

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT

**LA NOTION D'« INTÉRÊTS PERSONNELS »
ET L'ÉCRIVAIN**

ESSAI DE DÉFINITION

THÈSE

**PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT**

PAR

CLAUDE JEANNOT

**LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.
1960**

Nous savons profondément gré à M. le professeur J.-M. Grossen de la peine qu'il a prise à nous faire bénéficier de ses connaissances en matière de droit de la personnalité. Nous tenons à le remercier très sincèrement des précieux conseils qu'il a su nous prodiguer sans jamais les imposer.

LA NOTION D'« INTÉRÊTS PERSONNELS »

ET L'ÉCRIVAIN

ESSAI DE DÉFINITION

A mes parents

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Le Conseil de la Faculté de droit autorise la publication de la présente thèse de doctorat, sans assumer de responsabilité à l'égard des opinions qui y sont énoncées.

Neuchâtel, le 28 octobre 1959.

Le doyen :

HENRI THÉVENAZ

INTRODUCTION

Apprends-moi à écrire ces mots,
et l'aïeul baissa la voix: « La Liberté
ou la Mort: »

NIKOS KAZANTZAKI
(*La Liberté ou la Mort*).

La notion d'« intérêts personnels » (au sens de l'article 28 CCS) n'est valable que si elle représente réellement un fragment de la liberté. Elle joue un rôle positif dans la vie de l'homme au moment où elle lui est perceptible, où elle lui offre un visage concret. Nous allons nous appliquer à révéler les contours de ce visage pour qu'il soit reconnaissable et qu'il devienne un compagnon possible.

Malheureusement l'image projetée en gros plan sur l'écran des conceptions juridiques semble avoir été victime d'une caméra fantaisiste. Elle se contente des limites de l'écran, mais se métamorphose à chaque changement de décors. Aussi est-il indispensable d'immobiliser l'image et son contexte pour se familiariser avec elle. L'appareil de projection s'est arrêté au visage de l'écrivain parce qu'il est de ceux qui ont le plus besoin d'attention.

Ce choix n'est pas l'effet du hasard; il est justifié par le souci de tendre vers un équilibre dans un monde plus préoccupé de valeurs boursières que de valeurs artistiques. Avant que le mot liberté soit rejeté au rang des archaïsmes et des créations de l'esprit, il est utile de rappeler combien la liberté individuelle peut être essentielle à la vie d'un peuple.

Assigner au droit une tâche dynamique, le mettre au service de l'art, c'est l'éloigner des postes de police où on le confine souvent. Il y a beaucoup d'ambition à vouloir prêter au romancier le secours du droit; l'expérience prouve que le juriste a besoin de l'artiste pour parfaire sa connaissance des gens et du monde, mais l'écrivain, sans l'aide du droit, aurait peine à se faire respecter.

Le but de cette introduction est avant tout de rassurer le lecteur sur l'infrastructure apparemment arbitraire de cette étude. Le problème

de la liberté en général, celui des intérêts personnels de l'article 28 CCS et, en particulier, son application pratique nous obligent à beaucoup de prudence. Nous nous trouvons en face de la relativité qui mène aux écueils de l'imprécision et du subjectivisme.

Un problème pratique ne saurait être abordé sans l'aide d'une théorie clairement définie. Mais la sphère dans laquelle sont inscrits les intérêts personnels est délimitée par un cercle vicieux : pour que le problème pratique ait une solution, il faut que la définition théorique soit précise et, pour atteindre à une certaine précision, il faut faire appel à plusieurs cas pratiques.

C'est la raison pour laquelle la première partie de ce travail traite de quelques cas concrets, puisés dans les nombreux droits personnels et strictement personnels. Plus le nombre des exemples est grand, plus il est facile de prendre la « moyenne » d'une doctrine et d'une jurisprudence encore tâtonnantes.

Enfin, dans la seconde partie, la tâche sera simplifiée par ce que nous saurons des intérêts personnels et il sera plus aisé de clarifier le domaine vaste et complexe du droit moral de l'écrivain. Domaine qui se révèle être le terrain idéal pour assister au conflit de plusieurs libertés, de plusieurs intérêts.

Notre vœu est d'apaiser ces différends en trouvant la solution la plus équitable pour qu'écrivains, lecteurs et tiers jouissent de la plus grande liberté.

Première partie

DROITS ET INTÉRÊTS PERSONNELS

Chapitre premier

APERÇU HISTORIQUE DE LA PERSONNALITÉ

Le droit romain, de la loi des XII Tables jusqu'à Justinien, nous offre en raccourci et quelque peu transposée l'image du développement de la personnalité auquel nous assistons du moyen âge à nos jours. Cela en ce qui concerne l'individu dans ses rapports avec son clan (gens) et avec le monde extérieur. Si la loi des XII Tables est encore teintée de mystère et si son vrai but reste imprécis, le moyen âge, lui, est aussi imprégné de légendes et d'incertitudes quant à ses lois. L'esclave des premiers siècles de Rome a-t-il beaucoup à envier au serf des forteresses médiévales ? Nous ne le pensons pas. Mais peu à peu nous voyons ces hommes, esclaves ou serfs, acquérir certains droits (combien restreints et naturels) et il est indéniable qu'un certain parallélisme unit l'homme de la civilisation romaine à celui de notre ère chrétienne dans la conquête de la liberté.

L'homme du moyen âge est incorporé à la hiérarchie de l'Etat. Il appartient soit à la noblesse, soit à la bourgeoisie, soit à la paysannerie. Ces collectivités fermées déterminent les droits de l'individu, mais dans la plupart des cas l'Etat ou le seigneur, tout en leur assurant protection contre l'extérieur (dans le but essentiellement égoïste que l'on devine) les dévore par l'intérieur.

Des tentatives sont faites pour assimiler tous les hommes dans une même universalité. C'est l'œuvre du christianisme. L'Eglise considère les hommes comme membres d'une même famille, égaux dans leur vie religieuse, intellectuelle, sinon matérielle. Mais cela toujours à l'extérieur de classes instaurées arbitrairement par l'Etat, classes qui d'ailleurs

s'organisent en partie elles-mêmes, en corporations groupant tous ceux qui, par exemple, exercent un métier semblable. Le succès de ces tentatives de collectivisme et de ces organisations trouve sa signification dans la protection que l'individu recherche en face de multiples dangers. L'union, déjà à cette époque, fait la force. Les préoccupations vitales de l'homme ne sont pas caractérisées par l'individu soi-même pris séparément, mais par la collectivité. Dès lors, les luttes d'homme à homme font place aux luttes de clans. Qu'elles soient suscitées par des soucis d'ordre religieux, économique ou professionnel, ces « sociétés » se perpétuent tout au long de l'histoire. Leur structure moyenâgeuse et féodale, presque immortelle à cause de l'apathie légendaire des masses et de leur manque de moyens d'action, est tout de même ébranlée à la fin du XVIII^e siècle.

La Révolution française arrache pour un instant l'homme aux exigences des corporations, des classes et autres ordres, pour tenter de lui donner pleine conscience d'une existence propre, fondée sur la Liberté, l'Égalité et la Fraternité. Chaque personnalité doit éclore librement, chacun doit avoir la possibilité d'agir et de vivre selon ses qualités et capacités. Le citoyen est l'artisan de son propre bonheur, et partant du bonheur de tous ceux qui ont la chance de tomber sous l'empire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce que la Révolution pousse au paroxysme, ce qu'elle exprime en termes violents, d'autres, avant elle, l'ont souhaité, en ont parlé plus philosophiquement et plus posément. Montaigne, le premier, s'est vraiment posé le problème de la personnalité, de son éducation et de ses rapports avec l'extérieur. Dans son livre III des *Essais*, au chapitre X, il écrit : « Cettuy-cy, sachant exactement ce qu'il se doit trouve dans son rôle qu'il doit appliquer à soy l'usage des autres hommes et du monde, et, pour ce faire, contribuer à la société publique les devoirs et offices qui le touchent. » Mais presque tout Montaigne cherche à savoir ce qu'il se doit et ce qu'il est exactement. Son premier effort est pour l'individu lorsqu'il écrit : « ... qui abandonne en son propre le sainement et gayement vivre pour en servir autry prent à mon gré un mauvais et desnaturé parti ». La philosophie de Montaigne en son application exige une vaste culture. Cette solide éducation, les Encyclopédistes s'appliquent à la donner aux individus. Du moins tel est leur but. Ils agissent un peu par réaction contre le panégyrique des lois naturelles auquel se sont adonnés Montesquieu et Rousseau. Mais à force de lutter contre les préjugés et les superstitions, à force de supprimer de la « nature » tous les artifices que l'homme y ajoute, les penseurs du début du XVIII^e siècle aboutissent souvent à une conception très sèche de l'homme et de la nature.

On peut dire que Voltaire, par exemple, qui crie bien haut son athéisme a fait, le premier, du christianisme une science positive, ce qu'il n'est peut-être pas en théorie, mais ce qu'il est actuellement en fait. Ces philosophes des « lumières » sont amenés à constater une fois de plus l'égalité intellectuelle et morale de tous les hommes (comme le fait le christianisme) et ils veulent supprimer l'inégalité de fait par l'éducation. Malheureusement pour eux, l'instrument d'éducation le plus répandu à la fin de leur siècle est la guillotine et il ne donne pas satisfaction puisque Marat est encore dans sa baignoire que déjà on dénonce l'imperfection des théories de la liberté et de l'égalité. On a bien créé des droits égaux pour tous, mais l'inégalité due à la possession et à la non-possession ne disparaît pas. Alors survit une fois de plus la lutte entre exploitants et exploités, entre forts et faibles, entre l'État et son sujet. L'Histoire justifie la sagesse de Rabelais qui considère : « Que nature ne endure mutations soubdaines sans grande violence. »¹

Pratiquement, l'être humain libéré des jougs de toutes sortes conçoit la valeur de la protection de sa personnalité. Car l'homme libre se retrouve seul, seigneur de carnaval régnant sur ses propres forces et ses propres biens et toujours en guerre contre plusieurs ennemis qui toujours ressuscitent.

L'optimisme impétueux de la fin du XVIII^e siècle croit sincèrement, il est vrai, à l'harmonie, au jeu égal des forces de chacun et à la fraternité des hommes. Mais la réalité, et plus spécialement les lois brutales d'une économie libre, imposent au développement de la civilisation une tout autre voie que celle tracée sous les murs de la Bastille. La liberté sans restrictions conduit d'une part à la démagogie et au libre arbitre et d'autre part au manque de protection et à l'abandon de l'individu. L'existence d'une reconnaissance juridique se faisant de plus en plus pressante, la liberté doit être limitée par la protection de la personnalité, pour atteindre à la liberté de cette personnalité.

En Suisse, la liberté de la personnalité apparaît dans les constitutions de 1848 et 1874 sous la forme de la garantie des droits des citoyens vis-à-vis de l'État. De cette base, l'idée de la protection de la personnalité se répand dans les différentes branches de notre droit et spécialement dans le droit civil et pénal, dans la procédure, qui révèlent une protection assez étendue en ce qui concerne soit la vie, soit l'honneur, soit les biens des sujets de droit. Mais comme toujours et partout vers la fin du XIX^e siècle se pose plus impérativement, à côté de la liberté individuelle, la question de la protection de cette liberté : la liberté

¹ Gargantua, chap. XXIII.

de la personnalité dans son sens large. Ce sentiment amène le législateur à légiférer, par exemple, dans le domaine des fabriques et des assurances, alors que le Code des obligations de 1881 est déjà imprégné des principes de la liberté de la Révolution.

Le Tribunal fédéral dans ses délibérations prend très tôt en considération la protection de la personnalité, mais plus spécialement de la personnalité économique. Cette tendance se manifeste lors de l'apparition de la loi sur les marques de fabriques, dessins et modèles industriels, ainsi que de la loi sur les brevets. En droit suisse, la protection de la personnalité atteint son plein épanouissement avec l'entrée en vigueur du Code civil suisse de 1907 en ses articles 17 et suivants et 28 et suivants.

Les doctrines modernes tendent de plus en plus à ne pas laisser au sujet la protection et la défense de ses libertés, mais bien à les mettre entre les mains des collectivités, peu importe le nom de ces dernières.

L'éclosion de « sociétés nouvelles », mues par des idées paradoxalement « libérales », ne mettent pas l'homme du XX^e siècle à l'abri de la puissance et du despotisme de multiples organismes. Il est soumis, aujourd'hui encore, à des obligations parfois aussi inhumaines qu'excessives.

Il ressort de ce bref aperçu que l'homme fut toujours et est encore particulièrement en butte aux ingérences de l'Etat dans son domaine privé. Un étrange et regrettable parallélisme fait qu'il est aussi sous le joug des autres hommes, individus solitaires comme lui, mais qui ne veulent pas reconnaître à d'autres la liberté qu'ils désirent ardemment pour eux-mêmes. Nous pensons, par conséquent, que nos lois actuelles doivent garantir plus explicitement les intérêts personnels et protéger mieux l'individu contre ses semblables. Car si la lutte est terrible que l'homme mène contre son Seigneur, contre l'Etat, elle risque de l'être bien davantage lorsque cet Etat a reconnu une certaine autonomie à ses sujets de droit, mais que cette autonomie n'est pas respectée par les sujets eux-mêmes. Et il est bien attristant de constater que l'individu a plus de droits à s'ingérer dans le domaine intime de son concitoyen que de moyens pour se protéger.

Chapitre II

GÉNÉRALITÉS

Le CCS en ses articles 17 et suivants et 27 et suivants pose le principe de la liberté personnelle. Partant de cette idée fondamentale, la loi prévoit les exceptions au principe mais s'abstient de donner une définition positive de la liberté personnelle et des droits qui en dépendent. En effet, et nous le verrons souvent par la suite, la loi ne prévoit pas explicitement les cas où la liberté doit être respectée. Au cours de cette étude nous nous arrêterons surtout aux problèmes posés par les articles 19 et 28 CCS et à quelques droits qui en découlent. Mais tentons tout d'abord de jeter quelque lumière sur ces principes de notre code qui ont une « forme aussi frappante et hardie », pour reprendre l'expression de Tuor¹.

Les termes « droit de la personnalité » font naître une idée très largement mais très vaguement conçue où se mêlent en premier lieu des notions de droit public et de droit privé. Ils laissent apparaître le visage peu rassurant de la force publique et troublent ainsi le concept de liberté personnelle. Il existe un parallélisme évident entre les droits constitutionnels qui garantissent au sujet une certaine liberté vis-à-vis de l'État et les droits personnels reconnus par le CCS. Nous en donnons pour preuve la liberté de la presse garantie par la constitution, à laquelle correspond, dans le droit civil, la liberté d'exprimer ses opinions. Ce parallélisme, cependant, ne doit pas être admis trop rigoureusement, à cause des différences de degrés des libertés. Simonius² s'est attaché à souligner les rapprochements possibles et les incompatibilités qui existent entre droit public et droit privé. Il écrit³ : « *Man wird infolgedessen geneigt sein, die Frage, ob aus dem Begriff der Persönlichkeitsrechte etwas für die Deutung der verfassungsmässigen Rechte zu gewinnen sei, verneinend zu beantworten, umso eher, als*

¹ P. 70.

² *Festgabe zur Hundertjahrfeier des sch. BV.*

³ P. 284.

überhaupt, wie die Erfahrung lehrt, privatrechtliche Begriffe bei einer Aufnahme in das öffentliche Recht häufig einen Sinnwandel erfahren. » Si l'auteur marque les différences qui se manifestent à l'étude de ces droits, nous ne devons pas en déduire qu'il leur refuse toute parenté. Lorsqu'il écrit ⁴ : « *Missachtung des öffentlichen Wohls und Missbrauch eines Persönlichkeitsrechts verlangen nach sehr verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt zu werden* », il ne fait qu'attirer notre attention sur un aspect de la dissemblance de ces droits. Il découvre, en revanche, une parenté en face des problèmes de définition et de limitation ⁵. La tentative la plus surprenante de Simonius est celle qui fait des droits privés des éléments du droit public, il passe ainsi du particulier au général ⁶ : « *Im Sinne einer Mahnung zur Erhaltung der Freiheit wirkt auch die Anerkennung der privaten Persönlichkeitsrechte. Darin liegt vielleicht ihre entscheidende Rechtfertigung. Mit der Aufnahme des Persönlichkeitsrechts in der ersten Bestimmungen, im Rahmen der Vorschriften über Rechts- und Handlungsfähigkeit, bekundet das ZGB deutlich, dass alle Einzelnen gewährten Rechte um des Menschen Willen bestehen.* » Nous serions plutôt tentés de retourner cette proposition pour dire que la liberté constitutionnelle devrait donner une signification aux libertés personnelles et ce, d'autant plus que ces dernières sont souvent atrophiées par celles-là. Il n'en est pas moins vrai qu'il est aussi difficile de les séparer que de vouloir leur attribuer une parenté constante. Nous sommes en possession d'une seule certitude : nous ne devons pas les confondre dans le domaine pratique. La chose n'est pas toujours facile : « ... il peut y avoir interférence des solutions données par le droit public et le droit privé pour certains droits et par là même réaction possible des solutions du droit public sur le droit privé. » ⁷

La juxtaposition de deux concepts de liberté n'est pas le seul facteur qui entrave la découverte d'une base précise sur laquelle repose les droits de la personnalité. Tout individu, juriste ou non, reconnaît ou plus exactement sent qu'il existe un droit absolu, général de la personnalité. C'est une espèce de notion innée, parente de l'instinct de conservation et, dans certains cas, voisine d'un sentiment de pudeur. C'est un principe auquel chacun est fortement attaché, mais qui n'en reste pas moins très imprécis. Simonius d'ailleurs le souligne lorsqu'il écrit ⁸ : « Il ressemble beaucoup à celui sur la base duquel, autrefois, certains auteurs du droit naturel croyaient pouvoir construire toutes les règles

⁴ P. 291.

⁵ Cf. p. 286.

⁶ Cf. cit. p. 284 et p. 291.

⁷ Amiaud, *Tr. Ass. H. Capitant*, 1947, II, p. 294.

⁸ RDS, 66, p. 26.

de droit en considérant d'abord l'homme isolé et en passant ensuite à ses relations de plus en plus étendues. » Tant que l'on reste dans l'énoncé de notions générales, les mots accourent à l'esprit, mais les difficultés apparaissent très nettement lorsqu'on veut serrer un peu la notion, en distinguant tout d'abord le rapport individu-Etat de celui des individus entre eux. S'il est facile d'admettre que l'individu a un droit à être protégé dans son intégrité contre l'attaque de tiers, et qu'il a un droit à vivre selon certains principes de liberté, il est beaucoup plus complexe d'en tracer les limites. En effet, la multitude des prérogatives qui se chevauchent, et sont dépendantes l'une de l'autre, ne permet qu'une étude théorique approximative. L'imprécision dans laquelle nous nous trouvons ne se dissipe que lors de l'examen de cas particuliers, et encore : Simonius, dans l'étude citée ci-dessus, insiste sur la facilité que nous avons à déterminer tel ou tel droit personnel isolé, à le définir, à en extraire une notion précise. Mais la difficulté apparaît insurmontable dès qu'on veut le faire entrer dans un système, aussi vaste soit-il.

Le législateur paraît avoir donné une valeur bien précaire au droit de la personnalité, car ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont pu en dévoiler les caractères essentiels. Et les auteurs s'agitent, se demandant s'il existe réellement un droit de la personnalité, le *allgemeines Persönlichkeitsrecht* des Allemands. La recherche des critères sur lesquels étayer un droit général de la personnalité se heurte pour commencer à une terminologie philosophique qui nous contraint à rester dans le vague.

En ce qui concerne la jurisprudence, le problème a été en grande partie éludé car, comme l'écrit M. Segesser dans sa thèse ⁹ : « Les cas sont fréquents surtout depuis une vingtaine d'années environ, dans lesquels le juge préfère ne pas invoquer une atteinte portée aux droits de la personnalité mais s'efforce plutôt de faire reposer son arrêt sur d'autres considérations. » Notons toutefois que dans ces cas la tâche du juge n'est pas toujours aisée lorsqu'il faut déterminer : 1° le dommage (souvent délicat dans le cadre de l'atteinte aux droits moraux), 2° le lien de causalité entre l'acte de l'auteur et la faute de ce dernier, 3° l'illicéité.

La doctrine, elle, s'est posé de nombreuses et diverses questions. Est-ce un droit inné, que nous apportons en naissant, qui nous appartient parce que nous faisons partie du genre humain ? Selon M. Segesser ¹⁰, Savigny, le premier, a dénoncé cette manière de voir du droit naturel. Le droit de la personnalité protège-t-il seulement les qualités

⁹ P. 13.

¹⁰ P. 11.

premières, « les virtualités » sans quoi la vie n'est pas possible ? Peu importe, dirons-nous, car même bien déterminée la notion de droit de la personnalité ne dit pas ce qui est permis aux tiers, ce qui est défendu au sujet lui-même, ou, pour reprendre le mot de Cocteau : « On ne sait jamais jusqu'où on peut aller trop loin. » Force nous est de reconnaître pourtant que certains auteurs sont manifestement allés trop loin. Ceux qui se sont, par exemple, efforcés de distinguer entre le droit naturel et le droit personnel qui surgirait à un moment déterminé de la vie du sujet. Parmi ceux-ci nous trouvons M. Melliger qui, selon M. Troller ¹¹, « n'a pas vu que parmi les intérêts personnels et personnalissimes il n'y en a qu'un petit nombre qui puissent bénéficier de la protection juridique, ceux-là uniquement que le droit peut atteindre à raison de leur liaison avec le corps ou avec la possibilité d'une maîtrise intellectuelle et exclusive de l'individu (*Geheimsphäre*) ou avec une échelle des valeurs reconnue en général par les mœurs ». Une autre tendance, partant de l'idée de l'Etat social tout puissant, s'ingénie à refuser toute existence au droit de la personnalité. C'est le cas de M. Constantin Gheorgiu-Vieriu qui déclare que les droits de la personnalité ne reposent sur aucun fondement juridique, qu'ils sont antisociaux, que leur contenu est indéterminable et qui s'efforce de déceler une incompatibilité entre le respect de la personnalité et la protection de cette dernière. Il expose aussi que la preuve de la possibilité de dissocier un droit non patrimonial d'un droit patrimonial n'est pas encore faite et que les caractères attribués au droit de la personnalité ne sont pas consacrés juridiquement.

Il est très difficile de dissocier la liberté subjective de la liberté objective, mais à notre avis il est indispensable de tendre en premier lieu vers une notion objective de la liberté afin de pouvoir ensuite l'appliquer plus judicieusement aux sujets. Car l'homme qui ne serait libre que « subjectivement » n'en resterait pas moins l'esclave de ses passions, de son ignorance, de ses aspirations et les moyens de l'aider ou de le contraindre feraient défaut. N'oublions pas que la reconnaissance des droits de la personnalité doit permettre au sujet de rester libre vis-à-vis des tiers.

Une partie de la doctrine, citée par M. Régamey ¹², pense que la personne même du titulaire n'est autre que l'objet du droit de la personnalité. « Le sujet du droit peut-il être identique à l'objet ? » Nous avons glissé ici jusqu'au domaine plus précis de l'article 27 CCS et les deux notions fondamentales de protection interne et externe apparaissent

¹¹ DA, 1951, p.18.

¹² P. 45 ss.

comme confondues. M. Régamey pense « qu'en fait la protection des intérêts personnels sert bien de base à la réparation du dommage futur et les droits lésés, loin d'être uniquement d'ordre moral, sont le plus souvent et dans les cas les plus importants, des droits économiques, mais seulement éventuels ». Ainsi se heurtent les principes, les essais de définitions et la confusion demeure.

En face du désordre et de l'imprécision qui règnent dans le domaine des droits personnels, ces droits étant pris dans leur sens le plus large, essayons d'analyser avec la doctrine ce que recouvre l'article 28 CCS. D'emblée nous nous rendons compte que nous restons dans les généralités et que cet article ne définit pas une classe particulière de droits. Il ouvre une voie de recours à tout sujet qui se sent lésé dans ses « intérêts personnels ». C'est un simple remède contre les atteintes dans ce qu'elles ont de plus vague et l'article 28 CCS fait figure de règle subsidiaire, à laquelle on recourt chaque fois qu'il y a injustice qu'une autre règle ne prévoit pas explicitement. C'est, nous l'avons vu, la raison pour laquelle le juge préfère ne pas invoquer une atteinte portée à un droit de la personnalité et cherche plutôt à faire reposer son arrêt sur d'autres considérations. Regrettons que la précision des « autres considérations » empêche le développement de la notion d'intérêts personnels et éloigne les juges d'une œuvre en l'occurrence hautement souhaitable : celle de législateurs ¹³.

On en arrive enfin à se poser la question de savoir si une règle énoncée si vaguement répond à un besoin profond du sujet de droit. En effet, un tel article n'aura de portée que s'il recouvre quelque chose à quoi le sujet est réellement attaché.

Nous pensons qu'en face de la notion d'illicéité tel est vraiment le cas. Le législateur suisse avait à choisir entre deux méthodes pour définir l'acte illicite : celle de la clause générale et celle de l'énumération. Selon cette dernière « ce qui décide du caractère illicite d'un acte, c'est le droit positif, et non pas les opinions morales qui ont cours dans la société pour laquelle il a été créé à l'époque où il a été créé » ¹⁴. L'article 41 CO prouve que le droit suisse a porté son choix sur la clause générale, ce qui justifie déjà la rédaction de l'article 28 CCS. M. Aubert ajoute ¹⁵ : « La notion d'illicite à l'article 41 al. 1 n'a pas d'existence propre; elle est pour ainsi dire « un réflexe » du dommage... Au fond il y a entre ce que le droit permet et ce qu'il interdit expressément un terrain vague qu'il est réservé au juge d'explorer. » Mais M. Aubert

¹³ Cf. en ce sens Simonius, *Tr. Ass. H. Capitant*, 1947, II, p. 304.

¹⁴ Aubert, p. 97.

¹⁵ Note K, p. 194.

pense que le juge ne devra exclure l'illicéité que si des raisons impérieuses le lui commandent. Cette manière de voir du droit suisse jette quelque lumière sur l'article 28 CCS et révèle une des raisons de sa rédaction très large : il est impossible de prévoir chaque cas où une atteinte aux intérêts personnels est susceptible de surgir. L'article 28 apparaît ainsi comme une sorte de sauvegarde morale et de rempart contre toutes sortes de préjudices. Mais quels seront ces préjudices puisque nous constatons l'absence de toutes normes permissives d'une part et prohibitives de l'autre ? C'est alors que le juge entre dans ce « terrain vague » dont parle M. Aubert et la tâche de nos tribunaux consistera précisément à déclarer licite ou illicite tel ou tel préjudice, telle ou telle atteinte. L'article 28 ainsi ne fait pas uniquement figure de soupape de sûreté, puisqu'il autorise le juge à faire cesser l'illicéité dans un domaine purement moral, domaine où cette illicéité sera souvent difficilement décelable. Il convient encore de souligner que la clause générale d'illicéité, agissant sur l'interprétation de l'article 28 nous ramène à une notion presque « naturelle » du problème de la personnalité. Cela ne va pas sans effrayer certains auteurs, tel M. Gangi¹⁶ qui est contre la théorie naturelle des droits de la personnalité, parce que pour lui les droits subjectifs n'existent que si l'ordre juridique les reconnaît. Il serait abusif de soutenir que le droit suisse a une conception naturelle des droits de la personnalité, puisque par le truchement de l'article 28 il les reconnaît manifestement, sinon explicitement. Ce n'est que l'absence d'énumération et le côté général de la rédaction du droit positif qui, en l'occurrence, inclinent à une réminiscence de la conception naturelle.

L'article 1 al. 2 CCS permet au juge de pénétrer dans ce terrain vague et les articles 28 CCS et 41 CO l'y invitent même expressément ; mais cela n'est pas suffisant. Encore faut-il lui donner les moyens d'apprécier les intérêts en présence. Examinons avec François Guisan¹⁷ les méthodes, ou plus exactement les critères, qui s'offrent au juge pour déterminer s'il y a illicéité ou non.

La *balance des intérêts* est une méthode tout entière basée sur le positivisme. Elle s'attache à l'examen du cas concret, s'interdisant toute fiction théorique. En cela, elle paraît répondre à la notion déjà entrevue d'intérêts personnels. Mais la lacune surgit dès que les intérêts sont définis. Sur quoi fonder ensuite le jugement de valeur qui va permettre à un intérêt de l'emporter sur l'autre ? Il est normal d'examiner les intérêts en cause, de les soupeser, mais quels seront les critères qui

¹⁶ N° 134.

¹⁷ *Festgabe Wieland*, p. 161 ss.

permettront au juge d'aller plus loin ? Guisan écrit ¹⁸ : « La vraie difficulté, c'est le jugement de valeur qui doit suivre et sa ratio tout particulièrement quand les intérêts qu'il s'agit d'apprécier relèvent de la zone grise. » ¹⁹

Force est donc d'abandonner le critère de la balance des intérêts pour aborder celui de *l'intérêt social*. Nous pensons que ce critère a sa place bien plus en droit public qu'en droit privé. Car le passage est périlleux qui mène des intérêts de deux individus en présence à celui de la société en général. Tout aussi périlleuse d'ailleurs est la notion elle-même, puisque dans le cas qui nous occupe l'individu pèsera peu en face du bloc, de la force que représente l'intérêt social. Ne discutons pas de la valeur d'un tel critère en droit public et loin de nous l'idée de le condamner lorsqu'il s'agit d'examiner tel ou tel régime politique, mais il semble qu'en droit civil l'intérêt social ne doit pas prendre la place du sujet de droit. C'est faire du droit privé une branche trop dépendante du droit public.

Abordons maintenant ce terrible domaine, aussi riche qu'imprécis, qui a nom *les bonnes mœurs*. Ne nous y trompons pas, la trouvaille qui paraît heureuse et qui nous conduit dans la sphère de la morale ne permet pas de peser plus justement, d'une manière plus valable les intérêts à considérer. Nous sommes ici encore en présence d'une notion-dévaloir (*Blankettnorm*) qui en fait ne recouvre rien. Est-ce que le juge se basera sur sa propre morale, sur la morale de l'individu, sur la « bonne » morale ? Parler de bonnes mœurs, c'est remettre en présence toutes les philosophies et se retrouver en face du chaos. Les choses sont loin d'être simplifiées et pourtant d'aucuns pensent que la notion de bonnes mœurs est si commode. « C'est précisément ce qu'il faut lui reprocher, écrit Guisan, elle dispense de construire vraiment la sentence ».

Par contre, la quatrième théorie étudiée se rapproche beaucoup de la notion de sauvegarde des intérêts personnels. Elle fait ressortir le principe de l'autonomie de la personnalité et en cela nous abondons dans les conclusions de Guisan : « Tu ne feras pas exception de personnes. » Apparaît alors un principe plus précis, pas encore absolument rigoureux, mais qui permet tout de même de faire un pas en avant : le principe de l'égalité dans la liberté. « Que se présentent devant le juge deux hommes, qui ne seraient liés l'un à l'autre ni par un contrat, ni par

¹⁸ P. 163.

¹⁹ La zone grise est le domaine dans lequel tourbillonnent les droits personnels et qui se trouve en dehors du droit positif. En quelque sorte, la zone grise est prévue à l'article 28, c'est le « terrain vague » de l'article 41 CO.

un statut familial, corporatif, ni par aucune loi particulière quelconque, deux hommes qui n'auraient de commun que leur humanité, que maintenant l'un incrimine l'autre d'un acte relevant de la zone grise, quel autre point de départ y a-t-il pour le juge, qui doit qualifier cet acte, sans préférer en son cœur une des personnes à l'autre, que leur égalité initiale ? »²⁰

Nous n'avons pas encore trouvé le « Sésame, ouvre-toi » de toutes nos peines. Car dès qu'il est question de liberté, il faudrait la définir. « La contrainte est juste qui rétablit la liberté. » Oui, mais quelle liberté ? Celle des deux sujets en présence, celle d'un seul, celle d'une majorité ? La liberté est commune à tous les justiciables, mais tout le monde peut agir selon son bon plaisir, et ainsi apparaît la théorie des *intérêts légitimes* excluant l'illicéité et qui est étendue par Oser à tous les domaines du droit civil²¹. Théorie des intérêts légitimes : n'est-ce pas retomber dans la balance des intérêts ?

La notion de liberté peut être serrée au plus près lorsqu'on en reste à l'idée d'autonomie. Elle n'empêche pas d'admettre, et ici nous rejoignons une certaine tendance de l'existentialisme contemporain, que chaque individu est un obstacle pour tout autre sujet²². Mais cette autonomie, dont cet aspect de l'existentialisme nie la réalité, existe bel et bien en fait tant que les tiers ne vont pas jusqu'à déterminer l'individu à agir de telle ou telle façon²³.

La notion de droit de la personnalité apparaît alors avec plus de réalité, puisque l'autonomie est respectée là où plusieurs libertés coexistent. Encore faut-il qu'elles coexistent dans l'égalité. Nous possédons maintenant un critère sur quoi appuyer tout jugement de valeur dans les cas concrets qui nous sont soumis et qui nous permettra de mieux définir la notion d'intérêts personnels.

Essayons de passer à l'examen de ces cas qui nous permettront de déceler jusqu'où va le droit, de mieux comprendre cette notion d'autonomie à laquelle tout sujet de droit est profondément attaché, consciemment ou non, et qui doit favoriser, même au-delà de tout précepte juridique, l'éclosion, le développement et l'expression de toute individualité.

Nous voyons en effet que, même en respectant les exigences de la coexistence, une certaine sphère personnelle doit être réservée où l'homme sera seul maître à bord.

²⁰ Guisan, p. 168.

²¹ Cf. Régamey, p. 49.

²² Cf. Simone de Beauvoir : *Le Sang des Autres*.

²³ Ne le font-ils pas toujours, la question reste ouverte, mais n'a pas sa place lorsqu'il s'agit d'examiner la portée de l'article 28.

Chapitre III

DE QUELQUES DROITS PERSONNELS

Avant de passer à l'examen de cas concrets, il est peut-être bon d'énumérer, en laissant pour l'instant de côté les droits strictement personnels, quelques-uns des droits personnels les plus courants. Les trois grands sont certainement le droit à l'intégrité corporelle, le droit à l'honneur et le droit à la sphère personnelle ou sphère d'intimité. Ce dernier renferme l'idée que des faits et circonstances de nature personnelle et secrète doivent pouvoir être tenus à l'écart de toute publicité. C'est ainsi que le secret professionnel, qu'il s'agisse d'avocats, de médecins, de fonctionnaires ou d'ecclésiastiques, relève du droit à la sphère d'intimité. Celle-ci comporte encore le droit à ce que des lettres privées, des journaux particuliers, des défauts physiques ou moraux ne soient pas impunément portés à la connaissance de tiers. Nous voyons à la suite de cette énumération combien le champ de la personnalité est vaste, d'autant plus qu'il est facile d'imaginer d'autres droits encore, étroitement liés à la sphère d'intimité comme le sont la liberté de se mouvoir et la liberté du mode de vie. Il faut citer enfin le droit à la propre image, dont l'importance grandit avec les progrès de la technique et de l'indiscrétion.

A) Le droit à la propre image

Ce droit comporte pour le sujet la possibilité d'interdire toute publication, toute divulgation de portraits, de photographies, de dessins le représentant ou même, dans certains cas, représentant des êtres qui lui sont chers. Selon certains auteurs¹ le droit à la propre image contient

¹ Cf. Landwehr, p. 40.

également la possibilité d'interdire la prise de photographies, même si le but du photographe n'est pas de publier ou de rendre publique l'image qu'il aura prise de la personne ².

Tuor lui-même ³ ne semble pas aller si loin lorsqu'il cite comme atteinte : « l'exposition de la photographie représentant une fille honnête au milieu de danseuses de réputation douteuse, la reproduction du portrait d'une cantatrice sur des boîtes d'allumettes ». Dans ces exemples limites nous sommes d'abord en présence d'atteintes à l'honneur proprement dites et il se trouve qu'elles ont eu lieu par le moyen de reproductions photographiques. Il est parfaitement normal, dans ces cas, que la fille honnête et la cantatrice aient une action en cessation du trouble et en réparation du dommage. Elles possèdent même ces actions en dehors du droit à la propre image.

Mais revenons plus précisément à ce droit pour examiner de plus près ce qu'il contient. Il répond à un sentiment de pudeur, de discrétion. Il repose sur le droit de propriété sur le corps et, par « un phénomène de mentalité primaire » pour reprendre le terme de M. Carbonnier, on a identifié l'image avec le corps. On est même allé jusqu'à étendre ce droit à l'image d'autres personnes que le sujet, pour préserver la personnalité d'atteintes très intimes qu'elle peut ressentir profondément, quoique indirectement. D'aucuns répugnent à donner une trop grande extension à la notion de droit à la propre image de peur de le voir dépendre du droit à l'honneur. Nous en donnerons pour preuve l'opinion de M. Landwehr ⁴ qui se refuse non seulement à considérer le droit à la propre image comme découlant soit du droit d'auteur, soit d'un droit sur son propre corps ou au nom, mais encore d'un droit à la sphère d'intimité ou d'un droit à l'honneur. M. Landwehr reconnaît cependant que le droit à la propre image trouve son fondement dans le droit général de la personnalité, mais il en fait un droit sui generis ⁵. D'étranges parentés avec la sphère d'intimité et avec le droit à l'honneur nous font hésiter à concéder au droit à la propre image une entière autonomie. Trop de cas concrets nous démontrent que souvent les atteintes au droit à la propre image relèvent très directement de l'honneur ou de la sphère d'intimité. L'exemple donné par le Tribunal fédéral ⁶ dans la cause Kaspar contre Vve Ferdinand Hodler paraît en ce sens assez significatif, bien que la Cour suprême ne raisonne pas

² La question reste néanmoins controversée, le Code civil italien, par exemple, ne consacre que la première solution.

³ P. 76.

⁴ P. 10 ss.

⁵ p. 14 ss.

⁶ 70 II 127; JdT 1945, p. 24.

beaucoup sur le droit à la propre image. La veuve du célèbre peintre s'était élevée par la voie de la presse contre l'exposition qu'une galerie d'art avait faite d'un portrait de son mari sur son lit de mort. L'avis publié dans plusieurs journaux précisait que le portrait du mari avait été exposé sans le consentement de la veuve et contre sa volonté expresse. Le demandeur Kaspar pria la veuve de rectifier son avis; elle refusa et il l'actionna en justice. A cette occasion, le Tribunal fédéral a pu dire : « Les intérêts personnels visés aux articles 28 CC et 49 CO embrassent tout ce qui sert à individualiser une personne et qui est digne de protection vu les besoins de relations entre individus et selon les mœurs. La protection s'étend aussi au domaine intime qui comprend le sentiment de pitié envers des proches décédés, les souvenirs d'événements communs importants, de circonstances particulières qui attachent les êtres les uns aux autres et qui s'incorporent en quelque sorte à notre personnalité. » Il serait abusif de prétendre que le Tribunal définit ici la notion de droit à la propre image plutôt que celle de l'intérêt personnel. Aussi reconnaissons que la conception de M. Landwehr est juste parce qu'elle est très large et qu'elle ne nous empêche pas de considérer le droit à la propre image comme une manifestation particulière du droit à la sphère d'intimité, voire dans certains cas d'un droit à l'honneur.

Cette controverse est d'ailleurs d'une valeur minime; il est beaucoup plus important d'essayer de définir le contenu du droit à la propre image et ses limites. Ces dernières se heurtent tout d'abord à l'intérêt général qui l'emportera parfois sur l'intérêt particulier. Tel sera le cas lorsqu'une saine information du public l'exige ou lorsque le développement de la culture est prédominant⁷. Il ressort ainsi de l'arrêt Hodler que le Tribunal, tout en voulant protéger la personnalité, doit parfois s'incliner devant un intérêt supérieur puisqu'il entend que la protection de la personnalité ne doit pas entraver sans motifs plausibles le développement culturel de la société. Il appartient au juge de peser les intérêts en cause⁸.

En ce qui concerne l'information, nous songeons plus particulièrement aux hommes qui jouent un rôle dans la vie politique, économique, scientifique ou artistique. Notre Cour suprême a reconnu, traitant plus spécialement de la liberté de la presse⁹, « qu'il est licite de renseigner le public sur les personnalités qui jouent un rôle en vue dans la vie publique ». Par analogie, il faut admettre que ce droit ira également loin dans le cas de reproductions photographiques ou autres; l'appar-

⁷ Cf. Landwehr, p. 53 ss.

⁸ Arrêt cit., p. 31.

⁹ ATF 71 II 191; JdT 1945, p. 566.

tenance à la vie publique réduit énormément le droit à la propre image. Cela peut paraître choquant, d'autant plus que la publication de la photographie d'un personnage célèbre est souvent d'un intérêt discutable. Il n'en est pas moins vrai que dans le cas d'acteurs de cinéma, par exemple, la publicité parfois scandaleuse fait partie de leur « réussite » ou des mythes qui les entourent. Les politiciens, dans ce domaine, sont aussi cabotins que les vedettes de l'écran; cela explique les indiscretions de certaines publications et l'impossibilité dans laquelle le droit se trouve de faire respecter les intérêts personnels de ceux qui les ignorent.

La question du contenu du droit à la propre image s'est posée en France dans les cas de photofilmeurs qui photographient les passants dans la rue dans l'espoir que ceux-ci leur achèteront ensuite les épreuves¹⁰. Nous pensons avec le Tribunal correctionnel de Grasse que cette manière d'agir est conforme au droit, tant que le photographe ne fait pas de l'image ainsi prise une divulgation dépassant les exigences de sa profession nomade. Par contre, le passant a un droit à ne pas se laisser photographier et il peut prier le photographe de ne pas exposer et même de détruire les clichés que celui-ci aurait pris¹¹. Il convient encore de souligner que, pour qu'il y ait atteinte au droit à la propre image, point n'est besoin qu'il y ait malveillance. L'atteinte peut être ainsi effective indépendamment de l'amour de l'art dont pourrait se targuer un peintre.

Le contenu et les limites du droit à la propre image sont victimes de la relativité des droits personnels, car la protection de ceux-ci est élastique. La grande difficulté réside dans l'appréciation des intérêts en présence, seul le cas concret permet au juge de décider jusqu'à quel point les libertés doivent coexister dans l'égalité. Le droit à la propre image, quel que soit son fondement, présente clairement le conflit que nous retrouverons tout au long de l'étude des droits personnels. Aussi est-il déjà possible d'attirer l'attention sur la vanité des jugements des intéressés, sur les susceptibilités mal placées et les indiscretions trop criardes.

Nous devons cependant reconnaître au sujet atteint dans son droit à la propre image des moyens d'action assez larges : une action en constatation et en cessation du trouble, une action en dommages-intérêts et en réparation du tort. En ce qui concerne les actions découlant des droits de la personnalité, le Tribunal fédéral a jugé que « Celui qui subit une atteinte dans ses intérêts personnels peut en principe en vertu de

¹⁰ D. 1950, p. 712.

¹¹ Le Conseil d'Etat, D. 1951, p. 589, ne s'est pas montré aussi sévère; cf. les conclusions Gazier.

l'article 28 CCS défendre ses intérêts par le moyen d'une action en constatation, mais à la condition seulement qu'il s'agisse d'une atteinte actuelle ou qui se perpétue: Est dès lors inadmissible l'action tendant à faire constater la fausseté d'accusations portées dans le passé contre le demandeur; une telle conclusion ne peut constituer qu'un motif à l'appui d'une demande en dommages-intérêts. »¹² Le caractère perpétuel ou actuel d'une atteinte ne doit pas être apprécié avec trop de rigueur. La simple publication d'une photographie dans un journal peut être considérée comme une atteinte qui se perpétue, de même que l'exposition d'un tableau contre la volonté du modèle perpétue l'atteinte pendant toute la durée de l'exposition.

En résumé, le droit à la propre image tel qu'il est conçu et appliqué est conforme à la notion d'autonomie de la personnalité. Les intérêts personnels sont lésés dès que la publication a lieu sans le consentement du sujet. Le consentement est un élément essentiel du droit à la propre image¹³. Le droit à la propre image est d'abord une sorte de droit de propriété qui peu à peu s'est mué en droit moral. Bien que M. Carbonnier ne le fasse pas entrer dans cette catégorie, nous penchons pour le classer dans les libertés morales. Toute atteinte à ce droit, résultant d'un abus quelconque est bel et bien d'ordre moral et le droit à la propre image ne préserve le sujet que dans la mesure où il se sent lésé par l'ingérence des tiers. Cette constatation nous autorise, semble-t-il, à le considérer comme corollaire au droit de s'enfermer chez soi que M. Carbonnier range dans les libertés morales.

B) La liberté de se mouvoir

L'étude de la liberté de se mouvoir prouve combien elle est en fait étroitement liée à la liberté du mode de vie. Elle n'est pas totalement étrangère non plus au droit à la sphère d'intimité puisque toutes ces libertés, parfois se chevauchant, permettent par une interprétation analogique de tirer une idée plus générale, mais aussi plus précise, du droit de la personnalité.

La question de la liberté de se mouvoir s'est surtout posée, selon M. Carbonnier¹⁴, dans le cas de libéralités à cause de mort, faites à la

¹² ATF 40 II 165; JdT 1914, p. 568; ATF 48 II 16; JdT 1922, p. 230

¹³ Cf. Gangi N° 154 et *Trav. com. réform du CCfr.*, VI, p. 62.

¹⁴ P. 229.

condition que le bénéficiaire réside dans tel lieu ou habite telle demeure. La pression indirecte et souvent absurde que de telles clauses exercent sur le gratifié paraît contraire au droit de se mouvoir. La doctrine française ¹⁵ semble ne pas tenir ces clauses pour nulles à condition que leur effet soit limité dans le temps et, ce qui est plus important, à condition expresse qu'elles soient justifiées par un intérêt légitime (conserver, par exemple, une demeure familiale). Ainsi cette condition de l'intérêt légitime met un frein à la trop grande entrave que représenteraient pour le bénéficiaire de telles libéralités faites sous conditions. Entraves d'autant plus graves que le législateur avait fixé la limite dans le temps à 20 ans. La soupape de l'intérêt légitime permettra dans la plupart des cas de préserver la liberté locomotrice qui se trouverait anéantie par le fait d'un plaisantin qui assignerait au sujet une île déserte pour y finir solitairement ses jours. La notion de l'intérêt légitime est vague, elle aussi; elle nous oblige à examiner les conditions testimoniales selon des critères précis.

C'est dans cet esprit que M. Escher ¹⁶ écrit : « *Ob eine Bedingung oder Auflage unsittlich oder rechtswidrig sei, beurteilt sich nicht nach der Zeit der Errichtung der Verfügung, sondern nach der Zeit der Erbanges, d.h. nach der Zeit in der sie verwirklicht werden soll.* » Il est aussi important de considérer le contexte qui englobe la disposition incriminée : « *Bei der Beurteilung ist ein relativer Massstab anzulegen. So wäre die Bedingung, dass jemand sich nicht verheirate, an sich rechtswidrig, aber zulässig, wenn sie der Verfügung zugunsten eines körperlich oder geistig Minderwertigen beigefügt würden.* » ¹⁷ En ce qui concerne la nullité des dispositions comprenant des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs, Tuor ¹⁸ écrit qu'elles « sont inadmissibles et nulles. La règle concerne aussi les charges et conditions. Celles-ci ne sont pas seulement nulles en elles-mêmes, mais elles rendent nulle la disposition qu'elles grevent. En revanche, les clauses blessantes ou inintelligibles, c'est-à-dire celles qui n'ont pas de sens ou qui sont purement vexatoires pour les tiers, par exemple pour le bénéficiaire, sont simplement biffées. » ¹⁹

La pratique enseigne que le caractère impossible ou simplement vexatoire d'une condition n'est parfois pas décelable avec précision. C'est le cas des *perplexe Bedingungen* qui, selon M. Escher, doivent être examinées attentivement : « *Im einzelnen Fall muss zunächst ermittelt*

¹⁵ Planiol/Ripert, *Traité pratique*, tome VI, par P. Esmein, N° 242.

¹⁶ *Kom. ad art. 482*, p. 221.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 221.

¹⁸ P. 341 ss.

¹⁹ Dans ce sens, cf. Escher, p. 222.

werden, ob die vielleicht verworrene Verfügung nicht doch einen vernünftigen Sinn enthält, oder ob nicht der tiefere Grund des Unsinn in einem Scherz oder einem Mangel an Urteilsfähigkeit zu suchen ist. »

Il convient de noter enfin que le caractère d'une condition dépendra du milieu dans lequel elle a été conçue et auquel elle est destinée. En définitive, la morale des individus en présence et leurs croyances joueront un rôle prépondérant. Nous en voulons pour preuve un arrêt français²⁰ qui, bien que datant de 1877, n'a rien perdu de son actualité. Nous sommes en présence d'un testament ainsi rédigé : « J'impose de la manière la plus formelle à ma légataire universelle... l'obligation d'habiter Hussein-Dey, Alger ou ses environs sa vie durant. » De plus le testateur instituait sa nièce légataire universelle à charge de servir à la commune d'Hussein-Dey une rente annuelle de 1000 francs. Si elle ne se soumettait pas à la clause d'assignation d'habitation, le legs restait valable, mais elle devait verser à la commune une rente de 6000 francs. La légataire attaque cette condition testimoniale comme contraire à l'ordre public, mais la Cour de cassation rejette cette demande. Selon M. Carbonnier, on a fait dire beaucoup aux testaments avec assignation de résidence et celui-ci voit dans la décision du tribunal une cause due à l'intérêt de la colonisation de l'Algérie...²¹. Il faut une vue excellente pour déceler les motifs qui amenèrent le tribunal à interpréter de la sorte le testament incriminé et l'auteur a raison de noter que l'on fait dire beaucoup aux testaments; on arrivera même parfois à leur faire dire ce qu'ils ne pensent pas !

Le Tribunal fédéral s'est penché sur le problème de « l'intérêt légitime » qu'un sujet peut avoir à réduire la liberté locomotrice d'un tiers²². Notre Cour suprême reconnaît un champ assez vaste à la liberté de se mouvoir dans le considérant 5 de l'arrêt : « Bien que les rapports adultères ou contraires aux lois du mariage d'un tiers avec un des époux portent atteinte aux intérêts personnels de l'autre, celui-ci ne possède pas contre ce tiers une action tendant à les faire cesser. » Cette précision arrivait à son heure, car on pouvait tout craindre du jugement du Tribunal de district de Zurich qui décidait : « Il est interdit à la défenderesse d'avoir avec le mari de la demanderesse des relations de n'importe quel genre qui soient incompatibles avec les lois du mariage, de lui rendre visite et de le recevoir en visite, de sortir avec lui, de passer les vacances ou de faire des voyages avec lui et, d'une façon générale d'avoir avec lui n'importe quel contact personnel, verbal ou écrit. »

²⁰ S. 77 I 350.

²¹ Carbonnier, p. 237.

²² Cf. ATF 78 II 289; JdT 1953, p. 488.

Cette énumération draconienne porte une atteinte toute médiévale aux droits les plus immédiats de la personne. Si nous sommes obligés de prendre le train pour nous rendre à nos occupations et que notre amie y soit astreinte aussi, il nous sera difficile de ne pas voyager ensemble et il serait même peu délicat de n'avoir même pas un contact verbal. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs fort bien compris le danger qu'il y avait à suivre le Tribunal zurichois puisqu'il dit : « On risquerait d'étendre l'interdiction à des choses permises, car on ne saurait voir un acte contraire aux lois du mariage et par conséquent une atteinte aux intérêts personnels d'un époux dans n'importe quel rapport verbal ou écrit entre son conjoint et le tiers avec lequel il eût, à un moment donné, des relations irrégulières. » Le Tribunal fédéral va même plus loin, puisqu'il dit toujours dans le même arrêt : « La loi ne permet pas au juge chargé d'ordonner des mesures protectrices de l'union conjugale de faire défense, surtout sous la menace de peine en cas d'infraction, à l'époux en faute et pas même à son complice de commettre de nouveaux adultères ou de nouveaux actes contraires aux lois du mariage. Il ne peut faire autre chose que ce l'article 169 al. 2 CCS lui permet de faire, à savoir de chercher à ramener l'époux coupable à ses devoirs. Il faut en conclure que le Tribunal civil ordinaire ne peut pas non plus édicter une défense de ce genre. Si le législateur avait voulu admettre de telles interdictions, il lui eût été facile d'en prévoir la possibilité dans les dispositions sur la protection de l'union conjugale, mais il ne l'a précisément pas fait. »

Il résulte de cet arrêt deux grands principes : 1) la reconnaissance d'une liberté de se mouvoir très vaste et 2) que cette liberté ne peut être entravée ou diminuée que lorsque des intérêts légitimes et immédiats le justifient ou que l'atteinte à l'union conjugale est particulièrement grave et déloyale. Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de préciser ce dernier point dans un arrêt²³ où il était avant tout question de l'article 49 CO. Cependant dans son considérant 5 le Tribunal faisait intervenir indirectement la notion de tort moral de l'article 28 CCS et laissait entendre qu'il peut y avoir atteinte grave même si l'adultère n'a pas été commis.

Le libéralisme de nos juges fédéraux et plus particulièrement leur interprétation de l'article 169 CCS n'ont pas recueilli que des louanges. M. Padrutt, entre autres, attaque assez violemment l'arrêt précité²⁴. Il écrit²⁵ : « *Die Prüfung der Materialien ergibt, dass sich nirgends, auch nicht in der Vorschlägen von Organisation und Fachleuten zur Aus-*

²³ ATF 43 II 309; JdT 1917, p. 652.

²⁴ 78 II 289.

²⁵ P. 138-139.

gestaltung der Art. 169 ff. ZGB, ein Hinweis auf die Frage der Drittsörung einer Ehe in dem hier behandelten Sinne findet... Huber und seine Zeit sahen die Gefahr für die Ehe nicht ausserhalb der Gemeinschaft, sondern darin, dass im Innenverhältnis der damals mächtig aufkommende Individualismus die alten Formen der Gebundenheit in der Ehe zu bedrängen begann.» Les griefs de M. Padrutt ne vont pas uniquement à cette lacune de notre code civil et de son histoire, mais bien plutôt à l'interprétation que les juges ont faite de l'article 169 : « Da die Gesetzesberater bei der Behandlung der Art. 169 ff. ZGB infolge der damaligen faktischen Verhältnisse die Abwehr der Drittsörungen mit Mitteln des Rechtes gar nicht erörtern, kann daher auch nicht im Sinne dieser Vorschriften gefolgert werden, dass sie Massnahmen gegen den Ehestörer bewusst ausschalten, und es darf auch nicht geschlossen werden, wie es das BG in 78 II 297 tat, dass der Gesetzgeber Abwehrmassnahmen gegen Dritte besonders vorgesehen hätte, wenn er sie für nötig erachtet hätte. » Cette question d'interprétation ne nous paraît pas très importante, au contraire de celle soulevée par M. Padrutt²⁶. En effet, le problème est vu plus sous l'angle de la protection de la personnalité que sous celui de la protection de l'union conjugale. Il est entendu que les droits de la personnalité ne doivent pas automatiquement l'emporter sur le respect dû à l'union conjugale. Cependant, dans le cas qui nous occupe, le jugement du Tribunal fédéral semble digne d'approbation; il reconnaît les droits de la personnalité des tiers sans pour autant méconnaître ceux du conjoint « blessé » et il protège l'union conjugale aussi efficacement que le faisait le tribunal zurichois. Pour ce qui est de l'article 169, nous pensons que le législateur aurait effectivement prévu d'autres mesures protectrices si la chose avait été possible eu égard aux droits de la personnalité. Il faut citer encore en la matière l'opinion de M. Guhl²⁷ qui craint les conséquences de l'interprétation de M. Padrutt et regretterait que le Tribunal fédéral donne force de loi, dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, à des atteintes graves aux intérêts personnels des tiers.

Bien qu'il soit parfois difficile de déceler la légitimité d'un intérêt, un examen approfondi du cas concret permettra souvent une application juste du principe. Tenter de donner une définition générale de la notion d'intérêt légitime nous amènerait à réduire assez dangereusement la portée du droit à la liberté de se mouvoir. C'est pourquoi les

²⁶ P. 140, lettres bb.

²⁷ ZBJV 1954, p. 242 ss, et 1955, p. 74 ss.

décisions de notre Cour suprême apparaissent comme judiciaires et conformes aux idées de protection de l'intérêt personnel. De plus elles permettent de justifier et d'admettre plus facilement d'autres droits de la personnalité qui, pour ne pas être expressément prévus par la loi, n'en sont pas moins en butte aux atteintes et n'en sont pas moins vitaux.

C) La liberté du mode de vie

M. Carbonnier range cette liberté dans les libertés morales, de même que la liberté de la sphère d'intimité. Ainsi apparaît l'idée d'un droit à vivre selon sa propre morale. Cette notion englobe naturellement plusieurs droits assez divers, mais qui n'en sont pas moins l'expression ou le reflet de conceptions intimes, de ce que nous appellerions volontiers la philosophie du sujet.

« Chacun dès lors qu'il est maître de ses droits choisit de vivre comme il lui plaît : de travailler ou de rester oisif, d'être mondain ou sauvage, de faire de la musique ou d'avoir un chien, d'avoir une femme ou une maîtresse, etc. »²⁸. En un mot, le sujet possède une liberté sans bornes... sous réserve des restrictions qu'entraîne la vie en société. En effet, nous sommes déjà moins libres en fait lorsque nous habitons un immeuble locatif que lorsque nous vivons dans notre propre demeure sise à la campagne.

Dès que nous sommes plusieurs et parce que nous sommes divers, nos propres droits sont limités afin que la liberté de tous soit la plus grande possible. C'est ainsi que sont validées les clauses d'interdiction de chien, d'habitation bourgeoise excluant l'exercice d'une profession, ou celle d'user des lieux en bon père de famille.

Pour que de telles clauses soient valables, nous pensons qu'elles doivent être très exactement définies. La clause d'interdiction de chien ne pose pas de problème, mais il en est autrement de celle d'user en bon père de famille. Peut-on l'appliquer aux célibataires ? Est-ce en vertu de cette clause, qui doit préserver la société du scandale, que l'on peut nous extirper nuitamment de la chambre d'hôtel que nous partageons avec une amie ? Plus la notion recouvre de choses, plus elle est vague et plus elle portera atteinte au principe énoncé à l'article 28. Toujours est-il qu'aucun règlement de police ne devrait être à même de violer

²⁸ Carbonnier, p. 231.

si directement les droits de la personnalité en autorisant les représentants de l'ordre à déranger les personnes qui dorment en hôtel. De tels agissements sont contraires à la liberté du mode de vie tant que les clients de l'hôtel, par leur attitude, n'entravent pas les libertés des autres clients. Il est regrettable de constater que l'article 28 et les intérêts personnels peuvent se trouver limités par des atteintes fondées sur de simples prescriptions de police ou sur celles des codes pénaux cantonaux qui prohibent le *Konkubinats*.

Bien que ces dispositions cantonales soient compatibles avec le CPS nous pensons que si le Tribunal fédéral restait dans les bonnes dispositions de l'arrêt cité précédemment et s'il examinait le cas dans la perspective de l'article 28, il ne nous désavouerait point. De même il hésiterait certainement à donner force de loi aux notions trop vagues du genre de l'énoncé du chiffre 24²⁹ du commentaire du CO de Fick et Morlot qui dit : « Le bailleur n'a pas besoin de prouver que c'est dans les lieux loués que son locataire a une conduite immorale, il suffira qu'il prouve que sa réputation porte atteinte à celle des autres habitants de la maison. » Il se peut que si l'inconduite du locataire est légendaire ou trop flagrante, les autres habitants de la maison en prennent ombrage, mais il faut être prudent dans l'appréciation de l'inconduite. Le domaine de la « Morale » étroitement rattaché aux bonnes mœurs repose sur un terrain glissant et mouvant; rien, ici, n'est construit sur le roc.

Il faut en la matière souligner que le mal vient souvent de l'attitude de certains qui, non contents de vivre eux-mêmes, regardent de trop près vivre les autres. Ils n'auraient pas loisir d'être « dérangés » par ces autres s'ils renonçaient à l'exercice des ingérences indiscretes. Il est dès lors injuste de punir celui dont on n'a pas respecté la liberté au nom de la liberté des intrus. Si le slogan « Chacun à sa place, il y a de la place pour chacun » a d'heureuses résonances dans le domaine de la circulation routière, il en est de même si nous l'appliquons à la vie de tous les jours et, partant, au mode de vie proprement dit.

²⁹ P. 459.

D) La liberté de la sphère d'intimité

Comme corollaire, et pour ainsi dire en complément à la liberté de se mouvoir, nous trouvons la liberté de la sphère d'intimité. Elle est également motivée par le respect de la vie intérieure du sujet et de certaines de ses manifestations extérieures. C'est le droit que la doctrine moderne reconnaît au sujet de faire respecter le caractère privé de sa personne, un droit à être laissé tranquille³⁰. Ce droit permet, par exemple, au sujet d'empêcher que sa vie intime soit mise à jour, publiée ou même romancée par des écrivains; c'est encore la possibilité de se défendre « contre le zèle indiscret de la bienfaisance ». M. Carbonnier cite le fait qu'une personne peut interdire qu'une souscription soit ouverte à son profit³¹. Les applications que l'on peut faire de ces principes sont aussi variées que peu précises. Nous pouvons peut-être atteindre à plus de précision en cherchant à comprendre mieux ce qui motive la défense de cette liberté. Il est facile de concevoir le besoin immédiat, inhérent à l'individu, de pouvoir, par exemple, se recueillir ou méditer, et cela d'autant plus qu'il est en rapport avec un nombre toujours plus grand de tiers. Il est indéniable, en effet, que notre civilisation va vers une communauté où l'homme sera de moins en moins seul, où il aura de moins en moins la possibilité de s'isoler. Parallèlement au besoin de s'isoler pour se recueillir, l'homme possède un droit à pouvoir garder pour lui seul telle ou telle de ses actions, il conserve en quelque sorte un droit à sa propre personne et à certaines manifestations qui en découlent. C'est peut-être ce droit de la sphère d'intimité qui illustre le mieux la notion plus générale de droit à l'autonomie. Le terme de sphère nous permet de nous représenter l'homme, au centre de cette sphère, entièrement libre à l'intérieur d'icelle, mais peu à peu asservi dès qu'il en dépasse les limites. Cette dépendance apparaît déjà dans le fait qu'un écrivain met en scène tel ou tel personnage. Celui-ci voit sa sphère d'intimité légèrement réduite par le simple fait que l'écrivain est souvent obligé de puiser son inspiration dans la vie de tous les jours, et il décrira d'autant plus volontiers tel ou tel personnage qu'il le connaît mieux.

Il y a naturellement manière et manière de décrire et M. Lalive, dans son étude³², souligne que si l'écrivain en donnant au personnage de son roman des caractères ou des noms trop faciles à identifier, manque

³⁰ Cf. Carbonnier, p. 231.

³¹ D. 1903, p. 121.

³² P. 9 ss.

de discrétion, il sera naturellement dans son tort. Mais prenons garde également aux susceptibilités que le réalisme contemporain peut trop facilement choquer et qui ont des tendances vaniteuses à se reconnaître partout. L'écrivain a droit à une grande liberté tant qu'il ne l'emploie pas à assouvir des vengeances personnelles et tant qu'il apporte quelque chose à l'humanisme de son époque.

Le cas de l'écrivain offre l'exemple typique de deux libertés qui s'affrontent et entre lesquelles le juge devra établir ou rétablir l'égalité. La seconde partie de cette étude s'occupera plus longuement de cet intéressant problème.

M. Carbonnier fait remarquer qu'il arrive que l'on fasse comprendre dans la sphère d'intimité le droit au secret de la correspondance. Le cas du conjoint qui fouille méthodiquement et systématiquement les poches et le portefeuille de l'autre n'a rien d'académique. Et même si la poche et le portefeuille restent muets, l'atteinte à la sphère d'intimité n'en est pas moins nette. La jurisprudence française³³ s'est occupée du cas d'un mari qui s'intéressait ainsi à la correspondance de son épouse. Le conflit avait cela d'intéressant qu'il opposait le droit du chef de famille (*caput mulieris*) au droit de la personnalité de la femme, et le tribunal ne désavoua pas l'époux. Mais la législation de 1942 a condamné ce déséquilibre, ayant tranché que le droit du chef de famille céderait dorénavant galamment le pas au droit de la personnalité de la femme. Il est à noter que dans ce cas encore la plupart des conflits seraient évités si les individus (sans parler des époux !) avaient un peu plus le respect de la personne humaine. Il vaudrait mieux en l'occurrence éduquer les personnes que les punir.

Cette constatation permet de dire que les droits de la personnalité sont bien réels et elle prouve que la liberté de la sphère d'intimité est un droit essentiel sans lequel aucune vie n'est possible, qu'il s'agisse de vie intérieure ou de vie en société. Le droit de la personnalité, et plus spécialement le droit à une certaine sphère d'intimité qui est la manifestation la plus avancée, la plus subtile quoique la plus naturelle de ce droit, mérite d'être largement protégé. Il mériterait aussi d'être plus précisément défini; malheureusement les droits que nous avons abordés dans cette étude ne paraissent pas tolérer de frontières trop marquées. Nous irons cependant jusqu'à accepter une inégalité des libertés au profit de la sphère d'intimité tant celle-ci nous paraît vitale.

Avant de conclure, il est utile de préciser que dans le cadre de l'article 28 la bonne foi invoquée ne joue aucun rôle; elle ne fait

³³ Cf. Carbonnier, p. 240.

qu'exclure la faute et, partant, l'application des articles 41 et 49 CO ³⁴. Il est normal que le lésé ait toujours à sa disposition l'action en cessation du trouble, car ce qui importe est le fait qu'une liberté est violée.

Cette liberté étant essentielle, il est indispensable de la préserver contre toute atteinte, dans la mesure où cette protection n'entrave pas à son tour une autre liberté. Et c'est là que les limites sont toujours tremblantes.

³⁴ ATF 71 II 191; JdT 1945, p. 566.

Chapitre IV

LES DROITS STRICTEMENT PERSONNELS

A) Généralités

Ce que nous savons des droits personnels nous permet de mieux comprendre la présence dans notre code, la teneur et le but de l'article 19 CCS. Nous l'avons vu, la sphère d'autonomie réservée au sujet de droit est en général assez étendue. Il est des cas cependant où cette notion doit être singulièrement restreinte, et ce jusqu'aux limites exigües des droits personnalissimes. Ces derniers sont pour leurs titulaires plus nécessaires, plus inaliénables et plus dignes d'attention que de simples droits personnels. Ils ont par conséquent un urgent besoin de protection et les sujets qui en jouissent ont, eux aussi, en raison de leur âge ou de certaines infirmités physiques ou mentales, un droit plus grand et plus pressant à être protégés.

Le seul article qui parle de droits strictement personnels est l'article 19, ainsi conçu :

Les mineurs et les interdits capables de discernement ne peuvent s'obliger par leurs propres actes qu'avec le consentement de leur représentant légal.

Ils n'ont pas besoin de ce consentement pour acquérir à titre purement gratuit, ni pour exercer des droits strictement personnels.

La doctrine et la jurisprudence s'entendent quant à l'énumération de ces droits; il est cependant vain de vouloir en donner une liste exhaustive tant le domaine de la personnalité est vaste et mal défini. Aussi est-il préférable de n'en citer que quelques-uns pour situer les domaines auxquels ils se rattachent et entrevoir déjà leur nature juridique.

Nous trouvons donc parmi les droits que peuvent exercer les mineurs et les interdits (*Rechte die Ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen*): la rupture de fiançailles pour de justes motifs, l'action en nullité de mariage ou l'action en divorce, la reconnaissance d'un enfant naturel,

l'action en paternité avec suite d'état civil et, dans le même ordre d'idée encore, l'action en désaveu de paternité, la légitimation par autorité de justice de l'enfant des fiancés, l'opposition à la reconnaissance de l'enfant illégitime. Dans d'autres domaines, nous pouvons citer le pardon, le choix d'une confession, le droit de recours aux autorités de tutelle, le droit de demander l'émanicipation, la capacité de tester, les droits alimentaires, les droits de l'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. Sont également du ressort des droits personalissimes, les rapports entre représentés et représentants dans le cadre du contrat d'édition ou du contrat de travail. Enfin, il convient de citer l'action en réparation du tort moral pour atteintes aux intérêts personnels, soit tous les cas de l'article 28 al. 2. Ces multiples droits se traduisent donc par des actes que le mineur ou l'interdit, seuls, peuvent accomplir avec ou sans le concours du représentant légal.

Nous examinerons quelques-uns de ces droits à la lumière de l'article 19 al. 2, mais il est clair qu'ils entrent tout naturellement dans l'orbite de l'article 28 et que les problèmes généraux de la personnalité s'appliquent également au mineur et à l'interdit. Seule l'imprécision du code justifie l'hésitation que nous pouvons avoir en voulant définir les « protégés » du législateur et l'étendue de la protection. Il faut reconnaître que la notion de droits strictement personnels a été introduite dans le CCS autant pour garantir à tout sujet une autonomie, que pour protéger les plus mal lotis vis-à-vis des tiers et vis-à-vis d'eux-mêmes. Cela ressort de l'exposé des motifs de l'avant-projet¹ : « Le projet permet au pupille d'exercer toutes les actions strictement personnelles, il bénéficiera des mesures protectrices de la capacité civile... »

Jusqu'à quel point la sphère d'autonomie du mineur ou de l'interdit peut-elle être restreinte, pour quelles raisons se justifie-t-elle ? C'est ce que nous allons essayer de démontrer en jetant un regard sur la capacité civile et la capacité de discernement. La capacité civile représente pour le sujet de droit la possibilité d'acquérir, de modifier, d'aliéner ou d'éteindre un droit. Donc de disposer librement de sa personnalité et de ses biens (cela dans le cadre de la loi naturellement), de « conformer sa situation juridique à ses intérêts et à ses désirs »².

Cette capacité ayant des conséquences très graves et très étendues, aussi bien sur le plan économique que moral, il faut que le sujet de droit puisse saisir la nature et la portée de ses actes. Cette capacité est restreinte dans le cas du mineur à cause de son jeune âge, dans le cas

¹ Tome I, p. 57.

² Von Tuhr, p. 182.

de l'interdit à cause des troubles multiples que l'on sait. Cette restriction se justifie à un triple point de vue : 1° intérêt économique du sujet, 2° intérêt moral de ce sujet et 3° sécurité pour les tiers. Mais ces trois intérêts étant très paradoxalement juxtaposés, lequel l'emportera sur l'autre ? C'est là que les opinions personnelles s'affrontent et que la solution du problème diffère selon ces avis. Nous aurons l'occasion de voir dans la seconde partie de cette étude combien la discussion est vive au sujet de la séparation entre droit moral et droit patrimonial. Et ce, même en présence de sujets en possession de leurs pleines facultés.

Le législateur ne se contente pas de frapper d'incapacité les personnes hors d'état d'agir raisonnablement, il les met aussi sous puissance. Puissance paternelle ou tutélaire, qui ne se borne pas à surveiller les actes de l'incapable, mais qui tend à protéger la personnalité tout entière de celui-ci. Relativement à l'examen de l'incapacité totale ou partielle, il convient de savoir si le sujet de droit a ou non le discernement. S'il est privé de cette capacité, les pouvoirs de son représentant seront fort étendus et pratiquement sans limites. Le problème est beaucoup plus intéressant dans le cas du mineur ou de l'interdit, capables de discernement. L'incapacité est alors relative et si le patrimoine économique reste sous la sujétion tutélaire, le domaine moral et la sphère personnelle, eux, ne sont pas atteints. L'interdiction ne déploiera ses effets que jusqu'à certaines limites, qui laisseront intactes une foule de prérogatives d'ordre intime et strictement personnel, qui priveront le représentant de conclure au nom de son pupille tous actes qui sont du ressort de la volonté individuelle et morale du sujet.

La question se pose de savoir quelle est l'étendue de cette personnalité intime et si elle se confine dans les domaines strictement moraux ou si, au contraire, elle peut avoir des incidences dans le domaine patrimonial. M. Cosman écrit ³ : « Les personnes partiellement incapables possèdent par définition la capacité de discernement, elles comprennent donc la nature et la portée de leurs actes. Le législateur lui-même les autorise à accomplir, sans le concours du représentant légal, des actes de la plus haute importance ayant des conséquences très graves dans tous les domaines, y compris le domaine patrimonial (reconnaissance d'un enfant illégitime). Le législateur a voulu protéger les mineurs ou les interdits contre les conséquences d'actes *inconsidérés* dans le domaine patrimonial. C'est pour cela qu'il exige le concours du représentant légal pour tout acte qui entraîne une obligation à la charge de l'incapable. »

³ P. 24 ss.

B) La capacité de discernement

Si l'incidence de la libre expression de la volonté du sujet sur son patrimoine est facile à comprendre, il n'en est pas moins malaisé d'en déterminer les limites. Qu'entend-on par acte inconsidéré et partant qu'est-ce que le discernement ? Si la notion de discernement n'entre qu'indirectement dans le principe des droits de la personnalité, elle joue cependant un rôle important dans l'égalité des libertés coexistantes. Aussi n'est-il pas superflu de se pencher rapidement sur une capacité qui peut garantir en partie la liberté du sujet de droit et dont l'absence la limite au contraire profondément.

La présence ou le défaut de discernement chez le sujet mineur ou l'interdit l'autorise ou non à accomplir seul certains actes importants. La capacité de discernement se trouve donc être le point le plus précis à définir dans l'examen des droits strictement personnels. Elle est pour le sujet l'attribut principal, pour ne pas dire l'essence de sa liberté. Les essais de définition de la capacité de discernement font naître un léger malaise. Ni la doctrine ni le Tribunal fédéral ne donnent une définition rigoureuse de cette capacité. Cela résulte de la relativité du problème qui nous occupe. Certains grands principes de base restent cependant valables, tel celui de la dualité existant dans le discernement. Dualité qui s'exprime d'une part par la compréhension, l'intelligence dans son sens étymologique, et d'autre part par l'action, le fait d'agir conformément ou non aux données de la compréhension. Ayant fait avec tous ses prédécesseurs cette constatation, M. Lador ⁴ en déduit le critère suivant : « Quiconque est en mesure d'apprécier la portée de son acte, d'avoir sur lui *ein richtiges Denken* ⁵ et d'agir en conformité de cette appréciation, possède la capacité de discernement. » En énonçant ce critère, nous ne faisons que définir une chose indéterminée (le discernement) par une notion aussi vague, le *richtiges Denken*. M. Lador tente de serrer de plus près cette notion. Pour lui, l'examen doit se faire sous des lumières différentes selon qu'il s'agit de faits économiques ou moraux. Dans le premier cas, « le *richtiges Denken* consiste à discerner dans telle situation de fait qui se présente la solution requise par son propre intérêt et l'*Urteilsfähigkeit* proprement dite permet d'agir en conformité de cette appréciation » ⁶. Le moteur de ce processus paraît

⁴ P. 21.

⁵ Egger, *Com.*, p. 164.

⁶ P. 22.

être l'instinct de conservation. Encore une notion dévaloir, car il nous est permis de revêtir cet instinct de toutes les formes de l'activité humaine. Quant aux faits moraux, s'ils font parfois intervenir l'intelligence, ils sont aussi déterminés par l'instinct, par le subjectivisme permettant l'action conforme à la sauvegarde morale de la personnalité. Nous n'irons pas jusqu'à prétendre que les réactions psychologiques sont entièrement absentes du processus, mais cette psychologie ne peut être qu'innée et dépend elle aussi de la personnalité du sujet.

Le critère ainsi disséqué n'éclaire que très mal la notion de discernement. Cette lacune semble provenir du fait que l'on a trop tendance à s'attacher à la dualité intelligence-action, au lieu de s'en tenir à l'action seule. La dualité reste valable quant au processus, mais non quant à la définition du discernement.

Si l'action est déterminante, c'est qu'il est facile de concevoir le peu de poids que nous devons donner à la seule compréhension. Tel individu sait qu'il doit agir dans tel sens, mais ne le fera pas à cause d'exigences extérieures auxquelles sa personnalité est soumise. Etant admis que l'extérieur (représenté soit par des lois, soit par l'influence de tiers, soit par tant d'autres facteurs matériels) est le principal régisseur du comportement de l'individu, l'action reste la seule chose concrète sur quoi appuyer une définition du discernement.

Comme il n'est pas possible d'admettre l'existence d'un discernement type objectif, nous sommes obligés de recourir au subjectivisme. M. Lador lui-même est d'avis qu'il ne faut pas se préoccuper des raisons intimes qui déterminent un sujet à agir de telle ou telle façon, pas plus qu'il est utile de savoir, en la matière, si les actions humaines sont libres ou soumises au déterminisme⁷. Il ne reste alors qu'à se soucier de l'action, c'est-à-dire des effets, sans du tout juger les causes. Pour ce faire, il suffit de placer le sujet dans son univers propre et l'action apparaît sous un jour précis, éclairée qu'elle est par un « contexte ». Ainsi déterminée, l'action sera inconsiderée ou non selon qu'elle porte atteinte ou non, dans des circonstances déterminées et à un moment précis, à la personnalité des tiers ou à celle du sujet. Personnalité entendue ici non pas au sens philosophique du terme, mais dans les limites très vagues prévues par la loi. Si la liberté de l'une ou de l'autre de ces personnalités est ignorée ou bafouée, il n'y a pas discernement; dans le cas contraire, nous devons admettre le discernement et les conséquences de l'acte. Celui-ci paraîtra tout naturellement inconsideré lorsqu'il sera en désaccord avec son « contexte ». Cela revient à dire

⁷ P. 24.

que le discernement est relatif à tel acte déterminé et, par conséquent, il est parfaitement vain de chercher à lui donner un sens général.

En résumé, l'attitude du mineur ou de l'interdit, en face de l'acte à accomplir, est déterminante. Qu'il s'agisse de faits économiques ou moraux, nous pouvons les réunir sous le vocable d'activité humaine et le sujet est capable de discernement lorsque ces activités ne portent atteinte ni aux tiers ni à lui-même. Encore ne faut-il pas être trop rigoriste quant à la notion d'atteinte et se souvenir du relativisme qui imprègne les notions de liberté et de personnalité.

Chapitre V

DE QUELQUES ACTES STRICTEMENT PERSONNELS

Après avoir entrevu les frontières théoriques qui délimitent la zone grise, tentons de découvrir à quoi cette dernière ressemble dans la réalité. Quelques cas concrets, rapidement esquissés, permettront de mieux déceler les intentions du législateur et de réaliser à quelle portion congrue la sphère d'autonomie du mineur et de l'interdit se trouve réduite.

M. Lador¹ divise judicieusement les droits strictement personnels en absolus et relatifs². Les premiers de ces droits comprennent ceux que le mineur ou l'interdit peut exercer seul, sans le concours de son représentant légal, à la condition d'avoir le discernement. La perte de cette capacité entraîne la perte de l'exercice même de ces droits pour qui que ce soit. Entrent encore dans la catégorie des droits absolus, les droits que le sujet capable de discernement peut exercer seul sans autorisation, mais qui, en l'absence de discernement, sont exercés par le représentant légal.

Dans la catégorie des droits relatifs, nous trouvons tous les droits qui ne peuvent être exercés qu'avec l'autorisation du représentant légal. Ceux-ci exigent aussi, comme condition de jouissance, la capacité de discernement. Mais leur exercice ne peut être valable sans le consentement du protecteur légal. Cette catégorie comprend, entre autres, les fiançailles et le mariage.

¹ P. 43 ss.

² Cf. aussi Galliker, p. 60.

A) Les fiançailles et le mariage

Nous examinerons rapidement la première de ces institutions pour nous arrêter plus longuement à la seconde, plus importante et plus significative en ce qui concerne la sphère d'autonomie.

L'article 90 CCS dispose que :

Les fiançailles se forment par la promesse de mariage. Elles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti.

En théorie pure, les fiancés, seuls juges de leurs sentiments, devraient jouir d'une liberté totale dans la formation des fiançailles. En effet, le choix d'un partenaire, l'assurance d'une parfaite réussite du mariage relèvent du domaine strictement personnel. Les éléments qui déterminent les fiancés à choisir tel ou tel partenaire, les conditions affectives qui président à cet acte ne sont valablement appréciés que par les intéressés. Mais les effets de cet acte dépassent à tel point les élans du cœur et la sphère individuelle du sujet qu'ils justifient l'intervention d'un tiers. Il est normal aussi que les conditions de capacité requises pour le mariage s'adaptent également aux fiançailles, puisque celles-ci sont considérées comme amenant au mariage, comme « la préface du mariage » pour reprendre l'expression de Mentha.

L'imprécision de la notion de discernement fait que, dans certains cas, la capacité est insuffisante pour que le sujet saisisse toute la portée d'un acte qui doit être entouré de toute la gravité que peut exiger semblable institution. Gravité d'autant plus grande qu'on est plus mal préparé à comprendre la dite institution.

Quid de l'interdit capable de discernement se fiançant sans le consentement du représentant ? L'autre fiancé ne pourra l'actionner pour rupture injustifiée s'il connaissait l'existence de la tutelle. Dans le cas d'ignorance de cette tutelle, il n'est pas certain que les fiançailles aient réellement pu se former, et ce à cause de l'absence de consentement légal. Le « fiancé » ainsi trompé semble perdre tout droit à des dommages-intérêts. Il convient de souligner encore que le droit strictement personnel de se fiancer, c'est-à-dire de choisir un partenaire, comporte le droit de rompre d'un commun accord les fiançailles. Ce consentement entraîne renonciation à toute indemnité.

Le mariage.

L'autorisation des fiançailles par le détenteur de la puissance n'entraîne pas automatiquement autorisation de mariage. Ces deux institutions sont autonomes et la dernière comprend un nombre suffisamment appréciable de responsabilités supplémentaires pour que les fiançailles fassent nettement chambre séparée avec le mariage.

L'exigence du consentement du détenteur de la puissance au mariage d'un mineur ne soulève ni problèmes ni indignation : le jeune âge est plus ouvert à l'impulsion qu'à la réflexion.

Il n'en est pas de même dans le cas de l'interdit. Si la personne est interdite pour cause de troubles mentaux, elle se trouve devant le mariage comme toute personne faible d'esprit. Au contraire, si la personne est interdite pour d'autres raisons, le problème qui se pose est beaucoup plus épineux. M. Knapp³ a examiné ce cas de très près et a fait la synthèse des divergences qui s'élèvent à l'examen de l'article 99 al. 1 CCS. Cet article est en désaccord avec l'article 54 de la Constitution fédérale, d'où la crainte de voir certains mariages rendus impossibles par l'institution de tutelles dans le seul but d'anéantir l'accomplissement de ces mariages. L'alinéa 2 de l'article 54 de la Constitution prévoit :

Aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur des motifs confessionnels, sur l'indigence de l'un ou l'autre des époux, sur leur conduite ou sur quelque autre motif de police que ce soit.

M. Knapp souligne le divorce existant entre les deux articles précités : « L'interdit est ce qu'il est en raison de sa conduite antérieure, que nous voulions ou que nous ne voulions pas cette relation de cause à effet. Dire que ce n'est pas la conduite comme telle, mais le défaut de capacité que révèle cette conduite qui est cause de l'interdiction et, par conséquent de l'obstacle du tuteur au mariage, c'est évidemment jouer sur les mots. »⁴

Le Tribunal fédéral a ramené la portée de l'article 99 CCS dans la perspective de la Constitution. Il a dit très habilement que le refus du tuteur au mariage de son pupille ne se justifie que si le motif du dit refus est compatible avec l'article constitutionnel. L'interdiction reste due à l'inconduite, mais le refus au mariage ne peut pas reposer sur cette inconduite. Dans trois arrêts, cités d'ailleurs par M. Knapp⁵, notre Cour suprême laisse clairement entendre que l'introduction de

³ RDS, 71, p. 275 ss.

⁴ P. 287.

⁵ ATF 50 II 213; 46 II 203; 42 II 422.

l'article 99 al. 1 dans le Code civil n'est là que dans un but de protection du pupille, et que les intérêts économiques du pupille sont à placer au premier rang. A cela il faut ajouter les dangers physiques, intellectuels ou moraux que le mariage projeté pourra faire courir au pupille.

Les explications du Tribunal fédéral ne sont plus dans la ligne de la notion de droit strictement personnel que nous avons tenté de définir. Dans ce cas, en effet, le droit personnalissime de l'interdit au mariage ne lui permet pas de se munir contre l'ingérence de tiers, au contraire l'obligation du consentement du tuteur est une arme que possède celui-ci contre la personnalité du pupille. Quant aux dangers évoqués par le Tribunal, ils sont les mêmes pour tous, interdits ou non, et nous ne voyons pas pourquoi ils ne seraient un obstacle au mariage que dans certains cas.

En ce qui concerne le contrat de mariage, il va de soi que le représenté et le représentant peuvent en discuter séparément les clauses, mais ils doivent tous deux y apposer leur signature. Le contrat, même conclu au moment du mariage, doit avoir sans aucun doute l'assentiment du représentant légal (voire de l'autorité tutélaire dans le cas de l'article 421 ch. 9 CCS). L'intervention de l'autorité tutélaire est toujours obligatoire dans le cas de contrats passés pendant le mariage⁶.

Ces dispositions se justifient par le fait que ce contrat est avant tout d'ordre économique, les impératifs affectifs ou moraux passant au second plan. Il est juste qu'une autorité impartiale s'occupe de juger si tel contrat, que les époux veulent passer, n'est pas illicite ou simplement déterminé par des raisons peu honnêtes ou trop intéressées de la part de tiers peu scrupuleux. L'application de ces dispositions présente d'ailleurs des difficultés certaines, car la loi ne prévoit pas les critères sur lesquels l'autorité tutélaire doit appuyer ses décisions. Après quelques hésitations, le Tribunal fédéral a suivi l'opinion de Huber qui pense que l'intervention de l'autorité tutélaire doit « veiller à ce qu'en cas d'actes juridiques entre époux les intérêts de la femme ne soient pas lésés par des manœuvres du mari ou vice versa »⁷. Il ressort d'un autre arrêt que l'autorité tutélaire doit tenir compte aussi de l'intérêt des enfants⁸.

L'examen des droits strictement personnels relatifs nous permet de constater que ces droits sont, en effet, très relatifs et que l'ingérence du représentant y est prépondérante. L'intervention d'un tiers dans les décisions du mineur est heureuse, le jeune âge et l'inexpérience exposent

⁶ Art. 181 al. 2.

⁷ ATF 78 I 289; JdT 1953, p. 583.

⁸ ATF 77 I 1; JdT 1951, p. 582.

celui-ci à des dangers lourds de conséquences. Dès lors la notion d'autonomie garantie par les droits strictement personnels apparaît dans le cas des fiançailles et du mariage comme très théorique.

Dans le cas de l'interdit, et spécialement dans l'hypothèse étudiée par M. Knapp, l'ingérence semble moins justifiée. Elle est une atteinte directe à un droit qui devrait être véritablement personnalissime, parce que motivé par des aspirations individuelles et très intimes. Peut-être devons-nous voir, dans l'obligation de l'intervention du représentant, une manifestation du désir de protéger la famille qui va se fonder. L'intervention du tuteur impartial peut avoir des influences fastes pour son pupille, mais l'interdiction du mariage peut parfois être motivée par des considérations dans lesquelles l'intérêt du pupille n'intervient qu'accessoirement. Le problème est trop complexe pour que nous osions affirmer qu'une plus grande liberté de l'interdit soit toujours désirable. Nous souhaitons cependant que l'autorité tutélaire et, au besoin, le Tribunal fédéral se montrent impartiaux en examinant à fond les cas qui leur sont soumis avant de confirmer le refus du représentant.

Les droits strictement personnels relatifs présentent une limitation assez considérable de la personnalité. La sphère d'autonomie que ceux-ci doivent sauvegarder est ici singulièrement restreinte. Dans ce cas est-il nécessaire de les qualifier de strictement personnels? C'est faire une concession théorique et inexistante à l'individualisme.

B) Quelques actes strictement personnels absolus

Ces actes méritent le qualificatif d'absolus parce que le mineur ou l'interdit, capable de discernement, peut agir seul sans le concours du représentant légal. En l'absence de discernement, l'exercice sera dans certains cas purement et simplement impossible, tandis que dans d'autres le représentant pourra agir au nom de son pupille. L'aliéné, par exemple, jouit du droit de demander la réparation morale que son représentant exerce en son nom. Cette catégorie comprend tous les droits dits de la personnalité : droit au nom, différents droits de recours à l'autorité tutélaire ou judiciaire⁹. L'état de folie dans lequel peut se trouver le pupille n'exclut pas son droit au respect de la personne humaine; mais l'incapacité d'émettre un jugement sain ne lui permet pas de

⁹ Art. 99 et 420 CCS.

ressentir précisément une atteinte à son honneur, par exemple. Il est donc juste que son représentant puisse faire respecter sa dignité humaine.

1. *La réparation pour tort moral.*

Pour faire respecter sa personnalité, la victime peut recourir aux actions suivantes : action en cessation et en interdiction de l'atteinte, en reconnaissance ou fixation du droit, en réparation du tort moral, en dommages-intérêts. Ces actions permettent non seulement au pupille de se défendre, mais encore de faire respecter au-delà de sa propre intégrité la personne humaine en général. Toute atteinte aux droits de la personnalité peut ainsi faire l'objet d'une réparation.

Le sujet seul est capable de ressentir et d'apprécier le degré d'une atteinte. Il est seul à souffrir et connaît seul la gravité de sa souffrance physique ou morale. Le mineur et l'interdit peuvent donc agir seuls quant aux droits prévus à l'article 19 al. 2 CCS. Ils doivent posséder le discernement afin d'avoir la possibilité d'apprécier pleinement la substance de l'atteinte et de juger avec quelle force et par conséquent avec quels moyens ils vont réagir. La réaction qui se déroule chez le sujet atteint est avant tout d'ordre psychologique; il est dès lors indispensable que celui-ci jouisse d'une certaine santé d'esprit pour que son jugement et sa réaction soient également sains. Dans ce but, il doit aussi bénéficier d'une grande liberté d'action, car lui seul est à même de replacer l'atteinte dont il est victime dans son contexte. On connaît l'extraordinaire place que les tribunaux laissent au subjectivisme dans leurs appréciations de la gravité de l'atteinte à l'honneur. Il serait faux d'en déduire que dans le cas d'un débile mental, à tout jamais indifférent aux pires injures, aucune action n'est concevable ou valable à cause du défaut de souffrances provoquées par l'atteinte. Tel n'est heureusement pas le cas, et le représentant peut agir seul, non pas tant pour assurer une certaine tranquillité à son pupille, mais bien pour protéger à travers lui la personnalité humaine dans son sens large.

L'intervention du représentant légal sera plus importante dans l'hypothèse de l'action en dommages-intérêts, action qui possède des incidences économiques très nettes. L'autorisation du représentant est donc nécessaire pour intenter une telle action, parfois connexe à la réparation morale proprement dite. Une réparation est, en effet, souvent réclamée sous forme pécuniaire dans les cas de l'article 28 al. 2 CCS. Mais le représentant légal ne peut agir sans l'accord de l'intéressé si celui-ci

est capable de discernement. Il est des cas pourtant où la préoccupation morale l'emporte sur le côté économique, bien que les deux intérêts se chevauchent étroitement.

C'est le cas, par exemple, de l'article 29 al. 2 CCS où, en raison du caractère très personnel du droit, l'incapable qui possède le discernement peut agir seul. M. Cosman dans sa thèse¹⁰ note que dans ces cas limites ou mixtes la doctrine est très partagée. Il cite les avis différents de Hafter¹¹ qui est pour l'autonomie du pupille dans le cas de l'article 29 al. 2 CCS et de Egger¹² qui est contre. Les liens étroits qui unissent dans l'exercice de certains droits les intérêts moraux aux intérêts patrimoniaux ne permettent pas de dire avec exactitude lesquels sont les plus importants. Un classement de ces intérêts par ordre de valeur n'est possible que sur la base des convictions personnelles de celui qui juge. D'où le relativisme dont nous sommes victimes. Il semble toutefois que la sauvegarde de la liberté de la personnalité devrait être ici prépondérante. Le Tribunal fédéral en examinant les actions en dommages-intérêts¹³ considère ces actions comme strictement personnelles, mais il n'en restreint pas moins l'autonomie du sujet. Certes, il reconnaît que la défense des intérêts moraux doit appartenir au lésé seul et qu'il peut l'exercer personnellement. Mais tel n'est plus le cas lorsqu'il s'agit de réclamer une somme d'argent à titre de dommages-intérêts ou de réparation morale. Le lésé seul, s'il est capable de discernement, peut décider s'il veut agir ou non; le représentant ne peut exercer l'action sans son consentement. Mais toute la doctrine admet, et le Tribunal fédéral avec elle, qu'il n'y a aucune raison de ne pas exiger pour l'exercice de ces droits, dont le but est finalement pécuniaire, le consentement du représentant légal. Notre Cour suprême a spécifié¹⁴ que dans une action touchant directement la personnalité la question pécuniaire peut être prépondérante. Ce considérant nous porte à reconnaître que la réalité se présentera souvent ainsi, puisque, par définition, l'action en dommages-intérêts est d'ordre pécuniaire; mais que rien n'empêche le représenté d'intervenir personnellement dans l'instance, quant à la protection de ses intérêts et quant à la cessation du trouble. Ce principe reconnu, force nous est de conclure que le représenté ou le représentant peut exercer l'action avec le consentement de l'autre. Nous touchons au domaine du droit strictement personnel

¹⁰ P. 111.

¹¹ Hafter, *Personenrecht*, p. 159; Berne 1919.

¹² Egger, *Personenrecht*, 5. Auflage, p. 184, 15; Zurich 1911.

¹³ ATF 41 II 556; JdT 1916, p. 203.

¹⁴ ATF 42 II 555; JdT 1917, p. 304.

relatif, mais la dépendance du pupille vis-à-vis de son représentant est ici moins étroite que dans l'hypothèse des fiançailles ou du mariage.

En résumé, nous pouvons dire que le lésé, capable de discernement, est seul apte à juger du degré de l'atteinte qu'il a subie, lui seul ressent le tort causé ainsi que ses souffrances. Il aura donc toute liberté de baser sa demande sur n'importe quelle action de droit, mais si son choix se porte sur l'action en dommages-intérêts uniquement, ou connexe à une autre, l'intervention du représentant devient alors obligatoire. Nous voyons ainsi à notre grande satisfaction que l'autonomie de la personnalité est presque totalement respectée, puisque, au départ, le lésé seul est maître d'agir ou non et que l'intervention du représentant n'intervient, peut-on dire, que sur décision du pupille.

2. *L'action en divorce.*

Ce sont avant tout des phénomènes d'ordre moral qui déclenchent le processus psychologique et matériel menant à la conclusion du mariage. L'union conjugale n'est parfaitement accomplie que lorsque l'entente règne entre deux personnes, entre deux sphères personnelles. Il est par conséquent normal de pouvoir rompre les liens de cette union lorsque la mésentente est vive. Le droit au mariage étant essentiellement personnel, son « antithèse », le divorce, doit être également appréciée selon des critères personnels. C'est pourquoi l'interdit possède un droit personnalissime d'intenter l'action en divorce. Sans nous étendre sur la justification de ce droit, nous pouvons dire que la partie du Code traitant du divorce laisse entrevoir l'importance que le législateur a réservée aux intérêts moraux. Le côté économique, quoique parfois aussi important que dans le mariage, est ici laissé au second plan. Il ne doit pas l'emporter là où la continuité de la vie commune est un fardeau insupportable, voire même un danger pour la santé physique ou morale des époux et de la famille. Les intéressés sont seuls capables d'apprécier la lourdeur du fardeau ou l'immédiat du danger et seul l'époux victime a qualité pour agir. Cet époux est loin parfois d'être innocent, mais il est en général le moins fautif et si, en cours d'instance, les torts principaux se révélaient lui être imputables, le divorce ne pourrait être prononcé contre la volonté de l'autre époux. Dans ce cas, il est souvent facile d'établir que la désunion est irrémédiable, que l'entente n'est plus possible, mais l'accord de l'époux « innocent » n'en est pas moins obligatoire. La détermination de l'intéressé, en l'occurrence la « victime », reste prépondérante. Si elle ne désire pas le divorce, c'est

qu'elle garde peut-être l'espoir d'une réconciliation future, qu'elle veut préserver les droits de la famille ou, moins philanthropique, qu'elle attend des propositions financières plus intéressantes !

En présence d'un conflit purement moral, l'interdit qui intente l'action (étant admis qu'il est le principal lésé) est seul apte à ressentir la gravité de l'inconduite de l'autre, l'impossibilité de poursuivre la vie commune. Il agit par conséquent seul, à l'exclusion de son représentant légal. Ce dernier est ici encore moins apte à juger sainement du degré de désunion, de la souffrance morale de son pupille que dans les cas d'atteinte aux droits de la personnalité proprement dits. Il n'est pas, en effet, de sphère plus intime que celle créée par le mariage. Souvent un désaccord, une mésentente entre époux ou même l'inconduite de l'un d'eux n'apparaissent à l'extérieur que minimisés ou faussés.

C'est probablement ce qui justifie la différence entre le mariage et le divorce en ce qui concerne l'assistance tutélaire. En effet, alors que l'accord du représentant est obligatoire pour le mariage, il ne l'est pas pour le divorce, du moins en ce qui concerne les aspects personnels de l'action; l'aspect patrimonial demeurant réservé. Il est plus facile de confier à un tiers les raisons qui vous inclinent au mariage que de lui dévoiler les causes profondes qui justifient l'action en divorce. Ces dernières étant d'ailleurs souvent subtiles et parfois trop intimes pour qu'un tiers puisse les apprécier à leur juste valeur. On peut penser aussi que l'interdit se mariant s'oblige plus profondément et se soumet à de plus vastes responsabilités que lorsqu'il veut retourner à son ancien statut juridique.

Le droit strictement personnel attribué à l'interdit d'intenter l'action en divorce sans le concours du représentant légal respecte sa sphère d'autonomie. Le pupille par son action défend son intégrité, protège sa dignité contre les atteintes que lui décoche la conduite du conjoint, et dans le cadre de cette action il est libre; il reste maître, dans les limites de la loi, de sa destinée conjugale.

Mais le problème devient plus épineux lorsque l'interdit est incapable de discernement. Le représentant peut-il alors intenter l'action au nom du pupille ? Imaginons le cas de l'épouse volage qui ne regagne le domicile conjugal que de sept en quatorze, pour se remettre des fatigues de voyages trop mouvementés. Cette conduite ne sera manifestement pas salutaire à la personnalité du mari et au maintien des liens conjugaux. La situation de l'époux apparaît comme assez semblable à celle de n'importe quel sujet subissant une atteinte à l'honneur. Il est donc permis de se poser la question de savoir si l'intervention du repré-

sentant légal est souhaitable dans le cas de l'époux incapable de discernement. Celui-ci conserve au travers de ses actes de folie, ou même d'une maladie mentale durable, la jouissance des droits civils. C'est-à-dire qu'appartenant à une collectivité humaine, il a droit aux égards dus à tout membre de cette collectivité.

La situation est ici presque semblable à celle examinée sous chiffre 1 relativement à la réparation pour tort moral. Nous disons bien « presque semblable », car si l'incapable de discernement n'est pas à même de ressentir toute la portée, la gravité de l'inconduite ou de la désagrégation de l'union conjugale, le représentant est-il, lui, capable d'agir sagement à la place du sujet ? Rien ne permet d'admettre à coup sûr que tel mari trompé, incapable de discernement, ne pardonnerait pas à sa femme les pires excès (et cela par amour pour elle) s'il avait le discernement et alors même qu'il serait parfaitement capable de juger du degré de l'atteinte. Les cas sont fréquents où la raison, en face de l'amour, fait triste figure, tant il est vrai que l'amour est souvent la première cause d'indiscernement. Il faut en conclure qu'un tiers ne peut ressentir avec justesse l'atteinte faite à autrui et qu'il est incapable de remettre l'atteinte dans le décor qui lui est propre, ou de sonder profondément la personnalité de l'individu pour savoir quelles seraient ses réactions.

La doctrine elle-même n'est pas parvenue à trancher ce difficile problème. Egger¹⁵ pense que le caractère strictement personnel de la décision portant sur la continuité de l'union conjugale ne souffre aucune représentation. Rossel et Mentha¹⁶ sont d'avis que le représentant légal est là pour sauvegarder tous les intérêts du pupille et que, par conséquent, la représentation pour l'action en divorce doit être admise. M. Galliker¹⁷ partage cette opinion ; il pense que la représentation protège mieux l'intérêt légitime de l'incapable et que le maintien d'une union conjugale intenable a quelque chose de choquant. Les défenseurs de cette thèse sont plus préoccupés de solutions équitables que de critères juridiques, mais, en la matière, nous ne saurions les blâmer. M. Jaccard¹⁸ émet un jugement plus nuancé : « Le représentant légal de l'époux innocent privé de discernement peut donc intenter l'action en divorce, mais pour une cause absolue seulement, par voie de demande principale ou de conclusions reconventionnelles... Nous dénisons au représentant légal ce même droit lorsqu'il s'agit d'une cause relative. »

¹⁵ Com. ad art. 143.

¹⁶ I, p. 251.

¹⁷ P. 130.

¹⁸ P. 69.

Il infère cette manière de voir de la division qui existe entre les causes relatives et absolues : « Les causes relatives sont des faits ou des ensembles de faits qui peuvent amener les époux ou l'un d'eux à demander la dissolution de l'union conjugale, parce que ces faits lui rendent la continuation de la vie commune insupportable, alors que les mêmes faits n'auraient pas les mêmes effets sur d'autres époux. Les causes absolues, en revanche, sont des actes uniques ou répétés qui sont une négation pure et simple de l'idée même du mariage, une violation de l'obligation de fidélité et d'assistance notamment. » Ce raisonnement est certes très habile, mais on peut craindre qu'il se révèle difficilement applicable dans la pratique, tant il sera facile de tourner l'interdiction de la représentation ¹⁹.

Le Tribunal fédéral est plus catégorique et se prononce contre la représentation : « Seul l'époux peut, le cas échéant, demander le divorce ou la séparation de corps; en cas d'incapacité de discernement, cette décision est exclue, et l'on ne peut jamais admettre avec certitude que l'époux l'aurait prise s'il avait été capable de discernement. » ²⁰ Le Tribunal fédéral s'est encore prononcé sur la qualité du discernement qui doit être plus sévèrement appréciée dans le cas du demandeur en divorce que dans le cas du défendeur ²¹.

L'intransigeance de notre Cour suprême est motivée à la fois par le fait qu'elle désire conférer à l'action en divorce un caractère strictement personnel et qu'elle pense au cas de l'homme incapable de discernement, pour lequel le divorce a été obtenu, subissant lorsqu'il recouvre le discernement une atteinte morale plus grande que celle qu'il aurait subie, étant lucide, à cause de la débauche de son épouse. Pour éviter les fâcheux effets de la bonne volonté du représentant et pour protéger tout de même la personnalité de l'incapable, M. Lador propose ²² que la représentation ne soit valable, relativement à l'action en divorce, que si la maladie, après une durée de trois ans, est reconnue incurable à dire d'experts. Il infère cette manière d'agir des prescriptions de l'article 141 CCS.

¹⁹ Il convient, pour être plus explicite, d'évoquer la thèse fondamentale de Marc Jaccard qui soutient qu'il y a un principe général, suivant lequel le représentant légal peut tout faire au nom du représenté, sauf exception légale à ce pouvoir. L'article 19 al. 2 ne servirait qu'à restreindre le dit pouvoir dans le cas d'un représenté capable de discernement. Comme la loi ne dit rien des droits strictement personnels de la personne qui n'a pas le discernement, M. Jaccard en tire la conclusion qu'il faut leur appliquer le principe général de la représentation, à moins qu'une disposition particulière n'exclue la représentation.

²⁰ ATF 68 II 144; JdT 1942, p. 601.

²¹ ATF 78 II 99; JdT 1953, p. 6.

²² P. 85.

Il faut noter que parmi tous les avis énoncés aucun n'est absolument satisfaisant. Des considérations humanitaires nous font pencher cependant pour la solution de M. Lador; elle permet d'apprécier objectivement la situation et ne donne pas une entorse trop violente à la notion d'acte strictement personnel. Quant aux positions de Egger et du Tribunal fédéral, elles ne paraissent pas tenir suffisamment compte des réalités et elles amèneront souvent à « condamner » le sujet à continuer une union conjugale qui n'en aura que le nom.

Le cas du défendeur à l'action en divorce est plus simple, et le Tribunal fédéral s'est prononcé clairement sur ce point : « Pour que la capacité d'agir seul dans un procès de ce genre (opposition au mariage ou divorce) soit reconnue, il doit suffire que l'intéressé se fasse une opinion, même rudimentaire, de ce que signifient capacité d'agir et interdiction, ou encore mariage et interdiction de mariage et qu'il puisse manifester, même en usant d'une argumentation incomplète, la volonté soit de ne pas avoir de tuteur soit de se marier... Il faut à plus forte raison reconnaître au défendeur à une action en divorce et en nullité de mariage la capacité de conclure lui-même au rejet de l'action et, le cas échéant, de recourir contre un jugement qui ferait droit à la demande, dès que le défendeur est capable de discernement au point de pouvoir apprécier, dans une certaine mesure, l'objet du litige et décider de résister à l'action et de conclure au maintien de l'union conjugale. »²³ Il est à noter que le Tribunal fédéral admettait déjà la représentation du sujet incapable de discernement et défendeur à l'action en divorce²⁴. En élargissant la sphère d'autonomie du sujet capable « même rudimentairement » de discernement, il fait une concession appréciable au droit strictement personnel d'être défendeur à l'action en divorce. Il est juste de souligner avec M. Jaccard²⁵ que « la représentation du défendeur incapable de discernement est une nécessité pratique absolue. Cela parce que notre loi connaît comme cause de divorce la maladie mentale, qui généralement entraîne l'incapacité de discernement... ».

La manière de voir du Tribunal fédéral nous paraît respecter d'autant mieux les droits strictement personnels de l'incapable défendeur à l'action que les « exigences restreintes » du discernement se prêtent à une large interprétation.

²³ ATF 77 II 7; JdT 1951, p. 354.

²⁴ Cf. en ce sens ATF 68 II 144.

²⁵ P. 59.

3. *Dispositions à cause de mort.*

Avec les dispositions à cause de mort, nous abordons l'acte strictement personnel absolu par excellence. Cela peut d'ailleurs paraître étrange, puisqu'il s'agit avant tout du patrimoine et de sa transmissibilité. Mais ces dispositions ont un caractère moral intrinsèque et n'influent pas sur le patrimoine du sujet de son vivant; l'intervention d'un tiers n'est alors pas justifiée. Pour le bénéficiaire des dispositions, le patrimoine garde toute sa valeur économique, mais il se double aussi d'un geste qui n'est pas gratuit, motivé qu'il est par des considérations d'ordre affectif : sympathie, reconnaissance, amour. Le sujet qui dispose ainsi de ses biens, s'il leur attribue encore une valeur économique, les apprécie, par rapport au bénéficiaire, selon des critères moraux. Il espère ainsi que celui qui recueillera ses biens découvrira la signification intime de son choix et jugera du degré d'affection que le disposant lui portait. Quitte ensuite à convertir ses dons en valeur marchande ! Ce message, qui est souvent d'affection et dont les termes sont tout subjectifs au disposant, est une pure question de sentiment. Il convient donc que cette manifestation soit laissée entièrement libre et fasse l'objet d'un droit strictement personnel absolu, exclusif de toute représentation. Les dangers que peuvent encourir les héritiers nécessaires résultant d'une débauche de prodigalité chez le disposant sont restreints par l'institution des réserves, manifestation de la protection de la famille. Dans les limites de la loi, le disposant est entièrement libre d'agir seul; il pourra exclure l'héritier réservataire qui a commis les actes énumérés à l'article 477 ch. 1 ou 2 CCS.

Le testament, par nature d'abord, par ses conditions de formes ensuite, exclut toute représentation. C'est un acte de volonté unilatéral, absolument gratuit et ne reposant que sur des considérations d'ordre affectif. Le bénéficiaire n'a durant la vie du testateur qu'un espoir et non un droit; c'est ce qui justifie la possibilité laissée au testateur de « refaire son testament » à mesure que ses sentiments changent.

Ce droit strictement personnel de disposer a pourtant une limite : il n'est accordé aux mineurs qu'à partir de 18 ans révolus. Cela s'explique par le fait que le législateur a estimé que celui qui dispose de ses biens doit tout de même avoir une certaine maturité de jugement et n'être plus une proie trop facile aux influences. Mais cette limitation ne va pas à l'encontre de la notion de droit strictement personnel, puisque nous pouvons admettre que le mineur de moins de 18 ans n'a pas en l'occurrence la capacité de discernement. Cette notion d'actes personalissimes est d'autant plus parfaite, qu'on exclut dans le cas

de dispositions à cause de mort jusqu'à la représentation conventionnelle pour la confection de l'acte.

L'incapacité de discernement entraîne l'impossibilité absolue de disposer. Le représentant ne peut en aucun cas se substituer à son pupille.

Qu'en est-il du pacte successoral qui, comme on le sait, est un mode contractuel de disposer ? Le disposant, de son vivant, institue héritière la partie avec laquelle il conclut ou alors l'héritier s'oblige à renoncer à sa réserve ou à une part de celle-ci. Le caractère contractuel et complexe du pacte pose une question : est-il possible, parce que nous sommes en présence d'un droit strictement personnel absolu, d'admettre sans réserve l'exclusion de la représentation ? L'exclusion peut aussi bien résulter du caractère moral de l'entreprise que d'exigences de formes²⁶. Il va de soi que l'exclusion de la représentation (si on l'admet) n'est ici valable que pour le disposant, l'autre partie ne procédant qu'à un acte économique dépourvu de considérations affectives. De plus, il convient de remarquer que le pacte, s'il porte sur des biens futurs, réunit les éléments particuliers qui lui confèrent le droit de répondre au vocable d'acte personnelissime absolu.

La question pourtant se pose de savoir si la conclusion d'un pacte successoral en général est un acte personnelissime ou non. En effet, l'article 422 ch. 5 est ambigu et sa juxtaposition avec l'article 468 CCS n'offre guère de solutions. Soulignons que la disposition de 422 ch. 5 ne souffre pas plusieurs interprétations et que nous pouvons suivre celle qui paraît seule valable : « *Der Bevormundete kann nicht als Erblasser einen Erbvertrag schliessen sondern nur als dessen Vertragspartner, und nur darauf kann sich die vorl. Ziffer beziehen.* »²⁷

Cette interprétation tend à infirmer les conclusions de M. Lador²⁸ : « Nous ne voyons pas pourquoi l'interdit qui est en droit d'exhérer son héritier réservataire comme son héritier conventionnel, ne serait pas en droit d'instituer un héritier par pacte successoral, d'autant plus que le pacte a tous les caractères d'une disposition à cause de mort, et qu'il ne porte aucun préjudice économique actuel au disposant sauf dans sa forme de pacte abdicatif à titre onéreux. » Dans ce dernier cas, il faudrait admettre l'intervention du représentant légal, selon le principe que tout acte affectant directement le patrimoine de l'incapable ne peut être conclu par celui-ci sans l'assistance du représentant. La déduction de M. Lador tente de réserver à l'interdit la sphère d'autonomie la

²⁶ Art. 512 CCS.

²⁷ Escher, *Kom. ad art. 422 Zif. 5.*

²⁸ P. 56.

plus grande possible, mais en le suivant nous donnons une entorse au principe selon lequel l'incapacité de discernement exclut tout droit de disposer à cause de mort. Il s'agit d'apprécier cette entorse et de savoir si elle est moins grave que celle portée à la notion d'acte personalissime, qui enlève à l'interdit même capable de discernement le droit de disposer par pacte successoral.

En résumé, l'intervention du représentant légal serait indispensable chaque fois que le pacte a des effets patrimoniaux immédiats (ce qui sera souvent le cas, mais pas toujours), car nous serions alors en présence d'un acte où le côté économique l'emporte sur le côté affectif. Si la pratique était telle, nous serions bien en peine d'établir une jurisprudence constante, il faudrait pour ce faire être excessivement libéral, ce qui n'est pas le cas de notre Code. Force nous est de suivre Tuor qui décrète sans réserve que les mineurs de 18 ans révolus et les interdits ne peuvent disposer par pacte successoral²⁹. La majorité de la doctrine est d'ailleurs du même avis : « *Dagegen können sie ohne diese Zustimmung die sog. höchstpersönlichen Rechte ausüben. Zu letztern gehört sicherlich auch die Errichtung einer letztwilligen Verfügung, die Errichtung eines Erbvertrages aber, bedeutet für den Erblasser nicht nur die Ausübung eines Rechtes, sondern auch die Eingehung einer Verpflichtung, und zwar einem Recht weitgehenden... Also allein kann der urteilsfähige Entmündigte den Erbvertrag nicht abschliessen wegen art. 19 al. 1, und die Verfügung mit Mithilfe geht erbrechtlich nicht an.* »³⁰

L'examen de l'acte personalissime de disposer à cause de mort laisse une fois de plus apparaître le spectre de la protection. Ainsi se raffermis l'idée que nous dénoncions plus haut et qui consiste à voir dans l'acte strictement personnel la faculté que le sujet possède de se voir protéger contre lui-même, dans tous ses actes, même les plus intimes. Alors que les droits strictement personnels de l'article 19 al. 2 devraient avant tout réserver au mineur et à l'interdit un minimum d'autonomie. Non que la protection de ces sujets de droit ne soit pas justifiée, mais elle ne doit pas l'emporter sur le droit attribué à tout individu d'agir seul pour satisfaire ses intérêts moraux les plus immédiats. Il est curieux d'ailleurs de remarquer que c'est parce qu'on reconnaît aux mineurs de 18 ans et aux interdits un droit strictement personnel de disposer à cause de mort, qu'on leur supprime le droit de disposer par pacte successoral. Le paradoxe est fruit de la logique, mais n'en est pas moins gênant.

²⁹ P. 314 et 315.

³⁰ Escher, *Kom. ad art. 468*.

Chapitre VI

L'INTÉRÊT PERSONNEL

A) Ses limites

« Tous les peuples ne sont pas mûrs pour la liberté, il en est ainsi des peuples comme des individus. On doit faire leur éducation pendant leur minorité et dans ce but ils sont soumis à un système qui ne laisse pas de place à la liberté. »¹ Cette opinion explique peut-être pourquoi on a reculé à tel point les limites de la sphère d'autonomie dans le cas des droits strictement personnels relatifs, par exemple. En examinant cette limite inférieure des droits personnalissimes, nous découvrons que la condition humaine ne saurait souffrir plus de contrainte sans s'atrophier. Ce sont les exigences existentielles de l'homme dans une société qui se veut humanitaire qui déterminent la limite inférieure de l'intérêt personnel.

Toute vie est impossible si les sujets ne jouissent pas d'une sphère minima d'autonomie. C'est dans ce sens que nous devons apprécier les articles 19 al. 2 et 28 CCS. Les droits reconnus au mineur et à l'interdit sont une barrière derrière laquelle ces sujets ont la possibilité de connaître une vie propre, de satisfaire leurs intérêts moraux les plus immédiats. La loi tend à abolir en quelque sorte leur condition dépendante pour qu'ils ne soient pas irrémédiablement soumis à une volonté étrangère. Ainsi la personnalité du sujet sous puissance est à la fois sauvegardée et protégée. Protection qui exerce ses effets aussi bien à l'égard des multiples tiers avec lesquels le mineur ou l'interdit est en contact, qu'à l'égard du représentant légal.

Si des conceptions humanitaires plus que juridiques nous poussent à admettre que les plus déshérités de nos semblables ont droit à « une parcelle de vie à eux », nous oublions parfois de constater que le sujet

¹ Egger, *Rechtsethik des ZGB*, p. 90.

de droit, muni de toutes ses capacités, juridiques, mentales et physiques, a un besoin égal de protection. La loi, en parlant d'intérêts personnels, a entrouvert la voie à une notion que la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de définir et d'étendre. C'est ainsi que la doctrine française a tracé des limites supérieures de l'intérêt personnel, en reconnaissant un droit à la liberté de la sphère d'intimité. Nous pensons que ce droit est la dernière limite jusqu'où l'homme peut savourer sa tranquillité. La sphère d'intimité doit être considérée comme la première et la plus respectable circonférence à laquelle l'extérieur viendra se heurter. Ce droit reflète la liberté de base sur laquelle viendra se greffer la liberté du mode de vie, elle-même étroitement soumise au principe des libertés coexistantes dans l'égalité. Le fait de notre vie en société pose à la fois le droit et ses limites. Il en est de même de la liberté de se mouvoir qui, elle aussi, est régie en quelque sorte par l'intérêt général.

Les frontières de l'intérêt personnel se trouvent ainsi définies : d'une part, un minimum vital d'autonomie pour que le sujet sous puissance ne soit pas victime de cette puissance, d'autre part, une sphère d'autonomie qui doit être la plus grande possible pour que le sujet vivant en société ne soit pas victime de cette société.

B) Son contenu

Il s'agit de savoir maintenant jusqu'à quel point et dans quels domaines le sujet est protégé, afin de donner quelque couleur à la notion d'intérêts personnels. M. Lador, en étudiant plus spécialement les droits personalissimes, insiste longuement sur le double caractère moral et non pécuniaire de ces droits. Il rejoint la majorité de la doctrine qui distingue deux éléments constitutifs du droit moral : droit servant à la protection de la personnalité et droit ayant un caractère non pécuniaire. Ce dernier élément ne signifie pas que le droit ne peut comporter aucun aspect pécuniaire, mais il laisse entendre que le premier but recherché par le sujet doit être une satisfaction d'ordre moral et non économique.

Il convient de souligner que cette protection du sujet recouvre toutes les manifestations de la personnalité qui peuvent amener à une satisfaction d'ordre moral sans entraver la liberté d'autrui. C'est à la fois la permission donnée au sujet d'avoir une certaine sphère de liberté et en même temps la protection de cette sphère. En ce qui

concerne les droits personnalissimes, M. Lador écrit ² que les conditions nécessaires à leur validité sont celles-ci : « Réaliser la manifestation ou la protection d'un intérêt d'ordre idéal, affectif, reconnu juridiquement et ne pas poursuivre une fin économique. »

Une chose nous frappe dans le raisonnement de M. Lador, c'est la notion de reconnaissance juridique. Il prend soin de préciser ³ que « Tout intérêt moral, par cela seul qu'il est moral, n'a pas à être protégé juridiquement : il faut en outre qu'il soit reconnu, si ce n'est par la loi civile expressément, du moins jurisprudentiellement... ». Pour qu'un intérêt moral soit reconnu jurisprudentiellement, il faut que le juge lui confère sa « qualification » juridique. Or, sur quels critères les tribunaux s'appuieront-ils pour décerner ou refuser cette « qualification » ? La notion de droit strictement personnel et l'essence de ce droit étant très semblables à celles des droits de la personnalité, il semble que l'intérêt moral doit être accordé théoriquement à tous les droits qui font partie du domaine de la personnalité. Il sera loisible au juge, dans certains cas et selon les circonstances, de reconnaître ou non à tel droit un caractère d'intérêt moral. La pratique peut ainsi facilement corriger les abus d'une théorie très générale, alors qu'il serait plus aléatoire de faire de chaque cas pratique un élément constitutif d'une théorie qui se voudrait dès lors explicite, mais qui serait en constante transformation.

Nous devons nous garder, dans un domaine où la loi est entièrement muette, de créer arbitrairement des divisions, de classer les intérêts personnels en cas concrets selon qu'ils interdisent, qu'ils autorisent, qu'ils protègent ou, chose plus délicate encore, selon qu'ils répondent à un besoin manifeste ou plus caché de la personnalité.

Le contenu de l'intérêt personnel est à la fois dans l'expression et le maintien de la personnalité dans un climat de liberté et dans le respect de cette attitude. Il est normal, en outre, de constater que les limites de l'intérêt personnel influent sur son contenu.

Notons que le caractère relatif et imprécis de la notion d'intérêt personnel ne doit ni nous étonner ni nous attrister. Le vague du développement et de la définition de M. Bücher, par exemple, n'est que le reflet de la relativité du problème : « *Der Auschnitt aus der Welt, welchen die Rechtsordnung dem Individuum zu ungestörter Verfügung zuerkennt, damit sich die einzelne Persönlichkeit entfalten und entwickeln könne, die Persönlichkeitsphäre ist das Rechtsobjekt der Persönlichkeits-*

² P. 40.

³ P. 38.

rechte. »⁴ Concluons cependant sur une remarque positive : « Les solutions données peuvent comporter des hésitations et même quelquefois des contradictions, elles n'en découlent pas moins indiscutablement d'une préoccupation unique : assurer à la personnalité humaine les garanties auxquelles sa reconnaissance par notre ordre juridique lui donne droit aussi bien contre les atteintes des tiers que contre celles résultant de conventions conclues par l'intéressé lui-même. »⁵

Conclusions

Ce qu'à aultruy tu auras fait,
sois certain qu'aultruy te fera.

RABELAIS

(*Le Tiers Livre*, chap. IX).

1. Généralités.

D'aucuns pourraient penser qu'ayant une idée assez claire des limites et du contenu de la notion d'intérêt personnel, il nous est relativement aisé d'en tirer une définition. Hélas non, car nous l'avons vu, si des exemples concrets permettent de dire ce qu'il est, une définition générale est toujours imparfaite. Il est vain de chercher à établir une fois pour toutes les limites objectives d'une sphère d'autonomie, applicables à tous les actes humains.

Des huit cas concrets étudiés plus haut, aucun ne présente une « surface » d'autonomie identique. Cette surface dépend en définitive des mobiles du sujet à l'intérieur de sa sphère et de l'attitude de l'extérieur. Tant il est vrai que si la grande Charlotte veut faire du striptease, nous ne saurions l'en empêcher, de même que nous devons respecter la position de Barbara qui pense qu'il y a tout de même de sots métiers.

Ce n'est qu'au cas concret que nous pouvons adapter la notion d'intérêt personnel, en plaçant chaque sujet dans son propre décor, dans ses propres croyances, dans sa propre philosophie, en tenant d'abord compte des intérêts immédiats de chacun pour arriver ensuite à un compromis à l'intérieur de la zone grise. Nous pensons que l'article 28 recouvre ce long processus, mais qu'il est délicat de le préciser.

⁴ Bücher, p. 85 ss.

⁵ Amiaud, *Trav. Ass. H. Capitant*, II, p. 302.

Cette précision n'attirerait-elle pas vers nos tribunaux un nombre plus grand de susceptibles, de mécontents ou d'épidermes trop sensibles ? Les cris plus ou moins perçants de cette inévitable junte font partie de toutes les époques et de tous les systèmes juridiques. La seconde partie de cette étude tend à le prouver largement.

2. *L'intérêt personnel et la vie.*

Il convient de souligner tout d'abord que dans l'étude de l'intérêt personnel, l'examen du principe même est plus important que celui de l'exercice et de la portée juridique des droits qui découlent de l'article 28. En ce qui concerne les droits strictement personnels, nous avons relativement peu d'exemples de mineurs ou d'interdits portant leurs revendications devant le Tribunal fédéral. Cela se comprend aisément du fait du jeune âge du mineur et de l'incapacité de discernement qui caractérise souvent l'interdiction. Même dans les cas de discernement, l'interdit sera toujours plus ou moins en dehors de la société (le cas concret justifiant ou condamnant cet état de fait) et nous aurons souvent trop tendance à ne pas tenir pour particulièrement valables à priori les prérogatives morales dont se réclame l'interdit.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer combien la philosophie et les croyances de celui qui juge jouent un rôle prépondérant dans la détermination de la zone grise. Nous faisons en effet l'erreur, dans un domaine presque exclusivement d'ordre moral, de nous appuyer sur des critères que nous croyons justes, que nous sentons vrais et qui n'ont en fait qu'une valeur subjective. Les critères que nous osons qualifier de base ont, eux, une valeur objective : tout le monde admet le droit de l'individu à une certaine sphère d'autonomie. Il en est de même des limites élastiques dont nous parlions sous lettre A et du contenu entrevu sous lettre B qui présentent un fondement solide sur quoi greffer tous les aléas du cas pratique. Mais plus de précision dans la définition de ces critères n'est que le fait du subjectivisme. Nous comprenons ainsi mieux l'impossibilité devant laquelle nous nous trouvons de rallier l'unanimité sur une question entachée au plus haut point de relativisme.

Ce problème n'est d'ailleurs pas exclusivement juridique et plus qu'un autre il est le reflet d'une époque, d'une civilisation. Il exprime clairement la lutte pour la liberté telle que la conçoit le XX^e siècle. Siècle des confrontations, où l'homme est mis en contact avec ses propres responsabilités, où il prend conscience de la valeur de la personnalité et de son droit, de par sa condition d'homme, à être traité d'égal à égal

avec ses semblables. Mais, très malheureusement, les aspirations de ce siècle sont très éloignées de ses réalités.

Nous avons toujours à l'esprit ce que Morvan Lebesque, dans un article paru au *Canard Enchaîné* du 11 juillet 1956, appelle la volonté de puissance et la volonté de création. « La volonté de création se définit par la conquête de l'homme sur les éléments. La volonté de puissance par la conquête de l'homme sur les autres hommes. » Voilà qui nous semble déjà expliquer une partie des droits de la personnalité. Nul ne nous contredira si nous affirmons que la volonté de puissance l'emporte presque toujours sur la volonté de création. Il est par conséquent normal que nous assistions aujourd'hui à une tendance à la limitation de la sphère d'autonomie plus sévère que nous le souhaiterions. Il est certain que cette sévérité profite un instant à la liberté de tous; elle n'en reste pas moins une atteinte trop brutale aux intérêts personnels.

Comment poser alors l'équation de la balance des égalités ? Comme le fait Lebesque en comparant : « le code du créateur éternellement opposé au code du chef, du prêtre, du dictateur, en bref de tout homme ayant élu ses semblables comme instruments de son destin » ? La question est difficile à trancher d'une manière absolue, le problème étant trop vaste et trop mal défini chez les hommes eux-mêmes pour que le droit donne un reflet précis d'une situation imprécise.

3. *Le respect de l'intérêt personnel.*

Cherchons tout de même quelques conseils pratiques dont le juge pourrait s'inspirer. Nous pouvons peut-être, par ce moyen, faire œuvre positive dans un domaine relatif et nous touchons peut-être aussi, en ce faisant, à quelques limites et applications plus rigoureuses du droit de la personnalité.

La première qualité que nous réclamons du juge est son entière indépendance. Indépendance qui se manifestera, dans la question de l'intérêt personnel, par son attitude en face des préjugés, des traditions, des croyances, en un mot une indépendance parfaite en face de la vie. Cette vie qu'il doit connaître très largement, très profondément et qu'il ne doit pas limiter aux articles du code. Ce premier point étant posé, il convient qu'en face du cas qui lui est soumis, il fasse appel à ses qualités de psychologue. Les plaideurs se défendant ou attaquant en général avec une certaine véhémence, le juge découvre d'autant plus vite et plus facilement les mobiles qui les animent. Il est ainsi plus rapidement à même de sonder la vérité, ou tout au moins de déceler et de départager

la bonne foi de la mauvaise. L'examen approfondi du cas concret lui permet également d'apprécier, en présence de deux sujets, lequel est le serf, lequel est le seigneur. La volonté de tyrannie, bien qu'elle s'exprime sous plusieurs formes, reste apparente. Il en est de même des aspirations trop égocentriques ou trop fantaisistes. Dès qu'il y a exagération, celle-ci est manifeste. Les qualités de psychologue du juge lui permettent donc de découvrir le caractère des sujets. Ceux-ci ainsi déterminés, le juge a grande facilité pour rétablir la balance des égalités. Si le juge ne cherche pas à « légitimer » des considérations extérieures d'ordre par trop sentimental ou égocentrique, le problème sera facilement résolu. De plus, nous pensons que par ses connaissances de la vie et par son expérience du droit, le juge a déjà à l'esprit quelques cas types d'ingérence. Ces types sont plus ou moins troublés ou tempérés par quelques raffinements, mais toujours la mauvaise foi, pour ne pas dire le manque de tact, voire la goujaterie, reste apparente.

Toutes ces affirmations font figure de vérités premières et paraissent manquer d'originalité. Cependant, si le juge veut s'en tenir à la lettre de ces vérités, il doit faire œuvre de révolutionnaire à l'égard du code, de la doctrine et même d'une certaine jurisprudence. C'est ainsi seulement qu'il peut s'élever au rang de législateur, c'est-à-dire être le reflet de la vie toujours mouvante, toujours en transformation, qui ne supporte pas les formules trop strictes.

Avant de conclure, qu'il nous soit permis de dire combien nous croyons que le domaine de l'intérêt personnel est d'abord régi par le respect que nous avons de la personnalité humaine. Respect que le code devrait faire observer avec plus de sévérité, puisqu'il s'avère ne pas être le fait d'une éducation générale.

En résumé, nous constatons, dans la question qui nous occupe, qu'il convient plutôt de réformer l'individu que le code. C'est dans cet esprit que nous disons avec Lebesque ⁶ : « En toute occasion refuse toute ingérence des autres sur toi-même et refuse toute ingérence de toi sur les autres. »

⁶ Art. cité.

Seconde partie

L'INTÉRÊT PERSONNEL ET L'ÉCRIVAIN

Un gardien de la paix, ce n'est rien si ce n'est pas un gardien de la vie.

GIRAUDOUX
(*La Folle de Chaillot*).

Introduction

Le lecteur du XX^e siècle a peut-être quelque difficulté à imaginer l'homme de lettres comme un être sans défense, un être attaché à un univers, à ses personnages et qui ne veut pas tout brader sur l'autel de la popularité. La soif malsaine d'une civilisation de presse du cœur réclame sa part d'indiscrétions, de mensonges et d'épidermes. Si Villon était de ce temps, nous saurions quelle est sa boîte de nuit préférée et un sien confrère romancerait ses procès. Pendant la vie de l'écrivain, les « grands » journaux analysent en couleurs ses œuvres et publient après sa mort son mystère, non sans nous apprendre qu'entre-deux il repeint à la chaux les murs de son moulin du XIII^e.

Comment au milieu de tant de masques grotesques, de tant de photographies au téléobjectif pourrions-nous faire respecter la petite parcelle d'intimité que nous considérons comme sacrée ? Il existe naturellement quelques intellectuels de broussailles pour préférer la popularité tapageuse au respect de leurs œuvres et de leur sphère d'intimité. Ce ne sont là que partisans du « beaucoup de bruit pour rien ». Mais, ne nous y trompons pas, ce ne sont là aussi qu'exceptions et souvent l'intimité et l'œuvre de l'écrivain se trouvent purement et simplement violées, l'artiste est mis devant le fait accompli et les moyens de droit suffiront tout juste à remettre un peu d'humanisme et d'équité dans cette grande kermesse sans étoiles.

La notion d'intérêt personnel de l'écrivain répond précisément au désir de conserver intact l'aspect du « moi » et la pensée que l'écrivain livre généreusement au travers de son œuvre. Cette dernière est le fruit d'un long effort, d'une maturation; c'est l'aboutissement d'un pénible processus où le doute, les hésitations, l'intégrité de la pensée rendront plus difficile encore l'épanouissement de l'idée finale. M. René Savatier dans son ouvrage : *Le Droit de l'Art et des Lettres*, le dit très joliment : « C'est d'abord le baiser de la muse, l'inspiration... Penser, rêver, concevoir de belles œuvres est une occupation délicieuse. C'est fumer des cigares enchantés, c'est mener la vie de la courtisane occupée à sa fantaisie... Seulement il ne s'agit encore que d'un rêve. Car l'œuvre ne prendra définitivement forme que par la peine de l'artiste. Il lui faudra arracher au plus intime de sa personne l'enfant fécondé de la muse... Le droit moral est le respect d'un tel travail; c'est la reconnaissance de la souveraineté du créateur de l'œuvre. » ¹

Il nous est facile alors de comprendre pourquoi l'écrivain qui s'est appliqué à trouver et à donner à son œuvre une forme, un contenu et par là une partie de lui-même est aussi digne de protection dans son œuvre que le simple sujet de droit l'est dans sa vie quotidienne.

¹ N° 13.

Chapitre premier

APERÇU HISTORIQUE DU DROIT D'AUTEUR

Le chemin est très rocailleux que nous parcourons avec le droit d'auteur, de l'antiquité à nos jours. « ... les juristes et la jurisprudence ont eu peine à dégager l'élément moral que comporte chaque création et à découvrir sa nature et ses caractères. »¹

Durant l'antiquité, le moyen âge et jusqu'au XVII^e siècle la protection des auteurs est presque totalement ignorée. Cela se comprend, car les auteurs ne signent pas leurs œuvres et le public témoigne la plus grande indifférence au nom de l'auteur. M. Henry Cabrillac² y voit une origine religieuse : la beauté est chose divine très au-dessus des contingences d'une vie de pauvre mortel. Si cette ignorance de protection est manifeste en ce qui concerne le droit exclusif d'exploitation, il n'en est pas tout à fait de même du droit moral. En effet, le droit à la paternité de l'œuvre résulte de la logique, il est le corollaire du droit à la sphère d'intimité.

Ainsi le premier acte de libération de l'écrivain se traduit par le droit à signer son œuvre. Non pas pour en tirer un avantage pécuniaire, puisque chez les Grecs, par exemple, l'écrivain est pourvu de fonctions publiques ou entretenu par des mécènes, mais parce que sous l'impulsion de la jalousie il commence à dénoncer les plagiaires. Dans l'antiquité déjà, l'accusation de plagiat est grave, ce qui n'empêche pas ce genre de se répandre rapidement. M. Michaelides³ cite entre autres les plaintes d'Aristophane dans les Grenouilles et les Nuées, celles de Virgile et de Martial. L'antiquité, dans sa sévérité à juger les plagiaires, donne l'idée d'un respect particulier dû aux auteurs. Elle entrouvre la porte au droit moral distingué des autres droits; elle attribue déjà à la chose écrite une certaine valeur, puisque l'un des aspects du droit moral, savoir le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre,

¹ Michaelides, N° 1.

² P. 10 ss.

³ P. 9 ss.

est contenu dans une loi athénienne. Son but est de lutter contre la fantaisie des copistes, elle ordonne que des copies exactes des trois grands classiques soient déposées dans les archives de l'Etat ⁴. L'*actio injuriarum* des Romains a-t-elle permis la répression des atteintes au droit moral ? La chose est plausible, mais nous devons malgré tout reconnaître que ni à Rome ni à Athènes il n'est véritablement question de droits d'auteur.

« La liberté de créer et de publier, le droit à la paternité de l'œuvre ont subi à travers l'histoire le même sort que le concept de la liberté individuelle. » ⁵ Pour cette raison, le moyen âge n'apporte rien au domaine qui nous intéresse. Les moines se bornent à conserver les ouvrages des classiques grecs et latins, et la littérature profane est anonyme. Nous voyons bien apparaître dans les monastères quelques ouvrages, dont les auteurs restent profondément inconnus; quelques-uns publient leur nom en tête des éditions, mais cette paternité ne tire pas à conséquence.

Peu à peu l'Etat se met à exercer un contrôle sévère sur tous les ouvrages. Aux termes d'une ordonnance de François I^{er}, l'Université censure les nouveaux livres pour voir s'ils ne contiennent rien de contraire au régime et à la religion. Les premières démarches de l'Etat dans le domaine littéraire apparaissent ainsi comme contraires au droit moral de l'auteur. M. Michaelides cite cependant le cas des Etats italiens de Toscane et de Venise où « la publication d'un livre ne pouvait avoir lieu sans l'autorisation de l'auteur ou de ses parents donnée par un acte authentique » ⁶.

Il faut attendre la Révolution française, la proclamation des idées individualistes, pour que le droit moral commence à se faire connaître. Il est juste d'observer que les premières revendications des auteurs portent sur des droits pécuniaires. L'apparition et le développement du concept d'intérêt personnel de l'écrivain sont fruits de l'époque moderne. Un décret français de 1793 sur la propriété littéraire et artistique reconnaît aux artistes le droit de vendre, de céder la propriété de leurs œuvres. Nous sommes loin encore de la notion actuelle des droits d'auteur, mais ces premiers pas nous permettent de fixer le point de départ d'un mouvement qui lentement ira se précisant.

Par la voix des philosophes, la doctrine, en particulier Kant dans son ouvrage *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* ⁷, s'essaie à définir les atteintes et les responsabilités morales. L'œuvre est un

⁴ Cf. Michaelides, N° 2.

⁵ Michaelides, N° 4.

⁶ N° 4.

⁷ Cf. l'étude de G. Huard, DA. 1894, p. 3 ss.

discours de l'auteur au public, et ce public a le droit de faire respecter le manuscrit de l'auteur même après la mort de celui-ci... Au point de vue juridique, ces tentatives ne sont pas satisfaisantes, elles pressentent, comme l'avait fait Justinien, les particularités du droit moral sans les définir. Si Kant apparaît comme un des premiers théoriciens du droit moral de l'auteur (et encore faut-il bien chercher), il est juste de reconnaître que ses théories restent très imparfaites et n'avancent guère nos recherches. C'est ainsi que M. Segesser peut écrire⁸ : « Nous avons l'impression que Kant fut plutôt le précurseur d'une Politique de la Culture... il n'a pas précisément lutté pour les intérêts personnels de l'auteur. »

L'époque moderne

La théorie moderne du droit moral de l'auteur fut d'abord l'œuvre de la jurisprudence, puisque presque partout la législation restait muette sur ce point. La jurisprudence et la doctrine françaises peuvent, à juste titre, revendiquer le grand mérite de s'être les premières penchées sur un problème que d'autres feignent encore d'ignorer. Le lecteur ne s'étonnera pas de constater que notre exposé recourt abondamment aux manuels et décisions des tribunaux français. Ils permettent d'apporter quelque lumière dans un domaine où trop de ténèbres règnent encore.

Dès la première moitié du XIX^e siècle, les tribunaux tentent de faire ressortir de leurs débats des notions plus précises et des droits mieux définis. C'est non sans peine et sans quelques faux pas, mais il faut reconnaître que s'il y a un domaine délicat et complexe, c'est bien celui-là. Donnons comme exemple de ces démarches ce qu'un tribunal de Lyon affirme en 1845 déjà : « ... au point de vue de sa personnalité morale... l'auteur doit toujours conserver le droit de revoir et de corriger son œuvre, d'en surveiller la fidèle reproduction et de choisir le moment et le mode de sa publication »⁹. A la fin du XIX^e siècle, le célèbre arrêt Whistler apporte quelques précisions au droit de repentir. L'auteur qui s'est engagé à livrer quelque chose conserve son droit de repentir, mais celui-ci n'est plus gratuit. « Quand Lady Eden ayant commandé son portrait au peintre Whistler, celui-ci

⁸ P. 58.

⁹ Michaelides, N° 6.

en vint à désespérer de rendre à son gré le modèle, il dut indemniser Lady Eden et ne put disposer du corps déjà peint qu'en changeant la tête du modèle. »¹⁰

En ce qui concerne la doctrine, Pardessus, Renouard, Bertauld et Morillot ont contribué par leurs études, leurs discussions et leurs points de vue parfois contraires, à accréditer l'idée d'un droit moral séparé du droit pécuniaire. C'est cette idée qui a retenu l'attention et ouvert les débats qu'ont menés Ch. Lyon-Caen, Masse et, plus tard, MM. Oagnier, Desbois et Savatier.

¹⁰ Savatier, *Le Droit de l'Art et des Lettres*, N° 53.

Chapitre II

LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT D'AUTEUR

Contentons-nous d'examiner, parmi de nombreuses tendances, les théories les plus importantes, celles qui voient dans la propriété littéraire et artistique :

- A) Un droit de propriété incorporelle.
- B) Un droit patrimonial.
- C) Un droit de la personnalité.
- D) Un droit *sui generis*.

Sous cette dernière appellation, nous pouvons comprendre la théorie unitaire, la théorie dualiste et enfin celle que nous serions tenté d'appeler la théorie mixte, formée d'éléments patrimoniaux, d'éléments résultant de la protection contre la concurrence déloyale et d'éléments personnels.

- E) Un droit intellectuel.

A) Théorie de la propriété incorporelle

C'est en Josserand¹ et Bonnecase² que nous trouvons les plus chauds défenseurs d'une théorie qui a beaucoup de peine à s'adapter aux réalités. Le principe de l'élargissement de la notion de propriété ne paraît être valable que si nous admettons une extension inhabituelle de l'objet sur lequel peut porter la propriété. Il faut beaucoup d'artifices pour travestir un droit personnel en droit de propriété et ce, parce qu'à priori un droit moral ne peut pas faire l'objet d'une propriété. Il convient cependant de souligner que la notion de « bien » est plus

¹ *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd. Paris 1932, t. I, N° 1527.

² *Traité théorique et pratique de droit civil*, G. Baudry-Lacantinerie, supplément par J. Bonnecase, Paris 1930, t. V, N° 381 ss.

extensive en France qu'en Suisse et que l'on assiste à un éclatement des concepts traditionnels. M. Savatier, dans son ouvrage *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, analyse la transformation de la notion de « bien » ; il compare les biens immobiliers du Code Napoléon à ces « nouveaux biens, faits d'un mélange indivisible de capital investi et d'activités actuelles »³. Il serait néanmoins difficile de faire entrer le droit d'auteur dans cette catégorie nouvelle qui comprend les exploitations rurales aussi bien que les cabinets des professions libérales⁴. En effet, ces biens reposent avant tout sur une entité matérielle, voire immobilière, qui n'est pas comparable à celle du droit d'auteur. En ce qui concerne la Suisse, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes que chez nos voisins français, puisque le droit suisse⁵ refuse aux *Immaterialgüter* le bénéfice des dispositions sur la propriété ordinaire⁶.

Pour en revenir à la théorie de la propriété incorporelle proprement dite, il est à noter que Bonnacase a cherché l'objet de cette propriété dans un élément matériel, dans un signe extérieur tombant sous les sens : telle serait la forme de l'œuvre constituant un symbole sur lequel s'exerce la propriété. L'œuvre est, selon nous, trop liée à la personne de l'auteur pour l'en détacher et ne lui reconnaître que les caractères d'un bien matériel. Il faut dire aussi que les défenseurs de cette propriété l'ont qualifiée d'incorporelle dans un but de classification et de différenciation d'avec la propriété ordinaire. De plus, ils s'entendaient en général pour admettre qu'il est impossible de dissocier les divers éléments que nous trouvons dans le droit d'auteur. Ces dernières remarques expliquent bien, semble-t-il, le pourquoi de cette théorie.

B) Théorie du droit patrimonial

C'est dans son ouvrage *Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken, Abbildungen, Compositionen, Photographieen, Mustern und Modellen*, paru en 1877, que Klostermann défend la théorie du droit patrimonial. Il s'attache à combattre l'existence indépendante du droit moral pensant

³ N° 298.

⁴ *Op. cit.*, N° 298.

⁵ Cf. Meier-Hayoz, N° 204.

⁶ Pour le droit français, cf. également : Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*; Rev. trim. de droit civil, 57, 1958, p. 331 ss. — Droit allemand : cf. Ulmer, p. 60 ss.

que le droit d'auteur consiste en un pouvoir exclusif sur la forme littéraire de l'œuvre⁷. Cette théorie ne reconnaît pas l'existence d'un droit général ou particulier de la personnalité qui est à la base de la théorie dualiste. Il est juste ainsi d'observer que la théorie du droit patrimonial est diamétralement opposée à la théorie dualiste et que de ce fait elle est un premier pas vers la théorie unitaire. Il n'en reste pas moins vrai que toute confusion paraît logiquement impossible entre un droit patrimonial, pécuniaire dont l'objet est l'exploitation économique d'une œuvre et la jouissance de biens immatériels comme l'honneur, le droit au respect, la liberté de créer⁸.

C) Théorie du droit de la personnalité

Cette théorie consiste à voir dans tous les attributs du droit d'auteur un seul et même droit qui entrerait dans la catégorie des droits personnels. Quoique souvent très critiquée, la théorie d'Otto von Gierke⁹ a trouvé quelques modernes partisans. En Suisse M. Melliger et en France M. Sfeteas¹⁰ se sont ralliés aux idées de Gierke. M. Michaelides, lui, est loin de trouver cette théorie irréprochable : « La création une fois extériorisée cesse d'appartenir à notre Etre... La création n'est plus que l'empreinte de l'état d'âme au moment où elle se manifeste; si elle intervenait à un moment postérieur ou antérieur elle aurait pris une autre forme et quelquefois un autre contenu. »¹¹. Nous avons ici l'affirmation d'un cas très particulier qui ne saurait servir de règle générale. Nous ne comprenons pas pourquoi l'auteur n'aurait pas le droit de rester attaché à une ancienne forme, à un premier roman comme à un premier amour. N'en déplaise à M. Michaelides, ce n'est pas parce qu'Anatole France ne cessait de corriger *Thaïs* qu'il prouve par là un désintéressement vis-à-vis de la chose ancienne, au contraire semble-t-il.

Il est un reproche plus grave à faire à cette théorie. Ce n'est que grâce à une logique artificielle que d'aucuns peuvent conférer au droit d'auteur les caractères des droits personnels : incessibilité, imprescripti-

⁷ Cf. Michaelides, N° 18.

⁸ Cf. également Ulmer, p. 61 *in fine*.

⁹ *Deutsches Privatrecht*, I, p. 748 ss, Leipzig 1895.

¹⁰ *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Paris 1923.

¹¹ N° 21.

bilité, intransmissibilité successorale et inapplication des modes généraux de représentation. Si le droit moral de l'écrivain revêt plus ou moins tous ces caractères, il n'en est absolument pas de même des droits pécuniaires. C'est bien là que réside la grande faiblesse de cette théorie; comme la précédente, elle veut rassembler en une seule notion deux droits qui sont, qu'on le veuille ou non, fort distincts.

Il faut cependant rendre hommage à cette tentative qui a eu le grand mérite d'attirer l'attention sur la personnalité de l'écrivain, sur le lien particulier et moral qui unit l'auteur à son œuvre. En mettant uniquement en avant l'élément personnel du droit d'auteur, elle a su donner une valeur réelle au droit moral, elle a réussi à attirer sur lui de nouvelles lumières : il fallait dorénavant penser avec cette notion de droit moral ¹².

D) Théorie du droit *sui generis*

Les deux principales théories qui s'affrontent dans cette catégorie sont la théorie unitaire et la théorie dualiste.

Pour M. Desbois ¹³, l'écrivain qui se décide à publier son œuvre l'engage en un double sens : il engage à la fois ses intérêts pécuniaires et ses intérêts spirituels, sa réputation littéraire, sa conception de l'œuvre d'art et ses idées. Le principe de la conception dualiste du droit d'auteur veut que prérogatives matérielles et morales se développent séparément afin que soit assurée la sauvegarde des intérêts personnels de l'auteur.

La conception unitaire est à l'opposé. La publication d'une œuvre n'autorise pas à considérer que celle-ci devient une valeur de l'ordre économique, à la manière d'un fonds de commerce ou même d'un brevet. Mais elle ne devient pas non plus une valeur de l'ordre spirituel. La source des profits qui émaneront de l'exploitation demeure en effet l'œuvre elle-même, c'est-à-dire l'émanation de la personnalité des écrivains et des artistes ¹⁴. Il est hasardeux de prétendre, comme le fait de Boor ¹⁵, que le droit d'auteur est composé de prérogatives morales et pécuniaires constituant un ensemble ¹⁶. Ces prérogatives

¹² Cf. dans ce sens Ulmer, p. 63.

¹³ Cf. N^{os} 221 ss.

¹⁴ Desbois, N^o 223.

¹⁵ *Urheber- und Verlagsrecht*, Stuttgart 1917, p. 200 ss.

¹⁶ Cf. aussi Ulmer, p. 69 ss.

ne connaissant pas forcément un développement parallèle, il sera très difficile de favoriser leur épanouissement ou de les protéger lorsqu'elles seront amalgamées. C'est pourquoi nous sommes beaucoup plus enclins à reconnaître à la partie personnelle du droit d'auteur une existence propre.

C'est aussi l'avis de Kohler¹⁷ pour qui le droit moral ne constitue pas un élément du droit d'auteur, mais possède une existence propre. Le droit général de la personnalité vient ainsi définir le droit de l'auteur sur son bien immatériel. Alors apparaît la nouvelle conception dualiste qui pense que le droit d'auteur est composé de deux éléments indépendants. Le droit moral ne s'identifie pas uniquement avec le droit général de la personnalité, mais entre dans les cadres du droit d'auteur au sens large du mot; il devient ainsi un droit autonome régi par des règles spécifiques¹⁸.

La catégorie des droits *sui generis* comprend encore la théorie que nous avons appelée mixte. C'est celle d'Elster¹⁹ qui, partant de la théorie dualiste moderne, distinguant le droit pécuniaire du droit moral, analyse celui-là comme étant composé des éléments dérivant de la défense de la concurrence déloyale. A côté de ce droit existe un second droit spécial de la personnalité, dont la méthode doit être élaborée. La théorie d'Elster semble assez confuse et nous osons nous demander en quoi elle diffère véritablement de la notion dualiste moderne. La grande difficulté consistera dans un cas comme dans l'autre à élaborer les règles spécifiques qui viendront régir le droit autonome. Dans cette élaboration la notion d'intérêts personnels restera d'un grand secours.

E) Théorie des droits intellectuels

M. Dabin définit cette catégorie dans un article paru à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*²⁰. Au début de l'étude, l'auteur se pose la question de savoir comment classer les droits intellectuels. Il en discerne trois groupes, les patrimoniaux : droit au nom commercial, les non patrimoniaux : droit au nom civil et les droits mixtes : droit d'auteur.

¹⁷ P. 226 ss.

¹⁸ Cf. Michaelides, N° 25; Gangi, N° 155.

¹⁹ *Urheber- und Erfinder- und Wettbewerbsrecht*, Berlin 1928.

²⁰ 1939, p. 413 ss.

La catégorie des droits intellectuels comporte les droits qui ont « toujours pour objet une chose immatérielle, incorporelle, intellectuelle »²¹. Pour ce qui est du droit moral, M. Dabin se refuse à le rattacher aux droits personnels. Le créateur est bien maître de son œuvre puisqu'il en est l'auteur. « Mais la qualité d'auteur n'est que la raison justificative, la cause juridique d'acquisition de la maîtrise. Quant à l'objet de celle-ci, c'est de manière directe et immédiate, la chose créée. » M. Dabin veut bien reconnaître au droit au nom civil et au droit de paternité de l'œuvre des parentés évidentes avec le droit personnel, « mais quant au droit sur l'œuvre elle-même, le rapprochement semble excessif »²². M. Dabin ne peut concevoir qu'une atteinte au droit de l'auteur sur son œuvre soit ramenée à une atteinte à ses intérêts personnels. Il trouve cette manière de voir « opportune ou prudente ». Il admet toutefois que l'œuvre conserve avec son auteur un lien de dépendance, et que l'œuvre n'est pas forcément achevée (droit de modification)²³.

Toute œuvre procède de l'homme « qu'elle se réalise en un objet intellectuel ou un objet matériel... Pourquoi réserver aux seuls travaux de l'esprit le privilège de relever des droits de la personnalité, alors que les autres ne relèveraient jamais que du domaine de la propriété matérielle ? » M. Dabin, qui se fait ici l'écho d'une conception affirmée de la doctrine française, dénonce encore le fait que la catégorie des droits de la personnalité est trop accueillante. Nous aurions trop tendance, selon lui, à élargir le concept de liberté, « car ce qu'il faut considérer dans un classement logique des diverses sortes de droits c'est l'objet sur lequel porte le droit de liberté, à savoir les choses ou les hommes »²⁴. Il est certain que face aux problèmes du droit moral de l'auteur, les droits personnels offrent un domaine « accueillant », mais il est, semble-t-il, apte à respecter les prérogatives morales de l'auteur.

« Quoi qu'on en dise, c'est donc l'unité de la classification des droits patrimoniaux qui appelle la catégorie des droits intellectuels : par application du même principe de division, le droit *in re incorporali* vient se poser à côté du droit *in re corporali* et du droit *in re personna*. »²⁵ Le droit *in re incorporali* répond à la notion de droits spécifiques sur quoi se fonde la théorie dualiste. Mais dans le cas du droit moral de l'auteur, la personne reste si intimement liée à l'objet et réciproquement qu'il semble préférable de ne pas augmenter les difficultés en créant

²¹ N° 7.

²² N° 8 ss.

²³ Cf. *Le droit subjectif*, p. 189 ss.

²⁴ N° 11.

²⁵ N° 19.

des catégories nouvelles. C'est la raison pour laquelle nous hésitons aussi à suivre les théories issues de l'idée d'un droit spécifique ²⁶. M. Roubier se demande si le droit d'exploitation qui s'applique certainement à une chose, un objet intellectuel ne se parachève pas en un autre droit : le droit à la clientèle. La conception de M. Roubier semble reposer par trop sur une idée patrimoniale du droit d'auteur. Le droit de publication pourrait encore s'apparenter à un droit d'exploitation, mais il faut trop d'artifices pour faire fi de la personne de l'auteur et prêter à un objet (l'œuvre) un droit à la clientèle toujours hypothétique.

Conclusions

Il s'agit maintenant de déceler la théorie qui convient le mieux à la réalité, tout en correspondant aux intérêts personnels de l'écrivain.

Quoique l'idée de propriété soit tentante, les éléments essentiels de ce droit peuvent recouvrir certaines particularités du droit d'auteur, il n'en reste pas moins manifeste qu'il vaut mieux réserver le terme de propriété à l'emprise sur des choses douées d'un minimum de solidité, se prêtant à une occupation physique. Même en acceptant la notion française d'une propriété extensive, nous nous refusons, pour les raisons indiquées plus haut, à y faire entrer le droit moral de l'auteur.

La conception patrimoniale proprement dite paraît trop restrictive pour que le droit moral y trouve le terrain indispensable à son développement. La catégorie des droits intellectuels au contraire ne manque pas d'originalité, car l'intérêt personnel de l'auteur correspond dans une certaine mesure à l'idée d'une maîtrise toute spéciale de celui-ci sur ses biens immatériels. Les droits intellectuels soulignent la raison d'être et la nature des droits patrimoniaux reconnus aux auteurs comme aux inventeurs. Ceux-ci méritent un statut juridique propre, parce que le monopole qu'il comporte se justifie par la création d'une œuvre de l'esprit. Mais comme le remarque justement M. Desbois ²⁷, nous découvrons par une analyse plus rigoureuse que le concept de droits intellectuels s'applique aux activités créatrices. Ils ne départagent pas suffisamment les caractères du droit d'auteur et il est à craindre que l'intérêt personnel de l'auteur ne soit pas entièrement garanti par cette

²⁶ Cf. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, Rev. trim. de dr. civ. 1935, p. 268 ss.

²⁷ N° 257.

catégorie de droits. Il nous reste donc à examiner le système dualiste et le système unitaire. Ce dernier ne saurait être défendu, car « la protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêts d'ordre patrimonial représentent deux objets que la raison et l'expérience peuvent dissocier... les intérêts moraux et pécuniaires ont de plus des sphères d'application distinctes. Si le préjudice moral et le dommage pécuniaire coexistent le plus souvent, la simultanéité n'est pas constante. »²⁸ Dans ce domaine, nous osons imaginer les cas les plus extravagants; nous pouvons concevoir que la mutilation d'une œuvre enrichisse l'auteur ou que le patrimoine seul subisse un préjudice lorsqu'une contrefaçon est commise par un plagiaire qui a pris soin de ne déplacer aucune virgule.

Le choix est malaisé à cause des intérêts en jeu. Les écrivains doivent occuper des positions solides et bien définies pour résister aux tentatives qui auront pour but de substituer leurs propres intérêts à ceux de la collectivité. « Un monopole se prête à l'exploitation, tandis qu'il est plus audacieux et malaisé de soumettre à un contrôle ou à une autorisation les manifestations d'un droit de la personnalité. »²⁹ Le point de départ de la thèse dualiste se révèle donc juste; les liens qui unissent l'écrivain à l'œuvre ne perdent pas leur force, fussent-ils s'adapter parfois aux exigences du facteur patrimonial. Mais les choses se compliquent lorsque nous devons admettre que le droit moral de l'auteur est un droit spécifique, cela revient à dire qu'il faut définir l'intérêt personnel spécial de l'auteur en créant un droit nouveau. M. Michaelides lui-même est victime de cette manière de penser, en se prononçant pour la théorie dualiste sans vouloir ramener le droit moral à un élément du droit personnel. Lorsqu'il affirme qu'« une fois achevée (l'œuvre) vit une vie propre et indépendante de celle de son créateur, malgré les liens qui l'unissent avec celui-ci », il évoque une possibilité qui ne peut devenir généralité sans restreindre dans une trop large mesure la sphère d'autonomie de l'écrivain. Si le créateur change, l'œuvre elle-même peut aussi changer. Nous sentons bien chez M. Michaelides un sentiment d'incertitude et d'hésitation qui l'oblige à beaucoup de subtilités. Toutes les facultés étroitement liées à la personne de l'auteur constituent le droit moral. M. Michaelides le dit et reconnaît à ce droit une existence autonome du droit économique. « Ceci posé, il y a lieu d'établir la délimitation entre le droit moral et le droit pécuniaire, problème délicat qui forme l'écueil de toutes

²⁸ Desbois, N° 237.

²⁹ Desbois, N° 224.

les constructions juridiques »³⁰. C'est pourtant là que le problème commence à ressembler à quelque chose de réel et nous ne pouvons nous contenter de vagues limites dans le temps en feignant d'ignorer celles que nous devons établir entre écrivains, éditeurs, adaptateurs ou tiers quelconques. Et le plus déroutant dans les conclusions de M. Michaelides c'est qu'elles semblent ne plus tenir compte des théories qui les ont précédées : « L'analyse de la nature juridique des facultés appartenant à l'auteur, indépendamment de la place qu'elles tiennent dans la législation positive, nous conduit donc à établir leur scission en deux catégories : les facultés morales et les facultés pécuniaires. Les premières présentent tous les caractères d'un droit de la personnalité... au contraire les facultés pécuniaires présentent tous les caractères d'un droit patrimonial et se distinguent des premières par leur but, qui est de procurer à l'auteur des ressources, et par leur objet qui est l'exploitation économique de l'œuvre. » Ce sont là conclusions que nous préférierions voir comme prémices aux théories multiples qui ne font que retarder la solution du problème. En effet, pourquoi, à cause d'une maîtrise toute spéciale que posséderait l'auteur, s'acharner à réfuter l'idée de droit personnel ? La spécialité de la maîtrise vient de ce qu'elle est d'ordre moral, que le respect est dû à l'auteur et non à l'objet, car l'intégrité bafouée portera préjudice à l'écrivain et non pas au livre lui-même. Que l'œuvre ait en soi une grande valeur, nous ne le contestons pas, mais elle n'a pas la conscience de la posséder et elle est d'abord vivante chez l'auteur. Le respect de l'œuvre c'est le respect de l'auteur et ce n'est qu'abusivement que certains prêtent à l'objet les qualités du sujet.

Nous devons admettre que le droit moral de l'écrivain est un droit civil, qu'il répond exactement à la notion d'intérêts personnels et que, comme le droit à une certaine sphère d'intimité, il doit dans la mesure du possible être considéré sous un angle où les préoccupations économiques ne sont pas dominantes. Il est d'ailleurs aisé de départager la chose pécuniaire de la chose morale. Il suffira pour trouver la solution des problèmes de les examiner séparément, quitte à rendre un jugement qui, selon les cas, donnera la préférence à l'une ou l'autre³¹.

³⁰ N° 29.

³¹ Cf. Ulmer, p. 70, ch. 3, qui modère ainsi son appartenance à la théorie unitaire.

La solution suisse

La séparation entre le droit d'auteur et le droit moral est consacrée en Suisse par l'article 44 de la loi sur la propriété littéraire et artistique du 7 décembre 1922. Il appert de cette disposition que la loi renonce à offrir au droit moral le secours de sa propre autorité puisqu'elle réserve les dispositions du Code civil concernant la protection de la personnalité. Il serait peut-être exagéré de prétendre que le législateur suisse a voulu faire sienne la théorie dualiste. Il semble plutôt qu'il ait choisi la solution facile qui consistait à ne pas chercher à définir les prérogatives morales.

Le droit moral étant un prolongement du droit de la personnalité, l'article 28 CCS devra garantir dans la mesure du possible tous les intérêts moraux de l'auteur. Le chroniqueur de la *Revue du droit d'auteur*³² pense que le divorce du droit moral d'avec le droit d'auteur en général présente un inconvénient qui n'est pas sans gravité. En effet, le tribunal compétent pour connaître d'une violation du droit moral ne sera pas le même que celui qui jugera les atteintes au droit pécuniaire, parce que la loi sur le droit d'auteur contient des dispositions spéciales sur le for, autres que celles qui s'appliquent aux actions civiles en général. Cette question de for ne sera gênante que dans le cas d'une revendication basée à la fois sur la loi d'auteur et l'article 28 CCS. Nous pensons qu'il est néanmoins toujours possible de les séparer (c'est ce que la loi semble vouloir), et si la chose s'avérait trop délicate il paraît facile de remédier à la lacune de la loi. Il suffirait de prévoir que le for fixé par la loi est applicable lorsque les actions reposent à la fois sur les articles de la loi et sur l'article 28 CCS. Il est évident que le problème ne se poserait pas si la loi prenait la peine de définir explicitement le contenu du droit moral de l'auteur.

Nous pouvons aussi regretter que l'article 44 déclare applicables les dispositions générales du CO en ce qui concerne la responsabilité civile découlant d'une infraction à la présente loi et non pas d'une violation quelconque du droit d'auteur. Nous pensons cependant qu'en présence de l'article 44 *in fine* l'intervention du juge est autorisée dans tous les cas où il est porté atteinte à un droit non expressément désigné, mais qui visiblement entre dans le droit d'auteur.

Nombreux sont les auteurs qui se sont demandés si le CCS contenait des textes suffisants pour assurer au droit moral son plein épanouissement et une protection satisfaisante. Pour M. Troller³³, l'honneur de

³² 1929, p. 124.

³³ DA. 1951, p. 18 ss.

l'artiste n'est pas protégé par l'article 28 CCS. Il serait naturellement présomptueux de prétendre que le CCS contient des « textes » capables de venir au secours du droit moral de l'auteur. Mais si nous prenons la peine d'appliquer au domaine spécial du droit moral une notion précise et libérale de l'intérêt personnel, le résultat peut être satisfaisant. Il est probable cependant qu'une législation *ad hoc* s'inspirant de l'article 28 procurerait à chacun plus de satisfaction ³⁴.

Nous pouvons encore, certes, en face de la carence de la législation imaginer les problèmes les plus subtils et les plus difficiles ³⁵. La réponse se trouve néanmoins dans l'article 28 : l'auteur peut faire respecter ses intérêts chaque fois que ceux-ci l'exigent. De plus le CCS lui permet de réclamer une indemnité pour tort moral, indemnité à laquelle la loi de 1922 ne semble pas avoir pensé.

Il n'en est pas moins manifeste que la législation suisse sur le droit d'auteur ne vient guère plus en aide à ses commentateurs qu'aux créateurs. Regrettons sa remarquable discrétion pour ne pas dire son mutisme en face des problèmes toujours plus nombreux que le XX^e siècle fait naître dans le domaine du droit d'auteur. Si elle a innové en laissant supposer qu'elle séparerait le droit moral du droit pécuniaire, nous osons penser qu'elle le fait d'autant mieux qu'elle n'a pas cherché (à tort ou à raison) à inscrire le droit moral dans des contours trop rigides.

³⁴ Cf. également Del Bianco, *Rev. suisse de la propr. ind. et art.* 1953, p. 150 ss.

³⁵ Cf. von Segesser, p. 63.

Chapitre III

LE CONTENU DU DROIT MORAL

Le droit de publication, le droit de repentir, le droit au respect et le droit à la paternité sont les aspects principaux du droit moral de l'écrivain. Chacune de ces quatre branches comprend plusieurs prérogatives qui complètent la notion théorique d'intérêt personnel de l'écrivain ¹.

A) Le droit de publication

« L'auteur, seul maître de sa pensée et partant des conditions et de la mesure dans lesquelles il lui convient de la révéler à autrui, doit nécessairement, par cela même, être seul maître, non seulement de décider si son œuvre doit être ou non publiée, mais encore de déterminer l'époque, les conditions et les limites dans lesquelles cette publication aura lieu. » ² Nous ne pouvons pas souhaiter point de départ plus net pour tirer de ce droit les conséquences suivantes : « Le pouvoir discrétionnaire échappe à toute discussion lorsque aucun contrat n'unit l'auteur à celui qui se propose de publier son œuvre sous quelque forme que ce soit. » ³ Si tel n'était pas le cas, la plus grave des infractions serait commise par le fait même qu'à sa base le droit moral de l'auteur serait déjà anéanti. Il découle de ce pouvoir discrétionnaire que le détenteur d'un manuscrit, par exemple, ne saurait le divulguer ou le publier sans le consentement exprès de l'auteur ⁴.

Nous pouvons donc en conclure que toute publication est prohibée sans accord de l'auteur et que l'œuvre que l'auteur ne veut pas aliéner

¹ Cf. Ulmer, p. 187 ss.

² Trib. civ. Seine, DH. 1936, p. 262.

³ Desbois, N° 530.

⁴ Cf. Le Tarnec, N° 19.

ne peut faire l'objet d'une saisie, même si le créateur considère son œuvre comme achevée. Il est normal que dans ce cas aussi la reproduction et l'édition restent interdites. En vertu de la même idée, les lettres missives, quelle qu'en soit la valeur littéraire, ne sauraient être publiées par le destinataire sans l'autorisation de l'auteur. Sans vouloir examiner le cas particulier des lettres missives, il convient de souligner qu'il mérite à lui seul une étude⁵. Giesker⁶ s'est appliqué à raisonner pour chaque catégorie de missives; il a soulevé plusieurs cas concrets qui démontrent bien qu'il s'agit plus de respecter la sphère d'intimité en général que les intérêts personnels spéciaux de l'auteur de la missive. La chose n'est pas étonnante eu égard à l'énorme diversité des composantes du problème de la protection de la sphère d'intimité dont chaque domaine important devrait, dans la mesure du possible, faire l'objet d'examen spéciaux, selon l'exemple de la commission de réforme du Code civil français : « Le destinataire d'une lettre missive confidentielle ne peut en divulguer le contenu sans le consentement de son auteur. Il peut toutefois la produire en justice s'il justifie d'un intérêt sérieux. En cas de décès du destinataire et à défaut d'accord amiable, l'auteur de la lettre ou ses héritiers ayant droit aux souvenirs de famille peuvent demander au tribunal d'en ordonner la restitution, la destruction ou le dépôt entre les mains d'une personne qualifiée, ou de prendre toute autre mesure appropriée. »⁷

Il convient de noter encore que la publication d'une œuvre peut avoir lieu par le mode de la représentation sans que nous puissions en déduire autorisation d'éditer. Tant que le créateur reste attaché à sa création, qu'il ne s'en sépare pas et qu'il ne la fait pas entrer dans le cycle économique, l'œuvre reste absolument intouchable et la sphère des intérêts personnels est très largement respectée. Les données du problème sont naturellement différentes lorsque l'auteur est lié contractuellement. Ce n'est véritablement que lorsqu'il veut retirer un avantage pécuniaire de son art que les conflits sont susceptibles d'éclater, ce n'est que lors du passage de la « phase intime » à la « phase du don », pour reprendre les termes de M. Savatier⁸, que le droit moral et les intérêts personnels se heurtent à la force obligatoire du contrat. L'hypothèse est très plausible où l'auteur ne voudra ou ne pourra pas se séparer de sa création.

⁵ Cf. les études de H. Rennefahrt, *Der Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz*, Bâle 1908; et de H. Giesker, *Der Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz*, Bâle 1908.

⁶ P. 15 ss.

⁷ *Trav. com. de réf. du CCFr.*, VI, p. 63.

⁸ N° 17.

1. *Refus d'exécuter ou d'achever l'œuvre commandée.*

« ... lorsqu'un auteur après s'être engagé vis-à-vis d'un tiers à exécuter une œuvre se sera, ultérieurement, refusé à l'exécuter ou à l'achever, il pourra se voir infliger une condamnation à des dommages-intérêts à l'égard de son cocontractant lésé par sa carence. »⁹ Cette proposition ne peut naturellement pas être admise trop rigoureusement et il est bon de faire entrer quelques précisions dans son application. L'auteur pour des raisons purement morales peut être empêché de mener à bien son œuvre; à lui de prouver la réalité des circonstances qui le gênent. Il ne saurait, en effet, être question dans ce domaine de contrainte directe. « La fabrication mécanique, et même la tâche de l'ouvrier ou de l'artisan qui se contente d'exécuter, de copier un modèle, sans le moindre effort d'imagination, se prêtent à la contrainte indirecte que réalisent les astreintes. Mais ce procédé est incompatible avec les modalités, les servitudes de toute création intellectuelle. »¹⁰

L'auteur peut toujours être victime de l'inconstance de son imagination, mais s'il persévère dans son inactivité, l'éditeur, par exemple, peut obtenir en même temps que la résiliation du contrat des dommages-intérêts. Tel est malheureusement le seul moyen de concilier la prédominance du droit moral avec le respect des obligations contractuelles. Sans porter atteinte aux exigences du contrat, il est normal de faire preuve de plus de libéralisme vis-à-vis de la prestation de l'écrivain que vis-à-vis de celle de son cocontractant. Il peut paraître choquant de voir l'obligation de créer se transformer en obligation pécuniaire, mais c'est là le seul moyen de réparer le préjudice que la défaillance de l'auteur fait subir au client. En contrepartie, celui-là peut s'exonérer en prouvant qu'il a été victime de la maladie, ou de quelque cas fortuit que nous devons interpréter plus largement dans le domaine de la création que dans les cas ordinaires du droit des obligations. Il va de soi que lorsque le client a déjà versé une somme d'argent, il a droit au remboursement de cette somme et aux indemnités éventuelles.

2. *Refus de livrer l'œuvre jugée satisfaisante par le client.*

Quoique le problème se conçoive surtout dans le domaine des arts plastiques, rien n'empêche d'imaginer un éditeur pressant un auteur célèbre de lui céder une œuvre, sans se soucier du tout de sa valeur

⁹ Le Tarnec, N° 22.

¹⁰ Desbois, N° 533.

littéraire, mais préoccupé seulement de sa rentabilité. Nous pourrions être tentés, dans le cas présent, de recourir par analogie au contrat d'entreprise. La nature très particulière des intérêts en cause interdit un tel barbarisme. Nous aurions, en effet, une renonciation anticipée qui serait illicite parce que l'écrivain ne peut engager ses intérêts personnels et spirituels sans être en mesure d'apprécier l'étendue de son sacrifice ¹¹.

L'importance de la sauvegarde de l'intérêt personnel de l'écrivain étant admise, le problème juridique est d'autant moins résolu qu'il est plus difficile de fixer le moment du transfert de la propriété de l'œuvre. Il est par conséquent normal de ne pas songer au transfert avant l'achèvement complet de cette œuvre. Mais comment fixer l'instant, le stade de l'achèvement ? En l'absence d'accord entre les parties, il serait téméraire de laisser ce soin à des juges auxquels nous n'osons demander d'être rompus à toutes les exigences de l'art. « La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur le principe général suivant : puisque le législateur protège l'œuvre littéraire et artistique indépendamment de son mérite, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le moment auquel l'œuvre peut être considérée comme achevée. » ¹². Le juge ne peut qu'apprécier si l'auteur a décidé de l'achèvement de l'œuvre. Seule la volonté du créateur doit décider en toute souveraineté et liberté si la création est digne d'effectuer un périple public et d'engager la personnalité de son auteur. C'est ainsi qu'en a jugé la Cour d'appel de Paris en 1947 dans l'affaire Rouault/Vollard ¹³. Dès 1917, le bon marchand qu'était Vollard hébergeait le peintre et ses œuvres, achevées ou non. En effet, l'artiste entreposait dans une pièce voisine de son atelier un grand nombre de toiles qui devaient encore « s'offrir à son inspiration, à ses scrupules et à ses retouches » ¹⁴ et que le profane aurait pu considérer comme terminées. Plusieurs contrats établis successivement au cours de l'ascension du peintre avaient mis au point les rapports des parties et le droit de repentir était réservé « sur des toiles qu'il ne cédait que sous condition suspensive. Il était stipulé, à la fois, qu'elles ne seraient considérées comme vendables qu'après que le peintre, dans son appréciation discrétionnaire, les aurait définitivement achevées, adoptées et signées *ne varietur* » ¹⁵. Cette collaboration n'aurait jamais reflété que la plus pure amitié si le marchand n'était pas mort avant Rouault. Il restait malheureusement dans l'atelier 806 toiles que le peintre ne considérait

¹¹ Cf. Desbois, N° 537.

¹² Le Tarnec, N° 23.

¹³ D. 1949, J., p. 20.

¹⁴ Savatier, N° 58.

¹⁵ Savatier, *idem*.

pas comme achevées, mais sur lesquelles la descendance de Vollard se rua. La Cour de Paris condamna les héritiers à restituer les toiles et à indemniser au tarif de 100 000 francs par toile celles qui ne purent être retrouvées. Le droit était pour Rouault, mais la bonne affaire ?

M. Desbois, dans une note faisant suite à l'arrêt ci-dessus, énonce clairement les conséquences de la décision du tribunal. L'auteur « conservera la propriété de l'œuvre tant qu'il n'aura pas manifesté sa volonté de la considérer comme achevée... L'achèvement de l'œuvre représente en effet une notion relative et subjective. Seul l'artiste décerne l'exeat à son œuvre en la qualifiant, à son gré, achevée ou non... ceux-ci (les artistes), quand ils entendront conserver la propriété des œuvres élaborées sur commande, même après livraison et signature, devront se réserver d'y apporter des retouches... Tant qu'ils n'auront pas renoncé à cette réserve ils n'auront pas réalisé le transfert au profit de leur client. » Il résulte de cette jurisprudence que le transfert ne peut dépendre que d'une reconnaissance émanant de l'auteur. S'il y a faute de sa part, le refus de livrer l'œuvre engagera la responsabilité du créateur comme dans le cas énoncé sous chiffre 1. La sanction de ce refus se traduira par le versement de dommages-intérêts¹⁶. Après le refus, l'auteur retrouve la pleine maîtrise de son œuvre, à condition que le paiement de dommages-intérêts ait pour but de résoudre le contrat. Cette affaire¹⁷ a aussi permis à la Cour d'appel de Paris de déclarer que les conventions par lesquelles l'auteur s'interdirait à l'avance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire seraient illicites. Il est, en effet, contraire à l'essence du droit moral et de toute activité créatrice d'admettre un transfert de propriété par anticipation avant de connaître l'état de l'œuvre.

Le refus de livrer n'est digne de clémence que s'il s'appuie sur des circonstances morales et non s'il s'agit de fraude pour gagner plus. Ce sera le cas lorsque cette faculté de refus aura été détournée de sa mission, qui est d'assurer le respect des scrupules moraux ou esthétiques, pour couvrir les entreprises du domaine de la spéculation. L'exemple classique est celui où l'auteur refuse le bon à tirer parce qu'il a conclu plus avantageusement avec un tiers. Il ne saurait alors être mis au bénéfice des caprices de la Muse; il se trouvera devant le droit des obligations comme un simple contractant.

¹⁶ Cf. Le Tarnec, N° 26.

¹⁷ Rouault/Vollard, D. 1949, J., p. 20.

3. *Manifestations de la volonté de l'auteur.*

Il ressort de l'affaire Rouault/Vollard que pour fixer l'achèvement de l'œuvre, ni la livraison ni la signature ne sont des critères décisifs. La tâche des tribunaux sera souvent fort délicate, car leur pouvoir est, en la matière, très réduit : « Les tribunaux ont pour seule tâche de juger si l'auteur a pris parti, a reconnu que son œuvre était achevée, et si par conséquent le transfert de la propriété ou la cession des droits d'exécution et de reproduction est chose faite; ils ont à s'immiscer dans l'examen, non des mérites intrinsèques de l'œuvre créée, mais des faits et actes invoqués comme mode de preuve de sa volonté. »¹⁸. Il est certain que ces « faits et actes » ne sont pas toujours évidents. L'artiste, être le plus souvent très sensible, voué presque entièrement à une vie spirituelle, est mal armé pour le commerce, pour la vie matérielle. Il ne prend souvent pas la peine de décider expressément de l'achèvement de son œuvre. C'est la raison pour laquelle les tribunaux auront parfois grand mal à découvrir le fait qui permet de prouver cet achèvement. Ils ont longuement tâtonné, ont passé par de nombreuses étapes avant d'en arriver à une solution qui mette plus de clarté dans les contrats et qui soit en quelque sorte un contrepoids au pouvoir discrétionnaire de l'auteur. Pouvoir qui, mis au service d'une trop grande fantaisie, pourrait parfois nuire désagréablement aux tiers de bonne foi. Il faut donc abandonner la trop grande imprécision de la notion de mise à disposition. Le critère de la signature résout-il le problème ? Non, car ici encore l'insouciance de l'artiste veut que parfois il se dessaisisse d'une œuvre sans la signer¹⁹. Ce critère se défend peut-être en art plastique, mais se révèle inapplicable à l'écrivain.

La logique voudrait que l'on fasse dépendre le transfert d'une reconnaissance émanant de l'auteur, et ce par document écrit²⁰. Cette incursion administrative et paperassière dans le domaine de l'art est certainement gênante, mais elle est la plus sûre garantie des droits des parties. La reconnaissance par document écrit est facilement exigible dans le domaine des arts plastiques; en effet, le certificat d'authenticité délivré par le peintre peut reconnaître l'achèvement de l'œuvre. La reconnaissance écrite soulève un problème plus délicat lorsqu'il s'agit d'un contrat d'édition, non soumis à la forme écrite. La signature des bons à tirer tend à prouver que l'auteur considère son œuvre comme

¹⁸ Desbois, N° 540.

¹⁹ Cf. Desbois, N° 541.

²⁰ Cf. Desbois, N° 542.

achevée, mais celle-ci n'en reste pas moins susceptible de modifications ²¹. Il serait plus pratique de prévoir l'élaboration d'un contrat type et d'y introduire une clause par laquelle l'artiste reconnaît l'achèvement de son œuvre. C'est à cette solution que semble se rallier la loi française de 1957 en ses articles 31 et 53, ce dernier prévoyant le consentement personnel écrit de l'auteur. Il est à craindre cependant que cette reconnaissance ne soit pas beaucoup plus définitive que celle émanant des bons à tirer, car il convient de souligner que l'achèvement de l'œuvre et son transfert n'entraînent pas renonciation à l'exercice du droit moral ²².

Toutefois en l'absence de formalités écrites, le transfert ne saurait résulter que de circonstances exemptes d'équivoques : l'auteur a choisi librement son éditeur, il n'a pas été poussé à livrer rapidement son œuvre, il s'est dessaisi volontairement et sans contrainte de son manuscrit. Il appartiendra au client ou à l'éditeur de prouver la licéité de ces circonstances, car ils sont mieux à même de connaître les exigences contractuelles et les écueils de la vie commerciale.

4. *Les conséquences du refus.*

Jusqu'à quel point l'auteur se départissant de ses obligations engage-t-il sa responsabilité et, question plus importante, recouvre-t-il la pleine et entière liberté de disposer de son œuvre ? Le problème est, en effet, délicat puisque nous nous efforçons de laisser à l'artiste la liberté la plus grande possible, que sa création lui confère un pouvoir discrétionnaire et que nous avons à respecter l'intérêt de la partie adverse. En insistant sur la particularité des rapports entre écrivains et tiers, il faut considérer en premier lieu l'intérêt personnel de l'artiste et ensuite seulement l'intérêt matériel de l'éditeur ou du client. La pratique doit se familiariser peu à peu avec ces principes, afin de mieux répondre à la notion de droits de la personnalité. « L'intervention du droit moral confère une physionomie originale au contrat, l'obligation habituelle de donner se trouve dénaturée; les effets ne seront autres que ceux d'une obligation de faire, non susceptible d'être amenée, directement ou indirectement, par la force à exécution. L'artiste ou l'écrivain assument deux obligations, l'une de faire, l'autre de donner, comme un entrepreneur quelconque, mais l'une et l'autre seront, en cas d'inexécution, traitées

²¹ Cf. *infra*, lettre B.

²² Cf. loi du 7 décembre 1922, art. 9 al. 3; et Kohler, p. 164.

comme des obligations de faire strictement personnelles et par conséquent résolubles en dommages-intérêts, en l'absence d'exécution spontanée. »²³

Il est logique que la défaillance de l'auteur ait les mêmes conséquences, qu'il s'agisse de mener à bien l'œuvre ou de la livrer au moment où le client estime satisfait le résultat obtenu. C'est là une manière de voir équitable, mais nous ne devons pas perdre de vue les motifs qui poussent le client à tenir pour satisfaisante, à un moment donné, ou plus exactement à une date donnée, une œuvre qui ne répond pas aux exigences de l'artiste. Les difficultés survenues en cours de création, le souci de perfection de l'artiste ne sauraient se retourner contre lui si sa négligence n'est pas manifeste. La jurisprudence française n'exclut pas absolument le principe selon lequel le seul refus du transfert engage la responsabilité de l'auteur. A ce dernier naturellement de se défendre et les moyens que nous voulons mettre à sa disposition nous paraissent suffisants pour que l'intérêt personnel de l'écrivain soit sauf et que l'égalité des rapports entre parties soit respectée. Mais pouvons-nous suivre M. Desbois²⁴ lorsqu'il se demande, sans répondre catégoriquement, si après le refus l'artiste recouvre ou non la libre disposition de son œuvre ? Cela reviendrait à dire que l'auteur ne s'est dérobé à sa livraison que pour détruire son œuvre, et subsidiairement on soutiendra que l'objet ne peut plus être mis tel quel en vente. Nous pensons que par un refus l'auteur ne se condamne pas à détruire l'œuvre, il serait abusif alors de l'y condamner. Précisément parce qu'il ne l'a pas introduite dans le domaine public, les liens qui l'attachent à cette œuvre sont plus intimes encore. Pourquoi les violer tout d'un coup ?

Quant à la seconde question qui veut savoir si l'auteur peut revendre son œuvre telle qu'il l'a refusée une première fois au circuit commercial, elle ne nous semble pas poser de problème. Il serait peu équitable de ne pas reconnaître ce droit à l'auteur, du moment qu'il a indemnisé le client, que le contrat est rompu et qu'il a de ce fait retrouvé sa pleine liberté. Il est permis de supposer que si l'artiste vend immédiatement son œuvre après refus, il y a quelque malignité dans l'acte. Mais en aucun cas nous ne voyons comment le premier client pourrait intervenir et de quel droit. L'interdiction de mettre de nouveau l'œuvre originale en vente est manifestement contraire aux intérêts personnels de l'écrivain. Elle donne à la collectivité un pouvoir bien étrange et arbitraire, et met l'artiste dans un état de dépendance qui est susceptible de nuire en tout premier lieu à cette collectivité.

²³ Desbois, N° 543.

²⁴ N° 546.

D'aucuns peuvent prétendre que nous sommes trop indulgents pour l'artiste et que celui-ci profitant des avantages du commerce pour subvenir à ses besoins matériels, doit connaître les exigences strictes du domaine contractuel. Cela est manifestement faux et ne correspond pas au respect de l'intérêt personnel de l'écrivain. La pensée libérale de M. Savatier ²⁵ paraît aussi claire que convaincante : « ... la phase du don au cours de laquelle l'artiste rompt le lien intime qui confondait jusque-là l'œuvre avec sa personne, n'est pas encore la phase du détachement qui, par la mort de l'auteur, fixera l'œuvre sans retour, dans sa forme aliénée, encore moins la phase de l'indépendance de l'œuvre, qui la perdra finalement dans le domaine public. En vendant son œuvre réalisée, l'artiste en fait bénéficier l'acquéreur, mais sans abdiquer ses prérogatives de créateur. Souvent il oublie de le dire, la Loi et les tribunaux sont indulgents, alors, pour son inexpérience. » Reconnaissons le mérite de cette indulgence, mais soulignons qu'elle a eu parfois peine à se manifester et que certains revirements sont toujours à craindre.

Notons pour terminer que la loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires ou artistiques n'apporte aucune aide à la solution des problèmes issus du droit à la publication. Elle se contente en son article 12 d'énumérer les caractères généraux de ce droit, alors que la Convention de Berne révisée ne prend même pas cette peine et passe sous silence le droit de publication des œuvres.

B) Le droit de repentir

Le bon à tirer signé, l'écrivain peut-il se départir du contrat ? Un changement intervenant dans l'esprit ou les conceptions de l'auteur n'est pas toujours le fruit de la versatilité, de son humeur ou de l'inconstance de ses passions. Des éléments extérieurs et imprévisibles peuvent survenir qui rendent la publication d'une œuvre indésirable pour son créateur. Les intérêts moraux de l'écrivain sont aussi dignes de protection qu'il s'agisse de cas où les scrupules naissent en cours d'élaboration, au moment où le cocontractant s'estime satisfait et demande livraison de l'œuvre ou qu'il s'agisse de remords plus tardifs ²⁶. Le repentir de l'auteur n'ira pas toujours jusqu'à la résolution du contrat, il peut présenter une réclamation de moindre envergure : l'exploitation est susceptible de

²⁵ N° 49.

²⁶ Cf. Ulmer, p. 191 ss.

continuer après que l'œuvre aura reçu des amendements. Bien qu'il s'agisse plus exactement ici d'un droit de modification, celui-ci entraînera souvent le retrait de l'œuvre. Il est, en effet, plausible que l'intention exprimée par l'auteur de ne faire que modifier l'œuvre, ait pour conséquence à la demande de l'éditeur, la résolution du contrat; c'est-à-dire que le résultat sera sensiblement semblable à celui où l'auteur exprime sa volonté de retirer l'œuvre de la circulation. Tel sera toujours le cas lorsque les modifications sont trop importantes pour qu'il soit possible de parler encore d'amendements. « L'auteur étant seul juge de l'opportunité du retrait et les tribunaux n'ayant pas à apprécier les raisons esthétiques ou morales qui déterminent sa décision, ceux-ci auraient à constater le caractère discrétionnaire du droit de retrait. Mais ils auraient aussi à sanctionner le préjudice causé à l'exploitant par l'exercice du droit de retrait. »²⁷

Il est cependant permis de ne pas opter avec le sourire pour le pouvoir discrétionnaire et d'envisager sans bienveillance les cas où ce pouvoir se révèle au plus haut point nuisible à la bonne marche de la vie commerciale et au respect de la parole donnée. C'est ce que semblait faire la législation française avant l'introduction de la loi de 1957. Nous pensons malgré tout que la suppression de l'œuvre en tout temps fait partie du droit moral de l'écrivain à condition d'indemniser préalablement ceux qu'une telle décision peut léser. L'article 32 de la loi de 1957 paraît en ce sens présenter une heureuse innovation. La logique veut que nous raisonnions ici dans le même esprit que lorsque le bon à tirer n'a pas été délivré, mais en prévoyant des sanctions plus sévères. En effet, tant que le bon à tirer n'est pas signé, l'écrivain se réserve de faire toutes les corrections d'auteur nécessaires. L'éditeur ne sera indemnisé que si ces corrections dépassent trop manifestement les marges de l'usage²⁸. Au contraire, en signant le bon à tirer, l'auteur donne à son œuvre un caractère définitif (ou presque) et l'éditeur se fie à cette reconnaissance pour mettre sous presse. Il est par conséquent tout à fait équitable d'apprécier les corrections avec plus de sévérité et de prévoir des sanctions également plus sévères.

Au nom de l'intérêt personnel de l'artiste, nous devons admettre aussi la possibilité de faire cesser la publication, mais cela entraînera du même coup le rachat des ouvrages en possession du cocontractant en fonction du prix de vente aux librairies, et indemnisation non seulement en fonction du *damnum emergens*, mais aussi du *lucrum cessans*. En un

²⁷ Le Tarnec, N° 34. — Del Bianco, *Rev. suisse de la propr. ind. et art.* 1953, p. 159, paraît trop catégorique.

²⁸ Savatier, N° 60.

mot, l'auteur devra indemniser l'éditeur de tout préjudice²⁹. Nous serions tentés d'objecter que le mode est sévère, mais il est le seul moyen de respecter la sphère intime de l'auteur et les intérêts pécuniaires de l'éditeur. L'artiste doit se montrer prudent, ne s'engager que pour un temps limité, pour une seule édition, et, dans la mesure du possible, ne jamais vendre, à l'instar de la peau de l'ours, le roman avant de l'avoir écrit. Ainsi l'exercice du droit de retrait n'apparaîtra que dans des cas très exceptionnels.

La modification de l'œuvre.

Un raisonnement *a fortiori* conduit d'emblée à penser que si l'auteur peut demander le retrait, il peut aussi demander modification de l'œuvre.

A l'examen, le problème se révèle beaucoup plus compliqué. Si la procédure de retrait permet une action relativement simple et ne pose pas de problèmes trop délicats, les modifications, elles, influent parfois considérablement sur l'œuvre et les rapports des parties. Il va de soi que des modifications de moindre importance sont choses courantes dans les rapports d'éditeur à écrivain et que celui-là les agréera selon la coutume établie. M. Silz, dans ses conclusions³⁰, souhaite qu'après contrat l'auteur ne conserve la faculté de modifier son œuvre que dans les limites tracées de bonne foi par les règles de la vie sociale. C'est au juge qu'il appartiendra de déterminer si la demande de l'auteur excède ou non les limites tracées de bonne foi par les règles de la vie sociale. Mais dans le cas de modifications importantes, nous pouvons admettre qu'à la revision réclamée par l'auteur, l'éditeur peut opposer la résiliation, quitte à refaire un nouveau contrat. Mais si l'auteur ne veut pas prendre cette décision, « il convient, selon nous, écrit M. Le Tarnec³¹, de rechercher si le remaniement auquel entend se livrer l'auteur, bouleverse ou non l'économie du contrat, et accroît ou non les obligations de l'exploitant. Dans le premier cas, l'idée de force obligatoire des conventions permettrait à ce dernier d'obtenir par la voie judiciaire la résolution du contrat et des dommages-intérêts. On imagine difficilement par contre que dans le second cas la solution puisse être la même³². Certains remaniements pouvant imposer à l'éditeur des obligations qu'il n'a ni pu ni dû prévoir, il est normal qu'une demande reconventionnelle lui per-

²⁹ Desbois, N° 551.

³⁰ *Rev. trim. de dr. civ.*, 1933, p. 424.

³¹ N° 35.

³² Dans le même sens, Desbois, N° 563.

mette d'obtenir la résolution du contrat et le cas échéant une indemnité. Nous devons aussi énoncer en passant le cas où les modifications sont telles que l'éditeur ne veut pas résilier, mais veut un nouveau contrat à l'amiable. Le droit de retrait peut réapparaître si l'écrivain juge qu'il est préférable à la sauvegarde de ses intérêts personnels.

Dans cette lutte entre règle conventionnelle et droit moral, ce dernier l'emportera si l'exploitation ne subit pas de dommages disproportionnés avec l'intérêt personnel de l'écrivain. Mais pouvons-nous comparer deux choses si opposées ? Intérêts de l'exploitant et droit moral de l'artiste ne trouvant que très difficilement leur dénominateur commun, si ce ne sont le bon sens et la bonne foi des cocontractants. Ces palabres au sujet du droit de retrait et de modification peuvent paraître d'autant plus oiseux qu'ils restent dans le domaine de la théorie. Or, nous savons que les querelles de consciences et les remous des sphères d'intimité ne peuvent être examinés et pesés en droit que pour chaque cas concret. L'exemple cité par M. Savatier en plus de l'arrêt Whistler³³ est significatif : « Et si Rodin a été admis, sans indemnités, à donner à l'Etat la grande forme décapitée qui correspondait à une statue commandée par Grunbaum, c'est parce que ce dernier avait accepté de se contenter d'une petite copie entièrement achevée, que le sculpteur lui avait remise à titre de consolation. » La conséquence la plus pratique du droit de repentir est énoncée encore par M. Savatier³⁴ : « C'est pourquoi le créancier d'un peintre, quand il saisit les toiles que ce dernier n'a pas encore jetées à la vente, doit se résigner au repentir éventuel de l'artiste, c'est-à-dire à sa faculté de remanier l'œuvre, et même de la sacrifier. Tel est du moins le cas, si les circonstances ne font pas apparaître l'impureté du sacrifice. »

Nous voyons que les différends apparaissent surtout en matière d'arts plastiques, mais il nous est très facile de les imaginer dans le domaine encore plus complexe de l'édition. Nous avons pourtant énoncé ces différents problèmes pour mieux saisir la complexité d'un droit qui, lui, n'est plus soumis aux exigences contractuelles. Un droit dans lequel s'épanouissent véritablement les intérêts personnels de l'écrivain, nous songeons au droit au respect de l'œuvre.

³³ N° 53.

³⁴ N° 28.

C) Le droit au respect

« Le droit moral implique nécessairement que l'auteur puisse imposer aux tiers le respect de son œuvre et défendre celle-ci contre les entreprises de dénaturation ou d'altération, initiatives qui auraient pour conséquence en définitive, d'attenter à sa notoriété, son idéal et peut-être même à son honneur. »³⁵ Si l'auteur malgré l'aliénation de son monopole conserve la faculté discrétionnaire de se repentir, *a fortiori* peut-il protester contre des initiatives qui dénaturent son œuvre et sa réputation.

Toutes les hypothèses dans lesquelles nous pouvons imaginer un auteur invoquant son droit au respect ne peuvent trouver une seule et même solution. Il n'est que de penser au cas de l'édition et à celui de l'adaptation par exemple. Il importe donc d'examiner séparément ces hypothèses. Une jurisprudence constante astreint celui qui a convenu de reproduire ou d'exécuter l'œuvre à la plus servile fidélité. Le respect de la forme, entre autres, que l'auteur a cru devoir donner à son œuvre est absolu. Cet absolu ne l'est d'ailleurs que dans la mesure du possible, et il appartient à l'auteur de veiller à l'exécution de la reproduction, voire à la transformation de son œuvre de manière à ce qu'elle ne soit pas altérée dans son esprit. « Les auteurs ne peuvent renoncer à cette prérogative fondamentale du droit moral qu'est le droit au respect. »³⁶ Nous pensons toutefois que l'attitude du créateur ne doit pas être passive en l'occurrence, et qu'il doit conserver, à l'esprit, l'idée d'une altération possible de l'œuvre, qui n'est pas toujours le fait de l'absence de scrupules du cocontractant.

L'éditeur ne peut de lui-même exercer une censure à l'encontre des passages qu'il juge diffamatoires pour des tiers. Dans ce cas et ne voulant pas encourir de responsabilités, il peut, cas extrême, agir en nullité du contrat, alléguant que la prestation promise va à l'encontre de l'ordre public. Cas extrême, disons-nous, qui nous satisfait peu, car nous n'aimons guère cet éditeur qui se fait défenseur d'un ordre public dont les manifestations sont en général contraires à tout développement culturel. Le problème peut d'ailleurs se compliquer. Des impératifs matériels entraîneront parfois l'éditeur à ne pas mécontenter une clientèle fidèle, voire même traditionaliste, qui lui impose une conduite.

Le devoir de fidélité du cocontractant est une constante dans tous les domaines de l'art, même s'il se manifeste sous des formes différentes.

³⁵ Le Tarnec, N° 36.

³⁶ Le Tarnec, N° 38.

Le dramaturge peut retirer sa pièce, même si l'autorité publique a décidé des coupures. Les mêmes exigences valent pour la traduction, mais elles seront naturellement différentes ici quant à la forme. En 1949, dans deux affaires différentes, le Tribunal civil de la Seine et la Cour de Paris donnaient raison à Blanchar-Zimmer-Honegger et Carné-Prévert qui se plaignaient que leurs films avaient fait l'objet de coupures auxquelles ils n'avaient pas consenti. Les firmes incriminées avaient coupé pour de prétendues raisons commerciales des scènes qui rompaient l'harmonie, soit des « Enfants du Paradis », soit d'« Un seul amour »³⁷. Nous sommes heureux de constater que l'intérêt personnel de l'auteur l'emporte ici sur le manque de respect des entreprises commerciales, mais nous devons regretter que ce ne soit pas le cas en face des manquements de la censure.

La clairvoyance de la jurisprudence française nous porte à croire que le droit moral de l'écrivain est sauf et ne risque guère de subir d'atteintes trop graves. Il en est malheureusement tout autrement lorsque nous lisons l'article 6 bis de la Convention de Berne : « L'auteur conserve pendant toute sa vie le droit... de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou toute autre atteinte à la même œuvre préjudiciables à son honneur ou à sa réputation. » Ainsi, les juges ne seraient pas obligés de censurer toute altération de l'original, mais seulement celles qui portent atteinte à l'honneur et à la réputation de l'écrivain ?

L'article 6 bis a fait couler beaucoup d'encre; voyons ce qu'en dit M. Olagnier³⁸ : « Cette rédaction est plus exacte que celle de La Havane en ce qu'elle n'emploie plus l'expression droit de propriété, mais présente une infériorité certaine sur celle de La Havane en ce qu'elle restreint, comme la loi italienne, l'exercice du droit moral aux seuls cas où les modifications de l'œuvre seraient préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. »³⁹.

L'insuffisance du texte de l'article 6 bis n'est pas passée inaperçue, mais les divergences d'opinions sont si profondes que des modifications sérieuses sont très improbables. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner les idées nombreuses qui s'affrontèrent lors de la préparation de la conférence de Bruxelles de 1948. L'article 6 bis sortit tout de même légèrement modifié de ces palabres : « Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession des dits droits, l'auteur

³⁷ JCP. 1952, 6819; D. 1951, J., 9.

³⁸ Vol. II, p. 53.

³⁹ Rappelons que la Convention de Montevideo de 1889 a été révisée à La Havane en 1928 et que cette dernière est à l'origine de l'Union panaméricaine.

conserve pendant toute sa vie le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciable à son honneur et à sa réputation. » Dans la mesure où la législation nationale des pays de l'Union le permet, les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'alinéa premier ci-dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles cette législation donne qualité. Il est réservé aux législations nationales des pays de l'Union d'établir les conditions d'exercice des droits visés à l'alinéa premier. « Ainsi encore la proposition du Programme tendant à interdire non seulement les modifications de l'œuvre qui sont de nature à porter préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, mais plus généralement toutes les modifications de l'œuvre contraires à ses intérêts spirituels n'a pas pu recueillir l'unanimité nécessaire. »⁴⁰ Cet échec est d'autant plus regrettable qu'il est dû à des raisons de formes et des querelles de mots entre « intérêts spirituels » (question religieuse) et « intérêts personnels » (termes inconnus dans certaines législations). De plus le droit moral *post mortem* est laissé au bon vouloir des législations nationales. Notons que seule la Convention de La Havane accorde à l'auteur une protection complète « indépendante des appréciations que peuvent porter les tiers ou les tribunaux sur la gravité ou l'injustice des modifications de l'œuvre qui pourraient porter préjudice aux intérêts moraux de l'auteur, à son honneur ou à sa réputation »⁴¹. Nous estimons avec M. Olganier que la gravité ou l'injustice des modifications ne peuvent avoir qu'un seul juge qualifié : l'auteur.

Encore pouvons-nous jouer avec les définitions d'honneur et de réputation en ce qui concerne l'écrivain, il n'en demeure pas moins vrai que cet article 6 bis ouvre la porte aux aspirations et réclamations diverses d'une collectivité toujours menaçante et que nous devons craindre les interprétations les plus restrictives. Il ne faut d'ailleurs pas penser que si nous reconnaissons à l'écrivain toute puissance sur son œuvre l'équilibre sera forcément rompu entre lui et les tiers. Les arrangements, de nos jours, sont de plus en plus nombreux, qui prouvent que l'écrivain doit beaucoup moins se méfier de ses cocontractants que des lecteurs ou spectateurs. Lorsque nous parlons d'arrangements, il va de soi qu'il ne s'agit pas de cessibilité du droit au respect strictement proscrite par le Tribunal de la Seine dans les arrêts cités de 1949, mais simplement de conventions parfois même orales qu'ont passées en toute liberté écrivain et éditeur.

⁴⁰ Plinio Bolla, DA 1945, p. 29.

⁴¹ Olganier, II, p. 55.

Le droit au respect en cas de cession de l'œuvre.

Les cas énoncés ci-dessus envisageaient principalement les hypothèses où l'écrivain ne se départit pas entièrement de son droit de propriété sur l'œuvre. Nous nous trouvions en face d'une cession pour ainsi dire partielle. Quel sera le sort du droit au respect lorsque l'auteur aura purement et simplement vendu son œuvre, cas fréquent dans les arts plastiques ? La Cour de Paris répond à notre question⁴² : « La propriété artistique comporte pour celui qui en est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui attaché à la personne même de l'artiste permet à celui-ci en cas de cession d'exiger le respect de son œuvre dans son intégrité et dans ses détails. » Dans le cadre de ce droit ou respect, il convient de souligner d'emblée combien les rapports seront différents, selon l'œuvre d'art, entre le propriétaire de cette œuvre et l'auteur. Les problèmes qui peuvent se poser nous font craindre parfois pour le pouvoir de l'écrivain. Si celui-ci était dessaisi de son droit au respect, nous assisterions à une faillite des intérêts personnels puisque le fait de vendre entraînerait automatiquement renonciation à ce droit au respect. Cette limitation n'est naturellement pas possible aux vues du droit, car ce dernier reconnaît toujours à l'auteur « une faculté de regard sur les initiatives que prend le propriétaire à l'égard de l'œuvre »⁴³. Une création de l'esprit diffère d'un bien ordinaire, elle conserve l'empreinte de la personnalité de l'auteur ; à travers elle l'auteur ressent le geste de mutilation ou de destruction, même en l'absence de toute méchanceté. Le principe est facilement admissible, il répond à la notion d'intérêt personnel que l'écrivain peut ainsi en tout temps sauvegarder, mais la difficulté réside dans la délimitation des restrictions que le propriétaire doit supporter, restrictions qui ne sont jamais tout à fait prévisibles. Répétons que ce problème touche plus particulièrement le domaine du sculpteur ou du peintre, mais s'il devait se poser à propos de l'écrivain, le conflit ne trouverait de solution que si le juge s'inspirait des considérations subjectives inhérentes aux intérêts intellectuels et spirituels de l'auteur. Le Tarnec⁴⁴ semble concevoir le problème dans un esprit un peu plus restrictif que M. Desbois : « En faisant application de la théorie de l'abus de droit, les juges ont la possibilité de concilier le droit de propriété et le droit moral d'auteur. Ainsi le droit moral de l'auteur trouvera à s'exercer notamment lorsque le propriétaire de l'œuvre originale se livrera sur l'œuvre à des modifications ou à des

⁴² DH. 1936, p. 257.

⁴³ Desbois, N° 571.

⁴⁴ N° 40.

mutilations inspirées par la malveillance ou le désir de nuire à l'auteur ou à sa réputation. Il trouverait encore à s'exercer, selon nous, si le propriétaire de l'original venait à laisser périr l'œuvre, à la laisser à l'abandon sans l'entretenir. Par contre, si les modifications ou même les destructions apportées par l'acquéreur de l'original présentent un caractère respectable... l'auteur ne peut valablement opposer l'autorité du droit moral. » Nous ne saurions suivre M. Le Tarnec dans cette dernière remarque; l'auteur s'il se juge lésé dans ses intérêts personnels doit pouvoir intervenir, qu'il y ait malveillance ou non. Le seul critère que nous possédions pour savoir si la modification est respectable ou non est l'accord ou la désapprobation de l'auteur. De plus, la destruction pure et simple de l'œuvre sans en référer à l'auteur est totalement contraire au droit au respect dû à toute création de l'esprit. Dans un autre ordre d'idées, la collectivité aura parfois intérêt à s'élever contre les modifications ou la destruction de l'œuvre. Si une telle intervention peut, selon les cas, se révéler heureuse, elle ne saurait aller directement à l'encontre des aspirations du créateur. Il paraîtrait choquant d'entraver l'initiative du propriétaire lorsque celui-ci est muni de l'approbation de l'auteur. Si ce dernier veut supprimer son œuvre, nous osons espérer qu'il a de bonnes raisons de le faire, raisons qui ne seront peut-être accessibles qu'à lui. Mais la collectivité ne saurait s'ingérer à tel point dans le droit de propriété de l'acquéreur et dans la sphère personnelle de l'écrivain. Nous voyons trop à quels désordres nous serions voués si même une partie de la collectivité possédait un tel droit de veto dans un domaine où elle est très certainement peu qualifiée.

D) Le droit à la paternité

Ce droit réserve à l'auteur la possibilité de signer son œuvre et de lui donner ainsi l'empreinte de sa personnalité. C'est de ce droit que découle l'obligation que nous avons de mentionner l'auteur du passage que nous citons. L'éditeur qui reproduit l'œuvre doit y spécifier le nom de l'auteur, sous réserve de stipulations contraires, et il doit avoir l'accord de ce dernier pour que soient mentionnés ses titres⁴⁵.

Il semble que ce droit ne doive point soulever de problèmes aussi complexes que les autres « parties » du droit moral. Or, la plupart des

⁴⁵ Art. 43 de la loi du 7 décembre 1922.

auteurs, notamment MM. Desbois et Michaelides, écrivent longuement sur ce droit à la paternité, qui est très important, puisque, comme l'écrit M. Savatier ⁴⁶ : « Ce serait d'abord défigurer l'œuvre que de la présenter sans la signature qui en marque la personnalité et que l'auteur a voulu y joindre. » Cela paraît tellement normal qu'on ne saurait quels arguments avancer pour soutenir qu'un auteur n'a pas le droit de publier, ou tout au moins de rendre publique, son œuvre sous son nom, sous un pseudonyme ou munie de n'importe quelle marque distinctive. « La proclamation de la paternité procède d'un droit inné et se relie à l'acte de création intellectuelle... le respect de la signature s'impose à l'acquéreur même en l'absence de toute stipulation. » ⁴⁷ Nous devons faire remarquer aussi que si la signature d'une œuvre sert la collectivité, en permettant à cette dernière de mieux saisir sa portée, par des rapprochements et par le fait même qu'elle en connaît la provenance, ce n'est point par rapport à cette collectivité que nous devons connaître du droit à la paternité. La notion que nous énonçons ici est très individualiste et sert les intérêts du titulaire d'abord. D'où la liberté de publier sous son nom, sous une autre « marque » ou de garder l'anonymat.

Lorsque l'auteur a décidé de se faire connaître, l'éditeur doit respecter ce vœu et remplir les obligations qu'il comporte. Le problème est surtout intéressant et le droit à la paternité prend toute sa force et son sens dans le cas de l'artiste dépendant, salarié. M. Savatier ⁴⁸ le souligne très justement et donne sa vraie couleur à la notion de paternité : « On y constatera que l'artiste est, parfois, pris par le commerçant à son service, dans une dépendance qui, naturellement, lui pèse, et à laquelle Mercure subordonne son salaire. Mais, autant qu'il dépend du juriste, le droit civil s'efforce d'orienter sur une autre voie les contrats qui nourriront l'artiste. Il ouvre à celui-ci une profession libérale, sachant bien que la muse n'est pas faite pour la servitude. La marque de cette liberté, c'est le droit, pour l'artiste, de signer son œuvre. La signature atteste sur elle son droit moral. » Dans une société où la plupart des artistes aussi bien que les ouvriers sont groupés en syndicats pour défendre leurs intérêts et forment une équipe pour créer œuvre d'art ou machine, il est normal que l'artiste garde ce droit de signature pour marquer sa participation. Ce processus se retrouve en face de toutes les techniques modernes de reproduction : enregistrements sonores ou visuels qui trouvent leurs champs d'application dans l'art cinématographique et qui

⁴⁶ N° 19.

⁴⁷ Desbois, N° 594.

⁴⁸ N° 24 et 25.

sont exploités par la télévision ou la radio. Le droit à la paternité justifie la présence sur nos écrans de longs génériques dont chaque nom est une signature.

1. *L'usurpation du nom d'auteur.*

Si l'auteur a le droit de signer son œuvre, il a aussi celui de dénoncer la fraude qui consiste à donner à son œuvre un faux état civil. M. Desbois dissèque très judicieusement cette notion d'usurpation de nom qui se traduit par une très nette atteinte aux intérêts personnels de l'auteur. « Le droit à la paternité, en effet, a pour raison d'être de protéger l'auteur à travers l'une de ses œuvres et de lui assurer une publication fidèle à l'original, sous son nom. Or, quand un tiers usurpe le nom d'un auteur, c'est la réputation de cet auteur qui est frappée non une œuvre déterminée... Les œuvres personnelles de la victime ne sont pas atteintes dans leur intégrité; aucune fausse attribution n'en est faite et même l'opinion que le public en a acquise ne sera pas altérée par la parution de l'ouvrage apocryphe qui dépare la parution des productions authentiques. C'est le renom de l'auteur qui est compromis : l'offense compte parmi celles qui sont dirigées contre la personne humaine dans l'exercice de la profession. »⁴⁹ Nous reconnaissons qu'ici l'auteur est le plus touché par l'usurpation de nom, mais la collectivité n'en est pas moins induite en erreur puisque l'usurpateur lui offre un « produit » sous une fausse « marque ».

2. *Abandon de la paternité.*

Le titulaire du droit à la paternité peut-il renoncer en faveur d'un tiers ? La doctrine française a tendance à l'admettre, en particulier MM. Le Tarnec et Desbois⁵⁰ qui pensent que si la convention de renonciation est licite, nous ne saurions en prendre ombrage. Une telle convention diffère de l'anonymat et de la pratique du pseudonyme; ce faisant, l'auteur renonce-t-il vraiment à son droit à la paternité ? Nous pensons que l'auteur garde le droit de se faire connaître quand bon lui semblera puisque le droit au respect de son nom doit être considéré comme perpétuel. Cela est d'autant plus important que les conventions sont en général passées pour tromper le public, pour égarer

⁴⁹ N° 597.

⁵⁰ N° 600.

ceux qui sont appelés à porter un jugement sur l'œuvre et surtout pour procurer à l'éditeur, voire à l'auteur mineur, un bénéfice illicite. Dans le cadre d'un dictionnaire, par exemple, il est normal d'admettre que la convention ne cache pas de fraudes. Mais c'est là, à notre avis, une exception et nous devons énormément nous méfier de la licéité de ces renonciations; la présomption de licéité sera plus grande si elles restent essentiellement révocables. Songeons au cas des « nègres » à la solde d'un « entrepreneur » célèbre qui ne pourront que très difficilement faire reconnaître leur droit si leur création venait à être remarquée et ce d'autant plus que « l'entrepreneur » aura pris soin d'apprêter l'œuvre d'autrui à sa sauce personnelle. En conséquence, nous devons affirmer que « la sagesse veut... qu'à tout moment l'auteur puisse décliner son identité, même quand il a souscrit à une renonciation ou une cession »⁵¹.

Au terme de ce chapitre troisième, nous voulons encore attirer l'attention du lecteur sur un principe qui fait partie inhérente du droit moral de l'auteur. La première qualité exigée de l'artiste et du cocontractant est certainement la bonne foi. Cette bonne foi sans quoi tous les rapports sont faussés, sans quoi une juste pesée des intérêts en cause est impossible. M. Savatier le souligne⁵² : « Cette bonne foi s'impose aux deux parties, mais selon la nature, bien différente, de la prestation de chacune d'elles » et tire une conséquence très intéressante de ce principe. L'éditeur qui accepte de publier une œuvre doit s'attacher à lui faire une publicité adéquate. « Mais cette publicité ne doit pas trahir l'œuvre d'art. La vérité de celle-ci ne s'accommoderait pas de sérieuses erreurs. Et sa dignité ne tolérerait pas, du moins sans le consentement exprès de l'artiste, certaines outrageantes vulgarités dans la présentation, ou dans le choix du public touché. » Nous ne saurions souhaiter conception plus libérale, aussi notre seul vœu est-il de la voir adoptée à l'unanimité par les tribunaux.

⁵¹ Desbois, N° 602.

⁵² N° 51.

Chapitre IV

LES CARACTÈRES DU DROIT MORAL DE L'AUTEUR

Nous nous contenterons d'énoncer les plus importants de ces caractères. Ils viennent directement du droit civil; ils sont ceux du droit de la personnalité et, comme eux, ils souffrent quelques exceptions, quelques nuances dans leur application. En effet, si nous avons souligné combien l'imprécision des textes et des pensées pouvait nuire aux intérêts personnels de l'écrivain, nous devons reconnaître que trop de rigueurs ne sont pas plus souhaitables.

Le principe de base sur lequel repose cet échafaudage, malgré tout fragile, est le principe de l'immatérialité du droit moral. Immatérialité bien précaire, aux conséquences parfois trop matérielles et dont la réalité se joue souvent, puisque, comme l'écrit M. Olgarnier ¹ : « L'auteur est responsable de son œuvre, moralement toujours, pécuniairement souvent, pénalement quelquefois : Flaubert a été poursuivi pour *Madame Bovary* et acquitté, mais Baudelaire a été condamné pour *Les Fleurs du Mal* à 300 francs d'amende en 1857 et Jean Richepin à un mois de prison et 500 francs d'amende en 1876 à propos de la *Chanson des Gueux*. »

1. *Incessibilité.*

La principale conséquence du caractère personnel du droit moral de l'auteur devrait être son inaliénabilité ou son incessibilité. Plusieurs opinions s'affrontent quant au contenu de cette incessibilité. Selon M. Olgarnier ², il y a inaliénabilité lorsque « la chose » est publiée parce qu'elle appartient à la collectivité... Pour M. Michaelides ³, les caractères du droit moral sont les mêmes que les caractères du droit de la

¹ Vol. I, p. 51.

² P. 37.

³ N° 48 ss.

personnalité, d'où simplification du raisonnement dans l'identification de ces deux droits. Identification approximative, dirons-nous, puisque M. Michaelides⁴ écrit : « ... des nécessités sociales ont déterminé des brèches considérables au principe de l'exclusion du commerce et de l'incessibilité du droit moral... » Nous assistons ici à un phénomène qui est souvent admis par la doctrine et qui veut « élever » à une fonction sociale l'exercice des facultés morales de l'auteur : « l'intérêt de la société... met un frein à la liberté inconsidérée et limite l'auteur quant à la cession de ses prérogatives morales, dont l'exercice effectif contribue au développement de la culture ».

Le problème de la mise dans le commerce, ou plus exactement de la mainmise du commerce sur le droit moral, peut paraître complexe à ceux qui n'ont pas encore suffisamment dissocié le droit moral du droit pécuniaire. Même si l'on examine les intérêts personnels de l'écrivain à la lumière des exigences de la vie réelle et moderne, des habitudes d'une civilisation, des nécessités de l'économie, nous nous apercevons qu'ils gardent toute leur autonomie. Ils restent, en effet, soumis au pouvoir de l'auteur, même si celui-ci est assujéti à des obligations qui apparemment lui sont contraires, il n'en est pas moins seul juge capable d'abandonner un peu sa liberté au profit de la collectivité ou au contraire de préserver intacte son autonomie. De ce principe découlent le droit de modifier l'œuvre, le droit au respect (qui, lui, n'est jamais cessible) et le droit à la paternité. Nous avons vu plus haut qu'à part le droit au respect, les autres peuvent être légèrement diminués, avec l'accord de l'auteur, mais ne sauraient être abandonnés entièrement. Ainsi le veulent les exigences de certains métiers : si les journalistes ne voient pas toujours leur nom mentionné au bas de leurs articles, cela ne veut pas dire qu'ils renoncent à la paternité de leurs écrits. Bien que les facultés du droit moral soient plus ou moins « aliénées » selon que l'auteur consent à telle ou telle clause contractuelle, nous ne saurions en déduire qu'il renonce à tout jamais à se pourvoir contre les atteintes à ses intérêts personnels.

2. *Transmissibilité.*

Il ne faudrait pas exclure à priori une certaine transmissibilité successorale. Il suffit d'imaginer au nom de quoi une telle exception au principe de l'intransmissibilité est admise : c'est un prolongement parfait

⁴ N° 62.

tement normal de la défense des intérêts de l'auteur qui ne saurait disparaître avec lui. Nous admettons avec M. Michaelides⁵ que seul ce qu'il appelle « le droit moral positif » disparaît avec l'écrivain; le droit de créer l'œuvre, de la modifier, de la retirer de la circulation ou de la détruire est le fait de l'auteur seul. Quant au droit de communiquer l'œuvre au public, celui-ci ne disparaît pas forcément avec l'auteur⁶. Au contraire, le droit d'interdire les modifications, de s'opposer à tout autre acte propre à nuire à l'œuvre et indirectement à la personne de l'auteur est transmissible. Il ne s'agit que de respecter la mémoire de l'auteur en autorisant cette transmissibilité et de protéger peut-être aussi ce fameux intérêt de la collectivité qui se trouverait atteint par trop de vulgarisation, par exemple. « Les héritiers n'auront plus qu'un devoir de défense et de conservation. Ils devront avoir le droit d'assurer le respect de l'œuvre et de pourvoir à la sauvegarde de son intégrité. Nous sommes bien d'accord qu'il ne peut s'agir là de droits personnels dans le sens usuel du mot. »⁷ Certaines exceptions sont autorisées en ce qui concerne la défense de modifier l'œuvre, mais ce exclusivement dans des buts pratiques : enseignement, information, etc. Ces atteintes ne sont permises qu'avec l'accord de l'auteur ou de ses héritiers. Il est même loisible d'exiger que les éditeurs avertissent les lecteurs de tel ou tel manuel de certaines modifications apportées à l'œuvre originale. Il ne sera pas nécessaire de les indiquer toutes, il suffira de communiquer la chose par une remarque générale.

Ici encore l'identification droit personnel et droit moral de l'écrivain est presque parfaite, ce presque ne se justifiant que pour quelques cas d'espèces, comme certaines restrictions se justifient dans le cas des droits strictement personnels et dont le but est de mieux protéger l'intérêt personnel de l'interdit ou du mineur.

3. *Imprescriptibilité et perpétuité.*

Est-il très judicieux de parler du caractère imprescriptible et perpétuel du droit moral de l'auteur ? Du vivant de celui-ci l'imprescriptibilité de ce droit ne fait pas de doute, mais aura-t-il un caractère perpétuel ? Il est toujours fort dangereux de laisser à d'autres (les héritiers) les pouvoirs discrétionnaires que le droit moral confère à l'auteur.

⁵ N° 65.

⁶ Cf. *infra*, chap. V, lettre B : Le droit moral *post mortem*.

⁷ Segesser, p. 41.

Nous sommes d'accord avec l'idée du Français Vaunois⁸ qui veut que le droit moral s'applique non seulement dans le sens que veut l'auteur, mais avant tout dans l'intérêt de l'œuvre. Cela après la mort du créateur naturellement. Mais il paraît aller trop loin lorsqu'il dit : « pour l'œuvre seule et même contre l'auteur ». Si la formule est frappante, elle n'en est pas moins dangereuse; nous préférerions voir « contre les héritiers » plutôt que « contre l'auteur », ce qui ne correspond absolument pas au respect de l'intérêt personnel. Si l'écrivain a exprimé ses dernières volontés, nous ne saurions défendre l'œuvre sans respecter celles-là.

Le droit moral ne doit pas toujours s'appliquer dans le sens que veulent les héritiers, mais nous devons toujours avoir présents à l'esprit les principes éthiques qui respecteront l'essence de l'œuvre et les intérêts personnels de son caractère. Il ne nous est pas permis dans ce cas d'évincer l'un pour mieux protéger l'autre, pour la raison très simple que l'œuvre est vivante en l'auteur et qu'après la mort de celui-ci sa mémoire et ses héritiers le ressuscitent auprès de l'œuvre. Est-ce à cause de l'œil bienveillant que les héritiers sont sensés poser sur l'œuvre, aussi longtemps que faire se peut, que nous osons parler de perpétuité du droit moral de l'écrivain ? « Parce que l'œuvre est immortelle dans la mesure où l'humanité a pu la conserver, la durée du droit moral est illimitée. »⁹ Il est certain que nous n'avons pas le droit d'enfreindre cette immortalité, mais elle nous paraît toute académique, car en cas d'infraction qui interviendra ? Des organismes d'Etat ou les sociétés d'auteurs, dit Olagnier. La loi française de 1957 sur la propriété littéraire et artistique en son article 65 al. 2 a prévu cette intervention : « Les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ont qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont ils ont statutairement la charge. » Nous craignons beaucoup que, si l'œuvre tombe dans le domaine public avant de tomber dans l'oubli, il soit très difficile à n'importe quel organisme de faire respecter les intérêts personnels du *de cuius*. Il a fallu attendre 1949 pour que la Justice réhabilite *Les Fleurs du Mal* dont la condamnation n'avait jamais été prise au sérieux que par les esprits secs des petits clercs de province. Qu'en sera-t-il de créations moins géniales et d'écrivains moins unanimement reconnus ? Notre réponse est qu'un petit noyau d'hommes ne peut pas faire beaucoup contre l'oubli, et que si une œuvre doit atteindre à l'immortalité et à la perpétuité, elle le fera malgré elle et malgré les jugements qu'elle peut susciter.

⁸ Segesser, p. 43.

⁹ Olagnier, p. 53.

4. *Insaisissabilité.*

Imaginer la saisie d'un droit moral, c'est emprisonner la liberté ! De tous les caractères du droit moral, l'insaisissabilité est celui qui pose le moins de questions et qui souffre le moins de discussions. Il est à souligner toutefois que la saisie du droit patrimonial peut entraîner une légère restriction du droit moral, mais celui-ci ne sera jamais très profondément atteint. L'écrivain garde intactes ses prérogatives personnelles, tant il est vrai que la saisie du droit pécuniaire trouve ses limites là où commencent le droit moral et la sphère des intérêts personnels. C'est ainsi, par exemple, que le créancier qui a saisi une œuvre ne saurait la rééditer sans l'accord de l'auteur. Le créancier est dans la position du propriétaire de l'œuvre et est soumis, comme lui, aux exigences du droit au respect. Il n'y a pas d'exceptions au principe selon lequel la masse des créanciers n'a aucune emprise sur les droits personnels et moraux de l'auteur.

Chapitre V

LES TITULAIRES DU DROIT MORAL

A) Les titulaires du vivant de l'auteur

Le droit moral reste toujours la prérogative de l'écrivain, de même que le droit personnel reste la prérogative du sujet de droit. L'application stricte de ce principe doit souffrir, dans un cas comme dans l'autre, certains accommodements avec les exigences matérielles de la vie et les obligations contractuelles.

1. *Les personnes morales.*

Nous n'approfondirons pas le cas des personnes morales. Il suffit de souligner qu'un premier réflexe tend à refuser aux personnes morales l'exercice du droit moral. Mais cette rigueur n'est pas heureuse et force est de reconnaître aux Instituts, aux Académies, aux Universités une correspondance évidente, dans le problème qui nous occupe, avec les personnes physiques. Cette assimilation est possible en prenant soin d'adapter le droit moral à son nouveau sujet¹. En ce qui concerne le droit suisse, l'article 54 CCS semble autoriser une telle assimilation et la jurisprudence admet l'application de l'article 28 aux personnes morales².

¹ Cf. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 106 ss et 169 ss.

² Cf. Christian Riesen, *Die Persönlichkeitsrechte der juristischen Personen*, thèse Bâle 1955.

2. *Les compilations.*

Il faut en général reconnaître un droit moral au directeur de la compilation. Il dirige les travaux, c'est-à-dire qu'il donne à l'œuvre son infrastructure, qu'il la supervise, qu'il assume les responsabilités inhérentes à un tel travail. Il lui appartient donc de faire respecter l'ensemble de l'œuvre. Ce principe est communément admis pour faciliter les rapports entre parties. Nous pensons cependant qu'en cas de manquements de la part du directeur, l'auteur de tel ou tel passage de l'œuvre conserve, ou en tous cas retrouve, l'entier exercice de son droit moral. Toute renonciation à ce droit paraît contraire à la notion d'intérêt personnel de l'auteur. Le problème de la compilation trouve sa justification spécialement dans le cadre des publications scientifiques; il sera donc normal que l'auteur, au cours des années et à mesure que de nouvelles découvertes naissent, consente à des modifications.

3. *La collaboration.*

Le problème de la collaboration est en général réglé par des clauses contractuelles, ce qui est loin de faciliter la découverte des solutions. L'industrie cinématographique nous donne les plus beaux exemples de collaboration, et de complexité en cas de divergences. L'entrepreneur apparaît comme l'être le mieux à même de poursuivre les violations du droit moral des auteurs, malheureusement c'est très souvent lui qui porte atteinte aux intérêts personnels des collaborateurs en ne songeant qu'à ses intérêts pécuniaires. Il est trop simple de dire, comme le fait M. Michaelides³ : « Lorsqu'une œuvre est le produit du travail de plusieurs auteurs, de sorte qu'elle forme un tout indivis, chacun des collaborateurs exerce sur le tout les droits... qui appartiennent à l'auteur seul. » Le principe n'est pas attaquant sur le plan théorique, car la doctrine est impuissante devant un tel amoncellement de droits différents, tous droits moraux et tous dignes d'un même respect. Mais reconnaissons que très souvent le problème est insoluble s'il n'est pas réservé à chaque collaborateur un droit personnel sur la partie de l'œuvre qui lui est propre. Cela ne facilite certainement pas les rapports entre collaborateurs, mais permet non moins certainement un respect plus

³ N° 93.

grand des intérêts personnels de chacun. Nous aurons l'occasion d'examiner quelques-uns des problèmes qui se posent à la collaboration cinématographique dans le cadre du chapitre consacré à l'adaptation.

4. *Œuvres anonymes ou pseudonymes.*

Selon les principes admis sur ce point, c'est l'éditeur qui représente l'écrivain quant à ses intérêts pécuniaires et moraux. Encore faut-il que le pseudonyme se présente sous la forme de l'anonymat, ce qui ne sera en général pas le cas. Il n'en reste pas moins vrai que l'auteur peut toujours se faire connaître et qu'il garde le pouvoir discrétionnaire d'obliger l'éditeur à respecter sa volonté et son œuvre.

5. *Les mineurs non émancipés.*

Nous devons reconnaître aux mineurs non émancipés le droit de créer, mais *quid* si ces derniers veulent publier ou refusent de publier contre l'avis paternel ? La doctrine française admet l'opposition du père ou du tuteur à la publication d'une œuvre qu'ils jugent nuisible aux intérêts du pupille. Cette manière de voir semble dangereuse en ce qui concerne les intérêts personnels du mineur. Que le père ou le tuteur aient un droit de regard sur les intérêts pécuniaires du pupille en cas de publication de l'œuvre, cela paraît normal. Mais il faut essayer de respecter la sphère d'autonomie du jeune écrivain bien qu'il soit difficile de prévoir les conséquences financières de la publication. Nous pensons que si le mineur jouit de quelques revenus ou d'une certaine fortune il pourra les engager dans une entreprise de publication, à moins qu'il fasse par trop preuve de légèreté ou de présomption. La question est naturellement très délicate de savoir si l'œuvre d'un jeune écrivain est valable ou non, la négative sera souvent vraie, mais ici intervient tout le relativisme des goûts et des couleurs qui entraîne souvent les coups et les douleurs. Par contre, le père ou le tuteur ne sauraient procéder à la publication de l'œuvre sans le consentement du mineur. Il en est naturellement de même des droits qui dépendent de la publication : ce consentement sera nécessaire aussi en ce qui concerne la forme de la publication ou des éventuelles adaptations, le mineur est seul à pouvoir interdire des modifications.

Dans le cas du mineur émancipé, celui-ci est, en droit suisse, assimilé au majeur et peut exercer librement les prérogatives du droit moral.

Cet exercice ne saurait être limité par des considérations pécuniaires ou des restrictions quant à la gestion des biens.

6. *Les interdits.*

Un raisonnement semblable à celui concernant les restrictions du droit de la personnalité amène à reconnaître à l'interdit capable de discernement le plein exercice du droit moral. Nous ne pouvons le limiter même s'il se révélait préjudiciable aux tiers. Sa famille ne peut obliger l'interdit à publier une œuvre dont il ne veut pas assumer la responsabilité. Le cas de l'interdit incapable de discernement est plus délicat, mais il serait dangereux d'affirmer sans restrictions que le droit moral de l'auteur est un droit strictement personnel absolu. Ce faisant, l'incapacité de discernement entraînerait la perte de la jouissance du droit. Cette interprétation se justifie eu égard à la publication, car un jugement sain doit décider d'un acte aussi important que la publication. Un tiers ne sera jamais à même de décider de l'opportunité d'un tel acte. Pour cette raison, les œuvres inédites doivent rester telles qu'elles étaient au moment de l'interdiction. Cependant, le tuteur de bonne foi devrait être autorisé à entreprendre la réimpression d'une œuvre publiée lorsque l'interdit était encore sain. Cela d'autant plus que le tuteur doit pouvoir exercer les prérogatives du droit moral tendant à protéger la personnalité et l'œuvre de l'auteur contre les atteintes survenant pendant l'interdiction.

7. *L'époux artiste.*

La doctrine et la législation françaises pèchent par défaut de galanterie lorsqu'elles consacrent un chapitre spécial à la femme mariée. En effet, en France, la publication d'une œuvre est un acte qui peut affecter l'honneur de la famille et la loi a réservé la garde de cet honneur au mari. Les articles 213 et 223 CCFr. consacrent le pouvoir de chef de famille, sur ce point, à l'homme, non sans réserver toutefois que si le mari ne l'exerce pas dans l'intérêt du ménage, les tribunaux pourront donner raison à sa femme et autoriser celle-ci à exercer ses droits sans l'autorisation d'un mari abusif. Cette manière de voir du CCFr. est naturellement fort désagréable et méconnaît grandement les droits de la personnalité, puisqu'il s'agit purement et simplement d'empêcher la femme mariée de se vouer à sa vocation d'artiste si tel est le bon plaisir du

mari. Cela est d'autant plus gênant que cette prédominance maritale disparaît lorsque l'œuvre est publiée et que nous assistons à un renversement des situations : « Si même au moment où il perd sa femme, l'artiste ou l'écrivain reste, en son vivant, maître de l'œuvre non aliénée, la femme de lettres ou d'art est durablement mieux traitée. Depuis 1907, en effet, les femmes qui travaillent autrement que pour leur mari ont cette faculté, qui n'appartient pas au mari, de garder leurs gains pour elles. Ces gains ne tombent en communauté que conditionnellement. La femme en renonçant à la communauté, peut les garder à elle seule. Article 464 CCFr. »⁴ Curieuse idée de donner à l'épouse, sur le plan pécuniaire, la liberté qu'on lui prend sur le plan moral. Sans doute, le législateur a-t-il voulu rétablir un équilibre qui n'était pas dans la pensée napoléonienne : « Pour comprendre le code civil il ne faut pas oublier que, lui aussi, fut rédigé au lendemain du Directoire, époque peu recommandable par ses mœurs. Napoléon en avait souffert en Joséphine : les femmes, disait-il, ont toujours ce mot à la bouche : vous m'empêchez de voir qui me plaît. Et la réaction de son tempérament d'autocrate avait été de faire de la femme, de cet être à la fois charmeur, futile et perfide la propriété d'un maître : le mari. »⁵

Si le code civil français et une certaine doctrine se montrent peu féministes, tel M. Michaelides⁶ qui soutient que l'autorisation du mari est aussi nécessaire pour toute modification qui serait apportée à l'œuvre après sa publication, gardons-nous cependant de trop pleurer sur le sort de l'épouse artiste. La jurisprudence semble avoir compris qu'il n'était pas de bon ton que la Française du XX^e siècle souffrît encore de la perfidie de Joséphine⁷. Dans l'affaire Dame Canal c/ Jamin⁸, le Tribunal civil de la Seine a jugé que : « Le droit d'auteur et la faculté d'exploiter l'œuvre dans un intérêt pécuniaire, de consentir à des reproductions, à des reprises ou à de nouvelles éditions est propre à l'auteur et, seuls, les produits de cette exploitation tombent dans la communauté entre époux. » L'auteur, ici Dame Canal, s'il a le droit de disposer seul dans un but pécuniaire, aura à plus forte raison le libre exercice de son droit moral. C'est ce que souligne la Cour de Cassation dans la même

⁴ Savatier, N^o 78.

⁵ Savatier, *Le Droit, l'Amour et la Liberté*, p. 41.

⁶ N^o 103.

⁷ Il faut noter que les législations de 1938 et 1942 l'avaient également compris et que la loi sur la propriété littéraire et artistique de 1957 ne fait que s'inscrire dans une tendance qui se fait de plus en plus générale. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux travaux de la Commission de réforme du CCFr., tome V, pages 31 ss et 109, où M. Niboyet, entre autres, se montre solide partisan de l'égalité entre époux.

⁸ DH 1936, p. 262.

affaire en 1945 lorsqu'elle dit que la mise en commun du monopole d'exploitation des œuvres publiées par la femme ne peut pas priver celle-ci de la faculté de modifier sa création ou même de la supprimer à condition toutefois qu'elle ne soit pas déterminée par un mobile de vexation à l'égard du conjoint ⁹.

La loi française sur la propriété littéraire et artistique de 1957 met fin à ce pénible déséquilibre et semble même, en son article 25, aller plus loin que la Cour de Cassation : « Le droit de divulguer l'œuvre, de fixer les conditions de son exploitation et d'en défendre l'intégrité est propre à l'auteur époux. » La disposition est d'autant plus révolutionnaire que le droit de fixer les conditions d'exploitation est d'ordre patrimonial. Notons, cependant, que l'article 25 n'est applicable qu'aux époux qui se sont mariés après le 11 mars 1958, date d'entrée en vigueur de la loi.

Ce n'est pas parce que les tribunaux suisses n'ont jamais eu à se prononcer sur les différends moraux dans les ménages d'artistes, que nous devons en conclure que la femme suisse est plus avantagée que sa voisine. Bien que le problème ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en France, la nombreuse littérature qui est consacrée chez nous à la « Gleichberechtigung » des époux suffit à prouver que l'égalité n'est pas parfaite ¹⁰.

L'exercice par la femme d'une profession ou d'une industrie est soumis, selon l'article 167 CCS, à l'autorisation du mari. Devant le refus du mari, la femme peut demander l'autorisation au juge à condition de prouver que l'exercice d'une profession est commandé par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille ¹¹. L'inégalité du Code civil semble heureusement appelée à disparaître : « *In den heutigen Ringen um die Gleichberechtigung wird dieses Kündigungsrecht durchwegs preisgegeben.* » ¹² Le but de cette étude n'étant pas de faire le procès de l'article 167, il suffit d'examiner si la femme de lettres doit être soumise au consentement de son mari comme la directrice d'une entreprise. La question se pose d'autant plus que la pratique enseigne que souvent l'exercice du droit moral a des répercussions sur le plan patrimonial et que, selon le régime matrimonial des époux, le conjoint

⁹ D 1945, p. 285.

¹⁰ Citons parmi les études récentes : Egger, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung*, RDS 73, 1954, p. 1 ss; Grossen, *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel 1957; Deschenaux, *Revision du régime matrimonial*, rapport présenté à la Société suisse des juristes, Bâle 1957.

¹¹ Art. 167 al. 2.

¹² Egger, art. cit., p. 15.

non artiste laissera percer quelques craintes quant aux conséquences financières de l'entreprise. La solution préconisée par Egger¹³ peut se justifier, mais ne sera pas toujours satisfaisante : « *Erforderlich ist nur, dass eine nicht ganz vorübergehende, vereinzelte, sondern eine auf Dauer angelegte Tätigkeit vorliegt, die nach der Auffassung des Lebens auf Erwerb gerichtet ist. Das trifft zu auf die Architektin, die Schauspielerin, aber nicht auf die Schriftstellerin, Malerin*^{13a}, vollends nicht auf gemeinnützige Betätigung. »

Cette division n'est cependant pas parfaite et il est à craindre qu'elle se révèle trop arbitraire en face des cas pratiques. Il serait en tout cas plus équitable de placer l'actrice et la femme de lettres sur un même plan. Il serait plus juste de reconnaître aussi, comme le fait M. Grossen¹⁴, que : « L'exercice par la femme d'une profession ou d'une industrie ne devrait plus dépendre de l'autorisation du mari, mais seulement de la situation des époux. » Toujours est-il que la solution préconisée par Egger peut, dans certains cas, être favorable à la femme écrivain, bien que l'article 167 laisse subsister quelques doutes sur la question plus générale de l'égalité des époux.

Il est en effet certain que le droit de la femme de se livrer à une occupation, de faire valoir ses qualités professionnelles sont du ressort des droits de la personnalité¹⁵. Mais le droit de la personnalité entre ici en conflit avec la notion, très ancrée chez nos concitoyens, de « la femme au foyer ». La solution préconisée par M. Grossen¹⁶ et par M. Deschenaux¹⁷ semble être la seule capable d'assurer la pleine intégrité des droits personnels de la femme et de respecter les intérêts de l'union conjugale. Nous osons espérer que les juges sauront entendre la voix d'une doctrine qui vient heureusement corriger les excès d'une législation parfois trop patriarcale.

B) Le droit moral *post mortem*

Nous avons vu déjà que le problème de la défense des intérêts de l'écrivain est au départ très délicat, qu'il devient toujours plus complexe selon les titulaires du droit et nous pouvons facilement imaginer qu'il

¹³ Kom. ad art. 167.

^{13a} Anwendung von Art. 191 Ziff. 3, aber nicht von Art. 167.

¹⁴ Art. cit., p. 25.

¹⁵ Cf. Deschenaux, art. cit., p. 460 a; Egger, art. cit., p. 15.

¹⁶ P. 25.

¹⁷ P. 461 a.

souffrira maintes vicissitudes après la mort du créateur. L'idée est louable de remettre entre les mains des héritiers la défense des intérêts personnels de l'auteur défunt, mais la jurisprudence nous enseigne que les héritiers ne sont guère plus respectueux que les tiers étrangers et sont très enclins à prendre des décisions auxquelles le défunt n'aurait jamais souscrit. Nous assistons dans ce cas à une dénaturation du droit moral qui va à l'encontre du but que se fixe le législateur. En effet, si le droit moral survit au défunt, c'est pour défendre la pensée de celui-ci, pour assurer fidèlement le respect dû à sa mémoire et pour maintenir l'œuvre dans la forme d'expression choisie par le créateur. Afin de ne pas trahir la notion d'intérêts personnels, il importe que les prérogatives d'ordre moral subissent une transformation lorsqu'elles passent aux mains des héritiers. La simple transformation n'est cependant pas encore suffisante, car le désintéressement des titulaires du droit après la mort de l'auteur peut très bien conduire à une dénaturation de l'œuvre. Il faut que la loi empêche de tels actes.

La doctrine a clarifié le premier point : « Le droit moral après la mort de l'auteur ayant pour objectif d'assurer le maintien de l'œuvre telle que l'auteur l'a laissée, il est naturel que les prérogatives du droit moral qui procèdent d'une modification de la volonté ou des conceptions disparaissent avec le défunt. Ainsi disparaît le droit de retrait et le droit de modification de l'œuvre, manifestations du droit de repentir; disparaîtra aussi le droit de communication au public. La possibilité de modifier l'œuvre ne serait admise que si le défunt en avait exprimé la volonté ou si cette solution répond à des nécessités (œuvres destinées à l'enseignement, mises à jour). »¹⁸ Le droit de publication que le doyen Savatier considère comme l'attribut le plus essentiel du droit moral de l'auteur¹⁹ soulève quelques questions. « ... lui seul (l'auteur), et non ses héritiers ou légataires, a qualité, par une disposition formelle, pour déterminer si l'œuvre qu'il laisse en mourant sera ou non publiée, de quelle manière et dans quelle limite. Et ses seules volontés s'imposent. »²⁰ Mais si l'écrivain n'a pas pris soin d'exprimer ses volontés à cet égard, M. Savatier reconnaît que le cas est assez délicat de savoir quels seront les « gardiens » qui interviendront et pense que leur tâche ne sera pas toujours facile puisqu'ils sont « simples interprètes de la volonté non exprimée de l'écrivain ». Il semble malgré tout qu'à défaut de volonté contraire exprimée, les héritiers peuvent librement publier les œuvres

¹⁸ Le Tarnec, N° 51.

¹⁹ D. 1957, J., p. 130.

²⁰ *Idem*, p. 132.

du défunt. C'est ainsi que naissent les œuvres posthumes et que nous pouvons profiter des rééditions.

« Le droit à la paternité et le droit au respect tels qu'ils ont été définis survivent à l'auteur. Les successeurs en deviennent titulaires. »²¹ La jurisprudence s'est montrée très compréhensive dans un arrêt du tribunal civil de la Seine²² : « Les héritiers de l'auteur d'un roman tombé dans le domaine public ne peuvent s'opposer à ce qu'une œuvre dramatique en soit tirée, et ne sont fondés à intervenir que si l'œuvre originale est grossièrement déformée au point de porter atteinte au droit moral de l'auteur. » Dans ce cas, le Sieur de Pitray, petit-fils de la comtesse de Ségur, née Rostopchine, avait adapté à la scène « Un bon petit Diable » et ne voulait pas que le dénommé Schatz en fasse de même. Le problème du sort de l'œuvre est naturellement très délicat, trop d'intérêts sont en jeu, et M. Segesser²³ le fait très justement remarquer : « De petits et de grands esprits s'empareront des œuvres du passé. Ils s'en serviront pour créer une œuvre nouvelle. S'ils sont capables de mettre à jour une création de valeur, sans doute ne voudra-t-on leur opposer, cent ans après la mort de l'auteur, un droit de celui-ci. » Cette manière de voir nous paraît logique et respecte les exigences de l'art d'abord et les intérêts supérieurs de la société ensuite. Mais la course aux intérêts pécuniaires a parfois raison d'un tel principe et les tribunaux eux-mêmes se prêtent à d'étranges considérations. Nous en voulons pour preuve un arrêt de la Cour d'appel de Paris²⁴, dont nous extrayons les considérants suivants : « En donnant à un film le titre de *Manon* sans d'ailleurs s'inspirer en rien de l'opéra-comique de Massenet une société de productions cinématographiques ne porte pas atteinte aux droits d'auteur mais elle crée volontairement une confusion, l'identité du titre devant inciter les spectateurs du film à croire à une adaptation de l'œuvre musicale. Cette confusion... constitue une fautive génératrice d'un préjudice consistant, pour les ayants droit du compositeur, dans l'empêchement temporaire d'autoriser de l'opéra-comique, une adaptation cinématographique dont l'intérêt est émoussé. Considérant que le nom de *Manon* est une création personnelle de Massenet... Considérant que grâce à son talent et au prestige de son œuvre, qui eut un succès des plus grands, il a fait de ce prénom jusque-là obscur et sans histoire le symbole de la fille galante du XVIII^e siècle dont le charme masque à grand-peine une certaine perversité... » L'auteur de ces considérants a

²¹ Le Tarnec, N° 52.

²² DH 1936, p. 548.

²³ P. 182.

²⁴ D 1952, p. 749.

pour le moins autant de fantaisie que la gracieuse Manon. L'abbé Prévost ne pouvait prévoir à sa mort, en 1763, les modalités d'une éventuelle adaptation cinématographique de son œuvre et nous reconnaissons que faire de la perfide Manon des années 1730 une non moins perfide enfant des années 1945 ne pouvait en rien nuire aux intérêts personnels de l'abbé. Mais de là à prétendre que Massenet a fait du nom de Manon le symbole de la fille galante du XVIII^e siècle pour allouer aux héritiers de celui-là un million de dommages-intérêts est au plus haut point choquant. M. Desbois lui-même, dans une note qui fait suite à l'arrêt, croit qu'en effet les spectateurs attirés par le film pensent aller voir une adaptation de l'opéra-comique. Il reconnaît que ce n'est pas grâce au droit d'auteur que les conjoints Massenet ont obtenu des dommages-intérêts, mais grâce au jeu de la concurrence déloyale. La chose, à notre avis, n'en est que plus gênante. Car nous ne pouvons accuser les auteurs du film d'avoir employé le nom de Manon à des fins publicitaires. C'est cependant ce que pense M. Desbois lorsqu'il énonce une règle en soi valable, mais qui nous paraît être déplacée en l'occurrence : « Il y aurait lieu, après avoir énoncé qu'en règle générale le titre est placé sous la sauvegarde des sanctions de la concurrence illicite et déloyale, de préciser que le droit moral de l'auteur peut intervenir toutes les fois qu'en l'absence de tout risque de confusion, l'emploi publicitaire du titre offense l'auteur à travers l'œuvre. » Cette petite digression cinématographique-musicale nous permet de mieux discerner les aspects inattendus qui influent le problème des intérêts personnels, aspect qui se trouve être ici l'indiscernement des spectateurs.

Il faut admettre encore qu'en l'absence de cupidité de leur part, plus le nombre des détenteurs du droit moral sera grand, plus les intérêts personnels de l'auteur seront respectés. C'est ce que pense M. Le Tarnec qui écrit que non seulement ceux qui sont actuellement appelés à la succession, qui l'ont acceptée, peuvent agir, mais aussi ceux qui ont renoncé et même ceux qui sont primés par d'autres héritiers²⁵. L'idée de cette grande liberté d'action vient de ce que les héritiers en général sont aptes à honorer et à entretenir la mémoire du défunt. Certes, nous espérons que la majorité des esprits sont aptes à faire triompher le droit moral du défunt aux dépens de leurs intérêts pécuniaires. Notre travail est cependant de prévoir les différends et de les éviter dans la mesure de nos moyens. C'est la raison pour laquelle nous conseillerons aux créateurs de nommer un exécuteur testamentaire qui sera titulaire du droit moral. La solution est loin d'être idéale, puisque

²⁵ N° 49.

les héritiers à la mort de l'exécuteur retrouveront leur pouvoir et qu'en cas de divergences le tribunal interviendra. La seule chose que nous pouvons faire est de souhaiter longue vie à l'exécuteur testamentaire !

Il nous reste maintenant à examiner le cas du désintéressement des héritiers, et la question qui se pose est celle de savoir qui interviendra pour faire respecter les intérêts personnels de l'auteur défunt. La loi française de 1957 prévoit l'ordre dans lequel les survivants de l'auteur seront appelés à être titulaires du droit moral. Cette innovation est d'autant plus réjouissante que la loi ajoute en son article 20 : « En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé... le tribunal civil peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. » Mais qui interviendra dans ces diverses circonstances pour saisir le tribunal et demander qu'un terme soit mis aux entreprises qui compromettent la valeur de l'œuvre et la réputation posthume de l'auteur ? L'alinéa 2 de l'article 20 prescrit que le tribunal peut être saisi notamment par le Ministre chargé des arts et des lettres. La solution française semble judicieuse, mais en ce qui concerne la Suisse et son absence de législation, nous considérons avec M. Segesser ²⁶ : « qu'après la mort de l'auteur il appartient à toute personne intéressée, notamment aux associations d'auteurs, d'assurer le respect des œuvres qui font partie du patrimoine intellectuel du pays ». Il est certain que les sociétés d'auteurs paraissent mieux à même que l'Etat de sauvegarder les intérêts des artistes.

Il convient de souligner encore que, les problèmes relatifs aux titulaires du droit moral *post mortem* et à leurs devoirs étant partiellement résolus, il faudrait se pencher aussi sur la durée de ce droit et ne point trop l'étendre. Nous osons craindre en effet qu'une « inflation » des droits de la personnalité ne viennent les dénaturer. Dans la perspective du droit moral *post mortem* force nous est de reconnaître qu'une survie exagérée transformera souvent les bonnes raisons en mauvais prétextes.

Quelles conclusions tirer de ce chapitre cinquième, si ce n'est répéter notre appel à la bonne foi, au désintéressement, puisque le droit moral doit triompher des aspirations trop pécuniaires, et que les tribunaux s'égarer parfois dans les embûches du combat.

²⁶ P. 182.

Chapitre VI

LE DOMMAGE MORAL ET SES SANCTIONS

L'auteur qui se plaint d'une modification doit-il apporter la preuve d'un préjudice moral ou matériel ou, au contraire, la réalité du dommage résulte-t-elle du seul fait qu'une atteinte a été portée à son droit moral ? Pour qu'il y ait sanction civile, il faut une faute contractuelle ou délictuelle, et la faute est constituée par le fait même de l'atteinte, c'est-à-dire par la modification ou dénaturation de l'œuvre. Nous devons donc faire confiance à l'écrivain demandeur et le dispenser de toute preuve. Cette solution fait partie du pouvoir discrétionnaire qui appartient aux artistes d'exiger le respect soit de leur œuvre, soit de leur nom. C'est une manifestation du caractère absolu du droit moral reconnu par les tribunaux français qui se montrent, en matière de préjudice, très libéraux : « La Cour de Cassation décide qu'il appartient à l'auteur seul d'apprécier le caractère et l'importance des modifications. »¹

Est-il permis, dans l'état actuel du droit suisse, d'adopter la solution française ? Selon la théorie dite objective de l'illicéité « la question qui se pose est précisément de savoir si une norme juridique protégeant les droits subjectifs ou les intérêts en question a été violée »². M. Darbellay hésite à se rallier à la théorie subjective qui, elle, demande plus de précisions : « Tout comportement humain entraîne avec soi le risque d'un dommage. Ce n'est donc pas le dommage qui peut être illicite. Est-ce plutôt le fait de causer sans autorisation ? Si on admet cette explication, il reste à dire quand on est autorisé à causer un dommage, et quand on ne l'est pas... on en arrive à devoir définir les droits particuliers ou généraux qui autorisent à causer le dommage. »³ M. Oftinger est aussi de cet avis lorsqu'il critique l'opinion de M. Savatier qui reconnaît l'existence d'un devoir général de ne pas nuire à autrui ; il reste à préciser, écrit M. Oftinger, quels dommages, dans chaque cas, seront illicites⁴.

¹ Le Tarnec, N° 43.

² Darbellay, p. 61.

³ P. 60.

⁴ P. 112, note 14.

L'article 28 CCS est suffisamment large dans son idée et l'apport de la doctrine en précisant son contenu en a fait une norme juridique propre à étayer la théorie objective de l'illicéité. Il apparaît néanmoins indispensable de préciser, comme le veut la théorie subjective, certains domaines particuliers des droits de la personnalité. C'est le cas de l'écrivain et de son œuvre. L'artiste jouissant d'un pouvoir discrétionnaire, il est bon de prévoir jusqu'où va ce pouvoir. De même pour l'œuvre; reconnue d'essence supérieure, elle doit bénéficier d'une protection précise, spéciale, répondant aux exigences de l'art. La seule norme juridique de l'article 28, si elle permet cette protection, doit cependant être complétée, voire améliorée, par d'autres dispositions ou par la doctrine et la jurisprudence pour apporter une aide valable à l'écrivain. Il est juste de reconnaître avec M. Darbellay que : « Les droits de la personnalité s'entrelacent de telle sorte, avec les droits des tiers, que la question de l'illicéité, dans de telles circonstances, revient à se demander si l'auteur du dommage a agi ou non en exerçant un droit propre et en l'exerçant sans abus. »⁵

L'éditeur qui modifie ou dénature une œuvre sans le consentement de l'auteur abuse manifestement du droit qui lui a été conféré et il paraît tout à fait normal de laisser à l'auteur une entière liberté dans l'appréciation du dommage en résultant. Le fait même de ne pas respecter les prérogatives morales de l'écrivain constitue une faute qu'il n'appartient pas à la victime de prouver. L'artiste se contentera de réclamer la réparation qui lui semble adéquate, mais il va sans dire qu'il aura malgré tout intérêt à prouver une faute qui ne manquera pas d'influencer l'éventuelle réparation morale. La notion de dommage est dans ce domaine tellement singulière qu'il est presque vain d'essayer d'en tirer une idée générale. La discussion n'a qu'une valeur théorique et le problème pratique, délicat, sera celui de la conversion d'un dommage moral en prestation pécuniaire.

« Nous entendons par dommage moral toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniaire... la victime souffre d'une douleur morale, dans sa réputation, dans son autorité légitime, dans sa pudeur, dans sa sécurité et sa tranquillité, dans son amour-propre, dans l'intégrité de son intelligence, dans ses affections. »⁶ Nous avons déjà noté qu'il était très délicat de juger, de l'extérieur, les atteintes portées aux intérêts personnels. S'il est permis de penser que chaque atteinte possède son mode de réparation propre, nous devons aussi admettre que l'écrivain choisira la réparation qui lui paraît la plus adéquate⁷. Pour M. Le

⁵ P. 172.

⁶ Savatier, *Tr. resp. civ.*, N° 525.

⁷ Cf. Grenier, p. 52.

Tarnec ⁸ : « La satisfaction la meilleure qui puisse être donnée à l'auteur victime des atteintes portées aux prérogatives de son droit moral consiste dans le retrait de l'œuvre. » C'est là plutôt le grand moyen qu'une réparation qui tienne compte de la réalité. Suivant la gravité des atteintes du droit au respect, l'auteur devra souvent se contenter des rectifications nécessaires, et du rétablissement de l'œuvre en conformité avec l'original. Il est permis d'imaginer le cas où la dénaturation est si profonde que seule la destruction de l'œuvre ou des œuvres altérées peut donner satisfaction au créateur. A l'opposé de ce moyen radical, nous avons la simple publication de jugement qui, dans certains cas, apportera une satisfaction suffisante à l'auteur. Mais le plus souvent, dans le monde moderne, l'œuvre est rapidement diffusée dans le public et les rectifications, voire la destruction, ne sont plus possibles; l'auteur se verra alors allouer une indemnité de principe.

Il est très gênant de vouloir établir une commune mesure entre la souffrance physique ou morale et une somme d'argent. Malheureusement, le fait existe et la seule tentative qui nous soit permise est de manier ce principe avec autant de discrétion que de prudence. Deux théories tentent de justifier le principe de la conversion, la première est celle de la satisfaction compensatoire, la souffrance dans ce cas serait compensée par une joie, ou au moins atténuée par le fait de recevoir une indemnité confortable qui est sensée calmer la douleur. La chose est acceptable dans le domaine de la souffrance physique, mais il est répugnant de raisonner ainsi dans le domaine moral. La théorie de la « peine privée » est plus admissible; il est loisible de concevoir que la condamnation pécuniaire dans le cas de dommages moraux se justifie puisque : « Dans un instinct de justice et d'équilibre, les tribunaux se refusent à priver de sanction l'acte responsable ayant causé un grave dommage moral. » ⁹

Le problème de l'évaluation pécuniaire du dommage moral se heurte aux mêmes difficultés et les théories présentées ci-dessus ont chacune une optique différente. « ... cette évaluation fait état de l'idée de satisfaction compensatoire. Pour apprécier le *pretium doloris* ne doit-on pas tenir compte de la récompense qui aurait pu faire accepter à la victime au moins ses souffrances physiques? Par ailleurs si la condition sociale de la victime influe sur l'appréciation du dommage moral, c'est à la fois parce qu'elle peut accroître ou diminuer sa souffrance... Mais l'idée de peine privée éclaire l'influence, sur l'évaluation du dommage moral, du degré de culpabilité de l'agent et de l'étendue

⁸ N° 46.

⁹ Savatier, *Tr. resp. civ.*, N° 527.

de ses ressources. C'est elle qui pousse les tribunaux à frapper plus sévèrement l'auteur d'un préjudice moral s'il n'est pas déjà lourdement atteint par la réparation du dommage matériel. »¹⁰ La première proposition est d'un artifice trop gros pour qu'elle prenne place dans le domaine des intérêts personnels de l'écrivain. Au contraire des deux suivantes qui, tenant compte de la « personnalité » des parties, peut amener à plus d'équité. Il est juste cependant de reconnaître aux tribunaux une certaine liberté d'appréciation; nous ne pouvons concevoir que n'importe quelle douleur morale comporte indemnité. Il faut que l'atteinte ou le dommage soient eux-mêmes, par leur esprit ou leur qualité, en rapport avec une indemnité pécuniaire. Cela revient à dire que le juge devra tenir compte de l'importance et de la malignité de l'atteinte¹¹. Si les tribunaux ne prennent pas la peine d'établir des limites strictes dans ce domaine, ils seront rapidement envahis par les chasseurs d'indemnités.

En ce qui concerne plus spécialement l'écrivain, le principe énoncé par M. Savatier¹² nous paraît définir très bien le domaine qui nous occupe : « Et de même qu'une personne peut se faire indemniser du préjudice esthétique subi par son corps, de même elle peut demander une réparation pécuniaire pour le dommage esthétique subi par ceux de ses biens ayant une valeur artistique. » C'est ainsi que se justifie le processus qui défend les intérêts personnels de l'écrivain : il peut d'abord s'opposer à toute modification qui ne lui convient pas; si l'altération s'est déjà produite, il a le droit d'exiger la suppression de l'altération et si le tort qu'il ressent du fait de cette altération est profond, il peut encore demander une indemnité pécuniaire, qui ne reposera sur aucun dommage matériel. Il n'est pas possible de prévoir toutes les dénaturations ou atteintes aux intérêts personnels d'un artiste, mais nous pouvons, en face de cas pratiques, nous mettre facilement dans l'esprit de l'artiste pour savoir s'il y a dommage moral ou pas. Il sera par contre beaucoup plus difficile d'évaluer le degré de l'atteinte et dans ce cas il faudra rester bienveillant à l'égard de l'écrivain qui défend un domaine qui ne nous est souvent pas accessible. « Le témoignage de la partie lésée sera insuffisant puisqu'elle sera la première intéressée à faire reconnaître l'atteinte dont elle se prétend victime. Pourtant, c'est à elle qu'il appartient en premier lieu d'estimer la souffrance qu'elle a supportée. »¹³ Cette dernière remarque semble d'autant plus vraie dans

¹⁰ Savatier, *idem*, N° 528.

¹¹ Cf. Savatier, *Les règles générales de la responsabilité civile*, Revue critique, 1934, p. 409 ss.

¹² N° 534.

¹³ Grenier, p. 30.

le cas de l'auteur qu'il sera plus difficile de lui opposer un témoignage objectif.

Il faut donc considérer dans chaque cas concret laquelle des deux méthodes de réparation, directe ou indirecte, doit être appliquée. La méthode directe est en quelque sorte uniquement matérielle, mais elle pourra suffire certaines fois à réparer le dommage moral. La méthode indirecte, elle, est entièrement dépendante du cas concret puisqu'elle présente une gamme infinie de possibilités. Toutes les fois que les circonstances ne permettent pas aux juges de faire disparaître tous les effets de l'acte illicite, ils recourront à cette méthode et tout d'abord à la publication du jugement. Le plus souvent, des dommages-intérêts viendront s'ajouter à la publication du jugement. Mais encore s'agit-il de savoir, selon les cas, s'ils ne sont pas là uniquement pour assurer la réparation du préjudice matériel ? Les Français ont comme symbole de réparation purement morale le fameux franc de dommages-intérêts ; il est judicieux de considérer qu'une somme d'argent importante ne doit sanctionner que des atteintes profondes.

Tout le problème consiste dès lors à savoir quand une atteinte est profonde et comment la déceler. Or, l'expérience enseigne que seule la victime est capable de juger de la gravité de cette atteinte. Force est donc de s'en remettre à l'appréciation de la victime, en l'occurrence l'écrivain, et d'essayer par tous les moyens de sentir jusqu'où va sa douleur. La tentative se révélera souvent délicate¹⁴ et peut paraître teintée d'utopie. Elle l'est heureusement moins dans la pratique que dans la théorie. En effet, quelle que soit l'atteinte aux intérêts personnels, la malignité ou la soif de gain (qui président généralement aux lésions du droit moral) sont toujours apparentes.

Il convient de souligner que les atteintes aux intérêts personnels de l'écrivain ne proviennent pas forcément d'un cocontractant peu scrupuleux, mais surgissent parfois de sphères peu déterminables. Ne nous y trompons pas, l'argent est souvent le représentant de quelques-uns qui veulent agir au nom de tous et lorsque l'intérêt pécuniaire n'est pas apparent dans leur démarche, nous avons affaire à ce terrible rongeur : la Morale. Le problème est d'autant plus grave et important que l'auteur sera tantôt atteint dans son œuvre par les agissements de ces collectivités, tantôt mis au banc des accusés par ces mêmes collectivités. Pour résoudre équitablement ces différends, il est nécessaire de définir, selon les cas, les intérêts en présence et d'examiner jusqu'où va la bonne foi des parties, pour autant qu'elles aient le droit de se plaindre et d'agir.

¹⁴ Cf. Grenier, p. 29.

C'est ainsi qu'en France, les tribunaux refusent d'admettre automatiquement que tout acte fautif préjudiciant au but d'une association, personne civile, l'autorise à agir en réparation. M. Savatier constate ¹⁵ que cette répugnance s'est surtout manifestée quant aux associations constituées pour la défense de la morale. M. Audinet, dans son étude ¹⁶, remarque que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, au contraire de la Cour civile, considère comme irrecevables les actions à caractère collectif. « L'action ne prend donc un caractère collectif que dans le cas où l'association s'adresse à la justice pour obtenir la protection d'intérêts qui ne sont pas attachés à la personne morale en tant que telle. » ¹⁷ L'action basée sur l'intérêt individuel de la personne morale sera donc recevable. « L'exigence d'un intérêt direct et personnel comme condition de recevabilité des actions en justice n'interdit-elle pas l'ouverture d'une instance qui ne peut se fonder ni sur l'intérêt de l'association en tant que personne ni sur celui d'un individu ? » se demande M. Audinet ¹⁸. Il semble que son interprétation soit juste, c'est en tout cas ce que veut la Chambre criminelle. Il est à tel point malaisé de définir les contours et le contenu d'un intérêt collectif qu'il serait hasardeux d'admettre ses représentants au tribunal. Et les associations constituées pour la défense de la morale sont plus que toutes autres privées d'un but suffisamment précisé et facilement délimitable. M. Audinet pense cependant que l'action collective des associations prendra bientôt place parmi les réalités du droit positif. Cette évolution semble plus propre à effrayer l'écrivain qu'à le rassurer ¹⁹.

Au terme de ce chapitre sixième, il apparaît que l'écrivain est assez largement protégé vis-à-vis des éditeurs, des adaptateurs, des personnes qui sont parties au contrat avec lui. Les dommages-intérêts en réparation des atteintes à ses droits personnels seront souvent peu importants, parce que très difficiles à évaluer lorsque la réparation matérielle est possible. Toujours est-il que les tribunaux reconnaissent en général l'œuvre d'art et retrouvent le chemin de l'équité lorsqu'ils sont en présence de personnes unies par un contrat. Par contre, nous tombons dans le plus étrange des mondes lorsque des tiers mus par intérêt ou susceptibilité revendiquent des droits qui ne se trouvent qu'au code de leur imagination.

¹⁵ N° 570.

¹⁶ *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, Rev. trim. de droit civil 1955, p. 213 ss.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 217.

¹⁸ P. 218.

¹⁹ Il convient de souligner que la différence entre intérêt collectif et intérêt personnel n'existe plus lorsque les ordres ou associations agissent grâce à un texte législatif spécial.

Chapitre VII

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉCRIVAIN

A) Généralités

L'écrivain du XX^e siècle, retiré dans la tour d'ivoire de ses droits moraux, n'occupe pas une position imprenable. Son téléphone reste branché sur le réseau des mécontents et ses portes s'ouvrent aux moindres courants d'opinions. M. Savatier a raison de souligner¹ que « l'expansion de la responsabilité civile dans le monde des lettres est donc une chose moderne ». Un examen rapide de notre époque nous permet de mieux découvrir le pourquoi de cette expansion. M. Savatier insiste d'abord sur les extraordinaires progrès techniques apportés dans les domaines les plus divers : imprimerie, enregistrements visuels ou sonores, rapidité et variété des moyens de communication. Nous pensons que la raison la plus importante est l'apparition du dommage moral sanctionné par les dommages-intérêts. Si La Rochefoucauld pouvait dire : « Il y a des gens qui n'auraient jamais été amoureux s'ils n'avaient jamais entendu parler de l'amour », nous pouvons dire aujourd'hui qu'il y a des gens qui n'auraient jamais été atteints dans leurs intérêts personnels s'ils n'avaient jamais entendu parler du dommage moral et, ce qui est plus grave, de la réparation morale.

Une autre constatation veut que l'art en général et l'écrivain en particulier jouissent d'une réputation bien peu enviable et soient accusés des pires méfaits. En effet, combien de fois n'avons-nous pas entendu les noms d'écrivains célèbres mêlés aux extravagances de la jeunesse actuelle. Ce sont là jugements très téméraires et qui ne résistent pas à l'appel. Les auteurs sont-ils responsables de l'époque dans laquelle ils vivent ? La jeunesse est-elle le reflet d'une certaine littérature ou cette dernière est-elle le reflet d'une certaine jeunesse ? Il nous paraît

¹ *Le droit de l'art et des lettres*, N° 195.

d'ailleurs beaucoup trop restrictif de ne parler que de la jeunesse. Nous savons tous que la grande masse du public, spectateurs ou lecteurs, subit l'influence des moyens de « distraction et d'évasion » mis à sa disposition. Si nous prenons la peine de pousser plus avant notre investigation, si nous faisons un minime effort de réflexion, nous découvrons que plus l'art sera mineur, plus l'influence sera grande. Cette remarque est réjouissante pour la véritable œuvre littéraire, elle l'est moins en ce qui concerne le public. Ce rapide énoncé d'un problème actuel nous permet de définir la limite des devoirs de l'écrivain vis-à-vis du public : « Ce tout petit domaine auquel se limitent les devoirs certains de l'écrivain envers ses lecteurs, nous le résumerons en deux phrases : L'écrivain ne doit pas dénaturer une réalité prouvée; l'écrivain ne doit pas commettre des délits définis par la loi. En dehors de là, aucun lecteur, si malheureuse que soit sur lui l'influence d'un livre, ne saurait le réputer en faute. Et ce n'est encore que la première condition de la responsabilité civile. Une faute, même établie, ne rend son auteur civilement responsable que si cette faute a été pour autrui la source d'un préjudice certain. »² Cela revient à dire que le problème de l'influence, bonne ou mauvaise, n'est pas un problème juridique si nous faisons abstraction du cas d'outrages aux bonnes mœurs qui nous plonge dans la relativité des conceptions morales. Nous devons nous méfier de la pudeur juridique puisque Baudelaire et Flaubert étaient la même année sur le banc des accusés.

Les juges de 1857 déclaraient « qu'en dépit des intentions du poète et des efforts déployés par lui pour atténuer par son style et par ses commentaires l'effet de ses peintures, elles conduisaient nécessairement à l'excitation des sens par un réalisme grossier et offensant pour la pudeur ». Si un siècle plus tard ce considérant fait sourire, reconnaissons que le travail du juge n'est pas de « délaisser pour un instant la prose austère du bulletin criminel pour les licences de la poésie érotique »³. La revision du procès Baudelaire ouvre d'ailleurs une perspective rassurante sur le sort réservé aux chefs-d'œuvre de notre époque : « ... devant Lady Chatterley respectée de la justice tandis que M^{me} Bovary avait été traînée dans le prétoire, constatons simplement que nous sommes parvenus aujourd'hui, en matière d'outrages aux bonnes mœurs par la voie du livre, à une période de grande indifférence judiciaire »⁴. Puissent ceux qui se livrent encore à l'intolérance recevoir de la postérité

² Savatier, N° 201.

³ Rapport Falco, JCP 1949, 4940.

⁴ Rapport Falco.

un sourire aussi ironique que celui qui s'adresse au substitut Pinaud jugeant les *Fleurs du Mal*.

Tous les problèmes énoncés dans le cadre d'une étude générale sur la responsabilité de l'écrivain nous entraînent automatiquement vers un domaine plus spécialement social. Nous touchons alors aux frontières du droit public, là où des collectivités s'emparent des sujets de droit pour défendre, malgré eux souvent, la sphère de leurs intérêts personnels. L'équité fait parfois triste figure dans ce domaine trop vaste pour qu'un équilibre puisse s'affirmer aisément. Retournons donc au droit civil où la liberté d'expression est non seulement plus apparente, mais aussi plus réelle : « ... il est clair qu'on ne peut restreindre les prérogatives de l'auteur qu'en lui opposant le droit d'une tierce personne tout aussi digne de protection que le sien et non l'intérêt très hypothétique de la collectivité ou des exploitants »⁵.

Le problème qui reste à notre avis le plus important dans l'étude de la responsabilité de l'écrivain est celui du rapport de l'auteur avec ses personnages. Ce problème est non seulement important pour l'artiste lui-même, mais aussi pour la civilisation à laquelle il appartient, pour la culture et la liberté. En quels termes se pose-t-il ? La réponse est claire et simple : selon la théorie générale de la responsabilité civile, l'écrivain qui, même de bonne foi, se rend coupable dans ses écrits d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence doit réparer le préjudice matériel ou moral qu'il a causé. Le véritable problème est donc de préciser si l'écrivain, en puisant dans la vie les éléments de son œuvre, peut commettre cette faute.

B) L'écrivain et ses personnages

Notre intention n'est pas de faire un résumé de l'histoire littéraire, ni de sonder la technique du roman, mais bien d'examiner à grands traits quels furent en tout temps les matériaux les plus employés par les écrivains.

Point n'est besoin de remonter jusqu'à l'antiquité pour affirmer que la virulence des propos d'écrivains a toujours existé. Nous n'évoquerons que Plaute et Aristophane et passerons, au mépris des autres siècles, à celui du Roy Soleil. Il est permis d'affirmer que les audaces

⁵ Del Bianco, p. 124.

satiriques d'un La Fontaine ou d'un Molière feraient de nos jours trembler les tribunaux et crier nos contemporains. Rassurons-nous, la chose ne passait pas sans grincements de dents sous Louis XIV. Molière, dans sa préface à Tartuffe, nous dit : « Les Marquis, les Précieuses, les Cocus et les Médecins ont souffert doucement qu'on les ait représentés, et ils ont fait semblant de se divertir, avec tout le monde, des peintures que l'on a faites d'eux; mais les Hypocrites n'ont point entendu raillerie; ils se sont effarouchés d'abord, et ont trouvé étrange que j'eusse la hardiesse de jouer leurs grimaces, et de vouloir décrier un métier dont tant d'honnêtes gens se mêlent. » Mais les contemporains de Louis XIV avaient suffisamment le sens du ridicule pour ne pas attaquer ouvertement une œuvre qui leur était en tous points supérieure.

Que dire encore de La Bruyère qui, dans son chapitre « Des Grands », aurait, pour dépeindre Théophile prélat vaniteux et intrigant, pris modèle sur Roquette évêque d'Autun; ce dernier ayant de surcroît, selon M^{me} de Sévigné, servi de modèle à Molière pour son Tartuffe. Tout cela serait-il vrai que nous devrions, pour le moins, reconnaître à notre évêque un manque évident de susceptibilité, d'autant plus que le quatrain de Boileau est célèbre qui défend la propriété :

On dit que l'abbé Roquette
Prêche les sermons d'autrui.
Moi qui sais qu'il les achète
Je soutiens qu'ils sont à lui.

Le titre même de la *Comédie humaine* nous renseigne sur les sources utilisées par le génial Balzac dans l'élaboration de ses romans. Il reconnaît lui-même que c'est en suivant les passants dans la rue et dans les salons qu'il se documente. Nul n'ignore également que *Le Rouge et le Noir* est tiré de la *Gazette des Tribunaux*, et pour qui connaît l'histoire vraie, à peine suffisamment romancée. Stendhal d'ailleurs recopiait admirablement tout ce qui lui tombait sous la main et s'en trouva, semble-t-il, plus heureux qu'Anatole France.

« Mais les procès deviennent plus durs quand il s'agit d'œuvres à clé. Ici le romancier ou le dramaturge a vraiment la conscience chargée. Car, en transposant, sans ombre de bienveillance, une histoire vraie, il a, derrière la tête, l'intention qu'on puisse reconnaître les personnages qu'il travestit. »⁶ Cette remarque sévère nous entraîne dans un domaine entre tous épineux. Il est juste de souligner que si ce genre littéraire ne s'enveloppe pas d'un talent véritable, l'œuvre a des

⁶ Savatier, *Le droit de l'art et des lettres*, N° 270.

accents désastreux. Il semble que de nos jours les grandes œuvres à clé bénéficient de la clémence de ceux qu'elles représentent. Bien que les romans de M. Peyrefitte ne rencontrent pas dans tous les milieux un accueil également chaleureux, il est visible qu'une certaine largesse d'esprit commence à se manifester. Il n'est que de citer le roman de Cendrars, *Emmène-moi au Bout du Monde*, dont la note d'introduction est propre à décourager toute tentative d'action en dommages-intérêts : « Le présent roman est un roman à clef. J'espère bien que personne n'aura l'inélégance d'y appliquer les clefs, les clefs du Mensonge, ni n'aura la pauvreté de s'y reconnaître en regardant le voisin par le trou de la serrure. Par ailleurs, ce livre est écrit selon l'esthétique de quelqu'un qui croit à ce qu'il raconte... »

M. François Mauriac, lorsqu'il écrit *Le Romancier et ses Personnages*, s'est appliqué à démontrer comment le héros d'un roman vit d'abord et se développe dans l'esprit de son créateur. Il est certain que si l'auteur rencontre un homme dans la rue, cet homme hante peu à peu l'esprit de l'artiste et il se pourra qu'il ressorte transformé sous la plume de l'écrivain. Mais nous devons concevoir aussi le cas de l'auteur préoccupé d'un problème et qui rencontre le personnage illustrant tel ou tel aspect de l'idée qu'il veut matérialiser par la voie de l'œuvre d'art. Nous ne saurions faire grief à notre auteur de ne pas avoir suffisamment travesti son personnage, et lorsque François Mauriac déclare que le vrai romancier n'est pas un observateur, mais un créateur de vie fictive, il préserve l'auteur des conséquences des atteintes portées à la personnalité d'autrui, mais ne tient pas compte de la réalité. Il est certain que la majorité des romans font une très large part à la fiction, mais nous avons vu qu'il suffit d'une petite pointe de véracité pour que l'auteur soit pris en faute. Or, les grands noms de la littérature nous interdisent de ramener leur art à une simple fiction. L'histoire littéraire prouve à chaque page que cette manière de voir ne correspond pas à la réalité, réalité qui n'est pas toujours brillante, puisque la Vertu est une rarissime denrée. Le paradoxe sera donc de déterminer de quel voile l'auteur devra revêtir les vices de la nature humaine, puisque la vérité toute nue n'est pas bonne à entendre et que l'illogisme de nos conceptions veut qu'elle soit plus belle lorsqu'elle est travestie !

Le moyen radical de chasser les gêneurs du prétoire serait d'affirmer avec Oscar Wilde et André Gide que la nature imite ce que l'œuvre d'art lui propose. La solution n'est peut-être pas très juridique et qui sait si elle satisfait les théoriciens du roman !

C) Le romancier au tribunal

George Plimpton, ami d'Ernest Hemingway, a posé un jour au célèbre romancier la question suivante : « Pouvez-vous me dire quelque chose sur la manière dont vous vous y prenez pour faire un personnage de roman à partir d'un être qui existe ? » Le lauréat du Prix Nobel de répondre : « Si je vous expliquais comment je fais cela la plupart du temps, cela constituerait un mémoire pour les avocats spécialisés dans la diffamation. » Nous ne saurions souhaiter réponse plus réaliste et point de départ plus net à notre étude. Car tout le mal vient, si mal il y a, de ce que le romancier puise les éléments de son œuvre dans la vie qu'il connaît le mieux et les héros de ses romans parmi les hommes qu'il a eu le loisir d'étudier au plus près.

Les procès les plus célèbres en la matière sont autant d'anecdotes plaisantes dont nous pourrions peut-être tirer une morale. Notre cour suprême a connu une seule fois d'un litige, opposant un meurtrier au romancier Edouard Rod⁷. Ce dernier avait puisé le sujet de sa nouvelle *La Maison des Crimes* dans les annales judiciaires du canton de Fribourg et s'était inspiré du meurtrier pour créer son personnage. Mais entraîné par sa verve imaginative, il avait commis l'erreur d'attribuer au personnage plus de crimes que la cour n'en avait retenus à sa charge et le meurtrier trouva bon de se sentir atteint dans ses intérêts personnels. A propos de cet arrêt, les auteurs, à la suite du Tribunal fédéral, ont pu énoncer quelques grands principes : « Si le dommage résulte non pas du roman, mais de la conduite du demandeur lui-même, il va sans dire que le romancier n'a pas causé d'atteintes aux intérêts d'autrui. »⁸ Le tribunal n'a eu aucune peine à déceler que l'auteur n'avait commis aucune faute puisqu'il avait pris les précautions élémentaires pour éviter tout rapprochement entre son personnage et certains personnages de la vie réelle. « Notre cour suprême constate d'abord que l'auteur a visé à un effet littéraire et non pas à la relation pure et simple d'événements, puis retient qu'en l'occurrence les personnes prises comme modèles ne sont pas désignées d'une manière non équivoque et que, si certains lecteurs n'ont effectivement pas su distinguer entre l'œuvre d'imagination et l'exposé historique des faits, il serait excessif d'en rendre l'auteur responsable; cela d'autant plus que le romancier n'a pas eu l'intention de nuire à ceux qui lui avaient fourni le thème de son œuvre.

⁷ ATF 21, p. 175.

⁸ Lalive, p. 22.

La possibilité de reconnaître de façon non équivoque le modèle est donc décisive. »⁹ Nous ne pouvons qu'approuver la justesse du jugement du Tribunal fédéral et sommes tentés d'aller encore plus loin que M. Del Bianco dans sa dernière conclusion. En effet, il ne paraît pas suffisant de constater que le modèle a été reproduit tel quel dans l'œuvre, encore faut-il que cette représentation nuise effectivement au modèle. En l'occurrence, sa conduite antérieure portait plus directement préjudice à ses intérêts personnels que les crimes qu'Edouard Rod lui attribuait abusivement.

Les cas qui se présentent aux tribunaux ne se résolvent pas toujours à l'avantage de l'écrivain. L'auteur, fier de son style, choisit la voie du roman pour se venger d'un propriétaire acariâtre, par exemple. La jurisprudence ne saurait encourager une telle entreprise; c'est ce qu'apprit à ses dépens Ponson du Terrail à propos de son livre *La Résurrection de Rocambole*¹⁰. Le juge est autorisé à penser que l'absence de qualités du personnage du roman porte atteinte aux intérêts personnels du modèle, lorsque les noms et les professions sont les mêmes dans l'œuvre et la réalité. La ressemblance était ici trop criarde pour ne pas admettre que l'auteur entretenait avec son propriétaire des relations dépourvues de cordialité. La parution du roman vengeait en quelque sorte le locataire fâché. Tel n'est pas le but de l'œuvre d'art et il n'est pas choquant de voir la victime sortir du tribunal avec quelques dommages-intérêts.

Le rapprochement ou l'identification peuvent n'être parfois que le fait du hasard, encore est-il souvent difficile de dire jusqu'où le hasard fait bien ou mal les choses. Toujours est-il que des personnes connues peuvent se sentir atteintes par la parution dans le journal local d'un roman contemporain où leur homonyme se présente sous des dehors plutôt méprisables¹¹. Il est équitable, si l'identification n'est pas parfaite, de ne prévoir comme sanction que le remplacement du nom dommageable par la lettre X, par exemple. Cette manière de réparation sera principalement motivée lorsque l'auteur s'applique à dénoncer certains abus de ses contemporains et qu'en ce faisant il ne les ménage pas. Notons qu'une telle réparation, purement morale, paraît être de celles capables de faire taire les susceptibilités les plus discutables.

Certains styles littéraires se prêtent aussi plus que d'autres aux rapprochements. Avec le roman naturaliste et son chef Zola, « la tranche de vie tend à devenir une peinture quasi caricaturale des exis-

⁹ Del Bianco, p. 241.

¹⁰ *An. prop. Ind.*, 1869, p. 172.

¹¹ *An. prop. Ind.*, 1877, p. 171.

tences médiocres ou manquées »¹². Cet auteur, comme bien l'on pense, devait connaître quelques déboires en peignant sans fards et sans voiles les vicissitudes de son époque.

Le cas de *Pot-Bouille* est en ce sens significatif. Un des personnages, conseiller à la Cour de Paris, se nommait Duverdy, était peu sympathique et Zola ne cherchait point à le dissimuler. Pour faire suite à la tragédie ouvrière de *l'Assommoir*, l'auteur selon ses propres termes a voulu opposer une maison bourgeoise, dont les allures correctes et les apparences honnêtes cachaient les vices hypocrites, les déchéances... Un certain Duverdy, avocat à la Cour, ne l'entendit pas de cette oreille et après une réclamation amiable saisit les tribunaux. Ceux-ci lui donnent gain de cause en posant, chose très importante pour l'époque et l'avenir de la littérature, le principe de la limitation du droit pour l'écrivain de puiser dans la vie les éléments de son œuvre¹³. Le Tribunal de la Seine, sans désavouer l'école naturaliste, laissait clairement entendre qu'elle ne pouvait échapper au pouvoir et au contrôle de la justice. Le véritable Duverdy n'était certainement pas un être très reluisant, mais Zola en le débaptisant dans son roman n'aurait pas diminué la portée et la valeur de son œuvre. Il savait par conséquent les dangers qu'il courait.

La limitation du droit pour l'écrivain de puiser dans la vie les éléments de son œuvre ne simplifiait d'ailleurs ni la tâche des tribunaux ni celle des auteurs. Il fut toujours malaisé de déterminer jusqu'où allait l'obligation de prudence de l'écrivain, car des problèmes différents naissaient avec la diversité des cas. Il est par conséquent normal de découvrir dans cette évolution des tentatives plus ou moins libérales et parfois tâtonnantes : « ... en admettant qu'on ne doive attribuer qu'à d'étranges coïncidences les points de similitudes relevés plus haut dans la situation respective de J. et du personnage épisodique du roman, Chaperon n'en a pas moins commis une faute grave engageant sa responsabilité en prêtant à un officier public, occupant un emploi nettement précisé et dont il esquissait la silhouette, des habitudes et des actes d'une aussi profonde immoralité, sans s'être préalablement assuré qu'aucune méprise n'était possible et que la malignité publique n'allait pas, grâce à des rapprochements rendus faciles, trouver matière à s'exercer aux dépens d'un homme qui jouit à juste titre de la considération générale... »¹⁴. Le tribunal ne cache pas son désarroi, mais il est permis d'admettre qu'en l'occurrence les coïncidences sont toujours fâcheuses.

¹² Lalive, p. 7.

¹³ *Gaz. Trib.*, 16 février 1882.

¹⁴ *Gaz. Trib.* 1903, arrêt du 31 octobre 1902.

Et ce, principalement parce que, comme le dit le tribunal, l'auteur s'expose aux interprétations fallacieuses de la malignité publique. De là à le rendre responsable des rapprochements malveillants, il y a un abîme que nous ne saurions franchir qu'avec la plus grande prudence.

Il faut attendre 1930 pour voir le Tribunal de la Seine faire preuve de plus de compréhension et exprimer un principe plus précis que ceux auxquels nous étions habitués : « Si l'on tenait un compte exagéré des susceptibilités humaines, si des œuvres dans lesquelles on ne doit voir à priori qu'imagination d'esprit et sens critique pouvaient devenir sans raison matière à plainte et objet de sanction, les tribunaux seraient, selon la phrase de Portalis, sans cesse occupés à venger les fausses délicatesses de l'amour-propre, de la vanité et à raffiner sur le point d'honneur. » En vertu de ces considérations apparaît le principe qui veut que l'étendue de la réparation soit proportionnée, non à la gravité de la faute, mais au préjudice en résultant. Ce point doit être souligné, car il chassera des prétoires un arbitraire d'autant plus gênant que le problème n'était pas équitablement posé. Plus près de nous encore, en 1938, le même tribunal réaffirma sa compréhension du problème et la sagesse de son jugement antérieur dans une affaire Sacha Guitry contre M. de Saint-Ange Bantier, à propos des souvenirs de celui-là. La cour reconnaît une fois encore que : « Le droit incontestable de l'écrivain de puiser dans la vie les matériaux nécessaires à son œuvre est limité seulement par le respect de la personnalité d'autrui sans qu'il y ait lieu, toutefois, de tenir un compte exagéré des susceptibilités humaines. » Cependant, comme le remarque M. Savatier¹⁵, l'auteur aurait été condamné si les magistrats n'avaient pas décidé que le portrait de M. de Saint-Ange n'était point odieux ou même antipathique. Cette remarque en appelle sans doute une autre : nos magistrats sont-ils à même de juger de l'antipathie, voire du caractère odieux d'un personnage de roman ? Si la réponse était toujours affirmative, nous ferions dépendre la littérature d'une critique parfois peu autorisée. Que l'on songe aux considérants de l'arrêt Baudelaire !

Ces arrêts ont toutefois éclairé le problème d'un jour nouveau et la doctrine et la jurisprudence ont toujours réaffirmé le grand principe qu'ils avaient enfin découvert. La Cour de Bruxelles¹⁶ dit : « Nul ne conteste à l'écrivain le droit de scruter le monde, la nature, les hommes et les choses, d'étudier les caractères et les mœurs, d'y puiser des observations, de les classer, de les présenter de la manière à réaliser l'œuvre

¹⁵ N° 269.

¹⁶ S. 1935, IV, 12.

littéraire qu'il a conçue... Cependant, le droit de l'écrivain n'est pas absolu, sans limites. Comme tout homme en général, le littéraire trouve une limite à son droit... » Le danger serait de comparer l'écrivain à tout homme en général; nous pouvons éviter cet écueil en transposant cette responsabilité et en tenant compte des exigences précises de l'art. Les auteurs qui se sont penchés sur le problème des droits moraux reconnaissent aussi ce principe fondamental : « L'auteur ne saurait se prévaloir de son monopole d'exploitation pour porter atteinte à la sphère privée de ceux qui lui ont servi de modèles. »¹⁷

Il faut préciser que dans les arrêts cités, nous ne sommes pas uniquement en présence d'atteintes, vraies ou supposées telles, à l'honneur. « ... l'atteinte à l'honneur s'accompagnera souvent d'une atteinte au nom et d'une atteinte au portrait moral ou même physique. Un cas typique fut tranché en Angleterre il y a vingt ans : sur action de la princesse Youssouloff représentée sous son nom dans un film comme ayant été violée par Raspoutine, la compagnie MGM fut condamnée à des dommages-intérêts élevés. »¹⁸ La pudicité du tribunal anglais ne permet pas de savoir si le personnage du film et ses aventures étaient fidèles au modèle. Nous voyons là un exemple d'une sphère d'intimité violée (par l'histoire, sinon par Raspoutine), violation qui, reconnaissons-le, n'apporte rien à la Grande Histoire ! La pluralité de ces atteintes retombant sur un même personnage de roman ou de film ne va pas sans compliquer sérieusement la tâche des tribunaux et l'élaboration des règles de droit. Le Français Louis Vaunois¹⁹ relate le cas du cinéaste Henri Decoin qui fut condamné à cause du langage que Danielle Darrieux tenait au baron de Vaugelas dans le film *Premier Rendez-vous*. Non seulement le nom patronymique, mais aussi le prénom du demandeur ont été attribués au personnage du film; de plus, ce choix n'a pas été fait par inadvertance. Decoin connaissait personnellement de Vaugelas, ayant été aviateur dans le même groupe de chasse pendant la guerre. Le tribunal ne s'est dans ce cas aucunement préoccupé des différences d'âge ou de profession. Il s'est contenté d'affirmer qu'il suffisait que l'homonymie crée un rapprochement dans l'esprit du spectateur entre le personnage du film et le propriétaire du nom.

Ces deux exemples de jurisprudence cinématographique prouvent que le romancier et le cinéaste sont, en ce qui concerne les atteintes à la sphère d'intimité, placés sur un même plan. Ils seront même liés dans le cas de l'action en dommages-intérêts d'un million de francs

¹⁷ Del Bianco, p. 234.

¹⁸ Lalive, p. 15.

¹⁹ DA. 1945, p. 51.

français intentée à M^{lle} Françoise Sagan par M. Jolyet. Un personnage de *Dans un mois, dans un an* porte le nom du demandeur et celui-ci craint de se voir un jour à l'écran; le jugement, à notre connaissance, n'a pas encore été rendu dans cette affaire, mais notons que le demandeur aurait pu se contenter de réclamer que le personnage éventuellement transposé à l'écran ne porte pas son nom, d'autant plus qu'il est évident que M^{lle} Sagan ne connaissait pas l'unique Jolyet dont l'existence est révélée à l'annuaire du téléphone de Paris.

L'étude de ces différents cas, si elle apporte quelques éclaircissements sur les grands principes adoptés en jurisprudence, n'en révèle pas moins une grande difficulté d'adaptation et un caractère assez peu réaliste. Nous devons malheureusement nous répéter en citant un dernier exemple, mais le point nous paraît très important. La Cour d'appel de Paris disait le 24 avril 1936 : « Un romancier a le droit incontestable de puiser dans la vie les matériaux nécessaires à son œuvre, mais ce droit est limité par le respect de la personnalité morale et physique d'autrui. Il commet une faute dommageable tombant sous le coup de l'article 1382 CCFr. s'il représente sous des traits ridicules ou odieux des tiers suffisamment désignés aux lecteurs pour qu'ils se trouvent ainsi livrés à la malignité publique et atteints dans leur honneur et leur considération. »²⁰ Un tel principe affirmé et réaffirmé par la jurisprudence et la doctrine est valable en soi, mais souffre du mal terrible d'imprécision. Le cas cité ci-dessus en donne une preuve flagrante. L'auteur incriminé était Anatole France et le roman *La Révolte des Anges*. Le personnage présentait avec le demandeur une similitude de noms et d'habitudes. Le tribunal condamna l'auteur à une indemnité parce que les coïncidences n'étaient certainement pas dues au hasard, d'autant moins que le plaignant X et le héros du roman devenaient fous presque jour pour jour et étaient conduits dans une maison de santé. Comme le fait remarquer M. Savatier²¹, « Anatole France avait, semble-t-il, pris tout simplement le nom de son personnage, avec plusieurs traits de sa destinée dans les faits divers d'un journal. » Or, nous nous demandons où s'arrête (ou plutôt où commence) le droit de l'écrivain de puiser... etc. La parution du fait divers avait déjà donné une publicité au cas, sans que les journalistes soient apparemment inquiétés. L'auteur commet la négligence de ne pas rebaptiser son personnage, il romancie d'une manière peut-être un peu fâcheuse la vie de celui-ci de telle façon, semble-t-il, que les rapprochements n'étaient

²⁰ DH. 1936, p. 262.

²¹ N° 269.

plus possibles. Les lecteurs qu'un tel rapprochement pouvait effleurer devaient faire la part de l'imagination et la part des matériaux puisés dans la vie de tous les jours, dans un fait divers de journal. Or, le tribunal n'a pas raisonné de cette manière et nous pensons, en résumé, qu'il condamne l'écrivain à ne puiser dans les faits divers, par exemple, que les figures auréolées d'une sainte vertu et à créer de toutes pièces les personnages dont les vertus sont sujettes à fléchissement. C'est là ignorer les réalités et prêter une oreille trop bienveillante aux plaintes que toute parution littéraire ne manquera pas de déclencher.

D) La doctrine

Un bref aperçu du point de vue de la doctrine française en ce qui concerne la responsabilité civile de l'écrivain tend à prouver que si le problème a généralement été posé, il n'est pas toujours résolu.

M. P. Esmein²² affirme que les questions de fait jouent un rôle prédominant lorsqu'il s'agit de savoir si l'auteur a outrepassé les devoirs qui lui sont normalement impartis. Le problème est à tel point complexe que toute formule précise est impossible. L'expérience enseigne que cette appréciation est malheureusement justifiée. Dans un autre ouvrage²³, M. Esmein admet que les atteintes à l'honneur justifient réparation non seulement lorsqu'un préjudice pécuniaire en résulte, mais aussi lorsque le dommage se présente comme purement moral. M. Lalou²⁴ s'étend longuement sur le préjudice moral, mais ne dit pas comment sauvegarder l'œuvre et la personne de l'écrivain un peu trop portés vers le réalisme. MM. Henri et Léon Mazeaud²⁵ songent au cas de l'écrivain, mais semblent dépasser les exigences jurisprudentielles en admettant que l'auteur qui ne se comporte pas comme un écrivain prudent est en faute et doit des dommages-intérêts. Peut-être est-il plus heureux de préciser mieux ces notions et de prévoir, à l'instar du droit suisse, que la réparation n'est à envisager que lorsque la faute est grossière et lourde.

Reconnaissons que le problème soulevé est aussi complexe que délicat et que les questions qui se posent à propos de la responsabilité

²² Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 6^e éd., p. 363 ss.

²³ Planiol/Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, N^{os} 546 ss.

²⁴ *La responsabilité civile*, Paris 1955, N^{os} 149 ss.

²⁵ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4^e éd., Paris 1948, N^o 515-5.

civile de l'écrivain méritent une étude autonome. En ce sens, l'apport de M. Savatier est plus qu'appréciable. « Le romancier ou l'auteur dramatique ou cinématographique ne peut prendre pour ses personnages des noms patronymiques, susceptibles de créer une confusion préjudiciable avec des personnes réelles. Il ne peut davantage romancer de manière transparente les aventures d'un personnage vivant ou récemment disparu, s'il en résulte un dommage pour sa famille proche. »²⁶ Ces règles valent aussi pour l'histoire romancée ou le film historique. « Mais des dommages-intérêts ne sont encourus que si le récit est réellement de nature à nuire à une personne ou à sa mémoire. »²⁷ En face des cas pratiques qui enseignent que l'atteinte vient d'abord de l'emploi du nom patronymique, M. Savatier répond à la théorie de la propriété du nom : « Cette thèse de la propriété du nom est manifestement exagérée. Le droit d'une personne sur son nom patronymique n'a rien d'absolu, le nom lui étant imposé dans l'intérêt social plutôt qu'octroyé comme droit subjectif. »²⁸ Il semble que la différenciation entre atteinte au nom uniquement et atteinte au domaine moral du sujet de droit est quasi impossible à déterminer. Tant il est vrai que le brave Monsieur Tout-le-Monde, qui jouit de la considération de chacun, ne se sentira atteint dans ses intérêts personnels que si le Monsieur Tout-le-Monde du roman apparaît comme une noire crapule.

Une note de Labbé faisant suite au jugement Zola-Duverdy laisse entendre que la justice a raison d'être sévère, mais non sans réserver les dangers d'une rigueur trop excessive. Meynial, à propos du jugement du TF dans l'affaire Rod²⁹, reconnaît lui-même : « La mesure du droit du romancier, c'est le point où son acte me devient nuisible. » Mais Meynial sait que la littérature ne peut l'entendre ainsi à une époque où le réalisme s'est emparé de tous les moyens d'expression. La question reste donc de savoir s'il est décent d'accorder à l'écrivain ce privilège inouï de nuire sans réparation. Si l'acte est vraiment nuisible, nous ne saurions tolérer l'absence de réparation, mais nous devons admettre tout aussi sérieusement que si nous poursuivons le roman dans tout ce qu'il emprunte à la réalité, à cause d'une atteinte souvent plus apparente que réelle, mieux vaut l'interdire purement et simplement. Meynial entrevoit pourtant une porte de salut : « Il dépend du roman de gagner lui-même son affranchissement en se montrant beaucoup plus soucieux de l'œuvre d'art que de l'exactitude potinière des détails, de l'idée

²⁶ *Tr. resp. civ.*, N° 89 c.

²⁷ *Idem*, N° 89 d.

²⁸ *Idem*, N° 535.

²⁹ S. 1897, IV. 9.

maîtresse plus que de la joie de calomnier ou de médire. » Pour ce qui est de la calomnie et de la médisance, elles méritent réparation, d'autant plus que l'œuvre d'art reste au second plan, mais quant à l'exactitude potinière des détails, n'oublions pas qu'elle a fait la gloire d'un Saint-Simon ou plus près de nous d'un Proust. Soulignons toutefois qu'elle était parée des atours d'un style remarquable, ce qui porte à beaucoup plus d'indulgence pour le contenu. Le sucre qui enveloppe la drogue fait passer l'amertume de la dragée !

La responsabilité civile de l'écrivain sera toujours difficile à définir. Il est normal d'assister à des différences de jugement aussi nombreuses dans un domaine que chacun observe avec son caractère propre. Regrettons cependant que d'aucuns, comme Mlle Azéma³⁰, se révèlent véritables terroristes à l'égard de l'écrivain trop observateur et point suffisamment dissimulateur. Le lecteur ou le spectateur doit objectivement reconnaître qu'il serait déplaisant de réduire le roman au genre de l'autobiographie ou de faire de la littérature une collection d'allégories, pour prévenir les blessures d'amour-propre.

Il est curieux d'ailleurs de remarquer que la responsabilité peut apparaître sous des aspects très divers. L'affaire Turpain/Branly³¹ présente un cas où l'écrivain commet une faute par omission. Turpain avait écrit un article sur les origines de la TSF en passant sous silence les découvertes de Branly. Ce qui permit au tribunal de préciser que « si un historien avisé, c'est-à-dire conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombent, peut discuter, lorsque telle est son opinion personnelle, la portée des découvertes de Branly, il ne peut passer sous silence ces découvertes et les objections qu'elles lui paraissent soulever. »

Conclusions

N'est-il pas possible d'extraire de la diversité des opinions un système original permettant à la jurisprudence de manifester une plus grande compréhension à l'égard de l'œuvre d'art et de concilier ainsi les exigences de celle-ci avec les rigueurs du droit ?

D'aucuns ont cherché dans la théorie de l'abus de droit un remède capable de cicatiser les atteintes aux intérêts personnels³². L'écrivain aurait le droit de puiser dans la vie les éléments de son œuvre et ceux

³⁰ Thèse Bordeaux 1935.

³¹ D. 1951, J., p. 329 et *Rev. trim. de droit civ.* 1951, p. 246.

³² Cf. Lavigne et Lyon-Caen, N° 225; Darbellay, p. 171 ss.

qui s'y reconnaîtraient ne pourraient en principe lui en faire grief. Mais l'écrivain serait tout de même en faute dans la mesure où il abuserait du droit à lui conféré. Cette théorie est, on en conviendra, aussi ingénieuse qu'imprécise. Elle revient à dire que l'écrivain a le droit d'écrire tout ce qu'il veut, à condition de ne dire du mal de personne.

Une autre théorie veut que l'écrivain commette, dans les cas qui nous occupent, une faute professionnelle. En conséquence, il ne pourrait être poursuivi que si sa faute est volontaire ou lourde. Mais qu'est-ce que la faute professionnelle ? MM. H. et L. Mazeaud en donnent une définition ³³ : « Il s'agit de la faute commise par un individu dans l'exercice de sa profession. » Nous nous retrouvons toujours aussi pauvres d'exactitudes car rien ne nous empêche de penser que le dernier roman de Monsieur Dupont est une faute professionnelle à cause du vide de ce livre au regard du reste de son œuvre de qualité. Il est encore plus certain que, dans cette définition, l'accord ne sera jamais obtenu quant à la gravité et à la lourdeur de la faute. De plus, nous pensons, sans vouloir aucunement diminuer l'art du médecin ou de l'artisan, que leurs fautes et celle de l'écrivain ne sauraient être placées sur un même plan.

Egger, dans l'ouvrage cité, propose une solution aussi simple que judicieuse. Il a en tête trois cas types. 1) L'écrivain s'est contenté de donner à son personnage les traits et le caractère d'un individu déterminé en lui attribuant un nom d'emprunt. Nous ne pouvons retenir contre l'auteur ni faute ni négligence puisqu'il a pris soin de changer le nom de son personnage. Les lecteurs pourront toujours faire des rapprochements, mais la justice ne saurait s'y arrêter. Pourtant cette même justice et le public ont trop tendance à croire qu'il y a préjudice si le personnage est odieux. Un individu dépeint fidèlement sera-t-il plus ou moins atteint dans ses intérêts personnels selon qu'il est mauvais ou bon ? Nous ne saurions le penser. Si personne ne crie lorsque l'auteur dépeint de vertueux personnages, nous ne devons pas en conclure qu'il est interdit d'appeler un assassin un assassin. En cultivant le paradoxe, un tribunal allouera des dommages-intérêts à une parfaite canaille, parce qu'un écrivain en aura fait un bon apôtre ! Il faut être très large aussi dans le rapport de cause à effet, entre la faute et le préjudice. D'autant plus que l'expérience nous enseigne que le préjudice n'a pas tant sa cause dans la publication de l'œuvre que dans l'interprétation du lecteur et que l'écrivain ne saurait être tenu de le réparer que dans les cas extrêmes.

2) L'écrivain a donné à son personnage le nom d'un individu en négligeant ce qui a trait à sa personnalité. Nous sommes obligés de

³³ *Op. cit.*, N° 507.

reconnaître que les personnages de roman peuvent être affublés d'une identité. L'auteur pourra choisir ses noms plus ou moins judicieusement, faisant preuve ou non de prudence. Toutefois, si le préjudice est certain, causé par l'emploi du nom, il ne saurait être en ce cas que très limité, uniquement moral, et nous ne concevons réparation que sous la forme du changement d'identité du personnage si le moyen de réparer reste en rapport avec l'atteinte. Un récent arrêt de la Bastie/Dutourd³⁴ semble ouvrir une voie assez libérale à ce problème courant en ce qui concerne la responsabilité de l'écrivain : la confusion de nom dommageable. La Cour d'appel de Paris a condamné Dutourd, auteur de « Au bon beurre », à un franc de dommages-intérêts, à la suppression du nom du plaignant dans les éditions postérieures et à l'obligation d'encarter le jugement dans les exemplaires en vente. M. Lindon, dans une note faisant suite à l'arrêt, se réjouit de cette solution qui fait droit aux intérêts moraux de la victime et ne nuit en rien au roman. Les intérêts en présence sont en effet largement respectés et la plainte morale de M. Royer de la Bastie est largement satisfaite par une sanction en cessation du trouble.

3) L'écrivain a décrit sous son véritable nom une personne déterminée. La faute revêt là un certain caractère de gravité. Il y a atteinte comme dans le cas précédent au nom patronymique et, en plus, à la personnalité. L'écrivain devra payer le prix de son imprudence, voire de sa méchanceté. Il faut, pour être précis, assimiler à ce cas l'hypothèse où l'identification demeure apparente, parce que suggérée par assonance ou jeux de mots. M. Lindon, dans la note précitée³⁵, admet que la confusion peut exister en l'absence de similitude de nom, ce qui n'est naturellement pas pour simplifier le problème et tend à prouver encore que la plus grande prudence est de rigueur en la matière. Quant au préjudice, il sera fonction du caractère plus ou moins odieux du personnage ou des révélations faites sur sa vie privée. Ce préjudice dépendra d'ailleurs de plusieurs facteurs, tels que la place occupée par le personnage dans le roman, la longueur de son apparition à l'écran. En ce qui concerne le rapport de causalité, le lecteur subtil n'est ici plus seul à découvrir la vérité, mais l'identification est un fait certain.

Le rapport faute-préjudice ayant été clairement envisagé, reste à résoudre le problème fort délicat des sanctions. La première réparation qui nous vient à l'esprit est celle qui consiste en la suppression du nom. D'aucuns pensent que l'interdiction de vendre l'œuvre pourrait aussi

³⁴ D. 1957, p. 622.

³⁵ D. 1957, p. 622.

être demandée. Cette solution nous paraît être particulièrement sévère. S'il y a lieu d'allouer des dommages-intérêts à cause de la gravité de l'atteinte, il est bon de tenir compte du nombre de lecteurs de l'œuvre (nombre d'exemplaires tirés ou vendus).

Il ne faut pas perdre de vue non plus que « l'existence d'une atteinte à la considération se détermine subjectivement selon le milieu social et la profession du plaignant »³⁶. Il convient de noter encore une particularité en la matière : « Même quand elle (la réparation) peut se faire en nature, ils (les tribunaux) sont libres de la remplacer par une indemnité. Or ils usent parfois de cette faculté en consolidant les effets de la situation fautive elle-même. »³⁷ Le juge se réserve ainsi le droit de consolider par voie prétorienne une sorte de droit de nuire à autrui contre une indemnité. Le tribunal peut donc, tout en reconnaissant qu'un romancier a ridiculisé à tort une personne facilement identifiable, refuser néanmoins de mutiler le roman et réduire la victime à une simple indemnité. Cela prouve qu'aux yeux du tribunal l'atteinte à un chef-d'œuvre littéraire serait un mal pire que le maintien de l'état de choses fautif³⁸.

Le doyen Savatier hésite à approuver cette jurisprudence, craignant que les tribunaux excèdent leur rôle en perpétuant un état de choses illicite ou en attendant injustement à la considération d'autrui. Nous ne craignons pas d'affirmer qu'au contraire cette manière de juger est propre à éloigner quelques fâcheux des tribunaux, et nous sommes certains que si l'atteinte était véritablement grave et préjudiciable les tribunaux n'excéderaient pas leur rôle. Le seul danger que nous voulons dénoncer dans cette manière de juger, c'est que la grande majorité des plaignants sera plus satisfaite de toucher des dommages-intérêts sonnants et trébuchants que d'être indemnisée purement moralement par suppression du nom, par exemple. Le fait est assez gênant en soi, mais nous pouvons nous consoler devant l'œuvre conservée dans son intégrité. Cette dernière remarque tend à prouver une fois de plus que dans le domaine de l'atteinte à la sphère d'intimité, il faut examiner les individus en présence dans l'objectivité la plus grande possible, tout en admettant que l'écrivain de par sa vocation a le droit d'effleurer l'amour-propre des tiers.

Sans aller jusqu'à comparer l'auteur au médecin ou à l'avocat, force est de constater qu'il est des vocations qui, plus que d'autres, vous mettent en contact avec les individus et obligent parfois à dévoiler les excentricités de la vie.

³⁶ Savatier, *Tr. resp. civ.*, N° 94.

³⁷ Savatier, *idem*, N° 107.

³⁸ DH. 1936, p. 319.

Chapitre VIII

L'ADAPTATION ET LE PLAGIAT

Les techniques modernes et les fantaisies coutumières de l'Histoire obligent à s'écarter des rigueurs de la légalité. Les notions que nous serrons de très près se relâchent au contact de la réalité. Il est indispensable de faire preuve d'une grande facilité d'adaptation dans le cas des intérêts personnels, et ce au détriment du principe de la sphère d'autonomie plus qu'à celui du sujet de droit, auteur ou tiers. Toujours est-il que les problèmes soulevés par les phénomènes d'adaptation et de plagiat nous forcent à calquer nos notions sur la vie plus que sur le droit. Les grandes lignes des intérêts personnels restent intactes, mais manifestement le droit ne l'emporte pas ici sur des exigences réelles et souvent peu libérales.

A) L'adaptation

Notre intention n'est pas de faire une étude exhaustive de ce contrat et des problèmes divers qui en découlent. Nous aimerions simplement attirer l'attention du lecteur sur quelques aspects de l'adaptation, sur quelques détails qui définissent très bien la restriction de la sphère des intérêts personnels à laquelle nous sommes astreints.

Il convient tout d'abord d'examiner l'hypothèse où l'adaptateur ne fait que s'inspirer très largement d'une œuvre préexistante ou d'une idée. « Si les remaniements, les adjonctions, les modifications sont tels qu'une œuvre nouvelle est née, le cordon ombilical est rompu. Le problème n'est pas plus susceptible de solution précise que celui de savoir combien il faut ajouter de grains de sable les uns aux autres pour obtenir un tas de sable : c'est le problème du passage de la différence quanti-

tative à la différence qualitative, en lui-même insoluble. »¹ Le problème est d'autant plus insoluble que, pour ces auteurs, l'idée, le thème d'une œuvre (roman ou pièce de théâtre) appartiennent à tout le monde. Seuls le style, l'infrastructure de l'œuvre appartiendraient à l'auteur, alors que l'idée est du domaine public². Cette remarque est généralement juste, mais il serait très dangereux de l'adopter sans amendements. Il en est des idées comme des intrigues, elles peuvent être empreintes d'une originalité certaine. L'exemple d'Amphitryon 38 ne saurait être généralisé.

Un problème plus simple se pose lorsque le producteur ou le metteur en scène d'une œuvre cinématographique s'emparent d'une création originale sans le consentement de l'auteur. « La reproduction ou l'adaptation non autorisée par un film d'une œuvre préexistante suivies de la projection de celui-ci constituent une contrefaçon ou une représentation illicite, ou les deux. »³ Le roman devant toujours être retouché et adapté pour être porté à l'écran, nous serons alors en présence d'une adaptation illicite. En admettant qu'une idée fasse partie du domaine public, il appartiendra au juge de décider si le scénario ne fait que reprendre cette idée ou si, au contraire, il s'inspire directement et plus servilement de l'intrigue d'une œuvre originale. La tâche du juge apparaît à tel point délicate, qu'il serait, selon nous, judicieux de s'écarter le plus possible de la conception de « l'idée appartenant au domaine public ». Cela en vertu du droit au respect et à la paternité du créateur de l'œuvre originale. Les délits de contrefaçon et de représentation illicite sont punis d'amendes. Les jugements peuvent être publiés et, dans le cas de la représentation, les recettes saisies⁴.

Le problème se révèle beaucoup plus complexe lorsque l'auteur consent à l'adaptation, mais entend rester maître de toutes ses prérogatives morales. M. J. G. Renauld, dans l'étude très complète qu'il consacre au droit d'auteur et au contrat d'adaptation, relève la particularité de ce domaine; il écrit⁵ : « Il va de soi que cette activité posera des problèmes fort délicats, dont la solution dépendra non seulement de considérations techniques, mais encore d'appréciations purement objectives, dans lesquelles interviendront le goût personnel de l'adaptateur, ses conceptions artistiques et même son tempérament propre. » Il est permis de penser aussi que parfois la personnalité de l'auteur original influencera l'auteur de l'œuvre dérivée et réciproquement.

¹ Lavigne et Lyon-Caen, N° 191.

² N° 191.

³ Lavigne et Lyon-Caen, N° 198.

⁴ Cf. Lavigne et Lyon-Caen, N°s 202 et 203.

⁵ P. 167.

Il convient tout d'abord de différencier les rapports patrimoniaux et moraux qui unissent auteur et adaptateur. C'est ce que fait, nous semble-t-il, assez bien la Cour d'appel de Paris dans un arrêt ⁶, où l'on peut lire : « L'écrivain dont l'ouvrage sert de thème pour être porté à l'écran, après transformation en une véritable œuvre cinématographique, n'est pas de ce fait un collaborateur du cinéaste quand bien même on supposerait la stipulation d'une rétribution au moyen d'un tantième sur le produit du spectacle; c'est en général contre l'octroi direct de sommes souvent considérables, qu'il donne l'autorisation de procéder à l'adaptation; son rôle se borne là, sans qu'il participe aux remaniements incessants et profonds, heureux ou non, mais nécessaires pour mener à bien l'œuvre destinée à la projection, qui obéit à d'autres lois esthétiques que le roman ou le théâtre. Réserve faite du respect dû à son droit moral sur son propre ouvrage, l'auteur original ne saurait élever de prétentions découlant de la création du film, pas plus qu'il ne concourt aux risques et responsabilités de l'édition et de la représentation. » Ces considérations appellent naturellement quelques précisions, dont la première est que l'écrivain peut très bien être un collaborateur du cinéaste, cela dépendra du contrat. D'autre part, nous devons nous méfier des exigences de l'art cinématographique : ces remaniements incessants, heureux ou non, dont parle l'arrêt; il est fréquent de voir ces exigences ne répondre qu'à un but bassement commercial.

C'est la raison pour laquelle M. Renauld insiste sur deux conditions qui lui paraissent essentielles de l'adaptation : l'originalité ⁷ et la fidélité ⁸. Conditions paradoxales en apparence, mais qui permettent de différencier les intérêts des créateurs en présence. La condition d'originalité empêche la simple copie de l'œuvre. Pour ce qui est de la fidélité, elle ne s'applique en règle générale qu'au fond de l'œuvre originale. M. Desbois remarque justement ⁹ : « Par le fait même qu'il procède à une adaptation, il retient de la création antécédente certaines formes d'expression ou de composition qui manifestent la filiation de l'œuvre dérivée. » Dans le cas de l'adaptation d'un roman à l'écran, il va de soi que les formes seront étrangères l'une à l'autre, réserve faite du cas extrême où l'adaptateur reprend certains dialogues du roman. Mais le problème important est de définir entre quelles limites nous devons situer un terrain d'entente pour qu'écrivain, dialoguiste et metteur en scène puissent collaborer sans trop de contraintes. Selon notre définition des

⁶ DH. 1939, p. 266.

⁷ P. 169 ss.

⁸ P. 177 ss. Cf. aussi Savatier : *Le Droit de l'art et des lettres*, N° 133.

⁹ N° 576.

intérêts personnels, une délimitation s'instituera entre deux zones, l'une ouverte aux initiatives de l'adaptateur, l'autre réservée à la volonté souveraine de l'auteur. Toute difficulté n'est pas de ce fait écartée et encore moins résolue, car la délimitation des zones en cas de conflit ne se manifesterait pas aux esprits des juges avec une très grande évidence. Ils devront s'efforcer d'apprécier objectivement. La solution la meilleure serait, à notre avis, d'avoir recours à des experts — ou au moins à un arbitre — qui pourraient dégager la substance de l'œuvre antécédente, ses éléments irréductibles, pour découvrir dans quelle mesure l'œuvre a été respectée ou trahie.

Selon M. Le Tarnec¹⁰, et à juste titre nous semble-t-il, une tendance doit être écartée d'emblée si nous ne voulons pas voir s'établir un grave déséquilibre entre les intérêts. C'est celle qui vit jour dans un arrêt Bernstein/Pathé cinéma¹¹. L'auteur avait signé une clause qui prévoyait que l'adaptateur aurait tout loisir d'apporter à l'œuvre originale les changements qu'il jugerait nécessaires. Or, il y eut abus et Bernstein saisit le tribunal, mais celui-ci laissa entendre que le droit au respect n'est applicable en cas d'adaptation que si l'activité de l'adaptateur tend à nuire et à porter atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur. Ce critère est naturellement trop restrictif et nous devons admettre qu'il y a dénaturation lorsque le caractère de l'œuvre est altéré. C'est aussi l'avis, nous semble-t-il, du Tribunal fédéral¹² qui a décidé que le fait de consentir l'adaptation ne donnait pas à l'adaptateur le droit de déformer la pensée de l'auteur; un langage plus précis serait en l'occurrence le bienvenu ! L'interprétation du tribunal français pourrait bien reposer sur l'article 6 de la Convention de Berne dont nous dénonçons plus haut l'imprécision.

Il ressort de ce qui précède que l'auteur qui concède le droit d'adapter consent du même coup à certains sacrifices. Non seulement sacrifices de formes, mais aussi légères modifications quant au fond¹³. Les exigences réelles de l'art cinématographique obligent le cinéaste à faire des coupures, à supprimer quelques personnages épisodiques, mais il faut admettre que, quelles que soient les stipulations du contrat, il ne saurait procéder à ces transformations sans l'avis de l'auteur original. La chose est d'autant plus importante que nous ne nous contentons plus d'adapter un roman au théâtre, mais que les exigences du cinématographe sont

¹⁰ N° 39.

¹¹ DH. 1933, p. 533.

¹² ATF 58 II 307.

¹³ Cf. Lavigne et Lyon-Caen, N° 192.

plus impérieuses et que celles de la télévision seront plus draconiennes encore.

Cette solution semble être aussi celle adoptée par M. Renauld ¹⁴ lorsqu'il écrit : « Il n'est même point nécessaire que ces remaniements soient de nature à « nuire à la réputation ou à l'honneur » de l'auteur adapté. Il n'est point nécessaire non plus que l'adaptateur ait agi avec mauvaise foi ou avec l'intention de nuire. Dès l'instant où il apparaît manifestement que l'œuvre dérivée trahit l'œuvre primitive, l'auteur de celle-ci peut en interdire l'exploitation sans devoir rapporter la preuve d'une faute quelconque dans le chef de l'adaptateur. » M. Renauld ajoute qu'il ne suffit pas de constater des modifications, encore faut-il qu'elles dénaturent l'œuvre primitive ou la pensée de son auteur. En effet, « adaptation signifie modification », mais « l'auteur doit pouvoir défendre sa personnalité, l'intégrité de son œuvre, il peut désirer que le public des salles ne s'en fasse pas une idée fausse, déformée. » ¹⁵

Les nombreux exemples d'adaptation de romans à l'écran nous laissent entrevoir que les exigences du droit moral surpassent celles des écrivains adaptés : ceux-ci font souvent preuve d'une grande indifférence. Comment, en effet, apprécier l'attitude d'un Hemingway qui assiste généralement au tournage des premières séquences de films issus de ses romans et qui, très vite, part en claquant la porte ? Il appartient sans doute au juge de dire jusqu'où la version filmée de *L'Adieu aux Armes* trahit l'intrigue du roman. Mais n'existe-t-il aucun moyen de prévenir cette trahison ? Une rédaction précise du contrat d'adaptation sera déjà, semble-t-il, une garantie pour les parties. La loi française de 1957 prévoit que le contrat devra être rédigé par écrit et MM. Lavigne et Lyon-Caen souhaitent que le contrat spécifie avec précision le ou les droits cédés. Ainsi l'auteur n'est censé avoir concédé que la prérogative que le contrat indique formellement ¹⁶.

Selon les prérogatives cédées, nous serons tantôt en présence d'une adaptation proprement dite, tantôt d'une œuvre « tirée ». Bien que MM. Lavigne et Lyon-Caen ne mentionnent pas cette particularité, il convient cependant de la signaler. C'est ce que fait M. Olgarnier ¹⁷. L'œuvre tirée est par définition moins fidèle que l'adaptation, en ce sens qu'elle n'emploie qu'une partie plus ou moins grande de l'œuvre. La solution apportée au respect du droit moral sera plus délicate encore, mais nous devons toujours admettre que l'auteur de l'œuvre originale

¹⁴ P. 245.

¹⁵ Lavigne et Lyon-Caen, N° 221.

¹⁶ N° 212.

¹⁷ P. 216.

a le droit d'intervenir auprès des auteurs de l'œuvre dérivée. Les limites de sa liberté morale seront définies d'abord par lui-même, compte tenu des rapports et des transformations que subiront la forme et le fond. Il faut noter cependant que l'auteur primitif en signant un contrat qui autorise un tiers à « tirer » une œuvre, s'expose à plus de liberté de la part du tiers que s'il s'agissait d'adaptation. Cette manière de voir explique un grand nombre de films qui n'auraient jamais été tournés si l'auteur n'avait pas donné l'autorisation de « tirer » un film de son œuvre.

Nous sommes ici en présence, première entorse au droit, d'une cession assez importante de droit moral consentie dans un but parfaitement louable et dont l'auteur est naturellement seul juge. C'est ce que souligne M. Savatier ¹⁸ : « La cession du droit d'adapter une œuvre est un acte de disposition que fait l'auteur de son droit moral. Acte de disposition permis, constate avec raison le tribunal de Bordeaux ¹⁹. Il faut pourtant remarquer combien cette décision, si conforme qu'elle soit à la nature des choses et à l'usage du monde des lettres, apparaît immédiatement comme la négation même de la mystique jurisprudentielle qui affirme, dans d'autres décisions, l'incessibilité du droit moral. » Ainsi M. Savatier pense que les auteurs ne pourront se plaindre de la trahison de l'adaptation que lorsque celle-ci est essentielle et il retire ainsi aux auteurs le pouvoir discrétionnaire d'apprécier si leur œuvre a été violée ou non. C'est, à notre avis, faire preuve de beaucoup de sévérité, encore qu'une querelle de définition nous permettrait d'épiloguer sur les caractères essentiels d'une œuvre. Mais en face du cas concret, nous apprenons à respecter les principes fondamentaux du droit en délaissant, comme le remarque M. Savatier, les détails. Et ici force est de reconnaître que les auteurs originaires sont opposés non pas tant aux metteurs en scène ou dialoguistes, mais bien plus souvent aux producteurs dont dépend directement le financement du film. Ceux-ci dépourvus dans leur grande majorité de sens artistique, mais munis de celui du commerce, exigent souvent des modifications qui flatteront les goûts du public et qui, manifestement, n'apportent rien à l'art cinématographique. C'est ce qui nous fait pencher pour une interprétation peu restrictive des caractères essentiels de l'œuvre adaptée.

Un autre cas très particulier et très important est encore à souligner, c'est celui de la publicité qui devrait dépendre aussi bien du romancier que du cinéaste. M. Savatier soulève le problème au N° 51 de l'ouvrage cité plus haut : « Mais cette publicité ne doit pas trahir l'œuvre d'art.

¹⁸ N° 137.

¹⁹ *Gaz. Pal.* 1951, p. 372.

La vérité de celle-ci ne s'accommoderait de sérieuses erreurs. Et sa dignité ne tolérerait pas, du moins sans le consentement exprès de l'artiste, certaines outrageantes vulgarités dans la présentation ou dans le choix du public touché. C'est pourquoi les rédactions des comptes rendus publicitaires, le lieu et les modalités des affichages sont soumis au contrôle de l'artiste toutes les fois qu'ils risqueraient de défigurer l'esprit de l'œuvre. » Malheureusement, le processus de commercialisation des œuvres cinématographiques ne s'embarrasse pas de telles contingences, tant il est vrai que si l'on veut faire de nouveaux films il faut que les précédents touchent le public. Et en ce sens nous connaissons les moyens de la publicité qui sévit dans les journaux, publicité qui ira, s'il le faut, jusqu'à imaginer des scènes susceptibles d'attirer le client. A ce degré-là, les intérêts personnels du romancier ne sont que très indirectement atteints et ceux du cinéaste doivent vraisemblablement se taire en face de préoccupations plus matérielles; ce n'est peut-être qu'à ce prix-là que les créateurs acquerront peu à peu une indépendance morale réelle.

Notons encore, à notre grande satisfaction, que des organismes *ad hoc* s'occupent de plus en plus de réglementer ces problèmes pour la plus grande liberté de chacun. C'est ainsi qu'en France, la Chambre syndicale de l'industrie cinématographique a créé un contrat type qui, selon M. Savatier²⁰, apparaît comme la codification des usages existants en matière d'adaptation littéraire. L'article 5 de ce contrat permet au producteur d'adapter l'œuvre originale en tenant compte des besoins de l'art cinématographique, mais à condition de ne pas en altérer l'esprit ou le caractère. Il vaudrait peut-être mieux ne pas appliquer cet article avec trop de rigueur, les exigences du film allant souvent jusqu'à une altération du caractère de l'œuvre. (Ne serait-ce que pour ne pas dépasser les deux heures de projection, limite imposée à l'œuvre par des raisons commerciales.) Le problème de l'adaptation cinématographique mérite en tout cas une législation *ad hoc*, précise, et MM. Lavigne et Lyon-Caen n'ont pas tort de voir dans la convention collective « la forme d'avenir des relations juridiques cinématographiques »²¹.

La Convention de Berne révisée se contente de poser le problème, mais n'apporte pas les précisions indispensables au respect des parties en présence. Il ressort de l'article 14 que « l'œuvre traduite ou adaptée, œuvre dérivée, ne contient plus que les éléments immatériels de fond de l'œuvre originale : les éléments immatériels de forme sont propres à l'œuvre dérivée et ont conféré à son auteur un autre droit moral »²².

²⁰ N° 138.

²¹ N° 186.

²² Olganier, II, p. 55.

Si la loi laisse à l'auteur la liberté de décider des modalités d'une adaptation, il serait judicieux de prévoir un droit de l'auteur à intervenir en tout temps lorsqu'il juge sa pensée trahie. Car, comme le remarque M. Olagnier²³, les incohérences de fond de l'œuvre dérivée se retourneront souvent contre l'œuvre originale.

En ce qui concerne les œuvres tombées dans le domaine public, il convient de signaler qu'un projet d'amendement de la Convention de Berne tend à obliger les pays membres de l'Union à appliquer le droit au respect de ces œuvres. On cite le cas de *Carmen Jones* adaptée aux USA de l'œuvre de Bizet et on parle en l'occurrence de « rajournissement des classiques »²⁴. Ce projet d'amendement semble être une heureuse initiative, puisque l'état actuel du droit ne permet pas de protéger les classiques contre les excès d'une jouvence parfois malheureuse.

B) Le plagiat

Le problème des plagiaires est un des plus intéressants et des plus surprenants pour qui n'est pas initié à la petite histoire littéraire. Le droit en face du plagiat devra souvent agir comme si la chose ne le concernait pas. Les tribunaux sont suffisamment occupés à défendre les vivants pour se permettre parfois d'ignorer le droit de ceux qui logent sur ou sous terre. M. Maurevert dans une remarquable étude, aussi riche que bien documentée, jette une lumière nouvelle sur l'imagination parfois restreinte des grands noms de l'histoire littéraire.

Aristophane reproche à Euripide d'avoir pillé Eschyle, mais celui-là n'était jamais en retard au pillage. Virgile, qui s'élève contre les plagiaires, pratique avec bonheur la méthode des emprunts dissimulés. Au XV^e siècle, Léonard Arétin publie sous son nom, après avoir détruit l'original, une *Histoire des Grecs* due à Procope. Clément Marot, « pour justifier son nom se livre au maraudage » dans les œuvres de l'antiquité. Le génial Rabelais mieux que personne sait tirer parti de tout ce qui lui tombe sous la main : contes, proverbes, calembours, tout est bon et les connaissances littéraires du père de Gargantua étaient fort vastes. C'est ainsi que le portrait qu'il nous fait de Pantagruel : « Mal faisant, pipeur, beuveur, batteur de pavez, ribleur s'il en étoit à Paris, au demourant le meilleur filz du monde » est très vraisemblablement la

²³ P. 57.

²⁴ Cf. Lavigne et Lyon-Caen, N° 227.

reproduction textuelle d'un passage de Marôt décrivant le valet de Gascogne.

Shakespeare, Montaigne font mieux que se défendre dans ce domaine et Pascal même n'a pas toujours distingué entre ses pensées et celles des autres. Les juxtapositions sont aussi nombreuses que plaisantes qui nous permettent de douter de l'originalité de leur auteur : « Le soleil ni la mort ne se peuvent regarder fixement » (La Rochefoucauld, né en 1613) et : « Il y a deux choses qu'on ne peut regarder fixement, le soleil et la mort » (Cervantes, mort en 1616).

Alfred de Musset, qui écrit dans *La Coupe et les Lèvres* :

Je hais comme la mort l'état de plagiaire
Mon verre n'est pas grand mais je bois dans mon verre

ne se refusait pas à étancher sa soif dans le verre de Boccace et allait jusqu'à se soûler dans celui de George Sand...

Si les ressemblances sont parfois frappantes, voire même choquantes, nous devons reconnaître que souvent le plagiaire a su donner à son œuvre l'empreinte de sa personnalité. Ainsi le sonnet fameux du moins célèbre Félix Arvers :

Ma vie a son secret, mon âme a son mystère
Un amour éternel en un moment conçu :
Le mal est sans espoir aussi j'ai dû le taire
Et celle qui l'a fait n'en a jamais rien su

serait tiré tout droit de quelques strophes d'un petit poète inconnu nommé Coquart :

Et ma contrainte est si cruelle
Que celle vers qui vont mes vœux
Lira ce récit amoureux
Sans savoir qu'il est fait pour elle

Le plus plaisant est qu'Arvers avoue avoir pris l'idée de ce sonnet chez un Italien et que ce quatrain, à lui seul, a donné quelque célébrité à notre auteur. Si Arvers s'est inspiré de Coquart, il a su en faire une œuvre personnelle et nous devons admettre que les réminiscences sont nombreuses en littérature et que tel qui croit improviser ne fait que réciter.

Il est d'ailleurs comique aussi de noter que les plagiaires ont un langage très sévère à l'égard du plagiat. La Fontaine, dans *Le Geai paré des Plumes du Paon*, nous dit :

Il est assez de geais à deux pieds comme lui
Qui se parent souvent des dépouilles d'autrui
Et que l'on nomme plagiaires

et M. Maurevert de passer en revue les nombreux auteurs chez qui La Fontaine s'inspirait. *La Laitière et le Pot au Lait* est la reproduction d'une nouvelle de Bonaventure des Périers. Nous ne saurions tenir rigueur au bon La Fontaine qui avoue si ingénument :

Sur différentes fleurs l'abeille se repose
Et fait son miel de toute chose

car nous devons reconnaître avec M. Maurevert que ce miel est souvent bon.

Stendhal, qui désire dire avec le grand Corneille, tout aussi plagiaire que lui :

Je ne dois qu'à moi seul toute ma renommée

recopie de la manière la plus éhontée trois études sur la vie de Haydn, Mozart et Métastase dues respectivement aux plumes de Carpani, Winckler et Baretti et en fit ses *Vies de Haydn, de Mozart et de Métastase* qu'il publie sous le nom de Louis-Alexandre-César Bombet. La *Chartreuse* est puisée dans des nouvelles manuscrites napolitaines et l'essai *De l'Amour*, en plus des sources citées, doit en receler d'autres qu'on passe sous silence.

Cette énumération nous paraît suffisante. Libre à nous de rechercher dans les œuvres de nos contemporains les failles de l'originalité et les faiblesses de leur imagination ; la vérité est que la façon de donner vaut mieux que ce que l'on donne.

Nous sommes ici en présence d'un phénomène qui paraît courant et qui bénéficie d'une certaine clémence. Nous ne saurions accuser de malhonnêteté tous les auteurs qui sont victimes de tels rapprochements. Il est, en effet, des circonstances fortuites qui peuvent expliquer telle ou telle ressemblance. Un anonyme²⁵ relate deux faits qui peuvent nous éclairer en la matière. Louis-Martin Chauffier confiait qu'il y avait entre lui et Marcel Proust des ressemblances intellectuelles si profondes qu'il leur était arrivé à tous deux « d'écrire chacun de son côté, mot pour mot, la même phrase ». Si cette observation est vraie, nous pouvons admettre qu'elle ne portera jamais que sur des morceaux littéraires très restreints. Elle ne prouve pas moins qu'une certaine connexité intellectuelle peut être le fait d'une vie ou d'une recherche semblable et explique le phénomène de la réminiscence, première cause du plagiat. Le second cas est celui d'une jeune fille qui mourut jeune en laissant dans ses papiers un cahier de poésies de fort bonne tenue. On publia

²⁵ DA. 1925, p. 27 et 45.

ce cahier, mais le mystère se dévoila, la jeune fille n'avait fait que recopier des poèmes peu connus d'auteurs célèbres. Elle se trouvait ainsi avoir composé un recueil d'une certaine unité, car toutes les pièces du cahier correspondaient à quelque fibre intime de son être.

Ces exemples ne tendent nullement à prouver que le plagiat est toujours excusable. Il l'est parfois, mais l'auteur devrait néanmoins citer ses sources, même si celles-ci remontent à l'antiquité et ne lèsent aucun intérêt personnel. Le plagiat dans le sens où nous l'entendons couramment porte toujours atteinte au droit moral de l'auteur plagié, parfois même à ses intérêts pécuniaires. La seule excuse qui nous paraisse valable est que l'auteur plagié, en général auteur mineur, se trouvera paré des atours du génie. Le plus souvent la forme de l'œuvre se trouvera être la seule garante de l'originalité du texte nouveau et cela est suffisant pour lui valoir le droit à une vie propre. Nous pouvons même admettre qu'un court texte recopié intégralement et inséré judicieusement dans une œuvre originale ne saurait attirer nos foudres; nous nous contenterons d'en faire la critique. L'attitude d'un Stendhal, par contre, en face de ses *Vies* est beaucoup plus répréhensible et cela d'autant plus qu'il jugea prudent de citer quelques sources, mais toujours les plus insignifiantes.

Il nous semble tout à fait normal que l'on se serve des œuvres d'autrui, mais cette coutume littéraire doit cependant être limitée et soumise à certains principes dus au respect du droit moral de l'auteur original. Nous l'avons déjà dit, la première chose que nous devons exiger est la citation des sources, pour le reste le problème rejoint celui de l'adaptation et l'obligation d'originalité sauvera bien des plagiaires d'une accusation trop stricte. L'obligation de fidélité étant ici plutôt à déconseiller.

Conclusions

Dans le domaine de l'adaptation, comme dans celui du plagiat, nous en sommes réduits à n'admettre valablement l'intervention des tribunaux que dans les cas où la trahison est trop flagrante ou l'emprunt trop ostensible. Il va de soi que la plainte de l'auteur trahi ou plagié devra toujours être appréciée avec la plus grande objectivité possible et nous ne devons en aucun cas retenir les principes d'essentialité de la trahison ou nous montrer trop bienveillants en face de l'emprunt à peine camouflé. Mais du moment que nous sommes « entre auteurs », nous

devons nous efforcer de laisser à chacun la liberté la plus grande. Le tribunal n'est plus seul juge puisque, qu'on le veuille ou non, la subjectivité des auteurs reste prépondérante. Nous serons dans ce cas obligés de prêter une oreille attentive à certaines doléances qui paraissent parfois exagérées et accorder une présomption de valeur aux plaintes des auteurs adaptés ou plagés.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible d'atteindre à plus de précision juridique dans un domaine extraordinairement complexe. Ces problèmes trouveraient peut-être une solution plus pratique, mieux en rapport avec leur essence, si les critiques dénonçaient avec plus de véhémence la trahison des adaptations ou les emprunts cachés.

Chapitre IX

LA CRITIQUE LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

A) Généralités

Si la critique apparaît en France en 1549 déjà, à l'époque du manifeste de la Pléiade, elle n'obtient ses lettres de noblesse qu'au XIX^e siècle, grâce à la classe, la curiosité et le talent des critiques d'alors. Si de nos jours, ce domaine singulier de la presse influence grandement celui des arts, ce n'est pas toujours, reconnaissons-le, à cause du talent de ceux qui s'y adonnent. Quelques individualités clairvoyantes et intelligentes ont cependant su faire de la critique, littéraire ou cinématographique, un élément dynamique dans le domaine de l'art.

D'aucuns pensent que la critique est aisée et ses mauvais représentants s'efforcent de le prouver. Mais l'art qui consiste à expliquer et à juger une œuvre est certainement fort délicat et demande, nous ne devons pas en douter, des qualités peu communes. Un critique peut naturellement se contenter de résumer une œuvre, d'en citer quelques passages pour la condamner ou la louer. Il peut aussi aller plus avant dans ses investigations, en étudiant la personne de l'auteur, ses origines, les bons ou mauvais côtés de sa philosophie; il peut étayer son explication et son jugement en recourant aux indices des détails biographiques. Il n'en faut pas plus pour que le droit de critique tourmente la sphère personnelle de l'écrivain. Ce droit est fondé sur des exigences professionnelles et sociales et « maintenu dans de sages limites il ne lèse aucun intérêt »¹. La sagesse n'est pas, nous le verrons par la suite, le critère parfait pour définir les droits de la critique.

Le fait même de juger, qui consiste à louer ou blâmer, porte en soi le fœtus d'atteintes futures. Nous ne possédons pas de normes immuables au nom desquelles nous pourrions blâmer ou louer, tout est affaire de

¹ Eloy, p. 3.

goût. Nous serions tentés de penser avec Voltaire qu'il ne faut pas discuter des goûts. Nous devons faire ici une différence entre les goûts sensuels et les arts. Nous devons aujourd'hui compter avec le phénomène de la critique et le considérer avec bienveillance malgré les outrances auxquelles il est souvent voué. Nous le verrons par la suite, les extravagances de la critique seront souvent remises à l'ordre par l'emploi judicieux et adroit du droit de réponse.

Bien que M. Eloy prescrive au droit d'analyse des limites étroites et quasi irrationnelles, ce n'est pas l'exercice du droit d'analyse qui fait la critique. Il faut qu'intervienne encore un jugement reposant sur des idées personnelles et propres à étayer l'éloge ou la condamnation de l'œuvre. Il est hors de doute que le droit de juger, le droit de dire ce que l'on pense, est l'élément essentiel du droit de critique.

B) Les limites du droit de critique

Parce que les conséquences de la critique sont souvent redoutables, elle doit être définie avec exactitude. Celle-ci sera souvent plus théorique que réelle, car si chacun s'accorde à penser que la critique est soumise à la bonne foi, qu'elle ne doit receler aucune intention de nuire, que l'auteur critiqué ne doit pas l'être dans sa vie privée, toutes ces notions souffrent de l'imprécision à laquelle nous sommes condamnés dans le domaine des droits de la personnalité.

« Le critique littéraire ou artistique, devant informer impartialement ses lecteurs, n'encourt aucune responsabilité pour l'appréciation défavorable d'un ouvrage, laquelle doit être présumée de bonne foi. Il en serait autrement si l'appréciation critique au lieu de s'adresser à l'œuvre, visait la personne de l'auteur non encore passé dans l'histoire. Ces indications valent pour la critique d'une œuvre quelconque. »² M. Savatier reprend ici les idées émises par la Cour d'Aix-en-Provence³ qui précise que : « Si le journaliste jouit de son droit de critique en matière d'art comme sur tout autre sujet et possède, par suite, le droit de formuler des appréciations sur l'opportunité des initiatives d'un artiste et le mérite de ses œuvres, il ne saurait se prévaloir de l'exercice nécessaire et légitime du droit de critique pour mettre en cause la personne

² Savatier, *Tr. resp. civ.*, N° 89 b.

³ JCP. 1948, N° 4031.

de l'artiste lui-même dans des termes de nature à porter atteinte à sa probité artistique ou même à sa considération professionnelle, la publication de pareilles allégations révèle l'intention de nuire et confère à l'acte son caractère délictueux. »

La bonne foi du critique doit être une obligation de base à cause de la gravité de sa tâche. Nous ne pouvons admettre qu'un critique apprécie une œuvre dramatique en se contentant de la lire et non de la voir. Dans ce sens d'ailleurs, on admet que les répétitions générales ne doivent être considérées que comme des répétitions et qu'on ne saurait leur accorder le caractère de représentations publiques qui, elles, donnent le départ à la critique. Si les usages sont précis dans ce domaine, c'est que les départs peuvent mener à la défaite ou à la gloire, au « four » ou au « moulin de la galette ». En effet, « la critique est redoutable aux auteurs; elle blesse leur amour-propre; elle porte atteinte à leurs intérêts matériels. N'y a-t-il pas là un pouvoir exorbitant ? » se demande M. Eloy⁴. Un pouvoir ainsi conçu n'a rien de tyrannique, pour M. Eloy « il n'y a pas de dictature littéraire »⁵. Hélas, les réalités nous enseignent que si les pouvoirs théoriques du critique n'ont rien de trop exorbitant, les conséquences de l'exercice de ce pouvoir sont, elles, souvent catastrophiques. M. Savatier le souligne non sans crainte⁶ : « Tout l'effort d'une troupe dramatique, tout le renom des interprètes, toute la science du metteur en scène et, avec cela, le pain quotidien de tous ces artistes, sans parler de la gloire de l'auteur lui-même, peuvent être suspendus à l'article qu'il plaira au critique dramatique du *Figaro* d'écrire sur la pièce, surtout s'il s'accorde avec le critique dramatique du *Monde*. Telle est la puissance de ces sortes d'écrivains pour servir ou pour détruire ceux qu'ils jugent. » Le droit ne peut en la matière que s'efforcer de faire respecter la bonne foi, il ne peut s'essayer à éduquer les critiques et encore moins le public qui en dépend.

Il est très important de savoir que dans le domaine des arts, le public, souvent, attend l'avis de « son » critique pour avoir une opinion. C'est un fait qui est apparemment étranger au droit, mais dont les répercussions seront déterminantes quant à la manière de définir les limites de la critique. Pour que le phénomène critique joue parfaitement son rôle, il faut que plusieurs voix puissent se faire entendre, il faut que toutes les opinions puissent être défendues. Il nous faudra donc tolérer des louanges parfois inconsidérées ou des atteintes un peu brutales afin que l'œuvre éducative de la critique ne soit pas unilatérale.

⁴ P. 57.

⁵ P. 58.

⁶ *Le Droit de l'art et des lettres*, N° 260.

L'auteur sait que lorsqu'il soumet son œuvre au jugement de tous, il se trouvera des voix pour l'attaquer ou pour le couronner, et si quelques tyrans abusent de leur audience ce n'est que grâce au manque d'esprit critique des lecteurs. Cet état de fait ne saurait nous obliger à trop limiter le critique et seuls les intérêts personnels du créateur de l'œuvre doivent intervenir dans notre recherche de l'équité. La législation semble malheureusement ignorer ce problème et nous devons peser en la matière nos critères avec grande prudence. L'injure et la diffamation, si elles peuvent se manifester dans le cadre de la critique, doivent être séparées de leur contexte pénal, elles doivent être appréciées plus délicatement et selon des critères particuliers.

Nous devons reconnaître au critique un certain droit d'injurier et de diffamer. « Pour remplir son office, l'informateur ou le critique doit pouvoir aller jusqu'à la diffamation... L'informateur a le droit de remplir librement son office jusqu'à l'imputation diffamatoire comprise, à condition de rapporter des faits vrais, vérifiables. »⁷ Nous nous trouvons cependant en face d'une exception puisque : « Le critique ne rapporte pas forcément des faits vrais, il exprime une opinion dont la sincérité n'implique pas *ipso facto* l'exactitude. »⁸ Il va de soi que ces droits doivent être exercés avec un certain tact; la forme n'excusera pas toujours la violence du fond. Il est néanmoins certain que les attaques des critiques, parce que d'un domaine plus libre, ne sauraient toujours réunir les éléments constitutifs de l'injure ou de la diffamation du Code pénal. Plutôt que de chercher à savoir si ces éléments sont réunis et devant la négative de faire alors intervenir l'article 28 CCS (intervention qui a l'air d'un pis aller, car on fait semblant de n'y penser qu'après), pourquoi n'appliquerions-nous pas aux critiques, toujours et immédiatement l'article 28 ? Nous savons que dans le domaine des droits de la personnalité il peut servir de base à la recherche de l'équité; pourquoi ne pas l'employer ?

Cet emploi ne sera d'ailleurs pas toujours aisé puisque, dans le domaine de la critique, « la morale commande de ne nuire aux autres que dans la mesure strictement nécessaire au but que l'on poursuit »⁹. Cette manière de voir va manifestement plus loin que l'article 28; cependant, nous l'avons déjà vu, la sphère personnelle de l'auteur critiqué est réduite par l'existence même de la critique. Les tribunaux français ont tenté de résoudre le problème en disant que pour que l'article 1382 CCFr. soit applicable, il faut qu'il y ait un droit violé;

⁷ Note Colombini, JCP. 1948, 4031.

⁸ *Idem.*

⁹ Savatier, *Des effets de la sanction du devoir moral*, p. 43.

or, celui qui use d'un droit (sans en abuser) ne lèse personne. Cette manière de voir répond aux exigences de la critique, mais les limites de l'abus n'en sont pas moins délicates à définir. « S'il est permis de juger les talents il est interdit d'attaquer les personnes. »¹⁰ « Libre à vous d'apprécier les œuvres... mais vous devez respecter les hommes. Vous n'avez pas le droit de vous immiscer dans leur vie privée, de franchir le seuil de leur maison, de pénétrer dans leur intimité domestique. »¹¹ Toutes ces précisions sont nécessaires, mais ne nous mènent pas très loin. Nous entendons déjà l'écrivain dire que son intimité morale lésée par la critique lui importe plus que son intimité domestique.

Les critères d'attaques personnelles et d'attaques professionnelles ne sont qu'à très imparfaitement déterminables. Nous ne saurions cependant les écarter d'emblée. Ils nous servent de base, mais en aucun cas ils ne sont suffisants. Ils permettent de qualifier telle partie de la critique, de rendre plus claire telle idée, de déceler si la critique est véritablement exagérée. Ce n'est que si l'attaque est manifestement trop grave, de mauvais goût, gratuite qu'ils joueront le rôle de limites au droit de la critique. Si tel n'est pas le cas, force nous est, à notre avis et contre celui d'Eloy, d'abandonner ces critères.

Tout ce que nous avons dit de la critique littéraire est aussi valable lorsqu'elle s'occupe de peinture, de sculpture, de musique, de cinéma ou de théâtre¹². Encore faut-il noter que dans ces trois derniers cas interviennent des tierces personnes que l'on doit ménager également. Prenons le cas de l'acteur qui prête à un personnage fictif une part de sa personnalité vraie. Ce n'est que dans cette partie qui donne une réalité, un ton au personnage que l'acteur peut être attaqué, de même que dans son talent. Un critique n'a pas le droit de s'étonner en termes clairs de ce qu'un acteur, en raison d'une vie « à la ville » fort galante, soit aussi médiocre dans le rôle de Don Juan. Le critique peut se contenter de s'étonner, sans trop préciser.

Les exemples nombreux, cités par Eloy, d'acteurs ayant obtenu gain de cause devant les tribunaux nous permettent de tirer facilement la morale de l'histoire : dans tous les cas, la mauvaise foi, la malveillance, les bassesses des critiques sont qualités dominantes. Elles ne recouvrent pas la moindre petite étincelle d'originalité critique. Le juge n'a aucune peine à déceler ces faux cris et à les munir d'une sourdine. Plus la critique est vile, plus elle crie et nos oreilles souvent gagneront à être bouchées. Nous pensons à l'acteur, mais le cas du musicien, du chanteur est très

¹⁰ Eloy, p. 73.

¹¹ *Idem.*

¹² Cf. Lavigne et Lyon-Caen, N° 77, concernant la critique cinématographique.

semblable au sien, puisqu'ils sont tous en rapport visuel avec le public et le critique; la position du directeur de théâtre, du sculpteur ou de l'écrivain n'est pas très différente. Il faut prendre soin de séparer « l'homme public » de l'homme privé.

L'homme qui est perpétuellement en rapport avec l'extérieur, avec les critiques de l'extérieur sait à quoi il s'expose : « ... les artistes, en se consacrant au théâtre doivent faire l'abandon de toute susceptibilité et se résigner à être l'objet des appréciations les plus diverses, fussent-elles des plus acerbes, fussent-elles même injustes, cette critique ne saurait toutefois s'exercer sans contrôle et sans limites et dépasser le but qu'elle poursuit. »¹³ Nous découvrons ici un des grands critères du droit de critique : le but de celle-ci. Lorsque M. Savatier¹⁴ écrit : « C'est encore l'équité qui permet de dire dans quelle mesure il convient de reconnaître ces droits de nuire à autrui. Nulle part ailleurs on ne voit mieux combien cette notion d'équité peut varier avec les époques et les usages bien que les principes en demeurent au fond les mêmes », il sous-entend que cette équité ne peut se justifier que dans le but que poursuit l'art du critique. Il souligne encore la chose plus loin : « Un critique littéraire ou artistique sera évidemment responsable s'il écrit surtout dans l'intention de nuire à l'auteur qu'il critique et, à travers l'œuvre, vise d'abord la personne. Il est clair qu'il commet alors une faute de morale subjective. »

Le but assigné à la critique est une notion très objective, elle ne souffre pas du mal d'imprécision. Elle consiste à éclairer le lecteur, à l'informer, à lui présenter sous les formes les plus diverses les éléments qui lui permettront d'apprécier l'œuvre, elle est un guide pour parer au manque de connaissances des lecteurs ou spectateurs. Une bonne critique doit donner à ceux auxquels elle s'adresse les moyens de louer ou condamner non seulement l'œuvre elle-même, mais aussi la critique. Le souci d'objectivité sera donc un des remparts de la bonne foi. « Bien qu'il nuise sciemment à celui dont il parle, un critique littéraire peut critiquer un ouvrage d'une manière désintéressée et suffisamment courtoise, et un critique artistique n'est pas en faute s'il conteste l'authenticité d'un tableau, dût cet acte en empêcher la vente. »¹⁵ Il découle de ce qui précède que le critique respectueux de ces principes fera automatiquement preuve de bonne foi. Mais cette dernière notion n'en reste pas moins très difficilement saisissable. Nous hésitons donc à admettre avec M. Mimin¹⁶ que « la bonne foi pour être une cause

¹³ Eloy, p. 89.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 43 ss.

¹⁵ Savatier, *idem*, p. 45.

¹⁶ D 1939, p. 78.

d'immunité doit être d'une qualité supérieure ». Ce n'est pas l'idée que nous condamnons, mais l'impossibilité d'en tirer quelque chose de précis, l'impuissance d'une telle notion en face de la réalité. M. Colombini, par contre, nous semble serrer de plus près cette réalité dans sa note faisant suite à l'arrêt de la Cour d'Aix : « ... la bonne foi-fait justificatif est divisée en deux éléments : d'une part le mobile qui peut varier selon les cas, d'autre part la bonne foi, bonne foi classique, bonne foi simple que le mobile vient caractériser ou colorer ». C'est ce que M. Colombini appelle la bonne foi mobile et ce terme nous enseigne bien que cette notion n'a ici rien de rigide.

Dans un chapitre intitulé « Critique des morts », M. Eloy tente de démontrer que le critique a vis-à-vis de ceux-ci des droits plus étendus que vis-à-vis des vivants : il peut apprécier le talent et la conduite personnelle de l'écrivain. Nous devons justement noter que « la connaissance des hommes est souvent nécessaire à la connaissance des œuvres »¹⁷. Cette dernière constatation nous paraît aussi vraie pour le mort que pour le vif. Lorsqu'un écrivain se livre dans son œuvre, le critique est obligé de parler de ce don de soi. Il ne doit pas le faire en termes discourtois, mais il le fera peut-être tout de même au préjudice de la sphère personnelle de l'écrivain. Notre société est, il est vrai, trop curieuse de fausse psychologie, elle aime trop scruter les âmes, démonter le mécanisme psychique des individus, découvrir les influences subies et les fautes commises. S'il est juste que parfois « la conscience publique a besoin de savoir ce que valent comme hommes les grands hommes »¹⁸, point n'est besoin qu'ils soient morts pour être grands. Séparer l'œuvre de l'homme quand il est vivant pour les réunir dans la tombe nous paraît être une construction maladroite de l'esprit. Cela d'autant plus que les proches du défunt ont des moyens assez étendus de faire respecter sa mémoire et leurs sentiments. C'est une erreur à notre avis de vouloir soumettre la critique à deux régimes différents. Une certaine connaissance de l'auteur est nécessaire à la connaissance de son œuvre, au critique d'éviter le piège que la curiosité malsaine du public lui tend à chaque ligne.

Malheureusement, le critique ne l'évite pas toujours et nous devons agir en sorte qu'une plus grande tranquillité soit laissée à l'homme dans ce domaine; si ce doit être le rôle de l'historien de scruter plus à fond l'intimité morale des sujets, qu'il le fasse selon les besoins de la vérité historique, mais le critique lorsqu'il juge une œuvre ne doit pas

¹⁷ P. 94.

¹⁸ P. 95.

se prendre pour un historien. C'est là une différence fondamentale ¹⁹.

Ainsi les limites que la jurisprudence a imparfaitement fixées au droit de critiquer prennent-elles quelque valeur positive. Elles cadrent certainement avec le fait que l'écrivain en publiant son œuvre livre au public la matière de l'œuvre avant la matière de l'auteur. Il résulte aussi des lignes ci-dessus qu'une certaine sphère d'autonomie est respectée dans laquelle l'écrivain jouit de la liberté du mode de vie.

Nous ne pensons pas avoir paralysé les droits du critique en lui assignant un but aussi noble que précis ou en ne lui prêtant pas les armes faciles de la calomnie. C'est au contraire l'honorer que de faire de sa tâche une véritable discipline. Sa liberté est d'ailleurs encore grande si le critique suit les conseils de M. Savatier ²⁰ : « En somme, le critique littéraire ou artistique ne doit jamais oublier que la critique est elle-même un art, un art particulièrement subtil, où l'on peut presque tout dire, sans doute, sur l'œuvre et, à travers l'œuvre, beaucoup laisser entendre sur l'auteur, mais à condition de le bien dire, avec la bonne foi, au moins apparente, les finesses et la subtilité qui guideront, vers la chair des victimes, des flèches d'autant plus impunies qu'elles seront plus acérées. » Cette notion du droit de critique paraît aujourd'hui universellement admise; il s'est heureusement trouvé, chez nous aussi, des voix pour l'affirmer : « *Die künstlerische Betätigung der Persönlichkeit muss daher der kritischen Beurteilung grundsätzlich unbeschränkt offen stehen und auch eine kränkende und verachtende Kritik ist grundsätzlich nicht widerrechtlich, wenn und so weit sie sich noch als Kunstkritik, d. h. als kritische Beurteilung der künstlerischen Leistungen und Fähigkeiten der Kritisierten darstellt... Die Grenzen der Kritik verlaufen dort, wo der Zweck aufhört, der die Kritik rechtfertigt.* » ²¹

C) Le droit de réponse

Le droit de réponse est une arme souple et judicieuse dans les mains de celui qui se sent lésé. Le droit de critique est, en effet, freiné par ce corollaire puissant et remarquablement en accord avec le but qu'il poursuit. Le droit de réponse permet « à toute personne nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique de faire insérer une

¹⁹ Cf. Savatier, *Tr. resp. civ.*, N° 89 a, et Eloy, p. 106.

²⁰ *Le Droit de l'art et des lettres*, N° 262.

²¹ Feldmann, *Revue de la Société des juristes bernois*, 61, p. 177.

réponse dans la même publication, à la même place et en mêmes caractères que l'article où elle a été visée »²². Cette proposition, contrairement à ce que d'aucuns pensent, n'attente pas à la liberté de la presse, elle élargit plutôt le rayonnement de cette presse en permettant à des êtres divers de se rencontrer sur un terrain commun. Les lecteurs alors seront juges, ils seront en possession de toutes les données du problème et nous assistons à l'achèvement du droit de critique, à son apothéose.

En disséquant ce droit de réponse, nous voyons qu'il appartient à toute personne nommée ou désignée. Si la personne nommée est un journal, le droit appartiendra aux gérants, aux directeurs ou rédacteurs. Le droit de réponse appartient aux héritiers de toute personne désignée. La réponse peut choisir la forme qu'elle veut, le vocabulaire qu'elle juge le meilleur, sans toutefois entrer à son tour dans la voie de la mauvaise foi²³. Le journaliste ne peut refuser une réponse sous prétexte qu'elle est trop longue ou qu'il la juge inutile. La loi française en la matière prévoit que la réponse ne doit pas dépasser le double de la longueur de l'article incriminé, si elle veut être gratuite. Le surplus se paie au tarif des annonces judiciaires. Le journaliste n'a pas le droit de ne publier que des extraits de la réponse. Il va de soi que l'insertion de la réponse ne souffre aucun retard afin d'atteindre le lecteur alors qu'il a encore en tête l'article incriminé.

Immanquablement, le droit de réponse entraîne un droit de réplique, mais celui qui a déclenché le débat en répondant au critique ne sera pas autorisé à prolonger indéfiniment un duel qui tournerait rapidement à un dialogue de sourds.

Les droits de réponse et de réplique étant admis, sont-ils généraux et absolus ? S'appliquent-ils en tous les cas ou simplement en matière de critique littéraire ou cinématographique ? On a voulu soutenir, pour désencombrer les périodiques, que l'écrivain qui publiait son œuvre et la donnait au public renonçait implicitement à son droit de réponse. On voulait bien l'admettre dans les cas de critiques trop violentes, mais si elles n'avaient fait que juger respectueusement, bien que peut-être faussement, l'écrivain incompris était frustré de son droit. Il va de soi que cette théorie de la renonciation présumée est inadmissible. L'accepter reviendrait à supprimer purement et simplement le droit de réponse qui n'aurait alors jamais d'objet. La lutte fut d'ailleurs vive entre partisans des restrictions et défenseurs des libertés. Ceux-ci l'emportèrent cependant pour des raisons de simple logique juridique : « Le droit d'exprimer sa pensée, le droit de défendre même au préjudice

²² Eloy, p. 110.

²³ Cf. JCP. 1948, N° 4031, consid. 2.

d'autrui les biens moraux ou patrimoniaux auxquels on prétend légitimement... présentent d'ailleurs une étroite corrélation avec les principes protecteurs de la liberté individuelle.: liberté de pensée, de parole, de presse... »²⁴ C'est ainsi que M. Savatier peut comparer le droit de réponse à un droit de légitime défense. M. von Segesser semble avoir quelques hésitations; il pense cependant qu'une réponse de l'auteur à une critique qui n'aurait rien de malveillant est d'autant plus admissible que la critique devrait être avant tout un moyen d'information pour le public²⁵.

Nous conviendrons que si le droit de réponse connaît un plein épanouissement, cette floraison sera souvent aussi celle des chicanes et des vaines revendications d'honneur. M. Michaelides, libéral en ce qui concerne l'exercice de ce droit, réserve, à juste titre nous semble-t-il, le cas des fâcheux²⁶. Lorsque nous sommes dans le domaine des passions, nous devons faire la part des diversités humaines et surtout ne nous étonner de rien. Nous en voulons pour preuve l'exemple cité par Eloy²⁷ de cet auteur occasionnel mené durement par un critique et qui usa de son droit de réponse en juxtaposant pour sa défense les opinions diverses formulées sur sa pièce. L'expérience est aussi amusante qu' instructive : la pièce suscita les remarques aussi dissemblables que radicalement opposées. La revue à laquelle ce tableau était adressé refusa de l'insérer et le tribunal se montra plus drôle que le tableau lui-même : il jugea que la chose était « de nature à atteindre dans leur considération littéraire et dans leur autorité critique ceux auxquels l'opinion publique est habituée à accorder une compétence... »²⁸ Le réveillon avait certainement donné à ces jurés des conceptions toutes empreintes de cotillons et la Cour d'appel de Paris remis heureusement quelque équité dans ce jugement.

Si absolu et général que nous souhaitions le droit de réponse, nous devons tout de même souffrir quelques limites. Ce droit sera donc soumis aux mêmes obligations que le droit de critique. L'insertion peut être également refusée si la réponse est offensante pour les tiers ou le journaliste incriminé. Les termes peu choisis de l'article de base ne sauraient justifier une langue semblable chez celui qui use de son droit de réponse. Nous sommes en effet en droit d'exiger de celui-ci plus de discernement, plus de retenue puisqu'il attaque, en principe, le manque de discernement et de retenue. Nous devons cependant accorder l'insertion

²⁴ Savatier, *Tr. resp. civ.*, N° 36.

²⁵ P. 163.

²⁶ N° 168.

²⁷ P. 140 ss.

²⁸ Trib. corr. Seine, 29 déc. 1897, *Gaz. Pal.* 1898, I. 96.

tion à une réponse qui, dans un but de moquerie clairement exprimé, reprendrait pour mieux les condamner des termes discourtois. L'ironie, voire même une certaine malice qui froisserait l'amour-propre d'un journaliste, ne saurait de ce fait être écartée.

Les tribunaux se montrent à juste titre plus sévères lorsque les intérêts des tiers étrangers au débat sont en jeu. Le directeur du journal peut refuser l'insertion sous prétexte que les tiers visés auront le droit de lui réclamer des dommages-intérêts. Plus loin encore, le refus sera valable si la réponse contient des développements étrangers au sujet de l'article. La rubrique consacrée aux réponses ne peut se transformer en tableau d'affichage des rancœurs personnelles sans diminuer la valeur du droit que nous défendons ²⁹.

Conclusions

Pour que le but assigné à l'art critique soit valablement atteint, nous ne devons pas le dissocier du droit de réponse. Devant les manifestations aussi diverses que nombreuses soumises aux appréciations des critiques, le droit de réponse est le plus sûr garant de l'équilibre des intérêts. Il est aussi, selon nous, le moyen le plus adéquat de corriger les outrances. Malheureusement, on pense aux tribunaux et aux dommages-intérêts avant de songer à ce complément logique du droit de critique.

Reconnaissons que la tâche de l'écrivain critique est parfois délicate. Lorsque son travail porte sur une œuvre, peinture ou roman, il est relativement facile de ne point trop juger l'auteur pour songer à l'œuvre d'abord. Mais dans les cas d'acteurs, de danseuses (étoiles ou autres), de mannequins, la solution devient étrangement plus ambiguë et les tribunaux eux-mêmes ont peine à s'adapter aux exigences de la réalité. Le Tribunal correctionnel de la Seine jugea le 12 janvier 1938 que : « 1° L'imputation de certains faits, qui en droit ou en morale ne sauraient faire encourir un blâme à celui auquel ils sont imputés, peut être cependant regardée comme diffamatoire lorsque cette divulgation est de nature à diminuer la considération dont jouit cette personne dans l'exercice de sa profession. Notamment constitue l'allégation d'un fait précis

²⁹ Il convient de regretter que, selon la jurisprudence française, le droit de réponse n'existe pas en dehors de la presse. Des attaques ayant été émises par la voie de la télévision, les tribunaux ont estimé que les victimes ne pouvaient exercer le droit de réponse à la R. T. F.

le fait de dire d'un mannequin... qu'elle est plate, qu'elle est maigre et que le peu de chair qu'elle a est sans fierté... 2° L'intention de nuire en matière de diffamation consiste dans la conscience du préjudice qu'on peut causer à un tiers en lui imputant volontairement avec publicité un fait de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération. »³⁰ Ce critique manifeste certainement peu de galanterie, mais outrepassait-il, comme le pense le tribunal, les devoirs de sa profession ? Il est difficile de l'admettre, car s'il est permis de dire d'un acteur que ses moyens sont au-dessous des difficultés d'un tel rôle, nous devons pouvoir dire que les qualités physiques d'un mannequin sont au-dessous des exigences de sa profession. Le second considérant du tribunal ne veut strictement rien dire, car lorsqu'il y a critique, dans le sens négatif du terme, il y a toujours atteinte à la considération du sujet critiqué. Le tribunal aurait dû se contenter de souligner que les termes employés par le critique pour exprimer sa pensée n'étaient pas suffisamment objectifs et dépassaient, dans leur forme, les exigences de l'information. Cet exemple n'avait pour but que de prouver l'impossibilité dans laquelle nous sommes parfois de respecter entièrement la personnalité morale ou physique de celui ou celle qui fait l'objet d'une critique. Nous assistons dans ce domaine, plus que partout ailleurs, à une restriction de la sphère d'intimité que seul l'usage autorise. En effet, l'auteur qui publie un roman, l'acteur qui joue un rôle s'exposent automatiquement aux critiques, bonnes ou mauvaises.

En résumé, nous devons tolérer cette ingérence. Le déséquilibre ne sera pas très profond puisque le droit de réponse est là pour y remédier. Il nous faut cependant exiger du critique un minimum de bonne foi, minimum qui sera ou ne sera pas respecté selon que le critique aura ou n'aura pas outrepassé les exigences du but qui lui est assigné. N'oublions pas que ce but est très idéal et qu'il ne correspond souvent pas aux aspirations du public. M. S. R. Littlewood le souligne très justement dans son ouvrage³¹ : « *The first thing that the public want to know from a daily paper is whether a new play is worth going to or not. If it is, they want to know why it is worth going to. They want to get an idea of what sort of thing it is. They want to know of acting reputations lost or won. They also want the story...* » Nous pensons qu'en effet le public ne cherche qu'à être encouragé à voir tel ou tel spectacle et qu'il s'intéresse avant tout à l'histoire et à la réputation des acteurs. Cela réduit naturellement énormément le champ de la critique, l'oriente faussement, le dénature pour en faire une critique mondaine. Le critique peut échap-

³⁰ *Gaz. Pal.* 1938, p. 583.

³¹ *P.* 142.

per à cette mode, en suivant la règle que M. Somerset Maugham donne aux auteurs : « *Have something to say, and stick to the point.* » Toutefois, l'essence même de l'art du critique reste le but informateur objectif, c'est-à-dire donner au public ce dont il a besoin pour alimenter ses opinions et non sa curiosité. Si nous nous en tenons à cette règle, les manifestations de l'intention de nuire présenteront une fausse note facilement décelable. C'est la raison pour laquelle nous réservons à l'art critique une liberté assez étendue, d'autant plus que des appréciations judicieuses, quoique parfois peu louangeuses, faciliteront souvent la tâche des auteurs.

Le droit doit se contenter de refréner les violences inutiles; ce n'est pas à lui de condamner les critiques incapables ou d'améliorer les œuvres médiocres qui sont autant de cibles faciles.

Chapitre X

LE JOURNALISME D'INFORMATION

A) Généralités

Il est loisible d'admettre que ce qui est vrai pour le critique d'art l'est aussi pour le journaliste d'information. Cependant, le jugement qui étaye toute critique n'intervient pas forcément dans l'article d'information et les devoirs qui incombent aux journalistes sont, à notre avis, plus stricts que ceux des critiques. Il est clair que les atteintes portées à autrui par la voie de la presse seront très semblables en ce qui concerne deux domaines pourtant différents. On reprochera au journaliste ce que l'on reproche au critique et la bonne foi à laquelle ils sont astreints est de même essence.

Le problème serait des plus simples si la presse n'était pas viciée à sa base par la conception même du but qu'elle s'est assigné. Les journaux à grand tirage et la petite presse locale ont en commun leur médiocrité. Les uns et les autres sont les esclaves de ceux qui les font ou qui les laissent vivre. Bücher, dans sa thèse¹, insiste sur le contexte social des « *Persönlichkeitsgüter* » ; sa théorie trouve dans le domaine de la presse sa plus triste illustration. La « société » est ici prise dans ce qu'elle a de moins valable.

Quelques exceptions viennent heureusement confirmer la règle et de trop rares journalistes ont encore le respect de leur tâche et de leurs lecteurs. Si on les rencontre parfois sur le banc des accusés, ce n'est pas à cause d'atteintes illicites portées à autrui, mais parce que leur objectivité n'est pas tolérée par l'Etat. Nous devons donc nous en tenir à une presse sans tête pour déceler les extravagances du métier ; la partie est malheureusement mal équilibrée, tant il est vrai que l'on a la presse que l'on mérite. Le problème est, en effet, encore faussé par le fait que

¹ P. 106.

le public s'intéresse plus aux faits divers qu'à l'information pure. La Rome décadente donnait à son peuple du pain et des jeux, la presse du XX^e siècle lui donne des anecdotes; la tâche du journaliste en est grandement facilitée, mais il s'adonne presque automatiquement aux violations des sphères d'intimité. Si cette politique facile endort le public, il n'en reste pas moins vrai que le fait divers est l'opium de la presse. Les victimes de celle-ci sont souvent les dernières à s'en plaindre, car la « vedette » cinématographique, sportive ou politique n'ose pas avoir de secrets pour ses adorateurs. Si l'on séquestre les dieux, on supprime l'adoration.

B) Le droit de diffamer

Le pessimisme de notre préambule n'a pour but que de justifier une sévérité qui est de rigueur dans un domaine où la diffamation ne saurait toujours être considérée comme une faute. « La question est d'ailleurs compliquée : il est opportun de tenir compte de la vérité ou de l'inexactitude des renseignements donnés, des nécessités pratiques et des circonstances, de l'intention de donner des renseignements ou des devoirs professionnels (parfois cause de non-culpabilité), de la situation où il (le journaliste) se trouve par rapport à celui dont il fait la critique, de l'intérêt qu'il peut y avoir pour la moralité générale à instruire le public de l'immoralité d'une personne, d'une œuvre ou d'un spectacle. »² Ce droit de diffamer, soumis cependant à certaines limites, est unanimement reconnu par la jurisprudence et la doctrine. Le Tribunal fédéral dans un arrêt traitant du droit de renseigner le public sur les personnes qui jouent un rôle dans la vie publique³ s'est prononcé ainsi : « Toutefois, les articles 28 CC, 41 et 49 CO ne disent ni d'une manière générale ni pour la presse à quelles conditions il est licite de porter atteinte aux intérêts personnels d'autrui. » Notre instance suprême souligne encore que le juge devra apprécier les circonstances de chaque cas particulier et peser les intérêts opposés en ne perdant pas de vue le but de la presse qui est de renseigner. C'est aussi l'avis de Bürgi qui écrit⁴ : « *Der Privatrechtliche Schutz vor Ehrverletzungen durch die Presse muss unter gleichzeitiger Wahrung der Pressefreiheit erfolgen. Hauptaufgabe der*

² Savatier, *Des effets de la sanction du devoir moral*, p. 46.

³ ATF 71 II 191; JdT 1945, p. 566.

⁴ P. 17.

Gerichte war es deshalb eine klare Abgrenzung zwischen schutzwürdigen Privatrechten und dem Interesse der Allgemeinheit an vollständiger Information vorzunehmen. »

La tâche assignée au tribunal est naturellement délicate et nous osons nous étonner que la doctrine suisse ne lui vienne pas mieux en aide. Simonius lui-même se contente de lui dicter son devoir : « Dès qu'il s'agit par contre d'un droit de la personnalité moins précis, le juge pour établir l'illicéité est forcé d'en chercher le critère en considérant l'acte de l'agresseur, ses intentions, la façon dont il a agi et les excuses qu'il peut faire valoir. Il se demande, par exemple, si l'auteur d'une critique littéraire qui cause un préjudice a dépassé les bornes d'une critique raisonnable ou si le journaliste qui s'en est pris à un homme politique est allé au-delà de ce qu'exige l'intérêt légitime du public à être renseigné sur les affaires de l'Etat. » ⁵

A ce propos, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de faire un cas spécial de l'homme politique ou plus généralement de l'homme public. Ils sont naturellement exposés aux critiques puisque le but informateur de la presse veut qu'on apprécie objectivement leur activité, la légitimité de ce but s'adaptant au cas concret. Il est cependant manifeste que les limites de la liberté de la presse sont, dans leur cas, plus imprécises que pour un simple sujet de droit. « *Die Zulässigkeit der Kritik an Privatpersonen, d. h. an Personen, die weder durch ihre amtliche Stellung noch durch ihre sonstige Betätigung in der Öffentlichkeit der öffentlichen Beurteilung notwendigerweise ausgesetzt sein müssen, ist umstritten, wie überhaupt die Abgrenzungen der obligationenrechtlichen Verantwortlichkeit von der Pressefreiheit hier besonders erheblichen Schwierigkeiten begegnet.* » ⁶

La notion constitutionnelle de la liberté de la presse ⁷ ne nous mène pas à de plus amples précisions. C'est ce qui ressort des exposés de MM. Feldmann et Jacottet ⁸. Ce dernier pense toutefois que le fait de reconnaître constitutionnellement cette liberté autorise certaines incursions dans la vie privée des sujets de droit : « En principe, la liberté de la presse donne par exemple le droit de critiquer les personnes qui prennent part à la vie publique, et cela même en ce qui concerne leur vie privée si et dans la mesure où celle-ci intéresse la situation publique de ces personnes. Toutefois, des accusations portées contre une personne ne sont couvertes par la liberté de la presse que si elles sont fondées en

⁵ *Travaux de l'Ass. H. Capitant*, 1947, tome II, p. 314.

⁶ Feldmann, *Revue de la Société des juristes bernois*, 61, p. 170.

⁷ Art. 55 Cst.

⁸ *Revue de droit suisse*, 67, p. I ss.

fait, c'est-à-dire conformes à la vérité, ou tout au moins, si elles reposent sur des indications que l'auteur pouvait tenir vraies après les avoir examinées sérieusement et de bonne foi. »⁹ N'oublions cependant pas de rester sur le plan du droit privé, car si l'autorisation de diffamer est donnée constitutionnellement à la presse, à cause du but qu'elle devrait poursuivre, les atteintes ne pourront être appréciées qu'à la lumière de l'article 28 CCS.

Il ressort de ces différents exposés que *l'exceptio veritatis* est tacitement reconnue en Suisse. « *Soll die Freiheit der Meinungsäußerung in der Presse unter der obligationenrechtlichen Haftbarkeit keine Beeinträchtigung erleiden, so muss im Fall einer Ehrverletzungen unter der Voraussetzung, dass die verletzende Publikation in Wahrung eines berechtigten Interesses erfolgt ist, der Wahrheitsbeweis in vollem Umfange gestattet sein; liegt doch gerade in der Aufdeckung vorhändener Schäden eine Hauptaufgabe der Presse.* »¹⁰ Nous regrettons que *l'exceptio* ne soit pas plus explicitement définie dans notre doctrine, car nous verrons dans nos conclusions qu'elle est victime de la notion pénale de diffamation.

En France, la loi du 29 juillet 1881, « codifiant les délits de presse, donnait le pas, si on l'ose écrire, à la charité sur la vérité »¹¹. Le simple fait de blesser l'amour-propre était toujours considéré comme anti-social. Mais les ordonnances du 6 mai 1944 et du 13 septembre 1945 modifièrent la loi sur la presse en décrétant que « la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée ». Réserve est faite toutefois des imputations concernant la vie privée de la personne¹². « Dans le choix difficile entre la vertu de bienveillance et la vertu de franchise, c'est celle-ci que la loi déclare préférer. Dût-elle s'exposer au risque de malveillance, elle réproouve d'abord le risque d'hypocrisie. »¹³

La jurisprudence française s'est appliquée à préciser *l'exceptio veritatis* en la faisant dépendre très étroitement de la bonne foi. « En matière de presse, contrairement aux règles du droit commun, la mauvaise foi de l'auteur de la diffamation se présume à moins que le prévenu n'établisse avoir agi de bonne foi, la preuve contraire étant réservée au demandeur... La bonne foi résulte de la réalité des faits allégués, soit de toute autre circonstance qu'il appartient au tribunal d'apprécier. »¹⁴ Le tribunal se montre bon prince dans cette affaire Lemaigre-Dubreuil

⁹ P. 203 a.

¹⁰ Feldmann, art. cit., p. 173.

¹¹ Savatier, *Le Droit de l'art et des lettres*, N° 245.

¹² Cf. Note Colombini, JCP. 1948, 2, 4376.

¹³ Savatier, *idem*, N° 246.

¹⁴ JCP. 1943, 2, 4251.

contre l'Action et José Aboulker. Celui-ci avait reproduit des faits qui étaient de notoriété publique. « Cette notoriété publique autorisait Aboulker à reproduire ces faits diffamatoires et lui en faisait même une nécessité professionnelle. Cette notoriété publique excluait non seulement l'intention de nuire, mais encore la simple imprudence, la simple légèreté consistant à reproduire des faits ou des allégations insuffisamment contrôlées. »¹⁵ Ce dernier avait pris soin de préciser que « ... cette présomption de mauvaise foi est détruite dès l'instant qu'il est possible de trouver dans la cause des faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi... Et cette bonne foi est au contraire en quelque sorte présumée dès l'instant que l'agent justifie qu'il a diffamé dans l'accomplissement normal d'une fonction ou d'une mission... Il semble en effet que la vérité du fait énoncé n'est pas forcément exclusive d'un mobile méchant. Mais peut-on se hasarder sur un pareil terrain ? » Le libéralisme de Colombini, quoique étant de bon aloi, paraît tout de même dangereux, la notion de notoriété publique ne saurait être automatiquement un fait justificatif et une preuve de bonne foi. M. Mimin, dans une note parue au *Dalloz*¹⁶, précise très sérieusement la notion de bonne foi : « a) la bonne foi suppose la sincérité. La condition de sincérité se rencontre presque toujours chez les historiens, plus rarement chez les critiques, presque jamais chez les romanciers... b) la bonne foi suppose un but légitime, peu importe que ce but soit d'intérêt privé... peu importe que l'intention de nuire se mêle à l'intention meilleure... Ici pour balancer l'intention, non pour la méconnaître, on tient compte essentiellement du mobile... Cet aspect de la bonne foi permet de comprendre le régime alternatif imposé aux journalistes diffamateurs. Les uns poursuivant une œuvre salubre, utile à la vie politique, à la vie intellectuelle, à la vie morale de la nation : ce sont les bons diffamateurs. Les autres ont voulu satisfaire la curiosité du public : leur but professionnel ne parvient pas à justifier la désignation diffamatoire... c) la bonne foi suppose que l'imputation diffamatoire est proportionnée au but légitime. Outre la légitimité du but, il faut la légitimité du moyen... d) la bonne foi suppose la prudence. On n'admettra donc pas le moyen tiré de la bonne foi chez le diffamateur qui, de bonne foi en tant qu'il a cru dire la vérité, a omis de recourir aux vérifications convenables, de s'instruire sérieusement, d'accorder le zèle de ses recherches à la gravité de ses récits. » M. Mimin a eu le mérite d'apporter quelque clarté dans un domaine où la précision fait défaut, son commentaire tend à refréner un excès de libéralisme tout en tenant

¹⁵ Note Colombini.

¹⁶ 1939, 1, p. 77 ss.

compte des réalités, puisqu'il termine sa note en écrivant : « ... on ne conçoit pas de régime à qui les besoins de la vie civile n'imposent ces diffamations privées, ces révélations opportunes, ces communications discrètes confiées en toute bonne foi et dont l'aspect diffamatoire n'est pas l'aspect important. » Le seul ennui c'est que peu de régimes les supportent et ce d'autant moins que souvent elles sont aussi désagréables qu'objectives et véridiques.

Il convient de souligner que la législation française n'est libérale qu'en apparence. Les nouvelles ordonnances ont pour but d'organiser la liberté de la presse pour en réprimer les abus dans un sens plutôt « national ». A propos de l'*exceptio veritatis* qui si elle n'est pas reconnue officiellement entre particuliers l'est en tout cas par la voie des journaux, M. Colombini écrit ¹⁷ : « Il doit être loisible à ceux qu'inspire le juste intérêt de l'Etat de porter par la voie du journal des accusations méritées contre ceux qui par les actes de leur fonction... » M. Colombini tempère lui-même les excès que l'on pouvait craindre à la lecture du compte rendu de l'affaire Lemaigre-Dubreuil. Il écrit ¹⁸ : « Mais s'il est permis... de rapporter pour toute personne la preuve des imputations réputées diffamatoires, il faut que la véracité de ces imputations soit prouvée d'une façon complète et absolue... Que l'on considère l'*exceptio veritatis* comme une preuve légalement organisée de la bonne foi justificative ou comme un fait justificatif en soi, cette exigence se justifie pleinement. » La preuve complète et absolue est le corollaire logique de la réforme apportée en la matière par l'ordonnance du 6 mai 1944. La liberté est plus grande, mais la répression est plus effective, ce qui reviendra souvent à donner d'une main pour reprendre de l'autre. Cette remarque sera d'autant plus vraie qu'une tendance se manifeste pour élargir le champ d'application de l'*exception veritatis*. Cela ressort à la fois de l'expression légale rapportée dans la note ci-dessus : « pour toute personne » (ce terme a fait couler beaucoup d'encre et a soulevé maintes controverses) et aussi de la note de M. Colombini ¹⁹ qui, nous l'avons déjà vu, écrit que si l'*exceptio veritatis* n'est pas reconnue officiellement entre particuliers, elle l'est en tout cas par la voie de la presse. La jurisprudence elle-même, rarement constante dans un domaine si délicat, s'est également aventurée dans cette voie ²⁰. Le tribunal dans cet arrêt restreint la sphère d'intimité au profit de l'*exceptio veritatis* sans se contenter de l'appliquer à la presse uniquement. Cette manière

¹⁷ JCP. 1947, 1, 614.

¹⁸ JCP. 1948, 2, 4431.

¹⁹ JCP. 1947, 1, 614.

²⁰ Cf. JCP. 1949, 2, 4978.

de voir, quoique non généralisée, n'en est pas moins gênante lorsque nous constatons que l'*exceptio veritatis* n'est pas toujours appliquée, même dans le domaine de la presse. Nous en donnons pour preuve ce jugement du Tribunal de la Seine du 5 mai 1948²¹ qui dit : « Il n'existe en faveur des journalistes aucune immunité leur permettant d'insérer dans leurs articles des imputations de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes visées. » En l'occurrence, cinq artistes du corps de ballet de l'Opéra avaient, en 1946, quitté la France emportant des costumes et du matériel appartenant au Théâtre national. L'administration de l'Opéra affiche la chose sur un tableau de service d'un palier desservant de nombreux offices ouverts au public. France-Presse porte le fait à la connaissance de tous les journaux. *France-Libre* publie la nouvelle sous le titre : « Cinq danseuses ont levé le pied avec des costumes et du matériel », ce qui, pour le tribunal, « révèle une intention agressive à l'égard de la partie civile (constituée par l'un des fugitifs) et le désir de satisfaire la malignité publique à ses dépens ». Ces remarques nous paraissent d'autant plus sévères que l'administration de l'Opéra parlait de « départ clandestin » et prêtait à confusion même si les artistes n'ont fait que rompre un contrat pour répondre à des offres plus avantageuses. Il n'en demeure pas moins vrai que si nous pouvons relever dans ce cas quelques inélégances, elles sont des deux côtés de la barre, les artistes emportant ce qui ne leur appartenait pas. De plus, nous devons remarquer que les considérants du tribunal sont exagérés, il y avait peut-être négligence à commenter une dépêche d'agence sans la contrôler, mais il n'y avait en tout cas pas agressivité. Cet arrêt nous permet encore d'attirer l'attention sur la méfiance qui est de mise à l'égard des agences de presse, agences qui ne se préoccupent pas d'objectivité et dont les dépêches sont, pour diverses raisons, filtrées préalablement²².

Notre cour suprême elle-même a eu l'occasion d'attirer l'attention des journalistes sur la prudence qui est de rigueur à l'égard des agences de presse²³ : « ... de sorte que mis en présence de cette nouvelle susceptible de porter une atteinte grave à l'honneur d'un particulier, le journaliste devait s'abstenir de la publier avant de s'être assuré de sa véracité. »

²¹ JCP. 1948, 2, 4416.

²² Cf. *Les maîtres de la presse*, p. 139 ss.

²³ ATF 82 IV 71 ss.

C) Les droits du journaliste

Si les droits de l'écrivain d'information recouvrent en grande partie ceux, très semblables, du romancier et du critique d'art, il convient cependant de préciser sa position particulière.

« Si les articles d'un certain type ne remplissent qu'exceptionnellement les conditions requises pour en faire des œuvres, il est néanmoins incontestable que beaucoup d'écrits dont les journaux sont composés témoignent d'un authentique souci d'originalité et doivent à ce titre être mis sur un pied d'égalité avec toute autre production de la presse non périodique. »²⁴ C'est là aussi l'opinion de la doctrine française défendue par MM. Desbois, Savatier et Olgarnier. Ce dernier précise²⁵ qu'« on ne saurait considérer les articles de journaux comme des œuvres de second ordre », cependant il convient de relever qu'« ils sont généralement écrits par des auteurs appointés par la direction du journal, c'est-à-dire en vertu d'un contrat de travail... Alors que les autres œuvres présentent plus ou moins un caractère de pérennité, l'article de journal est essentiellement éphémère... L'article de journal comme les discours prononcés en justice, dans les assemblées délibérantes ou les réunions publiques, présentent un intérêt politique ou économique et l'on peut considérer que l'ordre public est, en quelque mesure, intéressé à sa diffusion, surtout dans les nations à constitution démocratique, où le peuple est censé détenir la puissance publique. »

Le point le plus important est la dépendance du journaliste soumis à un contrat et à un directeur lui-même soumis à la ligne politique du journal ou d'un parti. Le journaliste, sans aucun doute possible, ne pourra pas toujours écrire ce qu'il veut, le rédacteur en chef coupera ou complétera les articles, sans en référer toujours à leur auteur, de sorte que les responsabilités n'incombent pas forcément au rédacteur de l'article. De plus, la position de ce dernier reste précaire et sa liberté est souvent profondément aliénée. Le différend opposant M. Claude Bourdet à la direction du journal *Combat*²⁶ en est une preuve. Le journaliste, directeur politique de *Combat*, avait publié un article sur la Yougoslavie qui n'était pas dans la ligne politique à laquelle les lecteurs étaient habitués. En conséquence de quoi, M. Cl. Bourdet fut mis à pied, car l'article, selon les dires du directeur de *Combat*, risquait d'entraîner une perte d'abonnements. Ce qui fait dire à M. Savatier

²⁴ Eric del Bianco, p. 136.

²⁵ P. 179, vol. II.

²⁶ JCP, 1953, 2, 7376.

que : « Même pour le journaliste cette dure précarité fait trop facilement triompher l'Argent, maître du journal, sur l'esprit auquel un journaliste entend rester fidèle. »²⁷

Le second point est celui de l'ordre public, représenté par l'Etat plus que par la société. Celui-là viendra parfois légitimer ou déclarer illicite une atteinte qui ne devrait regarder en fait que la victime. Le droit public vient ici contrecarrer le développement du droit privé, en donnant une certaine « couleur » à l'information et en déclarant que l'opposition dépasse les bornes d'une « information bien comprise ». Nous ne nous interposerons pas dans ce duel, mais nous noterons cependant que le journaliste en fait les frais.

Conclusions .

Si les journalistes pouvaient se contenter du triple rôle qui leur est assigné : informer, juger, former, les sphères d'intimité seraient moins souvent franchies impunément. Le public, dans ce domaine encore, dicte ses volontés, mais en dernier ressort il appartient à la presse de se soumettre à une discipline qui sera favorable à chacun. « *Da die Pressefreiheit, wie wiederholt nachgewiesen, ihrem Sinn und ihrer Aufgabe nach, nicht der Presse selbst sondern dem Volke gehört, untersteht auch die Presse selbst den Auswirkungen der Pressefreiheit.* »²⁸

Il convient de souligner que dans le domaine de la liberté de la presse les tâches des journalistes et des juristes n'ont pas toujours été faciles, entravées qu'elles étaient par l'article 173 CPS. Comme le remarquait très justement M. Jacottet²⁹, les cantons, avant l'introduction du Code pénal, avaient la possibilité de laisser à la presse une liberté assez grande. Malheureusement, les rédacteurs du CPS n'avaient pas prévu de cas spéciaux pour la presse dans le cadre de l'article 173. La loi fédérale du 5 octobre 1950 a heureusement comblé cette lacune. Les journalistes, en effet, doivent être en mesure de se prévaloir de la mission de la presse, et ce, du fait que la grande diffusion des moyens de presse donne toujours à l'atteinte une publicité assez étendue qui peut être considérée comme grave³⁰.

²⁷ *Le Droit de l'art et des lettres*, N° 43.

²⁸ Feldmann, *Revue de la Société des juristes bernois*, 67, p. 118 a.

²⁹ Art. cit., p. 208 ss.

³⁰ Dans ce sens : ATF 70 IV 155; JdT 1945, p. 98 — ATF 73 IV 12; JdT 1947, p. 140 ss.

Cet exemple prouve combien il est souhaitable et judicieux qu'une loi spéciale vienne définir plus explicitement le domaine du droit moral. Le Tribunal fédéral avait eu l'occasion de le souligner³¹; il est en effet manifeste que les articles 28 CCS, 41 et 49 CO ne fournissent qu'une ligne de conduite, mais pas de règles précises, ce qui, dans le cas de la presse, n'était pas suffisant. « *Wenn die Zweckmässigkeit auch die grundsätzliche Richtigkeit des materiellen Schutzes für tort moral bestritten wird, so ist ohne weiteres zuzugeben, dass die in Art. 49 getroffene Regelung sicher nichts Vollkommenes darstellt.* »³² Il serait en effet inutile de garantir la liberté de la presse si aucune règle ne venait définir cette liberté.

La recherche de cette définition ne se heurte d'ailleurs pas à d'insurmontables obstacles. Les limites imparties au droit d'informer, la liberté laissée à l'expression sont suffisamment précisées par le but même auquel la presse doit rester fidèle. Le problème est bien résumé par M. Savatier³³ lorsqu'il écrit, en parlant du journaliste : « Il a pour métier, donc pour devoir, de renseigner son public. Ceux qui eussent préféré son silence ne peuvent lui reprocher sa faute; ils n'ont s'ils sont nommés qu'un droit de réponse. » M. Jacottet partage aussi cet avis : « Il est cependant nombre de cas où il faut que la vérité sorte au grand jour même si cela ne plaît pas à tout le monde. »³⁴ Cette liberté d'expression, ce droit de dévoiler ne sauraient être exercés sans discernement; c'est la raison pour laquelle nous tenons à laisser à tout sujet de droit une sphère privée assez étendue. La loi française le précise bien qui n'accorde pas l'*exceptio veritatis* aux violations de la sphère privée des individus. Il est normal que le journaliste soit soumis à des règles. Il doit répondre de l'erreur dommageable, de l'information donnée à la légère ou de mauvaise foi. D'autre part, l'ordonnance française du 6 mai lui impose des restrictions particulières, empreintes du souci de respecter les droits de la personnalité. Il est ainsi défendu de donner un compte rendu des procès en diffamation, de reconnaissance judiciaire de paternité naturelle, des instances en divorce ou séparation de corps. La publication du jugement restant naturellement autorisée.

Malheureusement, les journalistes ne l'entendent pas toujours de cette oreille et la presse allemande nous a renvoyé l'écho des huées qui s'élevèrent à l'approche de la loi dite Soraya. Le ministre fédéral de la Justice a élaboré un projet parfaitement en accord avec la loi française,

³¹ ATF 71 II 191; JdT 1945, p. 156.

³² Feldmann, art. cit., p. 159.

³³ *Tr. resp. civ.*, N° 91.

³⁴ Art. cit., p. 205 a.

afin d'éviter les incidents fâcheux qui avaient marqué le passage en Allemagne de l'impératrice d'Iran. A cette occasion, en effet, les chasseurs de sensations ont fait preuve d'un total manque de conscience professionnelle et si, comme ils le soutiennent bien à tort, le remède est pire que le mal, ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes. Notons que le projet de loi ne mérite pas l'épithète de scélérat que les journalistes lui apposent, puisqu'il est dans la ligne des démarches auxquelles nous assistons dans la réglementation de la presse. Le projet de Pacte des droits de l'homme (Genève 1948) parle, dans son article 17, consacré à la liberté d'information, sous lettre *g*, de la sphère privée des individus qui ne saurait être atteinte sans avantage pour la communauté. La loi allemande se contente de préciser que quiconque publie ou propage des informations concernant la vie privée ou la vie de famille d'un tiers, même si ces affirmations correspondent à la réalité, est susceptible de poursuite. Ce paragraphe est d'ailleurs tempéré en ce sens que les affirmations seront autorisées dans la mesure où l'intérêt général en justifie la publication. Cette dernière précision n'est là que pour calmer les fureurs de la presse, car il faut faire preuve de beaucoup d'imagination pour concevoir en quoi les détails (souvent scandaleux) arrachés à la vie privée des tiers peuvent se recommander de l'intérêt général. Les législations se doivent de faire respecter le domaine privé pour la raison que la vérité des faits publiés n'est pas toujours facile à établir et surtout parce que la recherche de l'utilité « sociale » des articles diffamants plongera souvent le juge dans la plus grande complexité ³⁵.

Une législation *ad hoc* et bien conçue facilite grandement la tâche des journalistes et des juristes. Malheureusement, l'état actuel de la législation suisse ne permet pas encore de définir tous les droits de la presse; elle reste muette sur certains points. Ainsi l'article 25 traitant de la presse est en soi insuffisant et nous devons regretter, avec M. Del Bianco ³⁶, « que le législateur suisse n'ait point suivi de plus près le texte de la Convention de Berne et ne désigne comme échappant à la liberté de reproduction dans d'autres journaux que les romans-feuilletons et les nouvelles (au sens littéraire) ». Selon l'article 25, seul est licite l'emprunt de journal à journal, ce qui est trop vague en face des formes diversifiées de la presse.

La Convention de Berne devrait elle-même être améliorée en ce qui concerne la presse. L'article 9 al. 1 prescrit que les romans-feuilletons, les nouvelles littéraires ou scientifiques publiés dans les journaux ne

³⁵ Cf. Savatier, *Le droit de l'art et des lettres*, N° 249 ss.

³⁶ P. 140.

peuvent être reproduits sans l'assentiment de l'auteur. Cela est justifié par le fait que ces œuvres conservent une personnalité indépendamment des événements politiques et que leur valeur n'est pas passagère. La seconde catégorie comprend les articles proprement dits, ceux qui traitent de l'actualité et l'article 9 al. 2 de la Convention en autorise la reproduction si la chose n'est pas expressément réservée et à condition que la source soit clairement indiquée. La Convention semble légitimer ainsi les usages parfois barbares instaurés par la presse; la chose n'en est que plus fâcheuse, car « il n'y a aucune raison pour que la reproduction intégrale ou à peu près intégrale des articles de presse ne soit pas soumise, comme toutes les autres œuvres, au consentement de l'auteur »³⁷.

La question a été loyalement discutée au Congrès de droit international de La Haye en 1932. Les conclusions du remarquable rapport de MM. Piola Caselli et Raymond Weiss sont les suivantes :

« Suppression dans les lois nationales ainsi que dans les conventions internationales de toute condition subordonnant à une réserve ou à une défense préventive l'exercice du droit d'auteur sur tout travail intellectuel publié dans un journal.

» Détermination des droits respectifs du journal et du journaliste de telle sorte que ce dernier, même lié au journal par un contrat de travail ou de louage de services, garde le droit de publier ou reproduire séparément son œuvre, pourvu que la publication séparée ne porte pas préjudice aux intérêts du journal.

» Application aux auteurs d'œuvres publiées dans les journaux des règles posées par l'article 6 bis de l'Acte de Rome... en ce qui concerne la protection du droit moral.

» Mise à l'étude de la reconnaissance dans lesdites lois et conventions, de la protection du journal comme œuvre collective, indépendamment de la protection des divers éléments dont ce journal est composé.

» Mise à l'étude des moyens de réprimer internationalement, comme acte de concurrence déloyale, la reproduction dans la presse périodique d'une nouvelle, information ou fait divers, publié pour la première fois dans un journal quotidien, lorsque la reproduction a eu lieu dans des conditions entraînant une exploitation injuste de la première publication. »

Ce dernier paragraphe tentait d'enrayer le commerce frauduleux que les directeurs de grands journaux quotidiens pratiquaient avec de petits périodiques ou journaux de province. Ceux-ci achetaient à des

³⁷ Olgner, II, p. 182.

prix élevés les récits, reportages ou articles publiés par le *Grand*, alors que l'auteur ne soupçonnait pas l'ombre d'une redevance.

Nous rendons hommage aux vœux exprimés par MM. Caselli et Weiss, en souhaitant que les législateurs s'inspirent de cette clairvoyance, non seulement dans la réglementation de la presse, mais aussi dans celle du droit moral de l'auteur. C'est ce que semblent avoir compris les rédacteurs de la loi française du 11 mars 1957, mais qu'ont ignoré ceux de la Convention de Genève du 6 septembre 1952 qui passe sous silence le droit moral, chaque pays signataire s'engageant, selon l'article premier, « à prendre toutes dispositions nécessaires pour assurer une protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits... ».

Sincérité, légitimité et prudence devraient être les trois mots inscrits en lettres d'or sur les étendards de la presse. Le droit n'aurait de ce fait pas besoin d'instaurer un régime alternatif pour les bons et les mauvais diffamateurs, pour reprendre l'expression de M. Mimin. Il est à la fois instructif et gênant de constater que les mauvais diffamateurs, peu scrupuleux, n'ont pas maille à partir avec les puissances argentières qui gouvernent la presse, tant il est vrai que le scandale paie, alors que le journaliste qui informe objectivement, et souvent courageusement, est en quelque sorte victime de la médiocrité ambiante.

Nous ne serions pas étonnés d'assister à une réaction en face des moyens et de l'objet des diffusions par voie de la presse, réaction qui doit logiquement se traduire par une attitude plus sévère des tribunaux et de la doctrine. C'est là le seul moyen d'enrayer le flot envahisseur de la mauvaise presse, qu'elle soit d'Etat ou de cœur, qui se contente de jouer avec l'infantilisme de la société au lieu de faire un effort pour l'instruire.

Le but de notre étude n'était pas de restreindre le champ d'activité du journaliste, seules les conceptions du monde moderne nous y obligent. La discipline du journaliste peut seule lui assurer plus de liberté; à lui de conquérir ses lettres de noblesse.

CONCLUSIONS

Très raisonnablement la Justice a dit : le foie gras à ceux qui l'aiment, et la justice à ceux qui l'aiment; attention non pas la justice des autres, mais la leur.

ALAIN.

Les conclusions déjà énoncées pour chaque point particulier de cette étude autorisent à formuler maintenant une critique plus générale. Le processus adopté pour mener à terme ce travail aura, nous l'espérons, permis au lecteur de se familiariser avec la notion d'intérêts personnels et doit, dans la mesure du possible, éviter de faire de nos conclusions finales un résumé de ce qui a été dit précédemment.

Le problème de la définition des intérêts personnels est à double face. L'homme est ainsi conçu qu'il est mieux en liberté qu'en prison, mais par un curieux paradoxe l'homme libre n'use que rarement de sa liberté sans condamner ses semblables à un emprisonnement plus ou moins total. Le droit tente de traduire dans son langage le phénomène humain, mais il ne possède ni les mots ni la toute-puissance naturelle qui lui permettraient d'assigner aux droits de la personnalité un champ d'action arbitraire. Le seul effort valable du droit se portera donc, en l'occurrence, sur une définition des frontières de ce *no man's land*.

On découvre facilement « un vice qui affecte la définition de presque tous les droits de la personnalité, vice que les adversaires de la notion n'ont pas manqué de relever : la définition de la plupart des droits de la personnalité n'en indique pas les limites »¹. Mais il est indispensable de souligner que c'est une erreur de prétendre que les droits de la personnalité n'ont pas de limites. « Si la définition des droits n'arrive pas à les tracer, c'est qu'elles n'apparaissent que lorsqu'une atteinte a eu lieu. »² En effet, la question des intérêts personnels n'a de réalité que lorsqu'ils sont violés. Or, qui veut violer qui ? Il semble que la

¹ Amiaud, *Trav. Ass. H. Capitant*, II, p. 309.

² Amiaud, *op. cit.*, p. 317.

réponse soit très simple : tout individu garde un œil fixé sur la sphère d'autonomie de son voisin (et encore si ce n'était qu'un œil !). Les techniques sont différentes; qu'on y mette de l'inconscience ou de l'acharnement, le résultat reste le même.

En face de beaucoup de raffinement et de subtilité, le droit laisse à l'homme l'entière liberté de ses mouvements. Il ne répondra à l'appel du sujet que lorsque celui-ci jugera l'importun trop pressant. Mais quels sont les moyens de réponse ? Il paraît vain et artificiel de mettre la protection de la personne humaine hors de la réalité pour l'entraver d'un contexte moral préfabriqué³.

Dans ce panier, il est difficile de savoir quel crabe mange l'autre et le droit ne peut que se contenter d'avoir toujours sous la main la balance où les libertés doivent coexister. Il est facile de penser que les sujets de droit se succédant sur les plateaux apporteront autant de solutions diverses au problème de l'équilibre. Cette attitude nous rendrait complice d'un relativisme excessif qui ne correspond heureusement pas aux réalités pratiques. De nombreux exemples rencontrés au cours de cette étude prouvent que l'histoire se répète souvent. Une jurisprudence presque constante semble s'établir de plus en plus qui consacre les mêmes solutions aux mêmes problèmes. Nous avons, en effet, vu comment des juges éclairés et impartiaux sont généralement capables de trouver une solution juste aux équations qui leur sont posées.

Reste à savoir pourquoi les législations ne peuvent se prononcer de manière plus précise sur le problème des intérêts personnels. D'aucuns pensent que le caractère vague des droits de la personnalité découle de leur contexte social. « *Der Inhalt der Persönlichkeit ändert sich mit dem Zeitgesehehen.* »⁴ Après une époque très individualiste succédera peut-être une époque de collectivisme, ajoute M. Bürgi, qui précise⁵ : « ... *dabei mussten wir immer wieder feststellen, dass die in diesen Rechten verkörperte individualistische Komponente unseres Daseins von den kollektiven Strömungen mitbestimmt wird* ». Cf. DuPasquier s'exprime également dans ce sens : « Il serait donc faux de proclamer le déclin de la liberté dans le droit suisse. L'idée mère est restée vivace; mais d'un libéralisme abstrait, on a glissé vers un dosage différent des valeurs, tenant compte à la fois des conditions sociales qu'a fait naître l'expansion industrielle et des exigences nouvelles de la défense collective. »⁶ L'aspect plus ou moins social des droits de la personnalité ne

³ Cf. P. Aeby, *Notre personne humaine*, p. 1 ss.

⁴ Bürgi, p. 21.

⁵ P. 19.

⁶ *La liberté et le droit suisse*, p. 15.

justifie cependant pas suffisamment la relativité des théories et le mutisme des législations. Si l'article 28 CCS reconnaît au sujet de droit une sphère personnelle, c'est à cause de sa qualité d'homme et cette dernière ne devrait pas changer avec les vicissitudes des temps ou des civilisations. Nous pensons avec M. Savatier⁷ que « le principe qui régit une société civilisée, c'est que personne n'a le droit de nuire à autrui » et le droit civil ne peut prévoir toutes les atteintes à cause de la fructueuse imagination humaine d'une part, et des formes diverses de la susceptibilité d'autre part.

Reconnaissons que l'article 28 présente une bien faible armature pour soutenir le lourd édifice des droits de la personnalité; si la doctrine et la jurisprudence viennent à son aide et lui donnent une réalité tangible, nous oserons dire qu'en Suisse les droits de la personnalité sont reconnus et protégés. Mais cette affirmation ne sera valable que si la pratique s'efforce de la confirmer⁸.

Nous avons admis, le domaine des droits de la personnalité étant par trop vaste, qu'il convenait d'abord de définir celle-ci dans son aspect général. Pour se convaincre de la réticence qu'ont les juristes à introduire sous une forme codifiée quelques précisions en ce qui concerne ces droits, il suffit de se reporter aux délibérations de la Commission de réforme du Code civil français⁹. Les réticences, quoique parfois sérieuses, ne sauraient justifier le silence de la loi au regard de certains aspects du droit de la personnalité. C'est ainsi qu'aujourd'hui un besoin de codification se fait sentir, entre autres, dans les questions médicales : legs des yeux, de son corps, en matière d'aveux par sérum ou contraintes; en un mot, on cherche à définir les limites de l'intégrité corporelle.

Parallèlement à l'idée de l'obligation de protéger l'intégrité corporelle s'est développée celle de la protection de l'intégrité morale. Et si tout ne peut être nettement prévu en la matière, il est des domaines que les codifications du XX^e siècle n'osent plus délaissier. Nous pensons en particulier à l'écrivain, qu'il soit romancier, critique ou journaliste. Il est grand temps de donner aux juristes et aux écrivains l'instrument qui sera le précieux auxiliaire de leurs activités. Il ne suffit plus de chanter la liberté, encore faut-il lui offrir les moyens de se développer et d'être respectée.

M. Streuli écrit¹⁰ : « ... c'est un grand honneur que de défendre les valeurs premières : le droit et l'art, surtout si cette défense est

⁷ *Tr. resp. civ.*, N° 35.

⁸ Cf. Del Bianco, *Rev. suisse de la propr. ind. et art.*, 1953, p. 152 ss.

⁹ Cf. *Trav. com. réf.*, VI., p. 31 ss.

¹⁰ *Le droit et l'art*, p. 25.

contraire à l'esprit de notre époque mais décisive pour l'esprit et la culture ». Il semble qu'en Suisse le droit, ignorant par trop l'art, soit peu désireux des honneurs. Toujours est-il que la défense des intérêts personnels de l'écrivain sera mieux assurée au moment où elle dépendra d'une loi précise ¹¹.

La carence de la loi se fait plus particulièrement sentir dans le domaine de la presse et ce, à un double point de vue : celui des journalistes et celui des tiers. Il est d'autant plus périlleux, dans le domaine de la presse, de laisser à la seule appréciation des juges un déséquilibre des intérêts en présence, que l'ordre public jette une ombre peu rassurante sur le droit d'information. Le juge ou le commentateur seront toujours les victimes possibles du subjectivisme inhérent à la personne humaine. Le laconisme de la Constitution n'est là que pour les desservir, car il encourage les manifestations d'une société prête à faire vaciller les vertus d'une jurisprudence qui aura peine à être constante.

Les conventions internationales, elles, ne sont qu'un faible guide. Elles sont le fruit de dix propositions inconciliables, ne viennent que très hypothétiquement au secours des lois nationales et se révèlent inaptes à les remplacer.

Si la nécessité d'une codification se fait de plus en plus pressante, c'est que la civilisation aveuglée par un « Progrès » artificiel ne sait plus différencier les mots justes des barbarismes. Le mal qui affecte les droits de la personnalité est facilement décelable (cette étude le prouve abondamment), il prend racine dans le peu d'attention que la société prête à la personne humaine. Le Droit, en reflétant l'esprit d'une époque, n'est pas forcément condamné à en tolérer les erreurs profondes.

¹¹ Cf. Del Bianco, *idem*, p. 159 *in fine*.

Abréviations

An. prop. Ind.	Annales de la propriété industrielle (jurisprudence française).
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse.
BG (TF)	Tribunal fédéral suisse.
BV	Constitution fédérale.
CCFr.	Code civil français.
CCS	Code civil suisse.
CO	Code fédéral des obligations.
Com.	Commentaire du Code civil suisse.
CPS	Code pénal suisse.
D	Recueil Dalloz (jurisprudence française).
DA	Le droit d'auteur (publication du Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques).
DH	Dalloz hebdomadaire (jurisprudence française).
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (jurisprudence française).
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux (jurisprudence française).
JCP	Jurisclasser périodique (jurisprudence française).
JdT	Journal des Tribunaux (jurisprudence suisse).
Kom.	Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch.
RDS	Revue de droit suisse.
S.	Recueil de jurisprudence Sirey (jurisprudence française).
ZBJV	Revue de la Société des juristes bernois.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

BIBLIOGRAPHIE

Principaux ouvrages et articles cités

- AEBY, Pierre : *Notre personne humaine* (Recueil de travaux de la faculté de droit de Fribourg, 1943).
- AUBERT, Jean-F. : *Les actions de la filiation en droit civil suisse. Essai de classification* (Thèse Neuchâtel 1955).
- BOLLA, Plinio : *La Convention de Berne révisée à Bruxelles. Le droit d'auteur* (1949, p. 24 ss).
- BURGI, Friedrich W. : *Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht* (RDS, 66, 1947, p. 1 ss).
- BUCHER, Eugen : *Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit* (Thèse Zurich 1956).
- CABRILLAC, Henry : *La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste* (Thèse Montpellier 1926).
- CARBONNIER, Jean : *Droit civil* (I, Paris 1955).
- COSMAN, Rudolf : *La capacité civile en droit suisse* (Thèse Genève 1941).
- CUPIS, de, Adriano : *I diritti della personalità* (2^e éd., Milan 1950).
- DABIN, Jean : *Le droit subjectif* (Paris 1952).
- *Les droits intellectuels comme catégorie juridique* (Revue critique de législation et jurisprudence, 1939, p. 413 ss).
- DARBELLAY, Jean : *Théorie générale de l'illicéité* (Fribourg 1955).
- DEL BIANCO, Eric : *Le droit d'auteur et ses limites* (Thèse Lausanne 1951).
- *Le problème du droit moral de l'auteur* (Revue suisse de la propriété individuelle et artistique, 1953).
- DESBOIS, Henri : *La propriété littéraire et artistique* (Paris 1953).
- *Le droit d'auteur* (Paris 1950).
- DU PASQUIER, Claude : *La liberté et le droit suisse* (Festgabe zur Hundertjahrfeier der schw. Bundesverfassung, Zurich 1948).
- EGGER, Jean-E. : *L'écrivain et la vie* (Thèse Lyon 1942).
- EGGER, August : *Kom. des schw. ZGB* (Zurich 1936).
- *Über die Rechtsethik des schw. ZGB* (Zurich 1950).

- ELOY, P. : *Les droits du critique littéraire et dramatique* (Thèse Nancy 1913).
- FELDMANN, Markus : *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Presse* (Revue de la Société des juristes bernois, 61, p. 145 ss).
 — *Zur Reform des schw. Presserechts* (RDS, 67, p. 1 ss).
- GALLIKER, François : *Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte durch den urteilsfähigen und den urteilsunfähigen Bevormundeten* (Thèse Bâle 1950).
- GANGI, Calogero : *Persona fisica e persona giuridica* (Milan 1946).
- GIESKER, Hans : *Der Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz* (Bâle 1908).
- GRENIER, Jean-Pierre : *La réparation des atteintes à l'honneur et à la considération* (Thèse Lausanne 1943).
- GUISAN, François : *Beiträge zum Handelsrecht* (Festgabe Wieland, Bâle 1934, p. 149 ss).
- JACCARD, Marc : *La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels* (Thèse Lausanne 1955).
- JACOTTET, Georges : *La réforme du droit de la presse en Suisse* (RDS, 67, p. 123 ss).
- KNAPP, Charles : *Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale, Cent ans de droit suisse* (Bâle 1952, p. 275 ss).
- KOHLER, Josef : *Das Autorrecht* (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, 18, p. 129 ss).
- KUNZLER, Fritz : *Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB* (Thèse Zurich 1951).
- LADOR, Jacques : *Les droits strictement personnels* (Thèse Lausanne 1933).
- LALIVE, Pierre-A. : *Le romancier et la protection des intérêts personnels* (Genève 1956).
- LANDWEHR, Wilfried : *Das Recht am eigenen Bild* (Thèse Zurich 1955).
- LAVIGNE, Pierre et LYON-CAEN, Gérard : *Traité théorique et pratique du droit du cinéma* (Paris 1957).
- LE TARNEC, Alain : *Manuel juridique et pratique de la propriété littéraire et artistique* (Paris 1956).
- LES MAITRES DE LA PRESSE : Publication du M. L. P., Paris 1956.
- LINDON, Raymond : *La responsabilité de l'écrivain envers un tiers victime d'une confusion dommageable avec un personnage de roman* (Daloz 1957, Jurisprudence, p. 622).
- LITTLEWOOD, S. R. : *The art of criticism* (London 1952).
- MAUREVERT, Georges : *Le livre des plagiat* (Paris 1923).
- MAZEAUD, Henri et Léon : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (I, Paris 1948).
- MEIER-HAYOZ, Arthur : *Kom. zum schw. ZGB* (VI, Berne 1958).
- MELLIGER, Alphonis : *Das Verhältnis des Urheberrechts zu der Persönlichkeitsrechten* (Berné 1929).
- MICHAELIDES NOVAROS, Georges : *Le droit moral de l'auteur* (Paris 1935).
- OFTINGER, Karl : *Schw. Haftpflichtrecht* (2^e éd., Zurich 1958).

- OLAGNIER, Paul : *Le droit d'auteur dans l'histoire et en droit comparé* (Paris 1934).
- PADRUTT, Willy : *Die Ehestörungsklage* (Thèse Berne 1954).
- PERREAU, Etienne : *Les droits de la personnalité* (Rev. trim. de droit civil, 8, 1909, p. 501-536).
- REGAMEY, Marcel : *Protection de la personnalité en droit civil* (Thèse Lausanne 1929).
- RENAULD, J.-G. : *Droit d'auteur et contrat d'adaptation* (Bruxelles, 1955).
- ROSSEL, V. et MENTHA, F.-H. : *Manuel de droit civil suisse* (Lausanne 1922).
- SAVATIER, René : *Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence* (Paris 1916).
- *Droit moral posthume de l'auteur quant à la publication de son œuvre* (Dalloz 1957, Jurisprudence, p. 130).
 - *Le droit de l'art et des lettres* (Paris 1953).
 - *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (Paris 1948).
 - *Traité de la responsabilité civile* (2^e éd., Paris 1951).
- SEGESSER von, Hans : *Le droit moral de l'auteur* (Thèse Genève 1951).
- SILZ, Edouard : *La notion juridique du droit moral de l'auteur* (Rev. trim. de droit civil, 32, 1933, p. 331 ss).
- SIMONIUS, August : *Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten* (Festgabe zur Hundertjahrfeier der schw. Bundesverfassung, Zurich 1948).
- *Ein verkanntes Freiheitsrecht* (Festgabe Erwin Ruck, Bâle 1952, p. 261 ss).
 - *Les droits de la personnalité* (RDS, 66, 1947, p. 21 ss).
- SPECKER, Karl : *Zur Geschichte des örtlichen Zuständigkeit im Vormundschaftsrecht, Der Schutz der Familie* (Festgabe für August Egger, Zurich 1945).
- STREULI, Adolphe : *Le droit et l'art* (Brochure publiée à l'occasion du 25^e anniversaire de la SUISA).
- THUR von, Andreas : *Partie générale du Code fédéral des obligations* (Trad. de Torrenté et Thilo, Lausanne 1933).
- TRAVAUX de l'Association Henri Capitant, II, Paris 1947.
- TRAVAUX de la Commission de réforme du Code civil, V, VI, Paris 1950.
- TROLLER, Aloïs : *Le droit moral de l'auteur comme droit « sui generis »*. *Le droit d'auteur* (1951, p. 18 ss).
- TUOR, Pierre : *Com. du droit civil suisse* (Trad. Deschenaux, Zurich 1950).
- ULMER, Eugen : *Urheber- und Verlagsrecht* (Heidelberg 1957).
- VAUNOIS, Louis, *Lettre de France. Le droit d'auteur* (1945, p. 49 ss).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	9
Première partie	
<i>DROITS ET INTÉRÊTS PERSONNELS</i>	
Chapitre premier : APERÇU HISTORIQUE DE LA PERSONNALITÉ	11
Développements en Suisse aux XIV ^e et XX ^e siècles.	
Conclusions.	
Chapitre II : GÉNÉRALITÉS	15
Chapitre III : DE QUELQUES DROITS PERSONNELS	23
A) Le droit à la propre image	23
B) La liberté de se mouvoir	27
C) La liberté du mode de vie	32
D) La liberté de la sphère d'intimité	34
Chapitre IV : LES DROITS STRICTEMENT PERSONNELS	37
A) Généralités	37
B) La capacité de discernement	40
Chapitre V : DE QUELQUES ACTES STRICTEMENT PERSONNELS	43
A) Les fiançailles et le mariage	44
Le mariage	45
B) Quelques actes strictement personnels absolus	47
1. La réparation pour tort moral	48
2. L'action en divorce	50
3. Dispositions à cause de mort	55
Chapitre VI : L'INTÉRÊT PERSONNEL	58
A) Ses limites	58
B) Son contenu	59
Conclusions	61
1. Généralités	61
2. L'intérêt personnel et la vie	62
3. Le respect de l'intérêt personnel	63

Seconde partie

L'INTÉRÊT PERSONNEL ET L'ÉCRIVAIN

	Pages
INTRODUCTION	65
Chapitre premier : APERÇU HISTORIQUE DU DROIT D'AUTEUR	67
L'époque moderne	69
Chapitre II : LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT D'AUTEUR	71
A) Théorie de la propriété incorporelle	71
B) Théorie du droit patrimonial	72
C) Théorie du droit de la personnalité	73
D) Théorie du droit <i>sui generis</i>	74
E) Théorie des droits intellectuels	75
Conclusions	77
La solution suisse	80
Chapitre III : LE CONTENU DU DROIT MORAL	82
A) Le droit de publication	82
1. Refus d'exécuter ou d'achever l'œuvre commandée	84
2. Refus de livrer l'œuvre jugée satisfaisante par le client	84
3. Manifestations de la volonté de l'auteur	87
4. Les conséquences du refus	88
B) Le droit de repentir	90
La modification de l'œuvre	92
C) Le droit au respect	94
Le droit au respect en cas de cession de l'œuvre	97
D) Le droit à la paternité	98
1. Usurpation du nom d'auteur	100
2. Abandon de la paternité	100
Chapitre IV : LES CARACTÈRES DU DROIT MORAL DE L'AUTEUR	102
1. Incessibilité	102
2. Transmissibilité	103
3. Imprescriptibilité et perpétuité	104
4. Insaisissabilité	106
Chapitre V : LES TITULAIRES DU DROIT MORAL	107
A) Les titulaires du vivant de l'auteur	107
1. Les personnes morales	107
2. Les compilations	108
3. La collaboration	108
4. Œuvres anonymes ou pseudonymes	109
5. Les mineurs non émancipés	109
6. Les interdits	110
7. L'époux artiste	110
B) Le droit moral <i>post mortem</i>	113

	Pages
Chapitre VI : LE DOMMAGE MORAL ET SES SANC- TIONS	118
Chapitre VII : LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉCRI- VAIN	124
A) Généralités	124
B) L'écrivain et ses personnages	126
C) Le romancier au tribunal	129
D) La doctrine	135
Conclusions	137
Chapitre VIII : L'ADAPTATION ET LE PLAGIAT	141
A) L'adaptation	141
B) Le plagiat	148
Conclusions	151
Chapitre IX : LA CRITIQUE LITTÉRAIRE ET ARTIS- TIQUE	153
A) Généralités	153
B) Les limites du droit de critique	154
C) Le droit de réponse	160
Conclusions	163
Chapitre X : LE JOURNALISME D'INFORMATION	166
A) Généralités	166
B) Le droit de diffamer	167
C) Les droits du journaliste	173
Conclusions	174
CONCLUSIONS	179
Abréviations	183
Bibliographie	184

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
JANVIER MIL NEUF CENT
SOIXANTE SUR LES PRESSES
DE L'IMPRIMERIE HENRI
JAUNIN S. A., LAUSANNE

