

| | |
|---------------------|---|
| Zeitschrift: | Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV |
| Herausgeber: | Schweizerischer Juristenverein |
| Band: | 66 (1947) |
| Artikel: | Les droits de la personnalité |
| Autor: | Simonius, Auguste |
| DOI: | https://doi.org/10.5169/seals-896459 |

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Les droits de la personnalité.*)

par le Prof. Auguste Simonius, Bâle.

La notion de «droits de la personnalité» tient, depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1912, un rôle, on peut le dire considérable dans la doctrine et dans la jurisprudence suisses. Les dispositions générales du Code civil, cependant, ne la mentionnent pas expressément. Un terme analogue par contre se trouve dans l'article 19 du Code des obligations qui correspond en quelque sorte à l'article 6 du Code civil français. Il y est dit que la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public et aux «droits attachés à la personnalité». Cet article 19 du Code des obligations est complété par l'article 27 du Code civil qui ne permet pas à un contractant d'aliéner sa liberté dans une mesure qui serait une offense aux bonnes mœurs. «Droits attachés à la personnalité» dans l'article 19 signifie donc la liberté de l'individu à laquelle celui-ci ne saurait renoncer sans que son renoncement soit considéré, pour employer un terme du droit anglo-saxon, comme un «restraint» illégal.

*) Rapport lu à la séance de l'Association Henri-Capitant pour la culture juridique française qui s'est tenue à Bâle le 8 juin 1946.

Ce rapport dont une publication en Suisse m'a été demandée est présenté ici sans changement de fond. C'est pourquoi il ne contient aucune citation. Le lecteur suisse fera facilement les rapprochements qui s'imposent. Je me bornerai donc à ne nommer que deux ouvrages de première importance pour la discussion sur les droits de la personnalité, l'exposé fondamental de la doctrine de ces droits de M. August Egger dans le commentaire du Code civil, articles 27 et 28, et la contribution de M. François Guisan aux *Mélanges Wieland* (Festgabe für Carl Wieland, Beiträge zum Handelsrecht, Bâle 1934: «La protection de la personnalité et le boycott commercial»). Je tiens en outre à faire remarquer que le rapport était destiné surtout à des auditeurs français.

Dès le début les interprètes du Code civil ont admis que celui-ci reconnaît l'existence d'un grand nombre d'autres droits de la personnalité. Ils ont suivi en cela le rédacteur de l'avant-projet, Eugen Huber, qui considérait cette notion comme un moyen indispensable pour assurer à l'homme contre ses semblables toute la protection que selon une pensée très généreuse le droit civil doit lui garantir.

Dans la pratique des tribunaux, toutefois, l'emploi de la notion a rencontré des difficultés; les cas sont fréquents, surtout depuis une vingtaine d'années environ, dans lesquels 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. S'il ajoute parfois qu'un droit de la personnalité a été ou n'a pas été violé, c'est presque comme s'il le faisait pour ne pas manquer de respect vis-à-vis d'une doctrine qui, quoiqu'elle soit déjà soumise à des critiques sérieuses de la part d'auteurs éminents, semble encore reposer sur une tradition solide.

En tous cas l'enthousiasme que soulevait la notion de «droits de la personnalité» en 1912 s'est sensiblement refroidi. Un certain scepticisme commence à gagner beaucoup d'esprits et l'on ne risquerait guère de s'avancer trop en affirmant que le débat actuellement est ouvert sur la question de savoir, s'il est vraiment justifié de faire usage de la notion.

Permettez-moi de vous dire, que cet état des choses est une des raisons pour lesquelles nous avons cru propice de choisir les droits de la personnalité comme sujet de cette séance. Nous sommes particulièrement reconnaissants à l'Association Henri-Capitant d'avoir agréé à notre idée, car il nous semble que ce serait un grand avantage pour nous de connaître l'opinion actuelle de nos collègues de France, où la notion a fait apparition dans la doctrine, sinon dans la jurisprudence. La science et l'expérience de nos amis français ne pourraient-elles pas nous aider beaucoup à faire aboutir le débat qui nous préoccupe ?

Le but de l'Association Henri-Capitant, d'autre part, est de faire valoir la culture juridique française. Cette culture, vous le savez, a exercé et exerce encore une grande influence sur le droit suisse et en particulier sur cette jeune doctrine suisse du droit privé qui n'a commencé à prendre son essor que depuis l'entrée en vigueur de Codes unifiés. Mais cette influence n'est pas la seule qui, venue du dehors, a pris de l'importance dans notre droit. Les apports de ce qu'on appelle la doctrine des Pandectes, école germanique, ont également été souvent décisifs. En ce qui concerne les tendances profondes du droit, ces influences ne furent pas forcément opposées. Elles l'ont été presque toujours, cependant, par la façon dont sont envisagés les problèmes de la technique. La prédominance appartint quelquefois à l'une, quelquefois à l'autre, et, quoique la plupart de ces apports de l'étranger aient subi une transformation profonde, l'on peut dire qu'encore actuellement la doctrine suisse est balancée entre ces deux influences, tout en s'acheminant vers une adaptation entière aux données du droit en vigueur, dans l'espoir de devenir indépendante, sans devoir pour cela renier ses dettes de reconnaissance envers de grandes traditions juridiques.

Or la protection civile de la personnalité fournit un des exemples les plus typiques du mode de cet acheminement. Ce qui, en particulier, caractérise la matière c'est, d'une part, quant à la réglementation en général, une prépondérance constante de l'influence française, quant à la technique d'autre part, une avance nette à un certain moment de conceptions de la doctrine germanique. Je crois pouvoir vous démontrer qu'aujourd'hui l'abandon de quelques unes de ces conceptions paraît s'imposer par la force des choses et qu'il est permis de prévoir dans ce domaine, tout en tenant compte de modifications originales importantes auxquelles on doit s'attendre, un nouveau succès de la culture juridique française. D'en avoir, je ne dirai pas la démonstration complète — le temps me manquerait pour cela — mais une première esquisse annonciatrice, intéressera peut-être nos collègues

français. C'est là encore une raison qui a déterminé le choix de notre sujet.

La question qui, comme je viens de le dire, se pose à nous actuellement est celle-ci: L'emploi de la notion «droits de la personnalité» est-il justifié? En d'autres termes, existe-t-il vraiment des droits de la personnalité et la notion peut-elle aider à assurer à l'individu la protection qui nous paraît être juste?

C'est donc un problème de la technique dont il s'agit avant tout, quoiqu'évidemment le problème de fond, le problème de l'étendue équitable de la protection accordée à l'individu y soit intimement lié.

Nous aurons à nous demander, ce que la doctrine suisse entend par «droits de la personnalité», pour quelle raison cette doctrine s'est attachée à la notion et quels ont été les résultats de son emploi. Nous aborderons en cours de route les critiques qui peuvent être dirigées contre le concept en vue de nous rendre compte, dans quelle mesure elles sont bien fondées, et nous terminerons en nous posant la question s'il y a lieu, éventuellement, de modifier soit le sens soit l'usage à faire de la notion «droits de la personnalité», ou même s'il est recommandable de l'abandonner.

La doctrine suisse part de la supposition qu'il existe un droit général de la personnalité, droit absolu, qui donne à l'individu la faculté d'exiger de tout autre de s'abstenir d'atteintes injustifiées portées à son intégrité physique ou morale ainsi qu'à ses intérêts et rapports personnels.

L'individu, toutefois, pouvant être atteint dans son intégrité, ses intérêts ou ses rapports de façons très différentes, on divise ce droit général en une pluralité de droits qui apparaissent dans les cas divers, où un individu croit pouvoir se plaindre d'être la victime d'une atteinte et d'avoir subi par sa suite un dommage matériel ou moral ou d'être pour le moins, si l'atteinte devait se perpétuer, menacé d'un tel dommage.

La doctrine distingue ces droits de la personnalité des droits dits patrimoniaux. Ils sont inhérents à la personne et en principe inaliénables. Les auteurs suisses prennent soin de ne pas donner à la notion «droits de la personnalité» une étendue trop excessive. Les droits qui portent sur un objet qui, quoiqu'immatériel, s'est détaché de la personne et de ses activités, tels la propriété artistique et littéraire, la propriété industrielle, les marques de fabrique, droits pour la plupart aliénables et protégés d'ailleurs souvent par des lois spéciales, sont classés non parmi les droits de la personnalité, ainsi que le font certains auteurs allemands, mais parmi les droits patrimoniaux. Ces droits, soit dit en passant, ne sont pas considérés comme des modes de la propriété, notion qui en droit suisse ne concerne que les choses corporelles, mais sont rangés sous une catégorie particulière: droits portant sur des biens immatériels.

Les droits de la personnalité, accordés par le droit privé et représentant des rapports avec d'autres individus, se distinguent aussi des droits individuels contre l'Etat, prévus dans les lois constitutionnelles. On admet, cependant, une correspondance, un parallélisme entre ces droits. A la liberté de la presse, par exemple, garantie par la Constitution fédérale, fait pendant dans l'ordre civil un droit à l'expression libre des opinions; à la concurrence définie par la Constitution correspond un droit privé au libre exercice de l'activité économique.

On a essayé de grouper les différents droits de la personnalité en allant de la personne elle-même aux rapports qui l'unissent avec d'autres, et on a cru pouvoir distinguer de cette façon des droits dont les plus importants sont les suivants: droit à l'intégrité corporelle; droit à l'intégrité morale; droit à l'inviolabilité des rapports entre époux et autres membres d'une même famille; droit à la considération, soit dans la vie sociale en général: droit à l'honneur, soit dans la vie économique: droit au crédit; droit à la liberté personnelle qui comporte entre autres la liberté de penser, de s'exprimer et la liberté des sentiments

religieux; droit au libre exercice de l'activité économique.

Personne d'ailleurs ne se fait de grandes illusions sur la valeur d'un tel système. Le principe sur lequel il repose est très discutable. Il ressemble beaucoup à celui sur la base duquel, autrefois, certains auteurs du droit naturel croyaient pouvoir construire toutes les règles de droit en considérant d'abord l'homme isolé et en passant ensuite à ses relations de plus en plus étendues. L'homme dans la vie sociale, et seul cet aspect de l'homme intéresse le droit, forme, on s'en rend bien compte, une unité. Comment vouloir, dès qu'on dépasse les limites du corps, séparer sans tomber dans l'arbitraire les intérêts concernant la personne elle-même des intérêts constitués par ses relations avec d'autres ? Ainsi ces droits empiètent souvent les uns sur les autres. La perturbation de sentiments d'affection provoquée par la mort d'un proche n'est-elle pas tout autant une atteinte portée à l'intégrité morale de la personne elle-même qu'une violation de ses rapports familiaux ? La séduction d'une épouse, pour prendre un autre exemple, que le Tribunal fédéral a considérée une fois, vu des circonstances particulièrement déplaisantes, comme une atteinte portée par le séducteur aux rapports familiaux du mari n'est-elle pas en même temps une lésion de son intégrité morale ? Songeons aussi aux attaques dirigées contre l'honneur qui presque toujours touchent l'intégrité morale de la victime et ses rapports sociaux.

Si d'autres droits de la personnalité qui jouissent en partie d'une réglementation spéciale dans les lois sont plus précis et n'usurpent pas de ce fait sur les domaines d'autres droits, les faire entrer dans le système se révèle être particulièrement difficile. C'est le cas du droit au nom et aux autres signes destinés à établir l'identité d'une personne, pseudonymes, raison commerciale et autres dont la protection ne suppose ni une perturbation de sentiments, ni la violation d'un rapport. Il en est de même du droit moral de l'auteur ou du droit de la personne à disposer de son

image qui comporte la faculté d'interdire toute publication faite sans permission d'un portrait ou d'une photographie, si l'on ne veut pas toutefois, ainsi qu'on l'a je crois tenté en France, y voir une manifestation du droit à l'intégrité corporelle. Quant à la faculté de prohiber la publication du contenu d'une lettre missive, elle est comprise en Suisse dans un droit plus vaste, un droit au respect du secret personnel (de la «Geheimsphäre»), droit qui peut également être violé par la divulgation d'une confidence faite à un avocat, à un médecin ou même à une personne quelconque, lorsque la divulgation se fait dans l'intention de nuire. Mais si le classement du droit, ainsi reconnu être constitué par un rapport avec d'autres, en est rendu peut-être un peu plus facile, le danger d'un empiétement sur d'autres droits redevient inévitable.

Pourtant le mal ne serait guère irréparable, si la difficulté de grouper et de tenir distincts les différents droits de la personnalité était la seule que cause la notion. On n'aurait qu'à renoncer à un système. Mais la notion présente une autre difficulté qui est beaucoup plus embarrassante, et là nous touchons vraiment à un des points faibles de la doctrine.

Il y a des cas, où pour ne pas, en protégeant un individu, dépasser les limites de l'équité et léser des droits ou des libertés accordés à tous, on est arrivé à reconnaître un droit dont la définition est en contradiction avec celle d'un autre. Les atteintes qui font obstacle à l'effort d'une personne pour développer ses affaires, comme ces atteintes qu'on désigne communément sous le nom de concurrence déloyale, représentent des attaques dirigées contre le droit au libre exercice de l'activité économique. Mais quand on s'est trouvé devant la question de savoir, si un dommage causé par une action collective, tel un boycott commercial, une grève concertée, l'accord sur une liste noire, doit être réparé, on s'est rendu compte qu'imposer le respect de ce prétendu droit au libre exercice de l'activité économique signifierait entraver outre toute mesure raisonnable la

liberté de la concurrence, garantie par le droit constitutionnel, sinon la supprimer. C'est pourquoi pendant un certain temps le Tribunal fédéral n'a reconnu dans ces cas qu'un droit de la personnalité plus restreint, un droit à l'existence économique auquel une action collective ne porte atteinte que lorsqu'elle tend à la ruine complète de la victime. Cette jurisprudence, j'en reparlerai tout à l'heure, a été abandonnée et pour cause. Même ce droit restreint, ce droit à l'existence économique, doit conduire, si l'on veut tirer toutes les conséquences que comporte la notion, à l'abolition de la concurrence. Que penser d'ailleurs d'une leçon qui reconnaît un droit absolu au libre exercice de l'activité économique, mais qui, dès que la protection de ce droit n'est pas jugée opportune, le remplace simplement par un droit de moindre importance, créé pour les besoins de la cause ?

Ce n'est pas seulement que quelques droits issus des relations économiques n'aient pas été définis correctement. Le phénomène rapporté nous fait découvrir 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. N'est-il pas souvent loisible par exemple de publier sans autorisation l'image d'une personne ou même de soumettre une œuvre littéraire à une critique, quoique celle-ci soit préjudiciable à la réputation de l'auteur ? Mais alors comment demander au juge de protéger un droit, si on ne lui donne pas connaissance de son étendue ? On a bien voulu faire valoir que les droits de la personnalité sont limités par les droits des autres ; tant qu'on s'en tient à la définition des droits, cependant, on ne fait ainsi que déplacer le problème.

La même imprécision d'ailleurs se constate en ce qui concerne les caractères essentiels qui distinguent les droits de la personnalité des droits patrimoniaux. Ceux-là sont, enseigne-t-on, inaliénables, parce qu'inhérents à la personne. Toutefois certaines transactions limitant des droits de la personnalité doivent être considérées comme admissibles,

sans quoi peu de contrats seraient licites. Ces restrictions parfois sont considérables. La prohibition de faire concurrence prévue dans la vente d'une entreprise, par exemple, peut aller jusqu'à défendre au vendeur toute affaire qui touche le domaine de cette entreprise. Ce ne sont donc certainement pas les droits à la liberté personnelle ou au libre exercice de l'activité économique, tels qu'ils sont définis, qui constituent la limite qu'à la liberté des conventions assignent les articles 27 du Code civil et 19 du Code des obligations, mentionnés au début. Cette limite doit être trouvée par le recours à une notion d'une portée plus grande, à l'idée des bonnes mœurs.

Essayons à présent de nous rendre compte du but que la doctrine suisse a poursuivi en adoptant sa théorie des droits de la personnalité.

Constatons pour commencer que l'idée en est relativement récente. Elle me semble être due à l'école des Pandectes, école germanique; en tous cas c'est à cette école que remonte la théorie suisse actuelle. Certes, il est vrai que des auteurs du droit naturel avaient déjà concédé à l'individu des droits innés contre ses semblables analogues aux droits innés que l'homme est jugé posséder vis-à-vis de l'Etat. Cette tradition, toutefois, a été nettement interrompue par Savigny. Savigny a nié l'existence de droits de la personnalité et a soutenu, qu'il n'y avait aucune raison de faire usage de cette notion pour assurer une protection suffisante à l'individu. Il croyait pouvoir le renvoyer aux actions prévues par le droit romain. Chez quelques successeurs de Savigny, cependant, l'idée peu à peu s'est formée que le droit positif garantit ou doit garantir certains droits de la personnalité. Les auteurs de cette époque étaient sous l'impression qu'il fallait tenir compte du fait que des moyens nouveaux de publicité et d'autres inventions avaient sensiblement augmenté les possibilités d'attaques dirigées contre la personne humaine. Ce n'est toutefois que vers la fin du XIX^e siècle que, pour une raison plus particulière, la

doctrine des droits de la personnalité a été amplement développée, par Regelsberger entre autres et surtout par Gierke. Ces auteurs voulaient réagir contre l'esprit très étroit dans lequel, sous l'influence de la majorité des juristes qui suivaient Savigny, les projets du Code allemand envisageaient la responsabilité civile. Cette tentative n'a pas eu gain de cause, car le Code allemand, vous le savez, a limité dans son article 823 la responsabilité civile aux cas d'atteintes portées à certains biens personnels, strictement énumérés, et aux droits patrimoniaux absous, ainsi qu'aux cas de contravention à des règles de loi spéciales ayant pour but la protection de l'individu. Ce n'est que l'article 826 du même Code qui a laissé au juge une certaine liberté en précisant que l'attaque contraire aux bonnes mœurs oblige à des dommages-intérêts, lorsqu'elle est faite dans une intention nocive.

En Suisse, le Code des obligations de 1881 s'était engagé dans une autre voie. L'article 50 de ce Code fut rédigé à l'exemple des articles 1382 et 1383 du Code civil français. L'idée que tout fait de l'homme, quelle que soit sa nature, qui cause un dommage à autrui, oblige, s'il y a faute, à une réparation, idée généreuse et féconde qui s'était fait jour dans la doctrine française du XVIII^e siècle et avait trouvé sa réalisation dans le Code, était ainsi adoptée en Suisse. De plus, l'article 55 mentionnait expressément la réparation d'un dommage moral, telle que l'avait reconnue la jurisprudence française. La voie était donc ouverte à une protection très large de l'individu.

Le juge n'avait qu'à se demander, un dommage matériel ou moral une fois constaté, s'il y avait faute de l'auteur, c'est-à-dire, comme on avait coutume en Suisse de distinguer strictement les deux éléments de la faute, l'état de la volonté et l'illicéité de l'acte, si l'auteur du dommage avait agi soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, et s'il ne pouvait invoquer comme excuse l'exercice d'un droit.

La situation cependant était quelque peu changée au moment de la rédaction du Code civil, donc au début de ce

siècle. Sous l'influence du Code et de la doctrine allemandes l'article 50 avait commencé à être interprété d'une façon nouvelle. On ne le considérait plus comme la norme défendant de causer un dommage à autrui sans y être spécialement autorisé, mais comme une règle déterminant uniquement les suites d'une atteinte illicite. L'article devait être ce que les Allemands appellent une «Blankettñorm», tel que l'est l'article 823 du Code allemand autant qu'il renvoie à d'autres règles pour savoir quand une atteinte portée à un des biens personnels mentionnés est illicite, quels sont les droits patrimoniaux absous ou à quelle autre disposition légale visant à une protection de l'individu l'agresseur a pu contrevienir. On croyait ainsi avoir gagné une méthode plus sûre pour établir l'illicéité d'un acte.

Cette nouvelle manière de voir qu'on a désignée sous le nom de théorie objective de l'illicéité, tandis que celle qui prévalait jusqu'alors était qualifiée de subjective, s'est manifestée, lors de la révision du Code des obligations en 1911, par un remaniement du texte français de l'article 50 qui est devenu l'article 41. Les mots «sans droit» ont été remplacés par «d'une manière illicite», de sorte que l'article actuel est ainsi conçu : «Celui qui cause d'une manière illicite un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence est tenu de le réparer.»

L'article était donc sensé ne plus se prononcer sur l'illicéité, celle-ci devant être établie par d'autres règles de la loi.

Se rapprochant également de la doctrine germanique, peu favorable à la réparation d'un dommage immatériel, le nouvel article 49 qui a pris la place de l'article 55 ne permet de réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale que lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute.

N'allait-on pas de la sorte restreindre la protection qui jusqu'alors avait été accordée à l'individu et abandonner la grande idée qui est à la base de l'article 1382 du Code civil français ?

Si quelques milieux, surtout de la presse, à qui ne plaisait guère l'application donnée aux articles 50 et 55 de 1881 auraient peut-être applaudi à cela, une évolution de ce genre, malgré tout, n'entrait pas dans les vues des juristes suisses. Mais comme selon la nouvelle conception de l'article 41 une obligation à des dommages-intérêts ne devait prendre naissance que lorsque l'acte qui a causé le dommage est prohibé par une autre règle de droit, on ne pouvait l'éviter qu'en créant une disposition générale qui déclare illicites les atteintes portées à la personne.

Cette règle a été insérée dans le Code civil, plus précisément dans le chapitre «de la personnalité». Elle est devenue l'article 28 qui donne suite à l'article 27 déjà cité et dont le texte est le suivant: «Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser. Une action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi.» Le dernier passage renvoie aux articles 41 et 49 du Code des obligations.

Or l'article 28, dans la pensée des rédacteurs du Code, d'Eugen Huber en particulier, consacre la doctrine des droits de la personnalité en lui constituant une base légale. Cette doctrine a donc pu accomplir en Suisse la tâche pour laquelle un peu plus tôt ses partisans en Allemagne l'avaient destinée en vain. Comme les dangers qui pouvaient résulter de l'interprétation de l'article 41 selon la théorie de l'illicéité dite objective semblaient être heureusement conjurés, on comprendra pourquoi l'article 28 a été salué avec enthousiasme par les juristes.

Certes, si l'on voulait être pédant et ne se tenir qu'au texte, on pourrait dire que pas plus que l'article 41 du Code des obligations, l'article 28 du Code civil ne représente une norme indépendante, et qu'en ce qui concerne l'illicéité, lui aussi renvoie à d'autres règles. Ce n'est que parce qu'on y a vu la consécration des droits de la personnalité, qu'aucun auteur n'a voulu tirer cette conséquence.

Par rapport d'ailleurs au Code des obligations de 1881, interprété comme il l'avait été à l'origine, l'article 28 n'augmente la protection accordée à l'individu que sur un point: Il permet de s'adresser au juge pour qu'il fasse cesser une atteinte illicite menaçant de causer un dommage, sans qu'il y ait intention ou imprudence de la part de l'auteur.

Demandons-nous à présent ce qu'a fait la jurisprudence de l'article 28.

D'après ce qui vient d'être dit on devait s'attendre à ceci: Le juge ayant constaté le dommage, le lien de causalité avec l'acte de l'auteur, la faute de celui-ci, recherche la règle qui, selon la théorie objective, déterminera l'illicéité de l'acte. La question est facile à résoudre lorsque, ce qui arrive souvent, le fait causant le dommage représente la lésion d'un droit patrimonial absolu ou constitue soit un délit de droit pénal, soit un acte prohibé par une autre loi. En dehors de ces cas le juge se reporte à l'article 28 et se pose la question de savoir, si un droit de la personnalité a été violé. Tel est, et la doctrine l'a relevé maintes fois, le système qui se dégage du Code civil et du Code des obligations.

Un grand obstacle cependant s'est dressé contre le fonctionnement de ce système: l'imprécision de la plupart des droits de la personnalité. C'est pourquoi les choses le plus souvent se passent tout autrement: Le juge ne se contente d'invoquer la lésion d'un droit de la personnalité que lorsque celui-ci est arrivé à un degré relativement élevé de certitude et que les possibilités d'atteintes, ce qui généralement va de pair, sont limitées, quelquefois même prévues par des règles spéciales, comme c'est le cas du droit au nom ou à d'autres signes établissant l'identité d'une personne, ou du droit moral de l'auteur. 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.

L'idée vers laquelle tendent ces considérations n'est autre que celle de transgression des limites d'un droit ou d'une liberté accordée à l'auteur du dommage, donc l'idée d'un abus qui se base sur des critères objectifs. Cela se voit particulièrement bien dans les cas où le droit de la personnalité prétendu violé est un droit tout à fait vague, tel le droit au libre exercice de l'activité économique dont la notion, il y a un instant déjà, s'est révélée à nous insuffisante pour déterminer l'illicéité d'une agression.

La concurrence déloyale est à considérer en théorie, nous l'avons vu, être une atteinte portée à ce droit au libre exercice de l'activité économique; la jurisprudence par contre a dû faire usage de tout autres arguments. Lors de la révision du Code des obligations en 1911 on a voulu capter ces arguments dans une formule. Voici le texte de l'article 48 du Code des obligations qui la contient: «Celui dont la clientèle est diminuée ou qui est menacé de la perdre par l'effet de publications erronées ou d'autres procédés contraires aux règles de la bonne foi, peut actionner l'auteur de ces manœuvres en cessation de celles-ci et lui demander, en cas de faute, la réparation du préjudice causé.» Pas un mot du droit lésé, par contre une définition de l'abus de la liberté que comporte la concurrence aussi complète qu'il est possible de l'insérer dans le texte d'un article. La nouvelle loi fédérale sur la concurrence déloyale de 1943 visant à renforcer la répression que doivent exercer le droit civil et le droit pénal, est encore plus explicite. Elle définit la concurrence déloyale de la façon suivante: «Est réputée concurrence déloyale... tout abus de la concurrence économique résultant d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi.»

Des arguments de même nature ont fait apparition lorsque la jurisprudence a eu à s'occuper d'autres questions. Le

Tribunal fédéral a estimé que l'article 41, en ce qui concerne l'illicéité, ne se réfère pas seulement à des textes de loi, mais aussi à un droit non écrit et que selon celui-ci tout agissement contraire aux règles de la bonne foi doit être réputé illicite. Il a pu ainsi condamner à des dommages-intérêts une personne qui, sans être liée à sa victime par un contrat, a causé à celle-ci un dommage en lui donnant une information intentionnellement fausse sur un papier-valeur. Que signifie agir contrairement aux règles de la bonne foi ? C'est dépasser les bornes dans lesquelles tout droit et toute liberté doit être exercée, c'est donc commettre un abus tel que le prévoit l'article 2 du Code civil: «Chacun est tenu», dit cet article, «d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé.»

J'ai déjà dit que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de boycott commercial et d'autres actions collectives, après avoir créé la notion de droit à l'existence économique, a évolué. Ce n'est plus la lésion de ce droit qui détermine actuellement l'illicéité, ce sont d'autres critères qui entrent en jeu, avant tout les moyens répréhensibles en soi employés par les auteurs d'un boycott et la poursuite d'un but pour lequel la liberté de la concurrence n'a pas été concédée. N'est-ce pas encore à la constatation d'un abus, abus de la liberté de contracter, plus particulièrement de se coaliser, et en même temps de la liberté de l'activité économique qu'aboutit cette jurisprudence ? La méprise dans les moyens et le détournement du but légitime sont précisément des signes distinctifs de l'abus. Peu importe d'ailleurs que le Tribunal fédéral dans ces cas, au lieu de parler franchement d'abus, ait préféré jusqu'à un arrêt assez récent invoquer le deuxième alinéa de l'article 41, qui, à l'instar du Code allemand, prévoit des dommages-intérêts lorsqu'un préjudice a été causé intentionnellement par des faits contraires aux mœurs, car, en ce qui concerne ces actes collectifs, les critères de l'immoralité ne diffèrent guère de ceux de l'abus. L'alinéa deux de l'article 41, cependant,

était, en vérité, devenu lettre morte au moment où ce même Tribunal fédéral avait reconnu l'illicéité des agissements violant les règles de la bonne foi.

La jurisprudence, pouvons-nous conclure, a été amenée, à l'encontre de ce que l'on prévoyait au moment de la rédaction du Code civil et de la révision du Code des obligations, à constater, sitôt que n'est pas en cause un de ces quelques droits de la personnalité d'une précision exceptionnelle, non la lésion d'un droit de la victime, mais l'abus d'un droit ou d'une liberté de l'agresseur.

Cela expliquera facilement le scepticisme qui se manifeste de plus en plus à l'égard des droits de la personnalité et dont j'ai parlé au début.

Quant à la théorie de l'illicéité dite objective, il est apparent, quoique de nombreux auteurs ne veuillent pas encore le reconnaître, qu'elle est dépassée par les faits. Cette théorie ne s'accordait jamais avec les données du droit suisse. Elle aurait peut-être été soutenable si l'on s'était décidé à restreindre la protection de l'individu à la manière du droit allemand, et si l'on n'avait pas inséré dans le Code cet article 28 qui devait forcément faire admettre que toute atteinte est illicite, lorsque l'agresseur ne s'est pas tenu dans les limites de sa liberté qui sont déterminées par les règles de la bonne foi. Car de cela résulte que causer un dommage à autrui est toujours illicite, à moins que l'auteur n'eut agi dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté sans commettre un abus.

Ainsi l'article 41 se révèle de nouveau être la règle féconde qu'a donnée en exemple au monde l'article 1382 du Code civil français, et dont un juge adroit et consciencieux peut tirer tous les éléments d'une protection équitable de l'individu. Une règle de ce genre laisse très certainement au juge une grande liberté d'appréciation, les conditions de l'abus en particulier, conditions subjectives et objectives, variant sensiblement selon les cas. La jurisprudence toutefois, tant en France qu'en Suisse, a prouvé jusqu'à ce jour

que le juge peut très bien ne pas se sentir écrasé par cette responsabilité et se montrer à la hauteur de sa tâche.

L'article 28 du Code civil a donc contribué d'une manière efficace à corriger une interprétation malheureuse de l'article 41 du Code des obligations; l'on peut même dire que cette partie de son rôle semble toucher à sa fin, grâce précisément à son succès incontestable. Il n'en est pas moins vrai, cependant, que la notion de droits de la personnalité n'a pas donné tout ce qu'on attendait d'elle il y a trente ou quarante ans.

Ce fait, certes désappointant, est-il une raison d'abandonner la notion? Je dirai non et me permettrai avant de terminer d'expliquer très brièvement pourquoi:

Les droits de la personnalité ne sont pas une construction artificielle, ils existent vraiment. Qu'est-ce un droit? C'est la faculté d'exiger des autres une certaine conduite et, s'ils ne se conforment pas à cette exigence, d'actionner contre eux, c'est-à-dire de mettre contre eux une contrainte en mouvement.

L'homme pouvant exiger de ses semblables qu'ils s'abstiennent de porter atteinte à sa personne sans y être autorisés a donc un droit. Et ce n'est pas seulement le droit général de la personnalité qui est un fait. Les droits de la personnalité spéciaux eux aussi correspondent à la réalité. Ils représentent la faculté d'exiger que les autres s'abstiennent d'atteintes spéciales. On ne saurait donc se faire une idée exacte de la situation créée par un acte causant un préjudice, si l'on perdait de vue qu'un droit a été lésé.

Les droits de la victime d'ailleurs ne sont pas les seuls à être pris en considération. L'auteur du préjudice agit d'une manière illicite lorsqu'il viole les règles de la bonne foi, lorsqu'il se rend responsable d'un abus. Pour pouvoir commettre un abus, il faut avoir un droit, et ce droit fréquemment est un droit de la personnalité. Les soi-disant libertés sont des droits de la personnalité très vastes, tel le droit au libre exercice de l'activité économique. La situation souvent est

caractérisée par le fait que deux droits sont en présence l'un de l'autre, et que la limite du droit de la victime se trouve là où chez l'agresseur commence l'abus. Il n'est donc pas exact de dire 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.

Droit de la personnalité est donc une notion indispensable. Cela d'ailleurs n'a pas été contesté en ce qui concerne les quelques droits de la personnalité pour lesquels le problème des limites ne se pose pas : le droit au nom par exemple, ou le droit moral de l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire qui désigne très bien ce qui reste à celui-ci quand il a disposé de son droit patrimonial, de son droit d'auteur au sens technique. Mais comment comprendrait-on vraiment ces droits, si on ne les rattachait pas à un droit général de la personnalité ?

Il faudra, toutefois, mieux tenir compte de l'imprécision inévitable de la plupart des droits de la personnalité qui en diminue la valeur technique, car c'était une illusion de croire que la définition du droit attribué au lésé fournit nécessairement le critère de l'illicéité d'une atteinte. Si l'on recherche plutôt ce critère dans l'acte de l'agresseur, on évitera facilement les définitions contradictoires. Quant aux empiétements de droits les uns sur les autres, toujours possibles, on n'aura plus guère à leur accorder beaucoup d'importance, surtout si l'on se souvient que tous les droits spéciaux ne sont que des aspects du droit général.

Une considération d'un ordre plus élevé enfin me semble s'imposer en faveur de la reconnaissance des droits de la personnalité, considération qui nous rapproche de la pensée des auteurs du droit naturel. Ces auteurs ont propagé l'idée de droits innés, droits contre l'Etat et droits contre les autres individus, parce qu'ils étaient persuadés qu'il faut garantir à l'homme, si l'on veut tenir compte de la dignité de sa personne, une sphère de liberté et de sécurité.

Les droits innés représentaient cette sphère. Pour nous, l'idée a la valeur d'un programme à réaliser dans le droit positif. Qui voudrait soutenir que ce programme n'est plus conforme à la justice ? Le droit constitutionnel doit donc reconnaître des droits individuels contre l'Etat. Si cela aujourd'hui nous paraît plus nécessaire que jamais, il n'en convient pas moins à l'ordre privé d'accorder à l'homme des droits analogues contre ses semblables.

Les critiques qu'a subies la notion de droits de la personnalité touchent principalement la fonction protectrice de ces droits, puisqu'elles mettent en question surtout le droit d'une victime. Or n'est-ce pas ce droit justement qui rappelle à l'homme qu'il ne doit faire usage d'une liberté sans prendre des égards pour les autres, sans respecter le commandement de l'amour du prochain ? Ce n'est donc qu'en donnant à la reconnaissance des droits de la personnalité un appui suffisant que le droit privé peut demeurer un domaine de la liberté sans s'exposer au blâme d'être le champ de l'égoïsme.
