénibles qui s'avèreraient inefficaces ou qui ne pourraient maintenir la vie que pendant très peu de temps. Le médecin n'est pas toujours tenu de prolonger le combat par tous moyens (...). Personne ne songera à punir, ni même à blâmer le médecin qui s'abstiendrait, bien qu'il ait accepté le devoir de soigner un malade, de donner à celui-ci un remède qui ne pourrait prolonger que de quelques heures des douleurs intolérables".

A l'approche de la mort

759. Quand vient la mort, le médecin devra donc résoudre dans chaque cas concret la question du traitement, à entamer ou à poursuivre lorsqu'il existe, pour le patient, une chance de survivre, à refuser ou à interrompre lorsque, cette chance n'existant plus, il ne s'agit plus que de soulager la souffrance.

Si l'appréciation concrète du cas posé par chaque malade se révèle difficile, au niveau du diagnostic, du pronostic ou du traitement, les principes théoriques de la déontologie n'en sont pas moins clairs : lutter contre la mort et la souffrance, accepter la mort quand elle s'avère irrémédiable, en s'efforçant de soulager au maximum la souffrance du patient.

760. Mais cette ligne de conduite mérite d'être affinée davantage, en examinant plus précisément ce que dit le droit de la relation thérapeutique à l'approche de la mort. Pour ce faire, on dresse au chapitre suivant la liste des différents types d'euthanasie que l'on peut rencontrer en notre matière. Ce cadre étant ainsi précisé, il reste alors à considérer, dans les deux chapitres ultérieurs, les points de vue respectifs du praticien et de son patient quand s'approche la mort.

A l'approche de la mort

CHAPITRE 2 — La typologie de l'euthanasie

761. Pour préciser les devoirs du médecin vis-à-vis de son patient dans le contexte de la norme pénale imposée par la société, il est utile de dresser la typologie des diverses euthanasies que l'on peut rencontrer dans la littérature juridique. Cette mise au point paraît nécessaire tant sont nombreux, en cette matière, les glissements d'un sens à l'autre.

En ce chapitre, nous allons donner quelques précisions sur les neuf hypothèses que l'on a pu relever :

- A. la "bonne mort" sans raccourcissement de la vie
 - 1. bien accompagnée,
 - 2. sans douleur particulière,
- B. le soulagement des souffrances (ou assistance à la mort ou "euthanasie" indirecte),
- C. l'orthothanasie, ou "euthanasie" passive,
- D. le suicide euthanasique,
- E. l'assistance au suicide,
- F. l'euthanasie à la demande du malade,
- G. l'euthanasie sans le consentement du malade,
- H. l'euthanasie contre le consentement du malade,
- I. l'euthanasie sociale
 - 1. eugénique,
 - 2. économique.

Nous reportons toutefois au Titre II l'étude du suicide (cfr. points D et E) et celle de l'euthanasie proprement dite (points F et G) pour pouvoir y développer une comparaison de ces deux termes centraux du "droit à la mort" (1).

(1) V. infra n°s 830 sur le suicide et 871 sur l'euthanasie.

A l'approche de la mort

762. Dans la nomenclature ainsi dressée, les termes extrêmes (point A : la bonne mort, et point I : l'euthanasie sociale) ne semblent pas causer de grande difficulté au pénaliste.

Mais il est deux situations qui sont plus délicates à analyser : l'euthanasie dite indirecte (point B) et l'euthanasie dite passive (point C).

SECTION 1 - La bonne mort et le meurtre.

763. En un premier sens tout à fait bénin, l'euthanasie signifie la bonne mort (point A), sans aucun raccourcissement de la vie, soit que cette mort - éventuellement douloureuse - se passe avec tout le réconfort d'un accompagnement moral ou spirituel, soit qu'elle ne connaisse aucune douleur particulière. Cette dernière hypothèse peut se vérifier dans le cas de la mort rapide, brutale ("il ne s'est pas senti mourir") ou, au contraire, dans le cas d'une lente extinction par usure de tout l'organisme. Cette bonne mort n'est "euthanasie" que par un rappel étymologique (2).

(2) Cfr l'avis de la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants (Doc. 3735, § 5) : "Le terme d'euthanasie est inconnu en droit et n'est employé dans aucun code pénal des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ce terme, qui est d'origine grecque et qui signifie la mort 'douce' ou 'bonne', fut employé dans le sens plus large de la mort spontanée et naturelle mais jamais dans celui de tuer volontairement".

V. aussi U.P. HAEMMERLI (exposé cité, p. 43) où l'on trouve comme première forme d'euthanasie : "l'euthanasie classique avant l'ère de la médecine moderne : le malade est accompagné dans son agonie par le médecin, le prêtre et la famille (pas de raccourcissement de la vie)"; la définition donnée par LITTRE est rappelée par Mme PELLETIER (art. cité, p. 219) : "l'euthanasie est un phénomène qui n'a rien d'exceptionnel : c'est la bonne mort, c'est l'extinction de la vie, rapide ou lente, qui ne présente point d'évolution spécialement douloureuse".

A l'approche de la mort

Elle n'a pratiquement rien à voir avec le droit pénal (3).

764. A l'autre extrême de la liste, on trouve l'euthanasie sociale (point I). C'est l'anéantissement d'une vie jugée indigne d'être vécue. Elle comporte des variantes d'"euthanasie eugénique" ou d'"euthanasie économique" et concerne les anormaux et asociaux absolus, les monstres, les idiots graves et, en général, ceux qui ne peuvent accéder à la vie normale dans le monde humain (4). Le droit pénal de nos sociétés n'a pas attendu la flétrissure des pratiques euthanasiques du régime hitlérien pour incriminer de pareils comportements homicides. Ici, la condamnation est catégorique.

765. Entre ces deux extrêmes de la bonne mort et du meurtre se trouve une gamme de comportements parmi lesquels se situe l'euthanasie proprement dite. Celle-ci signifie "la volonté directe et précise de donner la mort, en vue d'abrégier les souffrances de quelqu'un dont la mort est certaine" (5).

(3) Ceci n'empêche évidemment pas que l'accompagnement des mourants soit une question de toute première importance posée à nos sociétés. La littérature qui traite de la mort aujourd'hui dans le cadre des grands hôpitaux modernes stigmatise à bon droit la solitude dans laquelle est enfermé l'homme à l'approche de sa mort. Les auteurs insistent sur la nécessité d'une formation solide du personnel médical et paramédical à l'accompagnement des mourants. N'est-ce pas là le dernier geste de pitié que l'homme peut donner à autrui ?

V. à ce sujet les travaux du Dr Elisabeth KUBLER-ROSS, Les derniers instants de la vie (Labor et Fides, Genève, 1975). Cfr. aussi ses deux articles dans Médecine de l'homme, mars et avril 1975. V. aussi P.-Ph. DRUET, Pour vivre sa mort, Paris, Lethiel-leux, Coll. Le Sycomore, 1981.

(4) Cfr. M. RATEAU, "L'euthanasie et sa réglementation pénale", S., 1964, chron., p. 42. Cet article a été également publié dans la Revue de droit pénal, 1964-65, pp. 38 et sv.

(5) R. SCHAEERER, "Réflexion d'un philosophe sur l'euthanasie", Revue internationale de droit pénal, 1965, p. 54, citant R.P. COTTIER, Table ronde : Euthanasie, Médecine et Hygiène, 27 mai 1964, n° 643, p. 492.

A l'approche de la mort

A cette définition de l'euthanasie au sens strict, certains ajoutent encore, comme élément constitutif, la demande du malade (6) (point F).

766. Dans ce cas, à côté de la catégorie des malades qui demandent la mort, il faut créer une nouvelle catégorie qui élargit le sens strict en incluant les cas d'euthanasie envers les malades dont la volonté n'est pas consciente ou exprimée (point G). C'est "la mort par pitié, donnée sans douleur à un moribond inconscient, pour supprimer les douleurs insupportables et inutiles et éviter l'impressionnant spectacle des agonies déchirantes" (7).

(6) Cfr. L. APOSTEL, "L'euthanasie comme problème moral et philosophique", Revue de droit pénal, 1963-64, p. 30 : "Appliquer l'euthanasie consiste, dans le sens le plus strict du mot en ceci : a) priver de la vie une personne humaine, b) de la façon la moins pénible, c) à sa demande propre, d) avec l'intention de lui éviter des maux plus grands que la mort".

Rappr. la définition donnée par M. RATEAU, art. cité, p. 42 : "la mort libératrice, donnée à un malade conscient incurable, qui demande qu'on achève, par une mort calme et indolore, une agonie douloureuse, insupportable et rebelle à toute sédation physique ou psychique".

Cfr. aussi U.P. HAEMMERLI (art. cité, p. 42) chez qui l'euthanasie active ("mercy killing") est définie comme "la mise à mort du malade par le médecin sur la demande du malade".

(7) M. RATEAU, art. cité, p. 42. On peut toutefois se demander si une personne inconsciente peut encore souffrir, et si la souffrance n'est pas plutôt celle de ceux qui entourent le malade à l'agonie.

La Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe, dans son rapport sur les droits des malades et des mourants, distingue deux catégories parmi "les situations qui ont le plus de chance de se présenter dans la pratique" : "la première concerne les malades conscients en pleine possession de leurs facultés qui ne sont pas à l'article de la mort mais dont les souffrances sont telles qu'il leur paraît souhaitable de les abréger, alors que la deuxième comprend les personnes qui sont manifestement à l'article de la mort, et qui, inconscientes, sont maintenues en vie par des moyens artificiels". A propos de ces personnes, le rapport poursuit : "on peut présumer qu'(elles) ne souffrent pas et ne désirent rien; à ceux qui les soignent, pourtant, la question se pose de savoir s'il convient de les maintenir indéfiniment dans l'état où elles se trouvent" (Doc. 3699, § 47).

A l'approche de la mort

767. En faisant un pas de plus, on rencontre la catégorie des malades euthanasiés - non pas avec ou sans, mais - contre leur consentement (point H). Cette situation peut se décrire comme un meurtre et rejoint bientôt l'euthanasie sociale ("social killing") décrite plus haut (point I).

768. Pour le droit pénal, il importe encore de situer l'euthanasie active par rapport au suicide.

On peut considérer que certains suicides (point D) sont une forme d'auto-euthanasie (8); en tout cas, de nos jours du moins, ils échappent à la répression pénale (9).

Mais entre le suicide euthanasique (point D) et l'euthanasie pratiquée sur un tiers (point F), il existe l'aide au suicidé euthanasique (point E), aide qui peut revêtir diverses formes et qui pose au législateur pénal - on le verra - un problème spécifique (10).

769. Pour achever le parcours de notre typologie, il reste à situer, dans la ligne de ce que nous avons vu au chapitre précédent, l'euthanasie active (euthanasie au sens strict) par rapport au soulagement des souffrances (appelé parfois euthanasie indirecte, point B), et à l'orthothanasie (ou euthanasie passive, point C).

(8) "L'agent se procure à lui-même, spontanément et sans aucune aide, la 'mort-douce'; il s'agit alors d'un simple suicide" (R. Charles, Peut-on admettre l'euthanasie ? op. cit., p. 87). Si l'on croit le témoignage du Prof. Olga IELACIC, "les cas d'euthanasie à laquelle aurait procédé le malade (on pourrait dire 'l'auto-euthanasie') sont extrêmement rares" (Rapport au cinquième Congrès mondial de droit médical, Gand 1979, p. 231).

(9) Comme on l'a dit dans l'introduction à ce chapitre, ceci sera exposé de façon plus détaillée au Titre II.

(10) V. infra n° 852 sur le suicide d'autrui : complicité et abstention.

A l'approche de la mort

SECTION 2 - L'euthanasie dite indirecte.

770. Tous les auteurs, qu'ils soient médecins, juristes ou moralistes, s'accordent pour reconnaître que le soulagement des souffrances est une tâche que le médecin doit prendre en compte dans la relation thérapeutique (11). On peut admettre que, dans l'accomplissement de cette tâche, il prenne le risque de hâter indirectement la mort de son patient pour autant qu'il ait bien pesé la proportion entre le soulagement de la douleur et le risque d'abrégement de la vie (12).

771. Pour justifier le médecin d'avoir pris ce risque, nous choisissons de recourir, comme nous l'avons fait pour la justification de l'acte médical en général, au classique état de nécessité (13): entre deux devoirs - celui de calmer la souffrance, et celui de prolonger la vie de son patient - le médecin doit choisir. Si l'état de nécessité justifie "l'acte nécessaire pour détourner (...) d'au-

(11) V. supra n° 749.

(12) Cfr. le rapport du Dr. O. IELACIC au Cinquième Congrès mondial de droit médical, (Gand, 1979) : "Tout traitement médical qui a pour but d'atténuer la souffrance est bon, moralement admissible et nécessaire, même s'il représente un risque. L'injection de morphine aux malades incurables est un acte humanitaire et digne du médecin, mais bien entendu il ne s'agit pas d'administrer des doses mortelles de morphine ou de tout autre poison" (Rapports, p. 233); comp. X. RIJCKMANS, et R. MEERT-van de PUT, Les droits et les obligations des médecins, t. II, n° 669, p. 70; v. aussi, au débat de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants, les interventions de M. RADIUS (séance du 28 janvier 1976, compte-rendu, p. 927) et de M. MONETTI (séance du 29 janvier 1976, compte-rendu, p. 1009).

Parmi les autorités morales, les ouvrages citent souvent le Pape Pie XII qui affirmait le 24 janvier 1957 dans une allocution à des médecins et chirurgiens : "Est permise l'administration de narcotiques qui produit par elle-même deux effets différents, à savoir d'un côté un soulagement de la douleur et de l'autre une réduction de la durée de la vie. Mais il convient d'examiner s'il existe une relation raisonnable entre ces deux effets et si les avantages de l'un compensent les inconvénients de l'autre".

(13) v. supra n° 519.

A l'approche de la mort

trui un péril grave, imminent et non autrement évitable, pourvu qu'il n'y ait pas disproportion entre le mal à écarter et la mesure prise pour le prévenir" (14), cet état de nécessité peut disculper le geste du médecin qui s'emploie à soulager la souffrance de son patient par des remèdes qui risquent - mais en l'occurrence il n'en existe pas d'autre - de mettre en danger la vie du malade.

772. Toute la question est alors de savoir quelle proportion il faut maintenir entre "le mal à écarter" et "la mesure prise pour le prévenir". Comme il a été dit à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : "il convient (en effet) d'établir une distinction entre soulager la douleur en abrégant la vie et abrégant la vie en soulageant la douleur" (15).

En administrant des analgésiques, le médecin sait qu'il prend le risque d'accélérer la mort de son patient mais son acte est justifié - par ce qui pourrait s'appeler la "nécessité sédatrice" - pour autant du moins que le médecin ait respecté la proportion exigée par cette cause de justification (16).

(14) Cfr. P. FORIERS, thèse citée, n° 292, p. 177 à propos de l'art. 126 du projet français de revision du Code pénal.

(15) Rapport de la Commission des questions sociales et de la santé sur les droits des malades et des mourants (Conseil de l'Europe, Doc. 3699, § 49). Le rapport poursuit : "La plupart des médecins sont disposés à envisager, le cas échéant, la deuxième éventualité, autrement dit, de prendre, pour soulager la douleur, des mesures qui risquent d'abrégier la vie (...). Par contre, presque tous les médecins se refusent, en principe, à toute action positive ayant pour but d'abrégier la vie".

(16) Comme on l'a déjà remarqué à propos de la justification de l'acte médical en général, la réflexion s'attache souvent en cette matière à l'élément moral de l'infraction, pour contester qu'il soit présent dans le chef du praticien qui procède à l'acte curatif ou sédatif. V. par exemple à l'Assemblée du Conseil de l'Europe, la modification faite au projet de Recommandation relative aux droits des malades et des mourants (Doc. 3699, amendement n° 6); au texte qui énonçait : "Considérant que le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances et qu'il n'a pas le droit, même dans les cas qui lui semblent désespérés, de hâter délibérément le cours naturel de la mort", il fut proposé de remplacer le mot "déli-

A l'approche de la mort

773. Dans cette hypothèse, il ne s'agit nullement d'euthanasie, même si, remarquons-le, la mesure prise pour adoucir le sort du patient est "active" (17). Le fait de parler en l'espèce d'euthanasie indirecte ne peut, dès lors, qu'ajouter à la confusion des concepts.

(Suite note 16)

bérément" par le mot "intentionnellement". Car il est vrai que "le soulagement des souffrances a inévitablement pour effet accessoire non désiré de hâter le processus de la mort" (intervention de Mme HUBINEK (Autriche) à l'Assemblée parlementaire, séance du 29 janvier 1976; compte-rendu, p. 1004). Mais si cette précision est importante pour la portée morale du geste du médecin, on sait cependant que, en droit pénal, la notion de dol général n'inclut pas les intentions de l'auteur de l'infraction.

- (17) Signalons à ce propos dans notre typologie, qu'une méprise doit être soigneusement évitée. L'administration d'un analgésique est certainement une mesure active, mais il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il s'agisse d'un geste d'euthanasie active. La confusion est, semble-t-il, repérable dans l'intervention de Mme HUBINEK (Autriche) à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 28 janvier 1976 (compte-rendu officiel, p. 944) dans la discussion du rapport sur les droits des malades et des mourants, dont elle est d'ailleurs un des co-auteurs : "La plupart des orateurs ont évoqué la distinction entre les mesures actives que prennent les médecins et celles qu'ils décident de ne pas prendre. Mais l'on ne peut malheureusement pas (...) se satisfaire de l'attitude qui consiste, en présence d'un mourant, à renoncer à prendre des mesures, c'est-à-dire à s'abstenir d'utiliser des machines et de prolonger la vie artificiellement. Il faut également reconnaître au médecin le droit de prendre des mesures actives, c'est-à-dire d'administrer un analgésique. Il serait vain (...) de vouloir méconnaître cette réalité. La plupart des médecins ont une attitude charitable, et administrent des anesthésiques aux malades irrémédiablement perdus qui se débattent dans les tourments de l'agonie. Il s'agit là d'une mesure active. Cette réalité, nous devons aussi la regarder en face".
- Pour nous, encore une fois, cette administration d'anesthésique, si "active" soit-elle, n'en est pas pour autant un geste euthanasique. Il n'est donc pas logique de récuser la distinction entre euthanasie active et euthanasie passive, sous prétexte que le médecin ne reste pas inactif devant l'état désespéré de son patient mais qu'il a recours - activement - à une mesure de soulagement des souffrances.

A l'approche de la mort

SECTION 3 - L'euthanasie dite passive.

774. L'euthanasie dite passive (point C), déjà rencontrée au chapitre précédent à propos du processus naturel de la mort (18) peut se définir comme "abandon ou cessation de mesures artificielles de prolongation de la vie sur les malades chez qui l'agonie a déjà commencé et dont la vie ne peut pas être sauvée dans l'état actuel de la science médicale" (19).

Sur le plan juridique, cette "euthanasie passive" est une catégorie critiquée de divers côtés, et à juste titre. Certains auteurs disent qu'il n'y a pas de raison de l'appeler "euthanasie", d'autres, de l'appeler "passive". D'un côté en effet, on se demande si l'abstention de soins a toujours quelque chose à voir avec une mise à mort (20); de l'autre, on se demande si le simple fait de s'abstenir du geste qui prolongerait la vie n'équivaut pas, dans la pratique, au geste qui arrête la vie (21).

(18) v. supra n° 747.

(19) U.P. HAEMMERLI, exposé cité, p. 44.

(20) Cfr. à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (séance du 28 janvier 1976, p. 909) l'intervention de M. PAGE (Royaume-Uni) citant un document établi par des experts sous la direction de l'évêque anglican de Leicester : "Dans son sens étroit habituel, l'euthanasie suppose le meurtre et il est fallacieux de vouloir lui faire englober des décisions visant à ne pas prolonger la vie par des moyens artificiels quand il vaudrait mieux pour le malade qu'on le laisse mourir".

Citons encore l'opinion de Mme O. IELACIC dans son exposé "l'euthanasie sur demande" au cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979) : "On ne peut (...) qualifier d'euthanasie ce qu'on nomme, à tort, 'euthanasie passive' qui consiste à ne plus lutter par tous les moyens contre la mort inévitable et proche" (Rapports, p. 232).

(21) Pour Mme PELLETIER (art. cité, p. 254), l'orthothanasie par abstention de soins est une "euthanasie passive par omission": "Quelle différence peut exister entre le fait de pratiquer une piqûre mortelle et celui de retirer un tube, omettre un sondage ou supprimer la pénicilline à un incurable condamné à mort à plus ou moins brève échéance ?"
Comp. P. SEPAROVIC, dans son exposé : "Intensive care : some legal dilemmas with special regard to right to die" au cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979) où l'auteur dénonce la distinction entre le fait d'être laissé seul

A l'approche de la mort

775. Peut-être vaut-il mieux cependant prendre ici le parti méthodologique de maintenir au moins provisoirement la distinction entre euthanasie active et passive, quitte à soutenir, comme on le fera en conclusion, que "l'euthanasie passive" est un concept impraticable (22).

776. Après avoir parcouru la typologie descriptive de l'euthanasie, on voudrait approfondir la controverse suscitée par l'existence de cette euthanasie passive en montrant que toute "passivité" n'est pas nécessairement euthanasique, et que toute euthanasie - qu'elle soit "passive" ou "active" - repose sur une intention formelle d'abréger le processus de la mort.

(Suite note 21)

pour mourir (sans les prolongations techniques de la réanimation) et le choix d'en finir avec la vie en recevant une aide qualifiée pour le faire sans douleur : "tant que nous permettons le premier et interdisons le second, nous aurons à faire face à un nombre croissant de contradictions et de situations hypocrites" (Rapports, p. 205).

- (22) Une confusion qu'il faut en tout cas éviter - et qui est semblable à celle qu'on a signalée à propos du soulagement de la souffrance (v. supra, note 17) - est celle qui assimile le geste actif avec l'euthanasie active. Car il peut arriver qu'on pose un geste actif "d'euthanasie" passive. A ce propos, Mme WOLF, présidente de la Commission des questions sociales et de la santé, dans son intervention à l'Assemblée du Conseil de l'Europe (séance du 28 janvier 1976, compte-rendu officiel, p. 946) traite de la différence entre l'euthanasie active et l'euthanasie passive parmi "les malentendus qui reviennent sans cesse au cours de la discussion" : "Nous sommes d'accord pour dire que lorsque l'on s'abstient de brancher un malade sur un appareil il s'agit d'une euthanasie passive. Mais si le médecin débranche l'appareil parce qu'il constate, au bout de quatre ou cinq jours, que le traitement n'a plus aucune efficacité, comment doit-on qualifier ce geste ? Il s'agit là, assurément, d'un acte, et non d'un comportement passif". Pour nous, cet acte, tout acte qu'il soit, n'en est pas pour autant un geste d'euthanasie active. Le rapport de la Commission elle-même nous semble avoir déjà dissipé le malentendu en signalant (Doc. 3699, § 30) que "le fait de couper le courant d'un appareil respiratoire appliqué à un malade dont le cerveau est mort est un geste actif, en ce sens qu'il s'agit d'un acte commis, mais passif au niveau de l'intention si l'euthanasie constitue l'omission ou l'interruption d'un acte susceptible de sauver le malade".

A l'approche de la mort

Il faut examiner pour cela à quelles conditions l'omission de soins tombe sous le coup de la loi pénale. Encore une fois, quel est le devoir du médecin à l'approche de la mort ?

Le contexte sera ainsi dressé pour pouvoir exposer les droits du malade - du mourant - quant à son corps.

A l'approche de la mort

CHAPITRE 3 — Le devoir du médecin à l'approche de la mort

777. La Recommandation n° 779 du Conseil de l'Europe invite le Comité des ministres à proposer aux Etats membres de "créer des commissions nationales d'enquêtes (...) chargées d'examiner entre autres la situation dans laquelle pourraient se trouver les membres de la profession médicale - par exemple dans l'éventualité de sanctions prévues par les législations civile ou pénale - lorsqu'ils ont renoncé à prendre des mesures artificielles de prolongation du processus de la mort sur les malades chez qui l'agonie a déjà commencé et dont la vie ne peut être sauvée en l'état actuel de la science médicale" (1).

778. Les incriminations qui, en Belgique et en France, pourraient entraîner la sanction pénale de l'abstention du médecin dans l'hypothèse ici visée sont au nombre de trois :

- l'homicide par omission,
- le délit d'abstention de soins,
- la non-assistance à personne en danger.

En examinant chacune de ces infractions, nous voulons voir si elles peuvent s'appliquer à la situation envisagée par la Recommandation européenne.

(1) V. le point 10. de la Recommandation 779 relative aux droits des malades et des mourants.

Le texte initial proposé par la Commission des questions sociales et de la santé (Doc. 3699, projet de recommandation) portait : "Lorsqu'ils ont pris des mesures ou renoncé à prendre des mesures dont l'effet a été d'abrégier la vie", mais dans la suite des débats, la question de l'euthanasie active n'a plus été posée.

A l'approche de la mort

SECTION 1 - L'homicide par omission.

779. L'abstention de soins s'analyse juridiquement comme une omission. Cette omission peut-elle constituer l'élément matériel incriminé par les dispositions pénales qui sanctionnent le meurtre ? La réponse est différente pour la Belgique et pour la France.

780. En France, "le meurtre est une infraction de commission. Son élément matériel consiste en une action, un acte positif. Un comportement simplement négatif, tel que le défaut de soins, d'aliments ou de secours, même s'il s'accompagne d'une intention de provoquer la mort, ne réalise pas l'élément matériel du meurtre" (2). La jurisprudence va dans le même sens (3).

781. En Belgique, par contre, on admet que si à l'abstention des soins s'ajoute l'intention d'attenter à la vie de la victime, l'auteur se rend coupable de l'homicide volontaire sanctionné par l'article 393 du Code pénal. C'est du moins l'opinion que M. Trousse

(2) G. LEVASSEUR, Encyclopédie Dalloz, Droit pénal, V° Homicide, § 7; l'auteur poursuit en signalant que ce comportement peut faire l'objet d'une incrimination particulière (v. infra : le défaut d'entretien et la non-assistance), mais que la jurisprudence n'a jamais admis la catégorie, proposée par certains auteurs, des infractions de commission par omission. V. dans le même sens, GARCON, Code pénal annoté, t. I, Livre III, art. 295, n°s 26, 28 et 29.

M. FAHMY ABDOLU constate que "dans l'état actuel de l'article 295 du Code pénal, l'opinion dominante de la doctrine française exige un acte homicide positif" (op.cit., p. 328 et les références citées en note : GARCON, GARRAUD, CHAUVEAU et HELIE, VOUIN, ROUSSELET et PATIN...).

(3) On peut citer ici - non pas en matière d'homicide, mais de violences - une affaire qui fit scandale au début du siècle (à un moment donc où l'abstention de porter secours n'était pas encore incriminée) : la Cour d'appel de Poitiers acquitta, le 20 novembre 1901, un prévenu qui avait laissé dans une saleté immonde sa soeur aliénée. La Cour l'a renvoyé des poursuites car il n'avait pas commis de violences, et qu'il n'était pas juridiquement tenu de veiller sur sa soeur (Cfr. D.P., 1902, 2, 81 et la note LE POITTEVIN; S., 1902, 2, 305 et la note HE-MARD).

A l'approche de la mort

dégage d'une analyse du droit belge (4). Pour cet auteur, "on est fondé à admettre la responsabilité pénale, comme meurtrier, de celui qui, avec la volonté d'amener la mort, s'est abstenu de donner des soins à un malade en état de survie végétative, alors qu'il y était tenu par la loi ou par la convention et alors qu'il pouvait humainement faire face à cette obligation" (5).

782. Mais cette possibilité d'une poursuite pénale pour meurtre paraît assez théorique surtout au moment où il s'agit de prouver l'intention de donner la mort : "Pour punir du chef de meurtre, il faut avant tout supposer existante et prouvée l'intention d'amener la mort. Or, cela sera souvent chose difficile en cas d'omission de secours, l'omission n'étant ordinairement que le signe d'une négligence" (6).

783. On peut d'ailleurs se demander si, dans le cas de l'orthothanasie, il y a réellement "intention de donner la mort", selon la lettre de l'article 393 du Code pénal (belge). Est-ce que la mort n'est pas déjà présente ("donnée") dans le processus de la maladie

(4) P.E. TROUSSE, "L'orthothanasie par omission de secours", Rev. dr. pén., 1950-51, pp. 1102 et sv. La doctrine citée (HAUS, NYPELS, PRINS, ...) permet à l'auteur de conclure que "l'abstention d'un acte que l'agent avait l'obligation légale, réglementaire ou conventionnelle d'accomplir, peut constituer l'élément matériel de l'homicide" (p. 1112; v. aussi d'autres références doctrinales à la note 30); pour la jurisprudence, M. TROUSSE cite trois décisions rendues par les juridictions militaires à propos de gardiens qui, pendant la guerre, avaient laissé mourir leurs détenus (v. pp. 1111 et 1112) et une décision de la Cour d'assises d'Anvers (20 février 1928, v. p. 1113) à propos d'une jeune accouchée qui avait laissé s'asphyxier son enfant nouveau-né.

(5) P.E. TROUSSE, art. cité, p. 1114. L'auteur poursuit en ajoutant que ni l'intention de ne pas prolonger des souffrances, ni la charge que pareille survie comporte n'autorisent "du point de vue des principes, la distinction que l'on peut faire entre l'acte qui tue et l'abstention consciente et volontaire, dans le but d'amener la mort, des soins qui sont nécessaires au maintien de la vie".

(6) P.E. TROUSSE, art. cité, p. 1115.

A l'approche de la mort

qui arrive à son stade terminal ? Lorsqu'un médecin s'abstient de poursuivre ses soins sur la personne d'un malade dont l'état est désespéré, vérifie-t-on, en son chef, le dol requis pour l'incrimination de l'homicide : est-il "volens aut accipiens" de la mort de son patient ? (7)

Pour l'établir, il faudrait au moins voir de quels soins le malade a été privé, car l'élément intentionnel de l'infraction ne pourrait être vérifié que s'il y a eu abstention des soins ordinaires de la part du médecin sur la personne de son patient (8).

784. L'omission de soins peut donc difficilement tomber sous le coup des dispositions qui sanctionnent l'homicide volontaire soit que - en France - l'omission comme telle ne constitue pas l'élément matériel du meurtre, soit que - en Belgique - l'intention de donner la mort ne puisse être établie ou n'existe tout simplement pas. Voilà pour la première incrimination retenue : l'homicide par omission. Qu'en est-il des deux autres : le délit d'abstention de soins et la non-assistance à personne en danger ?

SECTION 2 - L'abstention de soins.

785. Le droit pénal belge connaît une infraction spécifique introduite dans le Code par la loi de 1912 sur la protection de l'enfance, et qui pourrait qualifier adéquatement le comportement du praticien qui s'abstient de prodiguer des soins à son patient. Il s'agit de l'article 401 bis d'une part, qui punit "quiconque aura volontairement privé d'aliments ou de soins, au point de compromettre sa

(7) Comp. X. RIJCKMANS et R. MEERT-van de PUT, op.cit., t. II, p. 71 : "Si l'incrimination de l'orthothanasie par omission de soins peut juridiquement répondre aux conditions légales de l'homicide volontaire, souvent cette incrimination ne sera pas possible, soit que l'intention de donner la mort n'apparaisse pas, soit que cette intention ne soit pas compatible avec l'esprit qui a dicté l'attitude du débiteur de soins".

(8) V. infra n° 799.

A l'approche de la mort

santé, un enfant au-dessous de l'âge de 16 ans ou une personne qui, à raison de son état physique ou mental, n'était pas à même de pourvoir à son entretien" et de l'article 420 bis d'autre part, qui punit celui qui, ayant la garde de telles personnes, en aura négligé l'entretien au point d'en compromettre la santé.

Ces textes sont-ils applicables au médecin qui s'abstient de prolonger l'agonie de son patient ? (9)

786. Puisqu'on se trouve dans l'hypothèse où d'abord le patient, sérieusement malade, n'est plus à même de pourvoir à son entretien, où ensuite, le médecin s'est engagé (ou est obligé par son ministère) à lui fournir des soins, et où enfin, l'interruption des soins compromet tellement la santé du malade que l'issue sera fatale, il semble bien que l'hypothèse vérifie l'incrimination prévue par les articles 401 bis (privation volontaire) et 420 bis (négligence d'entretien) (10).

(9) Pour une application de l'art. 420 bis au mari qui néglige de quérir le médecin au moment de l'accouchement de sa femme, négligence qui entraîne l'asphyxie de l'enfant et l'aggravation de l'hémorragie de la mère, cfr. Bruxelles, 8 janvier 1947 (Pas., 1948, II, 27) : "Le prévenu s'est rendu coupable de négligence grave dans l'accomplissement de son devoir de père et d'époux en ne veillant pas, alors qu'il était averti de la situation, à procurer en temps opportun à son épouse, sur le point de s'accoucher, le secours médical qu'exigeait son état; elle se trouvait ainsi, en raison de son état physique, hors d'état de pourvoir à son entretien".

(10) Pour plus de détails, cfr. P.E. TROUSSE, art. cité in Rev. dr. pén., 1950-51, pp. 1104 et sv.; en conclusion, M. TROUSSE écrit (p. 1108) que "sur le plan des articles 401 bis et 420 bis du Code pénal, l'orthothanasie par abstention de secours peut être poursuivie". La même conclusion est reprise dans X. RIJCKMANS et R. MEERT-van de PUT, op.cit., t. II, p. 72. La protection des personnes qui, à raison de leur état physique ou mental, sont hors d'état de pourvoir à leur entretien, est mieux assurée - tout au moins dans les textes - en droit belge qu'en droit français.

D'une part, en effet, le Code français ne cite, à l'art. 312, § 6, que l'enfant au-dessous de l'âge de 15 ans et non les personnes qui, à raison de leur état physique ou mental, sont hors d'état de pourvoir à leur entretien, et d'autre part, il ne sanctionne que "celui qui aura volontairement privé (l'enfant) d'aliments ou de soins au point de compromettre

A l'approche de la mort

Mais de même qu'il fallait bien vérifier le point de savoir s'il y avait dans l'attitude passive du médecin une "intention de donner la mort", il faut examiner ici s'il y a bien "volonté (ou négligence au point) de compromettre la santé". Qu'est-ce qui, en effet, "compromet la santé" du malade dans l'hypothèse du patient "chez qui l'agonie a déjà commencé et dont la vie ne peut être sauvée en l'état actuel de la science médicale" ? Peut-on dire que c'est autre chose que la maladie elle-même ?

787. En tout état de cause, il importe de bien voir, ici encore, de quels soins le praticien s'est abstenu. Car "il n'y a omission coupable de soins que si l'abstention n'est pas justifiée par une juste cause" (11). Et quelle est la meilleure "juste cause" que pourra invoquer le médecin en notre hypothèse sinon l'inutilité médicale du traitement envisagé ? Lorsque le "processus naturel de la mort" a déjà tellement "compromis la santé" du patient que la mort est irrémédiable, que pourrait-on encore reprocher au médecin qui s'abstient d'intervenir ? Si le traitement litigieux relève des soins extraordinaires, l'omission est entièrement justifiée.

788. A propos de la dernière infraction retenue : la non-assistance à personne en danger, on va pouvoir tirer la même conclusion.

(Suite note 10)

sa santé" (art. 312 du Code pénal français, équivalent de l'art. 401 bis du Code pénal belge); la négligence grave (art. 420 bis du Code pénal belge) n'est pas formellement sanctionnée. V. sur ce sujet A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 328, note 128. L'auteur souhaite "que le législateur français emprunte cette disposition plus large du législateur belge".

- (11) P.E. TROUSSE, art. cité, p. 1108. L'auteur poursuit : "Il serait excessif de punir pénalement un individu qui n'a commis aucune faute. Née d'une obligation civile que la loi n'a pu déterminer complètement au préalable, l'obligation pénale aux soins est nécessairement soumise à l'appréciation des juges".

A l'approche de la mort

SECTION 3 - L'abstention de porter secours.

789. L'infraction de non-assistance à personne en danger a déjà été rencontrée lors de l'examen des causes de justification de l'atteinte à l'intégrité physique que constitue parfois l'acte médical (12). Il apparaissait alors que le diplôme du médecin ne constituait pas seulement une "permission de la loi", mais encore une obligation d'intervenir en certains cas déterminés sous peine de poursuites pour abstention de porter secours à personne en danger. Il faut voir maintenant avec quelle insistance s'exerce cette obligation lorsque le praticien se trouve en présence d'un patient qui va mourir.

Si le médecin s'abstient d'agir, estimant préférable que s'opère "le processus naturel de la mort", peut-il être poursuivi pour non-assistance à personne en danger ? (13)

790. Certains auteurs pensent que oui. Ainsi, toute personne qui hâterait la mort d'un malade par abstention de soins se rendrait

(12) V. supra n° 511.

(13) MM. BRAAS, FETTWEIS et van den BOSSCHE, dans leur article déjà cité sur "L'omission de porter secours" (Rev. dr. pénal, 1951-52, p. 28) donnent précisément cet exemple tiré de la relation thérapeutique pour contester la nouvelle incrimination - alors à l'état de projet seulement - qui serait introduite dans le Code pénal belge (art. 422 bis) : "Parfois, en faisant la loi, on n'envisage pas les problèmes qu'elle fera naître. Jusqu'à quelle limite, par exemple, est-on tenu de prolonger la vie d'un malade incurable ? A quel moment est-il permis de laisser le décès se produire naturellement ? Faut-il, par tous procédés possibles, prolonger l'existence humaine même quand la déchéance physique est totale ? On doit porter secours; jusqu'à quel moment et par quels moyens ? Telle est la question dont se préoccupent des juristes qui ont traité de l'orthothanasie. A défaut d'indication suffisante des intentions législatives dans les textes, on délaisse au juge le choix des éventualités dans lesquelles ils s'appliqueront. On enserme le citoyen dans un ensemble de prescriptions et d'interdictions : encore faut-il qu'elles soient fixées avec certitude et précision, avec exclusion de tout arbitraire" (pp. 28 et 29).

A l'approche de la mort

coupable du délit d'omission de porter secours. C'est que l'obligation d'intervenir n'est pas subordonnée à son efficacité (14). C'est d'ailleurs, pour disculper de cette incrimination possible le médecin qui s'abstiendrait de prolonger l'agonie de son patient en renonçant au traitement, que MM. Caillavet et Mézard ont introduit au Sénat français une proposition de loi limitant le champ d'application du texte répressif (15). Elle tient en un article : "Le deuxième alinéa de l'article 63 du Code pénal est complété par la phrase suivante : Cette disposition n'est pas applicable au médecin qui, à la demande du malade conscient, ou au cas contraire de sa propre initiative, s'abstient d'entreprendre ou de poursuivre un traitement ou une réanimation susceptible seulement de prolonger artificiellement sa vie lorsqu'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique incurable".

On peut toutefois se demander si une telle proposition de loi a une quelconque utilité pratique et si l'analyse théorique qui la fonde est justifiée.

791. Sur le plan pratique, la jurisprudence française n'a pas encore connu de telles poursuites. Si elle sanctionne l'abstention des médecins, ainsi qu'on l'a vu, c'est toujours pour punir l'in-

(14) "En effet, non seulement tant qu'il n'y a pas mort et si proche que puisse paraître le décès, il y a encore péril, mais également (la loi) n'impose qu'une assistance qui, jusqu'au décès, est toujours possible" (sic A. FAHMY ABDOL, *op.cit.*, p. 328; v. la jurisprudence citée à la note 127). V. aussi l'Avis de la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants (Doc. 3735, § 20) : "L'euthanasie passive, c'est-à-dire l'abandon ou la cessation de mesures artificielles de prolongation de la vie sur les malades chez qui l'agonie a déjà commencé et dont la vie ne peut pas être sauvée dans l'état actuel de la science médicale, est juridiquement une omission. Dans les pays comme, par exemple, la France, où l'assassinat et le meurtre ne peuvent pas être juridiquement commis par omission, les dispositions relatives à l'assistance aux personnes en danger sont applicables".

(15) H. CAILLAVET et J. MEZARD, Proposition de loi tendant à compléter le 2e alinéa de l'article 63 du Code pénal, Sénat, première session ordinaire 1978-79, n° 29 (Annexe au P.V. de la séance du 13 octobre 1978).

A l'approche de la mort

tie du praticien qui refuse de se rendre auprès de la personne qui requiert ses soins, mais jamais pour sanctionner le comportement de l'homme de l'art qui, ayant évalué l'état de son patient, estime préférable de ne plus engager ou poursuivre une thérapeutique (16). Mais l'argument tiré de la pratique judiciaire n'est pas suffisant en droit (17). Il faut encore voir si, en principe, le médecin peut - dans notre hypothèse - être poursuivi pour abstention délictueuse.

(16) Au cours du débat sur le droit à la mort, lors du Quatrième colloque de Besançon, M. NERSON a dit : "Il y a une différence énorme entre le médecin qui s'abstient de se rendre au chevet d'un malade ou d'une personne en danger et le médecin qui a donné un diagnostic et qui, en connaissance de cause, décide d'arrêter un traitement. Je ne crois pas que ce dernier puisse être poursuivi pour non-assistance à personne en danger" (Rev. des Droits de l'homme, 1974, p. 474). Cfr. aussi la note anonyme sous Cass. fr., 26 novembre 1969, Gaz. Pal., 1970, 1, 82 (dans une affaire où un médecin fut acquitté de la prévention d'abstention volontaire de porter secours alors qu'il n'avait fait que mettre sous surveillance un enfant atteint d'un traumatisme crânien : la relaxe avait été prononcée sur base d'une erreur d'appréciation de la gravité du mal): "L'arrêt rapporté est de ceux qui soulignent les limites de l'incrimination en précisant la portée de son élément fondamental, sinon unique, l'élément moral. Il s'agit d'un dol spécial, l'abstention volontaire de porter secours, qui se situe à mi-distance de la faute simple (telle que l'erreur de diagnostic) et de la faute intentionnelle". Mais que peut-on inférer de cet arrêt à propos de l'obligation qui pèse sur le médecin, lorsque celui-ci est conscient de la gravité du mal qui frappe son patient ?

(17) V. la critique de la proposition CAILLAVET-MEZARD faite par M. de DINECHIN dans les Cahiers de l'actualité religieuse et sociale, 1978, p. 338, sur "le droit de mourir" : "les médecins français ne sont absolument pas demandeurs d'une telle loi. M. Caillavet prétend cependant les défendre par elle d'une accusation de 'non-assistance à personne en danger' : accusation inexistante pour l'instant, puisqu'on leur reproche plus souvent de s'acharner". L'auteur ajoute : "Si elle était applicable, la loi aurait d'ailleurs pour effet de pousser les médecins à l'acharnement thérapeutique sur quiconque n'aurait pas signé la déclaration" (sur cette déclaration, v. infra : le testament de vie, n° 810).

A l'approche de la mort

792. La proposition Caillavet-Mézard (1978, n° 29) distingue deux cas : celui du malade conscient qui demande l'arrêt des soins, et celui du malade inconscient envers qui le médecin agit de sa propre initiative.

793. Dans le premier cas, il est tout à fait inutile de vouloir disculper par un texte de loi un médecin dont l'abstention est déjà justifiée par la demande de son patient. Notre droit, ainsi que nous l'avons vu précédemment, entend assurer le respect de la volonté du malade : son consentement est requis pour toute intervention thérapeutique (18).

Si la volonté du médecin doit se soumettre à celle du malade, "la logique de ce système juridique veut que le refus sciemment mortel ne puisse être davantage vaincu" (19). Sans doute, le médecin doit-il "s'efforcer d'obtenir la bonne exécution du traitement (..), mais le refus obstiné (et même agressif) du malade de se soumettre aux soins prescrits écarte la responsabilité pénale du praticien du chef de non-assistance à personne en péril, alors qu'en principe l'infraction est constituée même si le concours eût été inefficace" (20).

794. Inutile en cas de refus de soins par un malade conscient, le texte qui innocenterait le médecin pour son abstention de soins serait-il plus opportun dans le cas du malade inconscient ? Pas davantage ! "Car du point de vue de la recherche d'une responsabi-

(18) Supra n° 605.

(19) G. MEMETEAU, "La demande de mort du malade", Exposé au Cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979), Rapports, p. 216.

(20) Cfr. Cass. fr., 3 janvier 1973 (D., 1973, 220; Rev. Sc. crim., 1973, p. 693), qui approuve la confirmation d'une ordonnance de non-lieu envers un médecin inculpé d'homicide involontaire pour le décès de sa patiente, laquelle avait refusé de se soumettre aux soins proposés. En raison de ce refus, l'inculpation pour non-assistance à personne en péril ne pouvait non plus être retenue (V. sur cet arrêt, H. ANRYS, La responsabilité civile médicale, op.cit., pp. 82-83). Sur cette matière, v. encore infra, n° 806 : le refus conscient.

A l'approche de la mort

lité pénale ou civile - à supposer que le juge soit saisi d'une plainte ou d'une action en justice - il ne semble pas que l'orthothanasie ou encore la cessation d'une réanimation sans espoir puisse faire encourir au médecin les rigueurs d'une législation qui, du point de vue pénal en tout cas, n'a pas prévu ces éventualités" (21).

795. Que vise-t-on en effet en incriminant la non-assistance à personne en péril ? On vise à sanctionner le comportement égoïste de celui qui, connaissant l'état de danger dans lequel se trouve autrui et capable, en même temps, de le secourir sans prendre de risque, n'a cependant pas posé le geste d'assistance qui lui incombait. Ce délit requiert, dans le chef de son auteur, "la volonté de priver la personne en péril de l'assistance qui lui est nécessaire" (22) ou, en d'autres termes, "la détermination de priver de son secours une personne en péril" (23). Or, que peut-on faire pour remédier à l'état de péril d'un malade chez qui le "processus naturel de la mort" en arrive à son terme extrême ? Est-ce que l'attitude du médecin, qui, ayant posé un diagnostic, estime médicalement préférable de ne pas entamer ou prolonger un traitement, signifie dans son chef une volonté de priver une personne en péril du secours qui lui est nécessaire ? N'exprime-t-elle pas plutôt la sagesse dans la reconnaissance du caractère inéluctable du "péril" ?

(21) L. DEPAULE, Rapport juridique sur "Le droit à la mort", Rev. Droits de l'homme, 1974, p. 472. L'auteur poursuit en citant M. ROLLAND : "Il ne faut pas confondre non-assistance à personne en danger avec l'acceptation de laisser la mort faire son oeuvre à son heure plutôt qu'à la nôtre... C'est à la seule conscience du médecin qu'il faut laisser le soin d'en décider".

(22) J. CONSTANT, "La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961", Rev. Dr. pénal, 1961, p. 205.

(23) Rennes, 20 décembre 1948, D., 1949, 230; J.C.P., 1949, II, 4945 (3e espèce) et la note MAGNOL, S., 1949, 2, 64 (2e espèce) et la note P. BOUZAT. En cette affaire, la Cour condamne sévèrement un médecin qui avait pris la fuite après avoir provoqué un accident de voiture.

A l'approche de la mort

796. Tout dépend, encore une fois, de la nature des soins que le médecin s'est abstenu de prodiguer à son patient. Car la non-assistance suppose que l'on ait eu la possibilité d'assister autrui. Si le médecin refuse d'envisager cette possibilité, il se rend coupable de non-assistance à personne en danger, mais si, ayant accepté concrètement cette possibilité, il constate l'inutilité d'un traitement et s'abtient de toute intervention, il remplit son devoir. Pas plus que "l'homicide avec intention de donner la mort" ou "l'omission de soins au point de compromettre la santé", la non-assistance à personne en danger ne se trouve réalisée lorsque le médecin "renonce à prendre des mesures artificielles de prolongation du processus de la mort sur les malades chez qui l'agonie a déjà commencé et dont la vie ne peut être sauvée en l'état actuel de la science médicale", si du moins ces "mesures artificielles" désignent autre chose que les soins ordinaires dus par un médecin à son patient.

SECTION 4 - L'euthanasie et les soins ordinaires.

797. Contre tous les fantasmes qui entourent l'approche de la mort, il faut simplement affirmer que le médecin n'est jamais tenu d'entreprendre ou de poursuivre un traitement inutile (24).

Est-ce donc que l'opportunité du traitement est livrée à l'appréciation de l'homme de l'art ? Oui, si l'on veut, car c'est la règle générale : le médecin garde la liberté de ses prescriptions en toutes circonstances, y compris à l'approche de la mort, mais cette

(24) Selon l'avis de la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants (Doc. 3735, § 34), "il s'avère légitime de laisser s'éteindre la vie d'un mourant lorsqu'il n'y a plus d'espoir de survie. Dans ce cas, il est généralement permis d'abandonner des mesures thérapeutiques y inclus la réanimation si elles n'ont, d'après les pronostics, plus de sens thérapeutique". Cet avis est explicité par le Rapporteur, M. DE MARCO, à la séance de l'Assemblée du 28 janvier 1976 (cfr. compte-rendu officiel, p. 917).

A l'approche de la mort

liberté d'appréciation ne signifie pas l'arbitraire : le devoir primordial du médecin reste la sauvegarde de la vie et de la santé de son patient. Il ne contrevient pas à ce devoir lorsqu'il laisse mourir le malade dont, à l'examen, l'état lui semble désespéré. Mais il y contrevient lorsqu'il le fait mourir. Et c'est ici qu'il faut parler à nouveau de l'euthanasie.

798. L'euthanasie passive, avons-nous dit, est une catégorie critiquée (25). C'est sans doute parce qu'elle contient deux attitudes radicalement différentes : dans la mesure où elle désigne l'abstention d'un médecin qui reconnaît chez son patient le caractère inéluctable du processus naturel de la mort, elle ne contient aucune "euthanasie", en ce sens que l'abstention du médecin n'exprime aucune volonté de mise à mort, de raccourcissement de la vie. Dans cette hypothèse, le droit pénal n'a pas à intervenir, ainsi que nous l'avons vu, car il n'y a ni intention de donner la mort, ni omission au point de compromettre la santé, ni non-assistance à personne en danger.

799. Mais si "l'euthanasie passive" désigne l'attitude du médecin qui s'abstient d'entretenir son patient en vue de hâter sa mort, elle contient alors une volonté euthanasique nettement déterminée qui, autant que l'euthanasie active, mérite la sanction pénale (26). Car cette volonté de raccourcir la vie d'autrui ne

(25) V. supra n° 774.

(26) En Belgique, l'abstention euthanasique du médecin pourrait être poursuivie sous une des trois inculpations analysées : le meurtre (par omission) (art. 393), l'omission de soins au point de compromettre la santé (art. 420 bis) ou la non-assistance à personne en danger (art. 422 bis). En France, seule cette dernière incrimination pourrait être retenue (art. 63, al. 2), puisque le meurtre y est une infraction de commission et que l'article 312 du Code pénal français ne protège que les enfants en-dessous de 15 ans. Mais on peut aussi imaginer que l'abstention euthanasique du médecin soit sanctionnée - même s'il s'agit d'une incrimination boîteuse - comme homicide involontaire.

A l'approche de la mort

se manifeste pas seulement dans le geste actif qui tue (administration d'une substance nuisible, par exemple), mais aussi dans l'abstention des soins ordinaires qui entretiennent la vie du patient.

800. Dira-t-on que cette catégorie des "soins ordinaires" ne peut pas être aisément délimitée, et que la distinction entre euthanasie passive et euthanasie active était plus commode que celle qui opère le partage entre les soins ordinaires et les soins extraordinaires ? Rien n'est moins sûr.

Car ce qui importe, pour le pénaliste, c'est de réprimer la volonté euthanasique, c'est-à-dire la volonté de donner la mort, de hâter le processus naturel de la mort (27). Or, cette volonté euthanasique peut se manifester aussi bien par une abstention que par une action; quelle abstention ? Précisément celle des soins usuels qui entretiennent la vie du patient (28).

801. Par contre, toute abstention n'est pas nécessairement significative d'une volonté euthanasique. Lorsque cette abstention ne fait que consacrer le caractère inéluctable du processus naturel

(27) Il est bien entendu, encore une fois, que le législateur pénal n'incrimine pas des intentions, mais des comportements. Or, pour analyser ces comportements, il faut examiner non seulement la matérialité des gestes, mais encore la conscience et la volonté de leur auteur. A ce sujet, la question qui se pose ici est de savoir si le médecin qui s'abstient des soins a seulement admis le caractère inéluctable du "processus naturel de la mort" ou s'il a voulu abréger la vie de son patient. Pour opérer ce discernement de façon objective, on a recours à la distinction entre soins ordinaires et soins extraordinaires.

(28) Comp. la suggestion faite par Mme PELLETIER (art. cité, p. 256) dans son projet d'une législation spéciale sur l'euthanasie. L'auteur propose d'insérer un article ainsi libellé: "Constitue également le crime d'euthanasie le simple fait, et ce quel que soit le mobile poursuivi, de s'abstenir de donner les soins considérés comme usuels pour un cas déterminé, de refuser des substances et d'omettre tout procédé ou moyen quelconque dans un but de raccourcir la vie, que la victime l'ait demandé, qu'elle y ait consenti ou que l'auteur ait agi sans le consentement de la victime" (nous soulignons).

A l'approche de la mort

de la mort, "pour les malades chez qui l'agonie a déjà commencé et dont la vie ne peut être sauvée en l'état actuel de la science médicale", elle n'a rien de commun avec une volonté de mort.

802. C'est la raison pour laquelle on peut abandonner la catégorie d'euthanasie passive, en laissant d'un côté à la déontologie médicale la tâche de déterminer les soins ordinaires qu'un médecin est tenu de prodiguer à son patient même à l'approche de la mort, et de l'autre côté, au droit pénal, la tâche de mettre en oeuvre les incriminations qui sanctionnent les omissions ou les commissions expressives d'une volonté proprement euthanasique.

803. Ayant ainsi examiné "la relation thérapeutique à l'approche de la mort" du côté du médecin, en précisant les devoirs de celui-ci, il faut la voir maintenant du côté du malade, en considérant les droits du patient.

On y a d'ailleurs fait allusion - et c'est inévitable - à l'un ou l'autre endroit des précédentes analyses.

En quoi le régime de protection et le régime de disposition, caractéristiques du droit subjectif, trouvent-ils à s'appliquer dans la relation du sujet à son propre corps lorsque, en cette relation même, s'insinue la mort ?

A l'approche de la mort

CHAPITRE 4 — Les droits du malade à l'approche de la mort

804. Dans la partie précédente consacrée au droit du malade à l'intégrité physique, nous avons vu avec quelle insistance la doctrine et la jurisprudence affirment le principe du consentement libre et éclairé du patient à l'intervention qui vise à le soigner (1). La question posée maintenant est celle de savoir si cette autodétermination du malade peut s'interpréter, dans certaines circonstances, comme un "droit à la mort", c'est-à-dire comme un droit pour le sujet de décider du moment où il veut mourir.

Jusqu'ici, on a considéré le médecin aux prises seulement avec un "processus naturel de la mort" et on a déterminé en quoi consistait alors son obligation; il s'agit à présent de savoir comment le droit appréhende la relation thérapeutique lorsque s'y ajoute la volonté exprimée par le sujet - oralement ou par écrit - de refuser le traitement projeté.

805. Pour ce faire, on examine d'abord le cas du refus exprimé consciemment par le malade au moment où le médecin se propose d'intervenir sur sa personne puis, le cas du "refus différé" exprimé par un sujet conscient et sain dans un écrit préalable. On traite enfin du rôle des "protecteurs naturels" du malade inconscient.

SECTION 1 - Le refus conscient.

806. Lorsque le malade peut exprimer sa volonté au moment où le médecin envisage de lui administrer tel ou tel traitement, on peut appliquer sans grandes difficultés le principe du consentement nécessaire du sujet à l'intervention thérapeutique. Si le consentement "libre et éclairé" du sujet conscient est exigé en règle générale avant l'application du traitement, cela signifie que le défaut

(1) V. supra n° 648; v. aussi, au chapitre précédent, le n° 793.

A l'approche de la mort

de consentement et, en tout cas, le refus explicite de la part du malade empêche le médecin de procéder à l'intervention qu'il projetait (2).

Ce principe du droit au refus - simple conséquence de la nécessité du consentement - est bien attesté dans le droit de nos sociétés occidentales. Il vaut quelle que soit la situation du malade, donc aussi à l'approche de la mort.

Si le malade interdit au médecin d'entreprendre ou de poursuivre un traitement, qui vise à enrayer "le processus naturel de la mort", le médecin ne peut que s'incliner (3).

(2) Le droit au refus a déjà été décrit (v. supra n° 605). Comp. R. NERSON, "Le respect par le médecin de la volonté du malade", art. cité in Mélanges Marty, p. 874 : "A tout instant, le malade est libre de rompre avec son médecin (sauf à l'indemniser des soins déjà engagés), s'il entend refuser les soins. A l'inverse, le médecin n'est pas responsable, en principe, du dommage que le malade ou le blessé s'est causé à soi-même, en refusant de se laisser soigner, puisque les prescriptions du médecin ne s'imposent pas au malade : le médecin n'a aucun pouvoir, sinon la persuasion, pour obliger ses malades à suivre ses prescriptions".

(3) On ne suit donc pas ici l'opinion que M. FAHMY ABDOLAH exprime dans son ouvrage, plusieurs fois cité, sur Le consentement de la victime. Après avoir défini, avec Mme PELLETIER, la dysthanasie comme étant "le fait de conserver en vie un malade réputé incurable, en lui prodiguant des soins extraordinaires souvent coûteux et ardu, soins sans lesquels le malade en serait arrivé à son terme normal de vie et décéderait", l'auteur poursuit : "nous croyons à la licéité de la dysthanasie, même si elle est pratiquée contre la volonté du malade ou de ses parents, car dans ce cas le médecin se trouve couvert par l'état de nécessité qui justifie son intervention" (op.cit., pp. 329-330). M. FAHMY-ABDOU cite "en ce sens" trois décisions de jurisprudence : Liège, 30 juillet 1890, D., 1891,2,281; Amiens, 14 février 1906, D., 1907,2,44; et trib.civ. Lannion, 19 décembre 1932, Gaz. Pal., 1933,1,339.

Or, aucune de ces décisions ne consacre un droit du médecin d'agir contre la volonté du malade ou de ses parents, puisque la première admet le chirurgien à prouver le consentement du représentant légal du malade, et que les deux autres justifient, l'une par la non-nécessité d'informer le patient de tous les risques du traitement et l'autre par l'urgence, l'abstention du médecin à avoir recueilli de son patient un consentement libre et éclairé au traitement effectué.

Quant à l'état de nécessité, s'il constitue la justification fondamentale de toute intervention thérapeutique, il doit pour-

A l'approche de la mort

807. Ceci suppose évidemment que le refus soit effectivement l'exercice de son autodétermination et que, pour ce faire, il ait reçu toute l'information souhaitable (4). En d'autres termes, il faut que le refus soit, comme le consentement, et bien davantage sans doute, "libre et éclairé" (5).

(Suite note 3)

tant s'accompagner du consentement du malade à ladite intervention. Mais il a bien fallu reconnaître à la Partie précédente que l'absence de consentement n'est guère sanctionnée ni au plan civil ni au plan pénal.

Il faut reconnaître aussi qu'à l'approche de la mort, le refus exprimé par le malade n'est pas toujours l'expression d'une volonté ferme, "libre et éclairée". Admettra-t-on alors que le médecin passe outre le refus exprimé, pour défendre l'intérêt bien compris du patient ?

- (4) L'avis de la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants (Doc. 3735, § 25) énonce : "Pour que le malade puisse décider en toute connaissance de cause, le médecin doit lui faire part de son état et lui décrire les différents traitements possibles. Si le malade désire l'application d'un traitement qui prolongerait artificiellement sa vie, le médecin est obligé d'accomplir sa volonté. Si le malade, au contraire, refuse tout traitement et désire la mort, il doit s'incliner devant cette décision, son obligation de faire tout ce qui est en son pouvoir pour prolonger la vie du malade étant limitée par le droit de l'autodétermination de ce dernier".
- (5) Sans doute aussi le médecin tiendra-t-il à se ménager une preuve du refus du malade. On sait que, depuis 1951, lorsqu'il s'agit de l'application d'un traitement, la présomption joue en faveur du consentement du malade; c'est à celui-ci qu'incombe la charge de prouver, éventuellement, son absence de consentement au traitement qui a porté atteinte à son intégrité physique (v. supra n° 613). Mais lorsqu'il y a abstention de soins, est-ce au médecin qu'il revient de prouver le refus du patient ou aux ayants-cause du malade à prouver l'abstention fautive du praticien ? A ce sujet, M. MEMETEAU exposait au Cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979) dans son rapport sur "La demande de mort du malade" que "la présomption est le désir de guérir et non le rejet des traitements; elle joue contre le médecin. Mais renverser le principe affirmé en 1951 ferait peser sur le médecin une autre présomption, d'abstention fautive. L'exigence d'un écrit pénaliserait le praticien. Pourquoi au demeurant conférer des privilèges probatoires à des catégories de demandeurs ? L'écrit, souhaité par les auteurs et par le décret du 14 janvier 1974 (articles 7 et 42 : "Si le malade refuse de signer ce document, un procès-verbal de ce refus est dressé") est peut-être opportun; il ne saurait être nécessaire" (Rapports, p. 216).

A l'approche de la mort

808. Cette autodétermination du malade peut être considérée comme un droit de la personnalité qui se situe dans l'orbite de sa vie privée (6).

C'est d'ailleurs ainsi que l'ont compris les juges de la Cour Suprême de l'Etat du New-Jersey appelés à statuer dans la célèbre affaire Karen Quinlan (7). On sait qu'il s'agissait d'une jeune fille accidentée dont la vie - végétative - était entretenue par un système de respiration artificielle. Si la Cour a donné raison aux parents qui demandaient que l'appareil soit débranché, contre les médecins qui ne se reconnaissaient pas le droit de le faire, c'est parce qu'elle a vu dans la demande des parents l'exercice d'un droit propre de la jeune fille : son droit à la privacy (8).

809. Ce dernier cas nous amène à poursuivre l'analyse en étudiant la situation du malade dont l'état est tel qu'il ne peut exercer l'autodétermination qui lui est reconnue comme un droit. Car seule a été examinée l'hypothèse du patient qui peut exprimer sa volonté

(6) Cfr. l'historique tracé par M. Waclaw SZYSZKOWSKI dans son exposé au cinquième Congrès mondial de droit médical: "Traitement imposé, libertés civiles et protection de l'intimité" (Rapports, p. 5), où le "droit au refus" apparaît comme un relais dans l'évolution doctrinale suivie par la notion de l'intimité au cours du XXème siècle : "la célèbre formule de 1890 de deux juristes américains, S.D. WARREN et L.D. BRANDEIS, décrivant le 'privacy' comme le 'right to be let alone', ne suffit plus". V. aussi F. RIGAUX, "L'élaboration d'un 'right of privacy' par la jurisprudence américaine", R.I.D.C., 1980, p. 701, où l'auteur distingue entre autres, parmi les catégories de droits subjectifs qui se partagent le "right of privacy", d'une part le droit à la solitude et d'autre part, le droit de prendre seul les décisions dans la sphère propre de l'intimité personnelle. Dans notre analyse du "droit à l'image", c'est plutôt le premier sens (solitude, vie "privée") qui a été retenu (v. supra n° 272); ici, il s'agit du second (droit de prendre une décision).

(7) Supreme Court of New Jersey, 31 mars 1976. 70.N.J.10.355, Atlantic reporter, 2nd series, p. 647.

(8) "If a putative decision by Karen to permit this non-cognitive, vegetative existence to terminate by natural forces is regarded as a valuable incident of her right of privacy, as we believe it to be, then..." (idem p. 664).

A l'approche de la mort

au moment où le médecin envisage de lui appliquer tel ou tel traitement. Mais qu'en est-il du malade incapable de s'exprimer, par inconscience par exemple ? Or c'est bien souvent dans de tels cas que va se poser la question de l'abstention de soins (9).

Ici, deux solutions apparaissent : soit appliquer la règle générale - éventuellement précisée pour le cas d'abstention de soins - dégagée à propos de la représentation des incapables dans la relation thérapeutique; on parlera alors de la tutelle des "protecteurs naturels" (10), soit différer le refus de soins en l'avançant à un moment où le sujet est pleinement maître de lui-même; c'est ce qu'on a appelé, assez paradoxalement d'ailleurs, le testament de vie. C'est d'abord cette seconde solution qui sera discutée ici avant l'examen de la représentation des incapables.

SECTION 2 - Le testament de vie.

810. Le statut juridique du "testament de vie" fait problème. Aussi le Conseil de l'Europe, dans sa Recommandation 779 sur les droits des malades et des mourants invite-t-il les Etats-membres à "examiner la question des déclarations écrites faites par des personnes

(9) La Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe note dans son rapport sur les droits des malades et des mourants (Doc. 3699, § 43) : "La notion d'euthanasie passive n'a de sens, d'une façon générale, que dans les cas où des malades sont maintenus en vie artificiellement; or ces malades, très souvent, ne sont pas en mesure d'exprimer leur opinion. Pour ceux qui sont pleinement conscients, qui souffrent et qui désirent mourir, il faudrait, en règle générale, des mesures plus actives. Le droit de refuser un traitement, par conséquent, n'apporte pas de solution claire au problème de l'euthanasie passive".

Cfr. aussi l'avis de la Commission des questions juridiques (Doc. 3735, § 27) : "Il est évident que l'appel au droit de l'autodétermination du malade ne permet pas de résoudre la majorité des cas. Souvent, l'état des malades agonisants et sans conscience ne leur permet pas de prendre cette décision".

(10) V. supra n° 631.

A l'approche de la mort

juridiquement capables, autorisant les médecins à renoncer aux mesures pour prolonger la vie, en particulier dans le cas de l'arrêt irréversible des fonctions cérébrales" (11).

Cette formulation de la question appelle au moins trois considérations de la part du juriste. L'une touche l'hypothèse visée "en particulier", à savoir l'arrêt irréversible des fonctions cérébrales; l'autre concerne l'objet de l'autorisation : permettre aux médecins de renoncer à prendre des mesures de prolongation de la vie; la troisième a trait à la portée du consentement exprimé. Toutes mettent en question l'opportunité du "testament de vie".

811. On peut en effet se demander ce que vient ajouter au droit en vigueur la déclaration du malade autorisant la cessation du traitement en cas "d'arrêt irréversible des fonctions cérébrales". Car cette dernière locution désigne aujourd'hui, purement et simplement, la mort (12). Quel intérêt y a-t-il donc à ce qu'un sujet vivant "autorise" un médecin à ne pas s'acharner sur lui lorsqu'il sera mort ? A moins que la déclaration écrite ne soit rédigée en prévision d'autres hypothèses que celle qui est visée "en particulier", mais alors il y a intérêt à les préciser (13).

* (11) Recommandation 779 du Conseil de l'Europe, § 10, II, in fine.

(12) V. supra n° 745, note 1.

(13) Cfr. la déclaration de M. AANO (Norvège) à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (séance du 28 janvier 1976): "Le problème est ici posé par les mots 'en particulier'. Quant à la question de la 'mort du cerveau', il existe maintenant, suivant des études publiées récemment par des sommités médicales norvégiennes, un accord général sur les critères de la mort en cas de destruction complète du cerveau. Aucune 'déclaration écrite' n'est donc nécessaire dans ce cas. Dans tous les autres cas, une telle déclaration est contestable, c'est le moins qu'on puisse dire" (compte-rendu officiel, p. 931). Dans sa réponse, Mme HUBINEK, co-auteur du Rapport de la Commission des questions sociales et de la santé, n'aborde pas la question de ces "autres cas". Elle argumente seulement à partir de la définition de la mort : "Il est fort possible que la déclaration écrite en question soit superflue dans votre pays (...). Mais dans la plupart des autres pays, la définition classique mais périmée de la mort continue de prévaloir. Dans ces pays, par conséquent, il n'est nullement superflu de prévoir une déclaration écrite par la-

A l'approche de la mort

812. Une autre remarque concerne l'objet de l'autorisation. Il s'agit, dit-on, d'autoriser les médecins "à renoncer aux mesures pour prolonger la vie" (14).

Mais s'il s'agit seulement de cela, une autorisation est-elle nécessaire ? L'analyse des devoirs du praticien à l'approche de la mort a montré que non (15). Car si le médecin estime que le traitement projeté n'a aucune utilité médicale, il peut y renoncer spontanément. Mais si le traitement garde quelque utilité, peut-on encore dire que la maladie est incurable et que, plus largement, on est toujours dans l'hypothèse visée par la déclaration ? Ces hypothèses d'application du "testament de vie" méritent, en effet, un examen attentif. Elles peuvent se formuler de diverses façons, mais tou-

(Suite note 13)

quelle le malade ferait connaître son désir, en cas d'arrêt des fonctions cérébrales, de se voir épargner toute mesure tendant à prolonger artificiellement son existence".

Devant un tel argument, on peut tout de même se demander en quoi consiste cette "existence" de celui que l'on vient de définir comme mort et quel sens cela pourrait avoir pour "lui" de "se voir épargner" quoi que ce soit.

Et sur le plan de la légistique, n'est-il pas plus opportun de régler par un texte général la question de la détermination du moment de la mort plutôt que de la résoudre par un ensemble de déclarations individuelles ?

- (14) Selon les termes de la Recommandation 779 du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants. La proposition CAILLAVET n° 301 fait exprimer au déclarant "sa volonté qu'aucun moyen médical ou chirurgical autre que ceux destinés à calmer la souffrance ne soit utilisé pour prolonger artificiellement sa vie".

D'autres formules sont plus agressives; ainsi celle qui se conforme au Voluntary Euthanasia Act (Grande-Bretagne, 1969): "Je demande que soit pratiquée sur moi l'euthanasie au moment ou dans les circonstances que je préciserai ou, s'il apparaît que je suis incapable de donner des directives, à l'initiative du médecin responsable".

- (15) V. supra n° 797. Comp. G. MEMETEAU, art. cité in R.T.D.San. et Soc., 1978, p. 309, au sujet de la proposition CAILLAVET relative au droit de vivre sa mort (v. infra n° 746) : "en l'état actuel du droit médical, la loi proposée aurait pour seul effet d'interdire au praticien (qui n'a pas le devoir, seulement la faculté) de mettre en oeuvre ces moyens dits extraordinaires de prolongation de la vie lorsque l'intéressé en aurait ainsi décidé".

A l'approche de la mort

jours elles expriment, de façon plus ou moins large, la détresse de celui qui est touché dans son corps (16).

813. Or, et ceci pourrait constituer une troisième remarque : quel sens cela a-t-il de déterminer à l'avance l'attitude qu'autrui devra garder à propos d'une détresse que le sujet lui-même ne pourra, par hypothèse, exprimer ?

Tout se passe comme si, en rédigeant sa déclaration, le sujet vivait déjà la détresse qu'il ne vit pas encore et qu'il refuse en refusant les soins. Or si, un jour, sa déclaration écrite devait avoir une quelconque utilité, ce ne pourrait être que dans l'hypothèse où, précisément, sa détresse ne pourrait, faute de conscience ou d'expression, être vécue, au moment donc où cette déclaration perdrait sa raison d'être (17).

(16) On peut comparer les expressions utilisées dans diverses formules de déclaration. Ainsi celle du Voluntary Euthanasia Act (Grande Bretagne, 1969) fait dire au déclarant : "s'il m'arrivait d'être atteint d'une maladie ou d'une diminution physique grave considérée dans mon cas comme incurable et de nature à me plonger dans une profonde détresse ou à me rendre incapable de mener une existence rationnelle..." - tandis que la formule exposée en annexe (IV) du Rapport de la Commission des questions sociales et de la Santé du Conseil de l'Europe (Doc. 3699, p. 36) élargit encore l'hypothèse : "Dans la mesure où il n'y a aucun espoir raisonnable de me guérir d'une maladie ou d'une diminution physique ou mentale de nature à me plonger dans une profonde détresse ou à me rendre incapable de mener une existence rationnelle..." - et la proposition CAILLAVET n° 301 (article 1) vise laconiquement l'hypothèse où le déclarant "est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique incurable".

(17) Les philosophes parleront ici de l'historicité de la liberté humaine, condition fondamentale exprimant l'insertion nécessaire de l'homme dans la temporalité : pas plus qu'on ne peut sauter au-dessus de son ombre, on ne peut être maintenant identiquement celui que l'on sera plus tard. Cfr. O. de DINECHIN, "Le droit de mourir" in Cahiers de l'actualité religieuse et sociale, 1978, p. 338 : "Dans la formule de 'testament' proposée, l'intéressé se considère comme un être asocial, déjà déconnecté par sa 'volonté' de toute relation avec les hommes, ou plutôt ayant remplacé ces relations humaines par une formalité juridique - rupture de communication bien autrement redoutable que les fameux tubes de réanimation !"

A l'approche de la mort

Quelle est donc la valeur du consentement donné dans le "testament de vie" par un sujet en bonne santé ? Si, à l'approche de la mort, le malade pouvait exprimer son opinion, peut-on être certain qu'il réitérerait sa volonté de mourir ? Depuis Esope ("Le vieillard et la mort") et La Fontaine ("La mort et le bûcheron"), on sait que l'approche du moment fatidique peut bouleverser considérablement les perspectives du malade concernant son "consentement" à mourir.

814. On répondra qu'il suffit de prévoir dans le droit une possibilité très souple de révocation de la déclaration en question. Mais cette solution n'est pas satisfaisante, car d'une part, elle peut poser, à propos des malades capables d'articuler cette révocation, des problèmes de formalités et de preuve (18); d'autre part, elle ne règle pas le cas des malades - et ils sont la majorité, sinon la totalité en notre hypothèse - qui sont incapables d'expression : qui pourra dire que leur volonté n'a pas changé ?

815. Ce doute sur la persistance de la volonté du déclarant nous oblige à examiner plus attentivement encore la portée de la déclaration initiale. En effet, dans notre théorie commune des actes juridiques, la déclaration unilatérale de volonté de la part d'un sujet n'entraîne pas d'effet juridique. Le droit ne reconnaît une effectivité à l'expression d'une volonté que si celle-ci ren-

(18) Peut-être aussi des problèmes de validité du consentement: faudra-t-il que la révocation de la déclaration soit, elle aussi, "libre et éclairée" ? Comme exemple de révocation, on peut citer la formule conforme au Voluntary Euthanasia Act (Grande Bretagne, 1969) où le sujet déclare : "La présente déclaration restera valable à moins que je ne la révoque, ce que je pourrai faire à tout moment, et toute demande que je formulerais quant aux mesures à prendre ou à ne pas prendre en liaison avec cette déclaration sera faite sans autre formalité".

La proposition CAILLAVET n° 301 prévoit que la déclaration "peut être révoquée à tout moment" (art. 2), mais rien n'est prévu concernant la forme - et donc aussi la preuve - de cette révocation, alors que la déclaration elle-même exige un acte authentique dressé devant deux témoins indépendants.

A l'approche de la mort

contre une altérité. Tant que la volonté propre d'un individu n'a pas rencontré "autrui", le droit n'a aucune sanction à lui fournir. Pour les actes juridiques bilatéraux, l'altérité rencontrée est celle d'un autre sujet de droit, le cocontractant, et pour l'acte juridique unilatéral, cette altérité est purement et simplement celle de la mort. Tant que le contrat n'est pas accepté par un tiers, l'offre peut toujours être retirée; tant que la mort n'est pas intervenue, le disposant peut toujours modifier son testament. Dans un cas comme dans l'autre, la volonté du sujet n'entre dans l'ordre du droit - elle n'est susceptible de sanction juridique - qu'au moment où elle a rencontré une objectivité qui ne dépend pas d'elle, une altérité : autrui ou la mort.

816. Or, ici, dans la déclaration d'orthothanasie, que peut-on discerner comme acte juridique ? Même si on parle de "testament de vie", il ne s'agit nullement d'un testament puisqu'il doit recevoir effet avant la mort du disposant - ayant d'ailleurs vraisemblablement pour objet de hâter cette mort. S'agit-il alors d'un contrat ? Mais si le contrat est "une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres" (art. 1101, C.civ.), on ne voit pas, en l'occurrence, quelle est la personne qui s'oblige envers celui qui se contente de rédiger une "déclaration".

Où donc est l'élément d'altérité qui permet d'inscrire dans l'ordre du droit la déclaration de volonté de la personne qui entend refuser, dans telle ou telle circonstance, l'application de tel ou tel traitement ? On a parlé de refus différé (19). L'expression peut faire croire qu'un contrat est déjà entièrement constitué et que, à l'intérieur de ce contrat médical, vient s'insérer un refus de certains traitements. Mais est-il possible d'exprimer à l'avance, de "différer", un refus qui devrait trouver place à l'intérieur d'un contrat qui n'est pas encore formé ?

(19) R. NERSON, art. cité in mélanges Marty, p. 876.

A l'approche de la mort

817. Le juriste trouvera plus logique de laisser ce contrat - si contrat il y a - se former au moment de la survenance de la maladie, en se fondant sur la volonté exprimée à ce moment-là par les contractants.

Et si le contrat ne peut pas se former ou si le consentement du patient à telle thérapeutique, exigé par le "contrat médical" initial, ne peut être donné à cause de l'inconscience dans laquelle se trouve le malade, il faudra appliquer les règles dégagées de façon générale à propos de l'intervention thérapeutique hors contrat et de la représentation des incapables.

Ceci nous amène à examiner, en notre hypothèse, le rôle des protecteurs naturels du malade inconscient.

SECTION 3 - Les protecteurs naturels.

818. Les devoirs dont sont tenus les proches du malade ne sont pas différents de ceux qui obligent les médecins : obligation de lutter pour assurer la survie du malade et donc - en tout cas - interdiction de le faire mourir, mais en même temps, légitimité de l'abstention de soins extraordinaires lorsque l'état du patient est irrémédiable. Les "protecteurs naturels" partagent avec les médecins, chacun selon sa compétence propre, la responsabilité des décisions à prendre. De telle sorte qu'un certain contrôle réciproque peut s'exercer pour une meilleure défense des intérêts du malade (20).

(20) La norme à suivre est bien décrite dans le Rapport de la Commission des questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants (Doc. 3699, § 53) : "Maintenir en vie une personne par des moyens artificiels sans le moindre espoir qu'elle retrouve sa personnalité pendant une période indéfinie est de toute évidence contraire au bon sens et à l'humanité. Mais à quel moment la décision peut-elle être prise et, surtout, suivant quels critères ? Si ce n'est plus une question de jugement clinique, on ne voit pas pourquoi cette décision devrait incomber au seul médecin. Il ne reste ici que la possibilité de donner à la famille du malade le pouvoir d'agir dans ce domaine. Les

A l'approche de la mort

819. Mais que doit faire le médecin lorsqu'il se trouve en présence de "protecteurs naturels" préconisant une abstention de soins alors que lui-même préfère poursuivre le traitement ? Si cet assentiment de la famille limite les risques d'une poursuite pénale contre l'homme de l'art, on comprend cependant que le praticien préfère suivre sa propre interprétation du ministère médical, plutôt que l'opinion des proches du malade (21).

D'ailleurs, dans la mesure où le droit de refuser un traitement peut s'interpréter comme un droit de la personnalité intégré dans la sphère de la vie privée, on ne voit pas bien comment ce droit éminemment personnel pourrait être exercé par d'autres que le malade lui-même (22).

820. C'est, à ce sujet, la critique la plus décisive que l'on peut adresser à l'arrêt rendu par la Cour Suprême du New Jersey dans l'affaire Karen Quinlan.

(Suite note 20)

risques inhérents à une telle solution sont évidents : non seulement la famille, faisant passer ses propres intérêts avant ceux du malade, peut agir de mauvaise foi, mais d'une façon plus générale, son jugement peut être obscurci par sa connaissance profonde du malade et de son état. Dans une telle situation, peut-être la bonne solution serait-elle de laisser l'initiative aux proches parents du malade et de faire confirmer leur décision par plusieurs médecins".

(21) Comp. A. FAHMY ABDOL, op.cit., p. 327: "Il peut arriver que les parents donnent leur consentement à ce que le médecin cesse tout traitement en raison de l'état incurable du malade. A notre avis, ce consentement n'a aucune efficacité. Si nous admettons l'efficacité du consentement donné par les parents afin que le médecin intervienne pour soigner le malade, nous ne pouvons pas admettre cette efficacité lorsqu'il s'agit de s'abstenir de tout soin en vue d'aboutir à la mort du malade, même si l'état de ce dernier annonce l'impossibilité de sa guérison."

(22) Le même problème se pose - nous l'avons vu - à propos de l'acceptation des soins. Si l'usage veut que le médecin avertisse les proches du patient de la thérapeutique qu'il va entamer, on se demande toujours comment fonder en droit un quelconque consentement des proches à propos du sort d'un sujet sans doute incapable de fait, mais toujours capable de droit (v. supra n° 633).

A l'approche de la mort

Après avoir défini le droit de refuser un traitement comme un élément de la privacy, la Cour affirme que le seul moyen de ne pas réduire ce droit à néant lorsque le sujet est incapable d'exercer un choix conscient, est de faire apprécier par son tuteur et sa famille ce qu'il aurait décidé lui-même dans les mêmes circonstances (23).

Mais au lieu d'examiner dans le passé de la jeune Karen Quinlan les indices - toujours hypothétiques, d'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu - d'une volonté particulière concernant la façon dont elle aurait désiré être soignée, la Cour élargit encore le champ des références : non seulement elle permet au tuteur et à la famille d'exercer le droit personnel de la jeune fille, mais encore, pour cautionner en quelque sorte cet exercice d'un droit propre par autrui, elle en appelle à l'opinion commune.

En effet, aux yeux de la Cour Suprême, si la décision des proches va dans le sens d'un exercice du droit de refus, elle doit être acceptée par une société dont les membres, dans leur écrasante majorité, exerceraient dans les mêmes circonstances le même choix pour eux-mêmes et pour leurs proches (24).

(23) "If a putative decision by Karen to permit this non-cognitive, vegetative existence to terminate by natural forces is regarded as a valuable incident of her right of privacy, as we believe it to be, then it should not be discarded solely on the basis that her condition prevents her conscious exercise of the choice. The only practical way to prevent destruction of the right is to permit the guardian and family of Karen to render their best judgement, subject to the qualifications hereinafter stated, as to whether she would exercise it in these circumstances" (355 A 2d, p. 664).

(24) "If their conclusion is in the affirmative, this decision should be accepted by a society the overwhelming majority of whose members would, we think, in similar circumstances, exercise such a choice in the same way for themselves or for those closest to them". La Cour Suprême en déduit immédiatement la conclusion : "It is for this reason that we determine that Karen's right of privacy may be asserted in her behalf, in this respect, by her guardian and family under the particular circumstances presented by this record" (id. p. 664).

A l'approche de la mort

821. Quel est donc ce droit de la personnalité dont l'exercice peut être confié à un tiers autre que la personne concernée et dont, en outre, le bien-fondé est apprécié par rapport à une norme majoritaire tout à fait impersonnelle ? (25)

Sans doute la décision américaine considère-t-elle le caractère extraordinaire des soins donnés à la jeune fille (26), et il est vrai que, pour juger du caractère ordinaire ou extraordinaire de tel ou tel traitement, il faut faire appel au consensus régnant dans la société à un moment déterminé de l'histoire de la médecine, mais il paraît étrange que cette norme générale, valable pour fixer les devoirs du médecin, soit utilisée pour déterminer la réaction la plus personnelle du malade, c'est-à-dire l'exercice de sa privacy.

822. Lorsque le malade n'est plus en état d'exercer consciemment un choix concernant la thérapeutique à lui appliquer, il devient difficile de raisonner comme si ce choix était encore possible, soit en lui permettant de "déclarer" sa volonté de refus au moment où il n'est pas encore malade, soit en permettant à ses proches d'exercer ce choix au moment où lui-même n'est plus en état de le faire. Cette substitution d'un écrit antérieur ou de la décision d'un tiers à la volonté actuelle du malade incapable de s'exprimer entraîne des incohérences qui forcent à cerner davantage les contours de la construction juridique initiale, celle du "droit à la mort".

(25) Cfr. le rapport de M. KOICHI BAI (Japon) au Cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979) : "Implications of the Karen Quinlan Case - real and imaginary". Faire exercer par un autre le droit dont on a affirmé qu'il relève de la vie privée du sujet est une contradiction qui constitue peut être le "talon d'Achille" de la décision américaine. Si cette décision devait aboutir à la reconnaissance du droit de laisser mourir autrui, elle risque bien d'être "une main de fer dans un gant de velours" (Rapport, p. 281; trad.).

(26) "one would have to think that the use of the same respirator or like support could be considered 'ordinary' in the context of the possibly curable patient but 'extraordinary' in the context of the forced sustaining by cardio-respiratory processes of an irreversibly doomed patient" (id. p. 668).

A l'approche de la mort

CONCLUSION

823. Comment, en effet, rendre compte de ce nouveau droit ?

Est-il réellement possible de comprendre dans les termes du droit subjectif cet évènement qui affecte la destinée de tout homme ? Si cela, d'ailleurs, était possible, comment faudrait-il entendre ce "droit à la mort" ? Est-il soumis à un régime de disposition ? Il faudrait comprendre alors que le sujet pourrait céder sa mort à autrui, ou, plus simplement, y renoncer. On voit bien que ce n'est pas le cas : même s'il rêve d'immortalité, l'homme sait que ce n'est pas lui qui dispose de sa mort : c'est la mort qui dispose de lui.

824. Ou bien le "droit à la mort" est-il soumis à un régime de protection, au sens où la mort serait un intérêt propre du sujet, que le droit viendrait protéger par l'appareil de ses lois civiles et pénales ? La mort, étant un "intérêt juridiquement protégé", deviendrait alors la matière d'un droit subjectif s'imposant au respect de tous.

Mais il n'apparaît pas que, ainsi qu'on l'a vu tout au long de ce premier Titre, notre ordre juridique protège la mort. Tout son effort au contraire consiste à protéger la vie.

825. Si la mort n'est pas un "intérêt juridiquement protégé", pourrait-on passer à l'autre régime en reconnaissant au sujet un pouvoir, non pas sur la mort - ce qui ne se peut -, mais sur la vie ? Le "droit à la mort" s'entendrait dans ce cas comme pouvoir de disposition sur la vie.

826. Depuis toujours, l'homme a été tenté de déterminer lui-même l'heure de sa mort, par le suicide; parfois aussi l'heure de la mort d'autrui, par l'homicide. Dans l'un et l'autre cas, la morale a dressé son interdit : "Tu ne tueras point".

En règle générale, lorsqu'il s'agit de l'homicide, le droit sert l'injonction morale en punissant celui qui tue autrui. Mais lors-

A l'approche de la mort

qu'il s'agit du suicide, il se fait plus nuancé : puisque seule la mort du sujet lui-même - et non d'un tiers - est en cause, pourquoi ce sujet n'aurait-il pas le droit de se tuer impunément ? Et s'il peut le faire, pourquoi ne pourrait-il pas demander à autrui de l'aider dans son suicide ou, plus franchement encore, de lui donner la mort ?

Cette dernière hypothèse a déjà été citée dans notre typologie de l'euthanasie (point F). Elle constitue un des termes du "droit à la mort", l'autre étant la liberté de se suicider.

827. Puisque c'est entre ces deux termes que se situe la question que nous avons posée - à qui est ma mort ? -, nous allons les étudier l'un après l'autre en réservant pour la conclusion de cette quatrième partie un jugement d'ensemble sur le "droit à la mort".

TITRE II

LE « DROIT A LA MORT », ENTRE LE SUICIDE ET L'EUTHANASIE

828. Savigny, on le sait, exclut le "Recht an der eigenen Person" pour une double raison : d'une part, la maîtrise naturelle que l'homme détient sur son corps ne doit pas entrer en concurrence avec les prolongements artificiels qui font l'objet des différents droits du patrimoine, et d'autre part, la reconnaissance d'un droit de disposition sur soi-même équivaldrait à la légitimation du suicide, que Savigny précisément récuse (1). Ceci montre la difficulté posée au juriste lorsqu'il aborde le "droit à la mort".

Sans doute, la maîtrise naturelle que l'homme détient sur son corps peut-elle aller jusqu'à l'auto-destruction; mais on ne voit pas comment cette capacité purement factuelle pourrait entrer dans les catégories du droit subjectif, sous la forme d'un pouvoir reconnu de tous.

Sans doute encore, la nature morale de l'homme lui interdit-elle de se suicider (2); mais ici, on se demande si le droit doit sanctionner cet impératif qui assigne au sujet un devoir à l'égard de lui-même.

(1) V. supra n° 115, et infra n° 950.

(2) Cfr. l'application faite par E. KANT de la célèbre maxime : "agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen". A propos du suicide, le philosophe explique : "selon le concept du devoir nécessaire envers soi-même, celui qui médite le suicide se demandera si son action peut s'accorder avec l'idée de l'humanité comme fin en soi. Si, pour échapper à une situation pénible, il se détruit lui-même, il se sert d'une personne, uniquement comme d'un moyen destiné à maintenir une situation supportable jusqu'à la fin de la vie. Mais l'homme n'est pas une chose; il n'est pas par conséquent un objet qui puisse être traité simplement comme un moyen; mais il doit dans toutes ses actions être toujours considéré comme une fin en soi." (E. KANT, Fondements de la métaphysique des mœurs, trad. V. Delbos, Paris, Delagrave, pp. 151-152).

Suicide et euthanasie

En refusant de soumettre à la maîtrise de la volonté d'un sujet le "premier cercle" qui est celui de sa propre personne, Savigny exclut certes la possibilité d'un "droit à la mort", mais il ne donne pas l'explication juridique de cette exclusion. Est-il possible de faire autrement ?

829. On voudrait, pour le voir, examiner jusqu'où s'étend l'emprise du droit dans cette hypothèse où un sujet envisage de hâter sa propre mort. On cherche d'abord les raisons de l'impunité actuelle concernant le suicide (ch. 1), puis on examine la réaction du droit lorsque le projet suicidaire entre dans une relation, comme c'est le cas dans l'assistance au suicide (ch. 2), et dans l'euthanasie proprement dite (ch. 3).

CHAPITRE 1 — La portée de l'impunité du suicide

830. Pour savoir si la mort est un "droit" dans le chef du sujet qui entend se suicider, il faut mesurer la portée des sanctions juridiques du suicide. Or, s'il y a toujours débat sur la vocation du droit à intervenir en cette matière, on constate que les ordres juridiques, aujourd'hui, ne punissent plus le suicide.

831. Après avoir examiné les raisons avancées pour rendre compte de cette impunité, l'une tenant à l'inapplicabilité de la sanction et, l'autre, à l'état pathologique de l'auteur, on discute la justification tirée de l'impunité de principe de toute auto-lésion, pour tenir, finalement, que le suicide ne fait pas l'objet d'une liberté garantie par le droit.

Suicide et euthanasie

SECTION 1 - La sanction du suicide et la vocation du droit.

832. Pour le juriste, la question importante est celle de savoir si le comportement suicidaire mérite une sanction sociale. Il n'est pas sûr, en effet, que l'auto-suppression soit une affaire purement personnelle où la société n'aurait nullement à intervenir, car cette dernière peut être affectée par le geste de celui qui se dérobe aux rapports sociaux (1).

833. Le retentissement social d'un suicide n'est d'ailleurs pas seulement d'ordre utilitaire comme si la société ne faisait qu'y perdre un producteur-consommateur ou un effectif de la Défense nationale (2). Le suicide, en effet, supprimant la personne, supprime le lien - proprement politique - qui liait cette personne à autrui (3). En se déprenant de sa vie, le sujet se dépren également du lien social que régit le droit.

(1) Comme le dit M. NERSON : "La morale sociale défend de se suicider, parce que l'individu qui se donne la mort nuit à ses semblables, il se soustrait à toutes ses obligations et enlève au corps social un membre sur lequel il pouvait compter" (R. NERSON, Les droits extra-patrimoniaux, thèse citée, p. 127), ou M. LASSAUSOIS : "L'être humain, qui n'a déjà pas décidé de sa naissance ne détient pas seul la clef de sa vie. Elle est l'une des composantes d'un ensemble social (...). Vivre en société comporte une obligation de participation, et c'est par elle que les groupes, tant économiquement que psychologiquement peuvent vivre. Aussi une liberté individuelle de quitter la vie contrarie-t-elle singulièrement celle de tous les autres. Le droit individuel à la mort est une atteinte à la liberté de ceux qui veulent vivre" (J. LASSAUSOIS, "Le droit à la mort", *Gaz. Pal.*, 11 juin 1978, p. 23); sur le trouble social causé par le suicide, v. encore G. LEVASSEUR, "Suicide et euthanasie au regard du droit pénal", *Lumière et Vie*, 1957, pp. 43-44.

(2) Comp. A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 119 : "la vie du citoyen représente pour l'Etat un bien propre. L'Etat a un intérêt direct et immédiat à conserver la vie du citoyen, car celui-ci est un soldat, un procréateur d'autres citoyens, un producteur de richesse, etc..." (nous soulignons); (idem, p. 393).

(3) Il faut tenir compte, en outre, des liens familiaux et affectifs rompus par le suicide. Mais comme la famille et les amis ne disposent pas de la sanction juridique, ils ne sont pas considérés dans l'analyse de l'impunité.

Suicide et euthanasie

Il est donc normal que le droit réagisse au comportement suicidaire même si celui-ci ne fait apparemment que violer un devoir de l'homme vis-à-vis de lui-même (4).

834. Mais il n'est pas sûr que ces considérations de morale sociale puissent être immédiatement transcrites en termes de droit positif : ce qui cause un tort moral à la société ne réclame pas nécessairement une sanction juridique. En outre, cette sanction du droit n'est pas toujours possible.

835. On sait que le suicide était réprimé pénalement sous l'Ancien Régime (5), et même, dans certains pays, à l'époque contemporaine

(4) Comp. J. DABIN, Théorie générale du droit, éd. 1969, p. 120: "l'homme, animal social, est solidaire de ses semblables. En sorte que tout ce qui concerne sa personne, activement ou passivement, a sa répercussion sous des formes multiples, à des titres et des degrés divers, sur les autres hommes, qui sont avec lui en relations plus ou moins proches. C'est par ce détour, que (...) le droit acquiert compétence pour édicter des règles dans le domaine des devoirs envers soi-même : ces devoirs peuvent en effet se doubler, formellement, de devoirs envers autrui et la société. Par là on vise (...) le devoir de ne pas causer à d'autres le dommage matériel ou moral qui serait la suite du manquement à tel devoir envers sa propre personne".

(5) Sur l'historique de la répression du suicide, v. R. VAN der MADE, "Une page de l'histoire du droit criminel, la répression du suicide", Rev. dr. pénal et crim., 1948, pp. 22 à 51; en droit romain, v. J.C. GENIN, "Réflexions sur l'originalité juridique de la répression du suicide en droit romain", Mélanges Falletti, Annales de la Faculté de Droit et des sciences économiques de Lyon, 1971, II, pp. 233 à 293; un pivot dans l'histoire du droit du suicide est l'Ordonnance criminelle de 1670 qui codifie les poursuites en unifiant les coutumes : un procès était fait à la mémoire du défunt; son corps était condamné à être traîné sur une claie face contre terre et on lui refusait l'accueil des cimetières. A cette peine corporelle s'ajoutait la confiscation des biens. Seuls les suicidés en état de démence échappaient à la sanction pénale. V. là-dessus, M. BADR, op.cit., p. 102 et FAHMY ABDOU, op.cit., p. 298, R. CHARLES, op.cit., p. 89, G. LEVASSEUR, "Suicide et euthanasie au regard du droit pénal", Lumière et Vie, 1957, p. 184, et L. DEPAULE, in Revue

Suicide et euthanasie

ne (6). Or actuellement, dans nos sociétés occidentales, il ne fait plus l'objet d'aucune répression (7).

Quelques auteurs regrettent les punitions d'autrefois (8).

(Suite note 5)

des Droits de l'Homme, 1974, p. 465; les philosophes et les juristes du XVIII^e siècle ont alimenté le courant d'humanisme qui aboutit, lors de la Révolution française, à la suppression des mesures infamantes sur le cadavre du suicidé ainsi que de la confiscation de ses biens.

- (6) Les auteurs citent le plus souvent le droit de l'Etat de New-York et le droit anglais. Le Code pénal de 1881 de l'Etat de New-York constate l'impossibilité pratique de punir l'auteur d'un suicide (§ 172), mais il punit la tentative ("celui qui, dans l'intention de s'enlever la vie, se donne un coup ou accomplit sur sa propre personne un acte de nature à donner la mort", § 174) des peines qui frappent l'homicide (§ 178). Depuis 1919, cette prévention a été supprimée; seule l'assistance au suicide reste incriminée. Le droit anglais a suivi une évolution semblable, quoique plus tardive. V. là-dessus E. DUMONT, "La répression du suicide", Rev. dr. pén., 1959-60, pp. 559 et sv.; M. BADR, op.cit., p. 113 et la bibliographie citée.
- (7) Cette absence de répression - par définition - n'est guère repérable dans les textes. On peut toutefois citer un arrêt de la Cour de Rennes du 13 décembre 1904 (S., 1905, 2, 76) qui confirme la condamnation à des dommages et intérêts, envers le père d'une jeune suicidée, du maire de Guidel qui n'avait admis l'inhumation de celle-ci au cimetière communal que dans le "coin aux chiens". La Cour invoque à ce sujet la loi du 14 novembre 1881 qui, proclamant la neutralité des cimetières, abolit les usages qui restaient des peines de fait; v. R. CHARLES, op.cit., p. 90; A. BAYET, Le suicide et la morale (Paris 1922), p. 76.
- (8) Cfr. par exemple les conclusions du procureur général DUPIN précédant Cass. fr., 23 juin 1838 (S., 1838, 1, 626) : "Comment les juges ont-ils pu méconnaître à ce point le suicide, c'est-à-dire le meurtre de soi-même ? Ce fait lui-même est un crime qui blesse les idées religieuses pour ceux qui en ont, et la morale pour ceux qui y croient. C'était un crime prévu et réprimé par les lois anciennes, et dont la punition avait de salutaires effets, car tel qui eût fait bon marché de sa vie, s'arrêterait devant une idée de respect pour son cadavre et devant la crainte de vouer son corps à l'ignominie. Il faut reconnaître ce qu'il y avait de bon chez les anciens. C'était là une puissante intention". Cfr. aussi la thèse de E. ALPY, De la répression du suicide, Paris, 1910, où l'auteur préconise un certain nombre de peines à l'égard du suicidé : privation des honneurs de la sépulture, publication d'une liste d'infamie, caducité des dispositions testamentaires, etc. V. à ce sujet, M. BADR, op.cit., pp. 104 et sv; R. CHARLES, op.cit., p. 90, et E. DUMONT, art. cité, p. 568.

Suicide et euthanasie

D'autres souhaiteraient l'instauration d'une peine au moins de principe (9), mais ils sont rares. La loi, en laissant le suicide impuni, paraît bien traduire le sentiment général (10).

Mais si cette impunité est un fait accepté, il faut encore pouvoir en rendre compte sur le plan de la rationalité juridique.

836. Or, à ce sujet, l'embarras du juriste se manifeste par la diversité des raisons avancées. On peut regrouper celles-ci sous trois chefs.

Dans une première approche, on dira que la non-répression du suicide se justifie pour des raisons pratiques qui tiennent à la difficulté ou à l'impossibilité d'appliquer une peine; mais de la peine, on peut passer à la considération de l'incrimination elle-même en disant soit que l'élément moral de l'infraction n'est jamais établi, vu l'état pathologique de son auteur, soit que dans son principe même, l'auto-lésion échappe à toute répression pénale. Ces justifications diffèrent considérablement entre elles.

En les abordant l'une après l'autre, on doit pouvoir préciser la portée de l'impunité du suicide.

(9) CHAUVEAU et HELIE proposent simplement la classification du suicide parmi les délits : "la seule inscription serait une haute leçon, un avertissement salutaire; en le flétrissant, la loi détournerait peut-être quelques esprits de le commettre". V. M. BADR, op.cit., p. 106.

On pourrait imaginer que la sanction pénale du suicide ne soit pas une peine, mais une simple déclaration de culpabilité avec dispense de peine. V. sur ce nouveau type de sanction en Belgique, le rapport de la Commission de révision du Code pénal (Ministère de la Justice, Juin 1979, p. 63).

(10) V. là-dessus A. BAYET, op.cit., p. 89.

Suicide et euthanasie

SECTION 2 - L'inapplicabilité de la sanction.

837. Lorsqu'on interroge le bon sens sur les raisons de l'impunité du suicide, il donne la réponse de l'évidence : on ne punit pas un mort.

Comme le dit Garraud : la cause de l'impunité du suicide est le suicide même (11). Et c'est pour ce motif d'ordre pratique que le système pénal de la plupart des Etats ignore le suicide (12).

Sans doute est-il matériellement possible de punir un mort, comme sous l'ancien Régime, en flétrissant sa mémoire, en bannissant son corps ou en confisquant ses biens. Mais à ces pratiques de jadis, on oppose des considérations d'opportunité et d'efficacité, d'équité et de droit.

838. En quoi est-il utile de faire peser sur un mort la répression pénale ? On sait que le coupable, forcément, n'y gagnera rien, mais que peut y gagner le corps social ?

Outre que la mentalité contemporaine n'est guère accordée aux châtiments post mortem, on ne voit pas bien en quoi la menace de la pénalité pourrait exercer la moindre influence sur l'homme déterminé à en finir avec la vie (13).

(11) R. GARRAUD, Traité théorique et pratique de droit pénal, Sirey, 1924, t. V, n° 1945, cité par R. NERSON, thèse, p. 123.

(12) R. CHARLES, op.cit., p. 91. Cfr. aussi le § 172 du Code pénal de 1881 de l'Etat de New-York, déjà cité : "Bien que le suicide soit considéré comme un mal grave et public, cependant à raison de l'impossibilité d'en frapper utilement l'auteur, il n'est en aucune façon puni".

(13) V. R. CHARLES, op.cit., p. 90, et M. BADR, op.cit., p. 107, citant GARRAUD : "Celui que ne peuvent arrêter ni l'horreur de la mort, ni les liens les plus chers de la nature, ni les craintes d'une éternité malheureuse ne saurait être retenu par des lois qui n'atteindront que son cadavre ou sa mémoire". Cfr. aussi E. DUMONT, art. cité, p. 569, rapportant l'opinion de John F. OLIVEN selon laquelle " dans les Etats des Etats-Unis où une législation du suicide existe, les lois sont d'une efficacité à peu près nulle".

Suicide et euthanasie

Par ailleurs si, faute de pouvoir atteindre celui que la mort a fait échapper à la répression, on s'avisait de punir la famille du coupable par la condamnation de sa mémoire et par la confiscation de ses biens, on manquerait sans doute à l'équité puisqu'on frapperait des innocents (14).

Et puis, l'argument de droit qui reconnaît tout ensemble l'inutilité, l'inefficacité et l'iniquité des poursuites contre un mort tranche toutes les contestations possibles : l'action publique s'éteint par la mort de l'inculpé (15). *Crimen extinguitur mortalitate* (16).

839. Ainsi, à ne considérer que la seule applicabilité d'une peine, on s'aperçoit que les nécessités pratiques aussi bien que les principes de la procédure criminelle font échapper le suicide à toute possibilité de répression. On peut toutefois se demander si cette impossibilité constitue la raison dernière de l'impunité du suicide. Car il existe un comportement suicidaire qui pourrait pratiquement être poursuivi et qui pourtant ne l'est pas : c'est la tentative de suicide. Matériellement, celui qui n'a pas réussi son suicide est encore vivant; l'impossibilité de la répression, rencontrée à

(14) Cfr. A. FAHMY ABDOU, *op.cit.*, p. 299, citant BECCARIA : "Si la peine est appliquée à la famille innocente, elle est odieuse et tyrannique parce qu'il n'y a plus de liberté lorsque les peines ne sont pas purement personnelles" (Des délits et des peines, p. 181).

(15) Cfr. en France, l'article 6 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et, en Belgique, l'article 20 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

(16) V. R. CHARLES, *op.cit.*, p. 90 : "Admet-on que le suicide constituât une infraction pénale, l'action pénale, qui a pris naissance au moment du délit, se trouverait éteinte par la mort du prévenu (...) : comment pourrait-elle renaître ?"; v. dans le même sens, J. NYPELS, Législation criminelle de la Belgique, t. III, art. 461 : "Nous n'avons pas à examiner ici si la société a le droit de réprimer cet attentat (= suicide); si en cette matière, une disposition pénale est nécessaire; si elle est utile ou impuissante; il suffit de faire remarquer que l'impunité du suicide dérive des principes mêmes de notre droit criminel. Si l'action publique qui a pris naissance s'éteint par le décès du prévenu, elle ne peut naître après la mort de ce dernier".

Suicide et euthanasie

propos du suicide accompli, n'existe donc plus ici. Si celui qui est mort ne peut plus se voir infliger une peine, celui qui est vivant peut encore en recevoir une (17).

L'argument qui justifie l'impunité du suicide par l'impossibilité de la répression ne vaut plus à l'égard de la tentative (18).

840. Est-ce à dire que la vraie raison de l'impunité du suicide ne se situerait pas au niveau de la peine applicable ? Il faudrait alors remonter plus haut, jusqu'au stade de l'incrimination qui recouvre d'ailleurs aussi bien la tentative que le suicide accompli. Là, on pourrait donner une raison "directe" de l'impunité : l'auto-lésion ne serait tout simplement pas punissable, par principe, mais on pourrait aussi avancer une raison plus "latérale" : celle qui tiendrait à la disposition pathologique de l'auteur du suicide.

Remarquons en tout cas qu'en l'état de notre analyse, nous n'avons pas encore reconnu de "droit à la mort" puisqu'en s'abstenant d'appliquer une peine au suicide, le droit ne fait ici qu'avouer son impuissance. Si le suicide reste impuni à cause du caractère impra-

(17) V. les peines proposées par ALPY pour la tentative de suicide considérée comme délit sui generis : la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit par donation et par testament, l'interdiction civique, et dans les cas les plus graves, une peine d'emprisonnement (cfr. M. BADR, op. cit., p. 107). V. aussi les dispositions pénales de l'Etat de New-York (Code de 1881) et du Royaume-Uni (jusqu'au Suicid Act de 1961).

(18) Mais il est une autre impossibilité que les juristes vont invoquer pour justifier l'impunité de la tentative. C'est qu'il n'est pas possible de punir une tentative dont l'objet consommé n'est pas punissable. Si le suicide lui-même n'est pas une infraction, comment pourrait-on incriminer la tentative de commettre cet acte qui n'est pas puni ? Le juriste se trouve ainsi prisonnier d'une curieuse logique : il ne punit pas le suicide parce qu'il lui est impossible - matériellement et juridiquement - d'appliquer une peine adéquate, mais il ne punit pas non plus la tentative de suicide alors que matériellement, il pourrait la punir - parce que, précisément, le suicide n'est pas puni. Sur le plan des principes, cependant, on sait qu'il est toujours possible de créer un délit spécial en incriminant la tentative elle-même.

Suicide et euthanasie

ticable de la peine qui pourrait le frapper, on ne peut en déduire l'existence d'un véritable droit dans le chef de celui qui veut se supprimer.

SECTION 3 - L'état pathologique de l'auteur.

841. Pour une partie importante de la doctrine, le comportement suicidaire révélerait, par lui-même, un manque de raison sur lequel le droit pénal n'aurait aucune prise : "celui qui attende à sa vie n'a pas (...) le plus souvent cette liberté d'esprit et cette maîtrise de soi-même qui sont les conditions de l'imputabilité pénale. Quel que soit le motif qui l'a déterminé au suicide, s'il se tue, c'est toujours parce que sa volonté a été plus faible que son mal moral ou physique. Or le Code ne punit pas celui qui a agi dans un moment où il était privé de raison" (19).

(19) R. GARRAUD, Traité théorique et pratique de droit pénal, t. V, n° 1945, cité par A. FAHMY ABDYOU, op.cit., p. 300. Les dispositions qui justifient l'infraction commise en état de démence sont l'art. 64 du Code pénal français et l'art. 71 du Code pénal belge. V. dans le même sens M. RATEAU, "Le suicide et sa réglementation pénale", Rev. intern. de criminologie et de police technique, 1962, n° 4, p. 278 : "il apparaît juste et logique que la personne qui se donne la mort, ou même ait simplement tenté de se la donner sans y réussir (...) ne soit pas poursuivie pour crime d'homicide de soi-même. Car les personnes qui sont poussées à cette extrémité relèvent, dans la grande majorité des cas, de la médecine et plus particulièrement de la psychiatrie, et non de la justice, quelles que soient les raisons qui aient pu les inciter à agir de la sorte".

V. aussi CHAUVEAU et HELIE, Théorie du code pénal, 2e édition belge annotée par G. NYPELS, t. I, ch. XLIII, section 5, n° 2423 : "Il faut bien remarquer que tous ceux qui attendent à leur vie n'obéissent pas à une immorale impulsion. La statistique criminelle attribue le tiers des morts volontaires à des maladies cérébrales, dont le suicide est un des symptômes ou l'un des effets"; et encore G. LEVASSEUR, art. cité, p. 45 : "dans un nombre considérable de cas, le suicide est la conséquence d'un désordre mental grave. Certains praticiens vont jusqu'à dire que l'on peut poser dans chaque cas de suicide une présomption de démence jusqu'à preuve contraire".

Suicide et euthanasie

842. Que faut-il penser d'une telle justification ? A la fois, qu'elle devient prépondérante en droit civil et en droit social pour ne pas priver la famille d'un suicidé du secours que peut représenter pour elle le paiement d'une assurance-vie ou la réparation d'un accident de travail (20), mais qu'en même temps, elle ne tranche rien dans le débat qui nous occupe puisque, d'une part, l'irresponsabilité - même élevée au titre de présomption - n'est pas vérifiée dans tous les cas de suicide et que, d'autre part, les apologistes du suicide considèrent l'auto-suppression comme - parfois - l'acte le plus raisonnable qui soit. Il est donc difficile de considérer que, par principe, la démence justifie l'impunité du suicide.

(20) Sur les différents points de contact entre le droit civil et le suicide, v. R. NERSON, thèse citée, p. 123, où l'auteur aborde les questions d'accident de travail, assurance-vie, pension et rente viagère, J. PELISSIER, thèse citée, pp. 314 et sv., et Y. SAINT-JOURS, "Le suicide dans le droit de la sécurité sociale", D., 1970, Chr. XX. Pour ce dernier auteur, "le suicidant (...) est en état de crise avec lui-même ou avec la société, parfois avec les deux à la fois et cet état amène inéluctablement un trouble de sa conscience, fût-il passager, intermittent ou permanent, mais qui exclut, à notre sens, tout caractère conscient du suicide" (p. 24). "Dans ces circonstances, il devient de plus en plus absurde de soutenir l'idée d'une faute intentionnelle dans le suicide, laquelle ne peut, au demeurant, être prouvée ni scientifiquement, ni juridiquement. Persévérer dans cette voie conduirait à perpétuer, sous une forme voilée, la vengeance privée contre les suicidés et leur famille" (p. 96).

Dans la jurisprudence belge, v. Cass., 22 novembre 1971, Pas., 1972, I, 290, où des coups et blessures sont jugés comme homicide involontaire du fait "qu'il existe un lien certain et nécessaire de cause à effet entre le traumatisme dû à la faute de (l'auteur de l'accident) et la création d'un état dépressif ayant conduit la victime au suicide."; v. aussi trib. trav. Charleroi, 13 décembre 1976, J.T.T., 1977, 336, où un employeur est condamné à verser le revenu mensuel garanti au travailleur qui avait absorbé une dose massive de somnifère au cours de son travail : "en l'espèce, le caractère pathologique de la tentative de suicide résulte des circonstances mêmes dans lesquelles cette tentative de suicide a eu lieu : c'est au cours de son travail que le demandeur a absorbé une dose massive de somnifère ce qui, mieux que toute théorie, montre qu'il a obéi à une impulsion invincible"; le juge peut ainsi conclure que l'employé "ne saurait être considéré comme responsable de l'état d'incapacité qui a suivi sa tentative", et qu'il a donc droit à sa rémunération.

Suicide et euthanasie

843. Serait-ce le cas qu'il faudrait alors tirer la conclusion qu'il n'existe pas de "droit à la mort". Non pas que les personnes déraisonnables ne pourraient pas jouir de droits subjectifs dans notre société, mais il serait aberrant à la fois de fonder le "droit au suicide" sur le fait de son impunité et de justifier celle-ci par le caractère déraisonnable du comportement suicidaire.

844. Puisque le "droit à la mort" n'est pas reconnu dans la difficulté pratique de la répression du suicide, ni dans la seule considération du caractère parfois déraisonnable de l'acte commis, il faut aller au principe même de l'incrimination : est-il concevable que la suppression de soi subisse, comme telle, une sanction pénale ?

SECTION 4 - L'impunité de principe.

845. Parmi les auteurs qui écrivent sur le droit français, on n'a guère rencontré que M. Fahmy Abdou pour tenir explicitement, à propos du suicide, la position d'une impunité de principe. Dans son ouvrage, plusieurs fois cité, consacré au Consentement de la victime, l'auteur se dit "d'accord avec la presque totalité des législations en ce qui concerne l'impunité du suicide et de ses tentatives", mais il ajoute que "les arguments donnés à l'appui de cette impunité ne sont pas séduisants" (21), qu'il s'agisse de l'argument tiré de l'inefficacité de la répression ou de celui qui est tiré de la mort du coupable : dans un cas comme dans l'autre, on ne rend pas compte de l'impunité de la tentative (22).

(21) A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 301.

(22) Cfr. A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 47. A cette objection, l'auteur en ajoute une autre à propos de l'inutilité de la répression : "si nous généralisons ce principe, sans fondement juridique, nous arriverions à un résultat fort dangereux : il faudrait acquitter tous les délinquants dont la peine ne pourrait produire un effet utile (par exemple les récidivistes incurables) !!"

Suicide et euthanasie

Pour notre auteur, "la raison de l'impunité en général de l'auto-lésion réside dans le fait qu'en droit pénal la qualité du sujet actif et la qualité du sujet passif de l'infraction ne peuvent être réunies dans une seule personne" (23).

846. On retrouve ici, en des termes formels analogues à ceux que nous avons rencontrés à propos des droits de la personnalité (24), la question de la vocation du droit dans la sanction du suicide. Car si certains auteurs argumentent à partir du retentissement social de l'auto-suppression pour établir la compétence du droit à en connaître, d'autres insistent sur le caractère éminemment personnel du geste suicidaire pour récuser cette compétence. On perçoit bien que ce débat est central pour notre propos (25).

- (23) A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 47. L'auteur voit un exemple typique de cette règle précisément dans le suicide et la tentative de suicide; comp. p. 301 : "l'individu ne peut pas entrer en rapport juridique avec lui-même, puisque tout rapport juridique suppose deux termes. L'individu donc ne peut être d'une part titulaire d'un droit et d'autre part destinataire d'une obligation qui corresponde à ce droit (...). L'individu n'a pas envers lui-même d'obligations juridiques. Il s'ensuit qu'il ne s'agit pas d'une infraction à la loi quand il attaque lui-même son droit à la vie. Ainsi son acte est anti-moral, mais il n'est pas anti-juridique". Pour une même opinion dans la doctrine italienne, v. Ricardo LEVENE, art. cité, in *Rev. sc. crim.*, 1952, p. 84 (nous modifions la ponctuation) : "il n'y a pas de relations juridiques de l'homme avec lui-même. Le délit implique violation d'un droit, ce qui exige une relation entre hommes. Rappelons que le suicide est l'action d'un homme contre lui-même; il n'y a donc pas de relation avec le monde extérieur, ce qui serait fondamental pour que nous puissions parler de droit. S'il n'y a pas de droit, il ne peut pas y avoir de violation de droit, donc de délit".
- (24) V. *supra* n° 196 sur l'objet des droits de la personnalité et n° 397 sur la distinction sujet-objet dans le "droit à l'image".
- (25) Cfr. par exemple Mohamed Abdel Aziz BADR, L'influence du consentement de la victime sur la responsabilité pénale. Etude comparée, thèse Paris, 1928, p. 108 : "Le suicide est-il l'un des actes que la Société doit connaître et réglementer ? Est-ce un acte social ou un acte privé ? Est-ce l'individu qui

Suicide et euthanasie

847. Nous allons tenir que si le droit ne punit ni le suicide, ni sa tentative, ce n'est pas parce qu'il érigerait en principe l'impunité de l'auto-lésion, mais c'est parce qu'il est impuissant à la sanctionner, soit que - dans le cas du suicide - la sanction ne puisse être appliquée : "crimen extinguitur mortalitate", soit que - dans le cas de la tentative - cette sanction ne paraisse pas opportune (26). D'où peut-on tirer cette affirmation ? Du fait que le droit ne garantit pas comme un "droit" la liberté du suicide.

(Suite note 25)

se suicide ou le citoyen ? Sans doute un homme peut toujours être utile à la Société (...), mais d'un mot, reste-t-il à l'homme, qui vit en société, quelque ombre de droit, de maîtrise sur lui-même, ou n'est-il que l'esclave de la Société ? Sa personnalité existe-t-elle si peu que ce soit, ou se perd-elle dans la Société ?

Comp. J. PELISSIER, thèse citée, p. 313 : "L'étude philosophique du suicide (...) démontre que les attitudes que l'on peut adopter à l'égard du meurtre de soi-même ne peuvent être que subjectives et qu'elles présupposent un choix d'ordre métaphysique qui, en fait, n'est pas toujours conscient. L'étude de ce qu'on peut appeler le droit positif du suicide montrera que la collectivité ou, du moins, les auteurs de la règle de droit ont bien perçu cette complexité; malheureusement, jusqu'à présent, une telle perception s'est surtout manifestée par leur embarras".

(26) V. E. DUMONT, art. cité, p. 569 : "Des peines infamantes ou d'amende contribueraient encore à augmenter le désespoir de celui qui aurait raté son suicide". Sur l'inefficacité de la répression des tentatives de suicide, v. aussi G. LEVASSEUR, art. cité, pp. 48-50.¹

Comp. CHAUVEAU et HELIE, Théorie du Code pénal, 2e édition belge annotée par NYPELS, t. I, Chap. XLIII, section 5, n° 2424, note 4 : "il n'est pas inutile de remarquer ici, avec Merlin, que l'impunité du suicide ne dérive pas du principe que la mort éteint le crime; elle tient uniquement à la volonté qu'à eue la loi d'effacer le suicide de la liste des crimes dans laquelle il était inscrit par l'ancienne législation. L'application seule du principe que la mort éteint le crime amènerait à cette conséquence que la tentative de suicide est punissable, ce qui n'est pas".

Suicide et euthanasie

SECTION 5 - Le droit au suicide.

848. De ce que le suicide n'est pas considéré comme une infraction punissable, on pourrait croire que l'individu a le droit de se suicider. Mais la doctrine étudiée refuse, unanimement ou presque, de parler en ces termes (27).

On en parle, nous y reviendrons, comme d'un abus de droit (28).

(27) V. Th. GIVANOVITCH : "Le suicide est-il l'un des 'droits de l'homme'", Revue internationale de droit pénal, 1952, p. 410 (suivi par A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 302) : "si le suicide et sa tentative ne constituent pas une infraction, un crime, cela ne revient pas à dire qu'on a le droit de le commettre"; R. CHARLES, op.cit., p. 91 : "le système pénal de la plupart des Etats ignore le suicide (...); ce mutisme n'implique nullement que l'individu ait un droit véritable sur son existence"; R. NERSON, thèse citée, p. 128 : "le terme facile de droit au suicide a été surtout employé par des écrivains, qui voulaient donner ainsi une coloration philosophique à leur oeuvre. Si la loi ignore le suicide, si le suicide, quelque blâmable qu'il soit au point de vue moral et religieux, ne peut constituer un délit comme les autres, car juridiquement parlant, on ne peut commettre de délit pénal contre soi-même, ce serait une exagération de parler d'un véritable droit sur la vie, de droit d'y mettre fin à son gré"; A. GOERGEN, thèse citée, p. 232 : "La non-répression du suicide ne permet pas d'affirmer que l'homme a juridiquement le droit de se détruire" (idem, p. 258); E. DUMONT, art. cité, p. 567 : "La vie humaine constitue, sans aucun doute, une valeur sociale, et même la valeur sociale par excellence et, comme telle, elle ne peut être laissée à la disposition absolue de l'individu (...). L'homme a droit à la vie, mais pas sur la vie"; R. DIERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, n° 36, p. 32; G. LEVASSEUR, art. cité, p. 45, etc...

On trouve une opinion dissidente dans L. APOSTEL, "L'euthanasie comme problème moral et philosophique" (Rev. dr. pénal, 1963-64, pp. 27 et sv.), où l'auteur admet la reconnaissance d'un droit au suicide dans les cas où la vie humaine n'a plus de valeur positive. La conséquence en est, dans ces mêmes cas, la légalité de l'euthanasie "qui n'est qu'une aide donnée à un suicide" (p. 37). V. là-dessus infra n° 872.

(28) Th. GIVANOVITCH, art. cité, p. 410 (suivi par A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 302) : "Le suicide, ou sa tentative, ne constitue pas (...) une infraction, un crime, mais on n'a pas le droit de le commettre. La raison en est que ce serait un abus du droit d'existence. Le suicide n'est pas de cette façon un des Droits de l'Homme". Sur l'abus de droit, v. infra n° 961.

Suicide et euthanasie

On constate, en outre, qu'il n'existe pas de reconnaissance explicite de ce "droit au suicide" (29).

849. Si l'on applique au suicide les définitions du droit subjectif données par Ihering et par Savigny, on voit que l'auto-suppression n'est ni un pouvoir reconnu (sur quoi et par qui ?) ni un intérêt juridiquement protégé (par qui et contre qui ?). La preuve en est que si un tiers intervient pour empêcher autrui de se suicider, ce tiers ne pourra jamais être inquiété pour avoir violé par une quelconque voie de fait l'espace de liberté du candidat au suicide. La doctrine est unanime sur ce point (30).

(29) Cfr. A. GOERGEN, thèse citée, p. 258 : "Il n'existe aucun texte de loi, aucune décision de jurisprudence qui autorise l'individu à porter (...) atteinte à son intégrité corporelle". Ceci ne suppose pas que toute liberté exigerait une reconnaissance formelle pour pouvoir être exercée selon le droit, mais on veut dire ici qu'aucun texte ne garantit la liberté du suicide. Une telle reconnaissance d'ailleurs, serait-elle souhaitable ?

Cfr. J. PELISSIER, thèse citée, p. 316 : "La portée de l'affirmation positive et solennelle d'un droit au suicide doit être exactement mesurée. Une telle affirmation ne semble pas réellement souhaitable car elle apparaîtrait presque nécessairement - et quelles que puissent être les précautions de rédaction - comme un encouragement au suicide qui ne pourrait être que socialement néfaste et qui ne saurait correspondre au rôle des pouvoirs publics dans ce domaine".

(30) Cfr. A. BAYET, op.cit., p. 80; Et. DUMONT, art. cité, p. 567; Th. GIVANOVITCH, art. cité, p. 408; G. LEVASSEUR, art. cité, p. 45. Dans sa thèse, M. NERSON (Les droits extrapatrimoniaux, p. 127) opte pour la liberté du suicide: "Il est très théorique de concevoir un droit au suicide; c'est là plutôt une liberté, celle d'être laissé maître de rompre les chaînes qui vous relient au monde des vivants", mais l'auteur vide aussitôt cette "liberté" de tout son contenu juridique : "Il est cependant impossible d'imaginer qu'une action en dommages-intérêts puisse être intentée contre le sauveteur par l'individu qu'il a arraché à la mort".

V. aussi A. GOERGEN, thèse citée, pp. 259-260 : "Si le suicide n'est pas un droit, peut-on penser qu'il s'agit là de l'exercice d'une liberté ? Ici encore, si l'on veut conserver à la notion de liberté une valeur juridique, il nous faut répondre par la négative. Dans sa manifestation positive, le suicide ne peut faire l'objet d'un acte juridique puisqu'on ne peut, par convention, autoriser un tiers à disposer de sa

Suicide et euthanasie

Lorsqu'un sujet dispose de sa vie au point de s'en défaire, il exerce une maîtrise de fait, mais non un droit.

L'impunité n'est pas de principe. Elle consacre ce seul fait qu'en se dérochant aux relations sociales - et donc juridiques - le sujet leur a, pratiquement, fait perdre prise.

850. Or cette constatation n'est valable que s'il s'agit du "suicide de soi". Car à partir du moment où autrui est impliqué dans le suicide d'un sujet, le droit retrouve la possibilité d'exercer son empire. C'est ce qu'on voit au chapitre suivant, consacré au suicide d'autrui.

851. Nous venons de citer brièvement le cas du tiers qui intervient pour empêcher un suicide. Il faut examiner maintenant le cas de celui qui s'abstient d'intervenir en présence du suicide d'autrui et la situation de celui qui aide positivement autrui à accomplir son suicide.

Nous serons alors mieux à même d'aborder dans un chapitre ultérieur le droit de l'euthanasie et spécialement le cas du malade qui demande qu'on mette fin à ses souffrances.

(Suite note 30)

vie. Sur le plan négatif, il faudrait supposer que la liberté du suicide est protégée contre les atteintes d'autrui, or il ne semble pas qu'il en soit ainsi".

Suicide et euthanasie

CHAPITRE 2 — Le suicide d'autrui : complicité et abstention

852. La matière de la participation au suicide d'autrui est traversée, pourrait-on dire, par une contradiction : d'une part, la rigueur des principes de l'incrimination pénale force à admettre l'impunité de toute complicité par rapport au suicide d'autrui et d'autre part, cette attitude du complice est parfois si peu admissible que l'on cherche par divers côtés à la sanctionner pénalement. C'est cette contradiction qui est développée ici.

853. On expose d'abord le principe de l'impunité; puis sa contestation par l'incrimination de l'homicide involontaire et de l'abstention de porter secours, avant que l'on n'en tire les conséquences à propos d'un droit du sujet quant à sa propre mort.

SECTION 1 - L'impunité de la complicité.

854. La participation criminelle est régie par des principes rigoureux que le législateur a consignés dans la loi pénale (1).

(1) Cfr les articles 59 à 61 du Code pénal français et 67 à 69 du Code pénal belge. L'élément matériel de la complicité est décrit en des modes limitativement déterminés : la provocation, les instructions données pour la commission de l'infraction, la fourniture d'instruments en connaissance de cause, l'aide ou l'assistance; l'élément moral est celui qui est requis par toute infraction, à savoir la conscience d'accomplir l'acte réprouvé par la loi.

En Belgique, la Commission pour la révision du Code pénal a choisi dans ses "principales orientations de la réforme" de définir les actes de participation en termes plus généraux et d'y inclure "non seulement ceux qui coopèrent directement à l'exécution de l'infraction" ou "ceux qui facilitent la préparation ou la commission de l'infraction", mais encore "ceux qui par une inaction normalement de nature à favoriser l'exécution de l'infraction y contribuent de façon effective alors qu'ils avaient l'obligation légale de l'empêcher" (Rapport, juin 1979, p. 43 et la note (36) contenant des références jurisprudentielles et doctrinales).

Pour l'élément moral, "il sera exigé que le participant ait eu

Suicide et euthanasie

Parmi ceux-ci, on trouve la nécessité d'une incrimination du fait principal; de plus, selon la théorie classique, l'acte du complice emprunte sa criminalité à l'acte de l'auteur principal (2).

855. Or, dans le cas du suicide, aucune peine n'étant portée contre le "fait principal", le "complice" jouit de l'impunité : qu'il ait provoqué un désespéré à en finir avec la vie, ou qu'il lui ait donné des instructions pour mener à bien son suicide, qu'il lui en ait fourni les instruments "en connaissance de cause", ou qu'il lui ait procuré "aide et assistance" dans l'accomplissement de son dessein fatal, le "complice" sera couvert légalement par l'impunité attachée au suicide. La doctrine, même si elle n'approuve pas toujours cette logique, est pourtant bien obligée de la reconnaître (3).

(Suite note 1)

l'intention de faciliter la commission de l'infraction. Cet élément intentionnel est très important dans la mesure où il tempère deux réformes qui tendent à élargir le champ d'application de la participation : la définition en termes généraux des actes de participation et le caractère punissable de la participation par abstention".

- (2) La théorie de la criminalité d'emprunt impose en outre que le fait principal ait été effectivement commis ou tenté : s'il peut y avoir complicité dans la tentative, par contre, il n'existe pas de tentative de complicité. Selon la même logique, lorsque l'acte de l'auteur principal se trouve couvert par un fait justificatif, l'acte du complice devient, lui aussi, licite.

V. R. CHARLES, op.cit., pp. 92-93; G. MEMETEAU, "L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur", J.C.P., 1976, I, n° 2781, § 9. L'emprunt de criminalité est une théorie abandonnée par la Commission belge pour la révision du Code pénal; cfr. son Rapport sur les principales orientations de la réforme, juin 1979, p. 57, qui cite une résolution du VIIe Congrès International de droit pénal (Athènes, 1957): "Le régime de participation inhérent à chaque système juridique doit tenir compte des différences effectives résultant, d'une part, de l'acte de participation de chacun à une action commune, d'autre part, de sa culpabilité personnelle et de sa personnalité".

- (3) Cfr. R. CHARLES, op.cit., p. 95; M. BADR, op.cit., p. 109, et la doctrine citée à la note (1); A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 302; L. KORNPROBST, "De la complicité du suicide", Rev. pénit. 1932, p. 426; G. LEVASSEUR, art. cité, p. 51. En Belgique, v. J. CONSTANT, Précis de droit pénal, p. 200; v. aussi l'avis de la Commission des questions juridiques du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants, Doc. 3735, § 15.

Suicide et euthanasie

La jurisprudence est d'ailleurs fixée depuis longtemps dans ce sens, et elle n'est pas remise en cause (4).

856. Mais si conforme qu'elle soit aux principes de la participation criminelle, l'impunité de la "complicité du suicide" ne satisfait guère la doctrine qui cherche à ériger en délit spécial la participation au suicide d'autrui (5).

(4) On cite souvent à cet égard l'arrêt de la Cour de cassation française du 27 avril 1815 qui casse la condamnation à mort prononcée par la Cour d'assises de Metz contre une femme "qui s'était bornée à fournir à son mari les moyens nécessaires à sa destruction" (Cfr. Cass. crim., 27 avril 1815, S., 1815-1818, 1, p. 44). A la question qui lui était posée de savoir si l'accusée avait commis un homicide volontaire avec préméditation, le jury d'assises avait répondu par l'affirmative mais en ajoutant: "Elle est coupable de l'homicide de son mari comme y ayant coopéré en lui fournissant les moyens nécessaires à sa destruction". La Cour de cassation a relevé la contradiction de cette réponse "qui caractérisait dans le même fait tout à la fois le crime d'assassinat et la complicité d'un fait de suicide qui n'est puni par aucune loi pénale".

On cite aussi le jugement du tribunal correctionnel de Lisieux du 26 février 1937 (D.H., 1937, 261) qui refuse de mettre le suicide d'une jeune fille à la charge de l'amant qui l'avait éconduite, et chez qui elle avait trouvé le révolver avec lequel elle avait mis fin à ses jours : non seulement l'imprudence du prévenu ne pouvait être reconnue comme la cause de l'homicide mais, en outre, s'agissant d'un suicide, "celui qui y a concouru par provocation ou en fournissant les moyens de le commettre ou même par aide ou assistance dans les faits qui l'ont préparé ou consommé n'encourt aucune peine". Le tribunal ajoute que "l'agent qui procure sciemment à une personne l'arme avec laquelle cette personne se suicide, ne commettant ni crime ni délit, il doit en être a fortiori de même pour l'agent qui involontairement a fourni cette arme".

Sur cette décision, v. J. LEAUTE, "Le suicide et sa prévention" in La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne, sous la direction de A. BESSON et M. ANCEL, p. 284; et G. LEVASSEUR, art. cité, p. 51.

(5) V. M. BADR, op.cit., p. 111 : "Si la personne dispose d'elle-même jusqu'au point de se détruire elle-même, si la loi ne peut exiger l'accomplissement du devoir moral de respecter la vie en soi-même, une tierce personne ne dispose pas de la vie d'autrui, et elle doit la respecter chez les autres, car la loi sociale le lui impose : tu ne tueras point les autres. Si l'on ne peut atteindre le coupable comme complice d'un délit

Suicide et euthanasie

857. Or ce souhait d'une répression particulière du suicide, exprimé généralement par la doctrine (6), n'a pas été suivi par le législateur, ni en Belgique, ni en France.

En Belgique, le projet de Code pénal de 1867 contenait une disposition érigeant en délit autonome la participation au suicide (7), mais comme "la nécessité d'une innovation sur ce point ne s'est révélée par aucun fait propre à la justifier" (8), cet article du projet n'est pas passé dans le Code.

La France a connu en 1930, lors de l'élaboration de l'avant-projet de réforme des deux codes criminels de 1808 et de 1810, la même aventure législative : le projet d'incrimination spéciale de la participation au suicide d'autrui a été, lui aussi, et pour les mêmes raisons, abandonné (9).

(Suite note 5)

principal, qui n'existe pas, il est facile de l'atteindre comme coupable d'un délit sui generis. Telle est l'opinion de la majorité des auteurs".

(6) Ce délit sui generis serait, dans la pensée des pénalistes, réprimé avec plus ou moins de fermeté selon l'importance de la participation du "complice"; ainsi l'instigation serait punie plus sévèrement que la simple assistance car elle représente un danger social plus important; v. dans ce sens M. BADR, op.cit., p. 111; Et. DUMONT, art. cité, p. 569; G. LEVASSEUR, art. cité, pp. 51-52.

(7) L'article 461 portait : "Lorsqu'une personne s'est donné la mort, ceux qui auront participé au suicide par un des moyens indiqués aux articles 78 et 79 du présent Code seront punis d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de vingt six francs à cinq cents francs".

V. J. NYPELS, Législation criminelle de la Belgique, t. III, p. 211, n° 27, et J. SIMON, "Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ?", Rev. dr. pén. et crim., 1933, p. 459.

(8) J. NYPELS, op.cit., t. III, p. 277, n° 9 (sur l'article 461); v. aussi E. DUMONT, op.cit., p. 559.

(9) Le texte de l'article 369 de l'avant-projet français prévoyait plus d'hypothèses que le projet belge de 1870 : "Sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans quiconque, par l'un des moyens indiqués à l'art. 118, aura provoqué ou favorisé un suicide ou une tentative de suicide, lorsque cette tentative aura eu pour suite une maladie ou incapacité de travail de plus de vingt jours ou une infirmité permanente ou une lésion grave de même nature. L'emprisonnement sera de deux à cinq ans si la victime est une personne mineure ou faible d'esprit".

Cfr. sur cette disposition, R. NERSON, thèse citée, p. 122;

Suicide et euthanasie

858. La complicité dans le suicide d'autrui est donc impunie : telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'application des principes de la participation criminelle (dont la criminalité d'emprunt) et de la renonciation du législateur à créer un délit spécial. Est-ce à dire pour autant que le droit pénal accepte d'être entièrement désarmé devant la participation au suicide d'autrui ? Non, car il compte, parmi ses préventions, celle d'homicide par imprudence et surtout celle de non-assistance à personne en danger (10).

SECTION 2 - L'homicide involontaire et la non-assistance.

859. L'homicide par imprudence a quelquefois été retenu à la charge d'un tiers dont la faute avait facilité ou rendu possible un suicide (11). On peut se demander cependant si "le défaut de prévoyance

(Suite note 9)

R. CHARLES, op.cit., p. 87; G. LEVASSEUR, art. cité, pp. 51-53, et J. TISSERAND, La répression du suicide, spécialement dans le projet du Code pénal français, thèse, Nancy, 1935.

(10) Il serait possible aussi d'invoquer la prévention de meurtre lorsque le "complice" a porté lui-même le coup mortel, à la demande de la victime. Mais, pour garder un sens précis aux termes, nous ne considérons plus ceci comme une complicité de suicide. M. BADR note (op.cit., p. 111) qu'il existe une théorie selon laquelle l'instigation au suicide serait punissable comme meurtre. Cette doctrine, ajoute-t-il, "n'a pas trouvé de partisans. D'ailleurs, elle part d'un point de vue inacceptable, notamment de la notion de l'acte médiate et distingue le délinquant médiate et le délinquant immédiat". V. infra n° 872.

(11) Cfr. J. PELISSIER, thèse citée, p. 313. L'auteur ajoute : "Une telle faute (peut) consister, par exemple, dans le fait de laisser un revolver à la portée de main de celui que l'on sait hanté par les idées de suicide". V. à la fin du siècle dernier, le jugement du tribunal correctionnel de Montélimar (31 janvier 1891, Gaz. Pal., 1891, 1, suppl., p. 22) : "Constitue un homicide par imprudence, dans les termes de l'art. 319 du Code pénal, le fait par un individu de conduire au bord d'une rivière une jeune fille dont il connaissait les idées de suicide et d'être entré avec elle dans les eaux glacées

Suicide et euthanasie

ou de précaution" a réellement "causé le mal", ou si cette négligence n'est pas plutôt l'occasion d'un homicide dont la cause se trouve dans la volonté du suicidant lui-même (12).

860. Quoi qu'il en soit, cette prévention a pu être retenue contre des personnes qui ont la garde d'un aliéné et qui, faute de surveillance ou de soins, l'ont laissé mettre fin à ses jours (13). Ici, la prévention se justifie mieux, en ce sens que les gardiens ayant pour devoir de veiller à l'intégrité physique de leur malade, ne peuvent pas invoquer le suicide de celui-ci comme le "fait principal" qui justifie leur "complicité". Leur négligence n'est pas un accessoire du geste par lequel le malade mental s'est donné la mort; elle est, plus directement - vu l'état d'aliénation du malade confié à leur garde - la cause de sa mort.

861. Mais en dehors de ces hypothèses particulières, la prévention qui revient le plus souvent sous la plume des auteurs - sinon des juges - en matière de participation au suicide d'autrui est la non-assistance à personne en danger (14).

(Suite note 11)

en la tenant par la main, alors surtout qu'une fois entrée dans l'eau, la jeune fille en est sortie volontairement, en demandant à son compagnon de lui porter secours, et que l'homme, loin de l'aider, l'a abandonnée vivante sur les berges de la rivière où elle n'a pas tardé à mourir".

- (12) Peut-être le juge pense-t-il que l'homicide n'est pas si "involontaire" qu'on pouvait le croire mais, n'ayant pas la possibilité de sanctionner un fait matériel de suicide au titre du meurtre accompli par un tiers, il se replie sur une position médiane en condamnant ce tiers comme auteur d'homicide involontaire. V. sur cette prévention, l'avis favorable de HUGUENEY commentant le jugement précité du tribunal correctionnel de Lisieux (Rev. sc. crim., 1937, p. 483); cfr. aussi G. LEVASSEUR, art. cité, p. 51.
- (13) Cfr. R. CHARLES, op.cit., p. 145. Sur la question du suicide des malades mentaux et de la responsabilité des familles et du personnel soignant, v. A. LEY, "Délit d'omission et suicide", Rev. dr. pénal et crim., 1952-53, p. 28.
- (14) Rappelons ici que la Commission belge pour la revision du Code pénal a inscrit dans ses projets de réforme l'incrimination de la simple abstention comme constitutive de participation, "aux trois conditions suivantes : - que celui qui

Suicide et euthanasie

On a déjà rencontré cette infraction dans un autre contexte (15); assez tard venue dans l'arsenal de la répression, elle paraît bien répondre aux vœux de ceux qui, ne pouvant punir la participation au suicide d'autrui comme complicité d'un fait principal, lui-même punissable, veulent cependant réprimer les attitudes qui, en cette complicité, leur paraissent coupables (16).

Tous les auteurs s'accordent pour reconnaître que les textes relatifs à l'abstention de porter secours s'appliquent à la personne qui se rend "complice" d'un suicide (17). Ainsi, on invoque, en Belgique, l'article 422 bis et en France l'article 53, al. 2 du Code pénal (18).

(Suite note 14)

s'est abstenu ait eu l'obligation légale ou contractuelle d'agir; - qu'il ait eu l'intention de faciliter la commission de l'infraction; - que son omission ait été de nature à favoriser la réalisation de l'infraction" (Rapport sur les principales orientations de la réforme, juin 1979, p. 87). Mais la condition fondamentale reste l'incrimination du fait principal. Or, dans les projets de réforme pas plus que dans le droit actuel, le suicide n'est un acte punissable.

(15) v. supra n°s 490 et 789.

(16) On aura remarqué que les deux décisions françaises fréquemment citées pour confirmer l'impunité de la complicité du suicide datent de 1815 (Cour de cassation) et de 1937 (tribunal correctionnel de Lisieux), avant donc que n'existent les dispositions qui répriment l'abstention de porter secours (1941 et 1945 en France). A l'heure actuelle, devant un fait de participation au suicide, les juges n'invoquent plus le principe de la complicité impunie. Mais ils examinent l'affaire en fonction des textes qui incriminent la non-assistance à personne en danger.

(17) V. R. DOUBLIER, art. cité, p. 201; J. LEAUTE, art. cité, p. 284; R. CHARLES, op.cit., pp. 172 et 173; M. RATEAU, art. cité, p. 274; A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 306; E. DUMONT, art. cité, p. 558, et les références en note; A. DECOCQ, op.cit., p. 324; G. LEVASSEUR, art. cité, p. 53; J. PELISSIER, thèse citée, p. 313; R. DIERKENS, op.cit., p. 32.

(18) Le Code pénal français réprime, au premier alinéa de l'article 63, l'abstention volontaire de celui qui pouvait empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne. Mais il a été jugé par la Cour de cassation française, à propos d'un père qui n'avait pas empêché le suicide de son fils, que cette disposition de l'alinéa 1er n'était pas applicable à la participation au

Suicide et euthanasie

Pour cela, il suffit de vérifier l'existence des différents éléments de l'infraction. On suppose ici que le tiers peut intervenir sans risque pour lui ni pour autrui.

862. La seule abstention de porter secours étant punissable, il faut raisonner a fortiori pour la participation : non seulement le tiers n'a rien fait pour porter secours à la personne en péril, mais il l'a encore assistée dans son suicide. Il faut, bien sûr, que cette abstention soit volontaire (19).

Après l'absence de risques dans l'intervention, et le caractère volontaire de l'abstention, il reste encore une dernière condition à examiner, et c'est la plus délicate : l'existence du péril.

(Suite note 18)

suicide, "le suicide ne constituant pas, en droit français, un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle d'une personne" (Cass., 23 avril 1971, D., 1971, somm., p. 121; Bull. crim., 1971, p. 301).

(19) Ainsi, on a pu juger que lors d'un double suicide en commun, "il est contraire au bon sens de reprocher à un individu entièrement occupé à se donner la mort de ne pas songer dans le même temps à porter secours à une personne qu'elle croit déjà morte".

Cfr. Trib. corr. Paris, 27 juin 1968, Gaz. Pal., 1968, 2, 228; J.C.P., 1969, II, 15728, et la note de LESTANG; D., 1968, somm., 104, à propos de deux infirmières qui avaient décidé de se suicider ensemble. On reprochait à celle qui avait raté son suicide de ne pas s'être portée au secours de sa collègue. Le tribunal a prononcé sa relaxe "attendu que dans la période où l'inculpée aurait eu la possibilité matérielle d'intervenir, il apparaît qu'elle se trouvait dans l'impossibilité morale de le faire; que la responsabilité, élément essentiel de la culpabilité, fait donc défaut".

Comp. la note de LESTANG précitée : "Il manque pour que l'infraction existe un des éléments constitutifs puisque le texte lui-même de l'article 63, alinéa 2, indique que celui qui s'abstient de porter secours à la personne en péril n'est coupable que s'il avait la possibilité de porter ce secours, et ce serait arbitrairement réduire la portée de l'expression 'pourra' que de ne considérer que l'impossibilité matérielle". Si la décision du tribunal peut aisément se comprendre en équité, on peut toutefois se demander si elle est justifiée adéquatement par une "impossibilité morale" que l'on a créée soi-même, à savoir, la volonté de se donner la mort.

Suicide et euthanasie

863. Ce péril doit être "grave, imminent, constant et nécessitant une intervention immédiate" (20).

Dans l'hypothèse du suicide, la vérification de cette condition n'est pas aisée, car il suffit que le sujet "en péril" renonce à son projet suicidaire pour que, aussitôt, le péril cesse d'exister. Tant que le sujet garde la possibilité physique ou psychique de renoncer à son projet, il n'est pas en péril - du moins, pas dans un péril tel que le tiers qui s'abstient de lui porter secours soit punissable. L'abstention d'autrui ne devient répréhensible qu'à partir du moment où le péril s'est manifesté jusqu'au point où le sujet n'en a apparemment plus le contrôle.

Ce principe doit permettre de discerner - en théorie du moins - parmi les cas de complicité de suicide ceux qui peuvent être poursuivis pour non-assistance à personne en danger (21).

(20) V. par exemple Poitiers, 3 février 1977, D.S., 1978, Jur., 34 (à propos d'un homme en état d'ivresse que les prévenus avaient installé dans son véhicule automobile, et qui s'était tué, un peu plus tard, dans un accident).

(21) M. LEAUTE (art. cité, p. 285) ne retient que la complicité concomitante au suicide. Pour cet auteur, la possibilité d'un recours aux textes qui punissent la non-assistance "ne modifierait pas l'impunité de la complicité de suicide par menace, abus d'autorité ou provocation, telle que la définit le 1^{er} alinéa de l'article 60 du Code pénal français. La personne n'omet pas alors de porter secours à un homme en péril, elle crée le péril. L'hypothèse est étrangère à l'article 63, alinéa 2".

On comprend le souci de M. LEAUTE de limiter les cas de complicité punissable en les subordonnant à la condition de l'existence effective du péril. Mais il n'est pas certain que le critère à retenir doive être uniquement tiré de la chronologie des événements (punition de la complicité concomitante, et impunité de la complicité antécédante); il faut sans doute affiner ce critère temporel en considérant le processus suicidaire - matériel ou psychologique - du sujet qui désire la mort. Si le péril existe dès que le sujet n'a plus la maîtrise de son projet suicidaire, il pourrait se faire qu'une complicité antécédante à l'acte matériel du suicide (instigation - instruction - fourniture d'instruments) ait lieu alors que le sujet est effectivement en état de péril par l'impossibilité psychologique où il se trouve de renoncer à son projet de mort. Dans ce cas, la complicité antécédante pourrait être punie du chef de non-assistance à personne en danger.

Suicide et euthanasie

864. Mais on voit combien l'incrimination est fragile, car l'existence du péril n'est établie qu'au moment où il est peut-être déjà trop tard pour intervenir. Si les condamnations pour non-assistance en cas de suicide d'autrui sont rares, c'est peut-être parce que la tâche est trop délicate de délimiter cette frange du temps entre le moment où un projet suicidaire échappe à son auteur et celui où il s'accomplit dans la mort (22).

865. L'incrimination de l'abstention délictueuse paraissait pouvoir fournir l'instrument de répression d'une complicité qui, sans cela, serait restée impunissable; mais il faut avouer qu'il s'agit d'une prévention dont le maniement est difficile. Car si la participation au suicide d'autrui mérite une répression, c'est en tant qu'elle se lie consciemment et volontairement au projet suicidaire qu'elle fait naître, qu'elle favorise ou qu'elle rend possible dans le chef d'autrui. Or, la non-assistance à personne en danger est punie, en notre matière, pour des raisons pratiquement opposées: tant que le projet suicidaire du sujet est cohérent, maîtrisé par son auteur et donc susceptible de renonciation, il n'y a pas de péril "constant" et, par le fait même, pas de non-assistance. Mais dès que la résolution est exécutée de façon apparemment irréversible, alors il y a péril et donc obligation de secours.

N'est-il donc pas curieux de vouloir punir comme un témoin extérieur qui s'est rendu indifférent aux résultats d'une résolution, celui qui a participé de l'intérieur à cette résolution même ?

C'est pourtant l'état de notre droit aujourd'hui : les actes de complicité ne sont punis qu'a posteriori, pourrait-on dire, au moment

(22) Comp. R. de LESTANG, note précitée sous Corr. Paris, 27 juin 1968 (J.C.P., 1969, II, 15728) : "Il est admis que la circonstance que le péril ait pour origine la faute ou le fait même volontaire de la victime ne fait pas disparaître l'obligation pour les tiers de lui porter secours; empêcher un suicide et par exemple couper la corde de celui qui vient de se pendre, est désormais une obligation pénalement sanctionnée" (nous soulignons).

Suicide et euthanasie

où l'état de péril qu'ils ont contribué à créer oblige le complice à intervenir pour porter secours (23).

866. Ainsi donc, l'impunité de principe retenue à propos de la complicité du suicide se trouve-t-elle contestée dans le discours des auteurs et des juges qui cherchent à punir la participation au suicide d'autrui. Il reste à tirer la conséquence de cette situation à propos du "droit" du sujet quant à sa mort.

SECTION 3 - La mort d'autrui.

867. Lorsqu'un sujet se suicide seul, le droit d'aujourd'hui doit avouer son impuissance à réagir devant ce comportement qui affecte pourtant non seulement la vie d'un individu, mais encore le lien social lui-même : c'est que la sanction paraît impossible ou inopportune. Mais cette impunité n'est pas un principe; elle ne signale pas l'existence d'un droit dans le chef de celui qui voudrait y prétendre. Pas de droit subjectif : en d'autres termes, ce "pouvoir de disposer" de soi n'est pas "reconnu de tous" et cet "intérêt" à mourir n'est pas "juridiquement protégé". La mort désirée n'entre pas dans les termes du droit, de la reconnaissance, de la relation.

(23) La question est encore plus délicate lorsque le "complice" ou "témoin" veut, lui aussi, se suicider (v. déjà supra, note 19). L'hypothèse du suicide en commun requiert une analyse précise de la part du pénaliste. Tantôt il s'agira d'une pluralité de suicides précédés d'une participation plus ou moins grande du (ou des) partenaire(s) dans la résolution et dans la mise en oeuvre du suicide d'autrui. Dans ce cas, on appliquera les principes dégagés en ce chapitre : impunité du suicide et de la complicité, mais répression (?) de la non-assistance. Tantôt, il s'agira d'un (ou de plusieurs) homicide(s) suivi(s) d'un suicide. Cet homicide, lorsqu'il a été demandé par la victime elle-même, ressemble au geste euthanasique. Encore qu'on ne parle d'euthanasie qu'à propos de personnes gravement malades, on peut penser que le droit pénal y assimile le cas des "suicides collectifs" où un des partenaires a reçu la mort d'un autre. V. infra, chap. 3.

Suicide et euthanasie

868. Ceci se montre déjà dans le fait que la personne qui empêche autrui de se suicider ne sera pas inquiétée pour s'être opposée à l'exercice d'un "droit" ou d'une "liberté". Mais il faut aller plus loin encore : elle sera inquiétée si elle ne s'y est pas opposée. La persistance à vouloir incriminer la participation au suicide d'autrui - serait-ce même sous des incriminations délicates à manier, telles l'homicide involontaire ou l'abstention de secours - montre que l'impunité de la complicité est aussi peu un principe que ne l'était l'impunité du fait principal.

Si le droit s'incline devant le pouvoir qu'a un sujet de se déprendre absolument de lui-même et des rapports sociaux, il refuse d'inscrire ce pouvoir en ces rapports mêmes : il n'admet pas qu'en son sein, un sujet puisse prendre pour autrui la figure de la mort, si désirable soit-elle.

869. Lorsqu'un homme trouve en son prochain un encouragement moral ou matériel à se donner la mort, cette mort suicidaire revêt l'objectivité et la rationalité qu'implique tout rapport à autrui : elle apparaît ainsi plus raisonnable, plus sûre. La mort dépend moins de soi, puisqu'un autre y est impliqué : on retrouve ainsi la situation "normale" dans laquelle la mort vient comme une altération extérieure au sujet (24). Mais le droit s'insinue en cette contradiction : il refuse que le sujet s'appuie sur une de ses relations sociales - celle du "complice" - pour les supprimer toutes. Que le sujet soit "libre" de se supprimer lui-même n'entraîne pas que le lien à autrui puisse être porteur de mort. Le droit à disposer de soi dans la mort n'existe pas.

870. C'est ce qu'on va voir encore au chapitre suivant à propos de cette situation où la mort d'autrui n'est pas seulement facilitée, mais encore provoquée : l'euthanasie.

(24) La langue française permet le rapprochement entre l'altérité et l'altération. Autrui peut toujours être celui qui risque de compromettre (d'altérer) l'intégrité du sujet; et la mort est cette altération dernière où le sujet subit en quelque sorte une autre loi, ou la loi d'un autre...

Suicide et euthanasie

CHAPITRE 3 — L'euthanasie

871. Pour achever notre examen du "droit à la mort", il reste à étudier, dans ce troisième chapitre, l'euthanasie proprement dite pratiquée à la demande du malade pour abrégér ses souffrances. On y joint aussi l'hypothèse de l'euthanasie pratiquée dans le même but mais sans la demande du malade (1).

Après avoir rappelé le principe de la répression de l'homicide consenti, par opposition à l'impunité du suicide assisté, on constate, dans le discours juridique, une volonté de clémence envers l'euthanasie.

Cette indulgence va même jusqu'à la dépénalisation dans les cas où existeraient un mobile humanitaire dans le chef de l'auteur et un accord explicite de la part de la victime. C'est en critiquant cette double condition, du point de vue de l'opportunité pratique et de la réflexion théorique, que l'on espère montrer - dans la ligne de ce qu'on a déjà vu à propos de l'impunité du suicide - les limites du "droit à la mort".

SECTION 1 - Le principe de la répression.

872. Dès le début du siècle dernier, la jurisprudence établit une nette différence entre le fait d'assistance au suicide et le fait d'homicide sur un sujet consentant. Si elle disculpe entièrement le premier, elle condamne - et parfois sévèrement - le second (2).

(1) V. dans la typologie de l'euthanasie, les points F et G (supra, n° 761).

(2) Cfr. Cass. fr., 2 août 1816, S., 1815-18, 1, 224 (à propos de blessures faites sur l'ordre d'autrui); Cass., 16 novembre 1827, S., 1825-27, 1, 702 (rejette le pourvoi du condamné Lefloch qui invoquait le consentement de la victime à l'homicide); Cass., 23 juin 1838, S., 1838, 1, 626 (à propos d'un suicide à deux); Cass., 21 août 1851, D.P., 1851, 5, 237 (idem).

Suicide et euthanasie

La doctrine, dans son ensemble, suit la même opinion (3), tant en Belgique (4) qu'en France (5).

873. Dans les faits, la distinction entre l'assistance prêtée à un sujet qui entend se suicider et le geste homicide commis sur une personne qui veut en finir avec la vie est parfois difficile à opérer. En tout cas, le critère de la distinction est certain: on doit considérer comme auteur celui qui entreprend l'action punissable; l'assistant ne fait que préparer et faciliter l'action du premier.

En d'autres termes, il y a suicide chaque fois que la victime a accompli elle-même l'acte homicide, mais il y a meurtre si la vic-

(3) Mentionnons ici, en droit français, l'opinion dissidente de CHAUCHEAU et HELIE (cfr. leur Théorie du Code pénal, n° 2427 et sv.) pour qui l'homicide consenti doit rester aussi impuni que l'assistance au suicide puisqu'il ne comporte pas l'intention de nuire, caractéristique - selon eux - de l'élément moral constitutif de meurtre.

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette théorie dans l'analyse de l'élément moral de l'infraction à propos de la justification de l'acte médical (v. supra n° 473).

(4) V. J. NYPELS, Législation criminelle de la Belgique, tome III, commentaire du livre II, titre VIII, n° 28, p. 211; J. SIMON, "Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ?", Rev. dr. pén. et crim., 1933, p. 460; R. TAHON, "Le consentement de la victime", J.T., 1951, p. 495; J. CONSTANT, Précis de droit pénal, p. 112.

(5) V. la note non signée sous Cass. fr., 27 avril 1815, S., 1815-1818, I, p. 44; les auteurs cités par G. NYPELS in CHAUCHEAU et HELIE, Théorie du Code pénal, 2e édition belge annotée par G. NYPELS, T. I, ch. XLIII, n° 2425; A. BAYET, Le suicide et la morale, p. 83; R. GARRAUD, Traité théorique et pratique de droit pénal, t. V, n° 1947; VIDAL et MAGNOL, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, p. 387, note 3; L. KORNPROBST, "De la complicité du suicide", Rev. pénit., 1932, p. 420; J. HEMARD, "Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures", Rev. crit. de lég. et de jur., 1939, p. 297; Fr. CABRILLAC, Le droit civil et le corps humain, thèse citée, p. 251; M. RATEAU, "L'euthanasie et sa réglementation pénale", S., 1964, Chron., p. 43; L. DEPAULE dans le débat sur le droit à la mort in Rev. Droits de l'homme, 1974, pp. 477 et sv.; A. FAHMY ABDOU, op.cit., pp. 43 et 48.

Suicide et euthanasie

time n'a joué qu'un rôle passif, tandis que le tiers exécutait lui-même l'acte homicide (6).

Une telle distinction entre l'aide au suicide et l'homicide sur demande est d'un maniement d'autant plus délicat qu'elle aboutit, on l'a dit, à des conséquences pénales diamétralement opposées à propos de gestes qui, pour être matériellement différents, révèlent tout de même des attitudes fort semblables.

Dans un cas, en effet, c'est l'impunité - sous réserve de ce qui a été vu au chapitre précédent quant à l'homicide involontaire et à la non-assistance à personne en danger - et dans l'autre, c'est la peine prévue pour le meurtre, voire même l'assassinat. Une telle situation suscite, ainsi qu'on le verra dans la prochaine section, la réflexion des juristes (7).

874. Il n'en reste pas moins vrai qu'au plan des principes fondamentaux du droit, il n'est pas indifférent que l'acte mortifère soit posé par le sujet lui-même ou par un tiers. Car entre ce tiers et le sujet qui désire la mort se noue une relation sur laquelle le droit retrouve son empire (8).

(6) Cfr. L. KORNPROBST, art. cité, in Rev. pénit., 1932, p. 425. L'auteur précise qu'il y a suicide lorsque "la victime non seulement a voulu mourir, mais (...) qu'au moment précis de l'acte ou de l'événement qui a déterminé sa mort, la victime avait encore la possibilité de ne pas le faire ou de l'empêcher et qu'elle a choisi le contraire".

(7) V. infra, n° 877; v. aussi BADR, *op.cit.*, p. 146 : "La distinction et la différence considérable que fait le droit actuel entre l'homicide sur demande et la complicité au suicide sont injustifiables et inéquitables. Punir le premier de la peine capitale et laisser le deuxième impuni est choquant, contraire au bon sens"; M. ROBERT, dans le débat sur le droit à la mort in Revue des Droits de l'Homme, 1974, p. 473, à propos de "la ressemblance étrange entre le suicide par omission et l'euthanasie à la demande de la famille avec le consentement du malade"; et C.F. HADDING dans son rapport "Suicide or Euthanasia" au Cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979) : "Tendez la coupe de poison au misérable, et vous n'êtes pas puni (par la loi, en tout cas); mettez-là dans sa bouche, et vous êtes envoyé en prison" (rapports, p. 288) (trad.).

(8) En termes davantage philosophiques, on peut lire chez Cl. BRUAIRE (Une éthique pour la médecine, p. 62) : "Le droit à décider de mourir, pour la liberté qui choisit de supprimer sa vie,

Suicide et euthanasie

875. Dans la rigueur des principes, l'euthanasie est punie comme un meurtre. La sévérité de la loi qui punit l'homicide n'est pas atténuée, en notre hypothèse, ni par l'invocation du mobile désintéressé de l'auteur du geste euthanasique, ni par le consentement de celui qui le subit (9).

876. C'est que, en strict droit pénal, ainsi qu'on l'a déjà vu dans l'analyse des causes de justification de l'acte médical (10), les éléments constitutifs de l'infraction ne sont affectés ni par

(Suite note 8)

n'a un commencement de sens (...) que s'il est réservé, exclusivement, à l'être singulier de chacun, à son ultime et imprenable secret. Si bien que le droit est perdu dans sa délégation (...). Ce que nous dit celui qui se suicide, c'est précisément que nul n'a le droit de pénétrer sa liberté comme nul ne peut partager sa mort. Et ce qui est premièrement exclu, par ce sens du suicide, c'est qu'on puisse exercer cette liberté par procuration".

- (9) On pourrait se demander si le caractère spécifique de l'homicide sur demande de la victime par rapport aux autres homicides n'apparaît tout de même pas, au niveau des principes du droit, dans l'hypothèse - très particulière il est vrai - de la tentative d'homicide consenti. L'exemple est donné par A. BAYET, dans son ouvrage déjà cité, sur Le suicide et la morale, (p. 85) : "X... tire sur son ami qui lui a demandé de le tuer. Il le blesse seulement, il est poursuivi pour tentative de meurtre. Et l'ami ? Juridiquement, si X... est coupable de meurtre, l'ami est, sans contestation possible, son complice. Cependant il n'a jamais été question de le poursuivre, et M. GARCON signale le fait sans d'ailleurs le désapprouver. On dit : l'ami avait le droit de se tuer. Pur sophisme ! Il avait le droit de se tuer, mais il n'avait pas le droit de faire commettre à X... un crime. Cependant, magistrats et juristes refusent de l'inquiéter. Le suicidé attendrait la justice et lui fait oublier le complice".

La solution est confirmée par M. BADR, op.cit., p. 129, qui refuse, lui aussi, de poursuivre l'ami, "car alors on le punirait pour un acte qui, s'il le commettait lui-même, serait impuni".

Que faut-il penser de la solution donnée à cette hypothèse ? Sans doute qu'elle ne définit rien sur le plan des principes de la répression de l'homicide consenti, étant donné qu'elle est probablement inspirée davantage par des considérations d'humanité ou d'opportunité que par une quelconque règle de droit.

- (10) V. supra n° 495 : le principe de l'insuffisance du consentement de la victime.

Suicide et euthanasie

la qualité du mobile de son auteur, ni par l'existence d'un acquiescement dans le chef de la victime (11). Il suffit que l'auteur ait voulu commettre le fait matériel tel qu'il est réprimé par la loi pénale. On constate cependant, dans le discours juridique, une volonté de clémence envers l'euthanasie.

SECTION 2 - La volonté de clémence.

877. Lorsque le pénaliste envisage le geste euthanasique du côté de son auteur il doit bien constater l'existence d'une infraction : celle de l'homicide volontaire. Par ailleurs il perçoit aussi l'opportunité de ne pas réprimer ce geste avec la même sévérité qu'il ne le ferait à propos d'un meurtre quelconque.

(11) Pour une affirmation du principe en jurisprudence, v. par exemple, Trib. Bruxelles (Ch. cons.), 4 juin 1932, Rev. Dr. pén., 1932, p. 774; Pas. 1932, III, 143 à propos d'une inculpée qui avait tenté de provoquer la mort de sa mère et de sa soeur puis de se suicider elle-même : "Attendu que donner la mort ou tenter de donner la mort à une personne qui y consent, qui même demande formellement qu'on la tue, n'en reste pas moins un meurtre ou un assassinat ou la tentative de ces crimes". Pour une espèce plus récente en droit français, v. l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse (Ch. d'acc.) du 9 août 1973 (D., 1974, Jur., 452) qui renvoie devant la Cour d'assises l'auteur d'un "suicide en commun" d'un homme marié et de sa maîtresse par intoxication des gaz d'échappement d'une voiture : au dernier moment, l'auteur du geste, après la mort de sa compagne, avait ouvert la portière et échappé ainsi à la mort. Les juges retiennent que "si le suicide n'est pas punissable, le fait de donner la mort à un tiers sur sa demande constitue en droit un homicide volontaire".

En doctrine, v. le rapport général de M. RIGAUX aux Journées belges de l'Association Capitant (1975), Travaux, t. XXVI, p. 12 : "Pour les juristes, pas de difficultés : abrégatrice par un acte volontaire et positif de la vie d'autrui, l'euthanasie est juridiquement un meurtre ou un assassinat, quel que soit le mobile qui a animé son auteur, et, en dépit de la demande, réelle ou présumée, de la victime".

Cfr. aussi le Code belge de déontologie médicale (1975) aux articles 95 ("provoquer délibérément la mort d'un malade, quelle qu'en soit la motivation, est un acte criminel") et 96 ("cet acte ne trouve aucune justification dans le fait qu'il soit sollicité expressément par le malade").

Suicide et euthanasie

Cette indulgence - remarquons-le bien - tient à deux ordres de considérations qui, pour être distincts, n'en sont pas moins souvent mêlés dans la littérature qui aborde ce sujet : il s'agit, d'une part, de la considération des mobiles humanitaires qui ont inspiré le délinquant et, d'autre part, du consentement (ou même de la demande) de la victime qui subit le geste euthanasique.

Dans le premier cas, tout en reconnaissant qu'il y a eu meurtre, on veut l'excuser par le fait qu'il a été commis dans un but désintéressé : le délinquant, dit-on, n'est pas dangereux pour la société; il a seulement eu pitié de la personne qui souffrait. Dans l'autre cas, raisonnant à partir de l'impunité du suicide, on veut tirer argument du consentement de la victime pour disculper celui qui a prêté ses gestes euthanasiques à l'intention suicidaire d'autrui.

878. Sans doute sait-on que ni la considération des mobiles humanitaires du délinquant ni celle du consentement de la victime n'entament la rigueur des principes de la répression de l'homicide, mais cette double considération n'échappe tout de même pas au juriste. Si celui-ci est juge, il tiendra compte de tous les éléments en présence pour apprécier la culpabilité de celui qui a posé le geste euthanasique; et s'il est législateur, il pourra s'efforcer d'aménager un régime spécial dans la répression de cet homicide si particulier, voire même de tenter une dépénalisation.

879. Dans l'état actuel de notre droit - belge ou français - différents mécanismes permettent au juge d'adoucir la rigueur de l'application de la loi pénale. On songe évidemment aux circonstances atténuantes, mais aussi à la liberté qu'ont les jurés de la Cour d'assises de se prononcer en leur âme et conscience sur la culpabilité de l'accusé (12).

(12) V. R. CHARLES, op.cit., pp. 98 et sv.; J. NYPELS (op.cit., t. III, p. 212) mentionne encore l'arrêté de grâce pour les peines que la justice n'a pu abaisser au-dessous des limites légales. Voir aussi la suggestion de M. MEMETEAU dans son rapport au Cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand 1979): la loi du 11 juillet 1975, modifiant l'art. 469 du

Suicide et euthanasie

880. Mais dans la doctrine, certaines voix se sont élevées pour assouplir, déjà au stade de la loi elle-même, la sévérité de la répression, en créant le délit spécial d'euthanasie qui serait sanctionné de peines moindres que l'homicide "ordinaire" (13).

Mais d'autres auteurs craignent qu'une telle intervention du législateur ne soit techniquement difficile, ou inopportune, ou dangereuse. Comment un délit spécial pourrait-il recouvrir toutes les nuances particulières de la compassion dans le chef de l'auteur, et du consentement dans le chef de la victime ?

D'ailleurs, ajoute-t-on, les assouplissements judiciaires des incriminations légales peuvent suffire pour accueillir les cas particu-

(Suite note 12)

Code de procédure pénale, qui permet de dispenser un prévenu de sa peine malgré une déclaration de culpabilité devant les tribunaux correctionnels et de police pourrait être étendue à la Cour d'assises pour le cas de l'euthanasie (Rapports, p. 222, note 15).

Comp. pour la Belgique le nouveau type de sanction dont on a déjà parlé à propos du suicide : la déclaration de culpabilité avec dispense de peine (cfr. Rapport de la Commission de révision du Code pénal, juin 1979, p. 63).

- (13) Paradoxalement, cette proposition n'est d'ailleurs pas nécessairement inspirée par un souci d'indulgence vis-à-vis de ceux qui posent le geste euthanasique; elle peut aussi être commandée par la volonté de sanctionner leur comportement: en proposant une peine moindre, on veut éviter que le jury, impressionné par la gravité des sanctions qu'il infligerait aux auteurs de l'euthanasie, ne préfère les acquitter (cfr. les exemples donnés par J. PELISSIER, thèse citée, p. 279). La création d'un délit spécial assurerait ainsi une répression plus adaptée à l'infraction. Comme l'a écrit M. BADR, "il vaut mieux que la loi se prononce; c'est la meilleure manière d'éviter des condamnations trop sévères ou des acquittements regrettables" (op.cit., p. 132). Le débat sur l'opportunité de créer un délit spécial d'euthanasie est encore exposé dans M. RATEAU, art. cité, S., 1964, pp. 46 et sv.; et dans S. PELLETIER, art. cité, p. 237 et sv., à propos d'un projet de Me HAINAUT créant une excuse légale applicable à l'homicide commis pour abréger des souffrances ou à la demande de la victime. V. aussi les conclusions de I. BARRERE et E. LALOU, Le dossier confidentiel de l'euthanasie, p. 182 (sur le manque de nuance de la législation française, belge et britannique) et p. 190 (sur les correctifs que, dans les faits, les juges appliquent aux cas qui leur sont soumis).

Suicide et euthanasie

liers qui méritent une plus grande compréhension (14). Enfin, on peut craindre qu'en réglementant spécialement le délit d'euthanasie, le législateur ne fasse pâlir l'image forte que le respect de la vie doit garder dans le public (15).

881. Ce respect de la vie est-il une valeur moins scrupuleusement honorée dans nos sociétés occidentales contemporaines ? Toujours est-il que, aujourd'hui, on assiste à un courant de pensée favorable à une certaine dépénalisation de l'euthanasie. Les principes de la répression de l'homicide volontaire sont, ainsi, entièrement remis en cause, car la clémence judiciaire ou même la création d'un délit spécial ne sont plus considérées comme satisfaisantes : il faut aller jusqu'à innocenter le geste euthanasique. Toutefois, dans cette hypothèse, des précautions s'imposent, dit-on, pour limiter les cas qui échappent à la répression pénale. Ces garanties tiennent aux deux ordres de considération déjà rencontrés : il faut s'assurer, d'une part, que les mobiles de l'auteur de l'acte sont désintéressés et, d'autre part, que la victime a effectivement consenti à l'acte qui l'a fait passer de vie à trépas.

(14) Cfr. R. TAHON, *Mercuriale*, citée, J.T., 1951, p. 495; P.-E. TROUSSE, art. cité, *Rev. dr. pén.*, 1950-51, p. 1117. Pour des avis également défavorables à une législation spéciale sur l'euthanasie en droit suisse, cfr. J. GRAVEN, art. cité, pp. 252 et sv.; J. GUINAND, *Rapport aux Journées belges de l'association Capitant* (1975) : "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit suisse", pp. 169-170; U.P. HAEMMERLI, "Le problème de l'euthanasie", art. cité, p. 49.

(15) Voir dans ce sens, R. TAHON, art. cité, p. 495; P.-E. TROUSSE, art. cité, p. 1117; L. DEPAULE, art. cité, *Rev. des droits de l'homme*, 1974, p. 470. Cfr. aussi J. PELISSIER, *thèse citée* p. 282 : "Certains considèrent qu'une répression pénale plus douce serait peut-être mieux appliquée. Mais si la loi elle-même reconnaissait que les actes d'euthanasie sont moins graves que les actes criminels habituels et doivent donc être punis moins sévèrement, la valeur de l'intégrité physique de la personne se trouverait officiellement affectée d'un 'coefficient arithmétique', variable selon son état. Peut-on sérieusement songer à accepter les conséquences éthiques d'un tel compromis ?".

Suicide et euthanasie

882. Avant de critiquer l'une et l'autre de ces deux conditions, on voudrait dire un mot de leur conjonction.

Sur quelle base faut-il dépénaliser : celle du motif désintéressé, ou celle du consentement de la victime ? Car si les deux conditions peuvent apparaître ensemble, elles ne sont pas intrinsèquement liées : on peut tuer par pitié alors que la victime n'avait jamais demandé qu'on mette fin à ses jours; on peut aussi, à l'inverse, accéder à la demande de mort d'un sujet pour des motifs tout autres qu'humanitaires. Mais, parmi les pénalistes, on glisse parfois d'une raison à l'autre, par exemple en justifiant le meurtre par pitié au nom d'un consentement du malade, ou bien l'absence de consentement du malade par la considération des souffrances intolérables qu'il endure. Faudra-t-il exiger, pour dépénaliser le geste euthanasique, la double condition - cumulative - du consentement du patient et du motif désintéressé; ou bien une seule des deux conditions suffira-t-elle ? (16)

883. Dans un cas comme dans l'autre cependant, il nous semble que le droit s'engagerait dans une impasse s'il admettait de dépénaliser l'euthanasie. On voudrait le montrer à propos de la pitié manifestée par la personne qui pose le geste euthanasique puis à propos du consentement exprimé par la personne qui subit ce geste.

Dans l'une et l'autre hypothèse, on voit que se pose non seulement un problème pratique de limite et de preuve, mais aussi une ques-

(16) Comp. A. FAHMY ABDOL, op.cit., p. 316, à propos de l'homicide consenti : "A vrai dire, ce n'est pas le simple consentement de la victime qui minimise la gravité de l'acte délictueux (...), mais ce sont les mobiles qui ont poussé l'auteur de l'acte consenti qui diminuent le degré de la gravité du délit. En effet, le consentement, qui est l'élément distinctif de ce délit est un corollaire nécessaire des mobiles sociaux de l'auteur; ou tout au moins il est indifférent pour ce dernier de commettre l'acte". On voit donc que, pour pouvoir cerner le mobile désintéressé qui inspire l'auteur de l'acte euthanasique, et qui est la justification précise de cet acte, on a recours au consentement de la victime qui, tout en étant, "élément distinctif du délit" n'est tout de même qu'un "corollaire nécessaire" sur le plan de la justification fondamentale. Qu'est-ce donc qui, finalement, justifie ?

Suicide et euthanasie

tion de principe qui révoque encore en doute l'existence d'un "droit à la mort".

SECTION 3 - La pitié et le droit de ne pas souffrir.

884. Pour certains auteurs comme Enrico Ferri, "l'homicide consenti doit être fondamentalement justifié par l'acquiescement de la victime qui a le droit de se suicider par personne interposée, mais cette justification ne peut valoir que si les motifs qui ont guidé l'auteur de l'homicide ne sont pas ceux d'un criminel; dans le cas contraire, même si la victime est consentante, il faut assurer la répression de l'homicide perpétré pour des motifs anti-sociaux" (17).

On peut toutefois se demander si la preuve d'un mobile antisocial n'est pas une gageure dans notre hypothèse de l'homicide consenti. Car le consentement de la victime ne pourrait-il pas servir à justifier un certain nombre d'homicides commis pour des motifs trop peu désintéressés, mais dont la preuve serait impossible à rapporter ? (18)

885. Admettre le principe d'une euthanasie humanitaire, c'est, dans la pensée de nombreux auteurs, ouvrir la porte à un risque

(17) E. FERRI, Omicidio suicidio, pp. 51 et sv.; cfr. sur cette opinion R. LEVENE, "L'homicide-suicide", art. cité, p. 83; Vidal et MAGNOL, cours cité, t. I, p. 390; R. CHARLES, op. cit., p. 101; A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 309.

(18) C'est probablement la raison pour laquelle l'Union Soviétique qui, dans son Code pénal de 1922, avait assuré l'impunité du meurtre commis par compassion à la demande pressante de la victime (art. 143 du Code) a rétabli le régime antérieur de la répression avec circonstances atténuantes. Le comité exécutif central panrusse a reconnu en effet que la disposition abrogée "avait eu pour conséquence de faire apparaître des actes notoirement nocifs pour la société". V. là-dessus J. PELISSIER, thèse citée, p. 280; cfr. A. FAHMY ABDOU, op.cit., p. 341, note 155, et L. DEPAULE, art. cité in Revue des Droits de l'homme, 1974, p. 469.

Suicide et euthanasie

d'abus dans lesquels l'efficience collective ferait peser sa suprématie par rapport à la faiblesse de la personne individuelle (19). Si notre droit admettait l'homicide par pitié, où s'arrêterait la pitié ? S'il suffisait d'invoquer le mobile désintéressé pour justifier l'acte euthanasique, jusqu'où la société voudrait-elle mener son "désintérêt" dans la prise en charge de l'intérêt d'autrui ? Car il se peut qu'elle soit trop intéressée dans la pitié qu'elle exprime.

886. Puisque, dans l'étude du "droit à l'image", nous avons vu que les droits de la personnalité comptent un côté patrimonial - voire même que, selon M. Edelman, ils relèvent uniquement de cette explication (20) - et puisque, par ailleurs, dans l'examen du "contrat médical", nous avons reconnu que le maintien de la figure contractuelle pouvait s'expliquer, au moins partiellement, par l'insistance mise sur la contre-prestation que constituent les honoraires du médecin (21), il ne faut pas s'étonner de ce que les intérêts patrimoniaux émergent encore dans la reconnaissance du "droit à la mort".

Car l'entretien d'un grand malade coûte cher à la famille et à la collectivité, sans que l'on puisse espérer, en retour, un rendement économique de la part de celui qui va mourir. Dans ces conditions, n'est-il pas plus rentable de reconnaître à ce malade un

(19) V. dans ce sens H. BENET, art.cité, in Rev. dr. pén., 1952-53, p. 945; R. SCHAEERER, "Réflexion d'un philosophe sur l'euthanasie", Rev. internationale de droit pénal, 1965, p. 77; K. ENGISCH, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in Strafrechtlicher Beleuchtung, Stuttgart, Kreuz Verlag, 1948. Cfr. aussi J. PELISSIER, thèse citée, p. 282. Comme l'indique la Commission des Question sociales et de la santé du Conseil de l'Europe dans son rapport sur les droits des malades et des mourants, "la question de l'euthanasie tire son effet sur le plan affectif moins de la crainte que certains individus décident de ne pas exercer leur droit à la vie, que de la crainte que la société puisse arbitrairement, et de manière plus ou moins obligatoire, refuser de reconnaître le droit à la vie pour certains individus ou même certaines catégories d'individus" (Document 3699, précité, § 25).

(20) V. supra n° 375.

(21) V. supra n° 723.

Suicide et euthanasie

"droit à la mort" ? Mais ce souci d'économie financière a peu de chose à voir, on en conviendra, avec la compassion invoquée pour justifier l'euthanasie.

887. La pitié cependant ne pose pas seulement, à propos de la dépénalisation, une question de preuve ou de limite dans le chef du sujet qui pratique l'euthanasie (que cache la pitié, et jusqu'où s'étend-elle ?); elle pose aussi une question de fond qui concerne, dans le chef de celui qui subit la mort, le droit de ne pas souffrir.

Dans l'élaboration de la Recommandation du Conseil de l'Europe relative aux droits des malades et des mourants, il fut plusieurs fois question de ce "droit de ne pas souffrir". On le voyait comme un des fondements du droit à l'euthanasie (22).

Ce "droit" s'avère être d'une application difficile, car il peut être invoqué dans des hypothèses où la souffrance du patient n'apparaît pas, mais bien plutôt celle de ses proches.

888. On sait par ailleurs, ainsi qu'on l'a vu au Titre Ier, qu'un des devoirs du médecin est de soulager les souffrances de son patient. S'il faut mettre en balance le "droit à la vie" du malade et son "droit à ne pas souffrir", le débat est résolu, au moins en principe, dans l'admission de la légitimité d'une anesthésie, même au risque d'abréger la vie du patient, dans la proportion admise par l'état de nécessité (23).

(22) "On pourrait fort bien penser que (...) le droit à la liberté, le droit de décider librement du traitement qui sera appliqué et le droit de ne pas souffrir s'orientent vers un droit à l'euthanasie" (Document 3699 précité de la Commission des Questions sociales et de la santé, Exposé des motifs, § 24, p. 15). Le même rapport ajoute toutefois (§ 26, p. 16) : "Ce serait une erreur de penser que le droit de ne pas souffrir constitue la seule justification de l'euthanasie, même si c'est la plus généralement évoquée. En particulier, on peut citer ici le cas de personnes maintenues en vie, mais inconscientes, pendant des périodes prolongées. Il n'est sans doute pas question de souffrance; cependant, dans ce cas, la prolongation indéfinie de la vie est fréquemment mise en cause".

(23) V. supra n° 771.

Suicide et euthanasie

En dehors de cette hypothèse, l'affirmation d'un "droit de ne pas souffrir" apparaît comme une catégorie somme toute assez vide (24). Car si l'on connaît le créancier de ce droit, qui en est le débiteur ? Et à quoi celui-ci s'oblige-t-il ? (25)

889. Le "droit" de ne pas souffrir exprime sans doute un désir fondamental de l'homme : celui d'une existence heureuse et harmonieuse, y compris en son corps, mais comment ce désir pourrait-il être pris en charge par la société pour en faire l'objet d'un droit ? La société aurait-elle donc le pouvoir (et le droit) de faire échapper l'homme à sa condition charnelle ? Significatif à cet égard est l'exposé des motifs par lequel M. Caillavet justifie sa proposition de loi n° 301, déjà citée, relative au droit de vivre sa mort : "Ce texte donne le moyen de s'épargner des douleurs, et d'épargner aux autres le tragique spectacle d'un corps convulsé ou celui, triste, d'une corps étale et inerte. Il prétend non pas désarmer l'homme face à la mort, mais l'armer devant la douleur (...). Les temps primitifs sont révolus. L'homme est avant

(24) Cfr. l'intervention de M. HULPIAU (Belgique) à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (séance du 28 janvier 1976, compte-rendu, p. 935) : "Il est permis d'ores et déjà de se demander quelle est la teneur ou la portée d'un tel droit. Au même titre, quiconque pourrait dire : 'j'ai le droit de ne pas être malade' ou 'j'ai le droit de ne pas être malheureux dans la vie' ou 'j'ai le droit de ne pas être trompé dans l'existence'. Cet exemple ne prouve-t-il pas combien confuses et indécises sont certaines conceptions sur les droits des malades (...) ?"

(25) Cfr. le document 3699, précité, § 26, p. 16 : "C'est à la base un concept mal formé, car il est très possible que l'obligation correspondante ne puisse être remplie; dans ce cas, selon une règle fondamentale de jurisprudence, elle est nulle. Plus sérieusement, les autres incidences du droit de ne pas souffrir peuvent être mutuellement contradictoires: il peut en découler un droit d'être guéri, d'être anesthésié ou d'être mis en permanence à l'abri de toute souffrance". On reviendra plus longuement dans la dernière partie de cette étude sur la difficulté qui persiste à présenter sous forme de droits subjectifs d'un individu des éléments qui doivent être analysés dans l'ensemble d'un rapport de droit.

Suicide et euthanasie

tout un être doué d'intelligence et non un être de chair. Prétendre le contraire réduirait l'homme à peu de chose".

890. En exerçant au nom d'autrui un droit strict de ne pas souffrir, la pitié euthanasique s'engage dans une voie qui nie la relation elle-même puisque le sujet souffrant est tué. Est-ce jusqu'à cet extrême qu'il fallait entendre la pitié ? Celle-ci permet-elle de supprimer selon le droit une relation qui fonde le droit lui-même ?

On va découvrir, à propos de l'autre cause de dépénalisation de l'euthanasie, le consentement du malade, les mêmes difficultés de limite et de preuve, et la même contradiction de fond.

SECTION 4 - Le consentement du patient et la négation de l'altérité.

891. Pour fermer la porte aux risques d'abus nés à propos des mobiles inspirant la personne qui pose le geste euthanasique, on se tourne vers celle qui subit ce geste et on invoque son consentement : puisqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt de celui qui souffre, qui donc mieux que le patient lui-même pourrait le faire ? La meilleure garantie du mobile désintéressé de l'auteur réside ainsi, dit-on, dans le consentement du sujet qui estime préférable d'en finir avec la vie. L'altruisme est complet puisque c'est "l'autre" qui décide, et non pas l'auteur du geste euthanasique.

Le raisonnement paraît solide, mais avant de l'adopter pour fonder en droit une dépénalisation, il faut examiner les difficultés qu'il présente.

892. Il y a tout d'abord la différence entre le consentement et la demande : l'auteur du geste euthanasique n'encourt-il pas une responsabilité pénale différente selon qu'il accomplit un geste auquel le malade n'a fait que consentir ou qu'il se contente de poser le geste que le malade lui demande ?

Suicide et euthanasie

N'est-il pas important de savoir qui a été à l'origine de la proposition ? (26)

Le législateur devrait alors, par prudence, exiger la demande de la victime - et pas seulement son consentement - comme condition de l'impunité du geste euthanasique, mais on se heurterait, ici aussi, à la difficulté de la preuve : qui aurait la charge de prouver la demande de la victime ? faudra-t-il produire un écrit pour se disculper ? etc...

893. Par ailleurs, lorsqu'on a examiné le consentement du malade à l'acte médical, on a vu à quel point était malmenée la notion civiliste du consentement "libre et éclairé" : il s'agissait alors de se prononcer seulement sur les risques d'un traitement.

Ne faut-il pas raisonner ici a fortiori puisqu'il s'agit de se prononcer, comme on l'a déjà vu à propos du "testament de vie" (27), sur la demande de mort ? peut-on avoir la certitude qu'il y a dans

(26) Cfr. le rapport de la Commission des Questions sociales et de la santé du Conseil de l'Europe sur les droits des malades et des mourants : "On peut soutenir que le consentement (...) n'est pas un concept suffisamment solide étant donné qu'il implique que l'initiative vient d'ailleurs. Une telle situation, en pratique, serait inacceptable. Il n'est pas concevable que des médecins invitent leurs malades à se laisser donner la mort" (Doc. 3699, précité, § 46, p. 25); Cfr. aussi M. BADR, *op.cit.*, p. 133 : "Nous pensons que l'homicide avec le consentement de la victime doit être plus sévèrement puni que celui sur demande, car tandis que, dans ce dernier cas, la proposition est l'oeuvre de la victime, dans l'autre cas, elle est l'oeuvre de l'auteur de l'homicide".

Dans son article sur "L'euthanasie, l'orthothanasie et la dysthanasie", Mme PELLETIER propose un texte particulier relatif à la répression du crime d'euthanasie, avec une différence dans les peines applicables, selon que le crime d'euthanasie a été commis "avec le consentement de la victime et sur ses injonctions pressantes" (réclusion) ou "sans le consentement de la victime ou suite à une extorsion frauduleuse de son consentement (travaux forcé à perpétuité) (art. cité, p. 245). Dans ce projet, le cas du simple consentement de la victime sans "injonctions pressantes" n'est pas prévu.

(27) V. supra n° 813.

Suicide et euthanasie

la demande du malade l'expression d'une volonté libre et éclairée ? (28)

Plusieurs auteurs insistent sur la fragilité de la liberté humaine aux abois de la mort; mais qui pourra l'éclairer, et la rendre libre ? (29)

894. Il est encore un point que le législateur devrait examiner s'il voulait dépénaliser l'euthanasie pratiquée à la demande de la victime.

C'est le glissement possible que ce système fait présager : si le patient n'exprime pas la demande de mort, ne pourrait-on pas, en quelque sorte, l'exprimer à sa place puisqu'il est impuissant à le faire lui-même ? Il faudrait, dans ce cas, "faire sauter la

(28) Les difficultés rencontrées sont bien exprimées par la Commission des Questions juridiques du Conseil de l'Europe dans son avis sur les droits des malades et des mourants : "Il s'avère (...) très difficile et même impossible d'affirmer avec certitude s'il y a eu de la part du malade une volonté sincère de mourir. D'ailleurs, les déclarations du malade peuvent très souvent n'avoir aucune valeur soit qu'il ne soit plus en possession de toutes ses forces intellectuelles soit que ces déclarations aient été faites à la suite d'un état dépressif du malade. D'autre part, cette solution ne peut pas satisfaire le cas du malade sans conscience qui n'est plus capable de faire une telle déclaration" (Doc. 3735 précité, n° 11).

(29) Cfr. par exemple, R. LEVENE, art. cité, pp. 86-87; R. CHARLES, *op.cit.*, p. 103; et l'intervention de M. RADIUS à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, parlant d'un "pseudo-consentement du malade" (séance du 28 janvier 1976; C.R., p. 907); cfr. aussi J. LASSAUSOIS, "Le droit à la mort", *Gaz. Pal.*, 11 juin 1978, p. 23 : "Il y a dans cette philosophie quelque péril à voir le malade réclamer la mort, à tort et à raison. Ne verra-t-on pas la demander, des individus persuadés d'avoir un cancer qu'ils n'auraient pas, ou plus simplement victimes de douleurs intolérables, fussent-elles momentanées (...) ? Mais plus encore, même dans le cas où l'agonisant est condamné définitivement par la médecine et n'en finit cependant pas de mourir, comment autoriser qu'il soit mis fin à ses jours, même avec son consentement ? Et quelle serait la valeur d'un tel consentement lorsque le psychisme du malade ne lui permettrait plus un jugement sain ?"

Suicide et euthanasie

pièce médiane du système élaboré" et remplacer sans doute la demande du malade par la raison de l'intérêt social (30).

Un autre "glissement" prévisible est encore énoncé par la Commission des Questions juridiques du Conseil de l'Europe : "Un malade qui sait qu'il est légal de demander la mort, ne pourrait-il pas être soumis à une pression morale et se sentir obligé de demander la mort afin d'éviter à sa famille les frais d'un traitement prolongé ?" (31)

895. Mais outre ces questions de limite et de preuve, l'exigence du consentement du patient comme condition d'une dépénalisation de l'euthanasie pose, ainsi qu'on l'a déjà vu à propos de la pitié, un problème de fond : comment pourrait-il ne pas être contradictoire qu'une relation (celle-là même que suppose le droit) serve à supprimer une relation ? En regardant l'euthanasie du côté de la pitié, on voit que c'est un tiers - l'auteur du geste euthanasique - qui exerce, au nom du sujet souffrant, son "droit de ne pas souffrir", mais si ce droit existe, et s'il faut l'entendre comme une autorisation de mise à mort, c'est qu'alors il suppose entre un sujet et un tiers une relation que ce "droit" a précisément pour but de supprimer.

Il en va de même si on regarde l'euthanasie du côté du consentement de la victime, car en cette hypothèse, le tiers exerce au nom du sujet la capacité factuelle - nous avons vu que ce n'était pas un

(30) Cfr. R. TAHON, *Mercuriale* citée, J.T., 1951, p. 495. V. aussi dans le document 3699 précité du Conseil de l'Europe au § 51 les remarques faites par la Commission des Questions sociales et de la santé au sujet de la proposition déposée le 27 janvier 1975 au Conseil national de la Confédération helvétique visant à dépénaliser l'euthanasie, et dans laquelle "le médecin serait tenu, dans la mesure du possible, d'obtenir le consentement du malade". Cette réserve selon laquelle le consentement du malade devrait être obtenu "dans la mesure du possible" est apparue comme "un aspect très contestable" de la proposition suisse.

(31) Doc. 3735, précité, n° 11. On retrouve ici l'explication patrimoniale du "droit à la mort" (v. supra n° 886).

Suicide et euthanasie

droit - qu'a ce sujet de se supprimer. Ici encore, une relation est affirmée pour être aussitôt niée.

896. Pour que l'euthanasie restât impunie, il aurait fallu qu'il n'y ait plus "d'autrui"; bien sûr, tout y tend, dans la meilleure des hypothèses (32). La pitié de l'auteur du geste peut-être si forte qu'elle épouse le sentiment même du malade envers sa propre souffrance, et la demande de la victime peut être si précise qu'elle corresponde adéquatement au geste qui la met à mort; il n'empêche, il y a altérité. Or le droit se fonde sur cette altérité. Est-il dès lors possible de parler d'un "droit à la mort" ?

CONCLUSION

897. Après avoir examiné, au Titre I, les droits du malade et les devoirs du médecin à l'approche de la mort ainsi que, au Titre II, la portée des mesures répressives et de l'impunité concernant le suicide de soi, le suicide d'autrui, et l'euthanasie, on constate que le "droit à la mort" est très circonscrit.

Ses contours sont bien cernés dans l'avis donné par la Commission des Questions juridiques du Conseil de l'Europe en son document, plusieurs fois cité, sur les droits des malades et des mourants: "D'après l'opinion générale, personne ne peut, de façon juridique-ment valable, donner à une autre personne l'autorisation de la tuer. La législation de certains pays ne reconnaît un 'droit à la mort' que dans la mesure où le suicide reste impuni et qu'en principe chacun est libre d'accepter ou non les soins médicaux" (33).

(32) Mais dans la meilleure des hypothèses seulement, car on sait que la "pitié" n'est pas toujours de la pitié, et que la "demande" n'est pas toujours une demande.

(33) Doc. 3735, précité, n° 12.

Suicide et euthanasie

Dans notre ordre juridique, on trouve l'admission du refus de soins, l'impunité du suicide, et la condamnation de l'euthanasie. Tels sont les éléments du "droit à la mort", que nous pouvons rappeler, en synthèse.

898. La nécessité d'un consentement libre et éclairé du malade aux soins qu'on veut lui prêter a été étudiée dans la IIIe partie. Ce consentement a comme corollaire, ainsi qu'on l'a vu en cette IVe partie, la possibilité d'un refus de sa part : le patient peut vouloir n'admettre aucun soin sur sa personne; le médecin devra, dans ce cas, respecter la volonté de son patient, même si elle le conduit à la mort. Ce droit de refus, que les Anglo-Saxons incluent dans la "privacy", peut donc s'interpréter, en cette hypothèse très particulière, comme un "droit à la mort".

Mais cette prérogative ne nous semble pouvoir être exercée qu'à une double condition : elle doit l'être d'abord par le sujet lui-même, et non par ses représentants; elle doit l'être ensuite au moment où se pose la question concrète d'un traitement, et non pas dans un écrit antérieur.

899. En outre, si le médecin intervient tout de même sur la personne de son patient alors que celui-ci entend exercer son "droit à la mort", il n'est pas sûr que ce praticien, quelles que soient les affirmations théoriques tenues à ce sujet, encoure une quelconque responsabilité pénale ou même civile.

900. Le suicide est un fait dont notre droit doit bien admettre l'impunité puisqu'il manifeste la liberté du sujet de se dégager des rapports sociaux et donc de l'empire du droit. Mais c'est en un sens très impropre qu'on peut parler à ce propos d'un "droit" à la mort, car l'impunité n'est pas de principe.

D'ailleurs, dès qu'autrui intervient dans le processus d'auto-suppression, le droit retrouve sa sévérité aussi bien dans l'hypothèse de l'assistance au suicide, où il cherche, surtout par le biais de la non-assistance à personne en danger, à remédier à l'impunité de

Suicide et euthanasie

l'aide au suicide d'autrui, que, a fortiori, dans l'hypothèse de l'euthanasie, où c'est le tiers lui-même qui pose le geste de mort.

901. Dans ce dernier cas, la tâche du législateur qui voudrait conduire la clémence jusqu'à la dépénalisation ne serait pas simple: qui pourrait dire que l'auteur du geste euthanasique a agi dans un but entièrement désintéressé, et que la société tout entière ne cherche pas aussi son intérêt - économique - dans l'admission de l'euthanasie ? Qui pourrait dire que le patient a réellement demandé - et pas seulement accepté - le geste qui a mis fin à ses jours ? Et qui pourrait évaluer le caractère volontaire, exempt de pression, autonome, et bien informé de cette demande ?

902. Mais ces questions ne touchent pas encore radicalement la contradiction qui existe à faire exercer par autrui son propre "droit à la mort". Contradiction, parce qu'il est impossible de se suicider "par personne interposée" : en intervenant dans le processus suicidaire d'un sujet, autrui en modifie radicalement la portée. L'autre "mime" sans doute, pour celui qui souffre, l'altérité de la mort, mais une société ne peut admettre dans sa norme générale, que le lien qui unit deux individus en son sein soit celui-là même qui supprime ce lien. Ce que le droit reconnaît entre deux sujets, c'est la relation même qui permet le droit, et donc, la vie de ces deux sujets engagés dans la relation de droit.

903. Peut-on tirer argument de ce "droit à la vie" pour renverser la proposition et dire qu'il existe un "droit à la mort" ? (34)

(34) V. là dessus C.F. HADDING, Rapports du Cinquième Congrès mondial de droit médical (Gand, 1979), p. 288 (V. l'exposé et la réfutation du même argument in Z. SEPAROVIC, idem, p. 204) : "Dans le Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques et dans de nombreuses constitutions, le droit à la vie est fondamental. Son aspect négatif - un droit de ne pas vivre - en est un corollaire naturel. De sorte que dans les pays où le bien de l'individu est le souci premier de la vie publique, il faut affirmer qu'en principe, une personne a le droit de mettre fin à ses jours" (trad.).

Suicide et euthanasie

Celui qui opérerait un tel renversement méconnaîtrait à coup sûr une condition de possibilité de l'existence du droit, et qui est la relation elle-même. Fixant son attention sur le sujet individuel, il ferait de celui-ci la norme de tout droit, ramenant toute altérité sous sa propre volonté, l'altérité d'autrui et, finalement, celle de la mort.

En disant que c'est la vie qui est "un intérêt juridiquement protégé", Ihering avait raison, et en disant que le sujet ne dispose pas du premier cercle de sa personne, Savigny avait raison aussi. Car entre ce sujet et autrui, répétons-le, se trouve le droit. Et si on y trouve la mort, alors on n'y trouvera plus le droit. Il faut aller jusqu'à dire que le "droit à la mort" est contradictoire.

CINQUIEME PARTIE

LE DROIT DU SUJET QUANT A SON CORPS

INTRODUCTION

904. La première partie de cet ouvrage a dressé le cadre de la réflexion : pour savoir s'il est possible de comprendre dans les termes du droit subjectif la relation d'un sujet à son propre corps, il fallait tout d'abord se prononcer sur l'existence de ce "droit subjectif", et sur la définition qu'on peut lui donner (1).

Or nous avons vu que, dans un cas comme dans l'autre, il y a débat.

905. A propos de sa définition, on ne sait s'il faut ranger le droit subjectif, à la suite de Savigny, en régime de disposition, ou bien, comme Ihering, en régime de protection. Car si la définition mixte, qui est la plus courante, finit par mêler harmonieusement ces deux régimes en matière patrimoniale, elle aboutit à une impasse lorsqu'elle s'applique aux valeurs les plus personnelles du sujet et, singulièrement, à son corps. En effet, la protection est réclamée par Ihering, mais la disposition est refusée par Savigny. Dans ces conditions, que peut-on faire ? En réponse à cette question théorique, trois solutions se présentent.

(1) Sans doute ne peut-on pas dissocier l'étude des deux questions: pour savoir ce qu'est un droit subjectif, il faut, d'abord, se demander s'il existe; mais pour savoir s'il existe, il est aussi nécessaire de savoir ce que c'est. Comp. la critique faite par M. EISENMANN (art. cité in Rev. dr. public, 1954, pp. 769 et sv.) où l'auteur reproche à DABIN de ne pas avoir considéré que le "droit subjectif" est une création de la science du droit, une catégorie scientifique; on ne peut donc savoir s'il existe qu'après en avoir donné une définition : "le droit subjectif est ce qu'on définit être". Or, dans son ouvrage (Le droit subjectif, op.cit.), DABIN aborde au chapitre 1 "la question de l'existence du droit subjectif" puis seulement au chapitre 2, "la définition du droit subjectif".

Mais, ainsi qu'on le vérifie souvent dans l'étude des "notions premières", le choix de la méthode est commandé déjà par une option de fond. Ici, la question est de savoir si le droit subjectif juridique est une création scientifique - dans ce cas, il faut en donner immédiatement une définition - ou s'il n'est pas d'abord une expression de ce que DABIN appelle le droit subjectif moral; alors, il est peut-être plus urgent de l'établir que de le définir.

Droit du sujet quant à son corps

906. On peut tout d'abord reconnaître - comme nous l'avons fait dans les trois volets de l'analyse - que le corps est protégé par le droit, ce qui donne déjà la première note de la définition mixte du droit subjectif, et chercher ensuite du côté de l'un ou l'autre élément détachable du corps - l'image par exemple - l'objet dont on peut disposer; on a alors la seconde note nécessaire à la reconnaissance d'un droit du sujet sur cet objet. On adopte en ce cas la définition mixte du droit subjectif en tâchant de l'appliquer au corps humain.

907. On peut dire aussi - seconde solution - que le corps n'est généralement pas objet de disposition, comme l'analyse l'a également montré, et qu'il ne constitue donc pas la matière d'un droit subjectif. Ce qui est une autre façon d'adopter la définition mixte, mais en constatant ici qu'elle ne s'applique pas au corps humain.

908. Il y a une troisième solution, qui consiste à critiquer la définition mixte elle-même, en disant qu'on ne peut pas la comprendre de la même façon selon qu'on l'applique aux valeurs personnelles du sujet ou aux biens qui lui sont extérieurs.

Or, à condition de bien s'entendre sur cette critique faite au "monisme" du droit subjectif, les trois solutions ne sont peut-être pas incompatibles entre elles. Il faut le vérifier d'après les résultats de l'analyse faite. C'est l'objet du premier Titre consacré au dualisme du droit subjectif.

909. Mais la déchirure que le droit de la personnalité provoque dans le tissu du droit subjectif oblige le juriste à reprendre l'autre débat, celui qui porte sur l'existence même des prérogatives inhérentes au sujet. Car pour savoir si le droit subjectif se définit, en s'appliquant au corps humain, par la protection et/ou la disposition, le théoricien doit se prononcer sur le sens de cette construction qui privilégie le point de vue du sujet individuel dans l'ordre juridique. Que fait le droit quand il reconnaît des droits subjectifs ? Que veut-il quand il les multiplie, par exem-

Droit du sujet quant à son corps

ple, en les introduisant dans la relation d'un sujet à son propre corps ? Quelle est la conception du lien social engagée dans cette façon de faire ?

910. Ici, comme on l'a vu dans le débat exposé à la première partie sur la priorité des droits subjectifs par rapport à l'antériorité de la norme sociale, il faut dépasser le stade descriptif des définitions pour entrer dans le choix éthique et politique : il faut évaluer l'insistance mise sur la "reprise subjective" - dans le sens de la protection comme dans le sens de la disposition - des situations objectives où le sujet est livré à autrui. Ici encore, les résultats de l'analyse du discours juridique doivent nous aider à prendre position, mais ils appellent de notre part une option sur le lien que noue le droit entre le sujet (corporel) et la société. C'est l'objet du Titre II qui touche "le sujet, son droit et son corps".

911. Mais pour fonder nos réponses sur l'analyse du discours tenu par le droit en notre matière, il est indispensable de recueillir les résultats de ce parcours analytique; c'est par là que nous commençons.

CHAPITRE PRELIMINAIRE — Les résultats de l'analyse

912. La prise de l'image, le traitement médical et la mort touchent - de façon de plus en plus radicale - le sujet de droit en son corps. L'analyse du discours juridique tenu sur les relations que le sujet noue en ces situations a révélé l'émergence de certains droits subjectifs : le "droit à l'image", le droit du malade à l'intégrité physique, le "droit à la mort", que l'on range parmi les droits de la personnalité.

913. Pour savoir comment entendre ces prérogatives, il a fallu voir si elles obéissaient à une volonté de protéger le sujet ou si elles visaient à élargir, au profit de celui-ci, la possibilité de disposer de ses propres déterminations corporelles. D'où l'utilité de rassembler en deux sections distinctes tout ce qui concerne le régime de protection d'une part, et ce qui relève du régime de disposition d'autre part. On prépare ainsi la réponse à la première question qui touche la définition mixte du droit subjectif.

914. Mais l'analyse a montré que le vécu corporel n'est pas réductible à un alignement de droits subjectifs, qu'ils soient de protection ou de disposition : le corps a, dirait-on, sa vie propre qui, en n'étant jamais que celle du sujet lui-même, ne fait pourtant pas l'objet d'une prérogative de ce sujet dans l'ordre du droit. En soulignant ce qui, dans les analyses précédentes, relève de cet ordre naturel, on prépare la réponse à la seconde question portant sur le sens même du droit subjectif.

SECTION 1 - Le corps dans l'ordre de la nature.

915. Le lien d'un sujet à son propre corps ne relève pas d'abord de l'ordre du droit. Sans doute Ihering reconnaît-il un droit du sujet sur son corps, mais c'est pour dire, d'une part, que le sujet

Résultats de l'analyse

trouve un "intérêt", un "avantage", un "gain" à ce corps qui est le sien, à cette vie qui est la sienne, et, d'autre part, que cette situation-là est protégée par l'objectivité du droit. Il n'est pas dit que le lien lui-même relève du droit; il est dit seulement qu'il est protégé par le droit. Car il y a dans l'"intérêt" du sujet pour son corps une spontanéité qui n'a pas attendu la reconnaissance sociale pour s'exercer.

916. Savigny ne dit rien d'autre lorsque, pour contester le "Recht an der eigenen Person", il affirme que la personne ne peut pas disposer d'elle-même comme elle l'entend, et que, par ailleurs, la maîtrise de l'homme sur lui-même dans l'exercice de ses facultés personnelles ne doit pas être mise sur le même plan que ses prolongements artificiels dans les cercles du droit. C'est la nature - et non le droit - qui fait que l'homme est et doit rester lui-même en son propre corps. Le lien juridique lie le sujet à autrui; il ne le lie pas à son propre corps : cela, la nature l'a déjà fait pour lui.

917. L'analyse théorique a montré, en d'autres endroits encore, cette présence de la nature, antérieure, et comme fondatrice, des rapports juridiques. On a parlé des droits de l'homme comme de droits naturels, au sens où ils découlent de la nature de l'homme (1). Ces droits naturels peuvent encore être compris comme étant constitués par le besoin, le manque naturel de la personne humaine (2). La référence à la nature a aussi été rencontrée chez Dabin lorsqu'il a fallu qualifier l'appartenance-maîtrise du sujet sur ses propres valeurs personnelles : l'appartenance est alors dite naturelle (3).

N'est-ce pas qu'avant le droit, un ordre est déjà déterminé par la nature ?

(1) V. supra n° 40.

(2) V. supra n° 141.

(3) V. supra n° 192.

Résultats de l'analyse

918. L'analyse n'a-t-elle d'ailleurs pas montré que la volonté de l'homme est déjà située dans cet ordre naturel ? Dans l'étude du "droit à l'image" par exemple, on a vu que l'explication de ce nouveau droit de la personnalité par la catégorie du droit d'auteur ne rend pas bien compte de tout ce que "la nature et l'atavisme" imposent comme "image" au modèle représenté (4). Et dans l'examen de la relation thérapeutique, on a recouru également à la nature pour qu'elle fournisse le critère de la santé auquel se soumettent communément le médecin et le malade engagés dans la "nécessité curative" (5). On sait aussi que la nature s'impose avec force contre "l'art de guérir" en assignant à tout homme son destin mortel, puis-qu'on parle de "mort naturelle" (6).

L'ordre juridique semble donc précédé par un ordre naturel dans lequel la personne humaine est déjà engagée.

919. Avant de chercher à rendre compte d'une telle affirmation (7), on voudrait rassembler ici les résultats de l'analyse, pour montrer comment s'exprime cet ordre de la nature. On suit pour cela les deux directions qui sont apparues dans le parcours analytique: celle de la liberté, et celle de la non-maîtrise. Dans l'une comme dans l'autre, le droit a sans doute quelque chose à dire, mais son discours, qui reconnaît une prérogative au sujet - un droit subjectif - n'est toutefois pas fondateur.

SECTION 2 - La non-maîtrise dans l'ordre de la nature.

920. Par son corps, le sujet connaît une non-maîtrise en deçà de laquelle il lui est radicalement impossible de remonter; les trois situations retenues pour étudier le sujet de droit en son corps - l'image, la maladie et la mort - le montrent à suffisance.

(4) V. supra n° 370.

(5) V. supra n° 525.

(6) V. supra n° 746.

(7) V. infra n° 1021.

Résultats de l'analyse.

921. La personne ne peut exprimer ses sentiments et ses intentions ailleurs ou autrement qu'en un ensemble de gestes et de traits qui mobilisent un paquet d'os et de muscles, un tissu de chair et de sang. La voici déjà livrée.

Cette exposition première de soi à autrui par le fait même du corps rend possible toutes les autres objectivations que l'on rencontre en aval de cette expression, originelle autant qu'originale, du sujet en son corps.

Entrer dans le champ des images peut ainsi être considéré comme "une servitude normale de la vie en société" (8). Il y a, dans la condition corporelle de l'homme, une nécessaire exposition de soi dans un champ relationnel dont le sujet n'a plus la maîtrise : son image est livrée, et c'est celle que lui ont donnée "la nature et l'atavisme". Comment en serait-il "maître" ? L'homme ne choisit ni son visage, ni le regard qui est porté sur lui.

922. Si l'expression de soi est, de cette façon, transie de passivité, on comprend que le vécu corporel le soit davantage encore lorsque le sujet concerné est en situation de maladie.

Dans la relation thérapeutique, le malade ressent - douloureusement parfois - l'involontaire qui habite son corps : il est passif, "patient". Sa condition de faiblesse fait obstacle à l'application vis-à-vis de lui des normes qui garantissent la libre disposition de soi. C'est en cette condition, on le pressent, que se trouve l'explication des solutions découvertes dans l'analyse du "contrat médical" où l'on a recouru au critère suprême de l'intérêt du malade pour sortir des impasses de la solution contractuelle : par exemple en cas d'urgence ou d'inconscience du malade, en cas de refus du représentant légal de consentir à une intervention pourtant nécessaire sur la personne d'un incapable, ou encore dans l'acceptation de réserves plus ou moins grandes à propos de l'obligation d'informer, ou dans l'irresponsabilité du praticien qui réussit

(8) On se rappelle la citation de GIESEN : "Si vos traits sont à vous, l'image qu'ils impriment à la rétine de mon oeil est à moi" (V. supra, n° 217).

Résultats de l'analyse

une intervention non consentie. Au principe de la "voluntas aegroti, suprema lex" se substitue celui du "salus aegroti". Car le sujet doit bien reconnaître dans sa propre condition corporelle le signe d'une non-maîtrise de soi : il est en état d'opacité vis-à-vis de lui-même; la santé qu'il souhaite ne dépend pas de lui. Le voici exposé non plus seulement au regard d'autrui mais encore à la maladie qui affecte son propre corps sans qu'il le veuille, et parfois même sans qu'il le sache. Il est livré au mal, au besoin, au danger; une autre loi que celle de sa volonté détermine son vécu corporel : il est en état de "nécessité".

923. De même qu'il n'y a guère de sens à demander : à qui est mon image ? ou à qui est ma santé ? il y en a moins encore à demander : à qui est ma mort ?

La mort, en effet, manifeste à l'extrême la situation de non-maîtrise dans laquelle se trouve le sujet par rapport à lui-même : dans la cessation de toutes ses fonctions organiques, il est dépris de sa propre maîtrise pour toujours. La nature signe ici sa dernière oeuvre, en même temps que la dernière passivité du sujet : la mort est "naturelle".

924. Le lien du sujet à son corps est celui d'une non-maîtrise : une "loi" dispose de ce qu'il vit, plus qu'il n'en dispose lui-même. Le sujet est posé hors de lui, ex-posé à ce qui est autre : le regard d'autrui, l'altération des organes corporels, la mort. Le corps assigne au sujet la loi de la nature : l'expression à autrui, la norme de la santé, l'inévitable mort. En tout cela, le sujet éprouve la passivité que lui destine son corps.

925. Mais il faut bien voir que cette passivité n'est telle que si elle s'adresse à une liberté. Car l'épreuve de la non-maîtrise suppose qu'à l'endroit de son corps même, le sujet ait éprouvé aussi la maîtrise de lui-même, la liberté.

Résultats de l'analyse

SECTION 3 - La liberté dans l'ordre de la nature.

926. L'ordre de la nature ne révèle pas seulement la loi assignée au sujet - l'exposition, le besoin, la maladie ou la mort - il révèle aussi la spontanéité même de ce sujet à qui la loi est adressée car d'emblée, le sujet se trouve chez lui, en son corps. Si le corps manifeste une exposition du sujet à une autre loi que la sienne propre, c'est - pourtant - l'exposition de ce sujet-là qu'il manifeste, et non pas d'un autre. Entre le sujet et son corps, la nature noue une adhésion première, irréductible à toute autre: en son corps, le sujet est présent à lui-même.

Cette immédiateté a été reconnue plus d'une fois dans notre analyse précédente.

927. A propos de l'image, on a parlé de la liberté du sujet toujours présent dans l'apparence qu'il offre à autrui : cette liberté est à la racine du droit. La personne détermine par elle-même la présence qu'elle entend livrer à autrui : elle se fait visage, elle se présente selon un certain art; et sa pudeur montre qu'en son apparaître, elle entend garder son statut de liberté. Ainsi, la présence de soi à soi dans le corps se manifeste-t-elle déjà à propos de l'image. N'est-ce pas en cette adhésion "naturelle" qu'il faudrait voir l'origine de la capacité - naturelle, elle aussi - reconnue au mineur de donner son consentement à la reproduction de ses traits ? Ne pourrait-on pas y voir encore l'explication de ce "droit de repentir" reconnu au sujet qui, pour avoir cédé son image à autrui, n'en reste pas moins, naturellement, celui-là même que cette image désigne ?

928. Cette double entorse faite au droit commun des obligations - capacité naturelle et droit de repentir - se retrouve d'ailleurs, ainsi qu'on l'a vu, dans le droit qui régit la relation thérapeutique. C'est que, en cette situation également, le sujet garde la liberté de son vécu corporel. Alors même qu'il est exposé à la maladie, le sujet garde la liberté de tout ce qui peut l'affecter:

Résultats de l'analyse

c'est lui qui est malade, et pas un autre. Il garde, en sa souffrance même, un dynamisme personnel qui vise cet "état de complet bien-être physique et mental, permettant le plein épanouissement de la liberté de chacun" (9). Si le corps est malade, la liberté ne l'est pas. Ce qu'éprouve le sujet dans la dure loi qui défait son intégrité corporelle, c'est encore une adhésion de lui-même à ce corps qui le fait souffrir.

929. Peut-on tenir le même langage à propos de la mort ? Pourquoi pas ? Nous sommes ici à la limite de la personnalité du sujet, à la dernière passivité que lui assigne la nature : mais la mort ne serait-elle pas, en même temps, le dernier acte du sujet lui-même, l'endroit où ce sujet manifeste, à l'extrême, sa liberté ? La nécessité de la mort ne s'adresse qu'à une liberté : on dit d'un homme à l'agonie qu'il se meurt. Cette liberté du sujet en sa mort permet de rendre compte non seulement de la possibilité matérielle qu'a toute personne de hâter la fin de ses jours, mais surtout de l'injonction de la morale qui interdit l'acte homicide. Mourir est sans doute une nécessité, mais celle-ci n'est telle que pour une liberté qui doit être laissée libre, irréductible à toute autre. Si le geste de mort nie cette liberté même, n'est-ce pas pour cette raison qu'il est condamné ?

930. C'est la liberté qui est touchée dans ce qui affecte son corps : l'image exprime une personnalité, et la maladie frappe un dynamisme personnel. Pourquoi la mort ne serait-elle pas le dernier acte révélateur du sujet libre ?

SECTION 4 - L'ordre de la nature et l'ordre du droit.

931. Les affirmations précédentes sur le statut de non-maîtrise et le statut de liberté que le corps assigne à la personne dans l'ordre de la nature peuvent apparaître comme étant des prises

(9) Selon la définition de la santé, donnée par l'O.M.S. (v. supra, n° 566).

Résultats de l'analyse

de position personnelles relevant d'une philosophie déterminée. S'il est vrai qu'elles relèvent d'une philosophie particulière, ces affirmations ne sont toutefois pas purement personnelles, car elles ne disent pas autre chose que ce que tient habituellement sur cette matière le discours juridique de nos sociétés.

Lorsqu'il protège l'image d'un sujet, lorsqu'il règle les relations nouées par un patient avec son médecin, et lorsqu'il se prononce sur la mort, l'ordre du droit fait sien l'ordre de la nature qui assigne à ce sujet une non-maîtrise en même temps qu'une liberté par rapport à son corps : il nous faut rappeler comment, et jusqu'où.

932. Quand ils abordent cette question, les premiers théoriciens du droit subjectif ne font état que de règles de protection. On sait que, pour Ihering, les lois criminelles protectrices de la vie et de l'intégrité physique des citoyens constituent la reconnaissance juridique de ces intérêts hautement personnels qui deviennent, du même coup, des droits subjectifs (10). On sait aussi que, pour Savigny, il faut chercher l'origine de nombreuses institutions positives dans le fait que le pouvoir naturel de l'homme sur lui-même doit être garanti contre toute atteinte de la part d'autrui (11). Dans un cas comme dans l'autre, l'ordre juridique prend en compte l'ordre naturel où le sujet, soumis à une autre loi que la sienne, est tout de même libre en son corps : le mouvement propre d'une liberté exposée est protégé par le droit civil et par le droit pénal.

933. Il faut bien noter cependant que cette protection du sujet de droit en son corps a lieu comme à l'égard de situations objectives, c'est-à-dire que la sanction - civile ou pénale - frappe celui qui a porté atteinte à la liberté corporelle d'un sujet déterminé, sans que l'on insiste particulièrement sur le lien (sub-

(10) V. supra, n° 149.

(11) V. supra, n° 117. Nous avons vu alors que l'auteur refuse de fonder l'impossible "jus in seipsum" sur l'existence de telles institutions.

Résultats de l'analyse

jectif) qui unit ce sujet à son propre corps. Ainsi le droit sanctionne-t-il, au titre de la responsabilité civile ou pénale, l'utilisation fautive de l'image, les coups et blessures volontaires ou involontaires, l'homicide...

Par là, l'ordre juridique entend sans doute que le sujet, tout exposé qu'il soit à l'in-jure faite par autrui, garde envers cet autrui la maîtrise de ses déterminations corporelles, mais il ne dit rien de particulier sur les prérogatives que ce sujet pourrait revendiquer quant à son propre corps : il sanctionne objectivement un dommage survenu par la faute d'un tiers.

934. De cette sanction, on peut sans doute déduire - comme Ihering - la reconnaissance d'un droit subjectif, ou bien refuser de le faire, à l'exemple de Savigny. Mais peu importe ici; ce que nous voulons plutôt souligner, c'est l'évolution du discours juridique par rapport à ces positions classiques du XIXe siècle.

En accentuant le lien qui unit le sujet à son propre corps, le discours actuel multiplie les références au droit subjectif. Nous allons le voir à propos du régime de la protection d'abord, puis de la disposition, par le sujet, de ses propres valeurs corporelles.

SECTION 5 - Le régime juridique de la protection.

935. La protection des intérêts du sujet confiée autrefois aux seules règles de la responsabilité civile et pénale s'est accrue de diverses façons. On ne traite pas ici de l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence aux articles 1382 et sv. C. civ. en vue d'élargir les conditions de la responsabilité civile, ni de l'incrimination de la non-assistance à personne en danger, plusieurs fois rencontrée dans notre analyse, ni de la création d'un droit à l'aide sociale qui vise à donner à tout citoyen se trouvant dans le besoin les conditions de la dignité humaine. On veut simplement rappeler comment le régime de la protection des intérêts du sujet a

Résultats de l'analyse

été renforcé par la considération du consentement que doit donner ce sujet lorsque son corps entre dans l'ordre juridique.

936. Sans doute autrui a-t-il signifié de tout temps une possibilité d'altération, de préjudice matériel ou moral pour un sujet déterminé; mais, autrefois, cette menace était contenue dans l'ordre par les lois réparatrices et répressives. Dans ce contexte, les sujets de droit étaient "exposés" les uns aux autres, livrés à la bonne volonté les uns des autres : c'est autrui qui devait veiller à ne pas léser l'intérêt d'un sujet déterminé; il devait éviter la faute. Peut-être faut-il voir dans cette situation-là une sorte de "confiance sociale" qui s'en remet au seul jeu de la responsabilité - civile et pénale - pour protéger les valeurs personnelles inhérentes au sujet.

Or, aujourd'hui, tout se passe comme si cette confiance tournait à la "méfiance sociale" : plutôt que de se fier à autrui pour que celui-ci respecte son devoir d'intégrité, le sujet préfère disposer d'un droit qui lui soit propre pour prendre en charge lui-même la défense de ses intérêts. "On n'est jamais si bien servi que par soi-même". Lorsqu'il dispose d'un droit a priori envers quiconque quant à ses propres valeurs personnelles, le sujet se sent davantage en sécurité : la seule atteinte à son droit, même sans prouver de dommage en son chef ou de faute dans le chef de l'auteur de l'atteinte, provoque la sanction juridique; et il peut agir avant même que le dommage ne soit réalisé.

Ici, la situation d'exposition et de non-maîtrise dans laquelle se trouve le sujet du fait de sa nature corporelle se trouve réintégrée sous l'abri de son consentement : nul ne peut disposer de cette exposition sans que lui, sujet, ne l'ait voulu.

937. Cette "reprise subjective" du rapport de droit a été reconnue dans les trois parties de l'analyse précédente : "la protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image" s'est muée en un "droit à l'image"; la relation thérapeutique, autrefois régie par les textes sur la responsabilité délictuelle,

Résultats de l'analyse

est devenue "contrat médical", et le pouvoir de se suicider ou la liberté de refuser un traitement est considéré, par exemple sous la forme du "testament de vie", comme un "droit à la mort".

Si l'on a voulu mettre ainsi l'accent sur le point de vue d'un sujet déterminé par rapport à son contexte social, n'est-ce pas parce que ce contexte est plus menaçant, plus violent qu'autrefois (12) ? La technique - photographique, informatique, médicale ou autre - a multiplié dans des proportions si effroyables les possibilités d'atteinte à l'intégrité du sujet qu'il devient dangereux, estime-t-on, de faire confiance à autrui pour qu'il ne lèse pas cette intégrité. Il est plus raisonnable de reconnaître au sujet un droit propre qui lui permette de défendre les différents éléments de sa personnalité contre toute atteinte extérieure (13).

La perspective n'est plus seulement objective au sens où l'on se contenterait de sanctionner le comportement illicite de celui qui cause un dommage à autrui; elle insiste davantage, par le fait que la faute et le dommage sont assimilés purement et simplement à l'absence de consentement, sur la subjectivité de la personne touchée.

938. Sans doute ne faut-il pas exagérer, dans la pratique, l'importance des nouveaux droits reconnus au sujet.

Ainsi pour le "droit à la mort", on imagine mal comment ce "droit" pourrait être susceptible d'une atteinte. Puisque la liberté du suicide n'est pas garantie, on ne voit pas bien comment un sujet pourrait se plaindre d'avoir été empêché par un tiers d'accomplir

(12) A propos des droits de la personnalité, M. TALLON écrit : "Cette catégorie a acquis un dynamisme nouveau et une structure plus nette avec le développement d'un certain humanisme juridique qui tend à sauvegarder la dignité de la personne humaine mise en danger par la civilisation actuelle" (Enc. Dalloz, V° personnalité, n° 1).

(13) Sans doute est-ce la même défiance envers la puissance d'autrui que l'on retrouve - mais ici au niveau politique - dans la reconnaissance des Droits de l'homme. Les abus que risque de commettre l'autorité publique sont si graves qu'il est devenu imprudent de confier à la seule norme étatique la protection des intérêts personnels des citoyens. Ceux-ci doivent pouvoir jouir, en tout état de cause, de leurs "droits de l'homme".

Résultats de l'analyse

son projet suicidaire; au contraire, on a vu que la tendance du droit est de soumettre ce tiers - dans une faible mesure sans doute, mais réelle pourtant - à l'obligation de porter secours à personne en danger.

Quant au refus de traitement - autre note retenue du "droit à la mort" -, on sait que ce refus doit certes être respecté par le médecin et que, au moins, celui-ci ne sera pas inquiété par l'ordre juridique, même si le refus "libre et éclairé" a eu pour le malade une conséquence mortelle; mais si le traitement refusé, ou accepté dans des conditions délibérément manipulées par le praticien, a été appliqué au patient, on sait aussi quelle est la sanction juridique de cette atteinte à la liberté du sujet quant à son corps.

L'analyse tant du droit civil que du droit pénal de la relation thérapeutique a montré que dans la mesure où l'intervention du praticien s'est révélée bénéfique pour le malade, il n'y a pas lieu à condamnation - ni civile, ni pénale - de l'attitude du médecin, et que si, par ailleurs, le traitement imposé a eu des conséquences néfastes, on se perd en conjectures sur le lien de causalité qui existe entre cette violation de la déontologie médicale et le préjudice qu'en l'occurrence l'acte litigieux a provoqué.

C'est dire que l'intégrité physique n'est guère protégée comme un droit subjectif, mais qu'on garde le schéma de la responsabilité pour sanctionner l'atteinte faite à l'intégrité du malade, c'est-à-dire la preuve d'un dommage dans son chef et, de la part du médecin, d'une faute différente de la seule violation de son obligation légale et déontologique de recueillir de son patient un consentement libre et éclairé au traitement qui vise à le guérir.

939. Si, pour le "droit à la mort", on imagine mal une atteinte portée à ce "droit" par un tiers, et si, dans la relation thérapeutique, on a vu que l'atteinte à l'intégrité physique n'est guère sanctionnée qu'en recourant aux conditions de la responsabilité, c'est, par contre, dans le domaine le plus "extérieur" au sujet corporel, le "droit à l'image", qu'on a vu s'affirmer par rapport

Résultats de l'analyse

aux contraintes de l'action en réparation, la sanction originale d'un droit appelé, pour la cause, droit de la personnalité. Sans doute, ainsi qu'on l'a vu, les juges utilisent-ils encore souvent le schéma de l'article 1382 pour sanctionner la violation d'un "droit à l'image", sans doute encore ne trouve-t-on pas de jurisprudence qui se prononcerait en une affaire où la seule fixation de l'image sans le consentement du modèle serait en cause, mais les formules utilisées dans les décisions de justice et soulignées par la doctrine donnent à penser que le préjudice subi et la faute commise ne sont rien d'autre, en principe, que la violation du droit reconnu.

940. Dans les différents domaines qui touchent le sujet de droit en son corps, on sait donc que la réalité jurisprudentielle est parfois fort souple, mais, sur le plan des principes, le discours juridique est très net : on ne peut publier - ni même seulement fixer - l'image d'autrui sans qu'il y ait consenti, on ne peut pas non plus, sans son consentement "libre et éclairé", entamer sur sa personne un traitement médical, ce dernier serait-il même destiné à le sauver de la mort. Le sujet doit être laissé in-tact; et cette obligation imposée aux tiers est, de plus en plus, la matière d'un droit que le sujet détient pour se protéger.

941. "Droit" à l'image, à l'intégrité physique, à la mort... c'est, peu à peu, toute la "privacy" qui se construit autour du sujet comme une défense contre les menaces extérieures. L'inévitable exposition de soi n'est plus seulement protégée a posteriori par la sanction de celui qui y porte atteinte; elle est protégée a priori par la reconnaissance d'un droit que le sujet peut faire valoir en dehors du contexte de la responsabilité.

Cette perspective atténue la dimension d'exposition, de livraison du sujet en son corps, au profit d'une maîtrise préalable de tout ce qui, en lui, pourrait être "touché" par autrui, altéré.

Résultats de l'analyse

942. Mais si l'insistance mise par le droit d'aujourd'hui sur le consentement accentue la protection de toute exposition du sujet en ce qu'il a de propre, cette même insistance peut servir aussi à renforcer la liberté de ce même sujet quant à ses déterminations personnelles. Condition de protection, son consentement devient ainsi condition de disposition.

SECTION 6 - Le régime juridique de la disposition.

943. Lorsqu'on étudie le droit du sujet sur son propre corps, les difficultés rencontrées proviennent moins du régime de protection que du régime de disposition, car si on admet facilement que la liberté exercée par une personne dans la maîtrise de ses facultés corporelles soit protégée vis-à-vis d'autrui, on ne voit pas bien au nom de quoi elle devrait être garantie à l'endroit de ces facultés mêmes. C'est pourtant ce qui se passe, d'une certaine façon, dans le discours juridique tenu à propos de la liberté du sujet quant à son corps. Mais dans chaque domaine analysé, nous avons tenu à montrer les limites de ce pouvoir de disposition.

944. Le droit du sujet sur son image a parfois été conçu sur le mode de la disposition patrimoniale. Expliquée dans les termes du droit de l'auteur sur son oeuvre ou du propriétaire sur sa chose, la prérogative du modèle quant à son image est apparue comme un élément du patrimoine économique du sujet représenté. Mais on a vu alors que, si le droit de propriété exerce sa fascination, ce peut être pour souligner le caractère "propre" de la valeur en cause, et pas nécessairement pour créer l'objectivation requise pour l'application de l'art. 544 C.civ.

On a vu aussi la limite de l'argument qui raisonne pour l'image comme pour le corps. Etant une "partie détachable", un "double" du corps, l'image peut être soumise à un régime de disposition que n'admettrait pas le corps lui-même. La conclusion a été qu'on pouvait admettre un dédoublement du "droit à l'image", en ce sens que,

Résultats de l'analyse

sur un fond de protection de la personnalité du sujet représenté, se jouerait une certaine disposition de soi.

945. En matière de traitement médical, on sait que le critère de justification pénale des atteintes portées par un médecin à l'intégrité physique de son patient est, classiquement, la nécessité curative : il s'agit de restaurer une santé, de sauver une vie. Mais on se rappelle aussi que ce critère est entamé au profit d'un plus large pouvoir de disposition attribué aux deux partenaires de la relation thérapeutique. L'importance accordée à la permission de la loi d'une part, et au consentement du malade d'autre part, montre que l'ordre juridique élargit les conditions de l'intervention médicale à la mesure - qui peut être très ample - d'une nouvelle définition de la santé. Le critère de la nature, qui déborde tant la volonté du médecin que celle du malade, est peu à peu érodé au profit d'une maîtrise décidée par le sujet quant à son corps. Le passage, en droit civil, du ministère médical au "contrat médical" va dans la même ligne. Alors que la figure contractuelle s'adapte techniquement mal au vécu de la relation thérapeutique, elle est affirmée comme un symbole des droits subjectifs : droit de l'homme de l'art à ses honoraires, et droit du malade non seulement à être protégé contre toute intervention non consentie, mais encore, peut-être, à disposer de lui-même dans les termes de la convention.

946. Cette disposition de soi peut-elle aller jusqu'à la disposition de sa propre vie dans le "droit à la mort" ? Il ne le semble pas car, dans la relation thérapeutique, si le droit du malade à refuser des soins est reconnu comme un principe énoncé dans le discours juridique actuel, on a vu que cette prérogative se situe en des limites fort précises puisqu'il paraît difficile d'exercer ce refus en un "testament de vie" avant que ne se pose concrètement la question d'une intervention du praticien, et que, par ailleurs, le rôle des "protecteurs naturels" du malade a toujours été envisagé dans le sens du salut, sans qu'on puisse attribuer à un tiers

Résultats de l'analyse

l'exercice de la prérogative - éminemment personnelle - du refus de soins.

Quant au "droit à la mort" qui serait vu comme le droit de donner à autrui la disposition de sa propre vie, il n'existe pas : il est impossible de se suicider par personne interposée. C'est pour une simple raison de fait - l'inapplicabilité de la peine ou son inopportunité - et non de droit que le suicide demeure impuni : le pouvoir matériel de l'auto-suppression n'entre pas dans le champ juridique de la relation. Si le législateur voulait toutefois reconnaître au sujet, dans l'ordre juridique, ce pouvoir extrême de disposition, il s'engagerait non seulement dans des difficultés de limite et de preuve, mais encore, à notre avis, dans l'impasse de la contradiction.

947. Ayant ainsi précisé les résultats de l'analyse, il reste à rappeler ce que l'on veut en faire.

SECTION 7 - La double question.

948. Alors que l'ordre de la nature attribue au sujet une non-maîtrise en même temps qu'une liberté dans le lien qui l'unit à son corps, et que cette double situation était assumée autrefois par l'ordre juridique dans les règles de la responsabilité, protectrices de l'image, de l'intégrité physique et de la vie, voici qu'aujourd'hui, la "réprise" par le sujet de sa situation corporelle a été accentuée à des degrés divers selon la double note caractéristique du droit subjectif : droit de protection et droit de disposition. Peut-on dire, à partir de là, que, techniquement, le sujet détient un droit sur son propre corps ?

949. On sait à quel point le droit de la personnalité a été tiraillé entre les deux régimes du droit subjectif : le droit du sujet quant à son propre corps n'échappe pas à cette tension-là. En nous aidant des résultats de l'analyse ici rappelée et des réflexions

Résultats de l'analyse

théoriques faites sur le régime qui persiste à faire difficulté, celui de la disposition, nous proposons notre solution qui consiste à disjoindre, à propos du corps humain, les deux notes constitutives de la définition mixte du droit subjectif. C'est, au titre I, notre réponse à la question technique posée au départ de la réflexion. Mais il faudra aussi évaluer cette reprise subjective qui insiste sur le consentement que doit donner le sujet à propos des situations qui affectent son propre corps. Cette insistance sera mise en parallèle - au Titre II - avec la priorité qu'accorde une certaine partie de la doctrine à la figure même du droit subjectif par rapport à l'antériorité de la norme et qui pose, comme nous l'avons vu au Titre I de notre première Partie, une question importante de philosophie sociale.

TITRE I

LE REGIME DE LA DISPOSITION ET LE DUALISME DU DROIT SUBJECTIF

950. Après que les résultats de l'analyse ont montré une superposition de l'ordre de la nature et de l'ordre du droit ainsi que, en ce dernier ordre, une conjonction de la protection et de la disposition, on étudie ici avec plus de détail, ce régime de la disposition qui empêche, selon Savigny, la reconnaissance d'un droit du sujet sur son propre corps. On examine, pour ce faire, la portée des raisons avancées par Savigny lui-même dans sa réfutation du *Recht an der eigenen Person*.

Car c'est en mesurant la force de cette contestation que l'on peut savoir si la disposition par un sujet de sa propre personne n'est tout de même pas possible, de telle sorte qu'on puisse sauver, dans la relation du sujet de droit à son propre corps, l'application de la définition mixte du droit subjectif.

951. On retient d'abord la justification fondamentale au rejet du "*jus in seipsum*", à savoir le refus d'une légitimation du suicide. On retient aussi la volonté de ne pas mettre sur le même plan, d'une part, la maîtrise naturelle exercée par l'homme sur ses facultés personnelles et, d'autre part, les "prolongements artificiels" que constituent les droits du sujet sur le monde extérieur. Car c'est à partir de cette double affirmation que peut se cerner l'absence de disposition de l'homme sur lui-même et, singulièrement, sur "l'apparence visible de lui-même, sur son corps et ses membres".

952. On ne s'étonnera pas de ce que cette double contestation de l'ordre juridique rejoigne les résultats de notre analyse touchant le corps dans l'ordre naturel. Car en ce dernier ordre, nous avons reconnu à la fois une non-maîtrise où le vécu corporel apparaît

Régime de la disposition

comme un donné, une norme - la loi d'un autre - qui s'impose au sujet, en même temps qu'une spontanéité première où, avant tout artifice, ce sujet est déjà lui-même en son propre corps. Le lien du sujet à son corps est trop immédiat pour que l'ordre juridique ait quelque chose à dire aussi bien sur la passivité qui expose le sujet à l'expression et au besoin, à la santé et à la maladie, à la vie et à la mort, que sur l'activité propre par laquelle ce sujet est d'emblée libre en son corps. L'injonction est trop haute et la maîtrise est trop proche pour que la reconnaissance sociale trouve encore quelque pertinence dans l'affirmation d'un "jus in seipsum".

953. Mais toutes les questions posées par cet hypothétique "droit du sujet sur son propre corps" ne sont peut-être pas résolues pour autant, car les trois cercles concentriques au milieu desquels se trouve le sujet de droit ne sont pas cloisonnés de façon étanche : il peut arriver que le sujet engage envers autrui dans le troisième cercle - celui des biens et des obligations - les puissances contenues dans le premier - celui de la subjectivité individuelle en sa condition incarnée. L'analyse faite dans les trois parties précédentes de cette étude a montré, en effet, qu'on parle de "droit à l'image", de "contrat médical" et de "droit à la mort".

Quelle est donc la validité de ces expressions qui appréhendent le sujet lui-même dans les termes du droit subjectif ?

954. Savigny a bien vu ce qui concerne la protection du sujet par le droit; il connaît les institutions qui garantissent la liberté personnelle contre tout mouvement qui, pourrait-on dire, se dirige vers - ou contre - le "premier cercle"; il a d'ailleurs refusé, ainsi qu'on l'a vu, de conclure à l'existence d'un "jus in seipsum" à partir de cette protection judiciaire. Mais a-t-il fait le tour de tout ce qui concerne la disposition du sujet par lui-même sur le plan du droit ou, si l'on veut, de ce mouvement qui part du "premier cercle" pour se diriger vers "l'extérieur" ? Car en fait de disposition, il parle, premièrement, du suicide, et c'est pour refu-

Régime de la disposition

ser de le légitimer et, deuxièmement, de la maîtrise naturelle de l'homme sur lui-même, et c'est pour dire qu'elle n'a pas besoin d'une reconnaissance juridique. Mais comment peut-on régler avec ces deux seules affirmations le sort de toutes les conventions par lesquelles le sujet engage envers autrui ses propres déterminations corporelles depuis la plus superficielle (l'image) jusqu'à la plus radicale (la mort) ?

955. Ces conventions, en effet, ne conduisent peut-être pas toutes soit à reconnaître la légitimité du suicide, soit à méconnaître la maîtrise originelle du sujet sur lui-même par rapport à toute reconnaissance d'un pouvoir juridique à son profit. En d'autres termes, les arguments avancés par Savigny, "par en haut" et "par en bas", pour contester l'expression d'un "droit du sujet sur son propre corps", laissent peut-être encore la place à une zone médiane où se révèle un droit du sujet quant à son corps.

Or, dans l'examen de cette zone intermédiaire, on remarque que si les conventions concernant le corps humain et son "apparence visible" se sont multipliées dans des proportions que Savigny lui-même n'aurait pas imaginées, elles continuent toutefois à obéir aux deux principes qu'il avait dégagés - illégitimité du suicide et spontanéité de la maîtrise de l'homme sur lui-même - pour autant qu'on veuille bien les comprendre de façon assez large.

C'est ce qu'on examine dans les deux chapitres qui suivent, avant de conclure sur le dualisme du droit subjectif.

Régime de la disposition

CHAPITRE 1 — Le premier principe : ne pas entamer l'intégrité

956. Quelle est la portée juridique de l'illégitimité du suicide invoquée par Savigny comme une des deux raisons qui infirment l'existence du jus in seipsum ? Il est difficile de le dire puisque, précisément, cette illégitimité sert d'argument pour contester la pénétration de l'ordre juridique dans le cercle du moi.

Mais est-il absurde de référer cette interdiction du suicide à l'ordre de la nature, dont nous avons vu qu'il impose au sujet une non-maîtrise de soi (1) ? Le corps est signe de ce que la personne ne dispose pas d'elle-même, de ce qu'elle est livrée, exposée à la vie qui l'anime : ni la vie, ni la mort ne sont à sa disposition. Car il y a dans la vie une positivité - c'est son corps même - sur laquelle elle n'a pas de prise.

En nous laissant le soin de préciser au Titre suivant l'horizon philosophique de cette affirmation, on voudrait ici en mesurer la portée technique selon les différentes figures qu'elle prend en droit civil et en droit pénal.

On aborde ainsi successivement le commerce juridique (2), puis le consentement de la victime et l'illicéité de la cause, et enfin l'abus de droit.

SECTION 1 - Le corps et le commerce juridique.

957. On peut élargir la première raison avancée par Savigny - la condamnation du suicide - au rejet de toute attitude par laquelle un individu dispose de lui-même pour sa perte ou pour une dimi-

(1) V. supra n° 920.

(2) V. la définition du "commerce" donnée par M. DOMAGES : "En droit romain, l'expression 'commercium' a servi à désigner les rapports juridiques que les hommes ont entre eux relativement à l'utilisation des biens. Le commerce est alors la possibilité pour une chose de servir d'objet à un acte juridique, à un contrat" (Thèse citée, p. 23).

Régime de la disposition

nution de son intégrité. Ce qui a été dit du suicide vaut aussi de tout autre comportement qui porte atteinte à l'intégrité (physique) du sujet. En ce sens que l'atteinte dommageable à soi-même, simple pouvoir de fait, ne peut jamais être accordée à autrui : le sujet ne dispose pas de soi au point qu'il pourrait accorder à un autre le "droit" de disposer de lui (de son corps) par des actes qui entament son intégrité.

Mais alors, on peut, à partir de là, renverser la perspective en posant la question suivante : si le droit interdit d'engager dans la relation à autrui une maîtrise qui pourrait être préjudiciable à l'intégrité (corporelle) du sujet, ne peut-on pas, à l'inverse, admettre la licéité des conventions où le sujet met dans le commerce ses déterminations corporelles sans avoir à redouter un dommage à son intégrité ?

Faut-il dire que le corps de l'homme se situe en dehors du commerce juridique parce que tout pouvoir reconnu à l'homme sur son corps amènerait à légitimer le suicide sur le plan du droit, ou bien ne faut-il pas plutôt dire que le commerce juridique est permis à propos du corps humain mais à la condition que les conventions formées n'entament pas l'intégrité physique du sujet ?

958. On peut répondre que, de plus en plus, notre droit passe de la première à la seconde proposition.

Depuis la chronique de Josserand en 1932 sur "la personne humaine dans le commerce juridique" (3), les auteurs s'accordent pour reconnaître, parfois à contre-cœur, une extension du pouvoir de disposition de l'homme sur son propre corps (4). Ceci est dû en bonne partie aux progrès de la médecine, particulièrement dans la discipline des greffes : puisque certains organes humains peuvent être "transmis" d'un corps à un autre, ne fallait-il pas accommoder la norme absolue qui situe le corps humain en dehors du commerce juri-

(3) L. JOSSERAND, Chronique citée au D.H., 1932, pp. 1 à 4.

(4) V. p.ex. : G. SARVONAT, thèse citée (1951), p. 10; R. DOMAGES, thèse citée, (1956), p. 352; A. GOERGEN, thèse citée (1957), p. 131; F. CABRILLAC, thèse citée, (1962), p. 7.

Régime de la disposition

dique, pour reconnaître au sujet un certain droit de disposition sur son corps et ses membres ? (5)

959. Savigny refusait de reconnaître à l'homme un pouvoir sur son propre corps car il ne pouvait accepter de légitimer le suicide, mais si, en exerçant son autonomie contractuelle, caractéristique du régime de "pouvoir reconnu", le sujet respecte l'ordre public et les bonnes moeurs, ne peut-on pas, encore une fois, lui reconnaître un pouvoir de disposition de soi ? Il semble bien que oui, et dès lors le principe selon lequel le corps humain se trouve placé en dehors du commerce juridique doit être d'autant nuancé.

C'est ce que font tous les auteurs rencontrés (6). Le corps humain ne constitue plus un objet illicite de convention (7). Mais il reste cependant dans notre ordre juridique civil et pénal des limites à ce droit de disposition.

(5) V. sur cette question des greffes, supra n° 556 à propos de l'élargissement de la nécessité curative.

(6) Cfr. par exemple : R. NERSON, thèse citée, p. 429; G. SARVONAT, thèse citée, p. 9: "dans l'état actuel de nos conceptions, on ne donne pas une valeur technique spéciale à la maxime selon laquelle le corps humain est hors du commerce juridique. On l'interprète comme une reconnaissance du principe de l'inviolabilité du corps humain."; A. GOERGEN, thèse citée, p. 244; R. SAINT-ALARY, rapport cité in *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, t. VI (1958), p. 76; R. DIERKENS, op.cit., pp. 29-30 et p. 193; F. CABRILLAC, thèse citée, pp. 128 et sv. : "Le principe de la non-commercialisation était jusqu'à ces dernières années considéré comme une indiscutable évidence par la doctrine qui n'éprouvait même pas le besoin de le justifier. Les auteurs se contentaient d'affirmer l'existence du principe soustrayant le corps humain à l'emprise de l'autonomie de la volonté. Nul ne peut disposer de son corps, soit pour en céder la totalité ou une fraction, soit pour autoriser autrui à y porter atteinte." Mais ce principe a évolué, et l'auteur poursuit: "les conventions portant soit directement, soit indirectement sur le corps humain sont aujourd'hui trop nombreuses pour que le principe de la non-commercialisation puisse s'entendre comme une impossibilité de passer des transactions sur le corps humain (...)" (id., p. 130).

(7) C'est la position tenue par Mme A. JACK dans son article déjà cité sur "Les conventions relatives à la personne physique", position suivie par M. DOMAGES dans sa thèse sur Le corps humain dans le commerce juridique, et par Melle CABRILLAC dans sa thèse sur Le droit civil et le corps humain (v. en particu-

Régime de la disposition

SECTION 2 - Les figures de la non-disposition.

960. Si l'autonomie contractuelle peut désormais prendre pour objet le corps humain lui-même, c'est à la condition de respecter les limites du champ de la disposition de soi (8).

On connaît, sur le plan pénal, la figure de cette non-disposition de soi : c'est l'inefficacité du consentement de la victime à supprimer le caractère délictueux d'une atteinte portée à son intégrité physique. On a eu l'occasion de le voir dans l'étude de la justification de l'acte médical lorsqu'on a montré, notamment dans la critique de la thèse de M. Fahmy Abdou, que le consentement du pa-

(Suite note 7)

lier les pp. 130 et 254); v. aussi P. KAYSER, "les droits de la personnalité", art. cité, R.T.D.Civ. 1971, p. 462.

Dans une note signée J.P. sous trib. Gr. inst. Paris, 3 juin 1969, D., 1970, 136, on trouve cependant l'affirmation selon laquelle "le corps humain, en tout ou partie, ne peut-être l'objet d'une convention". Il est vrai qu'en l'espèce la convention était franchement immorale : prise de vue d'une séance de tatouage sur une actrice, ablation du lambeau de peau tatoué et mise en vente du "tableau" ainsi réalisé. Le tribunal a annulé la convention pour illicéité de la cause.

- (8) Cfr. DIERKENS : "outre l'avantage personnel, les normes de civilisation constituent en fait et en droit la véritable pierre de touche de l'étendue et des limites du droit de l'homme sur son corps" (R. DIERKENS, op.cit., p. 44; cfr. aussi sa conclusion, p. 193, n° 346); et CABRILLAC : "alors que la personne peut exercer un pouvoir absolu sur des choses parce qu'elles lui sont à la fois extérieures et subordonnées, il est évident que les biens qui composent sa personnalité, son être, ne seront susceptibles que d'une disponibilité relative parce qu'ils lui sont à la fois intérieurs et supérieurs. On ne saurait lui permettre ni de les détruire parce qu'elle se détruirait elle-même, ni d'en disposer pour une cause immorale ou futile". (F. CABRILLAC, thèse citée, p. 279). V. aussi dans le même sens : A. GOERGEN, thèse citée, p. 232; H. PERRET, "La personne humaine dans l'ordre du droit", in mélanges Brêthe de la Gressaye, p. 599 et le rapport général de M. J.L. BAUDOUIN : "Corps humain et actes juridiques" dans les travaux de l'Association Capitant, 1975, pp. 178 et sv.; cfr. aussi l'art. 5 du Code civil italien prescrivant que "les actes de disposition de son corps sont prohibés quand ils causent une diminution permanente de l'intégrité corporelle, ou quand, d'une autre façon, ils sont contraires à la loi, à l'ordre public, aux bonnes moeurs.", et le commentaire de cette disposition dans A. FAHMY ABDU, op.cit., pp. 396 et sv.

Régime de la disposition

tient n'est pas une condition suffisante à la justification d'une intervention curative qui entame l'intégrité physique du sujet (9). On l'a vu aussi dans l'étude du "droit à la mort" à propos de la répression de l'homicide consenti et de l'inefficacité de la demande de mort de la part du malade (10).

Le droit pénal, a-t-on dit, doit bien admettre que le sujet ait la liberté factuelle de se suicider mais il ne peut tolérer que, par le biais du consentement de la victime, cette liberté de se supprimer soi-même ou, plus bénignement, de se causer un dommage corporel, puisse entrer dans l'ordre du droit. Entre le sujet et autrui s'insère un ordre public qui échappe à la convention des parties.

961. En droit civil, le régime est le même, mais il prend d'autres formes : celle, surtout, de la cause immorale ou illicite. On sait que le corps humain, étant entré dans le commerce juridique, n'est plus un objet illicite. Mais pour limiter le pouvoir de disposition du sujet dans les conventions qui sont désormais possibles à propos du corps, la morale se réintroduit dans le champ juridique en vérifiant la licéité de la cause (11).

C'est le but poursuivi par les parties qui détermine la validité de leur convention : la cause est considérée comme illicite lorsque

(9) V. supra n° 486.

(10) V. supra n° 875.

(11) Dans son article précité, Mme A. JACK constate le paradoxe qu'il y a à utiliser la théorie de la cause pour étendre le champ contractuel à propos du corps humain : "C'est (...) le but de la convention, les motifs qui ont conduit les parties à la conclure et l'exécuter, qui vont finalement constituer le critérium de sa validité; ce n'est pas à la théorie de l'objet illicite, mais à celle de la cause illicite que nous nous trouvons obligés, par la force des choses, de recourir. Il est même curieux de constater que cette théorie de la cause, qui a pour effet ordinaire de restreindre le champ de la liberté contractuelle, permet ici de restituer à l'autonomie de la volonté un domaine que lui fermait la théorie plus brutale de l'objet illicite" (p. 376).

Régime de la disposition

la convention n'a pas respecté, selon le prescrit de l'art. 1133 C.civ., la loi, l'ordre public ou les bonnes moeurs (12).

Si cette moralité, requise par le droit à propos de la convention dans laquelle un sujet dispose de ses valeurs corporelles, interdit qu'un tiers donne conventionnellement la mort à autrui, elle admet, en revanche, qu'un sujet malade dispose de son intégrité physique pour autoriser un médecin à le guérir ou, du moins, à le soigner : la cause du "contrat médical" réside dans la nécessité curative.

Et, pour le "droit à l'image", notre analyse a montré que les conventions sont, en cette matière également, contrôlées au point de vue de leur licéité morale. Par exemple, il est interdit à un modèle de concéder à autrui un abandon définitif de son image.

962. L'illicéité de la cause, en droit civil, et l'inefficacité du consentement de la victime, en droit pénal, sont ainsi les figures de la non-disposition, par le sujet, de son propre corps. Elles sont l'application de la première raison invoquée par Savigny : ne pas entamer l'intégrité corporelle du sujet. On pourrait encore découvrir une autre figure civile de cette non-disposition dans l'abus de droit.

(12) Comme l'écrit Mme SARVONAT : "L'accord des volontés ne peut violer les règles primordiales de notre organisation juridique, il ne peut aller à l'encontre de l'ordre public et des bonnes moeurs. C'est l'application de la théorie de la cause dans les obligations, de l'art. 6 du C.Civ., et d'une idée plus générale de moralité devant régir les rapports privés. L'ordre public, les bonnes moeurs, ne sont que la manifestation juridique d'un état de la civilisation qui considère certains actes comme justes et bons" (G. SARVONAT, thèse citée, p. 47).

Pour une assimilation de la cause illicite et de la cause immorale, v. la note Ph. le TOURNEAU sous gr. inst. Bobigny, 15 décembre 1976, D.S., 1977, Jur., 245 : "Les bonnes moeurs ne peuvent être dissociées de l'ordre public : il s'agit là d'une notion unique, unitaire, bien que polymorphe. Les obligations immorales sont des obligations illicites d'une nature particulière, en ce sens que leur caractère répréhensible tire son origine dans la morale et non dans un texte de loi, mais elles font partie intégrante de l'ordre public."

Régime de la disposition

SECTION 3 - L'abus de droit.

963. La question de l'abus de droit mérite d'être posée car dans l'analyse du droit du suicide, on a vu qu'au moins un auteur, M. Givanovitch, refuse de considérer le suicide comme un des droits de l'homme, l'auto-suppression constituant, selon lui, un abus du droit d'exister (13) : or, Savigny conteste précisément l'existence d'un droit de l'homme sur ses propres forces corporelles pour ne pas devoir admettre en droit la légitimité du suicide.

964. On sait que l'abus de droit est une catégorie doctrinale d'un maniement délicat (14).

(13) Cfr. Th. GIVANOVITCH, art. cité, p. 410, et supra n° 848.

(14) Tenue pour contradictoire par les uns (cfr. la célèbre formule de PLANIOL : "le droit cesse où l'abus commence" et la critique faite par DUGUIT, Traité cité, t. I, § 24, pp. 266 et sv.; et M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, 1962, p. 162), la notion d'abus de droit est adoptée par les autres avec des justifications assez diversifiées. Ou bien on voit dans l'abus de droit une faute qui déclenche le mécanisme de la responsabilité civile - mais peut-il y avoir une faute dans l'exercice d'un droit ? Ou bien on dégage dans le droit lui-même une finalité sociale en dehors de laquelle, qu'il y ait eu méchanceté ou qu'il y ait eu seulement négligence, l'exercice de ce droit est abusif (V. là-dessus, la note J. BRETHER sous Cass. fr., 7 mai et 24 novembre 1924, S., 1925, I, p. 217; A. ROUAST, "Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés", R.T.D.Civ., 1944, p. 1, P. VAN OMESLAGHE, "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", note sous Cass., 10 septembre 1971, R.C. J.B., 1976, p. 335, et M. MIALLE, Introduction à la science du droit, op.cit., p. 166).

On peut se demander, avec M. MARTIN, si ces positions ne se rejoignent pas dans une même relativisation de l'ordre juridique par rapport à sa finalité idéologique ou morale : "la référence à un 'bon usage social' des droits, et particulièrement du droit de propriété, ramène nolens volens à une interprétation finaliste de l'exercice du droit. L'appréciation de la faute implique un jugement sur la finalité que contient la conduite d'un individu, sur la finalité de la règle de droit, et une comparaison entre ces deux finalités. Le juge recherche une valeur sociale. On arrive ainsi où on ne voulait pas aller, au droit-fonction, à une vision socialiste du système juridique" (R. MARTIN, art. cité, in R.T. D.Civ., 1975, p. 57).

Régime de la disposition

D'une façon ou d'une autre, cette notion marque - son nom même l'indique - la limite du droit. Que l'on dise qu'il peut y avoir faute dans l'exercice d'un droit ou bien qu'un droit est accordé pour autant seulement qu'on n'en fera pas un usage anti-social, cela revient à poser des limites, des frontières au droit. Or, dans la pensée de Savigny et de tous ceux qui situent le droit en régime de "pouvoir reconnu", les frontières sont précisément tracées autour d'un sujet pour lui octroyer un domaine sur lequel sa volonté pourra régner souverainement "du consentement de tous"; comment donc peut-il se faire que ce pouvoir, ce "droit", puisse encore faire l'objet d'un contrôle, alors même qu'il se déploie à l'intérieur de ses frontières, de son "cercle" ? Pour faire bref, disons qu'on touche ici une insuffisance de la définition purement politique du droit comme "pouvoir reconnu" et que cette définition doit encore être complétée, dans une perspective davantage "moraliste", comme le fait Ihering par exemple, par la considération du but pour lequel est accordée la prérogative subjective (15).

965. Mais on remarque, par ailleurs, que l'abus de droit est une catégorie qui fut créée pour contrôler l'exercice du droit de propriété. Il a donc pu trouver sa place dans le troisième cercle de Savigny (dans le régime des biens et des obligations) et dans le second cercle (par exemple pour contrôler l'exercice de la puissance paternelle), mais il n'a pas sa place dans le premier cercle (celui du sujet lui-même) tout simplement parce qu'en ce domaine, il n'y a pas de droit. Redoutant que l'homme ne soit autorisé à se suicider, Savigny a refusé de lui reconnaître un droit sur lui-même. Est-ce parce qu'il craignait "l'abus" qu'il n'a pas voulu de "droit" ? (16)

(15) V. supra n° 95.

(16) Que se serait-il passé si SAVIGNY avait tenu à propos du "troisième cercle", le raisonnement qu'il a tenu à propos du premier ? Par exemple, puisque le droit de propriété est susceptible d'abus, comme l'expérience judiciaire le montre, ne faudrait-il pas refuser de reconnaître au sujet un droit de propriété ? ...

Régime de la disposition

Dans l'hypothèse du "droit sur son corps" contesté par Savigny, l'interdiction du suicide a déjà pris toute la place du droit : il n'existe pas de jus in seipsum. L'abus de droit n'est donc pas à redouter dans le pouvoir de disposition de soi puisqu'il n'y a pas de disposition de soi (17).

Dans la mesure où l'on s'écarte de cette affirmation de Savigny pour pouvoir fonder la validité de certaines conventions où le sujet engage ses déterminations corporelles, on pourrait être amené un jour à invoquer l'abus de droit pour sanctionner un excès dans la disposition de soi. Mais cette possibilité n'est que théorique et l'on rencontrera plus fréquemment les figures classiques de l'inefficacité du consentement de la victime en droit pénal, et de l'illicéité de la cause en droit civil.

966. Cela dit, on peut, à propos de la première raison avancée par Savigny à la contestation du "Recht an der eigenen Person", tirer la conclusion suivante : comme conséquence directe de l'illégitimité du suicide, il faut dire que le don de la mort ne peut entrer dans le cercle du droit. Le "droit à la mort" n'a pas sa place dans l'ordre juridique. Mais puisque les hypothèses dans lesquelles un sujet engage envers autrui sa propre condition corporelle ne conduisent pas toutes à la mort ou à un dommage quelconque, on peut admettre un pouvoir de disposition de soi au profit d'un sujet, à condition que celui-ci respecte, dans ses engagements, les données de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs. En d'autres termes, s'il est compréhensible qu'on n'accorde pas au sujet un droit pour qu'il puisse se suicider, il ne s'ensuit pas qu'on ne pourrait pas lui accorder un droit parce qu'il pourrait

(17) Dans les rapports du droit et du corps humain, on retiendra plutôt l'abus de droit non pas dans le régime de disposition du corps mais dans celui de la protection : il y a possibilité d'abus des pouvoirs relatifs à la défense de son intégrité corporelle. V. là-dessus F. CABRILLAC, thèse citée, pp. 122 et sv. à propos du refus de traitement ou d'expertise sanguine.

Régime de la disposition

se suicider. Car l'exercice de ce droit n'est pas nécessairement dommageable, "abusif". Ce n'est pas parce que la disposition de soi voit ses contours limités que ce pouvoir n'existerait pas. Au contraire.

En précisant la portée du premier argument de Savigny - celui qui est tiré de l'illégitimité du suicide -, on s'aperçoit qu'il y a place, dans notre ordre juridique, pour un pouvoir de disposition de soi, pour autant, du moins, que le sujet n'entame pas son intégrité.

Mais Savigny avançait un second argument pour nier l'existence d'un "jus in seipsum" : il est tiré de la différence qui existe entre la maîtrise naturelle par l'homme de ses propres forces corporelles et les "prolongements artificiels" que constituent les pouvoirs reconnus au sujet dans l'ordre du droit.

Régime de la disposition

CHAPITRE 2 — Le second principe : garder la maîtrise naturelle

967. Pour Savigny, il s'avère indispensable de dégager la maîtrise spontanée d'un sujet sur ses propres facultés corporelles par rapport aux cadres trop rigides du régime des "pouvoirs reconnus". Au lieu que le droit sur soi-même soit discuté "par en haut", au nom de la nature morale de l'homme, il est ici contesté "par en bas" en raison d'une spontanéité corporelle du sujet qui n'a pas à s'enfermer dans un cadre juridique.

Il serait difficile d'exagérer l'importance d'un tel argument. Le régime du "pouvoir reconnu" poursuit l'objectif d'une répartition des droits entre différents sujets; or le pouvoir qu'un sujet exerce sur son propre corps est trop premier, trop originel, pour entrer dans les catégories de la structure juridique. Cette spontanéité du sujet quant à son corps a d'ailleurs été constatée plus d'une fois dans les analyses précédentes (1).

La seconde raison avancée par Savigny devra donc être retenue, tout comme la première. Mais peut-être, pas plus que celle-ci, n'est-elle péremptoire. Car pour que l'argument soit décisif, il faudrait, d'une part, qu'aucune figure juridique ne puisse respecter cette originalité du pouvoir naturel de l'homme sur lui-même et d'autre part, que ce pouvoir de l'homme sur lui-même reste exclusivement naturel.

968. Ce qui est sûr, en tout cas, c'est que, en vertu de la "maîtrise naturelle" de l'homme sur son propre corps, l'hypothétique "droit sur soi-même" est exclu par principe du champ des "prolongements artificiels" du pouvoir de la personne : les droits patri-

(1) V. supra n° 926 - la liberté dans l'ordre de la nature.

Régime de la disposition

moniaux (2). On voudrait souligner ici cette originalité de la maîtrise naturelle par l'homme de ses forces corporelles par rapport à toute reconnaissance d'un droit patrimonial (3).

969. Parmi les droits du patrimoine, la classification traditionnelle dénombre les droits réels, les droits de créance et les droits intellectuels. Il semble bien qu'aucune de ces trois classes ne qualifie valablement la relation d'un sujet à son propre corps, ainsi qu'on va le voir.

Après ce qui a été dit dans la deuxième Partie à propos du "droit à l'image" considéré comme un droit d'auteur (4), on ne cherchera plus ici d'autre assimilation de la maîtrise par un sujet de ses déterminations corporelles avec un quelconque droit intellectuel. On ne s'attardera pas non plus sur le droit de créance, car la tentation n'est pas très grande de considérer qu'un sujet serait créancier, emprunteur ou locataire de son corps. La doctrine n'y fait d'ailleurs jamais allusion.

(2) Sur la compréhension du patrimoine en termes de pouvoir, V. SAVIGNY (op.cit., § 53, p. 339) : "L'ensemble des rapports qui prolongent de cette façon le pouvoir d'un individu, nous l'appelons son patrimoine (Vermögen), et l'ensemble des institutions juridiques qui y ont trait, le droit patrimonial (Vermögensrecht)."

Dans une note (b) sous ce texte, SAVIGNY réfléchit sur l'étymologie des mots : "la signification du concept juridique donné (Vermögen) en allemand est la plus pertinente qu'on puisse trouver. Car par là est exprimé immédiatement ce fait essentiel qu'est l'accroissement de pouvoir (Zuwachsende Macht) que, par l'existence de ces droits, nous sommes en état ou nous pouvons (vermögen) acquérir. Moins juste est l'expression romaine "bona" qui est passée dans les langues latines plus récentes, et qui désigne d'abord une idée latérale, à savoir le bien-être fondé par ce pouvoir ou la satisfaction qu'il nous garantit."

En privilégiant le pouvoir par rapport au bien-être qu'il permet, SAVIGNY adopte une hiérarchie que renversera IHERING.

(3) V. déjà sur cette matière la position de SAVIGNY (*supra* n° 114) rappelée dans l'analyse du "droit à l'image" à propos de l'articulation entre personne et patrimoine (n° 360).

(4) V. *supra* n° 365.

Régime de la disposition

970. Reste le droit réel. On le caractérise par le lien d'un sujet à une chose, entraînant une opposabilité universelle. Pour qualifier la relation d'un sujet à son corps, on ne retient ici que l'espèce la plus accomplie du droit réel : le droit de propriété et, accessoirement, le droit d'usufruit (5).

SECTION 1 - La propriété du corps.

971. Lorsqu'on situe le droit subjectif en régime de pouvoir reconnu, on ne peut manquer de souligner, ainsi qu'on l'a déjà vu à propos du "droit à l'image" (6), l'exemplarité parfaite de la propriété, "droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue..." (art. 544, C.civ.).

A la limite, tout droit subjectif, dans cette optique, n'est qu'une approximation ou une émanation du droit de propriété (7).

(5) Cfr. A. GOERGEN, thèse citée, p. 226 : "Nous écarterons délibérément l'habitation, les servitudes et l'emphytéose. Il est évident que ces droits réels ne peuvent avoir pour objet le corps humain. Nous écarterons de même l'usage qui diffère très peu de l'usufruit. Reste alors la propriété et l'usufruit".

(6) V. supra n° 387.

(7) On lit ainsi dans la "Théorie de l'Institution" de RENARD : "La notion de droit subjectif n'est que l'extension de celle de propriété et peut-être dans un sens large du mot, tout droit subjectif se ramène au type de la propriété : la propriété est un prolongement de la personnalité humaine, l'incorporation de celle-ci dans quelque bien extérieur, une manière d'assimilation des biens extérieurs par la personnalité humaine suivant les lois supérieures qui gouvernent les rapports de l'homme avec l'univers." (G. RENARD, La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique, Sirey, 1930, volume I, p. 331, note 1). On trouve dans G. RICHARD, "La sociologie juridique et la défense du droit subjectif" (Rev. philos. de la France et de l'Etranger, année 1912, p. 236) une illustration encore plus impressionnante de l'importance donnée au droit de propriété : "Il semble qu'avec la propriété le système entier du droit subjectif soit donné, les droits du citoyen comme les droits de l'homme. La liberté des contrats découle du droit de propriété, mais l'inviolabilité du domicile en procède aussi, ainsi que l'inviolabilité de la correspondance. Posez ces libertés et vous avez comme corollaires les libertés de presse, de réunion et d'association. Dès lors que manque-t-il sinon

Régime de la disposition

Encore que, sous un certain point de vue, le droit ne soit jamais qu'une répartition de pouvoirs entre différents sujets, on est frappé par le caractère immédiat de la relation du sujet à la chose dont ce sujet est propriétaire : c'est la chose qu'il a pour lui, à lui, "en propre"; c'est sa chose. Son droit, dirait-on, n'a besoin d'aucune médiation sociale : entre sa chose et lui, il n'y aurait rien d'autre que son propre pouvoir. Dans ce rapport du sujet à son bien, autrui ne serait situé qu'à l'extérieur, comme celui qui est exclu du droit (8).

972. Or, dans le monde des objets, n'en est-il pas un que le sujet privilégie par-dessus tout parce qu'il est à lui-même sans jamais pouvoir être à autrui, un "objet" tellement à lui qu'il est déjà lui : le corps. Ainsi, le sujet serait tellement "propriétaire"

(Suite note 7)

le droit politique ? Mais le droit de propriété comprend la faculté de se taxer soi-même qui, une fois reconnu à l'ensemble des propriétaires, engendre inévitablement le régime parlementaire et le contrôle du gouvernement par les contribuables." texte cité par M. IONESCU, Le droit subjectif, op.cit. (éd. 1931) p. 170, note 1. Cette note n'est pas reprise dans l'édition de 1978.

- (8) Cfr. F. RIGAUX, Introduction..., chap. 46, p. 202 : "Historiquement, c'est la notion d'appartenance maîtrise, telle qu'elle se dégage du droit de propriété, qui caractérise tout droit subjectif. La véritable signification d'un tel droit est d'exclure autrui de son exercice. C'est en ce sens, encore, que la propriété est l'image la plus sûre du droit subjectif". Comp. A. DAVID, "Les biens et leur évolution", Archives de philosophie du droit, 1963, pp. 166-167 : "La propriété n'est probablement pas un droit sur la chose (...) pas plus qu'un tissu de droits personnels autour d'une chose, mais une lacune du Droit, une 'liberté'. Le terme 'liberté' signifiant ici une limite du Droit, l'existence d'un domaine interdit à la société et au législateur (...). On peut imaginer ce cercle de néant social comme un enclos où l'on laisse pénétrer le seul propriétaire. L'Etat circule ensuite autour de l'enclos, s'interdisant et interdisant aux individus de franchir la palissade. Mais l'essentiel se passe derrière la palissade, à l'abri du droit et de la société, entre l'homme et la chose".

Régime de la disposition

de son corps qu'il l'aurait "en propre"; ce serait son "corps propre", dont autrui serait à tout jamais exclu (9).

Savigny disait que la maîtrise naturelle par l'homme de ses propres facultés corporelles est trop spontanée pour entrer dans le jeu des pouvoirs reconnus par la société à la volonté individuelle, mais ne pourrait-on pas renverser la perspective, comme le suggère d'ailleurs Savigny, en disant que le droit de propriété est une construction trop artificielle pour n'avoir pas dans le sujet lui-même, dans sa nature, un principe fondamental d'explication ? Tout droit (de propriété) partirait donc de cette appropriation originelle par le sujet des puissances de son corps propre (10).

Ceci pourrait rendre compte du double sens que l'on a posé dans le mot "propriété" lors de l'analyse du "droit à l'image" (11) : l'objectivation caractéristique de la propriété entendue selon l'art. 544 C.civ. suppose un lien d'appartenance plus fondamental entre le sujet et son corps.

973. L'histoire de la philosophie politique montre l'un ou l'autre exemple de cette articulation des deux sens de la propriété, comme

(9) Comp. G. SARVONAT, thèse citée, p. 26 où l'auteur parle de la propriété du corps comme d'une "forme de langage" : "si l'on a aimé parler de propriété (...) c'est que cette notion permet une protection très forte. Etant un droit absolu, la moindre atteinte portée à ce droit devra être réparée."

V. aussi R. DOMAGES, thèse citée, p. 32 où la confusion entre le droit à l'intégrité corporelle et le droit de propriété est expliquée par leur caractère commun d'opposabilité absolue.

(10) Le renversement de perspective est bien explicité par G. DEL VECCHIO, art. cité, in *Rev. crit. de lég. et jur.*, 1925, pp. 188-189 : "La tentative qui a été faite d'expliquer le droit sur son propre corps en le ramenant à un droit de propriété, se fonde (...) sur une illusion : savoir, sur la croyance naïve que le rapport qui existe entre le propriétaire et sa chose est quelque chose de plus simple et de plus évident par lui-même que ne l'est cet autre rapport, suivant lequel chacun de nous se sent naturellement maître et seigneur de son propre corps.

La vérité est, au contraire, que nous ne pouvons expliquer l'essence intime du droit de propriété que par une sorte d'analogie, modelée sur cette première et naturelle certitude de l'appartenance immédiate de notre corps à nous-mêmes."

(11) V. *supra* n° 388.

Régime de la disposition

on peut le voir dans les positions - d'ailleurs opposées - de Locke et de Proudhon.

John Locke considère l'institution de la propriété privée à partir d'une maîtrise de l'individu sur lui-même, et, par là, sur le produit de son travail : "les biens de la nature sont dispensés sous forme indivise, mais (...) l'homme, néanmoins, porte en lui-même la justification principale de la propriété parce qu'il est son propre maître et le propriétaire de sa personne, de ce qu'elle fait et du travail qu'elle accomplit" (12).

974. Mais lorsque, au 19^{ème} siècle, le bouleversement des conditions techniques, économiques et sociales rend illusoire l'application du critère du travail personnel pour expliquer l'appropriation privée des biens, le socialisme s'en prend aux paisibles justifications de la propriété privée par l'appropriation naturelle que l'homme fait de lui-même, car elle occulte les inégalités de fait auxquelles cette théorie a abouti. Ainsi, Proudhon, dans son ouvra-

(12) J. LOCKE, Treatise of Civil Government, trad. B. GILSON, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Vrin, 1967, p. 100. V. aussi p. 91 : "Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en commun à tous les hommes, chacun garde la propriété de sa propre personne. Sur celle-ci, nul n'a droit que lui-même. Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, pouvons-nous dire, sont vraiment à lui. Toutes les fois qu'il fait sortir un objet de l'état où la Nature l'a mis et l'a laissé, il y mêle son travail, il y joint quelque chose qui lui appartient et de ce fait, il se l'approprie".

Cette doctrine qui justifie l'appropriation privée des biens économiques par l'incorporation d'un travail personnel dans la Nature indivise et qui rend compte du caractère personnel de ce travail par la maîtrise naturelle que l'homme possède sur ses facultés, peut paraître expansionniste puisque tout ce à quoi un sujet mêle son travail devient sa propriété. Dès lors, pour éviter les excès, LOCKE assortit sa justification d'une limitation interne : "Tout ce qu'un homme peut utiliser de manière à en retirer un avantage quelconque pour son existence sans gaspiller, voilà ce que son travail peut marquer du sceau de la propriété. Tout ce qui va au-delà excède sa part et appartient à d'autres" (J. LOCKE, op.cit., pp. 92-93).

Régime de la disposition

ge : Qu'est-ce que la propriété ? (13). L'auteur refuse la justification d'une propriété privée qui serait légitimée par la maîtrise naturelle que l'homme a sur lui-même, car en assimilant la possession des choses à la propriété des avantages du corps et de l'esprit, elle n'accorde à l'homme que "la propriété de la propriété d'être propriétaire", laissant ainsi "aux hommes les plus adroits et les plus forts, c'est-à-dire les mieux avantageés du côté des propriétés innées, (...), le plus de chances d'obtenir exclusivement les propriétés acquises." (14)

On voit combien il est dangereux, pour Proudhon, de fonder dans l'appropriation naturelle de soi l'institution positive de la propriété privée. Car la disproportion "artificielle" des propriétés risque d'être sanctionnée par le droit positif comme une donnée fournie par la nature elle-même.

975. Puisque le libéralisme et le socialisme tranchent, chacun à sa manière, la question politique posée par le partage des biens entre les différents sujets d'une société déterminée, il est peut-être plus sage de suivre le conseil de Savigny en mettant hors-jeu, hors du champ patrimonial, la relation originelle de l'homme à ses propres facultés. Sans doute l'appropriation commence-t-elle de façon radicale dans la maîtrise de soi-même, et le sujet n'emploie-t-il jamais si bien le possessif que lorsqu'il désigne ses propres

(13) P.J. PROUDHON, Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement, éd. Garnier - Flammarion, 1966, chronologie et introduction par E. JAMES. Le socialiste français critique, entre autres théories, la justification de la propriété donnée en ces termes par le philosophe matérialiste DESTUTT de TRACY : "L'idée de propriété ne peut être fondée que sur l'idée de personnalité. Dès que naît l'idée de propriété, elle naît dans toute sa plénitude nécessairement et inévitablement. Dès qu'un individu connaît son moi, sa personne morale, sa capacité de jouir, souffrir, agir, nécessairement il voit aussi que ce moi est propriétaire exclusif du corps qu'il anime, des organes, de leurs forces et facultés, etc. Il fallait bien qu'il y eût une propriété naturelle et nécessaire, puisqu'il en existe d'artificielles et conventionnelles : car il ne peut y avoir rien dans l'art qui n'ait son principe dans la nature."

(14) P.J. PROUDHON, op.cit., pp. 102-103.

Régime de la disposition

déterminations spirituelles ou corporelles, mais ce pouvoir naturel est si original et si spontané qu'il est hasardeux de l'invoquer pour rendre compte du droit subjectif qui est toujours soumis - et le droit de propriété plus que tout autre - à l'artificé du politique.

Parmi les deux sens que l'on attribue à la propriété, les juristes ont retenu celui qui implique l'objectivation de l'art. 544 C.civ. Pour saisir la relation exercée par l'homme envers son propre corps, il vaut mieux éviter de donner à croire que ce "propre corps" relèverait de ce sens-là (15).

976. Au plan technique - et non plus philosophique - les auteurs expliquent l'exclusion du corps humain hors du sens "objectif" de la propriété en avançant, d'une part, que l'homme, ne pouvant disposer de son corps de façon absolue, ne jouit pas de l'abusus caractéristique du droit de propriété, et d'autre part, que le corps humain n'est pas une chose qui se contre-distinguerait de la personne comme l'objet d'un sujet (16). En exposant, dans les deux sections suivantes, l'une et l'autre de ces raisons, on précise la portée du principe selon lequel la maîtrise naturelle, par un sujet, de ses facultés corporelles n'entre pas dans les prolongements artificiels que sont ses droits patrimoniaux.

SECTION 2 - L'abusus et l'usufruit.

977. A propos de l'abusus, il y a peu de chose à ajouter à ce qui a été dit à propos du premier principe retenu par Savigny, c'est-à-

(15) Comp. G. SARVONAT, thèse citée, p. 25 : "Les seuls caractères du droit de propriété qui ne se trouvent pas en défaut, ce sont la perpétuité et l'exclusivité. Tant qu'il y a un corps, il n'appartient qu'à soi. Mais il n'est pas besoin de faire appel à l'idée de propriété pour justifier ces conceptions; au lieu de s'encombrer d'une notion technique impossible à appliquer, il vaudrait bien mieux admettre que ce n'est qu'une forme de langage".

(16) V. là-dessus A. DECOCQ, op.cit., p. 192.

Régime de la disposition

dire l'interdiction d'entamer l'intégrité corporelle (17). Car si l'abusus caractéristique du propriétaire consiste, selon la définition classique, à "tirer de la chose tous les services qui ne sont pas compris dans les deux premières catégories (= l'usus et le fructus) à savoir ceux (...) qui altèrent ou transforment la chose, ceux qui la détruisent, ceux qui la font sortir du patrimoine du propriétaire" (18), on voit que ces prérogatives de l'abusus ne peuvent appartenir à un sujet vis-à-vis de son propre corps, même si on ajoute, comme le fait l'art. 544 C.civ. : "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements." La figure juridique de l'abusus, même soigneusement délimité, ne qualifie pas bien, sur le plan du droit, la relation du sujet à son corps car le sujet ne dispose pas de lui-même comme il l'entend : l'illégitimité du suicide en est l'exemple-type ainsi qu'on l'a vu précédemment (19).

978. Si la propriété ne convient pas bien pour décrire la maîtrise naturelle de soi parce que le sujet n'a pas sur ses déterminations corporelles l'abusus caractéristique du propriétaire, ne peut-on pas se rabattre sur la figure juridique de l'usufruit qui présente l'avantage, précisément, de limiter la disposition de la "chose" à l'usus et au fructus ?

(17) V. supra n°s 956 et sv.

(18) de VAREILLES-SOMMIERE, "Définition et notion juridique de la propriété", R.T.D.Civ., 1905, p. 449.

Comp. F. RIGAUX, Introduction.., chap. 47, p. 207 : "Disposer de la chose, d'après la terminologie de l'art. 544 du Code civil, signifie tantôt disposer des éléments matériels de cette chose (...), tantôt disposer de son droit (...). Seul le premier type d'acte de disposition caractérise la propriété. Disposer de son droit est banal et appartient à tout titulaire de droit subjectif patrimonial".

(19) Cfr. supra n° 848. Les auteurs argumentent à partir de l'interdiction du suicide, mais aussi à partir de l'abolition de l'esclavage (cf. G. SARVONAT, thèse citée, p. 25 et A. GOERGEN, thèse citée, p. 231). M. DECOCQ ajoute pour sa part (Essai..., p. 193) que les limitations à l'abusus du propriétaire sont énoncées dans l'intérêt des tiers, tandis que les limites imposées au pouvoir de disposition de soi ont pour objectif la protection du sujet lui-même.

Régime de la disposition

979. L'image a déjà été employée par Proudhon (20).

Mais elle est, semble-t-il, plus ancienne puisqu'on l'attribue à Saint Thomas d'Aquin. Dans une note de jurisprudence, M. Carbonnier écrit : "C'était justement pour en chasser l'absolutisme que Saint Thomas d'Aquin avait affaibli le droit de propriété allégué sur le corps en un usufruit, dont il réservait la nue-propriété à Dieu" (21).

(20) PROUDHON écrit dans sa controverse, mentionnée plus haut, avec DESTUTT de TRACY (v. supra n° 974, note 13) : "comment cet idéologue si subtil n'a-t-il pas remarqué que l'homme n'est pas même propriétaire de ses facultés ? L'homme a des puissances, des vertus, des capacités; elles lui ont été confiées par la nature pour vivre, connaître, aimer, il n'en a pas le domaine absolu, il n'en est que l'usufruitier; et cet usufruit, il ne peut l'exercer qu'en se conformant aux prescriptions de la nature" (P.J. PROUDHON, op.cit., p. 103). Si l'homme était propriétaire de ses facultés, il s'empêcherait d'avoir faim et froid, d'être fatigué, malade, mortel. L'auteur en tire sa conclusion pour contester le droit positif de la propriété privée : "Quoi donc ! l'homme n'est point maître de lui-même, et il le serait de ce qui n'est pas à lui !".

(21) J. CARBONNIER, note sous trib. civ. Lille, 18 mars 1947, D. 1947, 507, affirmation reprise par l'auteur dans son Droit civil, n° 52 (10e éd., p. 229) mais sans indication de référence, ni dans la note ni dans le Cours, à l'oeuvre de Saint Thomas. Peut-on exposer ici une impasse dans la recherche ? Mme SARVONAT, dans sa thèse déjà citée (1951), affirme que "Rejetant le droit de propriété parce que trop absolu, les philosophes chrétiens du Moyen-Age, principalement Saint-Thomas d'Aquin, ont adopté ce qu'ils avaient le plus fréquemment sous les yeux au XIIème siècle, un démembrement de la propriété. Selon Saint Thomas, l'homme serait simplement usufruitier de son corps, alors que Dieu en garderait la nue-propriété. Dans la pensée thomiste, chaque partie du corps existe en vue de la perfection du corps tout entier, et le corps lui-même n'est qu'un instrument au service de l'âme qui doit tendre à la perfection de Dieu" (pp. 26-27). Ici, l'auteur renvoie en note (1) "cf. E. GILSON, Le thomisme, introduction au système de Saint Thomas d'Aquin, Summa Theologica II, p. 140 et suivantes." Or, l'ouvrage de GILSON sur Le Thomisme - Introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin - 4ème éd. revue et augmentée - Paris, Vrin, 1942, contient (p. 262) des développements sur la subordination de chaque partie du corps à la perfection du tout, mais rien sur un quelconque droit d'usufruit.

M. DOMAGES (thèse citée, 1956, p. 44) donne une citation de Saint Thomas sur la mutilation (Somme théologique, question

Régime de la disposition

Les auteurs redoutent d'ailleurs l'emploi de cette figure, au moins lorsqu'elle est détachée de son contexte théologique : la suggestion chrétienne est "grosse de périls pour la liberté, si l'on fait réflexion que l'Etat totalitaire devait, un jour, réclamer un peu partout la succession de la Divinité." (22)

(Suite note 21)

65 art. 1), puis il enchaîne : "Et c'est justement pour justifier l'interdiction de telles mutilations que ce théologien avait combattu le prétendu droit de propriété de l'homme sur son corps en le réduisant à un usufruit dont il réservait la nue-propriété à Dieu." Mais ici, l'auteur ne renvoie qu'à M. CARBONNIER : à sa note au Dalloz en 1947 et à son cours de Droit civil (t. 1, p. 172).

Un an plus tard, M. GOERGEN (thèse citée, 1957, p. 236) écrit : "L'homme a-t-il ce droit d'usufruit sur son corps ? Saint Thomas d'Aquin s'est prononcé pour l'affirmative, attribuant à l'homme l'usufruit de son corps et à Dieu la nue propriété." En note, l'auteur renvoie au Dictionnaire de théologie catholique de VACANT et MANGENOT : d'Aquin, en ajoutant : "Il s'agit là au fond d'une image par laquelle Saint Thomas d'Aquin entend démontrer que l'homme ayant reçu de Dieu sa forme terrestre, il doit respecter son intégrité corporelle et en répondra à la résurrection des morts." Or le Dictionnaire de théologie catholique de VACANT et MANGENOT, Paris, Letouzey, 1923, V^e Thomas d'Aquin, col. 618 à 761 ne dit rien à propos d'un usufruit de l'homme sur son corps.

Melle CABRILLAC (thèse citée, 1962, p. 269), M. PELISSIER (thèse citée, 1977, p. 4) et M. VISSER'T HOOFT ("Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques" A.P.D., 1979, pp. 89-90) reprennent la même affirmation selon laquelle, dans la pensée de Saint Thomas, la nue-propriété du corps de l'homme appartient à Dieu, mais aucun de ces trois auteurs ne donne de références à l'oeuvre de l'Aquinat.

L'ordinateur sera-t-il ici d'un plus grand secours ? Hélas, le fameux Index Thomisticus Sancti Thomae Aquinitatis operum omnium indices et concordantiae établi par le P. BUSA (F. Frommann Verlag, Holzbourg, 1974) ne mentionne, dans toute l'oeuvre de Saint Thomas, qu'un emploi de "usufructu", trois emplois de "usumfructum" et un emploi de "usufructus", mais aucune de ces cinq références ne contient une quelconque allusion au corps humain. Alors ?

- (22) J. CARBONNIER, note précitée au D. 1947, p. 507. Argument repris dans presque toutes les thèses citées : G. SARVONAT (p. 26) : "Quels dangers n'y aurait-il pas alors à reconnaître une propriété de l'Etat sur le corps de ses sujets. Dangers restés inaperçus dans la théorie thomiste, parce qu'alors Dieu était la Perfection"; A. GOERGEN (p. 236) : "Dieu n'étant pas une personne juridique, nous écarterons délibéré-

Régime de la disposition

980. Parler de droit d'usufruit à propos du corps n'est manifestement qu'une image (23). On ne s'attachera donc pas à repérer, sur le plan de la technique juridique, les différents points de dissemblance entre la condition charnelle d'un sujet et les diverses prérogatives d'un usufruitier (24). La principale difficulté étant d'ailleurs celle qu'on va voir dans l'étude de la seconde objection faite au droit de propriété d'un sujet sur son corps, et qui est tirée de l'impossibilité d'objectiver complètement le corps.

(Suite note 22)

ment cette solution. D'autres, par contre, partisans d'un système totalitaire n'ont pas hésité à conférer à l'Etat cette nue-propriété du corps humain" (renvoi à : Carbonnier, Cours de droit civil); F. CABRILLAC (p. 270); J. PELISSIER (p. 4); R. DIERKENS, op.cit., p. 34, et H. Ph. VISSER'T HOOFT, art. cité, p. 90.

Nous retiendrons pour notre part, dans le recours à l'usufruit, la question que pose nécessairement cette figure : si le sujet ne dispose pas pleinement de lui-même, (comme le propriétaire le ferait d'une chose), cette limite du pouvoir renvoie à une altérité que, sous les traits d'un nu-propriétaire, on pourra appeler Dieu, ou la nature, ou la collectivité, ou l'Etat. Si le corps assigne au sujet un état de non-maîtrise, qui donc est le maître ? La condition corporelle de l'homme, son caractère exposé, souffrant, mortel pose la question d'autrui, et donc du droit...

(23) On la retrouve dans une allocution de PIE XII, en 1954, aux participants du VIII^e Congrès international des médecins à Rome (texte cité dans R. DIERKENS, op.cit., p. 34) : "L'homme n'est que l'usufruitier, non le possesseur indépendant et le propriétaire, de son corps, de sa vie, et de tout ce que le Créateur lui a donné pour qu'il en use, et cela conformément aux fins de la nature".

(24) V. là-dessus, A. GOERGEN, thèse citée, p. 237 (et déjà p. 231 sur la critique de l'usus, et du fructus) et G. SARVONAT, thèse citée, pp. 26-28 (et pp. 24-25 sur l'usus et le fructus) cf. aussi F. PRZETACZNIK, "The right to life as a basic human right", R.D.H., 1976, pp. 593-594 où est exposée la conception des Pères et Docteurs de l'Eglise selon laquelle l'homme n'est pas maître de sa propre vie, laquelle appartient à Dieu qui en a la maîtrise. Pour l'auteur, "cette conception maître-esclave à propos de la vie humaine est incompatible avec les droits de l'homme qui, aujourd'hui, interdisent explicitement l'esclavage sous toutes ses formes et manifestations".

Régime de la disposition

SECTION 3 - L'impossible objectivation du corps.

981. Le droit remplit-il sa tâche en reconnaissant au sujet un droit patrimonial sur son corps ? Cela paraît de moins en moins certain, car à la première objection tirée du caractère absolu du droit de propriété vient s'ajouter celle qui refuse de voir dans les déterminations corporelles du sujet des "choses" ou des "biens" dont celui-ci serait propriétaire ou usufruitier. Le principe énoncé par Savigny a été repris de diverses manières par les auteurs : la relation de l'homme à lui-même est commandée par la nature, elle n'est pas soumise au droit.

Comme l'écrit M. Nerson, "l'objet de tous les droits porte sur le monde extérieur, non sur une qualité inhérente à l'homme. L'homme n'a pas de droits vis-à-vis de la nature, le droit règle les rapports de l'homme avec son semblable, c'est-à-dire les rapports sociaux. Les facultés naturelles de l'homme ne sont pas l'objet d'un droit, seules les manifestations de ces facultés dans le monde extérieur peuvent être soumises au Droit" (25).

982. Le corps humain envisagé comme "objet" d'un droit est déjà tellement le "sujet" du droit qu'un dédoublement semble bien impossible : le corps humain, a-t-on dit plus d'une fois, n'est pas une chose (26).

(25) R. NERSON, thèse citée, p. 357.

V. dans le même sens, G. SARVONAT, thèse citée, p. 34 : "le corps humain est indissolublement lié à la personnalité tout entière. Le Droit ne peut ici que respecter la nature, la réalité physique. Le corps fait un avec la personne (...). Etant uni à la personnalité tout entière, il est perçu du dedans, et non comme un objet extérieur. Il ne peut donc être à la base d'un rapport de droit"; et J. PELISSIER, thèse citée, p. 5.

(26) V. supra n° 397; cette affirmation revient constamment sous la plume des auteurs : cf. par exemple, A. GOERGEN, thèse citée, p. 230, R. BADENES-GASSET, Rapport aux troisièmes Journées de droit franco-espagnol, Toulouse, 1957 : "Les droits de l'homme sur son propre corps, étude de droit espagnol", Annales Fac. Droit Toulouse, 1958, p. 48; G. SARVONAT, thèse citée, p. 24; F. CABRILLAC, thèse citée, p. 271.

Régime de la disposition

Le titulaire d'un droit subjectif, c'est le sujet "complet" en son intégrité physique et morale, et pas seulement, comme le croirait une philosophie ou une théorie du droit idéaliste (27), en son "âme".

Rendre son corps objet d'un droit, c'est dissocier le sujet de lui-même, de son corps, précisément (28). C'est faire comme si cet "objet" pouvait appartenir à un autre que ce sujet même, ou, en d'autres termes, c'est faire comme si le sujet pouvait être, en son corps, un autre que soi-même.

(27) Un bon exemple de cet idéalisme se trouve dans l'ouvrage de PICARD, Le droit pur (Paris, Flammarion, 1908); dans "L'anatomie d'un droit" qui constitue la 4ème partie de son livre, l'auteur décrit en ces termes le sujet et l'objet du droit: "c'est le MOI dans le sens psychologique qui doit être considéré comme le sujet humain des droits (...). Notre vie entière nous montre isolant cette entité psychique des enveloppes corporelle, morale, civile qui la recèlent en leur centre" (p. 65) "Or chacune de ces trois couches dont l'ensemble constitue notre Personne, peut, soit dans son total, soit dans ses parties, être l'objet d'un droit dont le Moi est le sujet bénéficiaire" (p. 72).

En dissociant ainsi "l'écorce corporelle" et le sujet qu'elle "enferme", PICARD peut imaginer une relation de l'homme à son corps sous le mode du droit subjectif.

Comp. A. BOISTEL, Philosophie du droit, 1899, § 97, p. 188: "il faut distinguer dans l'âme humaine la puissance supérieure et dominatrice, qu'on appelle la personne, et les puissances inférieures, qu'on appelle la nature; celles-ci sont subordonnées à la première. On trouve donc au dedans de l'âme même la distinction du sujet et de l'objet du droit. C'est dans ce domaine purement interne que la personne commence cette série de conquêtes qui doivent former la sphère de sa propriété. Puis, sortant de l'âme, elle s'empare peu à peu de toutes les puissances du corps; et enfin, par leur intermédiaire, se soumet les objets extérieurs."

(28) Cf. A. GOERGEN, thèse citée, p. 229 où l'auteur montre que l'interdépendance du corps et de l'esprit est confirmée en médecine dans l'étude des cas pathologiques, de l'hystérie, par exemple. Sur la confusion du sujet et de l'objet du droit, v. aussi G. SARVONAT, thèse citée, pp. 24-26; J.L. EDDE, thèse citée, p. 2; P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, op.cit., p. 370; A. SAYAG, Essai sur le besoin créateur de droit, op.cit., p. 64; A. FAHMY ABDOL, Le consentement de la victime, op.cit., p. 46.

Régime de la disposition

983. Entre le sujet et son corps, il n'y a pas de place pour le droit, parce qu'il n'y a pas de place pour autrui. Le corps est au sujet lui-même, et à personne d'autre, parce qu'il est ce sujet même, en sa spontanéité propre. Situé en régime de "pouvoir reconnu", le droit subjectif ne pourrait exister qu'au moment où un tiers pourrait prendre le pouvoir sur l'objet du droit considéré. Or le corps humain est si intégré à la personnalité du sujet qu'il ne peut être à un autre, et qu'il ne peut donc faire "l'objet" d'un droit subjectif.

984. Mais cette présence de l'homme à lui-même, ce pouvoir naturel qu'il exerce sur son corps n'empêche peut-être pas une objectivation de ses propres déterminations corporelles. Car le corps est peut-être "de - toujours - déjà" le sujet lui-même, il n'en est pas moins "pour - toujours - encore" un objet parmi les éléments de ce monde : il a une taille, un poids, des traits, une croissance, une vie, une mort; et s'il est en contact perpétuel avec les choses, n'est-ce pas parce qu'il est chose lui-même ? Dans ces conditions, le pouvoir naturel que l'homme exerce sur ses facultés corporelles ne ferait plus nécessairement obstacle à la reconnaissance d'un pouvoir "artificiel", d'un droit subjectif, sur tout ce qui, dans le corps humain, échappe à cette maîtrise naturelle.

SECTION 4 - L'objectivation des "parties détachables".

985. S'il est vain de vouloir rendre l'homme en principe propriétaire de son corps, il n'est peut-être pas absurde de le rendre titulaire d'un droit subjectif patrimonial sur les attributs corporels qui, en se "détachant" du sujet, pourraient passer à autrui (29).

Ihering notait déjà, pour montrer cette distinction, que "la propriété (das Eigentum) n'est pas la seule forme de 'l'appartenance'

(29) Sur la notion d'"attributs détachables", v. supra n° 200.

Régime de la disposition

(des 'Gehörens'). Mes cheveux m'appartiennent, et quand ils sont coupés, ils tombent dans ma propriété, mais il ne s'ensuit pas encore que, auparavant, ils devaient déjà m'appartenir sous cette forme" (30).

Ihering note la différence dans un sens : le droit de propriété sur les parties détachables du corps humain n'entraîne pas que la maîtrise d'un sujet sur son corps soit de type patrimonial; on retiendra ici la même différence, mais dans l'autre sens : le refus d'un droit patrimonial de l'homme sur son propre corps n'empêche pas l'existence d'un droit réel sur les parties détachables de celui-ci. Puisque toutes les parties du corps ne s'identifient pas immédiatement et avec la même intensité au sujet lui-même, on peut imaginer que le sujet se détache d'elles - ou qu'elles se détachent du sujet - et que celui-ci devienne, sur ces "choses", titulaire d'un droit subjectif patrimonial.

986. La question s'était déjà posée autrefois en matière d'accessoires réunis mécaniquement au corps humain, tels que perruques, dentiers, prothèses (31).

(30) R. VON IHERING, op.cit., § 61, p. 362, note 476.

(31) Cfr. R. NERSON, thèse citée, p. 131 : "Sans insister sur cette question plus pittoresque que pratique, nous pensons qu'un accessoire rattaché mécaniquement au corps sera considéré comme une chose, selon qu'il est possible ou impossible de le séparer du corps sans causer à celui-ci un dommage simultané".

Pour une affaire de vol de prothèse dentaire (en or), sur un cadavre, v. Hoge Raad der Nederlanden, 25 juin 1946, *Nederlandische Jurisprudentie*, 1946, n° 503, pp. 645 à 652 où le requérant argumente à partir du fait que les objets pris n'appartenaient à personne.

Dans ses conclusions, le représentant du Ministère public, M. van ASCH van WIJCK, tient, pour sa part, que le corps humain n'est pas hors commerce : "le sujet de droit est l'homme vivant, c'est-à-dire celui qui pense, celui qui veut, et dont la pensée ou le vouloir peut s'exercer aussi bien sur sa propre matière (op zijn eigen stoffelijkheid) que sur la matière qui est à l'extérieur. J'estime qu'il est injuste d'exclure, dans la relation sujet de droit-objet de droit, la matière qui est la plus proche du sujet de droit, celle qui lui est le plus directement soumise, celle qui est le plus à son service. Que pour pouvoir penser et vouloir, que pour pouvoir

Régime de la disposition

Elle se pose maintenant de façon plus courante à cause des progrès de la médecine en matière de greffe (32).

(Suite note 31)

agir comme sujet de droit, il ait besoin de sa propre matière n'empêche pas de penser cette matière comme un objet de droit en face d'un sujet de droit". La Cour n'a pas suivi ces considérations - d'ailleurs isolées en doctrine - mais elle a rejeté le moyen du requérant au nom de la maîtrise reconnue aux héritiers et aux proches sur le cadavre du de cuius.

- (32) Les travaux de M. DAVID ont annoncé le bouleversement que pouvait entraîner cette nouvelle discipline dans la perception du corps humain par le droit (Cfr. A. DAVID, Structure de la personne humaine, essai sur la distinction des personnes et des choses, P.U.F. 1955; "Réflexions pour un schéma de l'homme", A.P.D., 1959, p. 103; et "Les biens et leur évolution", A.P.D., 1963, p. 165). Car la distinction entre les personnes et les choses traverse maintenant le corps humain : ne doit-on pas soutenir que les parties du corps humain qui sont désormais susceptibles d'être séparées pour faire l'objet d'une cession ne constituent pas la personne ? C'est à cette opinion que se range Melle CABRILLAC : "ainsi disparaît la confusion entre l'objet et le sujet de droit, obstacle infranchissable auquel se sont heurtés pendant longtemps les juristes. Il devient alors possible de concevoir l'existence d'un droit réel portant sur les parties du corps humain qui, demeurant extérieures à la personne, ne sont pas sujets de droit" (F. CABRILLAC, thèse citée, p. 198).

De quel type est ce nouveau droit réel ? Melle CABRILLAC refuse de parler d'un droit de propriété à cause de l'abus que celui-ci comporte, mais à son estime, "il n'est pas forcément absurde de concevoir l'existence d'une sorte de droit sui generis que la personne posséderait cette fois, non plus sur son intégrité corporelle, valeur abstraite, mais sur son corps ou du moins sur la partie de son corps, qui, ne constituant pas la personne, peut faire l'objet d'un droit. Ce droit entrerait dans la catégorie des droits réels, puisqu'il n'existe pas de différence fondamentale entre les choses et les fractions du corps désormais transférables" (id. p. 298).

S'il est vrai qu'on imagine difficilement un droit de propriété du sujet sur les "parties détachables" de son corps, on s'interroge cependant sur ce droit "sui generis" dont on sait seulement qu'il est "droit réel". Sans doute cette nouvelle catégorie indique-t-elle à la fois que le corps peut se faire "chose" (droit réel) et qu'il garde toujours son originalité par rapport aux biens (droit "sui generis"). Mais la spontanéité de la maîtrise naturelle par l'homme de son propre corps ne doit-elle pas être tenue pour si importante qu'elle empêchera toujours qu'entre le sujet et les membres de son corps, fussent-ils "détachables", il y ait jamais un droit réel, fût-il "sui generis" ?

Régime de la disposition

987. Mais l'application que nous avons retenue dans l'analyse est celle qui concerne l'image du sujet.

Savigny, rappelons-le, englobait dans le même cercle (le premier des cercles concentriques) "l'apparence visible de la personne" aussi bien que "son corps et ses membres", mais lorsqu'entre le sujet et son apparence visible intervient l'artifice de la photographie ou de la prise de vue, on ne peut plus guère invoquer la maîtrise naturelle par l'homme de ses propres déterminations corporelles pour écarter ses "prolongements artificiels" que sont les droits subjectifs. Car l'artifice permet au tiers de "prendre" les traits du sujet représenté.

L'image du sujet est passée ici, sous forme de pellicule, de film ou de photo, sous le pouvoir d'autrui. Ce n'est plus la personne qui est livrée en son corps, c'est - supposant cette objectivation première - le corps qui est livré en son "double" : son image a été fixée, "prise".

988. Pour régler cette relation qui a ainsi mis en jeu l'artifice de la reproduction, on peut légitimement concevoir cet autre artifice qu'est le "pouvoir reconnu" ou droit subjectif. Ce "droit à l'image" est-il un droit réel, patrimonial ?

Il semble bien que oui; on a vu, dans l'analyse, qu'il s'agit là d'une possibilité du sujet : il peut "réaliser" son image. Mais ce n'est que l'envers d'un droit plus fondamental : celui de protéger la maîtrise naturelle que ce sujet exerce envers ses propres traits; maîtrise qui reparaît d'ailleurs, à l'intérieur même du régime de disposition, par la reconnaissance de la capacité naturelle et du droit de repentir (33).

989. On remarque qu'ainsi la catégorie du droit subjectif n'est peut-être pas entièrement exclue du "premier cercle" dont parlait Savigny. D'une part, en effet, la norme naturelle qui interdit au sujet toute atteinte à sa propre intégrité physique et qui lui ôte

(33) v. supra n° 294 (capacité naturelle) et n° 323 (droit de repentir).

Régime de la disposition

dès lors toute possibilité de se voir reconnaître l'abusus caractéristique du droit de propriété, n'empêche pas ce sujet de conclure des conventions à propos de son corps, tant que celles-ci respectent la loi, l'ordre public et les bonnes moeurs : le corps n'est plus hors commerce. Et, d'autre part, l'unité substantielle dans laquelle le sujet incarné exerce spontanément la maîtrise de son corps n'empêche pas nécessairement une relation de personne à chose entre ce sujet et les "parties détachables de son corps".

990. Mais on voit combien ce droit de disposition est singulièrement limité. A partir de cette constatation, se pose à nouveau la double question qui nous occupe : on se demande, d'abord, si on ne pourrait pas élargir ce droit de disposition du sujet sur son corps en augmentant le nombre des conventions licites conclues sur cet "objet", comme on en a vu la tendance dans l'analyse de la relation thérapeutique et, à la limite, dans la reconnaissance du "droit à la mort".

Une telle question appelle, non plus la description des arguments utilisés pour contester le "jus in seipsum" - nous l'avons faite en ces deux chapitres -, mais l'évaluation de ces raisons qui empêchent le sujet de disposer de lui-même. On sait déjà que cette réflexion entre dans la matière du Titre suivant.

991. Mais il faut, avant cela, conclure sur l'autre question - plus théorique - relative à la définition même du droit subjectif.

Régime de la disposition

CONCLUSION - LA DUALITE DU DROIT SUBJECTIF

992. "Le vrai, écrit M. Carbonnier, est que le droit subjectif est une des notions premières du droit et défie quelque peu l'analyse" (1).

L'analyse pourtant, a montré que cette "notion première" se dédouble en deux régimes et que ceux-ci s'ajustent difficilement à la condition même du sujet de droit en son corps : la définition du droit subjectif par la doctrine mixte alliant le pouvoir et l'intérêt cache mal la tension qui a été repérée, notamment, lorsqu'il a fallu définir, dénombrer et organiser les droits de la personnalité (2).

Lors donc qu'on veut parler d'un droit subjectif, doit-on vérifier à la fois l'intérêt et le pouvoir, la protection et la disposition, l'appartenance et la maîtrise ?

De la réponse à cette question dépend la reconnaissance d'un droit du sujet sur son propre corps.

993. La définition mixte du droit subjectif s'est imposée avec force dans la théorie générale du droit. A un point tel que, reconnaissant le régime de protection dans le discours juridique tenu sur le corps humain, les juristes cherchent tout de même, à côté de cette protection, les traces d'un régime de disposition qui viendrait établir l'existence du droit subjectif.

(1) J. CARBONNIER, Droit civil, op.cit., t. 1, p. 147.

(2) V. supra n°s 196 et sv.; v. aussi Enc. Dalloz, V° Droits de la personnalité, n° 9 : "Les incertitudes ne doivent pas surprendre car le point de départ - la définition du droit subjectif - est lui-même incertain, et l'extension de la notion de droit subjectif à des droits extrapatrimoniaux est discutable. Tout au plus peut-on soutenir que les droits de la personnalité - au moins lorsqu'ils ont acquis une efficacité suffisante - ressemblent, dans leur sphère, aux droits subjectifs dans la sphère des droits patrimoniaux".

Régime de la disposition

C'est vrai de tous les droits de la personnalité (3).

Et donc, par exemple, du "droit à l'image" : serait-ce la possibilité d'en disposer qui l'a érigé en droit subjectif ? Et la relation thérapeutique serait-elle commandée par le pouvoir de disposition que le patient détiendrait sur son propre corps ? Et ce pouvoir pourrait-il aller jusqu'à légitimer la demande de mort ? On le voit, dans les institutions protectrices du sujet - de son image, de son intégrité physique, de sa vie - l'idée du droit subjectif défendue par Ihering comme étant "intérêt protégé" risque d'emporter avec elle celle de Savigny, lequel pourtant refusait de reconnaître au sujet un pouvoir de disposition sur sa propre personne.

En adoptant la théorie mixte du droit subjectif, la doctrine traditionnelle assemble deux régimes en une définition unique qui peut engendrer la confusion. Car la logique veut que le "jus a seipso" soit entendu également, puisque la définition est mixte, comme un "jus in seipsum".

994. Or l'analyse a montré que l'un n'entraîne pas l'autre : la personne n'est pas le patrimoine, et l'appartenance n'est pas la maîtrise, la "propriété" du corps "propre" n'est pas celle de

(3) V. par exemple, à propos du droit à l'intégrité physique, F. CABRILLAC, thèse citée, p. 277 : "Pour que l'on puisse parler d'un droit à l'intégrité corporelle, il faudrait que la personne titulaire de ce droit puisse en disposer par un acte juridique valable, car la meilleure manière pour une personne de manifester son pouvoir d'appartenance sur un bien objet du droit, n'est-ce pas de pouvoir en disposer ?". L'auteur poursuit : "Plus qu'aucun autre le droit à l'intégrité corporelle comporte aujourd'hui pour son titulaire des pouvoirs de disposition" (p. 278), même si elle doit préciser plus loin : "Les restrictions apportées à ce pouvoir de disposition s'expliquent (...) par la nature très particulière de l'objet de ce droit à l'intégrité corporelle qui fait partie, ne l'oublions pas, de la catégorie des droits de la personnalité" (p. 279). Ainsi, c'est la disposition qui prouve le droit, mais cette disposition est limitée, parce que le droit en question est "de la personnalité". Protection et disposition s'appuient et s'entravent mutuellement pour édifier un droit subjectif (de la personnalité) à l'intégrité corporelle.

Régime de la disposition

l'art. 544 C.civ., la nécessité d'un consentement à une intervention thérapeutique ne signifie pas la suffisance de ce consentement, et la vie privée qui protège l'intimité d'un sujet n'est pas identique à son auto-détermination quant à sa mort. Le droit à être protégé en son corps n'emporte pas celui de disposer de son corps.

995. On a noté, au cours de l'analyse, l'abondance des guillemets: "droit à l'image", "contrat médical", "droit à la mort". Lorsque le corps est touché, on ne peut, en effet, lui appliquer sans autre discernement la définition mixte qui vaut pour désigner les prérogatives du sujet dans le champ patrimonial (4).

(4) Les titres des thèses qui ont été défendues en la matière sont d'ailleurs significatifs à cet égard.

Si Mme SARVONAT intitule la sienne : "Le principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil" (1951), c'est qu'elle entend fonder la protection organisée par le droit civil autour du corps humain non pas sur un droit défini, droit réel ou même droit extrapatrimonial, mais sur un principe général de droit repéré dans l'ensemble de notre ordre juridique, protecteur de la personnalité individuelle (cfr. p. 10); en traitant des "Droits extracontractuels relatifs au corps humain" (1954), M. EDDE annonce d'emblée son point de vue : "les droits relatifs au corps humain sont du domaine des droits de la personnalité" (intr. p. 1); M. DOMAGES (1956) intitule sa thèse : Le corps humain dans le commerce juridique, il veut montrer pourtant "l'impossibilité pour le corps de l'homme vivant de faire l'objet d'un droit réel" : le droit de l'homme sur son corps est de nature extra-patrimoniale (p. 35).

M. DECOCQ, dans son Essai d'une théorie générale des droits sur la personne (1960) critique le principe de l'intangibilité absolue du corps humain en réfutant, à cette occasion, la thèse du droit de propriété de l'homme sur son corps (v. p. 192). Pour l'auteur, l'intégrité physique fait sans doute partie des droits de la personnalité, "notion bien difficile à manier" mais dont la définition "reste valable si l'on analyse certaines des prérogatives en cause non comme des droits à proprement parler, mais des libertés" (idem, pp. 1-3);

Melle CABRILLAC achève sa thèse intitulée Le droit civil et le corps humain (1962) par une "discussion sur l'existence et la nature d'un droit de la personne en relation avec son corps": après avoir rapporté les controverses classiques sur le sujet et les tendances du droit actuel, l'auteur conclut prudemment qu'il devient "permis de croire que le droit civil d'aujourd'hui n'est pas éloigné d'admettre l'existence d'un droit subjectif de la personne relatif à son intégrité corporelle" (p. 300); enfin, notre dernier auteur, M. PELISSIER donne lui-même l'expli-

Régime de la disposition

On connaît la parabole évangélique décrivant ce qui se passe quand on coud une pièce d'étoffe neuve à un vieux vêtement (5). Lorsqu'on applique à l'institution classique du droit subjectif les pièces plus ou moins neuves du "droit à l'image", du "contrat médical" et du "droit à la mort", ne faut-il pas constater que ces matières sont trop originales pour être décrites dans les cadres habituels du droit des biens et des obligations, et qu'il y a déchirure ? Selon M. Rigaux, "un des enseignements principaux de la distinction entre le droit subjectif patrimonial et le droit de la personnalité est le rejet de toute conception unitaire du droit subjectif. Il y a antimonie, et non similitude, entre les deux types de maîtrise que confère un droit subjectif selon qu'il appartient à la première ou à la seconde catégorie" (6).

996. Peut-être la naissance de la catégorie des droits de la personnalité nous invite-t-elle à abandonner une définition unitaire du droit subjectif valable aussi bien pour la disposition des valeurs patrimoniales que pour la protection des intérêts moraux. On construirait ainsi d'emblée le droit du sujet selon un double pôle pour respecter l'originalité des intérêts personnels par rapport aux intérêts économiques; et au lieu d'agglomérer un élément de pouvoir (ou de maîtrise) avec un élément d'intérêt (ou d'appartenance) et de mesurer toutes les prérogatives du sujet à cette définition moniste, on prendrait le parti de résoudre le concept de droit subjectif en deux notions bien distinctes : le droit de

(Suite note 4)

cation de son titre La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne (1977) : après avoir rappelé les thèses qui affirment l'existence d'un droit réel de l'homme sur son corps, l'auteur se demande : "Pourquoi ne pas avoir intitulé cette étude 'les droits de l'homme sur son corps' ? En réalité, un tel intitulé constituerait une acceptation implicite des conceptions patrimoniales précitées, en ce sens qu'il présupposerait l'existence d'une dichotomie réelle entre l'homme et son corps. Au contraire, dans l'expression 'intégrité physique de la personne', une telle acceptation n'apparaît pas" (p. 5).

(5) Cfr. Saint Marc, chap. 2, v. 21.

(6) F. Rigaux, Introduction à la science du droit, op.cit., p. 202.

Régime de la disposition

disposition, d'une part, dont le type serait le droit patrimonial par excellence qu'est le droit de propriété; et le droit de protection d'autre part, dont le modèle serait le droit de la personnalité, et qui aurait sur le simple intérêt protégé par la seule action en responsabilité civile, l'avantage d'être sanctionné par une action en justice - même préventive - où le titulaire n'aurait ni faute ni préjudice à prouver contre l'auteur de l'atteinte à ce "droit de protection".

On donnerait ainsi raison aux auteurs qui se montrent réticents à admettre les droits de la personnalité dans la catégorie des droits subjectifs au motif que ceux-ci, et non ceux-là, comportent toujours un "droit de disposition" (7), et on rendrait compte en même temps de la position des auteurs qui tiennent les droits de la personnalité pour les droits subjectifs par excellence puisqu'ils protègent les valeurs inhérentes au sujet (8).

Cette proposition aurait l'avantage de confirmer l'enseignement de Ihering en même temps que celui de Savigny tout en évitant la confusion dans laquelle est tombée la théorie générale du droit lorsqu'elle a voulu réunir les définitions proposées par ces deux auteurs pour les appliquer ensemble au corps du sujet de droit.

997. Mais si la question théorique de la définition du droit subjectif est ainsi résolue, au moins en principe car il est probable que la définition mixte et moniste du droit subjectif s'imposera encore longtemps dans le discours juridique, il faut quitter main-

(7) Cfr. par exemple, P. KAYSER, art.cité in R.T.D.Civ., 1971, p. 455 à propos des "faux droits de la personnalité"; P. ROUBIER, art. cité in A.P.D., t. IX (1964), pp. 85-86.

(8) Cfr. par exemple MARTY et RAYNAUD, op.cit., t. 1, vol. 2, p. 10; ou L. JULLIOT de la MORANDIERE dans son rapport "Les droits de la personnalité dans le projet français de réforme du Code civil" in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII (1959), p. 169 : "Je crois que si les droits de la personnalité sont étudiés aujourd'hui et si nous devons nous y accrocher, c'est à eux qu'il faut donner la qualité de droits subjectifs. Pour le domaine économique, on peut abandonner les droits subjectifs, mais quand il s'agit de la personnalité, il s'agit de dire que j'ai un droit sur ma personnalité".

Régime de la disposition

tenant le stade de la description pour évaluer, en une approche éthique et politique, ce mouvement, reconnu dans l'analyse, qui accentue le point de vue du sujet individuel au sein même de la relation sociale, en renforçant à la fois la protection a priori dont il est le bénéficiaire et la disposition qu'il réclame à l'égard de ses propres déterminations corporelles.

La conception de la liberté engagée en ce processus peut être soumise à la même critique que l'idéologie qui a créé, par rapport à la norme sociale, le droit subjectif lui-même. C'est - au Titre suivant - notre réponse à la question philosophique qui s'attache non plus à définir mais à évaluer le poids de la prérogative personnelle reconnue au sujet de droit.

TITRE II

LE SUJET, SON DROIT ET SON CORPS

998. Pour mesurer la consistance du droit subjectif et peser les raisons d'attribuer à un sujet déterminé une prérogative individuelle, en un premier temps, on renverse la perspective : au lieu de chercher à faire du corps la matière d'un droit subjectif, on veut prendre le fait corporel comme critère pour la compréhension d'un tel droit. Le premier chapitre dit pourquoi et comment.

En un second temps, on évalue alors, à partir de cet examen préalable, la tendance qui consiste à multiplier les droits subjectifs pour rendre compte de la relation du sujet à son propre corps. C'est l'objet du deuxième chapitre.

Le sujet, son droit et son corps

CHAPITRE 1 — L'approche du droit par le corps du sujet

999. On sait que le droit subjectif est, quant à sa consistance même, l'objet d'un débat. Pour l'éclairer, nous voudrions porter encore notre attention sur la condition incarnée du sujet de droit; mais il ne s'agit plus, ici, de voir si on peut appliquer à cette condition incarnée la catégorie du droit subjectif mais au contraire, de voir si l'intelligence de celle-ci n'est pas mieux assurée par la considération de celle-là.

Le lien que noue le sujet envers son propre corps servirait ainsi de critère pour peser les arguments respectifs de ceux qui, d'un côté, insistent sur la priorité des prérogatives individuelles en affirmant un "principe de subsistance", et de ceux qui, d'un autre côté, soulignent la nécessaire antériorité de la norme sociale, en affirmant un "principe d'altérité".

SECTION 1 - Le corps humain et le débat sur le droit subjectif.

1000. Le droit subjectif pose d'emblée la question de l'altérité. L'analyse des deux définitions traditionnelles l'a d'ailleurs suffisamment montré : que la prérogative du sujet soit considérée comme l'"intérêt" de celui-ci ou qu'elle soit définie comme son "pouvoir", elle doit, de toute façon, être "protégée" ou "reconnue" par la société, c'est-à-dire qu'elle doit, au moins, avoir été confrontée avec ce qui n'est pas (immédiatement) elle : la norme sociale. C'est, on le sait, dans cette rencontre de la prérogative individuelle et de la norme sociale, ou, si l'on veut, de la "face interne" et de la "face externe" du droit subjectif que se situe le débat - exposé en notre première partie - sur la consistance des prérogatives inhérentes au sujet. Les droits du sujet ont-ils quelque priorité - au titre de droits de l'homme ou de droits naturels, de droits de la personnalité ou de droits innés - par rapport à la norme sociale que décrivent, chacun pour leur part, Kelsen et Duguit, Karl Marx et M. Villey ?

Le sujet, son droit et son corps

1001. En cherchant la réponse à cette question, on a vu que l'expression "droit subjectif" n'est pas seulement un terme technique qui permet de décrire avec plus ou moins de cohérence la forme de nos institutions : elle est aussi un mythe ou un symbole dont se réclament tour à tour les conservateurs et les progressistes, les puissants et les faibles, pour souligner ou effacer les lignes de force de leur combat politique.

Le droit subjectif représente encore, et il faut voir comment, une valeur pour la liberté (1).

1002. Pour éclairer cette problématique relative à la consistance du droit subjectif, le parti que nous voulons prendre est le suivant : le droit subjectif ne se laisse appréhender en toutes ses dimensions que si l'on tient compte - entre autres - du fait que le sujet de droit est, par sa nature, un être corporel. Car une réflexion sur la condition charnelle de la personne humaine doit donner une bonne mesure pour apprécier les diverses théories émises sur la consistance - ou l'inconsistance - technique, politique ou métaphysique du droit subjectif.

On voudrait opérer ainsi une mise en parallèle de deux conditions d'exercice de la liberté, à savoir : le corps humain et le droit subjectif. Non plus, encore une fois, pour voir si la relation d'un sujet à son propre corps peut être subsumée sous la catégorie (mixte) que l'on a décrite, mais pour proposer, parmi les divers choix de société et les différentes options sur les valeurs, une position cohérente qui puisse cerner le sens de ce droit subjec-

(1) Comp. le titre choisi par M. MASPETIOL pour son article publié dans les Archives de philosophie du droit (tome IX, 1964 : Le droit subjectif en question) : "Ambiguïté du droit subjectif: métaphysique, technique juridique ou sociologie". Dans sa conclusion (p. 80), l'auteur constate : "Les quelques développements qui précèdent ont suffisamment souligné que le droit subjectif n'est pas un, qu'il recouvre des aspects divers, qu'il est selon les circonstances et assez contradictoirement, l'affirmation d'une valeur transcendantale, un procédé de technique juridique, un fait de psychologie sociale de portée sociologique".

Le sujet, son droit et son corps

tif que d'aucuns, par ailleurs, cherchent à appliquer au corps humain.

1003. Ce renversement de perspective est sans doute commandé par l'existence d'un débat perpétuel, en théorie générale du droit, sur la valeur du droit subjectif, mais il l'est davantage encore par les résultats de notre analyse. Car si la définition mixte de cette "notion première" s'est déchirée lorsqu'on a voulu lui appliquer la relation du sujet à son propre corps, c'est qu'il y a, dans la façon dont le droit envisage la condition incarnée du sujet, une compréhension de ce sujet qui doit, à son tour, pouvoir aider à comprendre la notion qui n'a pas pu l'êtreindre : le droit subjectif.

En d'autres termes, si le droit admet à propos du corps humain le régime de la protection mais refuse - dans la mesure que nous avons dite - le régime de la disposition, ce discours est révélateur non seulement d'une compréhension du corps du sujet, mais également d'une compréhension du droit subjectif : l'une et l'autre engagent la même conception de la liberté.

1004. Puisqu'il est question de liberté, l'argumentation employée ici pour éclairer le sens du droit subjectif n'est pas celle du raisonnement devant lequel l'esprit ne pourrait plus reculer, obligé qu'il serait d'adhérer à la nécessité logique de ce qui lui est présenté, mais c'est celle de la cohérence offerte à la liberté même de ceux qui voudront bien l'apprécier. Aucune doctrine ne s'impose, on l'a assez vu dans les débats techniques, politiques et philosophiques menés autour du droit subjectif.

Dès lors, on ne peut que proposer sa propre thèse, qui intégrera le plus grand nombre possible des éléments, parfois antinomiques, découverts dans l'analyse et qui évitera au mieux - du moins on l'espère - les défauts aperçus dans les synthèses faites ailleurs.

1005. Faut-il réveiller ici le monstre du Loch Ness en reparlant du droit naturel ? Peut-être, mais en passant seulement, car l'en-

Le sujet, son droit et son corps

treprise est périlleuse (2). On dirait alors que ce terme, "le meilleur et le pire de notre discipline" comme l'a écrit M. David (3), exprime bien, ne serait-ce que par tous les débats dont il est l'objet, ce fait tout simple que le droit, puisqu'il est chose humaine, est affaire de liberté, et que donc il ne se réduit pas à un pur agencement de formes ou à une pure tension de forces mais qu'en cela même, il touche la liberté par les valeurs qui s'imposent à elle. Le mot "naturel", rencontré plus d'une fois en cet ouvrage (4), est peut-être mal choisi pour exprimer l'objectivité de la norme qui finalise l'exercice des libertés, car il est susceptible de confusions - mais qui pourra jamais exposer sans confusion les diverses dimensions de l'acte libre ? En tout cas, ce terme dit assez bien que le droit ne se réduit pas à la science des formes ou à la politique des forces, mais qu'il interpelle l'homme en sa nature, en sa liberté.

1006. En exposant l'objectivité d'une loi morale, le Droit naturel dit que le lien social, régi par le droit, engage la liberté humaine. Que ce fait-là soit, comme le Droit naturel lui-même, contesté, récusé ou soupçonné de tous côtés n'a rien d'étonnant puisqu'il

(2) On lit chez A. DAVID, Structure de la personne humaine, op.cit., p. 96 : "L'étude du Droit naturel devrait commencer par un exercice d'érudition. Parler du Droit naturel exigerait tout d'abord le rappel des quatre ou cinq (peut-être sept) sens différents du mot 'Droit' dans la pensée française et continentale, puis des sens légèrement différents propres à la pensée anglo-saxonne. Il faudrait rappeler aussi les diverses sociologies qui se sont succédé depuis les débuts de cette science qui essaie de découvrir les lois générales des sociétés humaines. Il faudrait enfin énumérer les doctrines des diverses écoles juridiques, et de leurs inspirateurs - philosophes, politiciens ou hommes de science - depuis Héraclite, les sophistes ou la seconde école stoïcienne jusqu'aux doctrines actuelles. Car la plupart des doctrines de la loi morale ont été proposées du dehors et ne sont pas juridiques."

(3) id., p. 96 : "Quant au terme lui-même de 'Droit naturel', il est le meilleur et le pire de notre discipline. Il exprime mieux que tout autre l'idée d'une loi objective, mais il a été rempli de si nombreux sens supplémentaires qu'il a entraîné au XIXe siècle la bien connue 'horreur du Droit naturel'."

(4) v. supra n°s 917 et sv.

Le sujet, son droit et son corps

s'agit précisément de la liberté, et que celle-ci doit exercer son option à travers les positions les plus contradictoires concernant les divers éléments - la nature, la loi, l'absolu, le corps, la société... - qui la déterminent. Car c'est en une sorte d'acte de foi que le droit affirme la liberté de l'homme.

SECTION 2 - L'acte de foi juridique.

1007. Le droit affirme le sujet, la personne, la liberté, mais lorsqu'on lui demande de rendre compte de cette confession, il se trouve quelque peu démuni, car pour lui, l'affirmation de la liberté relève d'un acte de foi; acte sans lequel il ne serait pas - puisque le droit se définit lui-même comme articulation des libertés - mais acte pour lequel il n'a tout de même pas les preuves de l'évidence (5). Le droit ne peut qu'affirmer la liberté dans le corps, et dans le droit, mais si quelqu'un se lève pour nier le fait qu'il y ait une liberté dans le corps humain et la même liberté dans le sujet de droit, comment le droit pourrait-il répondre, sinon en réaffirmant sa foi ?

1008. On a déjà noté, dans l'introduction à cet ouvrage, la comparaison choisie par M. David pour décrire la situation du juriste devant le corps humain : il est le Christophe Colomb dont la foi s'entête; alors que tous les membres de l'équipage - les scientifiques - ne voient dans le corps que l'océan infini de la matière minérale ou organique, l'homme du droit prétend qu'il y a là une personne à découvrir (6).

Cette affirmation du droit à propos du sujet en son corps est de l'ordre de l'espérance, ou de la foi.

(5) On pourrait utilement comparer cet acte de foi juridique non seulement avec les positions prises en faveur du droit naturel (v. supra n° 1005), mais encore avec le "comme si", la dérive mythologique de la rationalité juridique, mise en évidence dans l'ouvrage de MM. LENOBLE et OST : Droit, mythe et raison.

(6) V. supra n° 18.

Le sujet, son droit et son corps

Le discours juridique ne peut pas la prouver, mais s'il ne la posait pas, encore une fois, il cesserait d'exister car son propre rôle est d'affirmer cette même liberté dans l'ordre social. Si le droit n'affirmait pas au singulier la liberté personnelle dans le corps même de l'homme, comment pourrait-il la retrouver, au pluriel, dans la société qu'il organise ?

1009. Lorsque le droit instaure les actions civiles et pénales qui protègent le sujet de droit en son corps, lorsqu'il déclare que le corps n'est pas objectivable et que la disposition, par un sujet, de ses propres valeurs corporelles est limitée à la fois par l'ordre public qui interdit toute atteinte à son intégrité physique, et par la nécessité de garder à ce sujet la maîtrise naturelle de ses facultés, il exerce un acte de foi qui est au fondement de ce qu'il est lui-même.

1010. Parmi toutes les notions qui se déplacent dans l'espace conceptuel du droit, il en est une qui sert de référence, de point fixe au jeu de toute la structure : c'est l'affirmation de la liberté. Le droit la tient comme un pari à la fois dans l'ordre du corps et dans l'ordre du droit.

Il atteste que, dans le corps et tout ce qui l'affecte, dans l'image et toutes les extériorités corporelles, se vit la liberté d'une personne. Il certifie en même temps - car c'est cela même qui le fait être - que cette liberté personnelle, l'irréductible dignité humaine, est le lot de tous ses "sujets" et qu'il est là pour la garantir.

1011. On voit combien cette affirmation est fragile, comme l'est tout acte de foi, car on pourrait aussi bien dire que dans les sujets, et dans les corps, il n'y a pas de liberté. Mais si cette objection était tenue dans la réalité des faits, il faut croire que le droit ne serait plus là pour y répondre.

Contre tous les positivismes du corps et de la société, l'acte de foi juridique confesse, dans une même affirmation de la liberté,

Le sujet, son droit et son corps

l'irréductibilité de la personne en son corps de chair et en son corps social.

1012. Mais pour pouvoir cerner, à partir de là, les contours du droit subjectif, il importe d'opérer le départ de ce que nous venons de dire d'avec certaines conceptions de la liberté, en particulier celle qui est tenue par le libéralisme. On s'aide encore, pour cela, de l'enseignement que donne l'analyse de la relation du sujet de droit à son propre corps.

SECTION 3 - La liberté négative et libérale.

1013. Il est des dissociations nécessaires : il ne faut pas confondre l'affirmation de la liberté avec le libéralisme.

Dire que le droit est affaire de liberté ne signifie pas nécessairement que tout le droit se résume à la garantie de libertés individuelles entièrement constituées dans l'état de nature et que le "contrat social" n'aurait plus qu'à défendre.

1014. Le choix libéral s'origine dans la projection d'un état de nature antérieur à l'état social, dans lequel l'individu exerce ses libertés personnelles de la façon la plus individuelle qui soit. Le sens n'y est pas partagé puisque la personne est conçue comme une entité isolée en cet état "naturel", où n'existent nul pouvoir et nulle société. Le sens n'est pas transmis non plus, au fil des générations, puisque tous les individus sont équivalents en cet état originel qui ne connaît pas de déploiement historique. L'harmonie est spontanée, livrée au jeu des libertés également bonnes. En cet état de nature hypothétique, le contenu du droit "naturel" est négatif : "c'est le vide, l'absence absolue de liens et de rè-

Le sujet, son droit et son corps

gles sociaux, de devoirs et de commandements. C'est-à-dire : c'est la liberté de l'individu, sa liberté pleine et entière" (7).

1015. Diverses nécessités pratiques ont fait que, par le biais du contrat social, les individus sont entrés en politique. L'engagement social relève ainsi d'un jugement quelque peu calculateur et d'une décision volontaire commune aux personnes qui se mettent ensemble pour constituer une entité politique. Ce qui frappe dans cette perspective, c'est que le lien social n'est pas une donnée première : le fait que des individus soient liés entre eux est second, au moins logiquement, sinon chronologiquement, par rapport à un état de nature où les libertés, pour s'exercer, n'ont aucun compte à tenir du lien à autrui. L'état social en garde d'ailleurs des traces profondes : c'est ainsi qu'on définit la propriété comme rapport autonome d'une personne à une chose, sans considération - ou presque - pour la relation du propriétaire aux autres sujets de droit, et qu'on tient l'autonomie contractuelle pour une source d'obligation caractérisée par son aspect volontaire. Le rêve est celui de la liberté qui décide par elle-même de son lien à autrui, à partir d'un "état de nature" originel où elle est constamment libre. Sans doute la norme sociale impose-t-elle un cadre de plus en plus étroit à cette spontanéité de la liberté, mais le projet

(7) M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, op. cit., p. 245; v. déjà à la page 56 : "L'homme isolé de l'état de nature est moins tiré de la science que de la 'raison', nous devons y voir un mythe : c'est le mythe du droit moderne. Car cette image arbitraire de nos origines a premièrement pour conséquence la nouvelle conception moderne du droit naturel; désormais il s'agit du droit de l'état de nature, droit des époques antérieures à la civilisation, tel que croit devoir l'imaginer l'individualisme : on n'y trouve pas de rapports sociaux, pas d'obligations réciproques, pas d'Etat, pas de pouvoir public. La pensée moderne l'a vidé de tout contenu substantiel. Sauf pourtant de cette donnée, promise à une haute fortune : la liberté individuelle."

Le sujet, son droit et son corps

primitif est bien celui-là : faire naître toute relation à autrui d'une décision libre de la part de chaque sujet (8).

1016. Cette présentation du droit peut paraître séduisante parce qu'elle fait appel à un paradis perdu où la liberté personnelle s'exerce sans aucune contrainte sociale.

Mais on voit bien qu'elle envisage la liberté comme libre du lien social. Dans la mesure où le sujet est lié à autrui par une obligation quelconque, aux yeux du libéral, il n'est plus libre. C'est donc une conception négative de la liberté qui domine : on est libre lorsqu'on n'est pas lié, lorsqu'on est libre de ... Dans l'état de nature, l'individu est libre de tout lien; sa liberté est plénière, et la relation à autrui n'y est déterminée que par la seule volonté des partenaires de la relation, par le contrat social.

1017. Or, si le libéral réduit le lien social à ce que la liberté individuelle en a décidé, il pense la même chose à propos du corps. Pour lui, la condition corporelle n'est pas une donnée significative de la liberté; elle est une donnée nécessaire que la personne gère au mieux, en étant le plus possible libre d'elle, libre de son corps. A propos du corps, le libéral est idéaliste (9).

(8) On peut comparer les traits de cette idéologie libérale avec ce que MOUNIER dit de l'individualisme (E. MOUNIER, Le personnalisme, op.cit., p. 37) : "L'individualisme est un système de moeurs, de sentiments, d'idées et d'institutions qui organise l'individu sur ces attitudes d'isolement et de défense. Il fut l'idéologie et la structure dominante de la société bourgeoise occidentale entre le XVIIIe et le XIXe siècle. Un homme abstrait, sans attaches ni communautés naturelles, dieu souverain au coeur d'une liberté sans direction ni mesure, tournant d'abord vers autrui la méfiance, le calcul et la revendication; des institutions réduites à assurer le non-empiètement de ces égoïsmes, ou leur meilleur rendement par l'association réduite au profit : tel est le régime de civilisation qui agonise sous nos yeux, un des plus pauvres que l'histoire ait connus."

(9) V. supra (n° 982) l'idéalisme reconnu dans les travaux de PICARD qui divise l'homme en un Moi pur, sujet de tous les droits d'une part, et, d'autre part, les diverses enveloppes corporelle, morale et civile qui recèlent en leur centre cette entité psychique (cfr. le Droit pur, op.cit., pp. 64 et sv.); v. aussi BOISTEL qui isole la personne de l'ensemble de ses facultés

Le sujet, son droit et son corps

1018. Une telle attitude est repérable par différents traits de notre mentalité et de notre droit. Un exemple, déjà cité d'ailleurs : en France, la proposition de loi Caillavet relative au droit de vivre sa mort a pour objectif, aux dires de son auteur, "la prise de conscience de chacun face à son être et surtout face à son devenir". Cette proposition "tend à réveiller le stoïcisme et la lucidité de ceux qui peuvent, à tout instant, tomber dans le coma et la souffrance et, ainsi, subir davantage les maux en étant pris au dépourvu." L'anthropologie qui fonde ce texte est simple : "Les temps primitifs sont révolus. L'homme est avant tout un être doué d'intelligence et non un être de chair. Prétendre le contraire réduirait l'homme à peu de chose" (10).

Le libéral n'a pas de corps ou, plus exactement, tout ce qui est corporel, chez lui, doit être ramené au pur projet de la liberté individuelle qui, elle, est désincarnée, de la même manière que tout ce qui est social doit être ramené autant que possible à la décision prise par les libertés dans l'état de nature. L'opacité du corps et la consistance du lien social sont résolues dans l'in-

(Suite note 9)

pour faire de celles-ci l'objet d'autant de droits purement internes (cfr. son Cours de philosophie de droit, op.cit., p. 188).

Mais la racine philosophique de cette inspiration est plus ancienne. N'est-ce pas DESCARTES lui-même qui se défait du corps dans sa recherche de la certitude lorsqu'il écrit (Première méditation, § 12) : "Je me considérerai moi-même comme n'ayant point de mains, point d'yeux, point de chair, point de sang, mais croyant avoir faussement toutes ces choses". Dans la démarche cartésienne, comme l'a écrit M. BRUAIRE, "le sujet oppose (...) son unité propre, comme acte indivis, à la pluralité des affections, de sorte que son unicité se délie de la forme individuelle du corps. Le corps subjectif a bien la continuité de la vie mais point l'identité substantielle du 'je pense'. Il est bien diversité et multiplicité de fonctions, hétérogénéité qualitative, mais sans structure autonome, car il est en opposition directe et vive avec la seule unité qui soit réelle et substantielle, sans partie ni greffe, indécomposable et sans autre contenu que sa forme pure, celle de l'acte de juger" (Philosophie du corps, Seuil, 1968, p. 95).

- (10) Proposition de loi n° 301, Sénat, seconde session ordinaire de 1977-1978, Exposé des motifs, p. 5. V. supra n° 889.

Le sujet, son droit et son corps

tention de la liberté libérale qui tâche, en toutes choses, d'exercer son pouvoir et d'obtenir son intérêt.

SECTION 4 - Les conditions d'exercice de la liberté.

1019. Le choix libéral est séduisant; mais il ne s'impose pas. Il laisse la place à une autre conception de la liberté qui prendrait davantage en compte les éléments qui, sans nier cette liberté, la déterminent pourtant. Nous croyons qu'il faut opter pour une définition positive de la liberté en disant que celle-ci ne se vérifie pas nécessairement lorsque le sujet est libre de tout, mais bien lorsqu'il est libre, si possible, en tout.

Pour le comprendre, on voudrait tracer ici le parallèle annoncé avec la condition corporelle du sujet de droit en disant : pas plus que le sujet n'est libre du lien social, il n'est libre de son corps. En d'autres termes, le corps humain assigne à la liberté une lecture nécessaire de ce qu'elle est elle-même : la liberté n'est pas libre de son corps, car sans son corps elle ne serait pas, mais elle est libre en son corps, ou, du moins, c'est en son corps qu'elle doit exercer, le mieux qu'elle pourra, ce qu'elle est.

1020. On a vu, dans l'analyse de différentes relations où le sujet de droit est touché en son corps, que l'ordre du droit est précédé par l'ordre de la nature, et qu'en celui-ci, on trouve sans doute la spontanéité de la liberté, mais on trouve également une situation radicale de non-maîtrise (11).

Le corps assigne un destin au sujet qui n'est plus "libre de" : le voici en état d'exposition, de nécessité, de souffrance; il est livré à l'altérité de la vie et de la mort. Selon le mot de Mounier,

(11) V. supra n° 920. C'est la raison pour laquelle on évitera soigneusement de confondre cet ordre de la nature avec l'état de nature décrit par le libéral.

Le sujet, son droit et son corps

"la personne s'expose, elle s'exprime : elle fait face, elle est visage" (12).

1021. Pour nous, la liberté a d'emblée un corps, et elle est liée à autrui. Cette représentation peut paraître plus humiliante que celle de l'état de nature où une âme sans corps tient ses droits d'elle seule, mais elle est plus exacte. La liberté est corporelle, et en se donnant nécessairement un corps, la liberté est déjà livrée à autrui. Le lien social ne dépend pas seulement de la libre décision des sujets; il est déjà engagé dans le fait corporel dont le sujet ne dispose pas. Le lien social se noue aussi dans l'involontaire.

L'état de nature du libéralisme est impossible à penser, car la liberté ne peut se concevoir en deçà du corps, ni en deçà du lien social où elle naît; elle est affectée par l'un et par l'autre. Le sujet est, par sa condition corporelle, rappelé à l'"ordre" : le "principe de subsistance" ne peut trouver à s'appliquer hors du "principe d'altérité".

Duguit écrivait : "la notion de droit subjectif n'est qu'un développement de la notion d'âme" (13) : mais si le libéralisme avait pensé "l'âme" dans sa condition charnelle, peut-être aurait-il eu une autre représentation du droit subjectif, celle où le sujet, prenant conscience qu'en son corps, il est déjà livré à autrui, aurait considéré d'emblée le lien social comme une donnée première pour la détermination de ses droits.

Le fait de la société doit être posé d'emblée, en même temps que le fait du sujet : on ne peut obtenir une vision cohérente du droit qu'à cette condition.

1022. De là vient d'ailleurs la nécessaire corrélation entre l'affirmation des droits et celle des devoirs.

Si le droit subjectif est l'expression du "principe de subsistance", l'obligation, elle, signifie le "principe d'altérité" : c'est, ici,

(12) E. MOUNIER, op.cit., p. 63.

(13) L. DUGUIT, traité cité, § 24, p. 273. V. supra n° 56.

Le sujet, son droit et son corps

l'autre qui a un droit, et la corrélation entre le droit et l'obligation montre que le droit lui-même ne peut être conçu en dehors du contexte social de la relation avec autrui. La réciprocité du droit et de l'obligation montre que, dans l'état social, le sujet doit nécessairement composer avec autrui et que c'est la norme sociale qui, en précisant l'équilibre à garder entre les divers intérêts en présence, assigne à chaque sujet sa part de "droits", et donc aussi de devoirs (14).

1023. Pour cerner le réel d'une façon plus exacte que dans la réflexion libérale, il faut affirmer que la liberté ne se situe pas en deçà du corps et de la société, comme à propos d'objets qu'elle n'aurait pas voulus, mais qu'elle s'y livre nécessairement puisqu'ils constituent ses propres conditions d'exercice : la liberté est chez elle, extatiquement, en son corps et dans la société.

La médiation exercée par l'une et l'autre de ces deux conditions est d'ailleurs réciproque : le corps permet à la liberté d'être livrée à autrui et la relation à autrui permet au sujet d'habiter son propre corps.

Il faudrait faire appel à de nombreuses données de la vie quotidienne, plus ou moins formalisées par les études modernes de la psychologie et de la psychanalyse, pour montrer à quel point le corps est engagé dans la relation, à quel point aussi la relation est constitutive de la structuration corporelle d'un sujet. La personne est livrée à autrui, en images, en gestes, en paroles, en désirs, en souffrances, et la relation à autrui permet à la personne, par le regard, la caresse, le langage, le transfert, la loi,

(14) V. là-dessus, parmi d'autres auteurs, R. NERSON, thèse citée, p. 324 : "le droit subjectif se situe dans le rapport de droit qui s'établit entre deux sujets, il ne se manifeste que lorsque deux sujets sont entrés en relation pour former le rapport; le titulaire a le pouvoir d'exiger quelque chose d'une personne déterminée, laquelle est assujettie à un devoir subjectif, à une obligation juridique", A. GERVAIS, art. cité in *Mélanges Roubier*, I, 242 : "à chaque droit d'une personne correspond une obligation d'autres personnes envers le titulaire du droit, et, un droit existe lorsqu'est établie une obligation d'autres personnes en faveur de son titulaire".

Le sujet, son droit et son corps

de donner forme à son corps. Si autrui et le corps se médiatisent réciproquement, c'est parce qu'en eux, une même liberté est déjà engagée. En refusant de la reconnaître, le libéralisme dégage au contraire la liberté de ses conditions d'exercice pour la préserver en un pur état de nature.

1024. Si nous optons pour une autre position que celle du libéral, c'est parce que la liberté nous paraît devoir être comprise dans ce qui, au départ, n'est apparemment pas elle : son corps, autrui. L'acte de foi juridique exprime-t-il d'ailleurs autre chose que cette option-là ? S'il sait que dans les liens sociaux - dont il est régulateur - s'engagent les libertés personnelles, il sait aussi que ces mêmes libertés sont déjà engagées dans l'ordre des corps.

1025. Ce dialogue avec la position libérale n'aura peut-être pas convaincu, mais il aura montré, au moins, qu'en dressant la figure - la forme - du rapport à autrui, le droit mobilise une conception du corps. Ainsi, le droit subjectif qui se déduit uniquement du "principe de subsistance" sans invoquer comme une donnée également première le "principe d'altérité" invite à penser que le sujet, libre du lien social, serait également libre de son corps.

Mais il est une autre position, antithétique par rapport à la thèse libérale, - faut-il l'appeler socialiste ? - dans laquelle le droit subjectif se construirait uniquement à partir du "principe d'altérité", sans que l'on fasse jamais appel à un quelconque "principe de subsistance". Cette nouvelle thèse mérite aussi notre attention critique.

SECTION 5 - La prédominance de la norme sociale.

1026. On a rappelé plus d'une fois que le débat mené à propos du droit subjectif se passe entre les tenants d'une priorité absolue des prérogatives fondamentales de l'individu par rapport à toute

Le sujet, son droit et son corps

organisation sociale et les partisans d'une antériorité absolue de la norme organisatrice des rapports sociaux par rapport à toute reconnaissance d'un droit subjectif quelconque. Pour exposer la première thèse, on a développé la position libérale et sa conception négative de la liberté. Pour exposer la seconde, on ne rappellera plus ici les affirmations - d'ailleurs franchement opposées - de Marx ou de M. Villey, ni celles de Duguit sur l'inconsistance du droit subjectif, ou de Kelsen sur la réduction du droit subjectif à un système de normes (15). On citera seulement Binder et M. Martin.

1027. Un texte de Binder est invoqué par Duguit à l'appui de sa position négatrice du sujet de droit : "la grosse erreur de la doctrine a été, écrit Binder, de toujours poser la question du sujet de droit sous une forme en quelque sorte matérialisée, représentant le sujet comme le porteur du droit, et représentant par conséquent le sujet et l'objet comme deux choses existant nécessairement dans le monde matériel, comme deux êtres distincts dont l'un porte l'autre. Or, il n'en est rien; le sujet n'est pas nécessairement un être réel. Tout rapport de droit est un rapport de relation, et puisque la notion de sujet de droit est donnée par la notion même de rapport de droit, le sujet de droit lui-même ne peut être autre chose qu'une relation" (16).

1028. En réfléchissant sur l'abus de droit, M. Martin aboutit à une conclusion semblable à propos du droit subjectif (17). Pour cet auteur, lorsqu'on envisage le droit-du-sujet comme un pouvoir univoque, "il est fatal que le droit de l'un se heurte au droit de l'autre, que deux pouvoirs autonomes ne puissent trouver leur conciliation" (18).

(15) V. supra, le débat sur le droit subjectif, n° 48.

(16) BINDER, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig, 1909, pp. 48-50, cité par L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, op.cit., t. 1, § 48, p. 529. V. aussi sur Binder : J. DABIN, Le droit subjectif, p. 107.

(17) Cfr. R. MARTIN, art. cité in R.T.D.Civ., 1975, pp. 52 et sv.

(18) R. MARTIN, art. cité, p. 58.

Le sujet, son droit et son corps

Selon M. Martin, il faut, dès lors, pour résoudre les contradictions, modifier le concept de droit subjectif en insistant sur le fait que le phénomène juridique est toujours un rapport entre personnes : "le rapport-de-droit est une qualification du rapport humain concret. Il implique deux sujets, il est un couple. La règle-de-droit définit la relation qui doit exister entre les deux sujets. L'un ou l'autre des sujets n'agit pas le rapport en exerçant un pouvoir unilatéral qui pourrait trouver en face de lui un autre pouvoir tout aussi unilatéral avec lequel il entrerait en lutte, mais en mettant en mouvement une interdépendance qui contient en elle-même sa propre contradiction. Les droits ne s'opposent pas, l'opposition est dans le rapport de droit considéré comme unité; elle est le rapport-de-droit" (19).

Dans cette présentation du rapport de droit, M. Martin donne raison à Kelsen pour qui, on l'a vu, le droit subjectif est une notion superflue puisqu'elle ne désigne rien d'autre que l'obligation imposée à autrui par la norme (20).

1029. Il était nécessaire, pour corriger la thèse libérale, de rappeler le "principe d'altérité" inhérent à la constitution de tout droit, fût-il "subjectif". Nos analyses précédentes ont montré, en effet, que le droit doit toujours s'appréhender par cela même qu'il règle : la relation, à laquelle tout sujet est "exposé".

C'est vrai du "droit à l'image" où les prérogatives du sujet représenté doivent être appréciées dans une balance des intérêts en présence. C'est vrai aussi de la relation thérapeutique où le critère de justification pénale des actes médicaux portant atteinte à l'intégrité physique du patient ne dépend pas du pouvoir d'un seul des deux partenaires - le docteur en médecine ou le malade consentant - mais de la portée de l'acte qui les réunit. C'est vrai enfin de la protection de la vie qui ne peut pas se renverser en un "droit à la mort" puisque le sujet n'est pas plus maître de sa

(19) R. MARTIN, art. cité, pp. 59-60.

(20) Cfr. H. KELSEN, op.cit., p. 172, in R. MARTIN, art. cité, pp. 61-62.

Le sujet, son droit et son corps

vie que de la relation sur laquelle il s'appuie pour demander sa mort. Le "principe d'altérité" s'impose dans la reconnaissance de tout droit subjectif.

1030. Pourtant, cette thèse n'est exacte que si elle-même n'est pas excessive. Car à force de définir le droit par la relation, elle risque peut-être d'en oublier les termes. Or la condition corporelle du sujet de droit nous rappelle, ici encore, que ce choix n'est pas bon.

SECTION 6 - L'affirmation du sujet.

1031. Si le corps exprime une livraison du sujet à autrui, il exprime aussi une subsistance, une irréductibilité de ce sujet par rapport au jeu social. Dans le corps, c'est bien une personnalité unique qui se livre. L'analyse précédente a montré plus d'une fois cette spontanéité première où la nature noue entre le sujet et son corps - son image, son intégrité, sa mort - une adhésion originale, irréductible à toute autre (21).

La relation sociale n'absorbe pas ses termes car ceux-ci, les sujets, ont une consistance propre manifestée dans le fait corporel lui-même : ce que le corps signifie, redisons-le, c'est l'unicité d'une personnalité (22).

1032. Pour corriger la thèse libérale, nous avons affirmé que la liberté se médiatise réciproquement par le corps et par le lien

(21) V. supra n° 926.

(22) Cette réflexion sur le sujet de droit à partir de l'être corporel n'empêche pas qu'il puisse exister, dans la technique juridique, des sujets de droit qui ne soient pas des personnes physiques. Le débat doctrinal sur le sujet de droit a d'ailleurs souvent tourné, dès SAVIGNY et IHERING, autour de la personnalité des associations qui, n'étant pas personnes "physiques", ont été qualifiées de "morales" ou "juridiques". Mais les diverses théories en présence (fiction, représentation) montrent la difficulté qui persiste à définir un sujet qui n'a pas de corps.

Le sujet, son droit et son corps

social. Cela devait être dit à ceux qui considèrent la liberté du sujet en dehors de ses conditions d'exercice. Mais à ceux qui seraient tentés de n'examiner que le seul fait social, la seule relation, sans plus de considération pour ses termes individuels, il faut ajouter que la médiation réciproque du corps et de la société, par où la liberté advient à elle-même, commence par le corps. Dans les conditions d'exercice de la liberté, il y a une priorité logique du corps sur le lien social.

1033. Une telle affirmation pourrait être mal comprise. A la limite, elle pourrait passer pour du matérialisme ou, tout au moins, pour une position régressive puisqu'elle privilégie la nature par rapport à la culture, mais il ne s'agit pas de cela. Il s'agit seulement de savoir où s'origine la liberté de l'homme, et pour nous, elle s'origine dans le corps.

Sans doute la société aura-t-elle à médiatiser, en particulier dans la famille, cette relation première de la liberté à son corps, mais précisément, cette relation est première, et elle est reconnue par la société; ou encore : ce que la société reconnaît dans un corps, c'est la liberté du sujet qui l'habite.

Cette position peut évidemment être contestée, car elle exprime encore l'acte de foi juridique qui affirme la liberté de l'homme, dans son corps charnel comme dans la société (23).

(23) Comp. à ce propos la défense du droit subjectif faite par DABIN : "A ce niveau (...), la métaphysique et elle seule, quoi que l'on veuille, est capable de donner la réponse. Res sacra homo. Si l'être humain individuel est respectable, s'il a des droits subjectifs, s'il existe une justice, c'est parce que l'être humain individuel, chaque être humain individuel, fort ou faible, proche ou étranger, représente une valeur, non pas seulement relative, pour lui-même, pour les autres et pour la société, mais une valeur en soi, absolue". (J. DABIN, *op.cit.*, p. 42). L'auteur avait annoncé d'ailleurs (p. 40, note 2) que "sur le plan où nous sommes maintenant, le droit subjectif ne saurait être considéré comme un concept purement technique, qu'il est la représentation exacte et nécessaire d'une réalité, de nature d'ailleurs spirituelle".

Le sujet, son droit et son corps

Disons seulement que cette option a pour elle une solide tradition philosophique et juridique, depuis que les philosophes parlent de l'âme et de la personne, et les juristes, du respect de la dignité humaine et de l'inviolabilité corporelle (24).

1034. Le corps est expression d'une personnalité irréductible à sa matérialité, il porte en ses gestes, en son langage, en son regard, dans leur contingence même, la transcendance d'une liberté qui, du même coup, se subordonne aussi le lien à autrui. La liberté est d'abord chez elle en son propre corps, avant de l'être dans le lien social. L'ordre de la nature précède l'ordre du droit. Encore une fois, ceci ne nie pas l'importance de la médiation sociale pour l'exercice de la liberté, y compris envers son propre corps, mais c'est par le corps que le sujet entame son chemin de liberté. Avant d'être à autrui, cette liberté est au sujet lui-même, et de cela, le corps est signe.

Est-il possible, à partir de cette réflexion sur la condition corporelle du sujet de droit, de cerner davantage le droit du sujet ?

(24) Cfr. par exemple R. SAVATIER, Conclusion générale des Journées Belges (1975) de l'Association Capitant sur le corps humain et le droit (Travaux, p. 516) : "Mes jalons, je les prendrai d'abord dans une philosophie. Cette philosophie, qui me semble essentielle, part de la transcendance de l'homme. Transcendance de l'homme sur les choses, et particulièrement de la personne humaine qui, juridiquement, représente l'homme, à travers cette chose, corporelle par excellence, qu'est le corps humain ! Ainsi, avons-nous à montrer comment cette chose corporelle est tirée au-dessus des autres choses par la transcendance humaine. Car notre corps est inséparable de notre personne. Et tout ce qui a été écrit sur les attributs de la personnalité repose sur ce postulat, que la personne humaine a un corps, et que ce corps vit en société. C'est le paradoxe de nos débats. Comment, à ce corps, appliquer une transcendance qui met l'homme au-dessus des choses, alors que ce corps est une chose ?".

Le sujet, son droit et son corps

SECTION 7 - La condition incarnée et le droit du sujet.

1035. La catégorie du droit subjectif exprime une articulation déterminée entre la personne et la société. On peut dire la même chose, mais de façon plus stricte encore, du corps humain : il met une personnalité unique en commerce avec autrui. Il arrive ainsi assez normalement qu'on prenne vis-à-vis du droit subjectif la même position qu'envers le corps. Mais il faut d'abord préciser sur quel plan est faite la comparaison.

1036. On peut sans doute limiter l'examen au stade de la description. Le droit subjectif est alors considéré comme une catégorie technique utile pour décrire l'état de notre droit. Dans la mesure où elle n'a qu'un rôle descriptif, elle pourrait être remplacée par une autre expression, encore que le "droit subjectif" paraisse particulièrement bien choisi pour rendre compte des droits régis par le libéralisme.

A ce stade de la description juridique, le recours à une quelconque analyse du corps ne paraît guère éclairant au sens, par exemple, où on se représenterait la société comme un ensemble de cellules au sein d'un grand corps social, etc... car alors, on ne quitterait pas le domaine de la représentation, lequel est encore à l'extérieur du "sujet". La description positive aurait devant elle un corps et devant elle un droit et la corrélation entre ces deux "objets" ne serait pas, ici, significative.

1037. Mais si l'on veut reconnaître à la catégorie du droit subjectif la portée politique et morale qu'elle a nécessairement, alors la mise en parallèle du droit et du corps devient instructive parce que, d'une part, en politique et en morale, la liberté humaine est immédiatement abordée - ne serait-ce que pour être niée - et que, d'autre part, le corps et la société sont précisément deux médiations nécessaires pour l'exercice de cette liberté. A ce niveau de la réflexion, le principe de subsistance et le principe d'altérité peuvent être pensés ensemble dans une même conception de la

Le sujet, son droit et son corps

liberté et de ses médiations - la médiation corporelle et la médiation sociale - et on peut trouver dans l'une - le lien de la liberté à son corps - une donnée utile pour comprendre l'autre : le lien à autrui. Dans la mesure où il y a droit subjectif, on dira alors qu'il faut comprendre ce droit subjectif comme prérogative d'un sujet subsistant dans une relation.

1038. Il y a une subsistance du sujet que le corps signifie à autrui : avant tout partage social - plus ou moins fondé sur la justice - il est un "bien" ou un "pouvoir" que la société ne peut "attribuer" au sujet parce que celui-ci en est déjà "titulaire" : c'est son propre corps. Cette subsistance irréductible, manifestée dans le corps, est à la racine du droit subjectif.

Mais le corps dit aussi la nécessaire relation du sujet à autrui. Il lui assigne la loi d'un autre. Le corps livre le sujet; il lui signifie que son droit de sujet - son droit subjectif - est relation à autrui, rapport social.

Si le corps vérifie le principe de subsistance et le principe d'altérité, il engage ainsi, à propos de la liberté, une conception qui peut aider à comprendre le droit subjectif.

Celui-ci exprime, lui aussi, à la fois une subsistance à reconnaître, et un rapport à équilibrer : il est prérogative du sujet subsistant dans une relation.

1039. A partir de cette compréhension du droit subjectif, on voudrait revenir à la matière qui nous occupe : le corps humain. Après qu'il ait servi de critère pour discerner l'acte de foi juridique affirmant la liberté de l'homme dans ses conditions d'exercice, on voudrait rendre à ce corps sa position "d'objet" du droit subjectif pour évaluer les tendances du discours que le droit tient aujourd'hui à son égard.

Le sujet, son droit et son corps

CHAPITRE 2 — Le droit du sujet sur son corps

1040. Si le lien de la liberté engagée dans le rapport à autrui peut être éclairé par la façon dont on comprend la relation de cette même liberté à son propre corps, on doit pouvoir prendre parti - en fonction de ce qui a été dégagé au chapitre précédent - sur la "reprise subjective" que manifeste le discours juridique actuel à propos de la relation du sujet à son corps.

En ce chapitre, on rappelle d'abord quelques traits de cette "subjectivation" des éléments corporels du sujet, dans le sens de la protection comme dans celui de la disposition. On montre ensuite comment il est légitime de prendre distance vis-à-vis de cette façon de faire (ou de dire) reconnue dans le droit d'aujourd'hui.

SECTION 1 - La "subjectivation" du corps.

1041. Assistons-nous, dans nos sociétés, à une victoire du "libéralisme avancé" ? Toujours est-il que le discours juridique contemporain révèle, ainsi que l'ont montré les résultats de l'analyse, une tendance à accentuer les prérogatives du sujet par rapport à tout ce qui pourrait l'affecter.

Protection et disposition se renforcent pour envisager de plus en plus les rapports de droit, en particulier ceux que le sujet noue à propos de sa condition charnelle, sous l'angle très déterminé de ce sujet même, de ses droits subjectifs.

Ce qui est de l'ordre du fait, de la nature, notre ordre juridique veüt le placer, au profit du sujet, sous forme de "droit à l'image", "contrat médical", et même "droit à la mort", dans l'ordre du droit. Les situations qui impliquent une exposition de soi, une ignorance, une non-maîtrise, une confiance sont réintégrées dans l'orbite du sujet, par une accentuation de ses droits préétablis.

Le sujet, son droit et son corps

1042. Tandis que les auteurs distinguent dans la catégorie du droit subjectif une face externe qui situe le sujet par rapport à la norme sociale, c'est-à-dire à l'altérité de la reconnaissance et de la protection, et une face interne qui affirme la subsistance de ce sujet dans ses intérêts et dans ses pouvoirs, l'hypertrophie des droits subjectifs - en particulier dans la relation du sujet à son propre corps - peut s'interpréter comme une assimilation du point de vue externe (l'altérité) par le point de vue interne (la subsistance). Alors le sujet, bardé de tous ses droits - fondamentaux, innés, naturels ou subjectifs - est coupé à la fois de son insertion sociale et de son vécu corporel, car c'est la même idéologie libérale, on le sait, qui isole la liberté des autres libertés et qui sépare cette même liberté de son propre corps.

1043. La "subjectivation" libérale se manifeste dans la multiplication des droits du sujet quant à son corps lorsque, en régime de protection, on lui reconnaît, par exemple, le droit d'interdire déjà toute fixation de son image et le droit, quand il est malade, de sauvegarder son intégrité physique contre toute intervention médicale, même salvatrice. En régime de disposition, cette même "subjectivation" se montre dans la patrimonialisation du "droit à l'image", dans l'érosion du critère de la nécessité curative pour justifier pénalement l'acte médical, de même que dans l'affirmation symbolique des droits du malade à l'intérieur du "contrat médical"; cette disposition peut même aller, dit-on, jusqu'à la reconnaissance d'un "droit à la mort".

1044. En multipliant les droits de protection et de disposition du sujet à l'égard de son propre corps, le libéralisme refuse à la liberté le sens de ses médiations, l'exposition qu'elle offre à autrui en son propre corps. Car selon cette idéologie, le sujet doit réintégrer dans l'orbite de son consentement tout ce qui le livrait à l'altérité (1).

(1) Comp. H. Ph. VISSER'T HOOFT, art. cité in A.P.D., 1979, p. 93, à propos des actes de disposition concernant le corps humain:

Le sujet, son droit et son corps

1045. Une telle option nous paraît susciter légitimement la critique, car elle méconnaît non seulement le fait du lien social mais également l'objectivité du corps dans l'accès de la liberté à elle-même.

SECTION 2 - L'objectivité corporelle.

1046. Il nous semble que la "subjectivation" libérale doit rencontrer sa limite dans le fait corporel lui-même qui expose le sujet à l'opacité, au besoin, à la relation, à la vie, à la mort. Plutôt qu'à multiplier, même symboliquement, les droits du sujet quant à son corps, il est préférable de considérer avec plus d'attention l'altérité dans laquelle le corps inscrit déjà, naturellement, la liberté dont on veut parler. Ceci vaut, on le rappelle brièvement, pour le régime de disposition, mais également pour le régime de protection.

1047. En ce qui concerne le premier régime, celui de Savigny, il vaut mieux limiter - ainsi qu'on l'a fait - le droit de disposition du sujet à ce qui, en lui, est déjà "autre" que lui, à ce qui s'en "détache" sans entamer son intégrité corporelle. Le sujet exerce alors sa liberté spontanée, mais c'est sans se détruire lui-même: s'il cède son image, c'est parce que celle-ci n'est que son "double" en gardant d'ailleurs toujours le droit de s'en "repentir", et s'il dispose de son intégrité physique entre les mains du médecin, c'est pour que soit sauvegardée une santé altérée par un mal extérieur.

(Suite note 1)

"s'il y a recul de la 'sacralité', ce recul peut être attribué non seulement à une sorte de refroidissement, de 'rationalisation' de nos jugements de valeur, il peut être attribué également aux positions de plus en plus fortes qu'occupe à notre époque une morale libertaire, une morale qui tend à soumettre à l'individu, au libre choix de l'individu la totalité de ses conditions d'existence. Cette morale libertaire se profile évidemment derrière la libéralisation de l'avortement, elle n'est pas étrangère non plus à la tolérance que rencontre de plus en plus l'euthanasie. Or il est clair que cette morale peut motiver également un certain relâchement du contrôle des actes de disposition concernant le corps humain".

Le sujet, son droit et son corps

Dans l'ordre du droit, la disposition ne peut toucher, finalement, que ce qui n'est pas le sujet, car si ce sujet disposait de lui comme d'un autre, ne serait-il pas, à la limite, cet autre-là, et donc plus lui-même ?

1048. C'est ce qu'on a constaté dans la contradiction du "droit à la mort"; sans doute la personne garde-t-elle la possibilité matérielle de se supprimer elle-même, mais le droit ne peut pas reconnaître ce pouvoir factuel au sein de la relation, car il contredit son acte de foi dans l'irréductibilité à toute autre de chaque liberté personnelle. Le droit doit bien admettre la liberté du suicide, mais il ne peut pas assimiler purement et simplement un "autrui", un tiers, au sujet qui veut se suicider. Car entre autrui et ce sujet, il y a une "altérité", une opacité irréductible, un défaut de transparence qui peut se manifester aussi bien dans les mobiles de celui qui pose (ou qui facilite) le geste de mort, que dans la demande de celui qui le réclame ou qui y "consent". Pour garder envers et contre tous la liberté du sujet, le droit ne peut qu'interdire aux tiers d'attenter à la vie d'autrui.

Ce faisant, il oblige le sujet à "s'exposer", se "livrer", se "confier" à la vie dont seule la mort peut lui signifier le terme. Créant un espace de liberté contre la mort infligée par autrui, il expose le sujet à exercer son "droit à la vie", et non pas un quelconque "droit à la mort".

1049. Quant à l'autre régime du droit subjectif, celui de Ihering, on sait qu'il pose moins de difficulté au juriste puisque le droit cherche bien ici à protéger la liberté des personnes dans leur articulation sociale; on se demande pourtant si cette protection doit être assurée par la reconnaissance de droits subjectifs a priori et non plus, comme autrefois, par la seule sanction de l'endommagement dû à la faute d'autrui. Plutôt que de définir le droit dans une optique individualiste comme une prérogative entièrement subjective qu'il faudrait limiter dans la suite pour pouvoir l'insérer harmonieusement dans la relation sociale, ne valait-il pas mieux

Le sujet, son droit et son corps

poser d'emblée cette relation même pour y définir un équilibre objectif ? Car ce n'est pas seulement son propre droit que le sujet engage dans une relation déterminée, mais aussi le droit d'autrui, comme l'a montré l'analyse des situations étudiées.

1050. La relation nouée entre l'auteur d'une image et la personne dont les traits sont représentés, comme celle qui lie le malade à son médecin, n'aurait peut-être jamais dû quitter le plan de la relation de fait sanctionnée par la responsabilité délictuelle, civile ou pénale.

Il n'est pas sûr, en effet, que l'évolution de cette relation vers un rapport dont les termes soient plus formellement juridiques qu'autrefois - le "droit à l'image" ou le "contrat médical" - constitue un réel progrès pour le droit, car elle méconnaît à la fois la spontanéité du sujet libre en son corps ainsi que la non-maîtrise où il est exposé à la loi d'un autre.

Fallait-il créer ce "droit à l'image" ? On sait qu'il se justifie d'une certaine manière en régime de disposition, mais devait-on, en régime de protection, quitter le schéma de la responsabilité de façon à reconnaître un droit ? La même question se pose, de façon plus aiguë, pour le droit à l'intégrité physique.

1051. Ce droit ne peut sans doute pas s'entendre, on l'a vu, dans les termes du premier régime, comme un pouvoir de disposer de cette intégrité physique.

Mais si on voulait assurer au sujet, par la reconnaissance à son profit d'un droit de la personnalité, une meilleure protection de cette intégrité, il n'est pas sûr non plus qu'on aboutirait, dans le second régime, à un résultat préférable à celui que l'on obtient en maintenant cette protection dans le cadre de l'action en responsabilité pour faute.

Qu'arriverait-il en effet si, par exemple dans la relation thérapeutique, on reconnaissait au sujet un "droit à l'intégrité physique" analogue à tout autre droit subjectif ? Le malade, alors, ne devrait plus passer par les conditions de l'art. 1382 C.civ. pour

Le sujet, son droit et son corps

faire sanctionner l'atteinte à son "droit", et il pourrait agir préventivement pour empêcher la survenance d'un dommage, ainsi qu'on l'a vu en matière de "droit à l'image".

Pour ce dernier avantage, on ne voit pas bien quelles hypothèses concrètes il pourrait recouvrir, ni quelles mesures le juge pourrait prendre pour faire cesser la menace d'une atteinte à l'intégrité corporelle.

Quant au premier avantage - la dispense de la preuve de la faute et du préjudice dans l'action qui vise à sanctionner la seule atteinte au droit - il faut en mesurer la portée. Il est possible qu'en renforçant les exigences imposées au praticien d'obtenir de son patient un consentement libre et éclairé au traitement qui va lui être appliqué, notre droit en vienne un jour à sanctionner, au moins civilement, le seul défaut de consentement d'un malade à l'intervention de son médecin. Par hypothèse - puisqu'il n'y a pas de préjudice physique - le malade n'aura subi que le désagrément de n'avoir pas donné son consentement à cette intervention qui, sans doute, aura "touché" son intégrité physique, mais qui - par hypothèse encore - lui aura été bénéfique.

Comment va-t-on compenser ce dommage moral ? Par une réparation morale elle aussi ? Mais une condamnation même symbolique du médecin qui aura guéri un patient contre le gré de celui-ci, constitue-t-elle un grand progrès social ? Et n'existe-t-il pas d'autres voies que la reconnaissance au malade d'un "droit de la personnalité" pour contrôler le pouvoir médical ?

Peut-être vaut-il mieux admettre que l'inviolabilité corporelle du sujet est une valeur protégée par le droit au titre de "situation objective" (2) et qu'elle est trop liée au sujet lui-même pour constituer à son profit un droit subjectif, s'appellerait-il même droit de la personnalité (3).

(2) V. sur cette notion, supra n° 100.

(3) Comp. G. SARVONAT, thèse citée, p. 31 : "Les droits de la personnalité sont encore des droits, qui par cela même ont une forme technique, rigide. Ils créent un rapport, ils sont encore extérieurs à la personne. Et puis ils sont encore trop techniques, pas assez souples, pour être appliqués à l'inviolabilité

Le sujet, son droit et son corps

1052. Puisque, dans son acte de foi, le droit entend affirmer l'irréductible liberté du sujet jusqu'en son propre corps, il devait, on l'a vu, limiter singulièrement le régime de disposition que ce sujet appliquerait à ses propres déterminations corporelles; il devait aussi assurer fermement le régime de protection dont bénéficierait ce sujet pour la défense de son intégrité.

Mais devait-il garantir cette protection par la multiplication de droits subjectifs au profit du sujet qui engage dans une relation ses déterminations corporelles ?

Outre que cette reconnaissance de prérogatives individuelles en régime de protection risque d'être comprise - ainsi qu'on l'a vu dans l'analyse de la définition mixte du droit subjectif - comme étant également l'admission de certains pouvoirs de disposition du sujet sur sa propre intégrité, elle risque aussi de ne pas respecter l'involontaire signifié au sujet par son objectivité corporelle.

1053. Mais le contexte social que nous connaissons aujourd'hui est si violent en ses techniques qu'il ne voit plus dans les corps la trace d'une personnalité unique.

Dès lors, il faut peut-être répondre à cette objectivation opérée par la menace d'autrui par un autre risque d'objectivation et d'isolement, celui du droit du sujet sur lui-même.

La multiplication des droits subjectifs nés en régime de protection est, dès lors, un signe ambivalent. Il est rassurant car la reconnaissance de ces droits - pour autant du moins qu'ils ne soient pas seulement "proclamés", mais effectivement "garantis" - montre que le "principe de subsistance" n'a pas été absorbé par le "principe d'altérité", et que notre droit entend toujours faire respecter la dignité du sujet; mais ce signe est inquiétant : il révèle que les menaces sont grandes puisqu'à chaque risque d'objectivation

(Suite note 3)

corporelle". Et l'auteur conclut (p. 32) : "Tout comme la propriété, le droit extrapatrimonial est impossible et inutile, appliqué à l'inviolabilité corporelle".

Le sujet, son droit et son corps

du sujet, il faut répondre par la création d'un droit subjectif; il révèle aussi que le principe d'altérité ne fonctionne plus que dans un climat de méfiance où le sujet s'entoure de ses droits pour mieux vivre sa vie - et même sa mort - en se préservant d'autrui. Or si la confiance se perd, que restera-t-il du sujet lui-même ? Sa condition charnelle le livrait à autrui, dans la fragilité de sa liberté; maintenant qu'il va "récupérer" sous forme de droits subjectifs toute la part d'involontaire qui lui échappait, quels liens vont désormais le faire vivre, comme sujet ?

1054. Alors que l'étude théorique de la définition mixte du droit subjectif nous amenait à conclure sur la dualité de ce concept, reconnaissant que si le régime de protection s'applique bien aux valeurs personnelles du sujet, celui de la disposition lui convient mal, voici qu'à présent, ce régime de protection lui-même est remis en question.

Non pas que le sujet de droit ne devrait pas être protégé; mais on se demande s'il ne pourrait pas, pour cela, se satisfaire des règles qui sanctionnent un devoir chez les tiers, et non pas nécessairement un droit chez lui.

Si la disposition n'a guère sa place, ainsi qu'on l'a vu, entre un sujet et son propre corps, la protection ne l'a pas non plus, du moins pas sous la forme d'un droit reconnu a priori.

Mis à l'épreuve par la relation du sujet à son propre corps, le droit subjectif ne sort pas vainqueur : déchiré d'abord en ses deux éléments, il doit avouer que ni l'un ni l'autre finalement ne conviennent pour régir cet objet si particulier qu'est le corps humain.

"L'homme est à lui-même le plus prodigieux objet de la nature; car il ne peut concevoir ce que c'est que corps, et encore moins ce que c'est qu'esprit, et moins qu'aucune chose comme un corps peut être uni avec un esprit. C'est là le comble de ses difficultés, et cependant c'est son propre être"

B1. PASCAL, Pensées

(texte de L. Brunschvicg, n° 72)

CONCLUSION

**CONCLUSION : Le sujet de droit en son corps :
une mise à l'épreuve du droit subjectif**

1055. La catégorie du droit subjectif trouve-t-elle à s'appliquer pour qualifier la relation du sujet de droit à son propre corps ? Tout dépend, dirait M. de la Palisse, de la façon dont on définit le droit subjectif, d'une part, et de la manière dont on comprend le lien qui est noué entre un sujet et son corps, d'autre part.

1056. Or l'analyse théorique a montré que le droit subjectif est soumis à deux régimes qui, s'ils s'amalgament plus ou moins bien dans l'ordre patrimonial, se repoussent cependant lorsqu'on cherche à les appliquer à la personne même du sujet. L'examen du statut des droits de la personnalité a révélé, en effet, que ces nouveaux droits sont nés sous le régime de la protection, à partir de l'action en responsabilité, et qu'ils s'accommodent mal du régime de la disposition auquel on voudrait pourtant les soumettre pour qu'ils puissent vérifier la définition - nécessairement mixte, pense-t-on - du droit subjectif.

Pour saisir cette tension inhérente à la définition classique du droit subjectif, on a voulu la voir s'exercer en trois situations où le sujet de droit est atteint dans sa personnalité physique, assez superficiellement d'abord dans la prise de l'image, puis de façon plus sérieuse dans le traitement médical, et d'une manière radicale, enfin, dans la mort.

1057. En ces trois positions, le discours juridique accentue la protection de la personne : de son image, de son intégrité physique, de sa vie. Les intérêts éminemment personnels du sujet ne sont plus seulement protégés à l'intérieur du schéma de la responsabilité : faute - cause - dommage; devant les techniques qui les menacent aujourd'hui, ils sont garantis comme autant de droits dont le sujet

Conclusion

peut demander la sanction dès lors qu'est établi - par la preuve dont est chargé le patient dans le cas de l'intervention thérapeutique, et par la carence de la preuve dont est chargé le réalisateur dans le cas d'une reproduction de l'image - le non-consentement de ce sujet dont la personnalité a été touchée.

Sans doute l'analyse de la réalité jurisprudentielle doit-elle amener à nuancer l'affirmation. Il n'en reste pas moins vrai que, sur le plan des principes, la protection a priori des intérêts du sujet se trouve renforcée.

1058. Mais l'insistance faite sur la nécessité du consentement du sujet, préalable à toute atteinte envers ses déterminations corporelles, peut se muer en une mise en disponibilité de ces biens que l'on veut protéger : on passe - sous l'effet de quelle pression ? - dans le régime de la disposition.

A propos de l'image, on a découvert ainsi un dédoublement du droit reconnu au sujet : droit de la personnalité, pour la défense de l'intégrité du modèle représenté, il se fait droit patrimonial puisque l'image peut être mise dans le commerce. Mais cette possibilité de disposition ne signifie pas, en tous les cas, une objectivation de soi, sur le mode de la propriété patrimoniale.

1059. Dans l'étude de la relation thérapeutique, on constate également un mouvement vers la disposition, en droit civil comme en droit pénal : c'est que, autrefois, la nécessité curative et le ministère médical contenaient les interventions thérapeutiques dans le cadre rigoureux de la protection de l'intégrité physique du patient.

Or en droit pénal, les conditions de la nécessité curative se sont érodées pour admettre une définition plus large de la santé. De là sont réperables quelques traces d'un régime de disposition où les deux partenaires de la relation thérapeutique se soumettent sans doute encore à la loi de la nature, mais aussi à celle de leur convention.

Conclusion

En droit civil, le passage du ministère médical au "contrat médical" marque le même mouvement. Alors que la figure contractuelle ne convient manifestement pas pour rendre compte de la relation thérapeutique, on l'utilise cependant pour affirmer les droits subjectifs des deux partenaires : peut-être ceux du médecin quant à ses honoraires, en tout cas ceux du malade quant à son corps.

1060. Le mouvement de disposition repéré dans les analyses précédentes peut-il aller jusqu'à la reconnaissance d'un "droit à la mort" ? Il semble bien que non, car l'analyse de la relation thérapeutique à l'approche de la mort montre que le premier devoir du médecin est d'employer tous les moyens ordinaires qui sont à sa disposition pour maintenir son patient en vie. Or si ce patient garde le droit de refuser les interventions proposées, on imagine mal qu'il puisse exercer ce refus en un écrit préalable - le testament de vie - ou par l'intermédiaire de ses protecteurs naturels. La mort n'est donc guère un "intérêt protégé".

Quant à la demande de mort entendue comme "pouvoir reconnu" sur la vie, elle ne peut entrer dans l'ordre du droit car d'une part, l'impunité du suicide n'est qu'une question de fait, et non de principe - la participation au suicide d'autrui étant d'ailleurs sanctionnée par le droit pénal - et d'autre part, la considération, dans le geste euthanasique, du mobile altruiste de l'auteur ou du consentement de la victime, n'empêche pas qu'il y ait homicide d'autrui, ce que le droit ne peut admettre.

1061. On voit ainsi dans quelle faible mesure le droit reconnaît un pouvoir de disposition du sujet sur lui-même.

La norme était d'ailleurs déjà donnée par Savigny lorsque, pour contester l'existence d'un jus in seipsum, il invoquait à la fois l'illégitimité de l'atteinte à l'intégrité physique et la spontanéité du lien qui unit le sujet à ses facultés naturelles.

La disposition ne s'adresse qu'à ce qui est autre que le corps, par exemple à ce "double" artificiel qu'est l'image ou à ce qui vient altérer la santé du patient.

Conclusion

La disposition n'a pas lieu à l'égard du sujet; celui-ci, sinon, serait dissocié de lui-même, de son propre corps.

Une telle constatation appelle à la fois une conclusion théorique et un prolongement philosophique.

1062. La conclusion théorique est que la définition mixte du droit subjectif ne s'applique pas bien à la matière du corps humain puisque la note de la disposition ne s'y vérifie guère : il vaut donc mieux résoudre cette définition en ses deux éléments plutôt que de chercher à l'appliquer, de façon moniste, à tous les objets quels qu'ils soient. On aurait donc le régime de disposition applicable aux droits patrimoniaux, d'un côté, et le régime de protection applicable aux droits de la personnalité, de l'autre, sans que l'on puisse - au moins en principe - appliquer à ceux-ci l'objectivation caractéristique de ceux-là.

1063. Mais le fait que le sujet soit protégé en son corps, sans pouvoir en disposer dans l'ordre du droit, appelle encore un prolongement philosophique.

Car notre question de départ n'exige pas seulement un accord sur la définition du droit subjectif; elle implique aussi une intelligence du lien noué entre le sujet et son propre corps. Par ailleurs, si le droit subjectif pose le problème que l'on sait à l'intérieur même de sa face interne (est-il pouvoir ou intérêt, appartenance ou maîtrise ?), il en pose un autre - et plus redoutable encore - dans l'articulation de sa face interne (le principe de subsistance) et de sa face externe (le principe d'altérité).

Pour éclairer ce débat, nous voulons précisément confesser en une même philosophie de la liberté le lien de celle-ci à ce qui n'est pas (immédiatement) elle : son corps d'une part, autrui et la société d'autre part.

1064. Reconnaisant dans le lien du sujet à son propre corps une non-maîtrise qui l'expose nécessairement à l'altérité, en même temps qu'une liberté irréductible à toute autre, nous prenons nos

Conclusion

distances aussi bien par rapport à l'idéologie qui envisage la liberté comme libre de ses médiations corporelle et sociale qu'envers celle qui réduit le principe de subsistance à n'être qu'un rapport à autrui.

Tel nous paraît être l'acte de foi juridique, celui qui pose - fragile à l'égard de toutes les violences - l'affirmation d'une irréductible liberté qui, pourtant, se lie et est liée extatiquement à ce qui n'est pas elle. Le droit affirme la subsistance d'un sujet en son corps et sa nécessaire relation à autrui.

1065. La mesure est ainsi donnée pour mieux comprendre l'excès dans lequel risque de tomber le libéralisme. Car si la conclusion théorique a permis de dissocier les deux régimes conjoints dans la définition mixte du droit subjectif, pour ne plus retenir que celui de la protection à l'égard des droits de la personnalité, il n'est même pas sûr que cette protection doive s'entendre autrement que dans les termes classiques de la responsabilité civile et pénale; la reconnaissance de droits subjectifs a priori peut, en effet, isoler le sujet de tout ce qui l'expose à autrui.

1066. A force de multiplier entre le sujet de droit et son propre corps les droits subjectifs de protection et de disposition, on risque tout ensemble de chosifier le sujet, et de le couper de son insertion sociale.

1067. La réflexion sur l'originalité du lien du sujet à son propre corps permet une meilleure intelligence du droit subjectif. Mais pour que cette réflexion soit féconde, peut-être faut-il faire échapper au jeu des droits subjectifs la condition charnelle du sujet lui-même, car ce sujet, sachant trop bien où est son droit, risquerait de ne plus savoir où est son corps.

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES GENERAUX, MONOGRAPHIES, THESES ET ACTES

- ANRYS, H.,
La responsabilité civile médicale, Préfaces par Robert GRO-
SEMANS et André WYNEN, Bruxelles, Larcier, 1974.
- ARRIGHI de CASANOVA, E.,
La responsabilité médicale et le droit commun de la respon-
sabilité civile, Thèse, Aix, 1946.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT;
. Le corps humain et le droit. Aspects nouveaux, Journées
belges, 1975, Travaux, t. XXVI.
. La protection de la personnalité, Journées de Madrid, 1959,
Travaux, t. XIII.
- ASSOCIATION MONDIALE DE DROIT MEDICAL,
Rapports du Cinquième congrès mondial de droit médical, Gent,
1979.
- AUBRY et RAU,
Droit civil français, par Paul ESMEIN, Librairies techniques,
librairie de la cour de cassation, Paris, t. II, 7e édition,
1961; t. IX, 6e édition, 1953.
- BADR, Abdel Aziz M.,
L'influence du consentement de la victime sur la responsabi-
lité pénale, Etude comparée, Préface de M.H. DONNEDIEU de
VABRES, thèse, Paris, L.G.D.J., 1928.
- BAECHLER, J.,
Les suicides, Préface de Raymond ARON, Paris, Calmann-Lévy,
1975.
- BARRERE, J. et LALOU, E.,
Le dossier confidentiel de l'euthanasie, Stock.
- BARTHELEMY, J.,
Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés
dans le droit administratif français, thèse, Toulouse; Paris,
1899.
- BAYET, A.,
Le suicide et la morale, Paris, Alcan, 1922.
- BECOURT, D.,
Le droit de la personne sur son image, Préface J. BOURQUIN,
Présentation du Procureur général CHAVANON, Paris, Ed. Michel
Brient, 1969.
- BEKAERT, H.,
Introduction à l'étude du droit, Bruxelles, Bruylant, 4e éd.,
1973.
- BELTJENS, G.,
Encyclopédie du droit criminel belge, Bruxelles, Bruylant,
1901.
- BINDER,
Das Problem der Juristischen Persönlichkeit, Leipzig, 1909.
- BLONDEL, P.,
La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux
et des droits patrimoniaux à caractère personnel, Préface
de André PONSARD, Paris, L.G.D.J., 1969.

Ouvrages généraux, monographies

- BOISTEL, A.,
Cours de philosophie du droit, Paris, Fontemoing, 1899.
- BOYER CHAMMARD, G. et MONZEIN, P.,
La responsabilité médicale, Paris, Presses Universitaires de France, coll. SUP, 1974.
- BRUAIRE, C.,
 . Une éthique pour la médecine : de la responsabilité médicale à l'obligation morale, Préface Etienne-Charles FROGE, Paris, Fayard, 1978.
 . Philosophie du corps, Paris, Seuil, 1968.
- BUSA, R.,
Index thomisticus Sancti Thomae Aquinitatis operum omnium indices et concordantiae, Holzbouurg, F. Frommann Verlag, 1974.
- CABRILLAC, F.,
Le droit civil et le corps humain, Thèse, Montpellier, 1962.
- CAPITANT, H.,
Vocabulaire juridique, Paris, P.U.F., 1936.
- CARBONNIER, J.,
 . Droit civil, Paris, collection Thémis, P.U.F., 9e éd., mise à jour 1971.
 . Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, L.G.D.J., 1971.
 . Sociologie juridique, Paris, P.U.F., 1978.
- CHARLES, R.,
Peut-on admettre l'euthanasie ? Préface de Maurice GARCON, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, coll. Comment faire ? n° 5, 1955.
- CHAUVEAU et HELIE,
Théorie du Code pénal, 2e éd. belge par G. NYPELS, Bruxelles, Bruylant, 1863.
- COMMISSION de réforme du Code civil (Travaux de la)
Année 1950-51, t. 6, Paris, Sirey, 1952.
- COMMISSION de réforme du droit du Canada,
 . Les critères de détermination de la mort, Rapport n° 15.
 . Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie, série Protection de la vie, Document d'étude.
- COMMISSION pour la révision du Code pénal (belge),
Rapport sur les principales orientations de la réforme, Juin 1979.
- CONSTANT, J.,
 . Précis de droit pénal : Principes généraux du droit pénal positif belge, s.l., s.n., 1975.
 . Traité élémentaire de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif belge, Liège, Imprimeries nationales, 1965.
- DABIN, J.,
 . Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952.
 . Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, nouv. éd., 1969.
- DALCQ, R-O.,
Traité de la responsabilité civile, Nouvelles, t.V, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 1967.

Ouvrages généraux, monographies

- DAVID, A.,
Structure de la personne humaine: essai sur la distinction des personnes et des choses, Thèse, Paris, P.U.F., 1955.
- DECOCQ, A.,
Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Préface de G. LEVASSEUR, Paris, L.G.D.J., 1960.
- DECROON, M.,
Quelques questions de droit à propos de la photographie, Causerie faite à la Section de Liège, Bruxelles, Lefèvre, 1892.
- DELWAIDE,
Le droit subjectif individuel et social, Liège, Impr. Ch. Desoer, 1905.
- DEMOGUE, R.,
Les notions fondamentales du droit privé, Paris, A. Rousseau, 1911.
- DE PAGE, H.,
Traité élémentaire de droit civil belge, Bruxelles, Bruylant, 1962.
- DIERKENS, R.,
Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Préface Jean ROSTAND, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale, Paris, Masson, 1966.
- DOLL, P.J.,
La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain. Préface E. WOLFF, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale, 1970.
- DOMAGES, R.,
Le corps humain dans le commerce juridique, Thèse, Paris, 1956.
- DOUCET, J-P.,
La protection pénale de la personne humaine, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de l'Université de Liège, 1979.
- LES DROITS DE L'HOMME devant la vie et la mort,
Quatrième colloque de Besançon, janvier 1974, Revue des Droits de l'homme, 1974, p. 321.
- LES DROITS DE L'HOMME sur son propre corps,
Troisièmes journées de Droit franco-espagnol, Toulouse, mai 1957 in Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, t. VI, fasc. 1, 1956.
- DUGUIT, L.,
Traité de droit constitutionnel, Paris, De Boccard, 1927.
- DUPICHOT, J.,
Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, Préface de Jacques FLOUR, Paris, L.G.D.J., 1969.
- DURKHEIM, E.,
Le suicide, Etude de sociologie, Paris, F. Alcan 1897, P.U.F., 1973.

Ouvrages généraux, monographies

- EDDE, J-L.,
Les droits extracontractuels relatifs au corps humain, Thèse,
Paris, 1954.
- EDELMAN, B.,
Le droit saisi par la photographie (Eléments pour une théorie
marxiste du droit), Paris, François Maspéro, 1973.
- ENGISCH, K.,
Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrecht-
licher Beleuchtung, Stuttgart, Kreuz-Verlag, 1948.
- FAHMY ABDOU, A.,
Le consentement de la victime, Préface R. VOUIN, Paris, L.G.
D.J., 1971.
- FORIERS, P.,
De l'état de nécessité en droit pénal, Préface de M. PHILO-
NENKO, Bruxelles, Bruylant; Paris, Sirey, 1951.
- FOUGEROL, H.,
La figure humaine et le droit, Thèse, Paris, 1913.
- FRANCOIS, L.,
Le problème de la définition du droit, introduction à un cours
d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contempo-
raine, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales
de l'Université de Liège, 1978.
- FREMOND, P.,
Le droit de la photographie, Préfaces de Maxime FISCHER et
Robert DOISNEAU, Paris, Dalloz, 1973.
- FREUND, J.,
 . Le droit d'aujourd'hui, Paris, P.U.F., 1972.
 . L'essence du politique, Paris, Sirey, 1965.
- GARCON, E.,
Code pénal annoté, Paris, Sirey, 1901-1906.
- GARRAUD, R.,
Traité théorique et pratique de droit pénal, Paris, Sirey,
3e éd., 1924.
- GENY, F.,
Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,
Essai critique. Préface de Raymond SALEILLES, Paris, L.G.D.
J., 2e éd., 1919.
- GIESEN, J.,
La photographie au point de vue juridique, Causerie faite
à la Conférence du Jeune Barreau d'Anvers, Bruxelles, Larcier,
1890.
- GOEDSEELS, J.,
Commentaire du code pénal belge, Bruxelles, Bruylant, 1948.
- GOERGEN, A.,
Les droits de l'homme sur son corps, Thèse, Nancy, 1957.
- HAESAERT, J.,
Théorie générale du droit, Bruxelles, Bruylant, 1948.
- HAUS, J-J.,
Principes généraux du droit pénal belge, Gand, Hoste, 3e éd.,
1897.

Ouvrages généraux, monographies

- HENRY, M.,
Philosophie et phénoménologie du corps. Essai sur l'ontologie biranienne, Paris, P.U.F., 1965.
- IONESCU, O.,
La notion de droit subjectif dans le droit privé. Préface de G. RIPERT, Paris, Sirey, 1931; 2e éd. revue et augmentée, Bruxelles; Bruylant, 1978.
- JONCKERS, W.H.,
Het subjectieve recht in licht der gerechtigheid, Akademisch proefschrift, Zwolle, 1962.
- KANT, E.,
Fondements de la métaphysique des moeurs - traduction nouvelle avec introduction et notes par Victor DELBOS, Paris, Delagrave.
- KELSEN, H.,
Reine Rechtslehre, 2e éd. 1960, Théorie pure de droit, trad. Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962.
- KORNPROBST, L. et DELPHIN, S.,
Le contrat de soins médicaux, Paris, Sirey, 1960.
- KORNPROBST, L.,
Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française. Préface du Professeur PIEDELIEVRE, Paris, Flammarion, 1957.
- LACHANCE, L.,
Le droit et les droits de l'homme, Paris, P.U.F., 1959.
- LEGROS, R.,
L'élément moral dans les infractions. Préface de M. PHILONENKO, Paris, Sirey; Liège, Desoer, 1952.
- LENOBLE, J. et OST, F.,
Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.
- LINDON, R.,
La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille, Paris, Dalloz, 1974.
- LOCKE, J.,
Deuxième traité du gouvernement civil, Introduction, traduction et notes par Bernard GILSON, Paris, Vrin, 1967.
- MALHERBE, J.,
La vie privée et le droit moderne. Préface de P. Antoine PERROD, Paris, Coll. Comment faire, n° 24, 1968.
- MARIE, J-B.,
La commission des droits de l'homme de l'O.N.U. Avant-propos de René CASSIN. Préface de Karel VASAK, Paris, Pedone, 1975.
- MARQUSET, J.,
Les droits naturels, Paris, P.U.F., Que Sais-je, n° 920, 1965.
- MARTY, G., RAYNAUD, P.,
Droit civil, t.l. : Introduction générale à l'étude du droit, Paris, Sirey, 2e éd., 1972.

Ouvrages généraux, monographies

- MARX, K.,
Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel. Ed. bilingue traduite par M. SIMON. Préfacée par François CHATELET, Paris, Aubier Montaigne, 1971.
- MAZEAUD, H., L. et J.
Leçons de droit civil, Paris, Montchrestien, 4e éd., 1967 par Michel de JUGLART; 1er volume : introduction à l'étude du droit - 2ème volume : les personnes, la personnalité.
- MERLE, R. et VITU, A.,
Traité de droit criminel, Paris, Cujas, 1967.
- MIAILLE, M.,
. Une introduction critique au droit, Paris, Maspero, 1976.
. L'Etat du droit, Presses Universitaires de Grenoble, Maspero, 1978.
- MOTULSKY, H.,
Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Préface de P. ROUBIER, Paris, Sirey, 1948.
- MOUNIER, E.,
Le personnalisme, Paris, P.U.F., Collection Que sais-je ? n° 395, 1961.
- NATIONS UNIES,
Conseil économique et social. Commission des droits de l'homme. 26ème session. Document E/CN.4/1028 du 26 février 1970. Droits de l'homme et progrès de la science et de la technique. Rapport du Secrétaire général.
- NERSON, R.,
Les droits extra-patrimoniaux. Préf. de M. ROUBIER, Thèse, Lyon, 1939, Paris, R. Pichon et R. Durand Auzias.
- NYPELS, J.S.G.,
. Le Code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique, 3e éd. mise au courant de la doctrine et de la jurisprudence par J. SERVAIS, Bruxelles, Bruylant, 1938.
. Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du Code pénal belge, Bruxelles, Bruylant-Christophe et Cie, 1868.
- PELISSIER, J.,
La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne, Thèse, Droit, Paris II, 1977.
- PENNEAU, J.,
La responsabilité médicale, Paris, Sirey, 1977.
- PERELMAN, Ch.,
Droit, morale et philosophie. Préface de M. VILLEY, Paris, L.G.D.J., 1968.
- PERREAU, E.,
Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins, Paris, 1908.
- PESCATORE, P.,
Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960.

Ouvrages généraux, monographies

- PICARD, E.,
 - . Les constances du droit, Paris, Flammarion, 1921.
 - . Le droit pur, Paris, Flammarion, 1908.
- PRADEL, J.,
 - . La condition civile du malade. Préface de G. CORNU, Paris, L.G.D.J., 1963.
 - . Droit pénal, t. II : Procédure pénale, Paris, Cujas, 1976.
- PROUDHON, P.-J.,
 - Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement. Chronologie et introduction par E. JAMES, Paris, Garnier-Flammarion, 1966.
- RAUCENT, L.,
 - Pour une théorie critique du droit, Gembloux, Duculot, 1975.
- RAVANAS, J.,
 - La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image. Préface de P. KAYSER, Paris, L.G.D.J., 1978.
- RAY, J.,
 - . Index du code civil contenant tous les mots qui figurent dans le texte du code, Paris, Félix Alcan, 1926.
 - . Structure logique du Code civil français (Essai sur la), Paris, Félix Alcan, 1926.
- RECHT, P.,
 - Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété : Histoire et théorie, Paris, L.G.D.J., Gembloux, Duculot, 1969.
- RENARD, C. et HANSENNE, J.,
 - La propriété des choses et les droits réels principaux, Liège, Presses Universitaires, 3 vol., 1 : 1973; 2 : 1974; 3 : 1975.
- RENARD, C., VIEUJEAN, E. et HANNEQUART, Y.,
 - Théorie générale des obligations, Nouvelles, Droit civil, T. IV, 1, Bruxelles, Larcier, 1957.
- RENARD, G.,
 - La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique, 1er volume - partie juridique, Paris, Sirey, 1930.
- RIGAUX, F.,
 - Introduction à la science du droit, Bruxelles, Ed. Vie Ouvrière, 1974.
- RIJCKMANS, X. et MEERT - van de PUT, R.,
 - Les droits et les obligations des médecins : ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières, Bruxelles, Larcier, 1972.
- RIPERT, G.,
 - . Le déclin du droit, Paris, L.G.D.J., 1949.
 - . La règle morale dans les obligations civiles, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 4e éd., 1949.
- RIPERT, G. et BOULANGER, J.,
 - Traité de droit civil, d'après le traité de PLANIOL, Paris, L.G.D.J., 1956.
- ROKOFYLLOS, Ch.,
 - Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence : essai de critique. Préface de M. de JUGLART, Paris, L.G.D.J., 1967.

Ouvrages généraux, monographies

- ROUBIER, P.,
Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.
- SARDA, Fr.,
Le droit de vivre et le droit de mourir, Paris, Seuil, 1975.
- SARVONAT, G.,
Le principe de l'inviolabilité du corps humain en droit civil, Thèse, Poitiers, 1951.
- SAVATIER, R.,
Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3ème série : Approfondissement d'un droit renouvelé, Paris, Dalloz, 1959.
- SAVATIER, R., AUBY, J.-M., SAVATIER, J. et PEQUINOT, H.,
Traité de droit médical, Paris, Librairies techniques, 1956.
- SAYAG, A.,
Essai sur le besoin créateur de droit. Préface de J. CARBONNIER, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1969.
- SCHWARZ- LIEBERMANN von WAHLENDORF,
Eléments d'une introduction à la philosophie du droit, Paris, L.G.D.J., 1976.
- SOLUS, H. et PERROT, R.,
Droit judiciaire privé, Paris, Sirey, 1961.
- SOMERVILLE, M.,
Le consentement à l'acte médical. Série Protection de la vie (Etude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada), 1980.
- STARCK, B.,
Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Préface de M. PICARD, Thèse, Paris, L. Rodstein, 1947.
- STEFANI, G.,
Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Paris, Dalloz, 1956.
- THON,
Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchung zur Allgemeinen Rechtslehre, Weimar, Herman Böhlau, 1878.
- TROUSSE, P-E.,
Droit pénal, Les nouvelles, t.I, 2, Bruxelles, Larcier, 1956.
- VELU, J.,
Le droit au respect de la vie privée, préface de René CASSIN, Bruxelles, Larcier, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, n° 10, 1974.
- VIDAL et MAGNOL,
Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 1947.
- VIE PRIVEE et droits de l'homme,
Actes du 3ème colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1973.
- VILLEY, M.,
. Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Paris, Dalloz, 1976.
. La formation de la pensée juridique moderne, Paris, Montchrestien, 1975.

Ouvrages généraux, monographies

- . Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, nouvelle édition, 1962.
- . Philosophie du droit : définitions et fins du droit, Paris, Dalloz, 1975.
- . Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire, Paris, Dalloz, 1969.
- VIRALLY, M.,
La pensée juridique, Paris, L.G.D.J., 1960.
- von IHERING, R.,
Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Aufl. 1865; achte Auflage Darmstadt Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954.
L'esprit du droit romain. Traduction : O. de MEULENAERE, Paris, Librairie Marescq, 3e éd., 1880-1888.
- von SAVIGNY, K.,
System des heutigen römischen Rechts, Berlin, Veit, 1840.
- WEILL, A.,
Droit civil, Paris, Dalloz, 3e éd., 1973.

B. ARTICLES, RAPPORTS ET CHRONIQUES

- AMIAUD, A.,
Les droits de la personnalité : le problème en droit français, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1946, t. II, 82.
- ANCEL, M.,
Rapport général sur la protection de la personnalité dans l'ordre criminel, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII, 1959, 177.
- APOSTEL, L.,
L'euthanasie comme problème moral et philosophique, Revue de droit pénal, 1963-64, 27.
- ARNOU, P.,
De strafrechtelijke immunititeit van de medicus : grondslagen en grenzen, Jura Falconis, 1980, 431.
- ARONSTEIN, Cl.-S.,
Défense de la vie privée. Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation, J.T., 1971, 453.
- ARRIGHI, P.,
La vie privée et les droits de l'information, Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1968, 1er semestre, 73.
- BACH, L.,
Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, R.T.D.Civ., 1977, 17.
- BADENES GASSET, R. et SAINT-ALARY, R.,
Les droits de l'homme sur son propre corps; étude de droit espagnol, Troisièmes Journées de droit franco-espagnol, Toulouse, mai 1957, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, t. VI, fasc. 1, 1958, 47.
- BADINTER, R.,
Le droit au respect de la vie privée, J.C.P., 1968, I, 2136.
- BAI, K.,
Implications of the Karen Quinlan Case - real and imaginary, 5e Congrès mondial de droit médical - Gent, août 1979 - Rapports, 278.
- BARBIER, P.,
L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation, R.T.D.Civ., 1949, 345.
- BAUDELLOT, B.,
L'évolution juridique - L'art médical et le droit pénal, Gaz. Pal., 1950, 1, Doctrine, 38.
- BAUDOUIN, J.-L.,
Corps humain et actes juridiques, Rapport général, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVI, (1975), 175.
- BECOURT, D.,
. La protection de la vie privée; nécessité et limites, Communication au 3ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme : "Vie privée et droits de l'homme", Bruylant, 1973, 139.

Articles, rapports, chroniques

- . Réflexion sur le projet de loi relatif à la protection de la vie privée, Gaz. Pal., 1970, I, Doctrine, 201.
- BENET, H.,
Le problème de la mort par pitié, Rev. dr. pénal, 1952-53, 928.
 - BERLEUR, J. et POULLET, Y.,
Informatique et vie privée, J.T., 1978, 109.
 - BERTRAND, E.,
Le rôle de la dialectique en droit privé positif, D., 1951, Chr., 151.
 - BESSERVE, R.,
De quelques difficultés soulevées par le contrat médical, J.C.P., 1956, I, 1309.
 - BRAAS, A., FETTWEIS, A. et VAN DEN BOSSCHE, J.,
L'omission de porter secours, Rev. dr. pénal, 1952-53, 21.
 - BRETHER, de la GRESSAYE, J.,
Souvenirs d'un civiliste, 1912-1965, R.T.D.Civ., 1975, 660.
 - BRIERE de l'ISLE, G.,
Faut-il repenser la responsabilité des médecins ? J.C.P., 1975, I, n° 2737.
 - CAPITANT, H.,
. Les notions fondamentales du droit privé, d'après le livre de M. DEMOGUE, R.T.D.Civ., 1911, 729.
. Sur l'abus des droits, R.T.D.Civ., 1928, 365.
 - CARBONNIER, J.,
Terre et Ciel dans le droit du mariage, Etudes offertes à G. RIPERT, t. 1, 331, Paris, Librairie Générale de Droit, 1950.
 - CASSART, G.,
Le contrôle judiciaire des renonciations conventionnelles aux droits aliénables de la personnalité en droit belge, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XII, 1959, 122.
 - CATALA, P.,
La transformation du patrimoine, R.T.D.Civ., 1966, 212.
 - CHABAS, F.,
Vers un changement de nature de l'obligation médicale, J.C.P., 1973, I, 2541.
 - CHARMONT,
L'abus de droit, R.T.D.Civ., 1902, 113.
 - COING, H.,
Signification de la notion de droit subjectif - Trad. N. Poulantzas, A.P.D., t. IX, 1964, 1.
 - COLLIGNON, Th.,
Réflexions sur l'euthanasie, Rev. dr. pénal, 1950-51, 60.
 - CONSEIL DE L'EUROPE,
Assemblée parlementaire, proposition de Recommandation relative à une déclaration européenne des droits des malades, Doc. 3401.
Assemblée parlementaire, Rapport de la Commission des Questions sociales et de la santé sur les droits des malades et des mourants, Doc. 3699.

Articles, rapports, chroniques

- Assemblée parlementaire, Avis sur les droits des malades et des mourants présenté par la Commission des Questions juridiques, Doc. 3735.
- CONSTANT, J.,
La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 janvier 1961, Rev. dr. pénal, 1961, 199.
 - COTTE, L.,
Le droit à la mort, Rapport médical, Rev. Dr. de l'homme, 1974, 447.
 - COUCOUREUX, J. et GOUDET, C.,
V^o Médecine, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie juridique, Dalloz.
 - COULOMBEL,
Force et but dans le droit selon la pensée juridique de IHERING, R.T.D.Civ., 1957, 609.
 - CUCHE, P.,
Chronique de législation et de jurisprudence criminelles, Rev. crit., 1935, 336.
 - DABIN, J.,
 . La définition du droit. A propos d'une étude récente (M. Villey, in A.P.D., 1959, 48), Mélanges P. ROUBIER, 1961, t. I, 199.
 . La délimitation du concept de droit subjectif, Annales de droit et de sciences politiques, t. XX, 1960, 317.
 . Droit subjectif et subjectivisme juridique, A.P.D., t. IX, 1964, 17.
 . Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public, Annales de droit et de sciences politiques, t. IX, 1948, 7.
 - DABIN, J. et RENAULD, J.,
Fondements et élaboration du droit selon le Professeur DE PAGE, J.T., 1973, 741.
 - DALCQ, R.O.,
 . La responsabilité médicale, Tijdschrift voor Privaatrecht, 1974, 345.
 . Sur quelles bases l'absence du consentement du malade engage-t-elle la responsabilité civile du médecin ? Xes Journées d'études juridiques Jean DABIN, octobre 1980, U.C.L., Notes et documents, 299.
 - DAVID, A.,
 . Les biens et leur évolution, Archives de philosophie du droit, 1963, 165.
 . Réflexions pour un nouveau schéma de l'homme, Archives de philosophie du droit, 1959, 103.
 - DEBUYST, Chr.,
Quelques réflexions sur l'homicide par pitié, Rev. dr. pénal, 1962-63, 814.
 - de CASTRO,
Rapport général sur la protection de la personne en droit privé, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII, 1959, 49.

Articles, rapports, chroniques

- de DINECHIN, O.,
Le "droit de mourir" : Réflexions sur une proposition de loi,
Cahiers de l'actualité religieuse et sociale, 1978, 335.
- DEKKERS, R.,
Le corps humain et le droit : aspects philosophiques, Travaux
de l'Association Henri Capitant, t. XXVI, 1975, 1.
- DE LAET, M.,
 . Euthanasie et déontologie, Rev. dr. pénal, 1950-51, 96.
 . Déviations et carences de la déontologie médicale, J.T.,
 1963, 32.
- del CARRIL, M.,
Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical,
R.G.A.R., 1966, 7677.
- DELHUVENNE, M.,
Ambiguïtés juridiques du secret professionnel du médecin,
Rev. belge de séc.soc., 1978, 531.
- de LIEDEKERKE, J.,
La protection de la personnalité en droit privé belge, J.T.,
1959, 413.
- DEL VECCHIO, G.,
Essai sur les principes généraux du droit, Rev. critique de
législation et de jurisprudence, 1925, 153.
- DEMOGUE, R.,
La notion de sujet de droit, R.T.D.Civ., 1909, 611.
- DEMOOR, A.,
Transplantatie van organen, of : zal het recht dwingen tot
naastenliefde, Jura Falconis, 1976-77, 69.
- DE NYS, J.,
Aspects de la responsabilité médicale d'aujourd'hui et de
demain, J.T., 1949, 225.
- DEPAULE, L.,
Le droit à la mort, Rev. Dr. de l'homme, 1974, 464.
- DESPOTOPOULOS, C.,
Le droit subjectif dans le système du droit, Archives de phi-
losophie du droit, 1970, 251.
- DESSERTAUX, M.,
Abus de droit ou conflits de droits, R.T.D.Civ., 1906, 119.
- de TOUZALIN, H.,
Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un
enfant mineur en danger de mort, J.C.P., 1974.1.2672.
- de VAREILLES - SOMMIERE,
Définition et notion juridique de la propriété, R.T.D.Civ.,
1905, 443.
- DOLL, P.-J.,
 . L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations
 d'organes, Gaz. Pal., 1974, Doctr., 820.
 . Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un
 accident de se soumettre à une opération chirurgicale amé-
 liorante après consolidation des blessures, J.C.P., 1970,
 I, 2351.

Articles, rapports, chroniques

- . Convient-il de tenir compte du refus délibéré de la victime de se priver d'une chance d'amélioration de son état ou de survie dans le calcul des dommages-intérêts revendiqués par ses ayants-cause ? Gaz. Pal., 1975, I, 331.
- . V° Médecine, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, 1973.
- . Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes en l'état actuel de la législation française, J.C.P., 1968, I, 2168.
- . Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé, Gaz. Pal., 1972, 2, 428.
- . La responsabilité médicale en matière d'injection de serum anti-tétanique, Gaz. Pal., 1972, I, Doctrine 237.
- DORSNER, A. et SCEMAMA, A.,
Médecine et information du malade, Gaz. Pal., 1977, 2, Doctrine, 433.
- DOUBLIER, R.,
Le consentement de la victime, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes publiées sous la direction de G. STEFANI, Paris, Dalloz, 1956, 188.
- DUMONT, E.,
La répression du suicide, Rev. dr. pénal, 1959-60, 547.
- DURRY, G.,
Jurisprudence française en matière de droit civil : Responsabilité civile, R.T.D.Civ., 1975, 107 et 713.
- EDELMAN, B.,
. Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image, D. 1970, Chron. XXVI, 119; Communications, 1977, n° 26, documents, p. 185.
. Esquisse d'une théorie du sujet : liberté et création dans la propriété littéraire et artistique, D. 1970, Chron. XLI, 197.
- EISENMANN, C.,
Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean DABIN, Rev. du dr. public, 1954, 753.
- EL SHAKANKIRI, M.,
J. Bentham : critique des droits de l'homme, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 129.
- FRANCOIS, J.,
Contribution à l'étude de la personnalité, Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1931, 18, 142, 192 et 286; 1932, 13, 109 et 179.
- FREUND, J.,
Droit et politique - Essai de définition du droit, Archives de philosophie du droit, t. XVI, 1971, 15.
- GARRAUD, P. et LABORDE-LACOSTE, M.,
Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale, Rev. gén. droit, 1926, 129 et 193.

Articles, rapports, chroniques

- GEFFROY, C.,
Le secret privé dans la vie et dans la mort, J.C.P., 1974, Doctr., 2604.
- GENIN, J.-C.,
Réflexions sur l'originalité juridique de la répression du suicide en droit romain, Mélanges offerts au Professeur Louis FALETTI - Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Lyon, 1971, II, Paris, Dalloz, p. 233.
- GENY, F.,
Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT, R.T.D.Civ., 1922, 779.
- GERVAIS, A.,
Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts", Mélanges P. ROUBIER, 1961, t. I, 241.
- GIVANOVITCH, Th.,
Le suicide est-il l'un des droits de l'homme ? Rev. int. de droit pénal, 1952, 407.
- GLESENER, A.,
Des médecins et des juristes, J.T., 1974, 561 et Rev. dr. pénal, 1974-75, 377.
- GOLLETY, F.,
V° Empoisonnement, Encyclopédie juridique Dalloz, droit pénal.
- GOOSSENS, Ch.,
Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs, Annales Faculté de droit de Liège, 1960, 149.
- GOROVITSEFF,
. La lutte autour de la notion de sujet de droit, R.T.D.Civ., 1926, 881.
. Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, R.T.D. Civ., 1927, 135.
- GRAVEN, J.,
Le procès de l'euthanasie. Les données et la solution d'un problème "insoluble", Revue pénale suisse, t. 80, 1964, fasc. 2 et 3.
- GROSEMANS, R.,
. Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires chez l'homme, Rev. dr. pénal et crim., 1960-61, 875.
. Difficultés relatives à la notion du droit que possède l'individu sur son propre corps, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVI, 1975, Rapport général, 423.
- GUINAND, J.,
Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit suisse, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVI, 1975, 159.
- HADDING, C-Fr.,
Suicide or euthanasia - a legal case, Cinquième congrès mondial de droit médical, Gent, 1979, Rapports, 285.
- HAEMMERLI, U-P.,
Le problème de l'euthanasie - Essai d'une définition des concepts du point de vue d'un médecin, Exposé fait au Conseil

Articles, rapports, chroniques

de l'Europe devant la Commission des Questions sociales et de la santé, le 14 mars 1975 à Paris; Rev. internationale de criminologie et de police technique, 1975, 33.

- HALLEUX, L.,
Le consentement de la victime justifie-t-il l'auteur des coups ? Rev. dr. pénal, 1933, 182.
- HAURIOU,
De la personnalité comme élément de la réalité sociale, Rev. gén. du droit, de la législation et de la jurisprudence, t. XXII, 1898, 5 et 119.
- HAUSER, J.,
v° Ordre public et bonnes moeurs, Encyclopédie juridique Dalloz, droit civil.
- HEMARD, J.,
Le consentement de la victime dans le délit de coups et blessures, Rev. crit. de lég. et de jurisp., 1939, 293.
- HINDERLING, H.,
. Persönlichkeit und subjektives Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Helbing et Lichtenhahn, Basel, 1967, Heft 66, 9.
. Die ärztliche Aufklärungspflicht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Helbing et Lichtenbahn, Basel, 1967, Heft 66, 47.
- HORION, P.,
La protection de la personnalité en droit social belge, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XII, 1959, 147.
- HOUIN,
Avant-projet de texte sur les droits de la personnalité, Travaux de la Commission de Réforme du Code civil, année 1950-1951, 31.
- HUGUENEY, L.,
v° Abstention délictueuse, Encyclopédie juridique Dalloz, droit pénal.
- HUYBRECHTS, G.,
L'euthanasie ou le meurtre par pitié, Annales de droit et de sciences politiques, t. X, 97.
- JACK, A.,
Les conventions relatives à la personne physique, Rev. crit. de lég. et de jurisp., 1933, 362.
- JACQUINOT, C.,
L'euthanasie légalisée, Gaz. Pal., 1975, Doctr., 786.
- JANSON, E.,
A propos de la responsabilité du médecin, J.T., 1969, 705.
- JOSSERAND, L.,
La personne humaine dans le commerce juridique, D.H., 1932, Chron., 1.
- JULLIOT de la MORANDIERE, L.,
Les droits de la personnalité dans le projet français de réforme du code civil, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIII, 1959, 169.

Articles, rapports, chroniques

- KALINOWSKI, G.,
Logique et philosophie du droit subjectif, A.P.D., t. IX,
1964, 37.
- KAPPELER, D.,
La protection contre soi-même, Mélanges offerts à la Société
suisse des Juristes, Genève, 1976, 155.
- KAYSER, P.,
 . Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés
 industrielles, Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université
 des sciences sociales de Toulouse, 1978, 725.
 . Le droit dit à l'image, Mélanges Paul ROUBIER, II, Paris,
 1961, 73.
 . Les droits de la personnalité; aspects théoriques et prati-
 ques, R.T.D.Civ., 1971, 445.
 . Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, Mé-
 langes SAVATIER, Dalloz, 1965, 405.
- KIRKPATRICK, R.,
Le "right of Privacy" ou droit au maintien du caractère privé,
R.G.A.R., 1933, 1371.
- KISS, A.-C. et MARIE, J.-B.,
Le droit à la vie, Rev. Dr. de l'homme, 1974, 338.
- KORNPROBST, L.,
De la complicité du suicide, Revue pénit., 1932, 418.
- LALIVE, P.,
Le droit à sa propre image, Annales de la Faculté de Droit
d'Istanbul, t. XII, 1962, 31.
- LASSAUSOIS, J.,
Le droit à la mort, Gaz. Pal., 1978, tribune libre, 23.
- LEAUTE, J.,
Le suicide et sa prévention, in La prévention des infractions
contre la vie humaine et l'intégrité de la personne, sous
la direction de A. BESSON et M. ANCEL, Paris, Cujas, 1956,
278.
- LE CLERE, M.,
Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine,
D., 1964, Chr. XXIV, 167.
- LECLERCQ, Ch.,
Le médecin peut-il opérer un enfant mineur sans le consente-
ment du père ? J.T., 1949, 317.
- LECLERCQ, J.,
L'omission de porter secours, Rev. dr. pénal, 1957-58, 179.
- LEENEN, H. J.-J.,
The right to health care and the right of selfdetermination,
Cinquième congrès mondial de droit médical, Gent, 1979, Rap-
port introductif, I.
- LEGROS, R.,
Observations sur le rapport de juin 1978 de la Commission
pour la révision du Code pénal, J.T., 1980, 17.
- LEMMENS, P.,
De veiligheids gordel en het recht op eerbiediging van het
privé-leven, Rechtsk. Weekbl., 1979, col. 834.

Articles, rapports, chroniques

- LENOBLE, J.,
L'implicité de l'idéologie des droits de l'homme et de sa traduction juridique, Annales de Droit, Louvain, t. XXXIV, 1974, 75.
- LEROY, G.,
 . Le droit de repentir, J.T., 1979, 209.
 . Vie privée et droit de la presse, J.T., 1978, 717.
- LESOUDIER, Ch.,
De l'obligation légale pour l'ouvrier victime d'un accident de travail de se soumettre au traitement prescrit par le médecin, R.T.D.Civ., 1904, 285.
- LESPINE, L.,
A propos de chartes et lois universelles en faveur des animaux, Bull. jur. intern. de la protection des animaux, 1956, 51.
- LEVASSEUR, G.,
 . V° Coups et blessures, Encyclopédie juridique Dalloz, droit pénal.
 . V° Homicide, Encyclopédie juridique Dalloz, droit pénal.
 . La protection de la personnalité en droit pénal français, Travaux de l'Association Capitant, t. XIII, 1959, 186.
 . Suicide et euthanasie au regard du droit pénal, Lumière et Vie, n° 32, 1957, 183.
- LEVENE, R.,
L'homicide-suicide, Rev. sc. crim., 1952, 77.
- LEY, A.,
Délit d'omission et suicide, Rev. dr. pénal et crim., 1952-53, 28.
- LEY, J.,
Les problèmes médico-légaux de la psycho-chirurgie, Rev. dr. pénal et crim., 1951-52, 887.
- LIEVENS, J.,
Het recht op afbeelding, Rechts. Weekbl., 1976-77, col. 1857.
- LINDON, R.,
 . Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée, J.C.P., 1970, I, 2357.
 . La presse et la vie privée, J.C.P., 1965, I, 1887.
 . Vie privée : un triple "dérapage", J.C.P., 1970, I, 2336.
- LIOTARD, M.,
V° substances nuisibles (administration de), Encyclopédie juridique Dalloz, droit pénal.
- LONGCHAMPS, F.,
 . Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir, Mélanges P. ROUBIER, 1961, t. I, 305.
 . Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 45.
- LUCE, E.,
Le régime juridique des autopsies et des prélèvements "post mortem", J.C.P., 1964, I, 1827.

Articles, rapports, chroniques

- MAEIJER, J-M-M.,
Transplantatie van organen en het privaatrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht, 1969, 153.
- MAGNOL, J.,
Consentement de la victime et blessures volontaires, Chronique de jurisprudence, Droit pénal général, Rev. sc. crim., 1937, 680.
- MARECHAL, A.,
Le secret professionnel médical, Rev. dr. pénal, oct. 1955, 59.
- MARTIN, L.,
Le secret de la vie privée, R.T.D.Civ., 1959, 222.
- MARTIN, R.,
De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, R.T.D.Civ., 1975, 52.
- MASPETIOL, R.,
Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 71.
- MASSON, J-P.,
Chronique de jurisprudence, J.T., 1979, 584 : les personnes.
- MAST, A.,
Le droit de l'individu au respect de la vie privée, J.T., 1965, 470.
- MATTHIJS, J.,
Considérations en vue d'une loi sur les transplantations, J.T., 1972, 73 et 94.
- MAYER, D.,
La "charité mesurée" de l'article 63, al. 2, du Code pénal, J.C.P., 1977, I, 2851.
- MAZEAUD, H.,
 . L'absorption des règles juridiques par le principe général de la responsabilité civile, D.H., 1935, Chron., 5.
 . La lésion d'"un intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile, D. 1954, Chr., 39.
- MAZEN, N-J.,
Le secret des praticiens de la santé : mythe ou réalité, Gaz. Pal., 1975, 2, Doctr., 468.
- MEMETEAU, G.,
 . La demande de mort du malade, Cinquième congrès mondial de droit médical, Gent, 1979, Rapports, 213.
 . L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur, J.C.P., 1976, 2781.
 . Les raisins verts (proposition de loi de M. Caillavet sur le refus de prolonger artificiellement sa vie), Rev. trim. dr. sanitaire et social, 1978, 303.
- MERGER, R.,
Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux, J.C.P., 1963, I, 1770.

Articles, rapports, chroniques

- MERLE, R.,
Le corps humain, la justice pénale et les experts (à propos de la loi du 15 avril 1954 sur l'expertise alcoolique), J.C. P., 1955, I, 1219.
- MEULDERS-KLEIN, M-Th.,
 . Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale, Annales de droit, Louvain, t. XXVII, 1967, 3.
 . Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement, Annales de droit, Louvain, t. XXXI, 1971, 425.
- MICHAELIDES-NOUARIOS, G.,
L'évolution récente de la notion de droit subjectif, R.T.D. Civ., 1966, 216.
- MIGNON, M.,
Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens, D., 1950, Chr., 121.
- MONZEIN, P.,
La responsabilité pénale du médecin, Rev. sc. crim., 1971, 861.
- MORIN, G.,
Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété in Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges RIPERT, Paris, L.G.D.J., 1950, t. II, 3.
- MOTULSKY, H.,
Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 215.
- NERSON, R.,
 . Chronique : Jurisprudence française en matière de droit civil, R.T.D.Civ., 1966, 65; 1968, 701; 1971, 109; 1972, 582; 1973, 331; 1975, 524; 1979, 366.
 . La condition de l'animal au regard du droit, D., 1963, Chr., 1.
 . Le droit et la personne humaine, Ann. Fac. Droit Liège, 1960, 23.
 . L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil, R.T.D.Civ., 1970, 661.
 . La protection de la vie privée en droit positif français, Rev. int. dr. comp., 1971, 737.
 . La protection de l'intimité, J.T., 1959, 713.
 . Rapport sur la protection de la personnalité en droit privé français, Travaux de l'Association Capitant, t. XIII, 1959, 60.
 . Le respect par l'historien de la vie privée de ses personnages, Mélanges offerts au Professeur Louis FALETTI, Ann. Fac. de droit et des sciences économiques de Lyon, 1971, II, Paris, Dalloz, p. 449.
 . Le respect par le médecin de la volonté du malade, Mélanges Marty, 1976, 853.
- NEUMANN-DUESBERG, H.,
Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte, Juristenzeitung, 1960, 114.
- NEUMAYER, K.,
Les droits sans sujet, Rev. int. de droit comp., 1960, 342.

Articles, rapports, chroniques

- NORDIC CONFERENCE OF JURISTS on Privacy,
Stockholm, mai 1967 : Conclusions in J.T., 1967, 580.
- OSCHINKSY, S.,
Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit
de la médecine, J.T., 1980, 1.
- PELLETIER, S.,
De l'euthanasie, l'orthothanasie et la dysthanasie, Rev. in-
tern. dr. pénal, 1952, 217.
- PERREAU, E-H.,
Les droits de la personnalité, R.T.D.Civ., 1909, 501.
- PERRET, H.,
La personne humaine dans l'ordre du droit, Mélanges J. Brèthe
de la Gressaye, 1967, 589.
- PETIT, Ch.,
Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking, Rechts-
geleerd Magazijn Themis, 1950, 428.
- PETIT, J.,
L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel, R.T.D.
Civ., 1976, 263.
- PEYTEL, A.,
Les médecins et le délit de commission par omission, Gaz.
Pal., 1953, 2, Doctrine, 13.
- PHILONENKO, M.,
. Préface à P. FORIERS, De l'état de nécessité en droit pénal,
Bruxelles, Bruylant; Paris, Sirey, 1951.
. Préface à R. LEGROS, L'élément moral dans les infractions,
Paris, Sirey; Liège, Desoer, 1952.
- PIROVANO, A.,
La fonction sociale des droits - Réflexions sur le destin
des théories de Josserand, D., 1972, Chron., 67.
- PORTES, L.,
. Du consentement du malade à l'acte médical, communication
faite le 30 janvier 1950 à l'Académie des Sciences morales
et politiques, Cahiers Lænnec, 1950, 4, Chronique déonto-
logique, 32.
. Le serment d'Hippocrate, Cahiers Lænnec, 1951, n° 4, 3.
- PRADEL, J.,
Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protec-
tion de la vie privée, D., 1971, Chron., 111.
- PRZETACZNIK, Fr.,
The right to life as a basic human right, Revue des droits
de l'homme, vol. IX, 1976, 585.
- RAISER, L.,
Der stand der Lehre von subjektiven Recht im deutschen Zivil-
recht, Juristenzeitung, 1961, 465.
- RASSAT, M.,
Le statut juridique du placenta humain, J.C.P., 1976, Doctr.
2773.
- RATEAU, M.,
. L'euthanasie et sa réglementation pénale, S., 1964, Chron.,
39 et Rev. dr. pénal, 1964-65, 38.

Articles, rapports, chroniques

- . Le suicide et sa réglementation pénale, Rev. internat. de criminologie et de police technique, 1962, 268.
- RAYMONDIS, L-M.,
Problème juridique d'une définition de la mort - A propos des greffes d'organes, R.T.D.Civ., 1969, 29.
- RAYNAUD, P.,
La renonciation à un droit, R.T.D.Civ., 1936, 782.
- RENARD, Cl. et VIEUJEAN, E.,
Examen de jurisprudence - les biens, R.C. J.B., 1962, 246.
- RENAULD, J.,
. Les droits de l'homme au regard de la théorie générale du droit, J.T., 1965, 417.
. Réflexions sur la nature des droits de l'homme, Revue de droit international et de droit comparé, t. XLV, 1968, 149.
- RICHARD, G.,
La sociologie juridique et la défense du droit subjectif, Revue philosophique de la France et de l'Etranger, t. LXXIII, 1912, 225.
- RIGAUX, F.,
L'élaboration d'un "right of privacy" par la jurisprudence américaine, Revue internationale de droit comparé, 1980, 701.
- RIGAUX, M.,
Corps humain, personnalité juridique et famille, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVI, 1975, Rapport général, 9.
- RIPERT, G.,
. Abus ou relativité des droits, Rev. crit. de lég. et de jurispr., 1929, 62.
. Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique, D., 1950, Chron., 1.
. V° Droit, Encyclopédie juridique Dalloz, droit civil.
- RIVERO, J.,
. La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, Liber Amicorum R. Cassin, t. III, 311.
. Réflexions d'un juriste : le droit à la santé, mythe ou réalité ? Cahiers Laënnec, Mars 1967, 5.
- RODIERE, R.,
Chronique de jurisprudence sur la responsabilité civile, R.T.D.Civ., 1966, 292.
- ROUAST, A.,
. Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, R.T.D.Civ., 1944, 1.
. L'évolution du droit de propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. I, 1946, 47.
- ROUBIER, P.,
. Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 83.
. De la légitimité des situations juridiques, Mélanges en l'honneur de Jean DABIN, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1963, t. 1, 265.

Articles, rapports, chroniques

- . Les prérogatives juridiques, Archives de philosophie du droit, 1960, 65.
- . Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, Archives de philosophie du droit, 1957, 1.
- ROUJOU de BOUBÉE, G.,
L'interruption volontaire de la grossesse, D., 1975, Chron., 209.
- RUTSAERT, J.,
Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée, J.T., 1973, 489.
- SAINT-ALARY, R.,
Les droits de l'homme sur son propre corps, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, t. VI, fasc. I, 1958, 47.
- SAINT - JOURS, Y.,
Le suicide dans le droit de la sécurité sociale, D., 1970, Chronique XX, 93.
- SARRAUTE, R.,
Le respect de la vie privée et les servitudes de la gloire, Gaz. Pal., 1966, 1, Doctr., 12.
- SAVATIER, J.,
. Les greffes d'organes devant le droit, cahiers Laënnec, 1966, 26.
. Et in hora mortis nostrae : le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, D., 1968, Chr., XVIII, 89.
. Défense et illustration du droit médical, Archives de philosophie du droit, 1953-54, 123.
. Définition de la mort : rapport juridique au 4e Colloque de Besançon, Revue des D.H., 1974, 387.
- SAVATIER, R.,
. Le corps humain et le droit : conclusion générale, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVI, 1975, 515.
. Le dommage et la personne, D., 1955, Chron., 5.
. Le droit de la personne et l'échelle des valeurs, en Hommage à Victor GOTHOT, Faculté de Droit de Liège, 1962, 589.
. Impérialisme médical sur le terrain du droit, D., 1952, Chr., 157.
. Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P., 1969, I, 2247.
. Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin, D., 1967, Chr., 35.
- SCHAERER, R.,
Réflexion d'un philosophe sur l'euthanasie, Rev. intern. dr. pénal, 1965, 53.
- SEIGNOLLE, J.,
De l'évolution de la juridiction des référés, J.C.P., 1954, I, 1200.
- SEPAROVIC, P.,
Intensive care : some new legal dilemmas with special regard to right to die, Cinquième congrès mondial de droit médical, Gent, août 1979, rapports, p. 202.

Articles, rapports, chroniques

- SIMON, J.,
Le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ? Rev. dr. pénal et crim., 1933, 457.
- STARCK, B.,
Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, R.T.D. Civ., 1958, 475.
- STOUFFLET, J.,
Le droit de la personne sur son image : quelques remarques sur la protection de la personnalité, J.C.P., 1957, 1, 1374.
- SZYSZKOWSKI, W.,
Traitement imposé, libertés civiles et protection de l'intimité, Cinquième congrès mondial de droit médical, Gent, août 1979, rapports, 5.
- TAHON, R.,
Le consentement de la victime, J.T., 1951, 493 et Rev. dr. pénal, 1951-52, 323.
- TALLON, D.,
V° Personnalité (droits de la), Encyclopédie juridique Dalloz, droit civil.
- THERY, R.,
De l'utilisation à la propriété des choses, Le droit privé français au milieu du XXe siècle - Etudes offertes à Georges RIPERT, Paris, L.G.D.J., 1950, t. II, 17.
- THOMANN, M.,
Christian Wolff et le droit subjectif, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 153.
- TOULEMON, A.,
. Le délit d'abstention fautive et le médecin, Gaz. Pal., 1953, Doctr., 48.
. Les droits de la personnalité, Gaz. Pal., 1974, Doctr., 830.
- TROUSSE, P-E.,
. Le mobile justificatif, Rev. dr. pénal, 1962-63, 418.
. L'orthothanasie par omission de secours, Rev. dr. pénal, 1950-51, 1102.
- van de KERCHOVE, M.,
Les conceptions du droit et l'organisation des études in La réforme des études de droit : bilan et perspectives, Faculté de Droit de Namur, Colloque du Xe anniversaire 1967-1977, 66.
- VANDENBERGHE, H.,
Bescherming van het privé-leven en recht op informatie via de massamedia, Rechtsk. Weekbl., 1969-1970, col., 1457.
- VAN DER MADE, R.,
Une page de l'histoire du droit criminel : la répression du suicide, Rev. dr. pénal et crim., 1948, 22.
- VANDERVEEREN, J.,
L'euthanasie devant l'Union belge de droit pénal, J.T., 1950, 644.
- VAN LEYNSEELE, H.,
La responsabilité des médecins, R.G.A.R., 1928, 244.
- VAN OMMESLAGHE, P.,
Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi, R.C.J.B., 1976, 303.

Articles, rapports, chroniques

- VELU, J.,
La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications, Actes du Troisième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme : Vie privée et droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1973, 35.
- VERHAEGEN, J.,
La révision du Code pénal belge, entreprise d'actualisation et de réanimation, Revue pénale suisse, 1981, 1.
- VERHOEVEN, J. et MERTENS, P.,
La protection de la vie privée et familiale dans trois conventions internationales relatives aux droits de l'homme, Actes du Troisième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme : Vie privée et droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1973, 149.
- VILLEY, M.,
. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, Archives de philosophie du droit, t. IX, 1964, 97.
. Les origines de la notion de droit subjectif, Archives de philosophie du droit, 1953-54, 163.
- VISSER'T HOOFT, H-Ph.,
Les actes de disposition concernant le corps humain : quelques remarques philosophiques, Archives de philosophie du droit, t. XXIV, 1979, 87.
- von CAEMMERER, E.,
Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen, J.C.B., Mohr, 1967, 27.
- WALINE, M.,
L'individualisme et le droit, Paris, Domat-Montchrestien, 2ème éd., 1949.

C. DECISIONS CITEES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

I. A propos de la deuxième partie : "LE DROIT A L'IMAGE"

a) Décisions belges

Bruxelles, 24 janvier 1852, Pas., 1852, II, 261.
Cour d'Assises du Brabant, 13 février 1867, P.B., V° "Caricature", n° 21.
Bruxelles, 18 février 1869, Pas., 1869, II, 228.
Comm. Bruxelles, 16 décembre 1884, J.T., 1884, col. 1511.
Bruxelles, 26 décembre 1888, Pas. 1891, 2, 59 et les conclusions de LAURENT; S., 1891, IV, 35.
Trib. paix Bruxelles, 11 avril 1893, Ann. prop. ind., 1893, 248, note A.V.
Comm. Bruxelles (réf.), 28 septembre 1931, Jur. Comm. Brux., 1931, 183.
J.P. Saint Josse-ten-Noode, 31 octobre 1952, J.J.P., 1953, 94.
Comm. Bruxelles (réf.), 15 octobre 1957, J.T., 1958, 43.
Bruxelles, 14 mai 1968, J.T., 1968, 454.
Comm. Bruxelles, 13 septembre 1971, R.G.A.R., 1973, 9045.
Civ. Dendermonde (réf.), 10 novembre 1971, R.W., 1971-72, col. 916.
Gent, 26 avril 1973, R.W., 1973-74, 480, note L. GALAUDE.
Civ. Bruxelles, 7 juin 1974, J.T., 1975, 136, note M. de SALLE.
Comm. Bruxelles, 11 septembre 1974, J.T., 1975, 136, note M. de SALLE.
Civ. Bruxelles, 17 janvier 1975, J.T., 1975, 441.
Civ. Antwerpen, 15 mai 1975, R.W., 1975-76, col. 2017, note J. CORBET.
Antwerpen, 4 mai 1976, R.W., 1976-77, col. 2551, note J. CORBET.

b) Décisions françaises

Civ. Seine (réf.), 11 avril 1855, Ann. prop. ind., 1860, 167.
Civ. Seine, 16 juin 1858, D.P., 1858, III, 62; Ann. prop. ind., 1858, 250.
Civ. Seine (réf.), 13 mai 1859, D.P., 1866, V, 386.
Civ. Seine, 11 novembre 1859, Ann. prop. ind., 1860, 168.
Civ. Seine, 14 mars 1860, Ann. prop. ind., 1860, 171.
Civ. Seine, 27 avril 1860, Ann. prop. ind., 1860, 174.
Cass. (Ch. crim.), 28 novembre 1862, S., 1863, I, 41.
Corr. Seine, 19 mars 1863, Ann. prop. ind., 1863, 96.
Paris, 12 juin 1863, Ann. prop. ind., 1863, 225.
Cass. (Ch. crim.), 15 janvier 1864, D., 1865, V, 318; S., 1864, I, 303.
Paris, 4 juillet 1865, D., 1865, II, 201; S., 1865, II, 233.
Paris, 25 mai 1867, S., 1868, II, 41, note; Ann. prop. ind. 1867, 247.
J.P. Marly-le-Roy, 16 février 1870, D.P., 1870, III, 104.
Civ. Seine, 5 décembre 1877, Ann. prop. ind., 1878, 92.
Civ. Seine (réf.), 10 mai 1884, Ann. prop. ind., 1885, 254.

Jurisprudence : « droit à l'image »

- Civ. Seine, 20 juin 1884, Ann. prop. ind., 1888, 280, obs. A. VAU-
NOIS.
- Civ. Seine (réf.), 15 mars 1887, D.P., 1888, II, 180.
- Paris, 8 juillet 1887, Ann. prop. ind., 1888, 286; D.P. 1888, II,
180.
- Lyon, 8 juillet 1887, D.P., 1888, II, 180; Ann. prop. ind., 1889,
53; S., 1890, II, 241.
- Paris, 9 août 1888, S., 1890, II, 241; Ann. prop. ind., 1889, 43.
- Civ. Seine, 3 janvier 1891, Ann. prop. ind., 1893, 243.
- Comm. Seine, 13 juin 1892, Ann. prop. ind., 1893, 246; Gaz. Pal.,
1892, II, 107.
- Bordeaux, 5 juillet 1893, Ann. prop. ind., 1897, 107.
- Civ. Seine, 20 mars 1895, Ann. prop. ind., 1897, 116.
- Trib. paix Anduze, 18 avril 1895, Gaz. Pal., 1895, II, 155.
- Civ. Alais, 19 juin 1895, Gaz. Pal., 1895, II, 155; Ann. prop. ind.,
1896, 43.
- Civ. Seine, 30 avril 1896, D.P., 1896, II, 376; Ann. prop. ind.,
1897, 137, note G.M.; Gaz. Pal., 1896, I, 747.
- Civ. Cahors, 29 juillet 1896, Ann. Prop. Ind., 1897, 122; Gaz. Pal.,
1896, II, 586.
- Paris, 4 août 1896, Ann. prop. ind., 1897, 112.
- Civ. Lyon (réf.), 15 décembre 1896, D.P., 1897, II, 174.
- Civ. Seine, 31 décembre 1896, Ann. prop. ind., 1897, 142.
- Paris, 6 mai 1897, Ann. prop. ind., 1897, 147.
- Paris, 2 décembre 1897, D.P., 1898, II, 465, note PLANIOL; S., 1900,
II, 201, note WAHL.
- Civ. Seine, 20 janvier 1899, D.P., 1902, II, 73, note J. APPLETON;
Gaz. Pal., 1899, I, 227; Ann. prop. ind., 1902, 171, note A.V.
- Cass. civ., 14 mars 1900, D.P., 1900, I, 497, note PLANIOL; S.,
1900, I, 489, obs.
- Amiens, 6 mars 1901, Droit d'auteur, 1901, 145.
- Besançon, 21 mai 1902, D.P., 1904, II, 9.
- Civ. Nantes, 18 décembre 1902, Gaz. Pal., 1903, I, 432.
- Cass. req., 23 avril 1903, S., 1904, I, 273; D.P., 1904, I, 524.
- Comm. Seine, 8 octobre 1903, Gaz. Pal., 1903, II, 637; Ann. prop.
ind., 1905, 220.
- Civ. Seine, 28 octobre 1903, Ann. prop. ind., 1903, 314.
- Rennes, 23 novembre 1903, D.P., 1905, II, 69; S., 1904, II, 111;
Gaz. Pal., 1903, II, 573.
- Civ. Seine, 1er décembre 1903, Gaz. Pal., 1904, I, 447.
- Civ. Châteaudun, 10 décembre 1903, Ann. prop. ind., 1905, 218.
- Civ. Seine, 25 février 1904, Ann. prop. ind., 1905, 223; Gaz. trib.,
1904, II, 10.
- Civ. Seine, 10 février 1905, D.P., 1905, II, 389.
- Trib. paix Alger, 2 mars 1905, D.P., 1905, V, 2; Ann. prop. ind.
1905, 225.
- Trib. paix Narbonne, 4 mars 1905, D.P., 1905, II, 389, note.
- Civ. Seine, 17 mars 1905, D.P., 1905, II, 391, note.
- Civ. Seine, 23 mai 1905, Droit d'auteur, 1906, 5.
- Paris, 27 avril 1906, Ann. prop. ind., 1907, 17.
- Civ. Seine, 18 novembre 1907, D.P., 1908, V, 23; Gaz. Pal., 1908,
I, 106.

Jurisprudence : « droit à l'image »

- Paris, 3 janvier 1908, D.P., 1908, II, 292; S., 1908, II, 238.
 Trib. paix Paris, 10 avril 1908, D.P., 1908, V, 63.
 Paris, 29 mai 1908, Ann. prop. ind., 1909, II, 15; Gaz. Pal. 1908, II, 31.
 Civ. Seine, 14 janvier 1909, Ann. prop. ind., 1910, I, 283.
 Civ. Seine, 10 février 1910, Ann. prop. ind., 1910, I, 334.
 Paris, 15 juillet 1910, Ann. prop. ind., 1910, I, 284; Droit d'auteur, 1911, 80; S., 1911, II, 56; D.P., 1911, I, 19.
 Comm. Nîmes, 14 novembre 1911, Gaz. Pal., 1912, I, 31.
 Paris, 6 février 1913, Gaz. Pal., 1913, I, 489.
 Civ. Seine, 17 décembre 1917, Gaz. Pal., 1918-1919, I, 64.
 Grenoble, 15 juillet 1919, D.P., 1920, II, 9, note A. ROUAST.
 Paris, 21 janvier 1922, Gaz. Trib., 1922, II, 168.
 Civ. Seine, 28 juin 1924, Gaz. Pal., 1924, II, 455.
 Civ. Seine, 21 juillet 1924, Gaz. Pal., 1924, II, 667.
 Paris, 21 juillet 1927, Ann. prop. ind., 1927, 362, note A.V.
 Paris, 6 mars 1931, S., 1932, II, 145, note GENY.
 Civ. Yvetot, 2 mars 1932, Gaz. Pal., 1932, I, 855.
 Comm. Seine, 12 mai 1934, Gaz. Pal., 1934, II, 238.
 Paris, 12 mars 1935, S., 1935, II, 111.
 Poitiers, 21 octobre 1935, D.H., 1936, 45; Gaz. Pal., 1935, II, 879.
 Civ. Seine, 24 mars 1937, Gaz. Pal., 1937, II, 154.
 Paris, 12 novembre 1937, Gaz. Pal., 1938, I, 51; S., 1938, II, 93.
 Corr. Seine, 3 avril 1939, Gaz. Pal., 1939, II, 224.
 Comm. Seine, 11 mai 1939, Gaz. Pal., 1939, II, 243.
 Civ. Saint-Brieux (réf.), 27 octobre 1942, Gaz. Pal., 1943, I, 17.
 Comm. Seine, 22 juin 1943, Gaz. Pal., 1943, II, 141.
 Paris, 2 juin 1947, Gaz. Pal., 1947, II, 91.
 Civ. Strasbourg, 4 mai 1949, Ann. prop. ind., 1950, 59.
 Corr. Grasse, 8 février 1950, D., 1950, 712, note J. CARBONNIER.
 Conseil d'Etat, 22 juin 1951 (2 espèces), D., 1951, 589, conclusions GAZIER, note J.C.; S., 1952, III, 21, note.
 Aix, 18 décembre 1951, J.C.P., 1952, IV, 151.
 Civ. Seine, 15 février 1952, Gaz. Pal., 1952, I, 164, note.
 Civ. Carcassonne, 14 octobre 1953, Gaz. Pal., 1953, II, 323; S., 1954, II, 45.
 Civ. Seine, 8 janvier 1954, D., 1954, 236.
 Cass. crim., 2 et 9 février 1955, D., 1955, 275.
 Civ. Seine, 19 février 1955, J.C.P., 1955, II, 8678, note R. PLAISANT; R.T.D.Comm., 1955, 581, obs. H. DESBOIS.
 Cass. crim., 3 mars 1955, D., 1955, 329.
 Paris, 16 mars 1955, D., 1955, J, 295; Gaz. Pal. 1955, I, 396; J.C.P., 1955, II, 8656.
 Civ. Seine, 4 février 1956, Gaz. Pal., 1956, I, 284.
 Paris, 1er avril 1957 (2 espèces), J.C.P., 1957, II, 10194, note R. PLAISANT.
 Civ. Seine, 27 mai 1959, R.I.D.A., 1959, XXIX, 149.
 Gr. Inst. Seine, 3 février 1960, D., 1960, Somm. 73.
 Gr. Inst. Seine (réf.), 14 octobre 1960, Gaz. Pal., 1961, I, 17; R.T.D.Comm. 1961, 363, obs. H. Desbois.
 Comm. Seine, 26 février 1963, Gaz. Pal., 1963, II, 53; J.C.P., 1963, II, 13364.

Jurisprudence : « droit à l'image »

- Gr. Inst. Seine, 9 octobre 1963, Gaz. Pal., 1964, I, 73.
Paris, 13 mars 1965, Gaz. Pal., 1966, I, 37; J.C.P., 1965, II, 14223.
Paris, 24 mars 1965, J.C.P., 1965, II, 14305.
Gr. Inst. Seine, 1er avril 1965, J.C.P., 1966, II, 14572, note R.L.;
R.T.D.Civ. 1966, 293, obs. RODIERE et 317, obs. BREDIN.
Paris, 7 avril 1965, Gaz. Pal., 1966, I, 37.
Paris, 6 juillet 1965, Gaz. Pal., 1966, I, 39.
Gr. Inst. Seine, 4 octobre 1965, J.C.P., 1966, II, 14482.
Gr. Inst. Seine, 24 novembre 1965 (1ère espèce), D., 1967, 450;
Gaz. Pal., 1966, I, 37.
Gr. Inst. Seine, 24 novembre 1965 (2e espèce), J.C.P., 1966, II,
14521, note R.L.
Paris, 1er décembre 1965, J.C.P., 1966, II, 14711, note R.L.
Paris, 17 mars 1966, D., 1966, 749.
Gr. Inst. Seine, 18 mars 1966, D., 1966, 566 (1ère espèce), note
Mme Cl. F.-P.; Gaz. Pal., 1966, I, 331 (2e décision).
Gr. Inst. Seine, 18 mars 1966, D., 1966, 566 (2e espèce), note Mme
Cl. F.-P.
Paris, 22 mars 1966, Gaz. Pal., 1966, I, 331 (1ère décision).
Cass. civ., 20 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 14890, note R.L.
Gr. Inst. Seine, 23 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 (1ère es-
pèce), note R. LINDON.
Gr. Inst. Seine, 25 juin 1966, J.C.P., 1966, II, 14875 (2e espèce),
note R. LINDON.
Cass. civ., 12 juillet 1966, D., 1967, 181 (1ère espèce), note P.
MIMIN; Gaz. Pal., 1966, II, 187.
Gr. Inst. Seine (réf.), 2 novembre 1966, J.C.P., 1966, II, 14875
(3e espèce), note R. LINDON.
Paris, 15 novembre 1966, D., 1967, 181 (2e espèce), note P. MIMIN.
Paris, 27 février 1967, D., 1967, 450, note J. FOULON-PIGANIOL.
Paris, 15 mars 1967, J.C.P., 1967, II, 15107.
Gr. Inst. Seine, 13 mars 1968, Gaz. Pal., 1968, I, 379.
Gr. Inst. Paris, 7 novembre 1968, J.C.P., 1969, II, 15931, note
R.L.
Aix-en-Provence, 19 décembre 1968, D., 1969, 265.
Gr. Inst. Paris, 21 mai 1969, J.C.P., 1970, IV, 43.
Cass. civ., 11 février 1970, D.S., 1971, Jur., 409, note J. F.-P.;
Gaz. Pal., 1970, I, 323, note P. FREMOND.
Gr. Inst. Paris (réf.), 27 février 1970, J.C.P., 1970, II, 16293,
note R. LINDON; Gaz. Pal., 1970, I, 353, note R. SARRAUTE.
Gr. Inst. Paris, 17 mars 1970, R.I.D.A., 1971, 182.
Gr. Inst. Paris, 20 mars 1970, J.C.P., 1971, IV, 153.
Gr. Inst. Paris (réf.), 4 avril 1970, J.C.P., 1970, II, 16328, note
R.L.
Gr. Inst. Paris, 13 avril 1970, Gaz. Pal., 1970, II, 151.
Paris, 15 mai 1970, D., 1970, 466, note P.A. et H.M.
Gr. Inst. Paris, 23 mai 1970 (2 espèces), Gaz. Pal., 1970, II, Somm.
64 et 65.
Gr. Inst. Paris, 15 juin 1970, J.C.P., 1970, II, 16550 (1ère espè-
ce), note R. LINDON.
Gr. Inst. Paris, 25 juin 1970, J.C.P., 1971, IV, 153.

Jurisprudence : « droit à l'image »

- Gr. Inst. Paris, 8 juillet 1970, J.C.P., 1970, II, 16550 (2e espèce), note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 8 octobre 1970, J.C.P., 1971, IV, 182.
- Gr. Inst. Paris, 13 novembre 1970, D.S., 1971, Somm., 84.
- Gr. Inst. Paris, 19 novembre 1970, J.C.P., 1971, IV, 182.
- Paris, 21 décembre 1970, J.C.P., 1971, II, 16653, note R. LINDON; D., 1971, Somm. 79.
- Cass. civ., 6 janvier 1971, J.C.P., 1971, II, 16723, note R.L.; D.S., 1971, Jur., 263, note B. EDELMAN.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 23 janvier 1971, J.C.P., 1971, II, 16758, note N.S.
- Gr. Inst. Paris, 10 février 1971, R.I.D.A., 1971, 237.
- Gr. Inst. Paris, 12 février 1971, J.C.P., 1971, IV, 294.
- Gr. Inst. Paris, 13 février 1971, Gaz. Pal., 1971, II, 408, note; J.C.P., 1971, II, 16774, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Grasse (réf.), 27 février 1971, J.C.P., 1971, II, 16734, note R. LINDON; Gaz. Pal., 1971, II, 413.
- Gr. Inst. Paris, 18 mars 1971, J.C.P., 1971, I, 16875; Gaz. Pal., 1972, I, 59, note P. FREMOND.
- Amiens, 24 mars 1971, Gaz. Pal., 1971, II, 597.
- Paris, 27 avril 1971, J.C.P., 1971, II, 16804, note A. TOULEMON; Gaz. Pal., 1971, II, 555, note A.T.
- Gr. Inst. Paris, 30 juin 1971, J.C.P., 1971, II, 16857, note R.L.; D.S., 1971, Jur., 678, note B. EDELMAN.
- Amiens, 13 décembre 1971, Gaz. Pal., 1972, I, 460.
- Paris, 15 janvier 1972, Gaz. Pal., 1972, I, 302.
- Reims, 20 janvier 1972, Gaz. Pal., 1972, II, 508, note P. FREMOND.
- Cass. civ., 18 mai 1972, J.C.P., 1972, II, 17209.
- Cass. crim., 27 mai 1972, Gaz. Pal., 1972, II, 610; D.S., 1972, Somm., 179.
- Gr. Inst. Cherbourg, 10 juillet 1972, J.C.P., 1973, IV, 32.
- Gr. Inst. Paris, 16 février 1973, D.S., 1973, I.R., 212.
- Gr. Inst. Paris, 23 mars 1973, J.C.P., 1974, IV, 182.
- Gr. Inst. Nancy, 8 juin 1973, D.S., 1974, Jur., 126, note Ph. MERLE.
- Gr. Inst. Paris, 20 juin 1973, D.S., 1974, Jur., 766 (1ère espèce), note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 11 juillet 1973, J.C.P., 1974, II, 17600, note R. LINDON.
- Corr. Aix-en-Provence, 16 octobre 1973, J.C.P., 1974, II, 16723, note R. LINDON.
- Paris, 17 décembre 1973, D.S., 1976, Jur., 120, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 16 janvier 1974, D.S., 1976, Jur., 122, note R. LINDON; R.I.D.A. LXXXII, 1974, 176, note B. JOUANNEAU.
- Paris, 23 janvier 1974, J.C.P., 1974, II, 17873 (1ère espèce), note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 13 février 1974, D.S., 1974, Jur., 550, note R. LINDON; R.G.A.R., 1974, 9354.
- Paris, 16 février 1974, J.C.P., 1976, II, 18341, note R.L.
- Toulouse (ch.acc.), 26 février 1974, J.C.P., 1975, II, 17903, note R. LINDON; D.S., 1974, Jur., 736.
- Gr. Inst. Paris, 27 février 1974, D.S., 1974, Jur., 530 (1ère espèce), note R. LINDON; J.C.P., 1974, IV, 311.

Jurisprudence : « droit à l'image »

- Gr. Inst. Paris (réf.), 14 mai 1974, D.S., 1974, Jur., 766 (2e espèce), note R. LINDON; R.I.D.A. LXXXI, 1974, 147, note GAUTREAU et LETTE.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 20 juin 1974, D.S., 1974, Jur., 751, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 3 juillet 1974, J.C.P., 1974, II, 17873 (2e espèce), note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 10 juillet 1974, J.C.P., 1974, II, 17831, note R. LINDON.
- Paris, 22 novembre 1974, J.C.P., 1975, IV, 280.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 24 février 1975, D.S., 1975, Jur., 438, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Aix-en-Provence, 11 mars 1975, J.C.P., 1975, II, 18113, note R. LINDON.
- Paris, 14 mai 1975, D.S., 1976, Jur., 291, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 28 juin 1975, J.C.P., 1976, IV, 326.
- Gr. Inst. Paris, 26 septembre 1975, J.C.P., 1976, IV, 176.
- Cass. civ., 14 novembre 1975, D.S., 1976, Jur., 421, note B. EDELMAN.
- Cass. civ., 26 novembre 1975, D.S., 1977, Jur., 33, note R.L.
- Gr. Inst. Paris, 3 décembre 1975, D.S., 1977, Jur., 211.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 22 et 26 décembre 1975, J.C.P., 1976, II, 18410, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris, 6 janvier 1976, J.T., 1976, 209.
- Paris, 7 mai 1976, J.C.P., 1976, II, 18419, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Bayonne (réf.), 29 mai 1976, J.C.P., 1976, II, 18495, note R. BONNAIS.
- Gr. Inst. Paris, 2 juin 1976 (3 espèces), D.S., 1977, Jur., 364, note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 12 novembre 1976, D.S., 1977, Jur., 233, note J.P. ANCEL.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 11 janvier 1977, D.S., 1977, Jur., 83, note R. LINDON; J.C.P., 1977, II, 18711, note D. FERRIER.
- Paris, 9 novembre 1979, D.S., 1981, Jur., 109, note E. ABITBOL.
- Paris, 9 juillet 1980, D.S., 1981, Jur., 72 (2e espèce), note R. LINDON.
- Gr. Inst. Lyon (réf.), 29 août 1980, D.S., 1981, Jur., 507, note R. LINDON.
- Cass. civ., 21 octobre 1980, D.S., 1981, Jur., 72 (1ère espèce), note R. LINDON.
- Gr. Inst. Paris (réf.), 14 novembre 1980, D.S. 1981, Jur., 163, note R. LINDON.
- Cass. civ., 3 décembre 1980, D.S., 1981, Jur., 221, note B. EDELMAN.
- Gr. Inst. Lyon, 17 décembre 1980, D.S., 1981, Jur., 202, note R. LINDON et D. AMSON.

II - A propos de la troisième partie - LE DROIT DU MALADE
A L'INTEGRITE PHYSIQUE

a) Décisions belges

Bruxelles, 13 novembre 1856, Pas., 1857, II, 245.
Bruxelles, 2 décembre 1865, Pas., 1866, II, 175.
Cass. crim., 7 août 1866, Pas., 1866, I, 358.
Corr. Gand, 7 juillet 1881, Pas. 1882, II, 242.
Gand, 1 février 1882, Pas., 1882, II, 242.
Civ. Liège, 27 décembre 1889, Pas., 1890, III, 83, note; en sous-note d'Alger, 17 mars 1894, S., 1895, II, 237.
Liège, 30 juillet 1890, Pas., 1891, II, 78; en sous-note d'Alger, 17 mars 1894, S., 1895, II, 3237; D., 1891, 2, 281.
Bruxelles, 21 mars 1896, Pand. pér., 1896, n° 1494; Pas., 1897, II, 54.
J.P. Bruxelles, 15 octobre 1906, J.J.P., 1907, 20.
J.P. St-Nicolas (Liège), 13 février 1912, Pand. pér., 1912, n° 1426, 911.
J.P. Anderlecht, 16 janvier 1917, J.J.P., 1917, 478.
J.P. Ciney, 30 août 1917, J.J.P., 1917, 478.
Décision arbitrale, 18 février 1918, Pas., 1918, III, 290.
Civ. Bruxelles, 31 décembre 1921, R.G.A.R., 1928, 245, obs. CARTON de WIART.
Bruxelles, 4 juin 1923, R.G.A.R., 1928, 245, obs. CARTON de WIART.
J.P. Schaerbeek, 14 janvier 1927, Rev. prat. not., 1927, 446.
Bruxelles, 15 juin 1927, R.G.A.R., 1928, 245.
Civ. Bruxelles, 31 mai 1929, R.G.A.R., 1929, 489, obs. H.V.L.
Civ. Liège, 17 février 1931, Jur. Liège, 1931, 174.
Corr. Verviers, 20 février 1932, R.G.A.R., 1933, 1114, note F. BAE-TENS.
J.P. Hamme, 25 mars 1932, Bull. Ass., 1932, 301; J.T., 1932, 349.
Trib. Bruxelles (ch.cons.), 4 juin 1932, Rev. dr. pénal, 1932, 774; Pas., 1932, III, 143, note.
Cass. Crim., 27 février 1933, Pas., 1933, I, 141, concl. GESCHE.
Corr. Mons, 7 mars 1934, R.G.A.R., 1934, 1510 et 1541.
Bruxelles, 30 juin 1934, Rev. dr. pénal, 1935, 990.
Corr. Mons, 2 avril 1936, R.G.A.R., 1936, 2182.
Tournai, 3 juin 1937, R.G.A.R., 1937, 2537.
Civ. Liège, 14 janvier 1946, J.T., 1946, 290, note R. GROSEMANS.
Civ. Bruxelles, 6 février 1946, R.G.A.R., 1947, 4104.
Bruxelles, 8 janvier 1947, Pas., 1948, II, 27.
Civ. Liège, 25 avril 1947, R.G.A.R., 1948, 4306.
Liège, 28 octobre 1948, Jur. Liège, 1948-49, 145.
Cass., 16 décembre 1948, J.T., 1949, 53 et 84, note R. SAVATIER.
Bruxelles, 6 janvier 1951, R.W., 1950-51, col. 944, avis M.P.; J.T., 1951, 234 (traduction).
Civ. Courtrai, 20 mai 1954, R.G.A.R., 1955, 5605.
Corr. Mons, 24 mars 1955, J.T., 1955, 682.
Civ. Liège, 14 décembre 1955, Jur. Liège, 1955-56, 130.
Civ. Mons, 20 février 1957, J.T., 1957, 281.

Jurisprudence : intégrité du malade

Civ. Charleroi, 8 mai 1957, Bull. Ass., 1957, 345.
Civ. Mons, 24 septembre 1958, J.T., 1959, 356.
Civ. Bruxelles, 13 février 1959, R.W., 1959-60, col. 1454.
Bruxelles, 31 mars 1960, Pas., 1961, II, 154.
Courtrai, 23 juin 1960, R.W., 1961-62, col. 1812.
Gand, 22 avril 1961, R.G.A.R., 1962, 6837.
Bruxelles, 11 janvier 1962, R.G.A.R., 1962, 6928; Pas., 1963, II, 23.
Civ. Liège, 16 novembre 1962, Jur. Liège, 1962-63, 109.
Bruxelles, 11 janvier 1963, Pas., 1963, II, 103.
Liège, 18 octobre 1963, R.G.A.R., 1963, 7164; J.T., 1964, 93.
Bruxelles, 23 octobre 1963, Pas., 1964, II, 282.
Liège, 23 octobre 1964, R.G.A.R., 1965, 7474.
Cass., 9 novembre 1964, Pas., 1965, I, 242.
Cass., 14 juin 1965, Pas., 1965, I, 1115.
Bruxelles, 21 juin 1967, J.T., 1968, 27; Pas., 1969, II, 42.
Cass., 23 avril 1969, Pas., 1969, I, 747; R.W., 1969-70, col. 515;
R.G.A.R., 1969, 8294, obs., J.P.; J.T., 1969, 385.
Cass., 23 avril 1969, Pas., 1969, I, 751.
Corr. Bruxelles, 27 septembre 1969, Pas., 1969, III, 115; R.G.A.R.,
1970, 8362; J.T. 1969, 635; Rev. dr. pénal, 1969-70, 168.
Gand, 6 novembre 1969, R.W., 1969-70, col. 910.
J.P. Molenbeek-St-Jean, 20 mai 1970, J.T., 1971, 134.
Bruxelles, 11 mai 1971, J.T., 1972, 358.
Liège, 24 novembre 1971, J.T., 1974, 297.
Pol. Tongres, 8 mai 1973, R.W., 1973-74, col. 1511, obs. PEYTIER.
Civ. Louvain, 6 juin 1973, Bull. Ass., 1974, 811.
Cass., 4 octobre 1973, J.T., 1974, 296, note J.L. FAGNART; Pas.,
1974, I, 121; T.V.P., 1974, 345, obs. DALCQ.
Bruxelles, 14 mai 1974, Pas., 1975, II, 18, obs.; J.T., 1975, 191.
Liège, 12 février 1975, R.G.A.R., 1975, 9449.
Civ. Liège, 8 septembre 1975, inédit, R.G., n° 11.870/72.
Mons, 9 décembre 1975, Rev. not. belge, 1977, 123; Pas., 1976, II,
159.
Cass., 7 septembre 1976, Pas., 1977, I, 20.
Corr. Arlon, 17 novembre 1976, Jur. Liège, 1976-77, 290.
Trib. Arr. Anvers, 18 février 1977, R.W., 1976-77, col. 1816, obs.
Cass., 31 janvier 1980, J.T., 1980, 371.
Liège, 23 avril 1980, inédit, R.G., n° 6.307/75.
Corr. Namur, 28 novembre 1980, Rev. rég. droit, 1981, 72.
Liège, (app. jeun), 9 avril 1981, inédit, R.G., n° 471/79.

b) Décisions françaises

Cass., 13 août 1813, Bull. crim., 178; S., 1812-14, 1, 417.
Cass. req., 18 juin 1835, S. 1835, 1, 401, concl. DUPIN.
Paris, 20 août 1841, S., 1841, II, 635.
Cass. crim., 21 août 1851, D.P., 1851, 5, 237, réquis. DUPIN; S.,
1852, I, 286.
Corr. Lyon, 15 décembre 1859, D.P., 1859, III, 87; S., 1909, II,
231.
Corr. Gray, 29 juillet 1873, S., 1874, II, 58.
Nîmes, 26 février 1884, D., 1884, II, 176.

Jurisprudence : intégrité du malade

- Corr. Seine, 13 mars 1884, Gaz. Pal., 1884, 1, supplément 67.
 Corr. Seine, 27 juillet 1888, Gaz. Pal., 1888, 2, 231, note.
 Paris, 22 octobre 1888, J.T., 1889, col. 156; S., 1889, 2, 4.
 Aix, 20 décembre 1888, S., 1890, II, 25.
 Corr. Alger, 4 novembre 1893, S., 1895, II, 237.
 Alger, 17 mars 1894, D.P., 1895, II, 69; S., 1895, II, 237.
 Pau, 1er mai 1900, S., 1900, 2, 301.
 Civ. Valenciennes, 5 juillet 1900, S., 1901, 2, 213.
 Douai, 14 novembre 1900, S., 1901, 2, 213.
 Civ. St-Nazaire, 26 avril 1901, Gaz. Pal., 1902, 1, 187 (1ère espèce)
 Trib. Poitiers, 11 octobre 1901, D.P., 1902, II, 81.
 Cass. crim., 9 novembre 1901, D., 1902, I, 235.
 Poitiers, 20 novembre 1901, D.P., 1902, II, 81, note Le POITTEVIN, S., 1902, II, 305, note HEMARD.
 Besançon, 27 novembre 1901, Gaz. Pal., 1902, 1, 187; S., 1902, II, 135.
 Rennes, 10 décembre 1901, Gaz. Pal., 1902, 1, 187, 1ère espèce.
 Aix, 21 décembre 1901, Gaz. Pal., 1902, I, 187, 2ème espèce.
 Rouen, 5 juillet 1902, D.P., 1911, II, 206, 1ère espèce.
 Civ. Tulle, 28 février 1903, D.P., 1911, II, 207, 2ème espèce.
 Limoges, 13 mai 1903, D.P., 1911, II, 207, 2ème espèce.
 Douai, 10 avril 1905, D.P., 1911, II, 207, 3ème espèce.
 Grenoble, 15 avril 1905, D.P., 1911, II, 207, 4ème espèce.
 Trib. Château-Thierry, 7 juin 1905, S., 1909, II, 225.
 Trib. Nice, 23 juin 1905, D.P., 1907, II, 41, note MERIGNHAC.
 Cass. crim., 30 décembre 1905, D., 1906, I, 299.
 Amiens, 14 février 1906, S., 1909, II, 225, note E.H. PERREAU; D.P., 1907, II, 44, note A. MERIGNHAC.
 Aix, 22 octobre 1906, Gaz. Pal., 1906, 2, 430; D.P., 1907, II, 41, note MERIGNHAC; S., 1909, II, 321, note PERREAU; R.T.D.Civ., 1907, 106, obs. DEMOGUE.
 Grenoble, 27 octobre 1908, D.P., 1911, II, 207, 5ème espèce.
 Montpellier, 15 décembre 1909, Gaz. Pal., 1910, I, 187; D., 1910, 5, 31.
 Cass. req., 15 février 1910, D.P., 1911, 303.
 Cass. req., 28 février 1910, S., 1916, 1, 52.
 Civ. Seine, 19 décembre 1910; D.P., 1911, 5, 9.
 Nancy, 20 novembre 1912, Gaz. Pal., 1912, II, 657, note.
 Cass. civ., 16 décembre 1912, S., 1913, 1, 142.
 Paris, 22 janvier 1913, Gaz. Pal., 1913, I, 260; S., 1918-19, II, 97, note E.H. PERREAU; D., 1919, II, 73, note DENISSE.
 Cass. crim., 9 mai 1913, D.P., 1914, I, 206; S., 1914, I, 169, note J.A. ROUX.
 Lyon, 27 juin 1913, D.P., 1914, 2, 73, note LALOU; Gaz. Pal., 1913, 2, 506.
 Cass. req., 21 juillet 1919, D.P., 1920, 1, 30, note DENISSE.
 Cass. civ., 29 novembre 1920, D.P., 1924, 1, 103; Gaz. Pal., 1921, 1, 68; S., 1921, 1, 119.
 Civ. Seine, 14 décembre 1920, D.P., 1921, 2, 27.
 Paris, 28 juin 1923, D.P., 1924, 2, 166, note G.L.
 Paris, 20 novembre 1924, Gaz. Pal., 1925, I, 166.

Jurisprudence : intégrité du malade

- Cass. civ., 3 mars 1926, D.P., 1927, I, 93, note FALCIMAIGNE.
 Civ. Le Havre, 9 juillet 1926, Gaz. Pal., 1926, II, 588.
 Civ. Seine, 31 décembre 1928, J.C.P., 1929, 250.
 Riom, 5 février 1929, Gaz. Pal., 1929, I, 649, note R.C.
 Civ. Seine, 25 février 1929, Gaz. Pal., 1929, I, 424; S., 1931, II, 129, note E.H. PERREAU; D.P., 1931, II, 141, note LOUP.
 Civ. Marseille, 5 mai 1930, D.H., 1930, 389.
 Douai, 19 janvier 1931, en sous-note de Amiens, 16 juillet 1931, Gaz. Pal., 1931, II, 775.
 Paris, 12 mars 1931, S., 1931, II, 129, note E.H. PERREAU; D.P., 1931, II, 141, note LOUP; Gaz. Pal., 1931, I, 590.
 Civ. Seine, 17 juin 1931, D.H., 1932, Somm., 24.
 Aix, 16 juillet 1931, D.P., 1932, II, 5, note NAST.
 Cass. civ., 8 février 1932, D.H., 1932, 202.
 Dijon, 26 juillet 1932, D.H., 1932, 531.
 Civ. Hazelbrouck, 28 juillet 1932, Gaz. Pal., 1932, II, 676.
 Civ. Lannion, 19 décembre 1932, Gaz. Pal., 1933, I, 339.
 Douai, 24 janvier 1933, D.H., 1934, Somm., 3.
 Besançon, 24 février 1933, D.H., 1933, 211.
 Cass. req., 31 octobre 1933, D.H., 1933, 537; S., 1934, I, 11; Gaz. Pal., 1933, II, 988.
 Cass. req., 9 janvier 1935, S., 1938, I, 137, note PERREAU.
 Civ. Seine, 16 mai 1935, S., 1935, II, 202; Gaz. Pal., 1935, 2, 290; D.P., 1936, II, 9, note DESBOIS.
 Civ. Lyon, 3 janvier 1936, D.H., 1936, 127.
 Cass. civ., 20 mai 1936, D.P., 1936, I, 88, rapport JOSSERAND, concl. MATTER, note E.P., J.C.P., 1936, 1079, note; Gaz. Pal., 1936, 2, 41; S., 1937, I, 321, note BRETON.
 Civ. Seine, 25 mai 1936, Gaz. Pal., 1936, II, 375.
 Lyon, 27 mai 1936, D.H., 1936, 465.
 Paris, 17 juillet 1936, D.H., 1936, 498; Gaz. Pal., 1936, 2, 731.
 Civ. Seine, 15 mars 1937, en sous-note de Paris, 11 mai 1937, Gaz. Pal., 1937, II, 379.
 Paris, 11 mai 1937, Gaz. Pal., 1937, II, 379; D.H., 1937, 340; J.C.P., 1937, II, 376, note R.D.; S., 1938, 2, 71.
 Cass. req., 1er juin 1937, S., 1937, I, 270.
 Cass. crim., 1er juillet 1937, D.H., 1937, 537; J.C.P., 1937, II, 440; S., 1938, I, 193, note TORTAT; obs. MAGNOL (Revue de sc. crim. et de droit pénal comparé, 1937, 680), CUCHE (Rev. critique, 1935, 336).
 Cass. civ., 13 juillet 1937, D.H., 1937, 571; S., 1939, I, 217, note BRETON.
 Cass. crim., 11 février 1941, D., 1941, Jur., 180.
 Civ. Marseille, 23 septembre 1941, Gaz. Pal., 1941, 2, 454, note.
 Cass. req., 28 janvier 1942, D.C., 1942, Jur., 63; Gaz. Pal., 1942, I, 177.
 Corr. Abbeville, 12 juillet 1943, J.C.P., 1944, II, 2624, 2ème espèce, note BORNECQUE.
 Corr. Nérac, 5 février 1944, J.C.P., 1944, II, 2624, 1ère espèce, note BORNECQUE.
 Paris, 25 avril 1945, D., 1946, 191, note TUNC; S., 1946, II, 29, note du GARREAU de la MECHENIE.

Jurisprudence : intégrité du malade

- Paris, 20 février 1946, D., 1948, 337, note E. de LAGRANGE.
Douai, 10 juillet 1946, J.C.P., 1947, II, 3374, note COSTE; D., 1946, 351; Gaz. Pal., 1946, 2, 151; S., 1946, II, 121, note RABUT.
Cass. crim., 12 décembre 1946, J.C.P., 1947, II, 3621, note R. RODIERE.
Angers, 4 mars 1947, Gaz. Pal., 1947, 1, 168; D., 1948, J., 298, note SAVATIER, J.C.P. 1947, II, 3525, obs.
Civ. Lille, 18 mars 1947, D., 1947, 507, note J. CARBONNIER.
Corr. Aix, 27 mars 1947, D., 1947, J., 304.
Cass. req., 21 juillet 1947, J.C.P., 1947, II, 3987.
Civ. Aix, 5 décembre 1947, J.C.P., 1949, II, 5025, note R. VIENNE.
Chambéry, 22 décembre 1947, D., 1948, J., 172.
Douai, 21 janvier 1948, S., 1949, II, 61, 1ère espèce, note P. BOUZAT.
Douai, 16 février 1948, D., 1948, 380, note J.C.
Douai, 26 octobre 1948, D., 1949, 98.
Paris, 3 décembre 1948, D., 1949, Somm., 3; J.C.P., 1949, II, 4831, note PIERRARD.
Rennes, 20 décembre 1948, D., 1949, 230; J.C.P., 1949, II, 4945, 3ème espèce, note MAGNOL; S., 1949, 2, 64, 2ème espèce, note P. BOUZAT.
Grenoble, 5 janvier 1949, Gaz. Pal., 1949, 1, 216.
Corr. Saint-Claude, 11 février 1949, J.C.P., 1949, II, 4945, 2ème espèce, note MAGNOL.
Corr. Seine, 23 février 1949, S., 1950, II, 149, note A. LEGAL; J.C.P., 1949, II, 4786, note R.V.; D., 1949, 287; Rev. Sc. crim., 1949, 343, obs. HUGUENEY.
Aix, 23 février 1949, J.C.P., 1949, II, 5025, note R. VIENNE.
Cass. crim., 31 mai 1949, D., 1949, 347; J.C.P. 1949, II, 4945, 1ère espèce, note MAGNOL; Gaz. Pal., 1949, 2, 143; S., 1949, 1, 126, note.
Cass. civ., 25 juillet 1949, J.C.P., 1949, II, 5102, note A. ROUAST; D., 1949, 585, note CARBONNIER.
Trib. Nice, 2 novembre 1949, Gaz. Pal., 1949, 2, 420.
Aix, 14 février 1950, D., 1950, 322; Gaz. Pal., 1950, I, 282; J.C.P., 1950, II, 5423, note R. VIENNE.
Corr. Béthune, 19 octobre 1950, J.C.P., 1951, II, 5990, note PAGEAUD.
Corr. Orléans, 29 novembre 1950, D., 1951, 246, note A. TUNC; Rev. sc. crim., 1951, 270, note HUGUENEY.
Civ. Lyon, 12 janvier 1951, D., 1951, 323.
Cass. civ., 29 mai 1951, D., 1952, 53, note R. SAVATIER; Gaz. Pal., 1951, 2, 114; J.C.P., 1951, II, 6421, note R. PERROT; S., 1953, 1, 41, note NERSON; J.T., 1951, 533.
Corr. Poitiers, 25 octobre 1951, J.C.P., 1952, II, 6932, obs. PAGEAUD.
Nancy, 14 février 1952, J.C.P., 1952, II, 7030, note COLOMBINI.
Paris, 7 mars 1952, Gaz. Pal., 1952, 1, 273; D., 1952, 2, 367; S., 1952, 63; J.C.P., 1952, 7209, note CARBONNIER.
Grenoble, 29 mai 1952, D., 1952, 719, note GIVORD.
Civ. Laon, 2 juillet 1952, D., 1952, 647.
Paris, 8 juillet 1952, Gaz. Pal., 1952, 2, 128.

Jurisprudence : intégrité du malade

- Lyon, 17 novembre 1952, J.C.P., 1953, II, 7541, note R. SAVATIER;
D., 1953, J., 253, note P. GERVESIE; Gaz. Pal., 1953, I, 57.
Montpellier, 17 février 1953, D., 1953, 209; J.C.P., 1953, II, 7498;
S., 1953, 2, 119.
Cass. crim., 23 mars 1953, J.C.P., 1953, II, 7584; D., 1953, 371.
Civ. Seine, 23 juin 1953, Gaz. Pal., 1953, II, 229.
Trib. Nîmes, 20 octobre 1953, J.C.P., 1954, II, 8222, note E. CLAVEL.
Cass. civ., 27 octobre 1953, J.C.P., 1953, II, 7891; D., 1953, 658;
Gaz. Pal., 1954, I, 148.
Bordeaux, 28 octobre 1953, J.C.P., 1953, II, 7857.
Corr. Dunkerque, 30 octobre 1953, J.C.P., 1954, 8095, note P.-A.P.
Cass. crim., 30 décembre 1953, D., 1954, Jur., 333, note F.G.
Corr. Cap, 6 janvier 1954, J.C.P., 1954, 8016, note PAGEAUD.
Aix, 12 janvier 1954, J.C.P., 1954, II, 8040, note J. SAVATIER.
Civ. Nice, 16 janvier 1954, D., 1954, 178.
Cass. crim., 21 janvier 1954, D., 1954, 225; J.C.P., 1954, II, 8050,
obs. P. PAGEAUD.
Grenoble, 9 avril 1954, J.C.P., 1954, II, 8139, note PAGEAUD.
Cass. civ., 28 décembre 1954, D., 1955, 249, note R. SAVATIER;
J.C.P., 1955, II, 8519.
Angers, 19 janvier 1955, J.C.P., 1955, II, 8531, note.
Civ. Seine, 7 juin 1955, D., 1955, 588.
Cass. crim., 23 juin 1955, D., 1955, Jur., 575, note.
Cass., 8 novembre 1955, J.C.P., 1955, II, 9014, note SAVATIER, D.,
1956, Jur., 3.
Pau, 11 avril 1956, D., 1957, Jur, 154, 1ère espèce.
Lyon, 12 avril 1956, Gaz. Pal., 1956, I, 380.
Conseil d'Etat, 11 juillet 1956, Gaz. Pal., 1956, II, 257.
Cass., 22 janvier 1957, D., 1957, 445, note R. SAVATIER.
Paris, 13 janvier 1959, J.C.P., 1959, II, 11142, note R. SAVATIER;
D., 1959, 26.
Cass. civ., 13 mai 1959, D., 1959, Somm., 107; Bull. civ., 1959, I,
202.
Paris, 20 juin 1960, Gaz. Pal., 1960, II, 169.
Cass. civ., 28 juin 1960, J.C.P., 1960, II, 11787, note SAVATIER.
Grenoble, 6 juillet 1960, J.C.P., 1961, II, 11934, note SAVATIER.
Douai, 15 novembre 1960, D., 1963, 284, note M.L.R.
Cass. civ., 1er février 1961, J.C.P., 1961, 12129, 2ème espèce,
note SAVATIER.
Cass. crim., 15 mars 1961, D., 1961, I, 610.
Cass. civ., 14 avril 1961, Gaz. Pal., 1961, II, 53.
Lyon, 6 novembre 1961, D., 1962, Somm., 55.
Cass., 7 novembre 1961, Gaz. Pal., 1962, I, 219.
Cass., 9 novembre 1961, Gaz. Pal., 1962, I, 104, J.C.P., 1962, II,
12777; Rev. sc. crim., 1962, 332, note HUGUENEY.
Paris, 2 février 1962, D., 1963, Jur., 280, note M. LE ROY.
Gr. Inst. Seine, 6 février 1962, D., 1962, Somm., 2.
Paris, 5 juin 1962, J.C.P., 1962, II, 12809.
Bourges, 7 juin 1962, Gaz. Pal., 1962, II, 191.
Cass. crim., 29 novembre 1962, D., 1963, 80.
Cass., 31 janvier 1963, J.C.P., 1963, II, 13122, note R. SAVATIER.

Jurisprudence : intégrité du malade

- Cass. crim., 7 février 1963, Gaz. Pal., 1963, I, 383.
Cass. crim., 30 avril 1963, D., 1963, Jur., 729, note R. SAVATIER.
Paris, 15 octobre 1963, D., 1964, Somm., 20.
Cass. crim., 11 avril 1964, D., 1964, Somm., 58.
Paris, 13 avril 1964, D., 1964, Somm., 98.
Cass. civ., 7 juillet 1964, D., 1964, Jur., 625.
Nîmes, 19 octobre 1964, D., 1965, Somm., 31; Gaz. Pal., 1965, I, 80.
Gr. Inst. Seine, 18 janvier 1965, J.C.P., 1965, II, 14421, concl. FABRE; R.T.D.Civ., 1966, 74, n° 5, obs. NERSON.
Gr. inst. Bordeaux, 8 mars 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, 264.
Corr. Nancy, 2 juin 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, 96, note A. TOULEMON; J.C.P., 1965, 14371, note R. SAVATIER.
Nancy, 27 octobre 1965, D.S., 1966, Jur., 30, note J. LORENTZ; Gaz. Pal., 1965, 2, 96, note A. TOULEMON.
Pol. Briançon, 11 janvier 1966, J.C.P., 1966, 14584, note R. de LESTANG.
Cass., 11 janvier 1966, D., 1966, Jur., 266.
Cass. civ., 15 mars 1966, J.C.P., 1966, IV, 67.
Cass. civ., 17 mai 1966, Bull., 1966, 1, 228.
Cass. crim., 22 décembre 1966, J.C.P., 1967, II, 15126, note R. SAVATIER.
Civ. Laval, 13 février 1967, D., 1968, 39, note LE ROY.
Cass. crim., 29 juin 1967, D., 1968, Jur., 2.
Rouen (ch. acc), 26 février 1969, J.C.P., 1971, II, 16849, note BRUNET.
Gr. Inst. Paris, 3 juin 1969, Gaz. Pal., 1969, 2, 57, note A.T.; D., 1970, 136, note J.P.; Rev. sc. crim., 1969, 875, obs. G. LEVASSEUR.
Cass. crim., 3 juillet 1969, J.C.P., 1970, II, 16447, obs. R. SAVATIER; cfr. P.J. DOLL in J.C.P., 1970, I, 2351.
Cass., 17 novembre 1969, D., 1970, 85; Gaz. Pal., 1970, I, 49; J.C.P., 1970, II, 16507, note SAVATIER.
Cass. crim., 26 novembre 1969, Gaz. Pal., 1970, 1, 82.
Cass. civ., 4 mai 1970, Bull. cass., I, n° 152, 123.
Rouen, 17 décembre 1970, D.S., 1971, Jur., 153, note R. SAVATIER.
Cass. crim., 23 avril 1971, D., 1971, Somm., 121; Bull. crim., 1971, 301.
Cass. crim., 17 février 1972, J.C.P., 1973, II, 17474, 1ère espèce, note L. MORET.
Cass. soc., 1er mars 1972, J.C.P., 1972, IV, 98.
Cass. crim., 16 mars 1972, D.S., 1972, 394, 1ère espèce, note J. COSTA; J.C.P., 1973, II, 17474, 2ème espèce, note L. MORET.
Cass. crim., 20 mars 1972, D.S., 1972, 394, 2ème espèce, note J. COSTA; J.C.P., 1973, II, 17474, 3ème espèce, note L. MORET.
Cass. crim., 3 janvier 1973, D., 1973, 220.
Cass. civ., 14 février 1973, J.C.P., 1973, IV, 126; D.S., 1973, I.R., 86, Gaz. Pal., 1973, 1, 341, note P.J. DOLL.
Cass. civ., 23 mai 1973, J.C.P., 1975, II, 17955, note R. SAVATIER.
Toulouse (Ch. acc), 9 août 1973, J.C.P., 1974, IV, 292; D., 1974, 452.
Gr. Inst. Paris, 6 novembre 1973, Gaz. Pal., 1974, I, Jur., 299, note P. BARBIER.

Jurisprudence : intégrité du malade

- Cass. civ., 5 mars 1974, J.C.P., 1974, IV, 147.
Cass. civ., 8 octobre 1974, J.C.P., 1975, 17955, note R. SAVATIER;
Gaz. Pal., 1975, I, 273.
Cass. crim., 30 octobre 1974, Gaz. Pal., 1975, I, 67; J.C.P., 1975,
28038; R.T.D.Civ., 1975, 107 et 713, obs. G. DURRY.
Cass. civ., 5 novembre 1974, J.C.P., 1974, IV, 417.
Lyon, 6 juin 1975, Gaz. Pal., 1975, II, 610.
Colmar, 24 juin 1975, D.S., 1976, 249, note Ph. LE TOURNEAU.
Corr. Rouen, 9 juillet 1975, J.C.P., 1976, II, 18258, note SAVATIER,
D., 1976, 531, note ROUJOU de BOUBEE.
Toulouse, 24 septembre 1976, J.C.P., 1977, IV, 268.
Gr. Inst. Poitiers, 1er octobre 1976, annexe à D. MAYER, J.C.P.,
1977, Doctr., 2851.
Gr. Inst. Bobigny, 15 octobre 1976, D.S., 1977, Jur. 245, note Ph.
LE TOURNEAU.
Poitiers, 3 février 1977, D.S., 1978, Jur., 34, note P. COUVRAT.
Trib. inst. Brest, 25 avril 1978, D., 1978, 697, note C. GEFFROY.

III. A propos de la quatrième partie - LE "DROIT A LA MORT"

a) Décisions belges

Cass., 22 novembre 1971, Pas., 1972, I, 290.

Trib. trav. Charleroi, 13 octobre 1976, J.T.T., 1977, 336.

b) Décisions françaises

Cass. crim., 27 avril 1815, S., 1815-1818, I, 44.

Cass., 2 août 1816, S., 1815-1818, I, 224.

Cass., 16 novembre 1827, S., 1825-27, I, 702.

Cour Royale de Bordeaux, 15 avril 1835, S., 1836, I, 732.

Crim., 2 juillet 1835, S., 1835, I, 861.

Cass. req., 30 juin 1836, S., 1836, I, 732, concl. DUPIN.

Cass. crim., 22 juin 1837, S., 1837, I, 465, concl. DUPIN.

Cass. (ch. réunies), 15 décembre 1837, S., 1838, I, 5, concl. DUPIN.

Cass. crim., 23 juin 1838, S., 1838, I, 626.

Bordeaux, 5 avril 1852, S., 1852, II, 421.

Civ. Seine, 2 août 1889, D., 1892, II, 533.

Corr. Montélimar, 31 janvier 1891, Gaz. Pal., 1891, I, suppl., 22.

Lyon, 17 février 1892, D., 1892, II, 47.

Rennes, 13 décembre 1904, S., 1905, II, 76.

Cass. req., 25 octobre 1905, D.P., 1907, I, 330.

Paris, 22 novembre 1923, D.H., 1924, 35.

Cass. civ., 21 février 1933, S., 1933, I, 146, note.

Poitiers, 29 janvier 1935, D.H., 1935, 158.

Aix, 13 mars 1936, D.H., 1936, 306.

Corr. Lisieux, 26 février 1937, D.H., 1937, 261.

Cass. req., 4 janvier 1938, Gaz. Pal., 1938, 475.

Civ. Bordeaux, 20 janvier 1938, D.H., 1938, 252.

Corr. Paris, 27 juin 1968, D., 1968, Somm., 104, note; Gaz. Pal., 1968, 2, 228; J.C.P., 1969, II, 15728, note de LESTANG.

**INDEX DES THEMES
ET DES AUTEURS CITES DANS LE TEXTE**

INDEX THEMATIQUE
(les chiffres renvoient aux numéros)

ABSTENTION

- de porter secours, 511-514, 570, 645, 778, 789-796, 798, 861-865, 868, 935.
- de soins, 751, 757, 774, 778, 785-787, 796, 798, 801, 819.
- v. euthanasie passive, refus de traitement.

ABUS DE DROIT

- 848, 962-965, 1028.

ABUSUS

- 976-977, 989, v. propriété, usufruit.

ACHARNEMENT THERAPEUTIQUE

- 743, 745, 753-756, v. dysthanasie, orthothanasie.

ACTE DE FOI JURIDIQUE

- 18, 1007-1011, 1024, 1033, 1048, 1052, 1064, v. droit naturel, liberté.

ACTION

- en justice, 51, 53, 103, 107-110, 146, 149.
- oblique, 205, v. représentation.
- préventive, 168, 936, 996, 1051.
- référé, 220, 297, 305, 422-425.

ADAGES LATINS

- 397, 498, 536, 612, 838, 847.

ADMINISTRATION DE SUBSTANCES
NUISIBLES

- 463, 468-470, 799.

AIDE SOCIALE

- 143, 935, v. besoin.

ALIENES

- contrat médical, 634-636.
- droit subjectif, 96.
- suicide, 841-843, 860.

ALTERITE

- et droit à la mort, 815-816, 869, 896, 902, 903, 1048.
- (principe d'), 46, 67, 185, 999, 1000, 1022, 1029, 1037, 1038, 1042, 1053, 1063.
- v. subsistance (principe de).

APPARTENANCE

- droit subjectif, 178-182, 191-192, 917, 994.
- propriété, 388, 392.
- v. maîtrise.

ATTRIBUTS

- 200-201, 203, 377, 387, 447, 451.
- v. droits de la personnalité, parties détachables.

BESOIN

- 139-145, 917.

CADAVRE

- 24. v. défunts.

CAPACITE NATURELLE

- droits de la personnalité, 206, 927, 988.
- droit à l'image, 296, 298.
- traitement médical, 621, 640-642, 647.
- v. incapables.

CAUSALITE

- responsabilité image, 336.
- faute pénale, 540, 542.
- faute civile, 696-698, 701, 703, 705, 709, 711, 938.
- v. consentement, responsabilité.

CHIRURGIE ESTHETIQUE

- 437, 558-562, 567, 672.

CHOIX DU TRAITEMENT

- 669, 822.

Index thématique

COMPLICITÉ DE SUICIDE

- 852-858, 866, 868, 873, 900
- v. délit spécial, homicide, non-assistance, suicide.

CONSENTEMENT

- * - du malade, 592-596, 599-604, 649, 683, 686, 690, 696, 704, 804.
- du modèle (image), 224, 228-230, 254, 270, 277, 315-317, 319-321, 341, 348, 355, 376-377, 448.
- de la victime, 479, 486-487, 515, 532, 534-544, 570-571, 876-877, 891-895, 960.
- v. causalité, contrat, preuve, repentir.

CONTRAT

- image, 311-314, 325, 442,
v. consentement, patrimonialisation.
- médical, 574-578, 582-587, 608, 618, 621, 647, 656, 681, 684, 714, 718-723, 728-730, 742, 953, 1050.
v. impérialisme médical, information du patient, ministère médical.
- mort, 815-817. v. altérité.
- social, 1013, 1015, 1016.
v. libéralisme.

CORPS

- v. cadavre, droit public, médiation, non-maîtrise, parties détachables, propriété, pudeur, sujet-objet.

COUPS et BLESSURES

- 463-467, 470, 475, 477, 488, 491, 498, 522, 524, 535, 538, 543, 563, 570.
- v. infraction, justification.

DEFINITION MIXTE

- du droit subjectif, 20, 27, 84, 173-177, 181, 188-190, 194, 201, 333, 568, 736, 905-908, 992, 997, 1003, 1053, 1054, 1056, 1062, 1065.
- v. disposition, protection.

DEFUNTS

- droits de la personnalité, 207.
- droit à l'image, 301-307.
- v. cadavre.

DELIT SPECIAL

- complicité de suicide, 857.
- euthanasie, 880, 881.

DEMEUCE

- v. aliénés.

DEONTOLOGIE MEDICALE (CODE)

- * - 599, 601, 632, 663, 758.

DEVOIRS

- envers soi-même, 834, 845.
- et droits, 1022.
- des tiers, 1054.

DISPOSITION (REGIME DE)

- droit à l'image, 220, 221, 310, 330, 333, 378, 389, 403, 430, 457.
- droits de la personnalité, 204, 214.
- droit subjectif, 22, 24, 26, 943, 990, 996, 1041, 1052, 1058.
- mort, 736, 828.
- * - traitement médical, 461, 481, 495, 499, 517, 546, 567, 641, 654, 666, 683, 692, 700, 708, 710, 713, 734-735.
- v. frontière, protection.

DOMMAGE

- image, 344-346.
- intégrité du malade, 691, 699, 1051.

DROIT A LA MORT

- 26, 30, 568, 1029, 1048, 1060.
- intérêt protégé, 735, 739-741, 804, 823-826.
- pouvoir reconnu, 897-903, 938, 953, 966.
- v. altérité, impunité du suicide refus de traitement.

DROIT A LA VIE

- droit de la personnalité, 122, 192, 198.

Index thématique

- et droit à la mort, 888, 903, 1048.
- DROIT A L'IMAGE
 - 21-22, 738, 939, 944, 953, 1029, 1050.
 - déterminations, 222 sv.
 - nature juridique, 332 sv.
- DROIT D'AUTEUR
 - et droit à l'image, 365-374, 434, 918, 969.
 - droits intellectuels, 12, 969.
- DROIT ETRANGER
 - 29.
 - allemand, 279.
 - américain, 808, 820-821.
 - français, 28.
 - v. jurisprudence française, loi française.
 - italien, 296, 395.
 - romain, 4, 360.
- DROIT NATUREL
 - 3, 5, 50, 63, 66, 1005, 1006, 1014.
 - v. nature, acte de foi juridique.
- DROIT ORIGINE (URRECHT)
 - 113-116
 - v. droits innés, jus in seipsum.
- DROIT PATRIMONIAL
 - 113, 722, 968, 981, 985, 988, 1058, 1062.
 - v. patrimoine, patrimonialisation.
- DROIT PUBLIC
 - et corps, 23, 458, 719.
 - droits publics, 150-151.
- DROIT REFLEXE (ou -REFLET)
 - 52, 53, 105, 151-152.
- DROIT SUBJECTIF
 - v. action, altérité, appartenance, consentement, définition mixte, devoirs, disposition, droit réflexe, maîtrise, mythe, protection, renonciation, situations objectives, subsistance.
- DROITS DE LA PERSONNALITE
 - droit subjectif, 12-16, 73-82, 122, 166, 169-172, 912, 992, 996, 1000, 1056, 1062.
 - image, 306, 416-417, 447, 450.
 - régime, 196-197, 201-209, 210-212, 214.
 - v. attributs, droit à la vie, droit à l'image, droit à la mort, vie privée.
- DROITS DE L'HOMME
 - 37-46, 74-75, 145, 198, 937, 1000.
- DROITS EXTRAPATRIMONIAUX
 - 196, 359, 418, 727.
 - v. droits de la personnalité.
- DROITS INNES
 - 76-78, 1000, 1042.
- DROITS NATURELS
 - 40, 141, 917, 1000, 1042.
 - v. droits de l'homme, droits innés.
- DROITS REELS (BIENS)
 - 12, 113, 969-970.
 - v. droit patrimonial, propriété, usufruit.
- DYSTHANASIE
 - 752, 758.
 - v. acharnement thérapeutique.
- ETAT DE NECESSITE
 - acte médical, 479, 518-529, 549-550, 556-557, 589.
 - soulager les souffrances, 771, 888.
- EUTHANASIE
 - 26, 741, 747, 755, 765-767, 773, 871, 875, 897.
 - dépénalisation, 881-883, 901-902.
 - euthanasie indirecte, 770-773, v. soulager la souffrance.

Index thématique

- euthanasie passive, 774-776, 798-802,
v. abstention, soins ordinaires.
- euthanasie sociale, 764.
- typologie, 761,826.

EXPERIMENTATION MEDICALE

- 24,554.

FAMILLE

- droits de la personnalité, 113.
- image, 292,301,303,305,307.
- traitement médical, 631-633, 635-636.
- v. incapables, protecteurs naturels.

FAUTE

- image, 337-342.
- traitement médical, 579-580, 624,686,689,709.
- v. causalité, dommage, responsabilité.

FRONTIERE

- droit subjectif, 90,146,185, 964.
- v. disposition.

GESTION D'AFFAIRES

- traitement médical, 627-629.

GREFFE D'ORGANES

- 24,555,958,986.

GUILLEMETS

- 220,384,575,740,995.

HOMICIDE

- abstention de soins, 778-784, 796,798.
- complicité de suicide, 859-860,868.
- homicide consenti, 877,880, 881. v. euthanasie.
- médecin, 463.

HORS COMMERCE

- 497,499,719,957-959,989.
- v. contrat, ordre public.

IDEALISME

- 34,982,1017.

IMAGE

- fixation-réalisation, 219,239-246,247-255,256-258,263,287, 341.
- groupe, 236-238.
- liberté, 927.
- lieux privés, 259-263.
- lieux publics, 235,237,238, 239-246,248-249,251-255,256-258,273.
- non-maîtrise, 921.
- partie détachable, 987.
- personne publique, 268,275, 279-282,283-289,313,320,324.
- ressemblance, 231-233.
- v. dommage, droit à l'image.

IMPERIALISME MEDICAL

- 482,600,618,635,652,729,753.

IMPUNITÉ

- de l'acte médical, 462,478.
v. justification.
- du suicide, 835,836,845,867, 897,946,1060, v. complicité, droit à la mort, tentative.

INCAPABLES

- droits de la personnalité, 96,131,206.
- droit à l'image, 291-292.
- traitement médical, 622,632, 634,637,639.
- v. aliénés, capacité naturelle, mineurs, protecteurs naturels.

INDIVIDUALISME

- 34,58,66-67,1014-1015,1049.

INFORMATION

- droit à l'-, 267,280-286,426.
v. liberté de presse.
- *- du patient, 658-679,682.
v. contrat médical, risques.

INFRACTION

- élément matériel, 462.
v. administration de substances nuisibles, coups et

Index thématique

- blessures, euthanasie, homicide, suicide.
- élément moral, 471-477, 518, 536, 772, 876-877, 884-890.
- v. complicité, délit spécial.

INTEGRITE PHYSIQUE

- droit subjectif, 23, 938, 956, 1051.
- traitement médical, 490, 557, 608, 610, 618. v. dommage.

INTENTION

- de guérir, 471-477.
- de nuire, 876-877.
- v. infraction (-élément moral).

INTERET

- droit subjectif, 130, 132, 164, 915.
- image, 353, 414-415, 432.
- mort, 741, 891.
- traitement médical, 641-642, 653, 681.

JURISPRUDENCE BELGE

- image, 226, 272, 324, 338, 366, 467.
- suicide, 842.
- traitement médical, 479, 503, 508, 521, 537, 549, 557, 635, 676, 680, 697-698, 712.

JURISPRUDENCE FRANCAISE

- homicide, 872.
- image, 225, 242, 244, 270, 272, 293, 297, 301, 303, 315, 320, 324, 337, 338, 340, 342, 344-346, 350, 369, 381-384.
- suicide, 855.
- traitement médical, 464, 466, 490-491, 511, 539, 559, 582, 597, 613, 625, 635, 659, 668, 675, 680, 697-698, 712.

JUS IN SEIPSUM

- 120, 121, 124, 956, 965, 993, 1061.

JUSTIFICATION (CAUSES DE)

- v. consentement de la victime, état de nécessité, nécessité curative, permission de la loi.

LIBERALISME

- 50, 59, 70, 211, 297, 725, 975, 1012-1019, 1021-1025, 1036, 1041, 1042, 1044, 1065.
- v. idéalisme, individualisme, socialisme.

LIBERTE

- acte de foi juridique, 1001-1008, 1010, 1016-1024, 1063.
- droit subjectif, 33, 59, 925-930.
- image, 359, 408-417, 432, 446, 447.
- mort, 900.
- traitement médical, 608, 730, 733.
- v. acte de foi juridique, libéralisme, médiation.

LIBERTE DE PRESSE

- 425, v. information.

LICEITE

- 24, 589, 961.
- v. hors-commerce, ordre public.

LOI BELGE

- abstention, 785.
- image, 226, 261, 366.
- intégrité physique, 469.
- suicide, 857.

LOI FRANCAISE

- image, 259-260, 274, 304, 420, 424, 425.
- intégrité physique, 469.
- suicide, 857.

MAITRISE

- droit subjectif, 179-182, 193, 728.
- v. appartenance.
- maîtrise naturelle, 119, 121, 192, 828, 916, 966-968, 973, 975, 978.
- v. liberté.

MALADIE

- liberté, 928.
- non-maîtrise, 922.

Index thématique

MARXISME

- 7,31,44,70,379,435.
- v. libéralisme, socialisme.

MEDIATION

- 1023,1032-1033,1037,1044,1064.
- v. liberté.

MENSONGE MEDICAL

- 667,680-681.
- v. causalité, information du patient.

METAPHYSIQUE

- 34,39,46,50,56,63,1033.

MINEUR

- droit de la personnalité, 96, 206.
- image, 293-299.
- traitement médical, 639-643, 644-647.
- v. capacité naturelle, incapables, représentation.

MINISTERE MEDICAL

- 578,718-721,723,729,737,786, 819,945,1059.
- v. contrat médical, responsabilité.

MOBILE

- 876-877,884-890.
- v. infraction (- élément moral), euthanasie (- dépenalisation).

MORT

- bonne mort, 763.
- définition, 745,811.
- liberté, 929-930.
- non-maîtrise, 923.
- v. droit à la mort.

MORT NATURELLE

- 746-748,751,774,787,789,918.
- v. orthothanasie.

MUTILATION

- 482.

MYTHE

- droit subjectif, 61,130,1001.

NATURE

- droit subjectif, 40,121,192, 915,917,931,981,1005,1033, 1034.
- état de nature, 1013,1015, 1020.
- image, 370,372.
- liberté, 925-930,948.
- mort, 746,748.
- non-maîtrise, 920-924,948.
- propriété, 974.
- traitement médical, 525,558, 565,566,572.
- v. droit naturel, libéralisme.

NECESSITE CURATIVE

- 918,945,961,1059.
- en droit civil, 589,653,656, 672,686,732.
- v. contrat médical.
- et droit à la mort, 737,742, 749.
- en droit pénal, 484, 505,508, 510,515,529-533,544,547-548, 552-557,559,561,563,570,572- 573.
- v. justification.

NON-ASSISTANCE

- v. abstention de porter secours.

NON-MAITRISE

- 920-925,1041,1064. v. liberté, maîtrise, nature.

OBLIGATIONS

- droits de créance, 12,113,969.
- théorie générale, 322,585,640, 721,815,928.
- obligation alimentaire, 142.
- v. besoin.

ORDRE PUBLIC

- 319,495,497-499,959-961,966, 1009.
- v. disposition, hors commerce, licéité.

ORTHOTHANASIE

- 761,783,794,816.
- v. euthanasie passive, mort

Index thématique

naturelle, refus de traitement,
testament de vie.

PARTIES DETACHABLES

- 984-989,1048. v. attributs.

PATRIMOINE

- 359-362,376,387,405,969,994.
v. droit patrimonial.

PATRIMONIALISATION

- image, 347,364,369,371,378,
402,440,448,454.
- mort, 886.
- traitement médical, 726.

PERMISSION DE LA LOI

- 479,483,501-509,515,532,535,
549-553,567,570,573,589,945.

PHOTOGRAPHIE

v. image.

POSITIVISME

- 9,17,61,64,1011.

PREUVE DU CONSENTEMENT

- acte médical, 585,592,597,
611-615.
- euthanasie, 892.
- image, 229,233,265,269-270,
278-282,285,1057.
- mobile humanitaire, 884.
- testament de vie, 814.
v. consentement.

PRIVACY

- v. vie privée.

PROLONGER LA VIE

- 749,812.
v. acharnement thérapeutique,
mort naturelle.

PRONOSTIC GRAVE

X- 664,665.
v. déontologie médicale, infor-
mation du patient.

PROPRIETE

- abus de droit, 965.
- définition, 971,1015.

- du corps, 393-398,402,972-
976,984,994.
- de l'image, 375,380-391,412,
433,436,442,449,944.

PROTECTEURS NATURELS

- droit à la mort, 809,818-822,
946.
- traitement médical, 630,635-
636.
v. famille, incapables, repré-
sentation.

PROTECTION (REGIME DE)

- droit à l'image, 220-221,265,
286,299,322,333,389,404,413,
430,457.
- droits de la personnalité,
214,932,935-941,996,1041,1052,
1057.
- droit subjectif, 22,24,26,52,
149,153,157,186.
- mort, 736.
- traitement médical, 461,481,
517,531,546,567,641,654,666,
683,692,700,708,710,713,732.

PUDEUR

- 217,454-455,927.

RAPPORT DE DROIT

- 1027-1028,1032,1041.
v. devoirs.

REFUS DE TRAITEMENT

- 26,605-606,617,645-646,792-
793,804,806-809,819-821,897-
898,938,946,1060.
v. droit à la mort, testament
de vie.

REMUNERATION

- du modèle, 312.
- du médecin, 723,727.
v. patrimonialisation.

RENONCIATION

- droit subjectif, 93-94.
- image, 321.
- mort, 823.
v. disposition.

Index thématique

REPENTIR

- 927,988.
- contrat médical, 607-608,617.
- image, 323-330,367,430,450.

REPRESENTATION

- droits de la personnalité, 204-207.
- droit subjectif, 97-98.
- image, 293,298-299.
- traitement médical, 621,633-634,637,640,647,809.
- v. famille, incapables, protecteurs naturels.

RESPONSABILITE

- 935-936,938,948,1050,1051,1057,1065.
- droit à l'image, 220,253,266,332,351-355,414,417,419,446.
- droit subjectif, 102,138,159,168-169.
- traitement médical, 579-580,616,693.
- v. causalité, dommage, faute, protection.

RISQUES

- x- traitement médical, 585,595,667,675-678,696,703-704,706-708,711.
- v. information du patient, causalité.

SANTE

- définition, 525,565-567,572,750,918,928,945,1059.

SECRET MEDICAL

- *- 659-662.

SITUATIONS OBJECTIVES

- 56,93,99,106-112,118,153,160,214,737,910,933,1051.

SOCIALISME

- 50,59,70,974-975,1025.
- v. individualisme, libéralisme.

SOINS ORDINAIRES

- 783,787,796,799-800,802,821,1060.
- v. abstention, euthanasie passive.

SOULAGER LA SOUFFRANCE

- 749-751,754,758,761,770-772,888.
- v. état de nécessité, euthanasie indirecte.

SPORTS VIOLENTS

- 24,507.

SUBSISTANCE (PRINCIPE DE)

- 46,67,999,1022,1031,1037-1038,1042,1053,1063.
- v. altérité, liberté, métaphysique.

SUICIDE

- 26,115-116,741,761,768,826,830-831,900,938,1048.
- v. aliénés, complicité, impunité, tentative.

SUJET-OBJET

- 976,982,1023.
- droits de la personnalité, 197,199,200.
- image, 377,387,399,403,407,412,438,439,446,450.

TECHNIQUE(S)

- 31,937,1053,1057.
- image, 218,220,252,417.
- traitement médical, 753.

TENTATIVE DE SUICIDE

- 839,847.

TESTAMENT DE VIE

- 810-817,893,946.
- v. euthanasie passive, refus de soins

TRANSSEXUALISME

- 554.

Index thématique

USUFRUIT

- corps, 978-980.
- image, 443-444,452.

URGENCE

- *- traitement médical, 543,623-626,629.

VIE PRIVEE

- 941.
- droit à l'image, 267,272,305,306.
- droit à la mort, 661,808,819-821.

INDEX DES AUTEURS CITES DANS LE TEXTE
(les chiffres renvoient aux numéros)

- ARISTOTE, 5.
ARRIGHI DE CASANOVA, E., 603.
ARONSTEIN, C.S., 262.
AUBRY et RAU, 360,361.
BECOURT, D., 284, 431,441-444.
BINDER, K., 1026-1027.
BOISTEL, A., 76.
CAILLAVET, H., 746,790,792,889,
1018.
CARBONNIER, J., 91,141,397-398,
410,979,992.
DABIN, J., 30,39,63-65,146,156-
157,163,164,173,176-178,181-
182,184-186,188-190,191,195,
199,215.
DALCQ, R.O., 538,702,703,704,
706,711.
DAVID, A., 18,1005,1008.
DECOCQ, A., 196,603,632,642,689.
DEL VECCHIO, G., 243,251.
DEMOOR, A, 729.
DESBOIS, H., 623.
DESCARTES, R., 5.
DOMAGES, R., 603.
DOUBLIER, R., 490,538.
DUGUIT, L., 6,7,30,50,55-57,92,
168,1000,1021,1026,1027.
EDELMAN, B., 6,30,302,317,360,
362,363,373-376,379-381,386,
391,400,435,436,448,726,886.
FAHY ABDOL, A., 487-493,845,
960.
FERRI, E., 884.
FORIERS, P., 475,522,538.
FOUGEROL, H., 304,349,394.
GARCON, E., 372.
GARRAUD, P., 536,837.
GENY, F., 57.
GIVANOVITCH, Th., 963.
HOBBES, T., 5.
IHERING, R. (von), 20,30,95-96,
125-132,134-137,145-156,159,
164,166,167,168,170,172,177,
178,181,184,186,188,189,191,
194,199,215,568,740,849,903,
905,915,932,934,964,985,993,
996,1049.
IONESCU, O., 69.
JACK, A., 603.
JOSSEAND, L., 410,958.
JULLIOT DE LA MORANDIERE, L.,
91.
KANT, E., 5.
KAYSER, P., 91,256,304,317,
318.
KELSEN, H., 6,7,50-54,57,69,
1000,1026,1028.
LABORDE-LACOSTE, M., 536.
LECLERCQ, Ch., 645.
LECLERCQ, P., 161,162,164.
LEGROS, R., 476.
LEIBNIZ, G.W., 5.
LENOBLE, J., 43.
LINDON, R., 419.
LOCKE, J., 973.
MARTIN, L., 360,361.
MARTIN, R., 1026,1028.
MARTY, G., 91.
MARX, K., 42,1000,1026.
MAZEN, N.J., 661.
MAZEAUD, H.L.J., 91.
MEZARD, J., 790,792.
MIAILLE, M., 6.
MICHAELIDES-NOUARIOS, G., 108.
MICHOD, L., 175.
MOTULSKY, H., 108.
MOUNIER, E., 1020.
NERSON R., 108, 122,168,227,
252,354,397,418,420,720,
981.
OCCAM, G. (d'), 5.
PELISSIER, J., 603.
PERREAU, E.H., 603.
PHILONENKO, M., 475,523.
PIERSON, M., 262.
PROUDHON, P.J., 973,974,979.
RAVANAS, J., 256,304,328.
RAYNAUD, P., 91.
RENAULD, J., 30.
RIGAUX, F., 30,58,62,995.
RIPERT, G., 30,38,91.
ROUBIER, P., 30,59,77,93-94,
101,103,109,122,153.
SALEILLES, R., 30, 175.
SARVONAT, G., 603.
SAVATIER, R., 642,660,689,729.

SAVIGNY, K., (von), 3,20,30,
 88-90,112,115-121,129,134,
 140,171-172,175,177,184,185,
 186,188,191,194,198,215,568,
 740,828,849,903,905,916,932,
 934,950,955,956,957,959,962,
 963,964,965,966,967,973,975,
 977,981,987,989,993,996,1047,
 1061.
 SAYAG, A., 30,142.
 SPINOZA, B., 141.
 STARCK, B., 164.
 STOUFFLET, J., 237,246,251,283,
 317,359.
 TAHON, R., 503,507,508,509.
 THOMAS D'AQUIN, 5, 979.
 THON, A., 146.
 TROUSSE, P.E., 781.
 VANDERPOORTEN, H., 263.
 VAUNOIS, A., 408.
 VILLEY, M., 3,5,6,7,21,61,63,
 66-67,92,1000,1026.
 WEILL, A., 91.
 WINDSCHEID, B., 3,30,88,186,
 189.
 WOLFF, Ch., 5.

TABLE DES MATIERES

Table des matières

INTRODUCTION

Section 1 : la mise à l'épreuve du droit subjectif.....	3
Section 2 : le sujet de droit en son corps.....	9
Section 3 : la ligne de l'exposé.....	14
Section 4 : le champ de l'analyse.....	20

PREMIERE PARTIE : LE DROIT SUBJECTIF EN QUESTION..... 23

TITRE I - LE DEBAT SUR LES PREROGATIVES INHERENTES AU SUJET. 26

CHAPITRE 1 - Les droits de l'homme..... 29

Section 1 : la priorité des droits de l'homme.....	29
Section 2 : l'antériorité de la norme sociale.....	32

CHAPITRE 2 - Le droit subjectif..... 37

Section 1 : la description scientifique.....	37
Section 2 : l'explication politique.....	42
Section 3 : l'évaluation philosophique.....	46
Section 4 : la conclusion du débat.....	50

CHAPITRE 3 - Les droits de la personnalité..... 54

Section 1 : la référence aux droits de l'homme.....	54
Section 2 : la référence aux droits innés.....	56
Section 3 : la référence au droit subjectif.....	58

TITRE II - LE DROIT DE LA PERSONNALITE ET LE DOUBLE REGIME DU DROIT SUBJECTIF..... 60

CHAPITRE 1 - Le régime du pouvoir reconnu et la négation du "jus in seipsum"..... 61

Section 1 : le droit subjectif chez Savigny.....	61
Section 2 : le succès de la définition.....	64
Section 3 : les objections faites.....	67
Section 4 : l'analyse des situations objectives.....	70
Section 5 : la protection des situations objectives.....	74
Section 6 : la place du sujet de droit.....	78
Section 7 : la critique du "jus in seipsum".....	80
Section 8 : la mise en cause du droit de la personnalité.....	83

CHAPITRE 2 - Le régime de l'intérêt protégé et l'affirmation du "jus a seipso"..... 86

Section 1 : la définition du droit par Ihering : l'élément substantiel.....	86
Section 2 : le droit sur soi-même.....	90

Table des matières

Section 3 : le droit-besoin.....	93
Section 4 : la priorité de l'élément formel.....	96
Section 5 : la protection des intérêts du sujet.....	98
Section 6 : la priorité de la norme sociale.....	102
Section 7 : l'intérêt protégé et l'action en res- ponsabilité.....	104
Section 8 : l'application au droit de la personnalité...	108
CHAPITRE 3 - Les droits de la personnalité devant la définition mixte du droit subjectif.....	113
Section 1 : la définition du droit subjectif.....	113
Section 2 : la face interne du droit subjectif chez Dabin.....	116
Section 3 : la face externe du droit subjectif chez Dabin.....	120
Section 4 : les définitions mixtes.....	122
Section 5 : le sujet entre l'appartenance et la maîtrise.....	124
Section 6 : l'objet des droits de la personnalité.....	128
Section 7 : le régime des droits de la personnalité.....	134
Section 8 : l'application du droit de la persona- lité au corps du sujet.....	139
CONCLUSION.....	141
DEUXIEME PARTIE - LE "DROIT A L'IMAGE".....	143
INTRODUCTION.....	145
TITRE I - LES DETERMINATIONS DU "DROIT A L'IMAGE".....	149
CHAPITRE 1 - Le consentement du modèle à la reproduc- tion de son image.....	150
Section 1 : l'affirmation du principe.....	150
Section 2 : le consentement.....	155
Section 3 : l'image et la ressemblance.....	157
Section 4 : le cadre de l'image.....	159
CHAPITRE 2 - La fixation de l'image.....	163
Section 1 : la nécessaire exposition de soi.....	164
Section 2 : les photofilmeurs et la nécessité du consentement.....	168
Section 3 : le débat sur la limite du "droit à l'image".....	171
Section 4 : la doctrine et la jurisprudence.....	174
Section 5 : la loi française.....	177
Section 6 : les projets belges.....	180
Section 7 : la fixation de l'image et le régime de protection.....	182

Table des matières

CHAPITRE 3 - La vie privée.....	185
Section 1 : le principe du consentement nécessaire.....	185
Section 2 : l'image et la vie privée.....	187
Section 3 : l'image tirée de la vie publique.....	192
Section 4 : la critique du consentement tacite.....	194
Section 5 : les critères de la publication.....	197
Section 6 : la vie privée et le régime de protection....	201
CHAPITRE 4 - Le consentement donné par la famille du sujet représenté.....	204
Section 1 : la représentation et la capacité natu- relle du mineur.....	205
Section 2 : l'image des personnes décédées.....	210
CHAPITRE 5 - Le consentement du sujet à la disposition de son image.....	216
Section 1 : les déterminations contractuelles du consentement.....	217
Section 2 : la spécialité du consentement quant à l'objet.....	219
Section 3 : la spécialité du consentement quant à la durée.....	222
Section 4 : le droit de repentir et le régime de protection.....	225
CONCLUSION.....	231
TITRE II - LA NATURE JURIDIQUE DU "DROIT A L'IMAGE".....	233
CHAPITRE 1 - Le schéma de la responsabilité et l'émer- gence d'un droit.....	235
Section 1 : les degrés de la faute.....	235
Section 2 : la faute et le défaut de consentement.....	238
Section 3 : le dommage moral et le dommage matériel.....	241
Section 4 : le dommage et le défaut de consentement.....	244
Section 5 : la protection du "droit à l'image".....	246
CHAPITRE 2 - L'image et sa propriété : les explications patrimoniales.....	250
Section 1 : l'image et le patrimoine.....	251
Section 2 : le "droit à l'image" et le droit d'auteur...	255
Section 3 : le débat sur la patrimonialisation de l'image.....	259
Section 4 : la propriété de l'image selon M. Edelman....	262

Table des matières

CHAPITRE 3 - Les limites de l'explication patrimoniale....	266
Section 1 : l'analyse jurisprudentielle de M. Edelman...	266
Section 2 : le double sens du droit de propriété.....	271
Section 3 : le corps et sa propriété.....	274
Section 4 : l'image et sa propriété.....	278
CHAPITRE 4 - L'émergence du droit de la personnalité.....	281
Section 1 : le droit et la liberté.....	281
Section 2 : l'intérêt et la liberté.....	286
Section 3 : le "droit à l'image".....	289
Section 4 : la protection judiciaire.....	294
CHAPITRE 5 - L'articulation du droit de la personnalité et du droit patrimonial.....	300
Section 1 : l'appropriation de l'image.....	301
Section 2 : l'image propre.....	302
Section 3 : la position de M. Bécourt.....	304
Section 4 : le dédoublement du "droit à l'image".....	307
CONCLUSION.....	311
 TROISIEME PARTIE - LE DROIT DU MALADE A L'INTEGRITE PHYSIQUE..	315
 TITRE I - LE DROIT DU MALADE A L'INTEGRITE PHYSIQUE, EN DROIT PENAL.....	319
 CHAPITRE 1 - Le problème de la justification pénale de l'acte médical.....	320
Section 1 : l'élément matériel de l'infraction.....	320
Section 2 : l'élément moral de l'infraction.....	327
Section 3 : la recherche d'une justification.....	331
 CHAPITRE 2 - Les critères insuffisants d'une justifica- tion pénale de l'acte médical.....	336
Section 1 : l'insuffisance du consentement et la thèse de M. Fahmy Abdou.....	336
Section 2 : le principe de l'insuffisance du consentement de la victime.....	344
Section 3 : la justification par la permission de la loi	348
Section 4 : le caractère formel de la justification tirée de la permission de la loi.....	350
Section 5 : l'abstention de porter secours.....	355

Table des matières

CHAPITRE 3 - La justification de l'acte médical par la nécessité curative.....	360
Section 1 : l'acte médical justifié par la nécessité curative.....	360
Section 2 : le débat tenu sur l'état de nécessité.....	364
Section 3 : la priorité de la nécessité curative.....	370
Section 4 : la nécessité du consentement du patient: les affirmations doctrinales.....	372
Section 5 : la nécessité du consentement du patient: les atténuations jurisprudentielles.....	376
CHAPITRE 4 - L'érosion de la nécessité curative.....	382
Section 1 : l'insistance mise sur la permission de la loi.....	382
Section 2 : le sens large de la nécessité curative.....	385
Section 3 : l'exemple de la chirurgie esthétique.....	391
Section 4 : le sens large de la santé.....	397
CONCLUSION.....	400
TITRE II - LE DROIT DU MALADE A L'INTEGRITE PHYSIQUE EN DROIT CIVIL.....	402
CHAPITRE 1 - Le problème posé par le "contrat médical"....	403
Section 1 : l'apparition de la figure contractuelle.....	403
Section 2 : le "contrat médical".....	407
Section 3 : l'inadéquation de la figure contractuelle...	410
CHAPITRE 2 - L'objet et la preuve du contrat.....	413
Section 1 : la portée du consentement initial.....	413
Section 2 : la nécessité du consentement du patient.....	417
Section 3 : le droit de refuser l'intervention.....	422
Section 4 : la preuve du consentement du patient.....	427
Section 5 : la difficulté concernant l'objet du contrat.....	431
CHAPITRE 3 - La capacité de fait et de droit.....	435
Section 1 : la situation d'urgence.....	435
Section 2 : l'insuffisance du quasi-contrat.....	438
Section 3 : le recours aux proches.....	441
Section 4 : les protecteurs naturels du déficient mental.....	444
Section 5 : la représentation et la capacité natu- relle de l'incapable.....	447
Section 6 : la limitation du pouvoir du représentant....	454

Table des matières

CHAPITRE 4 - Le consentement libre et éclairé.....	459
Section 1 : le débat sur la confiance.....	460
Section 2 : le secret professionnel opposable au malade.....	465
Section 3 : la déontologie de la révélation du pronostic.....	468
Section 4 : les déterminations de l'obligation d'informer.....	470
Section 5 : la révélation des risques.....	475
Section 6 : le mensonge médical.....	480
CHAPITRE 5 - La sanction du défaut de consentement.....	485
Section 1 : l'intervention bénéfique et l'absence de sanction.....	485
Section 2 : l'intervention malheureuse et le problème de la causalité.....	489
Section 3 : la garantie conventionnelle des risques.....	494
Section 4 : l'insuffisance de la convention.....	497
CHAPITRE 6 - Les raisons du contrat.....	503
Section 1 : le ministère et le contrat.....	503
Section 2 : la contre-prestation patrimoniale.....	506
Section 3 : le droit du patient à l'intégrité physique.....	508
CONCLUSION.....	510
QUATRIEME PARTIE - LE "DROIT A LA MORT".....	513
TITRE I - LA RELATION THERAPEUTIQUE A L'APPROCHE DE LA MORT.	518
CHAPITRE 1 - L'approche de la mort.....	520
Section 1 : l'art de guérir et la mort naturelle.....	521
Section 2 : le rôle du médecin.....	524
Section 3 : l'acharnement thérapeutique.....	526
Section 4 : l'arrêt de soins.....	529
CHAPITRE 2 - La typologie de l'euthanasie.....	532
Section 1 : la bonne mort et le meurtre.....	533
Section 2 : l'euthanasie dite indirecte.....	537
Section 3 : l'euthanasie dite passive.....	540
CHAPITRE 3 - Le devoir du médecin à l'approche de la mort.	543
Section 1 : l'homicide par omission.....	544
Section 2 : l'abstention de soins.....	546

Table des matières

Section 3 : l'abstention de porter secours.....	549
Section 4 : l'euthanasie et les soins ordinaires.....	554
CHAPITRE 4 - Les droits du malade à l'approche de la mort.	558
Section 1 : le refus conscient.....	558
Section 2 : le "testament de vie".....	562
Section 3 : les protecteurs naturels.....	568
CONCLUSION.....	572
TITRE II - LE "DROIT A LA MORT", ENTRE LE SUICIDE ET L'EUTHANASIE.....	574
CHAPITRE 1 - La portée de l'impunité du suicide.....	576
Section 1 : la sanction du suicide et la vocation du droit.....	577
Section 2 : l'inapplicabilité de la sanction.....	581
Section 3 : l'état pathologique de l'auteur.....	584
Section 4 : l'impunité de principe.....	586
Section 5 : le droit au suicide.....	589
CHAPITRE 2 - Le suicide d'autrui : complicité et abstention.....	592
Section 1 : l'impunité de la complicité.....	592
Section 2 : l'homicide involontaire et la non-assistance	596
Section 3 : la mort d'autrui.....	602
CHAPITRE 3 - L'euthanasie.....	604
Section 1 : le principe de la répression.....	604
Section 2 : la volonté de clémence.....	608
Section 3 : la pitié et le droit de ne pas souffrir.....	613
Section 4 : le consentement du patient et la négation de l'altérité.....	617
CONCLUSION.....	621
CINQUIEME PARTIE - LE DROIT DU SUJET QUANT A SON CORPS.....	625
INTRODUCTION.....	627
CHAPITRE PRELIMINAIRE - Les résultats de l'analyse.....	630
Section 1 : le corps dans l'ordre de la nature.....	630
Section 2 : la non-maîtrise dans l'ordre de la nature...	632
Section 3 : la liberté dans l'ordre de la nature.....	635
Section 4 : l'ordre de la nature et l'ordre du droit....	636

Table des matières

Section 5 : le régime juridique de la protection.....	638
Section 6 : le régime juridique de la disposition.....	643
Section 7 : la double question.....	645
TITRE I - LE REGIME DE LA DISPOSITION ET LE DUALISME	
DU DROIT SUBJECTIF.....	647
CHAPITRE 1 - Le premier principe : ne pas entamer l'intégrité.....	650
Section 1 : Le corps et le commerce juridique.....	650
Section 2 : les figures de la non-disposition.....	653
Section 3 : l'abus de droit.....	656
CHAPITRE 2 - Le second principe : garder la maîtrise naturelle.....	660
Section 1 : la propriété du corps.....	662
Section 2 : l'abus et l'usufruit.....	667
Section 3 : l'impossible objectivation du corps.....	672
Section 4 - l'objectivation des "parties détachables"...	674
CONCLUSION - La dualité du droit subjectif.....	679
TITRE II - LE SUJET, SON DROIT ET SON CORPS.....	685
CHAPITRE 1 - L'approche du droit par le corps du sujet....	686
Section 1 : la corps humain et le débat sur le droit subjectif.....	686
Section 2 : l'acte de foi juridique.....	690
Section 3 : la liberté négative et libérale.....	692
Section 4 : les conditions d'exercice de la liberté.....	696
Section 5 : la prédominance de la norme sociale.....	699
Section 6 : l'affirmation du sujet.....	702
Section 7 : la condition incarnée et le droit du sujet..	705
CHAPITRE 2 - Le droit du sujet sur son corps.....	707
Section 1 : la "subjectivation" du corps.....	707
Section 2 : l'objectivité corporelle.....	709
CONCLUSION : Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif.....	715
BIBLIOGRAPHIE.....	723
A. Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes.....	725
B. Articles, rapports et chroniques.....	734

Table des matières

C. Décisions citées et notes de jurisprudence

I. à propos de la deuxième partie: "le droit à l'image". 750

a. décisions belges

b. décisions françaises

II. à propos de la troisième partie : le droit du malade

à l'intégrité physique..... 756

a. décisions belges

b. décisions françaises

III. à propos de la quatrième partie : "le droit à la

mort"..... 764

a. décisions belges

b. décisions françaises

INDEX DES THEMES ET DES AUTEURS CITES DANS LE TEXTE..... 765

TABLE DES MATIERES..... 779

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
DE LOUVAIN



BIBLIOTHÈQUE
DE LA
FACULTÉ DE DROIT
1348 LOUVAIN-LA-NEUVE