

Université Paris-Panthéon-Assas

École doctorale d'Histoire du droit, de philosophie et de sociologie du droit

Thèse de doctorat en histoire du droit

Soutenue le 20 mai 2022

La vie privée : les racines d'un concept juridique protéiforme



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Arnaud de Solminihac

Sous la direction de François SAINT-BONNET

Rapporteurs :

Christine MENGÈS-LE PAPE – Université de Toulouse 1 Capitole

Raphaël ECKERT – Université de Strasbourg

Membres du jury :

Mme Capucine NÉMO-PEKELMAN – Université de Paris Nanterre

M. Franck ROUMY – Université Paris II-Panthéon-Assas

M. Henri TORRIONE – Université de Fribourg

M. Nicolas SILD – Université de Toulouse 1 Capitole

A mes parents.

Aux enseignants qui m'ont donné l'envie de m'engager dans ce travail de recherche.

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Cette thèse n'aurait pas été possible sans le secours, le soutien et la fidélité des personnes suivantes.

Qu'il me soit permis de remercier en premier lieu le Professeur François Saint-Bonnet de m'avoir proposé ce beau sujet, de m'avoir accompagné dans sa réalisation et de m'avoir conduit jusqu'à son achèvement. Merci pour sa disponibilité, son écoute, ses conseils et ses relectures.

Mes remerciements vont aussi aux membres du jury, Madame Capucine Nemo-Pekelman, Mesdames et Messieurs les Professeurs Christine Menguès-Le Pape, Franck Roumy, Raphaël Eckert et Henri Torrione d'avoir accepté de discuter ce travail et de siéger dans ce jury.

Merci à l'Institut d'Histoire du Droit Jean Gaudemet de m'avoir accueilli en son sein. Je remercie vivement les Professeurs Cocatre-Zilgien et Demare-Lafont, ainsi que Monsieur Andrieux pour leur disponibilité, leurs conseils et leurs encouragements.

Merci enfin à tous mes amis et collègues pour leurs conseils avisés et leur soutien, Eva Bequet, Timothée Marteau, Louis Terracol, Florian Reverchon, Antoine Cognon, Xavier de Bonaventure, Ségolène Gacic, Pierre-Hugues Barré, Bernard Garcia.

Merci enfin à ma famille et aux amis qui m'ont soutenu et encouragé. Mes remerciements s'adressent spécialement à mes parents, à mon épouse Ségolène qui m'a ardemment soutenu en amont et en aval de notre mariage, à Alexis, Flora, Julien, Alain, Monique, Annick, Stanislas et bien d'autres qui se reconnaîtront.

Sommaire

INTRODUCTION

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : L'ORDRE PRIVÉ D'AVANT LE DROIT À LA VIE PRIVÉE

PARTIE I – LA PUISSANCE DU *DOMINIUM* PRIVÉ

CHAPITRE I – LA SECONDE SCOLASTIQUE : LE *DOMINIUM* PRIVÉ COMME FACULTÉ INHÉRENTE À LA NATURE HUMAINE

CHAPITRE II – LES AMBIVALENCES DE LA *RES PRIVATA* MODERNE À PARTIR DE L'ŒUVRE DE JEAN BODIN

CHAPITRE III – LA LIBERTÉ COMME *DOMINIUM* PRIVÉ, DU JUSNATURALISME AUX RÉVOLUTIONS MODERNES

CHAPITRE IV – LES FORMULATIONS ÉQUIVOQUES DU « *DOMINIUM* SUR SOI » DEPUIS LE XIX^E SIÈCLE

PARTIE II- LA LIBERTÉ PAR LE SECRET

CHAPITRE I – LES ORIGINES DE LA PROTECTION PUBLIQUE DE LA CONFIDENTIALITÉ PRIVÉE

CHAPITRE II – L'ÉMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC DÉSINTÉRESSÉ DES SECRETS DE LA VIE PRIVÉE

CHAPITRE III- LA DÉPÉNALISATION DES MŒURS PRIVÉES DANS LE NOUVEAU DROIT PÉNAL

PARTIE III- LE MASQUE DE L'HONNEUR

CHAPITRE I – LA DIFFUSION DE LA VIE PRIVÉE DANS L'ESPACE PUBLIC : LA GENÈSE D'UNE QUESTION

CHAPITRE II- LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE AU MOYEN DE L'HONNEUR : L'HISTOIRE D'UNE SOLUTION

CONCLUSION

Abréviations bibliographiques et usages

<i>A. P.</i> , 1 ^{ère} série, t. 1	MADIVAL, Jérôme et LAURENT, Émile (dir.), <i>Archives Parlementaires de 1787 à 1860</i> , Première série. 1787-1799, Deuxième série. 1799-1860, Paris, Paul Dupont, 1862-1913, t. 1, p. 1 (127 vol.).
<i>C. D.</i> , 1, 1	Saint AUGUSTIN, <i>La Cité de Dieu</i> , trad. Louis MOREAU et Jean-Claude ESLIN, Paris, Seuil, 2004, Livre 1, chap. 1, (3 vol.).
<i>Dig.</i> , 1, 1, 1, 1	<i>Digesta Justiniani</i> , éd. Paul KRÜGER et Théodore MOMMSEN, Berolini, Weidmannos, 1893, t. 1, 957 p., liv. 1, tit. 1, ch. 1, §. 1. [Trad. Henri HULOT, Metz, 1803].
<i>Decretum</i> , dist. 1, c. 1, qu. 1.	GRATIEN, <i>Decretum Gratiani</i> , [<i>Concordia discordantium canonum</i>], éd. Émil Fridberg, Tauchnitz, 1879-1881, Distinctiones 1, Causae 1, Quaestiones 1, (2 vol.).
<i>C. A.</i>	FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, <i>La cité antique</i> , Paris, Flammarion, 2009, 676 p.
<i>E. L. I</i> , 1	MONTESQUIEU, Louis Secondat, DE, <i>De l'esprit des lois</i> , Livre I, chap. 1, Paris, Flammarion, 1993, (2 vol.).
<i>Essais</i> , I, 1.	MONTAIGNE, Michel, DE, <i>Les essais</i> , Livre. I, chap. 1, Nouvelle édition sous la direction de Bernard COMBEAUD, Paris, Robert Laffont, 2019, 1124 p.
<i>Isambert</i> , t. 1	<i>Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 : contenant la notice des principaux monuments des mérovingiens, des carolingiens et des capétiens, et le texte des ordonnances, édits, lettres patentes, règlements</i> , éd. Nicolas DECRUSY, François-André ISAMBERT, Alphonse-Honoré TALLANDIER, Paris, Plon, 1821-1833, (29 vol.)
<i>Lév. I</i> , 1.	HOBBS, Thomas, <i>Léviathan</i> , trad. Gérard MAIRET, Paris, Gallimard, 2000, 1024 p.
<i>Les Six Livres</i> , I, 1,	BODIN, Jean, <i>Les six livres de la République (1576)</i> , Paris, Fayard, 1986, (<i>Corpus des œuvres de philosophie en langue française</i>), (6 vol.).
<i>M. M. I</i>	KANT, Emmanuel, <i>Fondements de la métaphysique des mœurs</i> , trad. Vincent DELBOS, Paris, Delagrave, 1978, 252 p.
<i>M. M. II</i>	KANT, Emmanuel, <i>Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit et doctrine de la vertu</i> , trad. Alain RENAUT, Paris, Flammarion, 2018, 411 p.
<i>S.T.</i> , I, q. 1, art. 1, ad. 1,	Saint THOMAS D'AQUIN, <i>Somme Théologique</i> [<i>Summa theologiae</i>] (1274), part. 1, question 1, article. 1, arg. 1 éd., Paris, Cerf, 1984-1986, (4 vol.).
<i>TGC</i> , §. 1	LOCKE, John, <i>Traité du gouvernement civil</i> , trad. David MAZEL, Paris, Flammarion, 1999, §. 1, 381 p.

Abréviations éditoriales

AJDA	Actualité juridique du droit administratif (Dalloz).
API	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire (Maresq et Dujardin).
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales [www.cnrtl.fr].
CUP	Cambridge university press.
JCP G	La semaine juridique, édition générale.
JCP A	La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales.
J.O.R.F./A.N.	Journal Officiel de la République Française / Assemblée Nationale (1868).
<i>LGDJ.</i>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris).
PUAM.	Presses universitaires d'Aix-Marseille.
PUF	Presses universitaires de France (Paris).
PULIM	Presses universitaires de Limoges.
RSC	Revue de science criminelle (Dalloz).

Abréviations usuelles

Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4. XI. 1950.
C. cass.	Cour de cassation
Cons const.	Conseil constitutionnel
trad.	Traduction
éd.	Édition
dir.	Sous la direction de
crim.	Chambre criminelle
1 civ.	Première chambre civile
soc.	Chambre sociale
Liv.	Livre
Chap.	Chapitre

« Le privé et le public sont deux mondes différents par essence et le respect de cette différence est la condition *sine qua non* pour qu'un homme puisse vivre en homme libre. Le rideau qui sépare ces deux mondes est intouchable et les arracheurs de rideaux sont des criminels. Et comme les arracheurs de rideaux étaient au service d'un régime haï, ils furent tenus unanimement pour des criminels particulièrement méprisables.

Quand, de cette Tchécoslovaquie truffée de micros, je suis ensuite arrivé en France, j'ai vu à la une d'un magazine une grande photo de Jacques Brel qui se cachait le visage, traqué par des photographes devant l'hôpital où il soignait son cancer déjà avancé. Et soudain, j'ai eu le sentiment de rencontrer le même mal que celui devant lequel j'avais fui mon pays ; la radiodiffusion des conversations de Prochazka et la photographie d'un chanteur mourant qui cache son visage me semblaient appartenir au même monde ; je me suis dit que la divulgation de l'intimité de l'autre, dès qu'elle devient habitude et droit, nous fait entrer dans une époque dont l'enjeu le plus grand est la survie ou la disparition de l'individu¹. »

Milan KUNDERA, *Les Testaments trahis*.

¹ Milan KUNDERA, *Les Testaments trahis*, Paris, Gallimard, 1993, p. 302.

Introduction

Comme le relevait Alexis de Tocqueville à propos de la langue américaine : « les peuples démocratiques aiment passionnément les termes génériques et les mots abstraits parce que ces expressions agrandissent la pensée en permettant de renfermer en peu d'espace beaucoup d'objets et aident le travail de l'intelligence² ». Il est tentant de ranger la notion de vie privée parmi ces concepts larges et généraux qui condensent en peu de mots un pan fondamental de toutes les vies humaines. Si l'on juge ce concept à son usage, on se rend compte qu'il est mobilisé par les juristes dans des situations les plus diverses : la préservation des liens familiaux, la promotion de l'autonomie personnelle³, l'accès aux origines⁴, la liberté sexuelle au nom du libre usage de son corps⁵, le choix de sa tenue vestimentaire dans l'espace public⁶, la protection des données personnelles⁷, l'encadrement du renseignement d'État⁸, la limitation des droits de l'instruction et de la preuve⁹, etc. Cet aspect tentaculaire de la vie privée est d'autant plus surprenant qu'il s'agit d'une notion assez récente dans le droit. L'expression apparaît pour la première fois dans l'article 17 du titre III de la Constitution de 1791. Son premier usage vise l'interdiction de la publication par voie de presse des éléments relatifs à la vie des particuliers.

Au XX^e siècle, la vie privée est propulsée en principe juridique fondamental, notamment en réaction aux régimes totalitaires, c'est-à-dire contre les tentatives de recréer des communautés organiques artificielles dans lesquelles tout projet privé se verrait absorbé dans la chose publique. Ce n'est donc qu'après la Seconde

² Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II, Œuvres complètes*, Paris Gallimard, 1992, t. II., p. 581. Même constat de l'ambiguïté des concepts généraux chez Gustave LE BON, *Psychologie des foules*, Paris, PUF, 2013, p. 25.

³ CEDH, K. A et A. D. c. Belgique, 17 février 2005, requêtes n° 42758/98 et 45558/99. Dans ce fameux arrêt, la Cour estime que les pratiques sadomasochistes, même poussées, sont couvertes par le droit à la vie privée qui comprend un principe d'autonomie personnelle protégé par l'article 8 de la Convention, mais que la condamnation des sévices corporels ne constituait pas une atteinte disproportionnée à ce droit.

⁴ Avis du CE, 13 juin 2013, n°362981. Il revient à l'État de concilier la vie privée du donneur de gamètes et son droit à l'anonymat avec la vie privée de celui qui réclame l'accès à ses origines.

⁵ CEDH, *Petrova c. Lettonie*, 24 juin 2014, requête n° 4605/05. Interdiction de la transplantation d'organes sans le consentement de la personne décédée ou de ses proches parents.

⁶ CEDH, *S.A.S. c. France*, 1er juillet 2014, requête n°43835/11. Si le droit à la vie privée comprend la possibilité de s'habiller librement, l'interdiction du voile intégral dans l'espace public ne porte pas une atteinte disproportionnée à ce droit.

⁷ Directive européenne du 12 juillet 2002, Règlement européen de 2016/679, autrement appelé *Règlement général de la protection des données*.

⁸ Cons. const., 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, déc. n°2016-536 QPC, §. 14. Censure partielle de la loi sur le renseignement, notamment les articles L. 854- 1 et suivants du Code de la sécurité intérieure relatifs aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.

⁹ C. cass., 30 novembre 2020, *soc.*, n° 19-12.058. La Cour de cassation considère que la preuve tirée d'éléments trouvés sur Facebook par l'employeur sur la vie de son employé porte une atteinte proportionnée au droit à la vie privée.

Guerre mondiale que le droit à la vie privée, qui, jusque-là, s'était contenté d'apparaître en droit français comme une expression générale de la langue, devient explicitement un droit fondamental opératoire. L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 prohibe ainsi dans un même article « toute immixtion arbitraire » dans la vie privée, dans la famille, dans le domicile ou la correspondance ainsi que toute atteinte à son honneur et à sa réputation¹⁰. Dans cette formulation, la plus volubile en la matière en comparaison avec celle de la Convention Européenne des droits de l'Homme et du code civil, on retrouve les différents aspects de la vie privée : la liberté de ses relations privées élémentaires, l'inviolabilité de l'espace privé, la garantie de la confidentialité et enfin l'honneur personnel. Le regroupement de ces anciennes notions autour d'un droit unique à la vie privée s'est imposé de manière assez récente pour faire face à un certain nombre de menaces grandissantes. Le principe de garantie de la vie privée ne figure ni dans le préambule de la Constitution de 1946, ni dans celle de 1958, et il faut attendre que la France ratifie la Convention européenne des droits de l'homme en 1974 pour que le droit à la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 prenne une valeur supra-légale. En 1995, le droit à la vie privée est devenu pour les sages de la rue Montpensier un droit constitutionnellement protégé en tant qu'il dérive de la liberté prévue par l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789¹¹. La protection de la vie privée, déjà présente dans l'ordonnance du 6 mai 1944 sur la presse, intègre en outre le code civil par la loi du 17 juillet 1970, qui crée un article 9 proclamant en son premier alinéa le droit de chacun à sa vie privée en même temps qu'elle instaure des sanctions pénales pour protéger cette dernière (article 221-1 du code pénal actuel). Ce qui n'était jusqu'alors qu'un *topos* du discours libéral faisant du domaine privé le lieu propre de la liberté est donc devenu un standard juridique largement employé au service de la protection de l'individu.

La vie privée est réputée être un concept insaisissable, souple, utilitaire, subsumant en peu de mots des protections variées. Selon l'expression du juriste belge Jacques Velu, « elle se sent plus qu'elle ne se définit¹² ». Gérard Cornu la décrit quant à lui comme « une notion légale à contenu indéterminé¹³ ». Les *privacy* américaine et anglaise ne peuvent guère non plus nous aider à trouver une définition. Selon les mots du juriste Daniel Solove, cette notion est une « jungle conceptuelle¹⁴ ». Il n'y a en effet de véritable définition du droit à la vie privée dans aucune loi ni dans aucun traité¹⁵. La vie privée permet ainsi présentée comme

¹⁰ Si le texte anglais de la Déclaration universelle des droits de l'homme use du mot de *privacy*, la Convention européenne des droits de l'homme parle de « private and family life ».

¹¹ C. const. 18 janvier 1995, DC n°94-352 et C. const. 10 juin 2009, DC n°2009-580. Cons const., Q.P.C, 30 mars 2012, n°2012-227, *M. Omar S.* Sur ce sujet : Vincent MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, t. 48 (2015), p. 7-20.

¹² Jacques VELU et Rusen ERGEC, « Convention européenne des droits de l'homme », *Répertoire pratique de Droit Belge*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, n°652 (2014), p. 70.

¹³ Gérard CORNU, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil sur la théorie du droit civil* (1970), Paris, Université Panthéon-Assas, (*Les Introuvables*), 2017, p. 187.

¹⁴ Daniel J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, Harvard, Harvard university press, 2009, p. 42-46 et 196. Au Royaume-Uni, la notion semble également réputée indéfinissable ; Ferdinand-David SCHOMAN, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge, CUP, 1992, p. 11.

¹⁵ L'article L801-1 du code de sécurité intérieure créé par la loi sur le renseignement du 3 octobre 2015 tente toutefois de dresser une liste non exhaustive de ses différents supports « le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile, est garanti par la loi. L'autorité publique ne peut y porter atteinte que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi, dans les limites fixées par celle-ci et dans le respect du principe de proportionnalité. » [Nous soulignons].

une notion juridique fonctionnelle, c'est-à-dire une catégorie dont les contours dépendent uniquement de l'usage qui en est fait¹⁶. Si le concept est une représentation mentale stable, abstraite et générale, les principes tels que la vie privée remplissant le rôle d'axiome n'ont pas besoin d'être définis *a priori* pour être mobilisés par les juristes là où le recours à cette notion leur semble pertinent. Cela étant, une analyse *a posteriori* permet de mieux comprendre ce dont il est question. À défaut de définition, il convient de s'en remettre au classement proposé par les juristes. Le droit au respect de sa vie privée et le droit à la vie privée sont généralement rangés dans la catégorie des libertés de l'homme seul, par opposition aux libertés individuelles qui s'exercent dans l'espace public¹⁷. La constitutionnaliste Annabelle Pena situe ainsi la vie privée entre la protection de l'intégrité corporelle et de l'intégrité morale¹⁸. Le droit à la vie privée est en outre souvent inventorié dans la catégorie des droits de la personnalité, c'est-à-dire, selon le dictionnaire proposé par l'Association Henri Capitant, comme des facultés « inhérent[e]s à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique de manière innée et inaliénable pour la protection de ses intérêts primordiaux¹⁹ ».

L'étude des fondements de la notion de vie privée doit pourtant surmonter l'absence de définition. En effet, il faut bien partir d'une détermination conceptuelle *a priori* pour pouvoir étudier les origines de nos représentations²⁰. Comme l'explique bien Aristote, dans la connaissance, il faut nécessairement commencer par le connu pour aller vers l'inconnu²¹, de sorte qu'il faut encore préciser ce que nous entendons par « droit à la vie privée ». Jean-Louis Halpérin considère aussi que le juriste, comme l'historien soucieux d'étudier des concepts ignorés comme tels du passé, doit « construire un concept²² », afin d'« étudier les attitudes, les usages et les discours des individus sur ce sujet²³ ». C'est seulement munis d'une détermination provisoire de ce qu'est la vie privée dans le droit que nous pouvons ensuite espérer tracer les contours plus précis de ce que nous entendons protéger lorsque nous invoquons cette notion. Le doyen Jean Carbonnier opère une

¹⁶ Georges VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP*, n°682 (1948), p. 715-716. Cela tend à rendre vaine toute définition. Comme le remarque Richard Sennet dans Richard SENNET, *La tyrannie de l'intimité*, Paris, Seuil, 2021, p. 58 : « Il est impossible et au surplus inutile de définir la vie privée, et le mur de la vie privée n'est qu'une limite stratégique qui se déplace au gré des circonstances. »

¹⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum*, t. 7 (2012), p. 1-22. Sur ce sujet : François RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi d'autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992, 317 p. ; Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Aix-en-Provence, Économica-PUAM, 1995, préf. Henri MAZEAUD, 396 p.

¹⁸ Anabelle PENA, « Personnalité (droits de la) », dans Anabelle PENA, Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, p. 559-654.

¹⁹ Gérard CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^eéd., Paris, PUF, 2011, (*Quadrige*), V^o « Personnalité (droit de la) », p. 758.

²⁰ La réflexion sur les fondements de la notion vie privée, beaucoup plus abondante aux États-Unis, est relativement pauvre en France. Daniel SOLOVE, *Understanding Privacy*, *op. cit.*, p. 58 ; Ferdinand-David SCOEUHAN (éd.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge, CUP, 1984, 426 p.

²¹ ARISTOTE, *Physique*, trad. Pierre PELLEGRIN, Paris, Flammarion, 2002, p. 70 : « Mais le chemin naturel va de ce qui est plus connu et plus clair pour nous à ce qui est plus clair et plus connu par nature ; en effet, ce ne sont pas les mêmes choses qui sont connues pour nous. C'est pourquoi il est nécessaire de progresser de cette manière. » ; Appliqué à la recherche en droit : Christianne PEYRON-BONJAN, « Force et logique du discours- Pour un essai méthodologique de lecture critique », *Revue de la Recherche Juridique*, t. 46 (1991), p. 769-775.

²² Jean-Louis HALPÉRIN, « L'essor de la "privacy" et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société*, t. 61/3 (2005), p. 765-782.

²³ *Ibid.*

summa divisio éclairant quelque peu le concept en distinguant un droit à la vie privée, c'est-à-dire un droit à l'indépendance individuelle, et un droit au respect de la vie privée, qui serait une garantie de l'intimité²⁴. Il semble pourtant que la notion générique de *vie privée* subsume ces deux dimensions qui ne sont pas si aisément séparables. Ces deux principes de liberté et de discrétion, que l'on ne peut diviser, sont d'un côté ce que nous pourrions appeler l'élément matériel correspondant à la capacité d'action de l'homme dans son domaine privé, et de l'autre l'élément spirituel renvoyant à son intimité psychologique et à sa réputation. L'originalité du concept de vie privée consiste à relier étroitement ces deux aspects qui constituent les deux faces d'un seul et même objet, l'un sous un angle défensif et l'autre dans une perspective plus offensive²⁵. On peut d'ailleurs imaginer un point extrême où la liberté personnelle et l'intimité deviendraient une seule et même chose. Tel que nous l'entendons aujourd'hui en Occident, le droit individuel à la vie privée commande qu'une partie de la vie de la personne et de ses relations élémentaires échappe à toute intervention sociale. Ce droit entend donc dessiner une zone *matériellement* inaccessible à autrui, un domaine dans lequel l'homme est *maître* chez lui. Cette idée peut sembler très générale. Pourtant, telle est la définition de la vie privée que l'on retrouve dans les manuels de droit des libertés. Voici par exemple comment Jean Rivéro décrit cette notion :

La vie privée est cette sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié. La liberté de la vie privée est la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre et qu'il est maître d'interdire à autrui.²⁶

Une telle approche présuppose un ordre politique veillant à ce que, selon l'impératif formulé par John Stuart Mill, dans « ce qui ne concerne que lui²⁷ », l'indépendance de l'homme soit « de droit absolu²⁸ ». La protection de l'intimité et de la tranquillité privée comprises dans la notion de vie privée prolonge le souci de la liberté individuelle dans son premier volet. Afin de protéger l'indépendance psychologique de chacun et lui permettre de déployer son individualité propre, il existe un droit à la dissimulation de certains aspects de l'existence. La finalité du secret se traduit ainsi essentiellement par un devoir d'abstention qui vient garantir une tranquillité que le doyen Carbonnier n'hésite pas à qualifier de « valeur psychologique protégée²⁹ ».

À l'évidence, les atteintes à la paix de l'homme privé prennent une dimension particulière lorsqu'elles s'effectuent par voie de presse. C'est d'ailleurs pour lutter contre les intrusions journalistiques que la loi du 17 juillet 1970 est venue protéger la vie privée pour la première fois « comme une fin en soi et à titre principal³⁰ ». Pourtant, avant l'article 9 du code civil et l'article 226-1 du code pénal, il existait déjà une

²⁴ Jean CARBONNIER, *Droit Civil, tome 1- Les personnes*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1969, n°71, p. 336.

²⁵ Emmanuel DREYER, « Vie privée », dans *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, dir. Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, V^{is} « Vie privée », p. 726 : « Il faut voir sans la liberté et la tranquillité de la vie privée deux aspects d'une même prérogative : l'un défensif, l'autre offensif. Ils ne sont pas envisageables l'un sans l'autre. »

²⁶ Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, 4^e éd., Paris, PUF, 1991, p. 76.

²⁷ John Stuart MILL, *De la liberté* (1859), trad. Charles DUPONT-WHITE, Paris, Gallimard, 1990, p. 78.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, Paris, PUF, 1980, t. 71, p. 334.

³⁰ Pierre-Yves MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Paris, Hermès, 1977, p. 153.

multitude de protections particulières visant la préservation du domaine matériel de la vie privée et du domaine des pensées. Le droit de la presse interdisait ainsi de publier toute révélation n'intéressant pas le débat public. Malgré les différents aspects pris par la notion de vie privée, l'idée qui transcende les multiples volets de sa protection peut se synthétiser ainsi : l'homme est *maître* de ses affaires dont il a *le droit* de garder le secret, ou du moins de contrôler l'exposition publique. La définition étant posée, notre enquête visera à approfondir les fondements de ce pouvoir de maîtrise de l'homme sur sa vie et à les confronter aux différentes règles protectrices de la sphère privée, comme par exemple celles visant le domicile, la confidentialité et celles réprimant la diffamation de la vie privée.

I- Position du problème : la vie privée, entre disparition et consécration

Il est bien connu qu'à l'époque moderne en général et dans la pensée libérale en particulier, la vie privée a été érigée en domaine propre de la liberté. Cette présentation des choses est souvent exposée comme un retournement de la situation antique. Thomas Hobbes est l'un des premiers à faire de la préservation du domaine privé de l'individu l'objectif principal du contrat social. Dans le climat de guerre de tous contre tous, le privé est, pour lui, le refuge de l'homme en but à la violence politique ; il est la source des droits individuels. L'existence privée condense alors tout ce qui n'est pas abandonné au Léviathan. Pour bien mettre en lumière cet aspect, Hobbes oppose la liberté des particuliers à la liberté publique afin de mieux opposer le royaume privatif de l'individu et son orientation en direction de la communauté politique :

La liberté, qui est si souvent mentionnée et exaltée dans les ouvrages d'histoire et de philosophie des anciens Grecs et Romains, de même que dans les écrits et les propos de ceux qui tiennent toute leur culture des auteurs politiques, ce n'est pas la liberté des particuliers, mais celle de la République³¹.

Le penseur anglais pose la dichotomie décisive que n'avaient pas fait les Anciens entre la liberté de l'homme privé, qui serait le réservoir de ses droits, et dénonce la conception républicaine de la liberté, qui se préoccuperait uniquement des droits politiques de l'homme. L'avènement d'une nouvelle approche de la liberté a également bien été décrit par Sismondi, qui a fait de la recherche de la protection de la vie privée une invention anglaise. L'historien genevois situe en effet cette nouveauté dans les développements de la Constitution britannique qui, depuis le XVII^e siècle, a appris aux hommes à considérer la liberté « comme une protection du repos, du bonheur, et de l'indépendance domestique³² ». Il s'agit donc selon lui d'un processus qui a fait advenir dans l'Europe entière ce qu'il nomme la « Liberté des anglais³³ », la « liberté passive³⁴ » ou encore la « liberté civile³⁵ ». Ce phénomène découle du fait que les Modernes avaient pris l'habitude de chercher la liberté dans la nature humaine et non dans les affaires publiques. Une telle disposition les a conduits à considérer l'égale dignité des êtres humains et à reconnaître ainsi que le but des hommes, en se réunissant, était « d'assurer la protection mutuelle de leur personne, de leur honneur, de leur

³¹ Thomas HOBBS, *Léviathan*, trad. Gérard MAIRET, Paris, Gallimard, (*Folio Essais*), 2000, p. 227.

³² Jean DE SISMONDI, *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Âge* (1818), Paris, Treuttel et Würtz, 1826, t. XVI, p. 238.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

propriété, de leurs sentiments moraux³⁶ ». Cette privatisation de la liberté se veut historiquement et géographiquement située. Elle a amené les hommes à admettre que les gouvernements ne devaient pas protéger l'individu « contre lui-même, mais seulement contre les autres³⁷ ». À l'aube de la période moderne, est ainsi né en Occident le principe de « la liberté de pensée et celle de la conscience³⁸ », condition de possibilité d'un droit à la vie privée. Cette exigence fait échapper une partie de la vie de l'homme à la norme politique. Puis, dans un second temps, ce principe, encore inconnu des Républiques médiévales, reçoit des garanties concrètes. Le postulat selon lequel le domaine des pensées et des actions émanant de l'individu doit demeurer libre dans la mesure où ce qui s'y déroule n'a pas de conséquences sociales se diffuse ensuite dans toute l'Europe. Comme l'a remarqué François Saint-Bonnet, le trait caractéristique de la liberté moderne telle qu'elle est analysée par Sismondi est sa dimension spatiale³⁹. Dans les républiques médiévales italiennes, les magistrats n'hésitaient ainsi pas à poursuivre les mauvaises mœurs jusque « dans l'intérieur des familles » en les sanctionnant, « indépendamment de tout scandale, et par des dénonciations secrètes⁴⁰ ». Les hommes de Savonarole, ne concevant aucune autonomie pour la sphère privée, prenaient des règlements publics pour régir l'ordre des maisons. Il s'agissait pour ces républicains de venir s'assurer de la vertu de tous, quelle que fut la matière en question :

Le jeu, dans l'intérieur des maisons privées ; le luxe de la table, des habits, des équipages, furent regardés comme étant du ressort des lois ; et toutes les habitudes de l'homme privé furent réglées par des actes du pouvoir souverain⁴¹.

À l'inverse, dans les régimes modernes, l'inviolabilité du domicile, lieu privé par excellence, se voit dotée de nouvelles garanties formelles pour préserver la frontière de l'espace privé. En Angleterre par exemple, se développe entre le XVI^e et le XVII^e siècle le concept de perquisition, et la théorie du mandat qui l'encadre vient poser un empêchement de principe à toute immixtion arbitraire de la couronne dans la maison de n'importe quel Anglais⁴².

Dans ses développements sur la liberté des Modernes, Benjamin Constant, héritier de toute la tradition qui le précède, insiste sur la liberté des « actions privées⁴³ », sur la conscience et la « faculté de choisir son culte⁴⁴ » et plus largement tout ce qui « gêne la volonté des individus⁴⁵ ». Il inscrit les libertés de la vie privée dans le prolongement des libertés de l'âme. Constant invoque encore la liberté des relations privées quand il relève que, si libre qu'il soit sur le plan de la participation aux affaires de sa cité, le Lacédémonien « ne peut visiter librement sa jeune épouse⁴⁶ ». La liberté du domaine privé est donc pour lui

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ François SAINT-BONNET, « La liberté des Modernes et la partition de l'espace », *Droit et Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, t. 7 (2015), p. 6.

⁴⁰ Jean DE SISMONDI, *Histoire des républiques italiennes du Moyen Âge, op. cit.*, t. XVI, p. 580.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Pour une histoire complète de ce phénomène : CUDDIHY, William J., *The fourth amendment Origins and Original meaning, (602-1791)*, Orford, Oxford university press, 2009 800 p.

⁴³ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819), Paris, Fayard, 2010, p. 11.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

celle de son foyer, de ses relations privées et intimes. Par-delà Constant, l'affirmation des droits de la sphère privée devient par la suite un lieu commun repris par les différents défenseurs de la liberté. Voici par exemple ce qu'écrit Stendhal :

Le mode d'assurer la liberté que nous désirons a été découvert il y a trente ans. En 1819, ce que l'Europe appelle liberté des Grecs, des Romains, la ci-devant liberté des Suisses, la liberté des Italiens, ne fut que participation à la souveraineté du pays. On ne voulait être heureux qu'au forum, nous ne voulons être heureux qu'au fond de notre maison⁴⁷.

Sous la plume de Victor Hugo, la liberté des Anglais dont parlait Sismondi est devenue une liberté française :

À Lucques, il y avait une inquisition de la vie privée, qui s'intitulait conseil des discoles. Sur une dénonciation jetée dans la boîte du conseil, tout citoyen pouvait être déclaré discole, c'est-à-dire homme de mauvais exemple, et banni pour trois ans, sous peine de mort en cas de rupture de ban. De là, des abus sans nombre. – La France a aboli tout ostracisme. La France mure la vie privée⁴⁸.

Le droit à la vie privée est aussi présenté par certains auteurs comme un résultat institutionnel, c'est-à-dire comme le produit de l'État libéral. John Rawls n'hésite pas à décrire la chose de cette manière : « la vie privée de chaque individu est en quelque sorte un projet à l'intérieur d'un projet plus vaste que celui que réalisent les institutions publiques de la société⁴⁹ ».

Cherchant les racines de cette focalisation en direction de la protection de la sphère privée, le philosophe du XIX^e siècle Émile Beaussire rattache ce phénomène au fait que les sociétés modernes « se sont généralement élevées à la civilisation sous l'état monarchique⁵⁰ », c'est-à-dire dans un régime dans lequel l'homme, privé de toute participation au pouvoir, a dû chercher ailleurs sa liberté. Il remarque que soucieux de leur indépendance domestique, les peuples germaniques ne se sont guère préoccupés des affaires civiques et ont ainsi conçu leur liberté comme un ensemble de garanties contre le pouvoir. De manière plus surprenante, Émile Beaussire établit aussi un lien entre la valorisation du domaine privé et les progrès de la condition des femmes. Notre représentation moderne de la vie privée comme sphère de liberté coïnciderait selon lui avec la découverte d'une version féminine de la liberté :

La liberté que l'homme réclame, c'est surtout la liberté extérieure, le droit non de s'isoler dans son indépendance et dans l'accomplissement de ses devoirs privés, mais de se mêler activement à la vie de ses semblables, en exerçant sur eux une influence égale à celle qu'ils prétendent exercer sur lui. La femme réclame aussi la liberté, mais intérieure et concentrée en quelque sorte, le droit de suivre en paix, dans la pratique de tous les devoirs auxquels elle se sent ou se croit soumise, la décision de sa conscience, de ses sentiments, de ses préjugés même, en un mot la loi idéale qu'elle trouve dans son cœur⁵¹.

Peu importe la pertinence des causes inventoriées par Beaussire, ce qu'il convient de souligner est que l'histoire de notre préoccupation pour les droits de la vie privée n'est pas sans portée normative. Dans

⁴⁷ STENDHAL, *Voyage en Italie*, Paris, Gallimard, 1973, p. 1 981.

⁴⁸ Victor HUGO, *Rhin, Lettre à un ami* (1842), *Œuvres*, Paris, Ollendorf, 1906, t. II, p. 401.

⁴⁹ John RAWLS, *Théorie de la justice* (1971), Paris, Seuil, 2009, p. 571.

⁵⁰ Émile BEAUSSIRE, *La liberté dans l'ordre intellectuel et moral*, Paris, Durand et Pédonne, 1866, p. 10.

⁵¹ *Ibid.*, p. 12.

ce domaine comme dans d'autres, l'histoire sert à déterminer la « vérité du droit⁵² ». L'avènement d'un système protecteur de l'intimité a sorti l'homme successivement de la cité spartiate en forme de couvent guerrier et des dérives inquisitrices de la chrétienté médiévale⁵³. Le monde moderne a érigé un sanctuaire là où les Anciens confondaient « outrageusement sphère privée et sphère publique, intervenant dans l'intimité et la conscience des citoyens⁵⁴ ». La norme qui naît de ce récit est la suivante : puisque la vie privée est le lieu propre de notre liberté des Modernes, et dans la mesure où nous sommes Modernes, nous devons défendre le domaine privé.

Il faut relever que cette perspective n'est pas seulement le produit d'un discours de certains libéraux sur la période moderne. Le ton est assez unanime et se retrouve chez des auteurs politiques très différents : Karl Marx, par exemple, montre bien que le processus dialectique de construction de l'État a permis l'émancipation de l'homme privé. La formalisation du pouvoir a rendu possible l'invention de la société civile qui, à son tour, a permis la libération de la vie individuelle⁵⁵. Le juriste Maurice Hauriou dit encore que « le citoyen ordinaire d'un État moderne est comme un amphibie, à l'ordinaire il vit dans les ondes de la vie privée⁵⁶ ». Le philosophe politique Léo Strauss considère quant à lui que c'est toute l'histoire de la pensée politique moderne qui a conduit à reconnaître « une sphère privée, protégée par la loi, où la loi ne peut pénétrer⁵⁷ ».

Si l'histoire des idées converge vers le constat d'un souci croissant et partagé de la chose privée, la question de la définition des frontières du domaine privé et du support juridique de cette protection reste toutefois rarement posée. Celle-ci est pourtant décisive, car si la proclamation de la liberté du domaine privé est une conquête moderne, il semble en effet qu'il y ait un problème de détermination du substrat qui constitue le privé. Dans la *Condition de l'Homme Moderne*, Hannah Arendt montre à ce titre que l'avènement de la société moderne repose sur une confusion des fonctions du privé et du public⁵⁸. La disparition du

⁵² François SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum*, t. 2 (2009), p. 1-13.

⁵³ Expression utilisée par Montesquieu à propos de Sparte. E. L. IV, 6.

⁵⁴ Jean Fabien SPITZ, *La liberté politique : essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, (*Léviathan*), 1995, p. 76.

⁵⁵ Karl MARX, *La question juive*, trad. Jean-François POIRIER, Paris La Fabrique Éditions, 2006, p. 61-62. Comme il le dit, avec la dissolution de la société féodale, « les activités déterminées de la vie et la situation déterminée de la vie s'abaissèrent jusqu'à ne plus posséder qu'une signification individuelle ».

⁵⁶ Maurice HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 403.

⁵⁷ Léo STRAUSS, *Spinoza's critique of Religion*, New York, Schocken Books, 1965, p. 6 : « Le libéralisme repose essentiellement sur la distinction entre l'État et la société, ou sur la reconnaissance d'une sphère privée, protégée par la loi, où la loi ne peut pénétrer, étant bien entendu surtout que la religion, comme religion particulière, appartient à la sphère privée. » Trad. Pierre MANENT, dans ID. *La raison des Nations*, Paris, Gallimard, 2006, p. 82.

⁵⁸ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, trad. Georges FRADIER, Paris, Calmann-Lévy, 1994, p. 80-81.

monde commun qui nous empêche « de tomber les uns sur les autres⁵⁹ » vient, selon la philosophe, porter atteinte non seulement au domaine politique, mais aussi au domaine privé :

La société de masse *détruit non seulement le domaine public mais aussi le domaine privé* : elle prive les hommes non seulement de leur place dans le monde mais encore de leur foyer où ils se sentaient jadis protégés du monde où, au moins, même les exclus du monde pouvaient se consoler dans la chaleur du foyer et la réalité restreinte de la vie familiale⁶⁰.

Le constat est sans appel : l'étendue prise par l'économie et la société de masse tend à désagréger l'antériorité et l'autonomie des affaires du foyer en même temps qu'elle fait disparaître le domaine du commun⁶¹. La manifestation la plus significative de ce phénomène se retrouve dans les expériences totalitaires du XX^e siècle qui, selon Arendt, contrairement aux tyrannies antiques, reposent sur l'abolition de toute forme de vie privée. Cette tendance à la confusion n'est pas liée, selon son analyse originale, à une politisation excessive de l'homme, mais au contraire à la disparition de son caractère politique. Mais ce constat n'est pas réductible au phénomène totalitaire. Dans la société démocratique moderne, l'homme est en effet partagé entre d'un côté la petite parcelle de son existence privée dans laquelle il n'entend être gouverné que par lui-même en refusant les éventuelles interférences extérieures, et, de l'autre, le vaste domaine de la vie sociale qui n'est ni véritablement politique, ni authentiquement privé. La société commerciale, par exemple, constitue une communauté de type nouveau dans laquelle la séparation du public et du privé devient trouble : elle rassemble une multitude d'hommes plus vaste que les anciennes cités sous une domination de type privé, en vue de la satisfaction de besoins qui relevaient jadis de la sphère domestique (production, consommation, loisir)⁶². La vie qui se déploie au sein d'une entreprise privée et dans les organisations privées revêt pourtant un caractère public, dès lors qu'elle s'étend au-delà du foyer, sans pour autant perdre son caractère privé en tant qu'elle se fonde sur la satisfaction des besoins élémentaires et sur des principes différents de ceux qui animent le domaine politique.

L'obsolescence de la vie privée relevée par Günther Anders est, elle aussi, intrinsèquement liée aux intrusions du monde extérieur dans cette sphère *via* les dispositifs techniques propres à l'ère industrielle⁶³. On peut peut-être alors la comprendre en observant de quels types d'outrages elle entend prémunir les individus. La violation de la vie privée procède en effet par voie d'intrusion là où les atteintes à la liberté individuelle attentent à la personne par voie de coercition¹. L'étude de l'histoire de ce concept permet alors de saisir comment d'une liberté contre l'État, la vie privée est devenue une garantie octroyée par l'État. Les

⁵⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 99-100 [Nous soulignons].

⁶¹ Pour une Synthèse : Michelle-Irène BRUDNY, « La sphère privée selon Hannah Arendt », *Champ psychosomatique*, t. 27 (2002), p. 9-12 ; Jocelyne THERIAULT, « De l'utilité de la distinction moderne privé/public », *Politique*, t. 21 (1992), p. 37-69.

⁶² Gilbert Keith CHESTERTON, *Plaidoyer pour une propriété anticapitaliste*, Paris, Éditions de l'Homme Nouveau, 2009, p. 224 : « Et les réalités publiques sont devenues privées dans le sens le moins respectable du terme ; elles sont devenues mystérieuses et secrètes. La société commerciale combinera tout ce que chaque domaine a de plus mauvais. Ce sera l'uniformisation absolue ; il n'y aura plus d'excentricité, plus d'humour, plus de noble mépris des choses de ce monde. »

⁶³ Günther ANDERS, *Obsolescence de l'homme, Sur la destruction de l'âme à l'époque industrielle, tome 1* trad. Christophe DAVID, Paris, Éditions de l'Encyclopédie des Nuisances, 2002, p. 117-129 ; ID., *Obsolescence de l'homme, Sur la destruction de l'âme à l'époque industrielle, tome 2*, 1^{ère} éd., Paris, éd. Fario, 2012, p. 85.

changements des conditions matérielles de la vie humaine bouleversent aussi la protection des libertés. Selon le doyen Favoreu, inventée contre les immixtions de la puissance publique, cette notion s'est – en raison des progrès techniques – peu à peu imposée « contre les autres individus ou personnes privées en général² ». La protection de la vie privée est intervenue, en partie du moins, en réaction à certains développements de la modernité qui, par des mécanismes nouveaux de contrôle et de surveillance, sont réputés conduire l'individu à renoncer à l'exercice de sa liberté⁶⁴. La juridicisation récente de la vie privée apparaît alors comme une réponse à ces intrusions d'un genre nouveau, qui accompagnent non pas un projet global mais des logiques multiples : la sécurité préventive, le gouvernement algorithmique, l'impératif de transparence, l'hypertrophie prise par le nouvel espace public qu'est internet, l'accaparement ou la collectivisation des données personnelles, etc⁶⁵. L'érosion contemporaine de la liberté des Modernes face au développement inédit de procédés technologiques d'intrusion et de divulgation de la vie privée a donc été précisément ce qui a engendré la transformation de cette notion générale en concept juridique.

Actuellement, le décalage entre le projet d'émancipation privée promise à l'époque moderne et l'asservissement constaté n'a donc jamais été aussi grand. Dans les lendemains qui déchantent, il n'est plus rare d'entendre dénoncer le conformisme des existences et le crépuscule de la vie privée face à un totalitarisme sans dictateur, une « tyrannie de l'impersonnalité⁶⁶ » dont on a du mal à saisir aussi l'idéologie⁶⁷. Le pape François lui-même s'inquiète de cette situation :

Paradoxalement, alors que s'accroissent des attitudes de repli sur soi et d'intolérance qui nous amènent à nous fermer aux autres, les distances se raccourcissent ou disparaissent au point que *le droit à la vie privée n'existe plus*. Tout devient une sorte de spectacle qui peut être espionné, surveillé et la vie est soumise à un contrôle constant. Dans la communication numérique, on veut tout montrer et chaque personne devient l'objet de regards qui fouinent, déshabillent et divulguent, souvent de manière anonyme. Le respect de l'autre a volé en éclats, et ainsi, en même temps que je le déplace, l'ignore et le tiens à distance, je peux sans aucune pudeur envahir sa vie de bout en bout⁶⁸.

La protection de la vie privée est donc devenue une préoccupation partagée par tous au-delà du cercle restreint des héritiers directs de la tradition libérale. Ce constat nous enseigne que la vie privée est devenue un enjeu de droit dans une période récente, précisément parce qu'elle est de plus en plus menacée par des évolutions techniques et institutionnelles.

⁶⁴ Michel FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, 352 p. ; Les discours de Michel Foucault à décrire sur le long terme la prise en charge de l'individu par une discipline dispensée par le regard inquisiteur d'un spectateur invisible et omniprésent. Initialement, l'objet de l'auteur était la naissance du système pénal disciplinaire mais son analyse tend à étendre l'idée de surveillance à l'ensemble de la société. Analyse bien mise en avant par Gilles DELEUZE, *Pourparlers 1972-1990*, Paris, Éditions de Minuit, 1988, (*Critique*), 191 p.

⁶⁵ Pour des auteurs ne reculant pas devant ce parallèle : Mazarine PINGEOT, *La dictature de la transparence*, Paris, Robert Laffont, 2016, p. 73 : « La transparence, *parce qu'elle s'érige en principe moral*, se contredit elle-même en supprimant la différenciation des espaces qui fondent le politique, n'engendre-t-elle pas la menace d'une nouvelle forme de totalitarisme ? » [Nous soulignons].

⁶⁶ Expression du sociologue François DE SINGLY, « Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique », dans François TERRE (dir.), *Le privé et le public. Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1997, p. 56.

⁶⁷ C'est l'esprit du texte de Kundera mis en exergue.

⁶⁸ Pape François, *Fratelli Tutti*, Paris, Éditions de l'Emmanuel, 2021, p. 32 [Nous soulignons].

II- Considérations lexicales autour de la vie privée

Afin d'éviter les anachronismes, étant donné l'équivocité des termes, l'historien scrupuleux à l'extrême devrait en venir à préciser sans cesse dans quel sens il use des mots de « public » et de « privé ». De même que certains auteurs évitent de parler d'État avant une certaine époque, il faudrait éviter d'employer les termes « public » et « privé » car ils désignent des réalités très différentes en fonction des périodes de l'histoire. L'expression de « droit à la vie privée » est récente et n'était guère employée avant le XX^e siècle. Pourtant, comme nous l'avons déjà remarqué, ce n'est pas parce que la chose n'est pas consacrée dans la langue que la réalité est absente. C'est l'évidence même, les hommes n'ont pas attendu la notion de sexualité pour engendrer, ni la proclamation de la liberté de réunion pour se rassembler. Le signifié précède le signifiant, de sorte qu'un concept peut exister dans le passé avant qu'il ne soit nommé. Cela étant, le fait que la notion en vienne à être thématifiée et introduite en tant que droit subjectif est évocateur du besoin de protection ressenti à la période moderne. Quoi qu'il en soit, s'il faut conserver une prudence évidente dans l'usage de ce vocable, il convient également de garder à l'esprit la variété de ses significations et son caractère relatif en fonction des cultures et des époques. L'étude de ces différentes acceptions est toutefois riche d'enseignement pour saisir les différentes facettes de la protection de la vie privée. Dans nos dictionnaires, le mot privé s'entend d'abord dans son sens privatif. Il désigne tout ce qui ne relève pas de l'État (A), ni du domaine social (B), mais se comprend aussi par opposition à tout ce qui peut être publié (C).

A- Le privé comme antonyme d'étatique et synonyme de « non politique »

Les occurrences des mots « privé » et « vie privée » sont riches d'enseignements sur ce qui est protégé par le droit à la vie privée⁶⁹. À partir des premiers dictionnaires de langue française, nous pouvons tirer quelques leçons. Le privé s'entend dans un sens privatif par opposition à ce qui est étatique, à ce qui est officiel ou social au sens large, ou encore à ce qui est visible. Son antonyme, le public, vient étymologiquement de *publicus*, lui-même contraction de *popolicus*, désignant ce qui « appartient ou revient au peuple⁷⁰ ». *Lato sensu*, il désigne encore tout ce qui est commun et dans un sens plus étroit le domaine politique ou étatique. En ce sens, la définition du premier dictionnaire de l'Académie française met en avant l'opposition entre le particulier et celui qui participe aux affaires de l'État⁷¹. Le dictionnaire Richelet de 1679 définit quant à lui le privé comme le « propre », le « particulier » et tout ce qui « n'a pas de charge ». Dans le

⁶⁹ Pour une analyse philologique détaillée des vocables public et privé : PETER VAN MOOS, *Entre histoire et littérature : communication et culture au Moyen Âge*, Firenze, Edizioni del Galluzzo, 2005, p. 419-470.

⁷⁰ Claudia MOATTI, « *Respublica* et droit dans la Rome républicaine », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, t. 113/2 (2001), p. 813 [cité dans : Hans DREXLER, *Aufstieg und Niedergang im römischen Staatsken*, Berlin, Temporini, 1972, p. 259 et s.

⁷¹ ÉMILE LITTRÉ, *Dictionnaire de langue française*, 1^{ère} éd., Paris, Littré, 1841, V^o « Privé », p. 751 : « 1/ Qui vit sans rang, sans emploi qui l'engage dans les affaires publiques. *Louis le grand* : « La vie la plus privée ne le vit jamais un moment oublier la gravité et la bienséance de la dignité royale. » Privé est donc avant tout un adjectif signifiant ce qui est propre à quelqu'un : « On dit, en son propre et privé nom. Et cela se dit en parlant des dettes et des obligations personnelles que l'on contracte. » La troisième édition du dictionnaire de l'Académie de 1740 abonde en ce sens en ajoutant même une illustration de l'adjectif en parlant d'« *Autorité privée* » : « Se dit par opposition à *Autorité publique*, ou à autorité légitime. Il a mis cet homme en prison de son autorité privée. Ce valet a fait telle action de son autorité privée, et sans ordre de son maître. »

dictionnaire Gaffiot, le mot *privatus* renvoie au simple citoyen ou à la chose privée (*res privata*), par opposition à la chose politique (*res publica*)⁷².

Dans l'*Encyclopédie*, Jaucourt et Boucher d'Argis définissent la *vie privée* comme un mode de vie alternatif à la vie politique, comme le répit de celui qui s'est mis en retrait de la chose publique : « l'on dit qu'après s'être livré aux affaires de l'État, il s'est retiré et il jouit des douceurs d'une vie *privée*⁷³ ». Dans *Le grand vocabulaire françois*, il est donné une définition similaire :

« Privé », adjectif, qui n'a aucune charge publique. Il est homme privé.[...]. Il n'est heureux que depuis qu'il mène une vie *privée*⁷⁴.

L'édition du dictionnaire de l'Académie de 1798 insère aussi une entrée propre à l'expression : « en ce sens, on dit vie privée pour dire la vie d'un homme qui est éloigné de toute sorte d'emploi. Il mène depuis deux ans une vie privée ». En dépit de ces premières amorces de définition, si on ne peut réduire le public à ce qui est étatique, on ne peut pas non plus définir le privé uniquement comme ce qui n'est pas politique.

B- Le privé comme une séparation de l'intime avec la société

L'adjectif « privé » provient du latin *privare*, qui signifie séparer, mettre à l'écart. Cet isolement n'est pas nécessairement individuel, mais il suppose néanmoins de bien distinguer la société domestique et la société civile. En ce sens, ce mot rappelle aussi les notions de secret, de sainteté et de sacré qui, dans leur acception latine, évoquent une telle division. En grec, le terme serait plutôt *iōdios* (ἴδιος), à savoir le simple particulier, par opposition au général. L'adjectif est aussi défini par ses synonymes : le dictionnaire de Furetière rapproche le terme privé des vocables de *particulier* et de *secret*⁷⁵. Même dans ces cas-là, le mot revêt un sens politique en caractérisant ainsi tout ce qui n'est pas commun, par exemple ce qui est renvoyé à une instance subalterne. Le substantif, quant à lui, existe mais à la marge, et évoque plus prosaïquement le « lieu où l'on va se décharger le ventre », lieu non public par excellence⁷⁶.

⁷² GAFFIOT, *Dictionnaire Latin français*, Paris, Hachette, 2008, V° « Privatus », p. 591 : « l'adjectif privé, particulier, propre individuel. Substantif : le simple particulier, simple citoyen. »

⁷³ D. DIDEROT ET J. D'ALEMBERT, *L'encyclopédie raisonnée des arts et des sciences*, Paris, Jaucourt, 1751, t. 13, p. 388 : « Privé, Particulier, Secret, adj. (*Gramm.*) en ce sens il s'oppose à *public* ; [...], il s'est retiré, et il jouit des douceurs d'une vie *privée*. Il est synonyme de *propre* ; il a fait cet acte de son autorité propre ou *privée*. Il se prend aussi dans le sens du substantif *privation*. Le dogme chrétien *prive* du salut éternel tous ceux qui n'ont pas eu la foi en Jésus-Christ, [...]. En architecture, le mot privé renvoie au cabinet d'aisance ou aux latrines. [...] On dit aussi qu'un homme public agit en son propre privé pour dire qu'il parle, qu'il agit de son chef sans commission de personne. En ce sens, on dit qu'un homme mène une vie privée, qu'il a une fortune privée, quand il vit en retraite et en particulier, sans charge, sans emploi, sans se mêler d'affaires, qu'il vit en son privé, en homme privé. On dit aussi qu'il a été intimé en son propre et privé nom pour dire en son nom particulier. »

⁷⁴ *Le grand vocabulaire françois*, éd. Charles-Joseph PANCKOUCKE, Paris, 1771, V° « Privé », t. 23, p. 313.

⁷⁵ Antoine FURETIÈRE, *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts...*, 1690, Félix Tréguer, V° « Privé », p. 337 : « adj : Particulier, secret. Le Conseil privé du Roy est un Conseil d'Etat qu'il tient pour juger quelques affaires et ses sujets qui réclament sa justice, comme des évocations et renvois des réglemens de juges, interprétations d'Edits, cassation d'arrêt etc... Les procureurs du privé. Il faut cependant nuancer ces premières affirmations, car l'adjectif peut aussi signifier, dans un sens moins politique, ce qui est familier et apprivoisé : « Ces deux amis sont fort privez et familiers ensemble, ils se disent tous leurs secrets.(sic) »

⁷⁶ Même renvoi par BOUCHER D'ARGIS et dans l'*Encyclopédie*, le substantif est ainsi qualifié : « En architecture le mot privé renvoie au cabinet d'aisance ou aux latrines. [...] On appelle un privé, un retrait, un lieu particulier où on va

Le privé est ainsi ce que l'on entend par intime. S'il y a d'un côté un domaine collectif quasi-institutionnalisé et de l'autre quelque chose qui renvoie à la sensibilité individuelle, on trouve cependant dans l'usage courant une proximité entre les deux termes⁷⁷. Dans le droit aussi, les vocables « intime » et « privé » sont d'ailleurs souvent pris l'un pour l'autre. La loi du 17 juillet 1970, par exemple, assimile les deux notions en considérant que le juge peut « prescrire toute mesure propre à faire cesser les atteintes à l'intimité de la vie privée⁷⁸ ». Alors que la vie privée désignait seulement le répit dont bénéficiait l'homme public après avoir quitté les affaires, elle semble ainsi également recevoir au XVIII^e siècle une valeur plus positive en renvoyant au domaine de l'intime, aux affaires domestiques et sentimentales. En ce sens, tout homme dispose d'une vie privée, car, spécialement avec le grand virage intimiste du siècle des Lumières, de plus en plus de personnes entendent bénéficier d'un espace à elles qui échappe à l'étiquette sociale et au regard d'autrui. En langue française, le mot intime est répertorié comme un adjectif dès le XIV^e siècle. Il est emprunté du latin *intimus*, superlatif du latin *dedans* (*intus*). En ce sens, il signifie « le plus en-dedans, le plus intérieur⁷⁹ ». L'intimité, en tant qu'elle est un superlatif du mot « privé », suppose donc quelque chose d'encore plus subjectif et une plus grande fermeture vis-à-vis de l'extérieur. Dans les premières éditions du dictionnaire de l'Académie, les vocables « intime » et « intimité » désignent par ailleurs une relation. Voici la première définition que donne celle de 1694 :

Il n'a guère d'usage qu'en cette phrase, *Ami intime*, qui signifie, un ami cordial, un homme avec lequel on a une liaison d'amitié très-estroite. En ce sens, il est quelquefois substantif. *C'est son intime*.

Dans ses premières acceptions en langue française, l'adjectif précède le substantif. L'intime correspond ainsi à un concept relationnel qui le distingue initialement de la simple idée d'intériorité. Dans l'édition de 1740, est introduit le mot « intimité » qui désigne un lien entre plusieurs personnes : « Liaison intime. *Ces deux personnes vivent ensemble dans la plus grande intimité.* » Le substantif « intime » désigne également le domaine spirituel et psychologique laissé à l'individu. L'intime est alors un endroit quasi-physique où s'exerce une profondeur exacerbée. Cette notion gagne indéniablement ses lettres de noblesse avec Saint Augustin, qui en fait la voie royale vers Dieu⁸⁰. Pour l'évêque d'Hippone, l'intimité représente une prise divine quienserme l'être plutôt qu'un espace déclaré socialement inviolable. Avant de désigner la vie intérieure ou le secret des cœurs, l'adjectif « intime » vise donc originellement un faisceau d'attaches

à ses nécessités naturelles. Cela pue comme un privé. La lunette, la ventouse d'un privé. » D. DIDEROT et J. D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, 1^{ère} éd 1751, *op. cit.*, t. 13, V^o « Privé », p. 388.

⁷⁷ Pour une tentative de distinction conceptuelle plus poussée entre *intime* et *privé* : Michaël FOESSEL, *La Privation de l'intime*, Paris, Seuil, 2008, 160 p.

⁷⁸ Article 9 alinéa 2 du code civil.

⁷⁹ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1863, V^o « Intime », p. 634 : « Adjectif. Qui est le plus au-dedans et le plus essentiel. L'intime c'est l'ami proche. L'intimité : le fond caché de l'intérieur de l'homme dans l'intimité de la conscience. » ; André LALANDE (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (1926), Paris, PUF, 2010, V^o « Intime », p. 533 : « Intérieur (au sens où ce mot s'oppose à public, extérieur, manifeste) [...] ce qui est fermé, inaccessible à la foule, réservé ; par suite, ce qui est individuel, connu du sujet seul », d'un sens B. « Intérieur (au sens où ce mot s'oppose à superficiel), profond ; qui tient à l'essence de l'être dont il s'agit ; qui en pénètre toutes les parties ».

⁸⁰ C'est le célèbre « *Interior Intima mea* », dans Saint AUGUSTIN, *Confessions*, Livre VII, 10, 16.

interpersonnelles⁸¹. Ce n'est qu'après le XVIII^e siècle que ce que l'on nomme intime commence à désigner ce qui s'éprouve tout seul dans un rapport de soi à soi. Ce mot désigne alors un espace psychologique individuel qui se développe particulièrement à cette époque⁸².

Dans le langage du siècle des Lumières, l'expression « vie privée » renvoie encore aux mœurs qui peuvent être bonnes ou mauvaises. L'étude des comportements privés des différents peuples est un terrain d'exploration florissant pour les érudits. À cette époque, l'historien Duclos s'exprime ainsi :

Les mœurs, en parlant d'un particulier et de la vie privée, ne signifient autre chose que la pratique des vertus morales, ou le dérèglement de la conduite, suivant que ce terme est pris en bien ou en mal⁸³.

L'étude de la vie privée sert alors à décrire les systèmes familiaux et les habitudes domestiques qui varient en fonction des climats, des caractères et des religions⁸⁴. Rousseau fait d'ailleurs dire à Julie, dans *La nouvelle Héloïse*, que la connaissance véritable d'un peuple commence par l'étude des secrets de sa vie privée⁸⁵. Le terme « vie privée » comprend ainsi la diversité des formes sociales dans le cadre d'une maison et d'une parenté. L'intime et la vie privée désignent donc chacun à leur manière un domaine individuel secret, mais aussi un domaine collectif restreint, une petite société en marge de la société civile.

C- Le privé comme tout ce qui doit être préservé de la vue

Il faut, pour s'approcher un peu plus de la question de la norme protectrice de la vie privée, en percevoir un troisième sens. Notre notion de vie privée présuppose en effet un partage entre un savoir accessible et un savoir caché au nom de la protection de l'indépendance morale de l'individu. C'est en ce sens que l'on dit que l'on veut protéger sa vie privée. Dans les discussions politiques ou dans celles que l'on a hors de ses relations privilégiées, s'est peu à peu forgée l'idée que les affaires de la vie privée ne devraient être montrées que fugitivement ou par accident. En tant qu'elles ne relèvent pas de ce domaine public, certaines choses

⁸¹ Jean BEAUVERD, « Problématique de l'intime », *Intime, intimité, intimissime*, éd. Pierre REBOUL, Raphaël MOLHO, Lille, Société d'études romantiques, Université de Lille, 1976, p. 15-46 : « Le fait que l'intime ne renvoie pas initialement à quelque chose de solitaire mais à une relation entre personnes se retrouve aussi dans les premiers dictionnaires de langue française. Ainsi, le dictionnaire de l'Académie française de 1694 estime que le mot intime renvoie à « une profonde relation unissant deux êtres. »

⁸² Martine DE ROUGEMONT, « L'Invention de l'intimité au siècle des Lumières », *Dix-huitième Siècle*, t. 29 (1997), p. 674-675 ; Françoise SIMONET-TENANT, « À la recherche des prémices d'une culture de l'intime », *Itinéraires*, t. 4 (2009), p. 39-62.

⁸³ Charles PINOT DUCLOS, *Considérations sur les mœurs de notre temps*, Paris, Pault, 1751, p. 6.

⁸⁴ L'ouvrage pionnier dans ce domaine est de Jean-Baptiste LEGRAND D'AUSSY (1737-1800), qui écrit une histoire de la vie privée comprise comme une histoire des mœurs. *Histoire de la vie privée des Français depuis l'origine de la Nation jusqu'à nos jours*, Paris, Pierres, 1782, 3 vol.

⁸⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU, *La nouvelle Héloïse*, dans *Œuvre complètes*, Paris, Gallimard, 1964, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. II, p. 303 : « Lettre XXVII. [...] Tant de gens veulent monter, qu'il est toujours aisé de descendre, et de votre propre aveu c'est le seul moyen de connaître les véritables mœurs d'un peuple que d'étudier sa vie privée dans les états les plus nombreux ; car s'arrêter aux gens qui représentent toujours, c'est ne voir que des Comédiens. »

sont dites privées. Georges Duby note ainsi dans l'*Histoire de la vie privée* comment le terme privé condense en lui-même un commandement :

Dans le privé, se trouve serré ce que l'on a de plus précieux, qui n'appartient qu'à soi, ce qui ne regarde pas autrui, *ce qu'il est interdit de divulguer*, de montrer, parce que trop différent de ces apparences que l'honneur exige de sauver en public⁸⁶.

En ce sens, le privé se comprend alors comme tout ce qui ne doit pas être publié, ce qui est tu, ce qui ne doit pas être exprimé publiquement. Dans la cité antique, une authentique vie publique suppose déjà la réserve, l'*aidos* (αἰδώς), à savoir la maîtrise de soi, la pudeur, le maintien, la vergogne, c'est-à-dire la capacité de se montrer aux autres avec retenue et dignité⁸⁷. Cette vertu est l'un des attributs nécessaires de la vie sociale mais aussi de la vie politique. Dans le mythe d'Épiméthée et Prométhée tel que raconté par Platon, elle est d'ailleurs l'une des qualités données par les dieux pour permettre aux hommes de vivre paisiblement en commun⁸⁸. En ce sens, le privé désigne plus largement ce qui ne doit pas être mis en lumière. En allemand, public (*öffentlich*) signifie originellement ce qui est manifeste, ce qui est visible par tous, ce qui fait l'objet d'une publicité (*Öffentlichkeit*).

Les définitions du XVIII^e siècle enseignent que la vie privée ne renvoie pas seulement à l'existence quotidienne mais aussi à la face non exposée, non publiée, de l'existence des hommes publics. À cette époque, des publications intitulées « vie privée de telle personnalité » prétendent se livrer à des révélations sur la vie de personnes publiques. C'est en ce sens que le vocable de « vie privée » fait son entrée dans un texte sur la presse dans la Constitution de 1791. L'expression « vie privée » est ainsi profondément liée à la norme pénale venue interdire la diffusion d'informations personnelles dans l'espace public. L'édition de 1835 du dictionnaire de l'Académie complète l'article de 1798 et intègre le phénomène de la publication en relevant que la « *Vie privée* est le titre de certains ouvrages où l'on raconte les actions particulières et privées d'un personnage public⁸⁹ ». Littré relaye pour sa part l'expression selon laquelle « la vie privée doit être murée », c'est-à-dire doit être protégée contre toute publication inopportune⁹⁰. Il retranscrit dans le vocabulaire le fait que l'exposition forcée de la vie privée est devenue un délit, même si l'expression n'apparaît toujours pas dans la loi. Il faut en effet attendre une loi éphémère du Second Empire et l'ordonnance sur la presse du 6 mai 1944 pour qu'elle se retrouve telle quelle dans la loi française⁹¹. L'édition du dictionnaire de l'Académie française de 1932 consacre ensuite expressément le sens normatif des mots

⁸⁶ Georges Duby dans la préface de Georges DUBY et Philippe ARIÈS (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 1- De l'Empire romain à l'an mil*, Paris, Seuil, 1999, p. 10 [Nous soulignons].

⁸⁷ Jean RUDHARDT, « Quelques remarques sur la notion d'*aidôs* », dans Édouard DELRUELLE (dir.), *Mélange offert à André Motte*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2001, p. 1-21.

⁸⁸ PLATON, *Protagoras*, 320a-321c.

⁸⁹ La définition reste inchangée dans la 7^e édition de 1878 du dictionnaire de l'Académie française.

⁹⁰ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Littré, 1873, V^o « Privé », p. 1325 : « La vie privée me console de la vie publique [...], titre d'un certain ouvrage où l'on raconte les actions privées d'un personnage public. » Et le sens qu'il a pris conséquemment au droit de la presse : « La vie privée doit être murée, il n'est pas permis de chercher et de faire connaître ce qui se passe dans la maison d'un particulier. » Il précise d'ailleurs à propos de cette expression de « mur de la vie privée » : « J'ai cru d'abord, comme bien des gens que c'était Royer-Collard (qui avait créé l'expression) ... Depuis quelque temps j'ai des doutes : ils me viennent d'une lettre de Stendhal, écrite à l'époque où le mot ne faisait que commencer à courir et n'avait pas encore perdu par le frottement et l'usage, sa marque d'origine. »

⁹¹ JORF, 20 mai 1944, t. 42, p. 402.

de vie privée tels qu'issus des débats législatifs autour de la protection de la vie privée par le droit de la presse :

Fig. et fam., *Franchir le mur de la vie privée*, S'occuper avec une curiosité indiscreète de la vie privée d'autrui. On dit dans un sens analogue : S'abriter derrière le mur de la vie privée.

Comme l'écrit un biographe de Condorcet, « la vie intime et privée [...], sereine et obscure comme tout ce qui est heureux, se résume en quelques mots : ami dévoué, tendre époux, excellent père ; on ne peut, sous ce triple rapport, que l'admirer et le proposer pour modèle⁹² ». En réalité, même aujourd'hui dans la langue commune, lorsqu'on considère qu'une information relève de sa vie privée, cela signifie qu'elle est potentiellement sulfureuse mais qu'elle ne relève ni des affaires politiques, ni de la société civile (travail, association et vie culturelle). Pour protéger les personnes des révélations publiques d'éléments de leur vie, le droit américain a, pour sa part, forgé ses propres notions de *privacy* et de *right to privacy*. Ce mot anglais, emprunté au langage courant du vieux français, désigne le domaine de la familiarité⁹³. Ainsi, la *privacy* renvoie encore à la sphère domestique, au familial, c'est-à-dire à un domaine qui dépasse l'individu⁹⁴.

Ce détour par le vocabulaire enseigne que la notion de vie privée présuppose d'une part le partage public/privé, d'autre part le secret et l'intime, et enfin induit une norme qui commande de cacher certaines choses à un public élargi. Ces trois grands aspects se retrouvent dans le droit. Les juristes évoquent ainsi le droit à la vie privée pour se protéger contre les mesures invasives dans des affaires considérées comme privées et contre les violations de ses secrets personnels ou plus largement de son intimité, notamment lorsque celle-ci est médiatisée de force. La description de la vie privée en tant que concept juridique polymorphe ne peut donc se faire que sous la forme d'un polyptyque, c'est-à-dire en envisageant les racines des différents aspects de ce droit fondamental, tout en essayant de percevoir une harmonie d'ensemble.

III- Méthode, historiographie et sources

Sur le plan de la méthode, l'enquête sur les origines intellectuelles des protections juridiques de la vie privée rencontre plusieurs obstacles. Outre la dimension protéiforme de cette notion, la deuxième difficulté est liée au fait d'essayer de dégager les racines de ce terme à une époque où celui-ci n'est pas encore thématiqué. Il faut donc assumer le parti pris épistémologique selon lequel, en droit des libertés comme en droit constitutionnel, l'histoire, à défaut d'être un moyen d'édifier des lois historiques intangibles, est une méthode pour comprendre une notion, en l'espèce celle de vie privée. Elle en éclaire les fondements, nourrit l'esprit critique par la comparaison et approfondit le « trésor des idées⁹⁵ ». Il s'agit ainsi d'interroger les

⁹² Antoine CHARMA, *Condorcet, sa vie et ses œuvres*, Caen, Hardel, 1863, p. 16 : « La vie intime et privée de Condorcet, sereine et obscure comme tout ce qui est heureux, se résume en quelque mots : ami dévoué, tendre époux, excellent père [...] »

⁹³ *The oxford Dictionary of English Etymology*, éd. Charles T. ONIONS, Oxford, Oxford university press, 1966, V° « Privacy », p. 1248 : « 1590s, a private matter, a secret; c. 1600 as "seclusion," from private (adj.) + abstract noun suffix -cy. Meaning "state of freedom from intrusion" is from 1814. Earlier was *privatie* (late 14c. as "secret, mystery;" c. 1400 as "a secret, secret deed; solitude, privacy"), from Old French *privauté*. »

⁹⁴ L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme entend lui-aussi être explicite sur ce point en parlant de droit à la « vie privée et familiale ».

⁹⁵ François SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum*, t. 2 (2009), p. 1-13. Sur le sujet : Michael STOLLEIS, *Écrire*

présupposés historiques, juridiques et culturels qui ont amené les juristes du XX^e siècle à consacrer un tel droit. Depuis les années 1980, par le biais d'une phénoménologie rétrospective, des historiens ont mené une précieuse enquête sur la quotidienneté, les relations de parenté et la solitude dans les temps anciens. *L'Histoire de la vie privée* de Philippe Ariès et Georges Duby est plus l'histoire d'un contenu déterminé que de la notion elle-même. Nous entendons pour notre part nous intéresser davantage à la genèse du concept. Il ne s'agit pas pour autant de retracer un progrès linéaire d'une conception déterminée, guidé par une hypothétique nécessité historique. Michel Foucault relève bien à cet égard que l'histoire intellectuelle est avant tout discursive :

L'histoire d'un concept n'est pas, en tout et pour tout, celle de son affinement progressif, de sa rationalité continûment croissante, de son gradient d'abstraction, mais celle de ses divers champs de constitution et de validité, celle de ses règles successives d'usage, des milieux théoriques et multiples où s'est poursuivie et achevée son élaboration⁹⁶.

Cette méthode d'histoire des concepts est transposable en matière d'histoire des libertés. La recherche des origines de la notion de vie privée s'attache donc à la formalisation des multiples présupposés de sa protection (propriété individuelle, for interne, diffamation) et des différents contextes dans lesquels elle a été mobilisée⁹⁷. La première véritable formulation unifiée de ce droit se retrouve, à la fin du XIX^e siècle, dans un article de doctrine des américains Samuel Warren et Louis D. Brandeis, qui parlent d'emblée d'un droit individuel au privé (*right to privacy*)⁹⁸. Pour asseoir ce droit, ils invoquent des traditions juridiques multiples (le droit français sur le droit de la presse, la notion allemande de droit de la personnalité, les protections du domaine privé et le droit à une personnalité inviolée, très présent dans la *common law*). Outre ces héritages hybrides, les deux juristes se réfèrent à des situations nouvelles qui rendent nécessaire l'invention d'un nouveau type de protection de la personne. Les influences réciproques étant nombreuses, le débat de législation comparée sur les différences entre la *privacy* et la vie privée semble toutefois ne plus pouvoir avoir lieu⁹⁹. Le constat de la nécessité de la mise en place de protections nous pousse à analyser plus avant notre conception du droit à l'indépendance de l'homme dans la gestion de ses affaires privées.

Pour mener une telle entreprise, nous entendons nous appuyer sur un corpus à trois niveaux. Pour rendre compte des garanties juridiques mises en place à l'époque moderne, il nous faut revenir aux sources de la pensée politique et juridique moderne. Le retour aux classiques est nécessaire pour saisir la manière spécifique dont est envisagée la protection de la vie privée dans un contexte politique plus large. De Luther à John Stuart Mill, en passant par Locke, Hobbes, Montesquieu, Kant et Constant, il est possible de percevoir comment s'est forgée

L'histoire du droit : reconstruction, narration, fiction ?, Conférence au Collège de France, 25 novembre 2016, [www.college-de-france.fr/]

⁹⁶ Michel FOUCAULT, *L'Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 11.

⁹⁷ L'enjeu étant de s'interroger sur les libertés avant leur proclamation formelle. Dans cet esprit : François SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, t. 32 (2000), p. 7-20. Quentin SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, CUP, 2012, 156 p.

⁹⁸ Samuel WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, t. 4 (1890), p. 193-220.

⁹⁹ Cette question fait l'objet d'une controverse entre James Whitman et Jean-Louis Halpérin : James WHITMAN, « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity versus Liberty », *Yale Law School*, t. 113 (2004) ; Jean-Louis HALPÉRIN, « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, t. 48/3 (2015), p. 59-68. Les réponses du second auteur semblent suffisantes pour considérer qu'il n'y a pas d'étanchéité consécutive entre les différentes traditions nationales.

notre conception défensive du privé. Si ces philosophes ne sont pas nécessairement juristes, il faut toutefois nous attacher aux concepts sur lesquels ils s'appuient pour protéger le sujet. Pour comprendre la défense de l'indépendance naturelle de l'homme, du respect du for interne et la prohibition de la diffamation de la vie privée, il convient aussi de puiser dans une doctrine plus spécifiquement juridique (Grotius, Pufendorf, Blackstone etc.). Ce retour aux sources fécondes de la pensée juridique occidentale doit s'articuler avec l'étude de situations concrètes de jurisprudence et de la législation naissante en matière de protection de la vie privée. Une telle approche ne peut être que bénéfique, car aux époques étudiées, s'il existe déjà des protections concrètes du privé formalisées, aucun droit général au respect de la vie privée n'est encore clairement édicté. Il faut ainsi revenir à l'étude de la doctrine, des plaidoiries et des réquisitoires sur des questions telles que la maîtrise de ses affaires privées, l'inviolabilité du domicile, le secret de la confession, le secret des médecins et des avocats, le secret des lettres, ou encore la diffamation, qui portent atteinte à l'homme dans sa vie privée. Les débats parlementaires sont aussi riches d'enseignements pour saisir comment la protection du privé a été conçue comme une protection de l'honneur privé des personnes exposées publiquement (entre 1791 et 1797, puis 1819, en 1868, et enfin en 1881).

IV- Position de thèse proposée et annonce de plan

Comme nous l'avons remarqué, la chose que nous nommons « vie privée » existait déjà avant de devenir une notion de droit. L'institutionnalisation du privé préexiste en effet à la proclamation de la liberté des Modernes, mais c'est grâce à ces derniers que la notion s'est juridicisée¹⁰⁰. Après être revenus sur ces éléments fondamentaux, nous expliquerons ainsi comment la protection de la vie privée a progressivement été incorporée au droit. À partir du XVI^e siècle, certains juristes ont reconnu à l'homme un domaine privé non plus en tant qu'il était membre d'un corps politique, mais en raison du simple fait qu'il appartenait à l'espèce humaine. L'affirmation des droits de la conscience et de son indépendance a conduit à l'institution d'un système politique garantissant peu à peu l'autonomie du sujet. La consécration du domaine privé s'est alors retrouvée dans trois manifestations concrètes : premièrement, dans le développement de l'idée d'un domaine individuel inhérent à la nature humaine et d'un droit de l'individu sur sa propre vie ; deuxièmement, dans le prolongement de la séparation médiévale entre for interne et for externe et dans l'admission dans le droit des secrets protecteurs de l'individualité et des relations intimes, troisièmement, dans les limitations de la diffusion d'informations privées au sein de l'espace public.

Au travers de ces différents aspects, notre thèse est donc la suivante : là où les Anciens voyaient dans le privé un réseau de relations reposant sur un lien de subordination dans lesquelles se déployait un pouvoir privé (*oikos*), les Modernes ont eu tendance à comprendre le privé à partir d'une puissance abstraite, voire d'une propriété inscrite dans la nature individuelle de l'homme. Le sujet dessine ainsi, selon eux, les contours de sa propre sphère privée inaccessible à l'État, puis à toute la société. Cette tendance à comprendre le privé à partir de la volonté individuelle explique de nombreux aspects de l'idée moderne du droit à la vie privée et de nos débats contemporains. Le droit à la vie privée tel que nous le concevons aujourd'hui trouve en effet sa source dans l'idée d'un *dominium* étendu sur sa vie propre, son corps et ses biens, qui viennent

¹⁰⁰ Voir *infra* - Partie préliminaire : L'ordre privé d'avant le droit à la vie privée.

constituer le domaine matériel du privé. L'indépendance de la sphère privée est alors comprise comme un pouvoir sur soi, et la confidentialité est vue comme une propriété des données et un droit à l'« autodétermination informationnelle », c'est-à-dire comme la capacité de décider soi-même de l'usage d'informations sur soi. Il y a donc comme un *continuum* entre la recherche de la maîtrise de son agir individuel, la protection de ses secrets et la volonté de contrôler toutes les publications à son sujet. La lecture propriétaire de la vie privée semble toutefois négliger le fait qu'avant d'être une prérogative individuelle, elle est un faisceau de relations privées interpersonnelles indépendantes de la communauté politique. La confidentialité suppose donc davantage qu'une simple maîtrise de ses données personnelles mais aussi une protection publique d'un secret et d'une relation entre plusieurs personnes. La protection de l'honneur, qui interdit de dénoncer publiquement les vices privés d'autrui, implique, elle aussi, plus qu'une simple maîtrise des informations circulant à son sujet.

Il nous faut donc étudier les racines du droit à la libre-disposition de soi, qui n'est pas nécessairement la reconnaissance d'une puissance arbitraire et illimitée du sujet. Il convient aussi de nous intéresser à la consécration juridique d'une obligation de confidentialité, à la sacralisation du secret des correspondances et à la dépenalisation progressive de tout ce qui, étant secret, n'attente pas à l'ordre public. Il s'agit enfin de remonter aux sources de notre conception du délit de diffamation qui, depuis longtemps, empêche que l'homme ne soit jeté en pâture à ses semblables par la diffusion d'informations honteuses, peu importe la vérité des faits allégués. Il faut alors, dans ces trois domaines, voir ce qu'il y a de commun entre la faculté de disposer librement de sa vie, de sa liberté et de sa propriété (partie I.), la protection de la confidentialité et de l'indépendance psychologique de l'homme (partie II.) ainsi que dans la fixation des limites au transfert des informations privées dans l'espace public (partie III.).

Chapitre préliminaire : l'ordre privé d'avant le droit à la vie privée

« Ceux qui pensent qu'être homme politique, roi, chef de famille, maître d'esclave c'est la même chose n'ont pas raison. C'est en effet, selon le grand ou le petit nombre, pensent-ils, que chacune de ces fonctions diffère des autres, et non pas selon une différence spécifique¹⁰¹. »

ARISTOTE, *Les Politiques*

Le public et le privé sont comme deux pôles inséparables et opposés d'un aimant. Ce sont des antagonismes qui ne se comprennent qu'ensemble, comme le haut/bas, le masculin/féminin, etc¹⁰². De même que le public désigne le « non privé », le privé fait référence à ce qui n'est pas public. Comme le remarque la médiéviste Évelyne Patlagean :

Toutes les sociétés du monde et de l'histoire, dès qu'elles ont la moindre complexité, renferment un champ du privé. Mais ce dernier est, d'une part, délimité et structuré différemment de l'un à l'autre par les variables du pouvoir, de la religion, de l'espace habité et de la famille¹⁰³.

Même dans les cultures où le privé n'est pas strictement dissocié du politique, demeurent toujours des espaces et des choses qui ne relèvent pas – ou moins – de la communauté. À l'inverse, si tant est que l'on puisse imaginer que tout soit politique, il y aurait certes un ordre total où plus rien ne serait privé, mais alors rien ne serait spécifiquement public non plus. La politisation excessive des problèmes privés, l'effacement des *limites* de l'enceinte domestique comme la disparition du politique au profit d'une gestion privée des institutions reposent ainsi sur une même confusion entre le domaine privé et le gouvernement de la cité. L'idée que le privé est un domaine autonome est l'un des grands enseignements des Anciens. En cela, ils ne peuvent être considérés comme les simples « opposés » des Modernes, comme le sous-entend le partage opéré par Constant entre la liberté Antique et la liberté des libéraux. La culture occidentale hérite en effet d'une nostalgie homérique pour l'*oikos* de Pénélope, d'une mémoire virgilienne pour le domaine du père et d'un souci chrétien de la chambre du cœur et des secrets des reins. Chez les Anciens, tant dans le monde grec que romain, la césure entre le domaine public et le domaine privé, entre la cité et le domaine familial, a ainsi été pensée, instituée et transmise jusqu'à l'époque moderne (Section 1). La période médiévale ne remet pas totalement en cause cette différence (Section 2).

¹⁰¹ ARISTOTE, *Les Politiques*, trad. Pierre PELLEGRIN, Paris, Flammarion, 2015, 1252a, p. 106.

¹⁰² Julien FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Dalloz, 2003, 870 p. À côté des distinctions ami/enne-mi et commandement/obéissance, l'auteur fait de la distinction public/privé un des fondements du politique.

¹⁰³ Evelyne PATLAGEAN, « Byzance Xe- XI^e siècle » dans Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 1 de l'Empire romain à l'an mil*, Paris, Seuil, 1999, p. 614 ; Georges DUBY, Préface de *Histoire de la vie privée, tome 1, op. cit.*, p. 10 : « Nous sommes partis de cette évidence que de tout temps et partout, s'est exprimé, dans le vocabulaire, le contraste clairement perçu par le sens commun qui oppose au public, ouvert à la communauté du peuple et soumis à l'autorité de ses magistrats, le privé. [...] ».

Section 1 – La différence radicale entre sphère publique et domaine privé dans l'Antiquité

La liberté privée est l'axe sur lequel les Modernes ont pris l'habitude de faire pivoter l'histoire politique. La liberté des Anciens étant essentiellement politique, les auteurs politiques modernes ont vu dans la vie privée le domaine propre d'une liberté nouvelle. Même les révolutionnaires, passionnés par la vie publique et admirateurs de l'Antiquité, exaltaient la vie privée. Le chef du club des Jacobins Saint-Just, dont on connaît la fièvre réglementaire, peut ainsi affirmer en 1791 que « la politique ancienne voulait que la fortune de l'État retournât aux particuliers, la politique moderne veut que le bonheur des particuliers retourne à l'État¹⁰⁴ ». Si « les droits de l'homme auraient perdu Athènes ou Lacédémone¹⁰⁵ », ils doivent désormais affermir la France¹⁰⁶. Au cœur de la Terreur, celui qui entend faire le bonheur des hommes peut encore écrire : « la liberté du peuple est dans sa vie privée ; ne la troublez point¹⁰⁷ ». L'historiographie moderne s'est attachée à confirmer ce jugement selon lequel les Anciens, qui préféraient l'aliénation morale des individus au désordre collectif, n'ont conçu aucune garantie au profit de l'homme privé. Au XIX^e siècle, l'historien Fustel de Coulanges ne cesse ainsi de répéter que contrairement aux systèmes politiques modernes, chez les Anciens « la cité était fondée sur une religion et constituée comme une Église¹⁰⁸ ». Dans un tel contexte, notre conception de la liberté n'avait pas de sens puisque « la vie privée n'échappait pas à cette omnipotence de l'État¹⁰⁹ ». Mais cette lecture que l'on peut faire remonter à Hobbes semble faire oublier qu'une partie de la philosophie politique antique plaçait aussi la distinction entre le domaine public (*polis*) et le domaine privé (*oikos*) au fondement de sa compréhension de la cité. Aristote commence ainsi sa *Politique* en décrivant deux domaines irréductibles radicalement distincts que sont les affaires domestiques et les affaires politiques. Les Anciens concevaient la sphère privée non pas comme un domaine individuel mais par le fait qu'il s'y déploie un réseau de relations interpersonnelles (entre les époux, avec les fils et les filles et avec les serviteurs). Ce domaine ayant sa spécificité, on retrouve dans l'Antiquité grecque et romaine (époque républicaine), une différence entre *pouvoir politique* et *pouvoir de type privé*. Ces éléments présentent des aspérités différentes, dans la pensée et les institutions grecs (§. -1), et à Rome (§. -2).

§. 1 - La place éminente de l'*oikos* dans la culture et la pensée des inventeurs de la politique

Pour les Grecs, l'opposition entre le public et le privé est avant tout lexicale. Dans les textes d'Homère, il existe une distinction entre cet ordre concret du particulier autour duquel s'agrège ce qui n'est pas partagé, ce qui ne concerne que chacun (*to idion*) et ce qui est mis en commun, qui relève potentiellement de tous

¹⁰⁴ Louis-Antoine DE SAINT-JUST, « L'esprit de la Constitution de la France (1791) » dans *Œuvres complètes*, Paris, éd. Vellay, 1908, t. I, p. 301.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ ID., « Fragment sur les institutions républicaines (1793-1794) » dans *Œuvres complètes*, Paris, éd. Vellay, 1908, t. II, p. 519.

¹⁰⁸ C. A., p. 313.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 314.

(*to koinon*)¹¹⁰. L'*idiotês* est le simple particulier, l'homme vulgaire dans ses activités personnelles, contrairement au *politês*, c'est-à-dire le citoyen qui participe aux affaires communes. Il existe des affaires privées relevant non pas de la cité mais de la maison (*domos* ou *oikos*)¹¹¹. Le mot grec *domos* étant moins utilisé, c'est *oikos* qui désigne le plus souvent l'univers du privé. Il recouvre aussi bien un édifice, une unité de production agricole ou encore un lien de parenté¹¹². Il faut noter que ni le mot de maison (*oikos*) ni celui de particulier (*idiôs*) ne se confondent avec le droit de propriété (*ktêsîs*), ni avec ce qui peut être approprié (*oikeiôsis*), ni même avec la propriété d'un « étant » (*l'hêxis*)¹¹³. La constellation de mots grecs appréhendant la réalité familiale et la parenté (*oikia*, *anchisteia*, *genôs*, *phratia* ...) signifie davantage que la simple définition de la famille nucléaire et désigne un groupe disposant d'une rationalité propre (*oikonomia*) et de son propre maître (*oikodespotês*). La segmentation entre les lieux collectifs et familiaux se traduit aussi par la distinction des cultes entre les dieux privés et ceux de la cité, d'où est tiré le caractère sacré de l'enceinte domestique conçue comme une zone de sécurité entourée d'une protection divine¹¹⁴. La sphère privée comporte enfin une dimension spatiale. À l'opposé du domaine privé, les espaces publics sont alors ceux dans lesquels l'homme s'expose volontairement en public¹¹⁵.

La différence entre les Anciens et les Modernes se retrouve non pas dans le partage entre le public et le privé en lui-même, mais dans l'étendue des protections qu'ils cherchent chacun à instituer pour préserver la sphère privée. Si les Grecs n'ont pas conçu de grande théorie de la liberté privée, la cité suppose pour eux la distinction entre les affaires communes et les questions privées. L'helléniste Henri van Effenterre résume

¹¹⁰ Jean-Pierre VERNANT, *Sur l'individu : Contributions au colloque de Royaumont*, Paris, Seuil, 1985, p. 70 ; Edmond LEVY, « Privé et public dans la Grèce antique », *Villes en parallèle*, t. 32-34 (2001), p. 19-22. ; Pierre VIDAL-NAQUET, *Économies et société en Grèce ancienne*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 2007, p. 205.

¹¹¹ Est *dêmosios* (δημόσιος) ce qui ressortit de l'initiative de la cité et *idiôs* (ἴδιος) ce qui ressortit de l'initiative du particulier agissant pour son propre compte.

¹¹² Pierre CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque, Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 2009, V^o « οἶκος », p. 753-754 et V^o « δῶμος », p. 280 ; Douglas M. MACDOWELL, « Signification de l'*oikos* comme une propriété et comme famille, The *Oikos* in Athenian Law », *The Classical Quarterly*, 1989, t. 39/1 (1989), p. 10-21 ; Émile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions Indo-européennes, tome I : Économie, parenté, société*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969, p. 293.

¹¹³ Pierre-Yves QUIVIGER, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Paris, Classiques Garnier, 2013, p. 70. L'auteur met en lumière la relation entre les concepts d'*idion*, d'*hexis*, et de *ktêsîs* et entre les concepts d'*oikeion* et d'*oikeiôsis*.

¹¹⁴ HESIODE, *Les travaux et les jours*, trad. Jean-Louis Backès, Paris, Gallimard, 2001, p. 206 ; FUSTEL DE COULANGE, *C.A.*, p. 267 ; Florence GERCHANOC, *L'oikos en fête. Célébrations familiales et sociabilité en Grèce ancienne*, Publication de la Sorbonne, 2012, 266 p. ; Aline ROUSSELLE, Guilia SISSA, Yan THOMAS, *La famille dans la Grèce antique et à Rome*, Paris, Éditions Complexe, 2005, 206 p.

¹¹⁵ Ils sont de trois types : les lieux de réunions civiques comme l'*agora* pour les délibérations, les sanctuaires publics pour les dieux et les nécropoles pour les morts. Roland MARTIN, *Recherche sur l'agora grecque, Études d'histoire et d'architectures urbaines*, Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, Paris, Ed. de Boccard, 1951, 570 p. ; Daniel DONNET, Véronique DASEN, Marcel PIERART (éd). *Ἰδιὰ καὶ δημοσίᾳ. Les cadres « privés » et « publics » de la religion grecque antique*, Actes du IX^e colloque du Centre International d'Études de la Religion Grecque Antique (CIERGA), tenu à Fribourg du 8 au 10 septembre 2003, dans *Revue belge de philologie et d'histoire*, t. 87 (2009), p. 149-151.

la chose de cette manière :

La distinction entre ce qui était privé et ce qui était public existait bien dans les textes et les inscriptions juridiques, mais elle ne définissait nullement un *domaine réservé* qui eût été celui de la vie privée et qu'il eût fallu un jour *défendre contre le pouvoir*¹¹⁶.

En l'absence de dispositifs particuliers de protection de la sphère privée, il n'en demeure pas moins que le privé reste le support de la vie publique et que l'on peut en un sens parler des libertés de l'*oïkos* (A). Enfin, la séparation public/privé se traduit aussi sur le plan épistémologique dans le partage entre le politique et l'économique (B).

A- L'*oïkos*, support de la liberté des Grecs

Par opposition au gouvernement tribal et patriarcal, la marque de la cité grecque est la séparation entre la gestion des affaires propres et le pouvoir politique qui s'exerce sur les choses communes. La vie politique, en tant qu'elle n'est plus seulement une proximité physique mais aussi une orientation de l'homme en direction de la chose commune, entraîne une dualité dans l'existence. Comme le relève Hannah Arendt, l'avènement de la cité confère à l'homme « outre sa vie privée une sorte de seconde vie, sa *bios politikos*¹¹⁷ ». Hors de la petite communauté de ses semblables, la vertu et la maîtrise de soi éduquent l'homme et le conduisent à réaliser son être propre. L'entrée dans les affaires de la cité n'anéantit pas le sujet mais au contraire l'individualise, dès lors que « chacun [doit] constamment s'y distinguer de tous les autres, se montrer constamment par des actes, des succès incomparables, le meilleur de tous¹¹⁸ ». Les peuples incapables de former des assemblées et d'instituer un pouvoir de type politique sont dès lors considérés comme des primitifs qui demeurent dans une sorte d'indistinction et de despotisme originel¹¹⁹. Alors que le gouvernement politique s'appuie sur l'éloquence et la confrontation dialectique des opinions, le gouvernement privé, pré-politique, repose sur le commandement et la décision d'un seul. Homère dit ainsi des Cyclopes : « ils n'ont ni assemblées délibérantes, ni lois ; ils habitent le faite des hautes montagnes dans des antres creux, et chacun fait la loi (*thémis*) à ses enfants et à ses femmes sans souci l'un de l'autre¹²⁰ ». Contrairement au domaine politique, dans ce type de gouvernement privé, la suprématie du chef remplace totalement la discussion entre égaux et le gouvernement des lois¹²¹. Les relations privées étant présentées comme un domaine où se déploient des relations de domination, le foyer peut alors difficilement être assimilé au domaine propre de la liberté.

Le domaine privé semble toutefois constituer une condition essentielle de la vie politique. En effet, l'*oïkos* prépare et soutient l'existence politique. Il précède la « Phratrie », qui précède la « Dème », laquelle

¹¹⁶ Henri VAN EFFENTERRE, « Les degrés de la liberté dans les cités grecques », *L'individu face au pouvoir, 1. Antiquité (Congrès Athènes Delphes, 1981)*, *Recueil de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, de Boeck, 1989, p. 97-104 [Nous soulignons].

¹¹⁷ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne, op. cit.*, p. 92.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹¹⁹ Lucien LEVY-BRUHL, *L'Âme primitive*, Alcan, Paris, 1927, p. 76.

¹²⁰ *L'Odyssée*, trad. Médéric DUFOUR et Jeanne RAISON, Paris, Flammarion, 2017, IX, 114, p. 176.

¹²¹ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne, op. cit.*, p. 70.

précède l'union de dix tribus à partir de laquelle se forme la cité¹²². Ce domaine est le support nécessaire à l'homme libre pour déployer sa vie de citoyen et ce qui lui reste quand l'accès aux affaires publiques lui est interdit¹²³. La participation du citoyen à la chose commune dépendant de sa qualité de « maître d'une maison » (*oikodespotés*), l'homme sans *oikos* est aussi sans *polis*. Il est, selon l'expression de l'*Illiade*, un être « sans lignage, sans loi, sans foyer ¹²⁴ ». L'homme libre politiquement est aussi celui qui a un domaine et gouverne sa femme et ses enfants, en étant souverain dans l'admonestation de ses serviteurs¹²⁵. Selon Michel Foucault, dans le monde grec, il existe entre la vie publique et privée non pas une relation de concurrence, mais une subtile articulation :

L'homme, le mari, le citoyen, [...] trouve dans sa vie privée la condition de sa vie publique, et dans sa vie publique les éléments qui vont lui permettre d'affirmer et d'asseoir son autorité dans le monde privé¹²⁶.

Si la liberté dont parlent les Grecs est avant tout politique, elle se fonde donc aussi implicitement sur un certain statut du domaine privé. Dans le célèbre discours de Périclès sur les citoyens morts à la guerre, Thucydide met bien en avant le fait que la liberté des Athéniens réside dans la participation aux assemblées et le service constant de la cité, sans toutefois sacrifier à la vie politique l'indépendance de leur domaine privé. L'historien fait ainsi dire à Périclès qu'à Athènes, les citoyens « participent au gouvernement de la cité et peuvent s'occuper de leurs affaires privées (*oikeion*)¹²⁷ ». Le domaine public éloigne donc l'homme de son foyer, mais sa vie publique ne le détache pas pour autant de ses affections privées. Dans le discours du stratège où il vante tant la liberté politique, il relève dans le même temps qu'« on ne saurait apporter dans les délibérations publiques le même souci d'équité et de justice que les autres lorsqu'on n'a pas, comme eux, des enfants dont la vie se trouve en jeu¹²⁸ ».

L'oppression politique passe la plupart du temps par un renversement des bornes du privé et un assujettissement des affaires qui en relèvent. Aussi Aristote a-t-il pu soutenir que le despote était celui qui considérait la *polis* comme un grand *oikos*¹²⁹. Le tyran est ainsi celui qui considère la chose publique comme étant sa propriété, qui en use de manière arbitraire et refuse de la partager¹³⁰. Comme le soutient l'helléniste Michel Fartzoff, les tragédies d'Eschyle dénoncent à ce titre le gouvernement despotique de la cité qui en vient à « considérer la cité comme une vaste famille, en transportant illogiquement la monarchie naturelle

¹²² Dans l'Athènes démocratique, l'organisation politique elle-même s'appuie sur des rassemblements familiaux. Paulin ISMARD, « De Périclès à Lycurgue : naissance d'un contrôle civique sur les associations », *La cité des réseaux : Athènes et ses associations, VI^e-I^{er} siècle av. J.-C.*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2010, 158-190 ; Jean-Baptiste BONNARD, « Un aspect positif de la puissance paternelle : la fabrication du citoyen », *Dossier : Alexandre le Grand religion et tradition*, Paris-Athènes, Édition de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2003, p. 68-93.

¹²³ Le jeune Télémaque, empêché par les prétendants de Pénélope d'être roi d'Ithaque, demande à être reconnu comme « le seigneur de notre maison ». L'expression grecque est « *oikoio anax* », *L'Odyssée*, *op. cit.*, I, 397, p. 56. Idem pour Otanès, le personnage d'Hérodote. HERODOTE, *Histoire*, trad. Pierre-Henri LARCHER, Paris, Charpentier, 1850, t. I, III, 83, p. 278.

¹²⁴ *L'Illiade* IX, 63. trad. Paul MAZON, Paris, Gallimard, 1970, p. 245.

¹²⁵ *L'Odyssée* IX, 112, et XXII, 420 et suivant, *op. cit.*, p. 170 et p. 390.

¹²⁶ Michel FOUCAULT, *Subjectivité et vérité, Cours au Collège de France 1980-1981*, Seuil-Gallimard, Paris, 2014, p. 264.

¹²⁷ THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse*, Paris, Gallimard, 2000, II, 40, p. 155.

¹²⁸ *Ibid.*, II, 44, p. 159.

¹²⁹ ARISTOTE, *Les Politiques*, *op. cit.*, 1253a, p. 108.

¹³⁰ Chantal DELSOL, *Essai sur le pouvoir occidental : démocratie et despotisme dans l'Antiquité*, Paris, PUF, 1985, p. 40.

du gouvernement économique à la vie politique¹³¹ ». Dans la trilogie de l'*Orestie*, Eschyle décrit les dangers que font peser la confusion entre *oikos* et *polis* et les ravages de la guerre sur l'*oikos*. Ces pièces peuvent se comprendre comme venant corroborer le fait que « cité et famille obéissent à un ordre harmonieux avec une parfaite complémentarité¹³² ». De même, dans les *Suppliantes* d'Euripide, le personnage de Thésée, roi d'Athènes, défenseur de la démocratie, s'en prend à la tyrannie qui, anéantissant la cité, détruit aussi l'*oikos*. Comme il fait dire au monarque :

Qui prendra soin d'élever ses filles honnêtement dans sa maison, pour préparer des voluptés au tyran dès qu'il le voudra et des larmes à sa famille ?¹³³

Placé sous un pouvoir despotique, l'homme est considéré comme un esclave ou un enfant. Il ne maîtrise pas ses propres affaires mais s'occupe de celles du despote, il ne prend pas ses propres décisions mais il obéit, il ne jouit pas sereinement de ses biens, mais il doit toujours se tenir prêt à les livrer au pouvoir. L'intrusion du tyran dans les affaires privées est l'une des marques éminentes de l'*hybris* d'une puissance immodérée qui traduit un arbitraire plus fort que celui d'un homme qui se contenterait de la gestion de ses propres affaires¹³⁴.

Dans la Grèce antique, le domaine privé et celui de la cité ne sont donc pas opposés mais complémentaires. Comme le dit Périclès :

Je pense, quant à moi, qu'une cité sert plus l'intérêt des particuliers en restant d'aplomb dans son ensemble, qu'en étant prospère dans chacun de ses citoyens, mais chancelante collectivement¹³⁵.

Il semble ainsi y avoir pour cet Athénien une corrélation subtile entre la liberté dans le domaine privé et la liberté politique. Le fait de ne pas être assujéti dans la gestion de sa sphère privée conduit l'homme à avoir un souci plus grand de la chose publique. Il n'est donc pas étonnant que les philosophes grecs qui se sont livrés à l'étude de la politique tiennent compte de cette distinction entre le domaine privé et les affaires publiques, soit pour en faire le critère fondamental de la cité juste, soit pour l'ériger en obstacle à la cité accomplie.

B- La conceptualisation de la distinction du public et du privé

La place du domaine privé est au cœur des divergences politiques entre Platon et Aristote. Il serait toutefois hâtif de mettre l'approche du maître et du disciple sur le même plan. Le premier n'entend ni décrire empiriquement la cité, ni formuler un véritable projet politique mais de dessiner les contours d'une cité idéale¹³⁶. Si Platon propose un anéantissement de la vie privée, Aristote et Xénophon entérinent pour leur part une séparation décisive entre l'ordre privé et celui des affaires de la cité.

¹³¹ Michel FARZOFF, « Oikos et polis dans l'*Orestie* : quelques considérations », *Ktema : civilisation de l'Orient, de la Grèce et de la Rome antique*, t. 9 (1984), p. 171-184. Selon l'auteur, la confusion *oikos/polis* est l'un des ressorts de la trilogie.

¹³² ID., *Famille et Cité, Dans l'Orestie d'Eschyle*, Paris, Les Belles Lettres, 2018, p.12

¹³³ EURIPIDE, *Les suppliantes*, trad. ARTAUD, Paris, Charpentier, 1842, v.426-464, p. 448.

¹³⁴ Par-delà le monde grec, un tel débordement du pouvoir ivre de sa propre puissance se retrouve dans la Bible. Dans le livre de Samuel, lorsque le prophète annonce l'avènement du roi réclamé par les Hébreux, l'aliénation à venir du domaine privé est prophétisée : 1S 8, 4-7.

¹³⁵ THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse, op. cit.*, II, 60, p. 168.

¹³⁶ Il y a un écart entre ce qui relève de la manière de penser de Platon et les utopies modernes. Sur ce sujet, Jean-Yves LACROIX, *Platon et l'Utopie, L'être et l'existence*, Paris, Vrin, 2014, 424 p.

- L'étrange négation de l'ordre privé dans la cité idéale de Platon

La fusion de l'*oikos* et de la *polis* permet selon Platon de renforcer la concorde entre les membres de la cité en mutualisant les biens et en rationalisant l'organisation humaine en fusionnant le domaine politique et le domaine privé¹³⁷. Il fait ainsi dire à Socrate que « l'unité la plus parfaite possible est pour toute cité le plus grand des biens¹³⁸ ». Hormis à Sparte qui, dans le monde grec, occupe une place bien spécifique, le rôle de la cité dans les questions d'éducation est « insignifiant¹³⁹ », celles-ci étant considérées comme une affaire privée. Pourtant, Platon considère aussi que le politique peut superviser voire remplacer le gouvernement domestique et ainsi dépasser quelque peu la différence des sexes¹⁴⁰. Dans *Les lois*, il dénonce, par l'intermédiaire d'un Athénien, ceux qui soutiendraient que les lois ne peuvent venir régler les affaires privées¹⁴¹. La loi étant comprise comme « une notion très large et ambitieuse¹⁴² », la génération doit être selon lui patiemment normée, l'éducation réglée, la conduite et la tenue vestimentaire arrêtée¹⁴³. Platon propose encore la mise en commun des récoltes et l'interdiction de tout culte domestique au profit de la religion de la cité¹⁴⁴. S'il invoque Zeus « protecteur des limites de la maison¹⁴⁵ », il n'hésite pas non plus à admettre que l'on contrôle ce qu'il s'y passe :

Nos inspectrices pénétreront à l'intérieur de la maison des nouveaux mariés et, tantôt par l'admonestation, tantôt par la menace de sanctions, elles mettront un terme à ce qu'il y a de fautif ou d'inexpérimenté dans leur conduite¹⁴⁶.

L'homme ne pouvant être réglé en détail par la loi toujours trop générale et impersonnelle, le fondateur de l'Académie entend harmoniser la cité par l'éducation, la gymnastique, le chant, la danse et en venant régler les petites choses de la vie privée qui doivent être soumises à l'observation du public¹⁴⁷. *In fine*, le système décrit par Platon ne s'inscrit pas tant dans une volonté d'abolir tout domaine privé que dans une tentative d'« évansion définitive de la politique¹⁴⁸ ». Aristote et Xénophon s'écartent pour leur part de l'approche platonicienne de la politique comme d'une science totale et distinguent l'art du gouvernement de la maison des arts politiques comme la rhétorique, la connaissance des lois et de la constitution de leur cité.

¹³⁷ PLATON, *Politique*, 259b., « L'étranger : Eh quoi, entre l'ampleur d'une grosse maison et le volume d'une petite cité, y a-t-il quelque différence au regard du commandement ? Socrate le jeune : Aucune. / L'étranger : Il est donc manifeste, pour répondre à la question que nous nous posions, que tout cela relève d'une science unique ; et, qu'on veuille l'appeler royale, politique, économique, nous ne discuterons point là-dessus. »

¹³⁸ ID., *La République*, 462b.

¹³⁹ Moses I. FINLEY, *L'invention de la politique*, Paris, Flammarion, 2011, p. 56. Dans le même sens : Edmond LEVY, *Sparte, Histoire politique et sociale jusqu'à la conquête romaine*, Paris, Seuil, p. 52.

¹⁴⁰ PLATON, *Les Lois*, 660a. Sur le refus des liens privés : PLATON, *La République*, 467c-466d.

¹⁴¹ ID., *Les Lois*, 679b. : la règle doit contraindre les « conduites privées », régler la journée des membres de la cité et « soumettre à des lois les affaires privées ». [Nous soulignons].

¹⁴² Michel VILLEY, *La formation de la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 2013, p. 70.

¹⁴³ PLATON, *Les Lois*, 783e : « L'Athénien – L'épouse et l'époux doivent se mettre dans l'esprit qu'ils produiront pour l'État les enfants les plus beaux et les meilleurs qu'ils pourront. »

¹⁴⁴ *Ibid.*, 844a. et 909d.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 842e. Parmi les titres du dieu suprême de la mythologie grecque, il y a celui de protecteur des maisons (Zeus *Heikéios*), protecteur des propriétés (Zeus *klisios*) et protecteur du mariage (Zeus *gamélios*).

¹⁴⁶ *Ibid.*, 784a.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 785a.

¹⁴⁸ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne, op. cit.*, p. 285.

- La différence fondatrice entre le gouvernement de type politique et la gestion des affaires privées

La différence entre le citoyen et l'esclave se situe dans le fait que l'esclave est soumis à son maître et le citoyen aux lois. Or, dans la cité, même les gouvernants sont sous la conduite des lois. Comme le relève Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque* : « nous ne laissons pas un homme nous gouverner, nous voulons que ce soit la loi, parce qu'un homme ne le fait que dans son intérêt propre et devient un tyran¹⁴⁹ ». Dans, l'*oikos*, au contraire, aucune loi ne règle le commandement. Si, au sein de la maison, le gouvernement repose sur la parole d'un seul, la vie politique quant à elle suppose des assemblées et une confrontation des opinions contraires. C'est sans doute ce qui explique la position d'Aristote lorsqu'il insiste sur la différence fondamentale entre les relations qui se déploient dans la sphère privée et celles qui ont cours dans la cité :

Il découle aussi de tout cela que ce *n'est pas la même chose que le pouvoir du maître et le pouvoir politique*, et que tous les autres pouvoirs ne sont pas identiques entre eux comme le prétendent certains. Car l'un s'exerce sur des hommes libres par nature, l'autre sur des esclaves, et pour le *pouvoir du chef de famille c'est une monarchie (car toute la famille est au pouvoir d'un seul)*, alors que le *pouvoir politique s'applique à des hommes libres et égaux*. On n'est donc pas appelé maître en vertu d'une science, mais du fait qu'on est tel, et il en est de même pour l'esclave et l'homme libre¹⁵⁰.

La cité étant « par nature pluralité¹⁵¹ », composée d'éléments « spécifiquement distincts¹⁵² », le droit (*dikaion*) ne se confond pas avec les règles au sens large du terme, notamment avec celles qui peuvent régir l'intérieur de la famille (*themis*)¹⁵³. Là où l'univers de la vie privée est considéré comme un univers de domination naturelle d'un seul, le domaine public est celui d'un ordre institué où le pouvoir se partage. La perspective aristotélicienne nourrit donc la pensée occidentale en ce qu'elle plaide pour le maintien d'une indépendance fonctionnelle de la gestion des affaires internes de la famille vis-à-vis des affaires politiques qui traitent de ce qui est commun. L'opposition entre ces domaines n'est dépassée que par le développement au sein de la communauté politique de l'amitié (*philia*), qui se déploie aussi bien dans la famille que dans la cité. C'est cette notion, qui recouvre aussi bien des relations de parenté que des rapports fondés sur la réciprocité établit un « pont entre la sphère familiale et la sphère politique¹⁵⁴ ».

- Les réflexions d'Aristote et de Xénophon sur les fondements du domaine privé

En observateur du monde de son temps, Aristote situe la différence entre le groupe privé et le monde politique au fondement de sa philosophie politique. La préservation de la dualité des domaines public/privé est pour lui, en un sens, un principe de modération du pouvoir politique qui ne se confond pas avec un

¹⁴⁹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. Jules TRICOT, Paris, Vrin, 1990, 1134 à 35 – b 1, p. 249.

¹⁵⁰ ID., *Les Politiques*, op. cit., 1255b., p. 124 [Nous soulignons].

¹⁵¹ *Ibid. cit.*, 1261a, p. 152 : « le processus d'unification se poursuivant avec trop de rigueur, il n'y aura plus de cité : car la cité est *par nature pluralité*. » [Nous soulignons].

¹⁵² *Ibid.*, 1261a, p. 152 : « Son unification étant par trop poussée, de Cité elle deviendra un *oikos*, et l'*oikos* un individu : en effet, nous pouvons affirmer que l'*oikos* est plus une que la cité (*polis*), et l'individu plus un que l'*oikos*. Par conséquent, en supposant même qu'on soit en mesure d'opérer cette unification, on doit se garder de le faire car ce serait conduire la cité à sa ruine. La cité est composée non seulement d'une pluralité d'individus, mais encore d'éléments spécifiquement distincts. »

¹⁵³ ID., *Éthique à Nicomaque*, op. cit., 1234b., p. 58 : « La justice du père n'est pas la même que la justice entre citoyens, elle lui ressemble seulement. »

¹⁵⁴ Pierre PELLEGRIN, « De l'amitié politique chez Aristote », dans *Wisdom, Love, and Friendship in Ancient Greek Philosophy*, éd. Georgina SERMAMOGLOU-SOULMAIDI, Evan Robert KEELING, Berlin, De Gruyter, 2021, p. 285.

pouvoir de type privé qui s'exerce au sein de la maison. La cité n'est pas un grand *oikos* et la maison n'est pas une république, tout simplement parce que dans les affaires domestiques les relations, sont d'un genre spécifique. Elles sont inégalitaires alors que dans le domaine public, le pouvoir s'exerce sur des hommes libres. Le domaine privé est l'environnement immédiat de l'homme dans lequel les choses sont à sa disposition. Elle est une première communauté formée « en vue de la vie de tous les jours¹⁵⁵ », là où la cité est constituée en vue de la vie bonne. De plus, le pouvoir du père et du maître est naturel, contrairement au pouvoir politique qui suppose la constitution d'une cité et la mise en commun de lois. La communauté politique se fonde enfin sur l'accord des citoyens sur « ce qui leur est avantageux, [dès lors que ceux-ci] font les mêmes choix et exécutent les avis communs¹⁵⁶ ». La conduite des affaires privées s'appuie pour ce grec davantage sur un processus vital commun aux autres animaux. La communauté privée est ainsi fondée, selon lui, sur les dynamismes physiques de l'homme et de la femme :

Ainsi, il est nécessaire tout d'abord que s'unissent en couple les êtres qui ne peuvent exister l'un sans l'autre, comme la femme et l'homme en vue de la procréation (et il ne s'agit pas d'un choix réfléchi, mais comme pour les animaux et les plantes d'une tendance naturelle à laisser après soi un autre semblable à soi)¹⁵⁷.

Pour asseoir encore ce point, il fait référence à la culture hellène en citant le poète Hésiode. Dans *Les travaux et les jours*, la muse enseigne ainsi à l'homme de ne pas délaissé ses affaires domestiques :

Aie d'abord une maison, une femme, un bœuf laboureur et une servante non mariée qui suive tes bœufs. Aie dans ta demeure tous les instruments nécessaires, afin de n'en point demander à autrui, et de n'en point manquer si on te refuse ; car, alors, le temps passerait, et le travail ne serait point fait¹⁵⁸.

Cette référence d'entrée de jeu à l'*oikos* dans sa politique montre bien que pour Aristote, ce nœud de relations privilégiées entre les époux, puis les enfants et les serviteurs est essentiel pour comprendre l'organisation de la cité. Dans l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote formule la thèse selon laquelle « l'homme est un être naturellement conjugal, plus même que politique¹⁵⁹ ». Dans l'ordre humain, l'union des hommes est sexuelle avant d'être civique. Elle est donc privée avant d'être politique. Le domaine privé réunit dans une microsphère la différence des sexes, des générations et des classes sociales (hommes libres et esclaves)¹⁶⁰. Le mariage puis les relations filiales font échapper l'homme à la masse, le désir des sexes l'un pour l'autre et leur rapprochement physique génère une véritable communauté d'existence (*koinônia*)¹⁶¹. Aristote distingue donc une sociabilité duelle, qui est celle du couple, et celle qui ouvre au genre humain en général. Selon lui, les hommes sont des animaux syndyastiques (*syndyastikoi*), qui ne vivent ni seuls, ni en troupeau, mais par

¹⁵⁵ ARISTOTE, *Les Politiques*, *op. cit.*, 1252b., p. 106.

¹⁵⁶ ID., *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, 1167a., p. 206.

¹⁵⁷ ID., *Les Politiques*, *op. cit.*, 1252a, p. 105.

¹⁵⁸ HESIODE, *Les travaux et les jours*, *op. cit.*, p. 405.

¹⁵⁹ ARISTOTE, *Les Politiques*, *op. cit.*, 1252a-1253a., p. 103. Le postulat de la primauté de la nature conjugale de l'homme ne remet pas en cause la concordance des pôles public et privé. Comme il l'affirme encore : « De plus, la cité est par nature antérieure à la famille et à chacun de nous. Le tout en effet est nécessairement antérieur à la partie, car une fois que le corps entier a péri, il n'y a plus ni pieds, ni mains sinon par homonymie quand on parle d'une main de pierre, telle sera la main une fois morte etc. » Même approche chez Cicéron. CICÉRON, *Les devoirs*, I. 17, t. 1, p. 54-55.

¹⁶⁰ Étienne HELMER, « Le lieu controversé de l'économie antique, Entre *oikos* et *polis* », *Philosophie antique*, t. 15 (2015), p. 179-204.

¹⁶¹ Michel FOUCAULT, *Subjectivité et vérité, Cours au Collège de France 1980-1981*, Seuil-Gallimard, Paris, p. 128.

deux. Les liens de l'*oikos* sont donc le point de départ de l'ensemble des autres relations sociales (*syndyastein*)¹⁶². L'autorité politique n'est pas du même ordre que le rapport de l'homme avec ses enfants et la grande erreur consisterait à croire qu'il n'y aurait aucune « différence entre une grande famille et une petite cité¹⁶³ ». L'*oikos* est en effet formé pour la vie de tous les jours et la subsistance, la *polis* pour la vie bonne et l'amitié entre les membres d'une même cité.

Bien plus qu'Aristote, qui considère que l'art domestique « n'a rien de grand, ni de vénérable¹⁶⁴ », Xénophon s'érige en défenseur de l'art de bien administrer sa maisonnée. Mettant de côté les différences tenant à la nature des relations, l'auteur grec fait parler Socrate de la sorte :

Ne méprise donc pas, Nicomachidès, les hommes qui s'occupent de l'économie domestique. Car le soin des affaires des particuliers ne diffère *que par le nombre* de celui des affaires publiques : *tous les autres points sont similaires*¹⁶⁵.

Le disciple de Socrate estime que celui-ci reconnaissait la valeur des hommes à leur capacité à bien administrer leurs affaires privées, de sorte qu'il n'hésite pas à établir un lien direct entre l'aptitude à gérer son *oikos* et à servir la chose commune¹⁶⁶. Plus qu'une volonté d'étendre l'art de la gestion de l'*oikos* à l'ensemble de la cité, il y a en dans l'œuvre de cet auteur une véritable préoccupation pour les libertés privées. Dans le *Hiéron* de Xénophon, le sage Sismonide conseille ainsi au roi de protéger « ceux qui travaillent pour leur compte¹⁶⁷ » et de laisser aux citoyens « le loisir de vaquer à leurs affaires¹⁶⁸ ».

Que nous enseigne l'héritage grec sur la vie privée ? La mise en ordre de la vie commune opérée par les inventeurs de la politique repose sur un partage entre deux domaines irréductibles, entre ce qui doit rester à la charge des particuliers et les affaires de l'ensemble de la cité. Les domaines public et privé demeurent toutefois interdépendants. Ainsi, sans domaine public, il n'existe que des groupes privés qui – sans s'ouvrir à la chose commune – vivent comme des barbares semblables aux Cyclopes croisés par Ulysse, qui sont

¹⁶² *Ibid.*, p. 133 : « L'homme est plus *syndyastikos* que *politikos*, plus syndyastique que politique, plus enclin à vivre à deux qu'à vivre à l'intérieur d'un corps politique, à l'intérieur de la *polis*. » ; *Ibid.*, p. 264 : Le rapport homme/femme est la « condition de l'existence de la vie publique, bien qu'il en soit radicalement différent. Et inversement, la vie publique apparaît non pas comme quelque chose de différent et complémentaire de la vie privée, mais quelque chose qui, dans la vie privée même, va avoir sa forme et son effet. [...] Et c'est donc comme homme privé, en s'appuyant sur cette vie privée, ce rapport privé, qu'il va pouvoir mener sa vie publique. Et sa vie publique est effectivement présente à l'intérieur de sa vie de ménage, de sa relation duelle avec sa femme. Donc beaucoup plus qu'une dissociation, me frappe plutôt l'articulation entre les deux registres, l'homme étant situé au point d'intersection des deux systèmes de relation. » [Nous soulignons].

¹⁶³ ARISTOTE, *Les Politiques*, *op. cit.*, 1252a, 5 et s., p. 103.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 1255b, p. 33 : « Cette science n'a rien de grand, ni de vénérable ».

¹⁶⁵ XÉNOPHON, *Mémorables*, trad. Louis André DORION, Paris, Les Belles Lettres, 2015, III, 4, 12, p. 112 [Nous soulignons].

¹⁶⁶ *Ibid.*, IV. 1. 2, p. 147 : Les gens éduqués sont les « bons administrateurs de leurs propres domaines [...] en mesure de rendre prospères d'autres hommes et des cités. » Aristote lui-même ne recule pas totalement devant le parallèle entre le gouvernement de la cité et le domaine de l'*oikos*. ARISTOTE, *L'Économique*, trad. Bernard Abraham VAN GRONINGEN et André WARTELLE, Paris, Les Belles Lettres, 2003, I, 1, 2, p. 19 [Nous soulignons]. ARISTOTE, *Les Politiques*, *op. cit.*, 1259b, p. 144.

¹⁶⁷ XÉNOPHON, *Hiéron*, *Œuvres complètes*, trad. Eugène TABLOT, Paris, Hachette, 1873, t. I, p. 258. Voici ce que recommande le sage Simonide au tyran Hiéron : « Si tu commences par enjoindre à tes gardes, en leur qualité de doryphore de l'État, de venir en aide à tous les citoyens [...] Et en outre tes soldats pourront procurer sûreté et tranquillité aux cultivateurs et aux troupeaux, à ceux qui font valoir ton bien ou qui travaillent pour leur compte. Ils peuvent encore donner aux citoyens le loisir de vaquer à leurs affaires, en occupant des postes avantageux. »

¹⁶⁸ *Ibid.*

« sans assemblées et sans lois¹⁶⁹ ». L'homme qui ne peut bénéficier de cette carapace est tout aussi démuné que l'homme sans cité, il est sans attache, sans lignée et sans maison. Il n'y a donc que peu de garanties visant la protection de l'individualité, mais celles-ci ne sont pas absentes pour autant. À Athènes, par exemple, Aristote relève que selon les lois de Solon, le citoyen dispose de l'*epheisis*, c'est-à-dire d'un appel ou d'un veto par lequel il peut faire appel des décisions prises à son encontre¹⁷⁰. La distinction public/privé, nette chez les Grecs, prend des aspérités différentes à Rome.

§. 2 – Le domaine privé du citoyen romain

En latin, le mot « publicus », contraction de *populus*, renvoie à la multitude et à *pubes*, c'est-à-dire la pilosité de l'homme pubère qui peut prendre part aux assemblées, porter les armes et participer à la défense de la cité¹⁷¹. Le mot « privatus » se construit quant à lui par opposition comme ce qui n'est pas public, ce qui est particulier, propre, voire individuel. Paul Veyne relève bien cela :

« Privé », par opposition à « public », est l'un des adjectifs les plus fréquents dans la langue latine, mais il ne délimite pas positivement la vie privée ; son sens est négatif ; il qualifie ce qu'un individu peut faire sans attenter à ses devoirs et à ses attitudes d'homme revêtu d'une fonction publique ; il n'élevait pas un sanctuaire à l'intérieur du droit privé mais ne se sentait pas tenu de respecter ce qu'il respectait en fait¹⁷².

L'importance de la sphère privée à Rome s'explique sans doute en premier lieu par les cultes domestiques. Déjà, les Étrusques, dont l'influence sur les Romains est connue, entretenaient une vénération particulière pour les divinités du foyer¹⁷³. Les *lares* étaient chez eux d'antiques dieux privés qui prenaient place dans la généalogie¹⁷⁴. De même pour les Romains, le culte n'est pas seulement politique et personnel, il est aussi familial. Si l'on en croit Virgile, alors que Troie brûle, Énée s'enfuit vers le Latium où fut fondée Rome. Il ne part pas seul, mais avec sa maison. Croulant sous le poids de son père Anchise, porté sur l'épaule, il tient par la main son fils. Mais le fardeau n'étant pas assez lourd, le fils d'Aphrodite serre encore dans ses bras les statuette des dieux Lares, idoles protectrices du domaine privé. Le héros de Virgile illustre ce qui caractérise l'une des principales vertus romaines : la *pietas*, dans laquelle se mêlent le respect dû aux dieux, aux ancêtres et aux membres de sa famille¹⁷⁵. Les *penates*, statuette aux organes sexuels proéminents,

¹⁶⁹ L'*Odyssée*, *op. cit.*, IX, 114, p. 176. L'homme exclu de la cité est un homme diminué, coupé et il devient alors un simple particulier (*idiotês*).

¹⁷⁰ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, trad. Michel SEVE, Paris, Le Livre de Poche, 2006, p. 74. Ce droit est mentionné par Aristote qui en fait l'une des trois garanties octroyées au peuple par Solon avec l'interdiction de la contrainte par corps en cas de dette et le droit de défendre les victimes d'injustices.

¹⁷¹ Michael MC KEON, *The secret History of domesticity, Public, Private, and the division of knowledge*, Baltimore, John Hopkins university press, 2005, p. 9 : « Indeed, we owe our English terms to classical Latin : Publicus is related to pubes and specifies “the people” as “adult men” or “the male population” hence privatus takes in those who are deprived of such status. Needless to say, these socialy specific meanings are as familiar in early modern English usage as they are ancient Roman. »

¹⁷² Paul VEYNE, *La vie privée des Romains*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷³ Georges DUMEZIL, *La religion romaine archaïque, suivi d'un appendice sur la religion des Étrusques*, Paris, Payot, 1967, p. 320.

¹⁷⁴ C. A., p. 25. Celui-ci ne s'appartenait pas, mais il était membre d'une famille, d'un clan, « d'une série ».

¹⁷⁵ Philippe COCATRE-ZILGIEN, « La *pietas* chez les Prudents romain », dans Manuel DE SOUZA, *Le sacré dans tous ses états : catégorie du vocabulaire religieux et société, de l'Antiquité à nos jours*, Saint Étienne, Publications de l'université de

protègent les bornes des champs et gardent le toit de la maison¹⁷⁶. Ils sont vénérés aux coins des carrefours et au-dessus des demeures ; ils sont appelés des profondeurs de la terre pour veiller sur la *domus*¹⁷⁷. À côté du culte domestique, il y a aussi, pour certains, un culte intérieur. Sénèque affirme ainsi : « Dieu (ou un dieu) est près de toi, avec toi, à l'intérieur de toi-même [...]. En nous réside un esprit sacré, qui observe et prend note de ce que nous faisons de bien et de mal¹⁷⁸ ».

On a aussi parlé de la Rome primitive comme d'une confédération de domaines privés¹⁷⁹. Par bien des aspects, le droit civil romain semble héritier d'une logique d'alliance entre les citoyens indépendants¹⁸⁰. Dès son origine, il se distingue des droits grecs par le fait d'être plus individualiste et plus égalitaire¹⁸¹. Le privé reconnu aux citoyens est concentré dans la puissance de la seule personne du maître de maison. Selon l'expression radicale de Proudhon, le père de famille romain « résume en sa personne toute la famille¹⁸² ». Ulpien le définit en effet par la puissance qu'il exerce dans sa maison¹⁸³. De même, le droit sur le sol est « une prérogative strictement individuelle¹⁸⁴ ». La toute-puissance du père sur ses biens et sur ses enfants se manifeste dans sa grande liberté testamentaire et par sa capacité, par l'adoption, de créer des filiations artificielles¹⁸⁵. Les Romains connaissent donc bien l'opposition *privatum/publicum* que l'on traduit sur le plan juridique au travers de la distinction *dominium/imperium* (A). L'importance de l'autorité des pères est la marque indéniable d'une communauté familiale autonome et distincte du champ d'action de la chose publique¹⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que le système politique républicain prévoit une certaine surveillance des mœurs privées par l'action des censeurs (B).

C- La distinction romaine entre le *dominium* privé et l'*imperium* politique

On trouve déjà dans des textes romains le souci de ne pas confondre ce qui relève de la puissance domestique du père et du pouvoir institutionnel du magistrat. Dans le droit romain de l'époque républicaine, le pouvoir discrétionnaire du particulier (*dominium*) se distingue de la puissance spécifiquement publique du commandement militaire ou judiciaire (*imperium*)¹⁸⁷. Si le romain Sénèque n'hésite pas à considérer que le

Saint-Etienne, Travaux du CERHL, 2012, p. 57 et s.

¹⁷⁶ C. A., p. 25.

¹⁷⁷ Marie-Odile LAFORGE, « Les cultes privés chez les Romains (III^e siècle avant JC-III^e siècle après JC) », *Pallas*, t. 111 (2019), p. 171-197 ; C. A., p. 22 : « Ainsi on voyait dans le foyer un dieu bienfaisant qui entretenait la vie de l'homme, un dieu riche qui le nourrissait de ses dons, un dieu fort qui protégeait la maison et la famille. »

¹⁷⁸ SÉNÈQUE, *Lettre à Lucillius tome 1*, Paris, Les Belles Lettres, p. 108 ; Jacqueline CHAMPEAUX « Pietas » : piété personnelle et piété collective à Rome. », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, t. 3 (1989), p. 263-279 : « Prope est a te deus, tecum est, intus est. [...] Sacer intra nos spiritus sedet, malorum bonorumque notrorum observator et custos ».

¹⁷⁹ Robert JACOB, *Les formes premières du droit en Occident*, Paris, PUF, 2020, t. I, p. 457.

¹⁸⁰ Cela expliquerait la consécration par le droit de la *patria potestas* et le plus mythique que réel droit de vie ou de mort du père sur sa progéniture (*vitae necisque potestas*). Les développements du droit romain vont d'ailleurs dans le sens d'un adoucissement de ce premier *dominium*, brutal et sans contrôle. Sur le cadre juridique à la puissance des pères dans le droit romain : Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, Paris, LGDJ, 2009, p. 77-81.

¹⁸¹ Robert JACOB, *Les formes premières du droit en occident, op. cit.*, t. I, p. 457.

¹⁸² Pierre-Joseph PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, Verboeckhove et Cie, 1862, chap. 5, p. 105-126.

¹⁸³ ULPYEN, *Dig.* 50, 16, *De verb. sign.* 195, §. 2. « Pater familias, qui in domo dominium habet ».

¹⁸⁴ Robert JACOB, *Les formes premières du droit en Occident, op. cit.*, p. 455.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 394.

¹⁸⁶ Jean GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, Marcel Rivière, 1963, p. 58.

¹⁸⁷ ID., « *Dominium – Imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne* », *Droits*, t. 22 (1995), p. 3-17.

chef du domaine privé est investi d'une « magistrature domestique¹⁸⁸ », ce n'est pas en tant que son pouvoir serait comparable à celui des autres magistrats, mais en tant que celui du père remplit une fonction politique¹⁸⁹. Le pouvoir privé (*patria potestas* ou *dominium*) se déploie initialement sur la *domus*, avant de désigner « de manière générique, dans l'acception postclassique, l'ensemble des rapports de souveraineté absolue sur un bien¹⁹⁰ ». En cela, il recouvre à la fois une puissance sur des personnes et sur des choses ainsi que la maîtrise d'un territoire et d'un ensemble social¹⁹¹. Il ne s'agit donc pas d'une simple donnée de nature, mais bien d'une construction juridique¹⁹². Loin de qualifier seulement la famille nucléaire, la *familia* désigne également les personnes apparentées, mais aussi les esclaves et les animaux qui fréquentent cet espace privé¹⁹³. Le droit romain des biens suppose une sortie du communisme des premières civilisations nomades pour tendre vers un système de répartition exclusiviste¹⁹⁴. Cette mise en ordre politique de l'espace se veut une marque de la civilisation, une victoire du droit sur des systèmes dans lesquels les terres ne sont pas distribuées¹⁹⁵. Mais outre le simple droit de propriété, il existe aussi dans le droit romain une protection du domicile (*domicilium*). Cicéron n'hésite pas à ce titre à parler de sacrilège après que ses propriétés ont été livrées au pillage :

Ta belle liberté a-t-elle pu chasser mes dieux pénates et mes lares domestiques pour prendre place elle-même comme en terrain conquis ? Qu'y a-t-il de plus sacré, de mieux protégé par toute religion que la maison de chaque citoyen ? C'est là que se trouvent ses autels, ses foyers et ses dieux pénates, c'est là qu'ont lieu de ses sacrifices, ses pratiques et ses cérémonies ; *c'est un asile si sacré pour tous que l'on n'a pas le droit d'en arracher personne*¹⁹⁶.

Gaius considère quant à lui qu'il n'est pas permis d'arracher un citoyen de sa maison pour le traduire en justice¹⁹⁷. Cette opinion est reprise dans le *Digeste* qui, dispose que « le domicile doit constituer pour chacun

¹⁸⁸ SÉNÈQUE, *Des bienfaits*, III, 11, *op. cit.*, p. 189 : « domesticus magistratus ».

¹⁸⁹ Yann THOMAS, *La mort du père*, Paris, Albin Michel, 2017, p. 47-77.

¹⁹⁰ Jean-Philippe DUNAND, Pascal PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Bruxelles, Sculthess, 2006, V° « Dominium », p. 49.

¹⁹¹ Jean-François BREGI, *Droit Romain, Les biens et la propriété*, Paris, Ellipses, 2009 p. 63 ; Rudolf VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Olivier. DE MEULENAERE, 3e éd. 1888, t. 4, §. 61, p. 37.

¹⁹² GAIUS, *Institutes* II, 157 et III, 154, trad. Jean GAUDEMET, dans *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 328. Ulpian relève bien que c'est la soumission *par le droit* ou *par la nature* de plusieurs personnes par le *dominium* d'un seul qui fait la *patria potestas*.

¹⁹³ Alferd ERNOUT et Alfred MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 2001, V° « Familia », p. 379. Le mot *Vernaculum* est aussi utilisé pour désigner tout ce qui se rapporte au domaine privé. DU CANGE, *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, Niort, Faavre, 1840, t. VIII, V° « Vernaculum », p. 283.

¹⁹⁴ Sur ce sujet : Jean-Pierre CORIAT, « La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble », dans *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)* Rome, École Française de Rome, 1995, p. 17-26.

¹⁹⁵ Remarques de César sur les Gaulois. CÉSAR, *La guerre des Gaule* trad. Jean-Pierre DE GIOGIO, Paris, Les Belles Lettres, 2020, p. 178, et de Tacite sur les Germains. TACITE, *La Germanie*, trad. Patrick VOISIN, Paris, Arléa, 2009, Chap. XXVI, p. 44 et p. 56.

¹⁹⁶ CICÉRON, *Discours, tome XIII, Au Sénat, Au peuple, Sur la maison*, trad. Pierre WUILEUMIER, Paris, Les Belles Lettres, 1952, p. 149.

¹⁹⁷ GAIUS, *Ad Leges. XII Tab., Dig., 2, 4, De in jus vocando* « Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere »,

un refuge inviolable¹⁹⁸ ». Ce sens Romain de l'inviolabilité du domicile est à nouveau invoqué plusieurs siècles plus tard par les défenseurs du privé à l'époque moderne¹⁹⁹.

Sous la République romaine, le pouvoir, partagé dans la sphère publique, est concentré dans les mains d'un seul dans la sphère privée. Un Romain soumis à son père dans la vie privée peut user de ses droits politiques dans la vie publique et exercer des magistratures. Dans un certain sens, ce système politique peut ainsi se définir comme un régime reposant sur « la coexistence de la puissance publique et des pouvoirs privés²⁰⁰ ». Même dans la personne de l'empereur les deux domaines sont distincts, la *res privata*, désigne le patrimoine privé du prince par opposition au *fiscus* et aux biens de la couronne. La puissance légale de commandement du magistrat n'est toutefois pas du même ordre que la puissance du père dans ses affaires privées. Au début de l'Empire, Sénèque distingue encore à ce titre la puissance universelle du prince et celle des propriétaires²⁰¹. Comme il le remarque, les rois gouvernent au moyen d'une puissance politique, alors que les particuliers seuls disposent d'un pouvoir de propriété.

Cette idée républicaine selon laquelle l'homme libre est celui qui vit sous le gouvernement des lois, qui participe à la vie publique et peut se prévaloir aussi du statut de maître de ses affaires privées prospère jusqu'à la période moderne²⁰². Jean Bodin et Grotius citent ainsi Sénèque pour rappeler que si le pouvoir politique peut potentiellement porter sur toute chose, il ne peut jamais se substituer à celui des particuliers, qui restent maîtres de leurs affaires privées²⁰³. Rousseau cite encore Pline pour relever que la puissance politique n'est pas comparable au pouvoir absolu d'un maître :

Il est incontestable, et c'est la maxime fondamentale de tout le droit politique, que les peuples se sont donné des chefs pour défendre leur liberté, et non pour les asservir. Si nous avons un prince, disait Pline à Trajan, c'est afin qu'il nous préserve d'avoir des maîtres²⁰⁴.

Cette référence antique est souvent utilisée par Rousseau pour soutenir l'idée que si le pouvoir paternel est fondé sur la nature, le pouvoir politique repose quant à lui sur une convention librement acceptée²⁰⁵.

Jusqu'au XIX^e siècle, les juristes n'hésitent pas à invoquer la *patria potestas* romaine pour en faire, selon l'expression de Ihering, un principe d'« occlusion extérieure de la maison²⁰⁶ » et le support de « l'indépendance du gouvernement de la famille²⁰⁷ ». La puissance du père est ainsi vue comme le signe d'un

¹⁹⁸ *Ibid.* « Domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit. »

¹⁹⁹ C'est le cas notamment du juriste Coke. Voir *infra*, Titre I- Chapitre IV- Section 3- La référence à la *property* dans l'invention américaine d'un concept autonome de *privacy*.

²⁰⁰ Max-André WEBER, *L'opposition public-privé*, thèse sous la direction du Professeur Daniel Schulthess, Université de Neufchâtel, dacty., 2015, p. 29-49.

²⁰¹ SÉNÈQUE, *Des bienfaits- Tome I, Livre I-IV*, trad. François PRECHAC, Paris, Les Belles Lettres, 2002, III, 11 p. 189 : « Jure civili omnia regis sunt, et tamen illa quorum ad Regem pertinet universa possessio in singulos dominos descripta sunt, et unaquaqueque res habet possessorem suum. Ad Regis potestas omnium pertinet, ad singulis proprietatis. »

²⁰² Quentin SKINNER, « Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté », trad. Sylvie COURTINE-DENAMY, *Rue Descartes*, t. 3 (1992), p. 125-144 ; Jacques DE SAINT VICTOR, Thomas BRANTHOME, *Histoire de la République*, Paris, Economica, 2018, p. 36.

²⁰³ Jean BODIN, *Les six livres*, I, 8, p. 224, Même usage par Hugo GROTIUS, *De Jure Belli et Pacis*, trad. Jean de BARBEYRAC, Thourneisen, Basle, 1746, Liber IV, cap. 3, §. 4, t. I, p. 246.

²⁰⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité entre les hommes*, Paris, Flammarion, 2018, p. 85 [Nous soulignons].

²⁰⁵ Jean ROUSSEL, « Discours sur l'économie politique », *Dictionnaire de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, Honoré-Champion, 2006, p. 225-228 ; Jean-Jacques ROUSSEAU, « Économie politique », dans D. DIDEROT et J. D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, 1751, t. V, p. 337.

²⁰⁶ Rudolf VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 155 : « Occlusion extérieure de la maison qui en assurait la paix contre tout trouble et toute violence,

domaine ayant vocation à se développer de manière autonome :

Dans les idées romaines, la vie intime de la famille doit se développer par elle-même. La prose aride du droit n'a point d'accès dans la maison romaine : le droit n'a pas de règle pour la vie qui s'y déploie, pour les rapports qui y existent, pour les contestations qui s'y élèvent²⁰⁸.

Il s'agit peut-être là d'une lecture moderne de la sphère privée romaine. En effet, dans les faits, pour les Romains, le domaine privé, loin d'être autosuffisant, est ouvert sur la République. Avant qu'il ne revête la toge virile vers ses douze ans, la première éducation du jeune Romain est essentiellement familiale mais le monde romain voit aussi progressivement se développer dans certaines cités une institution scolaire en dehors de la famille. Cette éducation ayant précisément pour objet l'ouverture à la vie publique par la connaissance de la rhétorique et du droit, elle est donc pleinement tournée vers l'extérieur du domaine privé²⁰⁹. L'absence de fermeture totale de la sphère privée se manifeste encore dans la magistrature du censeur, habilité à évaluer les mœurs privées du citoyen romain.

D- La surveillance du censeur dans les affaires privées du citoyen romain

Au nom du nécessaire contrôle des mœurs, les censeurs institués au début de la République (*censores*) sont chargés de veiller à la bonne tenue des membres du corps politique²¹⁰. Les vertus civiques exigées du citoyen sont aussi des vertus morales telles que la pudeur (*pudor*), la maîtrise de ses passions (*continentia*, *temperantia*, *amor*) et l'intégrité (*probitas*). Le *regimen morum* à l'œuvre sous la République romaine impose ainsi des préceptes civiques jusque dans la vie privée²¹¹. Dans cette optique, les censeurs ont compétence pour sanctionner par une flétrissure (*nota*) la débauche sexuelle (*stuprum*), l'endettement ou la faillite, l'intempérance, ou encore les violences familiales²¹². Un tel contrôle est une conséquence du caractère républicain du régime. Il faut en effet surveiller les hommes pour protéger le peuple contre les ambitions des hommes indignes. Dans ses *Antiquités romaines*, l'historien grec du premier siècle avant Jésus-Christ,

correspondait à sa concentration intérieure : l'indépendance du gouvernement de la famille obtenue par l'exclusion de toute influence ou de tout pouvoir qui étaient de nature à menacer le repos et la paix domestique. Point de contestation juridique dans la maison romaine : la justice n'a rien à y voir, le chef de famille exerce lui-même la justice. »

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Henri-Irénée MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité, tome 2 : Le monde romain (1948)*, Paris, Seuil, 1981, p. 64.

²¹⁰ Claude NICOLET, *Le Métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, Gallimard 1980, p. 103.

²¹¹ Michel HUMM, « Les normes sociales dans la République romaine d'après le *regimen morum* des censeurs. La norme sous la République et le Haut-Empire romain. Élaboration, diffusion et contournements » dans Tanja ITGENHORST et Philippe LE DOZE (dir.), *La norme sous la République et le Haut-Empire romain*, Bordeaux, Ausonius, 2017, p. 310.

²¹² Clément BUR, *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J. C. – 96 apr. J.C.)*, Rome, École française de Rome, 2018, p. 225-226.

Denys d'Halicarnasse, remarque, surpris, que :

Les Romains, eux, en laissant grande ouverte chaque maison, et en étendant l'autorité des censeurs jusque dans la chambre à coucher, confiaient à cette magistrature le soin d'inspecter et de surveiller tout ce qui se passait à l'intérieur. Ils estimaient en effet qu'un maître ne doit pas faire preuve de cruauté en châtiant ses esclaves, un père d'une dureté ou d'une mollesse excessive dans l'éducation de ses enfants, un mari d'injustice dans sa vie commune avec la femme qu'il a épousée, les enfants de désobéissance envers leur père âgé, que des frères légitimes ne devaient pas revendiquer plus que des parts égales du patrimoine. Ils considéraient aussi qu'il ne fallait ni banquets, ni beuveries durant toute la nuit, ni négligence, ni corruption des jeunes générations, et qu'on ne devait pas délaissier les honneurs dus aux ancêtres lors des cérémonies sacrées et des funérailles, ni rien faire d'autre qui allât contre le bien ou l'intérêt de l'État²¹³.

Il ne faut pas projeter sur la figure de ce magistrat la marque d'un système de surveillance totale, mais la marque d'une société réglée par les mœurs. Le censeur n'est pas tant un agent du pouvoir qu'un contre-pouvoir chargé de veiller sur l'exemplarité des personnes exerçant des responsabilités politiques dans une cité qui ne cesse de s'agrandir. Il n'inflige pas de peines, mais il en appelle à la honte et au sens de l'honneur des citoyens²¹⁴. On aurait toutefois tort de voir dans le mécanisme romain un système d'oppression lié à leur impassibilité pour toute intrusion du pouvoir politique dans les affaires intimes. Le même Cicéron qui défend la magistrature du censeur peut en effet manifester une fureur particulière lorsque la sphère privée est arbitrairement attaquée, tant par une violation de son domicile que par l'irrespect du secret des correspondances²¹⁵.

S'il semble que les citoyens romains jouissaient d'une indépendance de fait dans leur domaine privé, il faut attendre la Modernité en général et les théories libérales en particulier pour que ce domaine soit considéré comme le lieu principal de la liberté des citoyens. Ainsi, s'il n'existait pas à Rome de « droit à la vie privée » et si « l'œil scrutateur » du censeur pouvait pénétrer jusqu'à « l'intérieur des familles²¹⁶ », les Anciens, par leur idée du gouvernement des lois et par leur séparation du public et du privé, ont posé les bases d'un droit respectueux du domaine privé et de la liberté individuelle. Si la recherche de cette dernière n'a pas joué un rôle central, ce n'est pas qu'elle fût inexistante, mais en raison du fait qu'elle n'était pas séparée de la liberté politique²¹⁷. Il est vrai que l'idée de consacrer des garanties uniquement à la vie privée individuelle, indépendamment d'un cadre politique plus vaste, est étrangère aux Grecs comme aux Romains. Pour illustrer ce point, l'helléniste Moses Finley relève que les interdictions posées par le premier amendement à la Constitution américaine, ayant pour but de protéger la liberté de l'individu par la liberté religieuse et la liberté de parole auraient été impensables pour un Athénien²¹⁸. La grande différence entre les Anciens et les Modernes est celle-ci : là où le domaine privé des Grecs et des Romains reposait en grande

²¹³ Denys D'HALICARNASSE, *Antiquités romaines*, XX, trad. Sylvie PITTIA, Paris, Les Belles Lettres, 2002, XIII, 3, p. 58.

²¹⁴ CICÉRON, *République*, chap. IV : « Censoris iudicium nihil fere damnato obfert nisi ruborem. Itaque, ut omnis ea iudicatio versatur tantummodo in nomine, animadversio illa ignominia dicta est. »

²¹⁵ Sur ce sujet, voir annexe 1.

²¹⁶ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens*, *op. cit.*, p. 25.

²¹⁷ Isaiah BERLIN, *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 39.

²¹⁸ Moses FINLEY, *Démocratie antique et démocratie moderne*, trad. Monique ALEXANDRE, Paris, Payot, 1976, p. 139 : « Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement [...] d'une religion ou qui restreigne la liberté de parole ».

partie sur une construction sociale reconnue par le droit de la cité, le domaine privé des Modernes tire son origine d'une faculté inhérente à la nature humaine. Tocqueville a bien remarqué ce point qui sépare les républiques antiques des démocraties modernes :

Les Romains pensaient que seuls au milieu du genre humain ils devaient jouir de l'indépendance ; et c'était bien moins de la nature que de Rome qu'ils croyaient tenir le droit d'être libres²¹⁹.

Le fait de voir dans la maîtrise de sa vie privée une faculté *inscrite dans la nature* de l'homme qui peut être opposée au pouvoir politique inconnu des Anciens n'apparaît donc véritablement qu'à la période moderne dans le sillage de la Seconde Scolastique et de l'École du droit naturel²²⁰. Entre-temps, le partage entre sphère publique sous le gouvernement des lois et domaine privé sous un pouvoir de type domestique ne disparaît pas totalement à la période médiévale.

Section 2 – La conservation d'un ordre spécifiquement privé dans le monde médiéval

Il est désormais classique dans les sciences humaines de voir dans la période médiévale le grand laboratoire du monde moderne. Comme cela est souvent remarqué, le clivage classique entre le privé et le public est revisité à cette période. L'idée d'une disparition du domaine privé au nom de la fusion dans une communauté politique telle que l'Église est fréquemment avancée. Là où les Anciens ont eu tendance à séparer les domaines publics et privés, les chrétiens ont en effet étendu dans le monde entier certains rapports tirés du privé. C'est l'opinion de Fustel de Coulanges, qui soutient que l'Église est venue effacer les fragiles frontières du foyer :

Les pénates domestiques ayant été renversées et les foyers éteints, l'antique constitution de la famille disparut pour toujours, et avec elle les règles qui en avaient découlé. Le père perdit l'autorité absolue que son sacerdoce lui avait autrefois donné, et ne conserva que celle que la nature même lui confère pour les besoins de l'enfant²²¹.

Pour autant, la thèse de la disparition de tout domaine privé durant les mille ans du Moyen Âge doit être relativisée. Sans prétendre procéder à un retournement de la proposition habituelle, il est intéressant de relever qu'il est difficile de tirer des leçons univoques de la période médiévale. La vie privée comporte en effet différentes couches : celle du groupe privé et celle de l'individu. Il a sans doute fallu l'écoulement des siècles et un accouplement prolongé de la théologie et du droit pour faire germer dans les esprits la primauté de la décision intime sur le groupe social et que puissent être dessinés les contours d'un domaine privé personnel. De cette découverte découle la singularité légitime des choix de la personne, son indépendance, la sauvegarde de ses secrets et donc l'esquisse d'une vie privée. Sur le plan du groupe privé, la césure entre domesticité et affaires publiques ne s'efface pas totalement à la période médiévale. L'institution de liens matrimoniaux unitaires et indissolubles vient à l'évidence apporter une nouvelle lumière sur les relations

²¹⁹ Alexis DE TOCQUEVILLE, *État social de la France avant et après 1789 Œuvres complètes*, Paris, Michel Lévy, 1865, t. VII, p. 47.

²²⁰ Ce point a été particulièrement mis en avant au XVI^e siècle dans l'Empire Espagnol. Voir *infra*. Partie I- Chapitre I – La Seconde Scolastique : le *dominium* privé comme faculté inhérente à la nature humaine.

²²¹ C. A., p. 545.

élémentaires du foyer (§. 1.), et d'autre part parce que la domesticité constitue un domaine distinct de la cité devant être préservé (§. 2).

§. 1 – Le privé comme domaine invisible de la conscience

La société féodale qui prospère durant la majeure partie de la période médiévale se caractérise par une « étroite et très abondante convivialité²²² », laquelle semble à première vue peu propice au respect de l'intime. Pourtant, paradoxalement, si l'on observe à cette époque « une promiscuité nécessaire » et une convivance très forte, on voit aussi éclore un « désir d'autonomie » des individus²²³. La domination éphémère et imparfaite ne peut viser que des buts modestes et les lois ne peuvent venir régler tout l'homme. Augustin relève ainsi que, comme dans la parabole du bon grain et de l'ivraie, « les lois civiles ne peuvent punir ni proscrire tout ce qui se fait de mal, car en voulant extirper tout le mal, elles feraient disparaître en même temps beaucoup de bien²²⁴ ». Cette perspective est décisive dans la formation d'un ordre politique libéral respectueux du secret des personnes²²⁵. L'acceptation du domaine public comme étant celui des apparences se retrouve dans l'institutionnalisation du respect d'une vie privée personnelle, à une époque où la vie est essentiellement communautaire. La recherche de l'intimité se retrouve en premier lieu au sein du commandement religieux chrétien lui-même (A), et en second lieu dans la manière dont les enseignements des pères et des médiévaux conduisent à distinguer le péché personnel du crime public (B).

A- Le caractère intime du commandement religieux

Le Christ enseigne à la foule la primauté de l'action invisible et la retraite dans le secret du domaine privé. Selon Matthieu, il enseigne : « quand tu veux prier, entre dans ta chambre la plus retirée, verrouille ta porte²²⁶ ». Dans l'Épître aux Hébreux, Paul estime encore que la parole de Dieu agit en premier lieu dans l'intimité du cœur de l'homme²²⁷. Le parcours d'Augustin traduit lui aussi cette relation privée de l'homme avec son Créateur. Cet enseignement nourrissant des siècles de chrétienté, il n'est pas étonnant que le mot « intime » connaisse une fortune inédite. Ce vocable apparaît pour la première fois au livre III des *Confessions*. Il désigne la relation à Dieu qui est qualifiée d'« interior intimo meo²²⁸ ». L'expression peut être traduite par « plus intérieure à mon âme que ce qu'elle a de plus caché au-dedans d'elle²²⁹ ».

Cette voie psychologique vers Dieu fait durablement école dans la chrétienté médiévale d'Occident. Au XIV^e siècle, le père de la mystique rhénane, Maître Eckart, va jusqu'à expliquer qu'il existe au fond de

²²² Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 2- De l'Europe féodale à la Renaissance, op. cit.*, p. 506. Georges DUBY affirme aussi : « La société féodale était de structure si granuleuse, formée de grumeaux si compacts que tout individu tentant de se dégager de l'étroite et très abondante convivialité qui constituait alors [sa] *privacy*, était aussitôt l'objet de soupçon, soit d'admiration, tenu ou bien pour contestataire ou bien pour un héros. »

²²³ *Ibid.*, p. 505-618.

²²⁴ Saint AUGUSTIN, *De libero arbitrio*, I, 5, position reprise par Thomas D'AQUIN, S. T., Ia-IIae, q. 91, art. 4.

²²⁵ Voir *infra* Titre II- Chapitre II. - L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée.

²²⁶ Mt. 6,6.

²²⁷ He 4, 12. Par la Parole « l'Homme étant ainsi mis à nu, découvert », elle « tranche, ouvre, transperce et finalement connaît, voit tout par cette anatomie du plus caché. »

²²⁸ Saint AUGUSTIN, *Confessions*, trad. Robert ARNAULD D'ANDILLY, Paris, Mayer, 1993, III, 6, p. 65.

²²⁹ *Ibid.*

l'âme un « fond sans fond », une réalité qui échappe au temps, à l'espace et à tout autre mode d'existence. C'est de ce trou humain que jaillirait une « étincelle divine ». L'homme ayant été créé pour la rencontre avec Dieu, il disposerait d'un espace intérieur où se trouve la fine pointe de son âme. Selon le prédicateur, « ce petit château fort dans l'âme²³⁰ » est tellement intérieur que Dieu lui-même ne l'a « encore jamais pénétré de son regard²³¹ ». Lors de la période médiévale, il y a ce que l'on pourrait appeler une première conscientisation de la conscience, qui est la condition de possibilité d'un droit individuel au respect de son intimité psychologique. Spécialement à partir de l'an mille, survient ce que l'historien André Vauchez nomme « une intériorisation du sens spirituel²³² » et, selon l'expression de Jacques Le Goff, il s'ouvre à l'intérieur de l'homme occidental le « front pionnier de la conscience²³³ ». Si à l'époque carolingienne le culte extérieur et les pénitences publiques revêtent une grande importance, l'action rituelle publique doit sans cesse prendre une dimension plus personnelle. L'oraison solitaire, la confession auriculaire, la pratique de la lecture et l'écriture individuelle deviennent de puissants vecteurs d'individualisation des hommes²³⁴. Au sein même d'une communauté se développent ainsi des marques matérielles de l'intimité entre le lit individuel et la cellule²³⁵. Cette spécificité de la civilisation chrétienne vient établir une distinction durable entre la faute de conscience et l'infraction publique.

B- La distinction entre péché privé et crime public

Outre l'adhésion à un grand nombre de contenus théoriques par un assentiment personnel (*credenda*), la religion chrétienne suppose certaines conduites individuelles (*agenda*). L'idée d'une décision intime qui guide chaque personne vers sa fin se retrouve dans les Écritures. L'apôtre Paul ne limite pas cette loi aux seuls croyants quand il affirme :

En effet, quand les païens, privés de la Loi, accomplissent naturellement des prescriptions de la Loi, ces hommes sans posséder de Loi, se tiennent à eux-mêmes lieu de Loi ; ils montrent la réalité que cette loi inscrite en leur cœur a pour preuve le témoignage de leur conscience²³⁶.

Dès le IV^e siècle, Saint Jérôme développe une doctrine poussée sur la question de la conscience (qu'il nomme *syndérèse*) à partir d'un commentaire de la Genèse²³⁷. Selon lui, l'importance laissée au for intérieur fait que le sentiment régulateur est moins la honte que le constat personnel de la faute. Le regard de l'autre

²³⁰ Maître ECKART, *Les sermons*, trad. Pierre-Jean LABARRIERE, Gwendoline JARCZYK, Paris, Albin Michel, 2009, p. 32. Sur le sujet : Jean-Louis CHRÉTIEN, *L'espace intérieur*, Paris, Éditions de Minuit, 2014, p. 246.

²³¹ *Ibid.*

²³² André VAUCHEZ, *La spiritualité du Moyen Âge occidental*, (1975), Paris, Point, 2015, p. 170.

²³³ Jacques LE GOFF, *La civilisation médiévale*, Paris, Flammarion, 2008, p. 201.

²³⁴ Ivan ILLICH, *Du lisible au visible, Sur l'art de lire de Hugues de Saint Victor*, Paris, Cerf, 1991, p 9-11. Au XII^e siècle, l'acte liturgique et collectif de la lecture scolastique tend déjà à devenir un exercice individuel.

²³⁵ Isidore DE SÉVILLE, *Les étymologies*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, t. VII, V^o « Cellule », p. 162 : « La Cellule (*cella*) tire son nom du fait qu'elle nous dissimule et nous cache (*celare*) ; et la chambre (*cubiculum*), de ce que nous y couchons et y prenons le repos du sommeil. Le lit (*cubile*) est l'endroit où l'on se couche. Secessus (« pièce retirée ») : c'est un endroit secret, c'est-à-dire sans accès [...] ».

²³⁶ Rm 2, 14, 15.

²³⁷ Saint Jérôme ne s'appuie pas sur saint Paul [« Les païens savaient parfaitement, sans la loi, ce que Dieu attendait d'eux » Rm 2, 1-6] mais sur la Genèse et sur la conscience de Caïn qu'il qualifie d'« étincelle de l'âme » ou d'« étincelle de la conscience » qui permet à l'homme d'éviter le mal. Sur le sujet : Odon LOTTIN o. p., « La syndérèse chez Albert le Grand et saint Thomas d'Aquin », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 17 (1928), p. 18-44.

a été quelque peu remplacé par le regard intérieur. Émile Durkheim constate d'ailleurs qu'avec le christianisme, « le centre de la vie morale a été transporté du dehors au-dedans²³⁸ ». Le jugement moral passe du groupe social à l'individu car l'enseignement chrétien fut « le premier à enseigner que la valeur morale de l'acte doit reposer sur l'intention, *chose intime par excellence*, qui se dérobe par nature à tout jugement extérieur²³⁹ ». De même, Norbert Elias estime que, dès le Moyen Âge, il s'opère une « intériorisation et incorporation des normes de comportement qui refoulent les pulsions²⁴⁰ ». Ce phénomène historique est décisif dans la formation d'une morale fondée sur l'intention et la délibération personnelle, ainsi que dans la sacralisation du secret, considéré comme une condition de la liberté du sujet.

L'affirmation de la primauté de la voix intérieure ne conduit toutefois nullement à un quelconque individualisme libéral, ni à un quelconque relâchement des mœurs. Augustin critiquait d'ailleurs l'individualisme encouragé par le droit romain et réprouvait cette vision de la personne propriétaire d'elle-même et de ses biens au sens où elle prétendait disposer d'une liberté absolue, et où l'ordre politique serait alors, selon lui, au service de la volupté individuelle, sans s'accorder à un ordre supérieur. Il préférerait « protéger la vigne que l'innocence », il n'orientait pas l'homme au bien, en ce qu'il inclinait à défendre « les lupanars, les vomitoires et les théâtres²⁴¹ ». L'ordre romain tel que le connaissait Augustin était donc insatisfaisant car il faisait des princes non pas des directeurs des mœurs mais « des arbitres de leur fortune²⁴² ».

²³⁸ Émile DURKHEIM, *Les intellectuels et l'individualisme (1898)*, Paris, Mille et une Nuits, 2002, p. 38.

²³⁹ *Ibid.* [Nous soulignons].

²⁴⁰ Norbert ELIAS, *La civilisation des mœurs*, Paris, Pocket, 2002, p. 65.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *C. D.*, 20, 20.

L'importance reconnue à la décision intime change alors les rapports entre l'individu et la communauté. Sans proposer un modèle politique précis, Augustin fustige dans la *Cité de Dieu* l'ordre païen qui ne produit selon lui qu'un ordre extérieur sans justifier l'homme intérieur²⁴³. Pourtant, aucun ordre théocratique n'entend remplacer le droit de l'Empire romain. Dès le V^e siècle, le pape Léon 1^{er} l'affirme : « le péché diffère du crime et le crime diffère du péché²⁴⁴ ». Grégoire Le Grand recommande lui aussi de bien traiter différemment les fautes privées des fautes publiques. Les fautes secrètes sont souvent moins graves selon lui, car elles sont d'ordinaire la marque d'une conscience du mal et le signe d'un péché « en voie de disparition²⁴⁵ ». Si les pénitentiels attestent d'une confusion entre la faute devant entraîner une réparation juridique et la faute religieuse, de tels ouvrages sont néanmoins rapidement condamnés, de sorte que s'amorce peu à peu, avec les progrès de la science canonique, une dissociation du droit pénal canonique et de la pénitence proprement dite²⁴⁶. Il semble plus clairement admis que la réparation de l'offense religieuse requiert un mouvement de l'âme inaccessible au juge et aux hommes. Elle est une justice toute intérieure, là où l'ordre des païens n'était qu'extérieur²⁴⁷. Le principe est posé : désormais, seule la partie émergée des actions humaines est susceptible d'une sanction ici-bas. Une telle position se traduit notamment par l'adage de droit canonique selon lequel l'Église ne juge jamais de ce qui est caché (*Ecclesia de oculis non iudicat*), en réservant la poursuite à ce qui fait l'objet de scandale²⁴⁸. Yves de Chartres relève dans son prologue que : « l'Église doit punir légèrement les délits occultes et plus sévèrement les délits manifestes²⁴⁹ ». L'idée d'un tribunal intérieur se retrouve en droit canon dans la maxime selon laquelle « la loi privée est plus digne que la loi publique » (*Dignor est enim lex privata, quam publica*)²⁵⁰. La distinction du commandement et du précepte ainsi que le renoncement à la répression de l'ensemble des désordres discrets laissent ainsi à l'homme privé une liberté d'action dans la conduite de sa vie. En élaborant la notion de for interne, les canonistes médiévaux ont délimité sans le savoir une zone franche échappant à la juridiction politique, et partant diminué le champ de la répression pénale, opérant une certaine « dépenalisation du péché²⁵¹ ». L'écart nécessaire entre le jugement de ce qui est visible et l'immunité de ce qui ne l'est pas est venu faire du secret le rempart de la conscience²⁵².

²⁴³ C. D, 4, 4 ; 19, 6 ; 19, 19. Soulignant la double finalité des lois, Augustin n'hésite pas à dénoncer l'ensemble des désordres de l'ordre païen : l'esclavage, la torture, l'armée.

²⁴⁴ LÉON LE GRAND, *Sermons*, trad. René DOLLE, Paris, Cerf, 1976, t. III, *sermon* 50, cap 23, p. 189.

²⁴⁵ Grégoire LE GRAND, *Règle pastorale I*, trad. Ch. MOREL, intr. et notes B. JUDIC, Paris, 1992 (*Sources chrétiennes*, 381), Chap. 31, p. 58. Voir aussi Chap. 35 : « Comment il faut reprendre ceux qui pèchent en secret et qui font le bien en public. Et *vice versa*. ». Nous approfondissons ce point dans : Titre II-Chapitre III- La dépenalisation des mœurs privées dans le nouveau droit pénal.

²⁴⁶ Raphaël ECKERT, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e siècle – Début du XIII^e siècle », *Revue d'histoire des religions*, t. 4 (2011), p. 483-508 ; Rachel GUIAS, *La prise en compte de l'intention dans le procès romano-canonique médiéval : Du for interne au crime public*, Mémoire sous la direction de Franck Roumy, Université-Paris II-Panthéon-Assas, dacty., 2013, 212 p. Voir aussi : Titre II- Chapitre III- La dépenalisation des mœurs privées dans le nouveau droit pénal.

²⁴⁷ Saint AUGUSTIN, *Confessions*, III, 7. Cité par Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 114.

²⁴⁸ Jacques CHIFFOLEAU, « Ecclesia de oculis non iudicat », *Micrologus. Nature, Sciences and Medieval Societies, L'Église, le secret et l'occulte du XII^e au XV^e siècle*, Lausanne, Université de Lausanne, Sismel, 2006, t. 13, (*Il segreto nel Medioevo*), p. 359-481.

²⁴⁹ Yves DE CHARTRES, *Prologue*, Paris, Cerf, 1997, p. 89. Il rappelle que « La charité est maîtresse de tout bien [...] il ne faut pas toujours punir ceux qui pèchent » et que celui qui a la multitude avec lui ne doit pas être puni plus que les autres.

C – L'équilibre instable entre primauté de la loi privée et suprématie du bien commun

À partir de l'enseignement chrétien sur la dignité de la voix de la conscience, la question incidente est la suivante : comment l'inspiration individuelle peut-elle ne pas entrer en conflit avec l'ordre politique ? La philosophie politique présente dans l'œuvre de Thomas d'Aquin intègre cet écart entre commandement politique et décision personnelle²⁵³. Si pour le théologien « l'homme n'est pas ordonné dans tout son être et dans tous ses biens à la communauté politique²⁵⁴ », il soutient dans le même temps que « toute partie est ordonnée au tout comme l'imparfait au parfait²⁵⁵ ». La loi de la conscience est plus digne que la loi commune mais l'Aquinas relève à un autre endroit que le bien commun, celui de la cité, est plus digne que l'intérêt particulier. La contradiction apparente entre les deux propositions se résout pour les médiévaux en ce que la conscience comme faculté morale ne peut jamais être séparée de tout ensemble social²⁵⁶. Thomas d'Aquin peut ainsi soutenir que « la personne est ce qu'il y a de plus noble et de plus parfait dans toute la nature²⁵⁷ », en soulignant en même temps que l'autorité du tout prime sur le particulier.

L'ordre politique ne doit pas s'opposer aux voix de la conscience, mais à l'inverse, bien des actions individuelles que nous considérons désormais comme privées sont reliées à la collectivité. Ce deuxième terme est essentiel pour comprendre la position des auteurs médiévaux sur des questions telles que l'hérésie, le suicide, l'adultère ou la peine de mort. L'action éminemment personnelle de l'homicide de soi-même est par exemple considérée par Thomas d'Aquin comme une atteinte à la vertu de justice et donc à autrui. Pour interdire à l'homme de disposer lui-même de sa propre vie, il formule le raisonnement suivant :

La partie, en tant que telle, est quelque chose du tout. Or chaque homme est dans la société comme une partie dans un tout ; ce qu'il est appartient donc à la société., comme le montre Aristote²⁵⁸.

Les commandements de la conscience ne semblent pas pouvoir anéantir la solidarité intime qui relie le sujet à un ensemble politique. Dans la mentalité médiévale, la vie de chaque homme n'est pas un bien privé au sens où elle pourrait s'épanouir séparée de toute communauté humaine, mais elle est orientée par nature à la communauté. La primauté du social sur la vie individuelle est portée à son paroxysme quand elle vient

²⁵⁰ Sentence d'Urbain II citée dans : GRATIEN, *Décetum*, C. 19., quest. 2., et dans la S.T. Ia-IIae, q. 96. art. 5. ad. 2. La cause soumise à Urbain II est celle d'un clerc qui voulait rejoindre un monastère sans l'autorisation de son évêque.

²⁵¹ Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques de l'Antiquité au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1998, p. 878.

²⁵² Voir Titre II-Chapitre 2- Les origines de la protection publique de la confidentialité privée.

²⁵³ Peter VAN MOOS, « Le Bien commun et la loi de la conscience (*lex privata*) à la fin du Moyen Âge », dans ID., *Entre histoire et littérature : communication et culture au Moyen Âge*, Florence, Sismel, 2005, p. 539. Voir aussi : ID., « "Public" et "Privé" à la fin du Moyen Âge. », *Studi medievali*, t. 41/2 (2000), p. 505-578 ; François DAGUET, *Du politique chez Thomas d'Aquin*, Vrin, 2015, 406 p.

²⁵⁴ S. T. Ia-IIae, q. 21, art. 4, ad. 3.

²⁵⁵ S.T. Ia-IIae q. 90, art. 2 resp. : « Il est manifeste que la cité inclut toutes les autres communautés. Car la maison et les villages sont "compris" sous la cité. » [Nous soulignons].

²⁵⁶ Cette question fait l'objet d'une controverse très bien synthétisée par François DAGUET o. p., *Du politique chez Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 2015, p. 116-126 et 354-385. Sur cette question : Charles DE KONINCK, *La primauté du bien commun, Oeuvres de Charles de Koninck, tome II*, Laval, Presses universitaires de Laval, 2010, 2 vol. ; Jacques MARITAIN, *La personne et le bien commun*, Paris, Desclée de Brouwer, 1947, 93 p.

²⁵⁷ S. T. I, q. 29, art. 3.

²⁵⁸ S.T. IIa-IIae q. 64, art. 5. Sur ce sujet : François-Xavier PUTTALLAZ, « Le suicide au Moyen Âge, Dante et Thomas d'Aquin » dans *Le suicide - Regards croisés*, François-Xavier PUTTALLAZ et Bernard N. SCHUMMACHER (dir.), Paris, Cerf, 2019, p. 262-277.

justifier la mise à mort d'un individu pour sauver la communauté²⁵⁹. La manifestation ultime de la suprématie du politique sur la vie individuelle se retrouve ainsi dans la justification morale de la peine de mort²⁶⁰.

La fin de la période médiévale est pleine de controverses sur le rapport entre l'un et le tout. De nombreux auteurs médiévaux préparent d'une autre manière la consécration de la primauté de l'individu sur l'ensemble politique. Dans sa métaphysique, Dun Scot affirme ainsi l'existence d'une forme individuelle dans les êtres naturels²⁶¹. À l'occasion de la fameuse querelle des universaux au XIV^e siècle, la position du docteur anglais est radicalisée et Guillaume d'Ockham ne retient l'existence que de formes individuelles. Chaque individu, en tant que détenteur d'une puissance indéterminée, devient un noyau de pouvoir absolu que l'on retrouvera dans l'anthropologie de Hobbes. Dans son *Court traité du pouvoir tyrannique* dirigé contre le pouvoir pontifical, le franciscain affirme que le pape ne tient pas son pouvoir de Dieu mais de concessions faites par les individus privés au profit de son autorité. Le singulier prenant le pas sur le collectif, le corps social est alors présenté comme un regroupement d'êtres indépendants. Comme dans le *Léviathan*, la cité est vue comme un composé artificiel de puissances individuelles disparates. Le droit est présenté comme un *dominium*, compris comme une puissance indéterminée dessinant les frontières d'un royaume privé dans lequel nul ne peut s'immiscer²⁶².

L'émergence de thèses « individualistes » à la fin du Moyen Âge n'altère pas le fait que, selon le philosophe médiéviste Peter van Moos, la philosophie scolastique est, dans son ensemble, orientée vers la recherche d'un équilibre entre « la supériorité absolue de l'individuel en tant que valeur spirituelle et la supériorité relative de la communauté en tant que valeur humaine ou naturelle²⁶³ ». Comme être politique, la personne est ordonnée au tout comme « l'imparfait au parfait » et le singulier a des comptes à rendre à la pluralité²⁶⁴. Dans le même temps, comme être spirituel, il n'est pas subordonné à la communauté et la décision intime revient à l'homme privé. L'institutionnalisation de la tension entre loi privée de la conscience et loi politique n'éclipse pas non plus la différence fondamentale que nous avons constatée chez les Anciens entre le domaine collectif du privé et celui des affaires politiques.

²⁵⁹ Cela n'est pas sans évoquer l'argument de Caïphe pour condamner à mort le Christ : « Il vaut mieux qu'un seul homme meure pour le peuple, et que l'ensemble de la nation ne périsse pas. » (Jn 11, 50).

²⁶⁰ S.T. IIa-IIae, q. 64 art. 4. Thomas d'Aquin considère, en accord avec son siècle qu'« il est louable et salutaire de le mettre à mort pour préserver le bien commun car "un peu de ferment corrompt toute la pâte" » (1 Co 5, 6). »

²⁶¹ Guillaume d'Ockham et Duns Scot sont souvent considérés comme les ancêtres de la société d'individus. Jürgen HABERMAS, *La pensée postmétaphysique*, Paris, Armand Colin, 1993, p. 58 ; Louis DUMONT, *Essai sur l'individualisme*, Paris, Seuil, 1983, p. 192-194 ; Maurice DE GANDILLAC, *Genèse de la modernité*, Paris, Cerf, 1992, p. 165 ; Jean-Paul COUJOUX, *Philosophie politique et ontologie*, Paris, L'Harmattan, 2006, 2 vol. ; André DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique de Scot, Ockham et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris, Vrin, 2002, 198 p. ; Alain DE LIBERA, *Archéologie du sujet*, Paris, Vrin, 2007, 448 p. ; Olivier BOULNOIS (dir.), *Généalogie du sujet, De saint Anselme à Malebranche*, Paris, Vrin, 2007, 320 p.

²⁶² Voir infra. Titre II chapitre 2-section 1- §- 3 Le secret comme condition de la liberté au sein de l'État-Léviathan.

²⁶³ Peter VAN MOOS, « Le Bien commun et la loi de la conscience (*lex privata*) à la fin du Moyen Âge », *op. cit.*, p. 539.

²⁶⁴ *Ibid.* C'est la conclusion de Peter van Moos : « Le discours scolastique est essentiellement orienté vers la synthèse et l'équilibre pour concilier donc la supériorité absolue de l'individuel en tant que valeur spirituelle et la supériorité relative de la communauté en tant que valeur humaine ou naturelle. »

§. 3 – Le maintien de la distinction entre domesticité et domaine politique

À la suite de Fustel de Coulanges, il faut reconnaître que l'historiographie dominante de l'époque moderne s'est employée à accréditer l'idée selon laquelle la période médiévale avait opéré, de manière générale, une absorption de toutes les activités par un domaine social à la fois familial et politique. Ce lieu commun de la pensée politique selon lequel les médiévaux auraient fait totalement l'impasse sur la séparation entre domaine public et domaine privé est repris par des auteurs très différents. Arendt, par exemple, soutient que la pensée politique médiévale a « toujours ignoré l'abîme qui sépare la calme existence familiale des dangers sans merci de la *polis*²⁶⁵ ». Les conceptions organiques du corps politique anéantiraient ainsi la distinction entre le public et le privé. Cette division fondamentale céderait sa puissance structurante au partage entre le profane et le sacré²⁶⁶. Le médiéviste Georges Duby semble donner raison à cet affaiblissement de la césure entre le public et le privé :

Dans le peuple soumis, que les écrivains les plus sûrs de leur vocabulaire n'appelaient plus *populus*, mais *plebs*, la carapace de la vie privée s'était fort amincie et disjointe. [...] Paradoxalement, quand la société se féodalisa, *il y eut de moins en moins de vie privée parce que toute puissance était devenue de plus en plus privée*²⁶⁷.

Il reprend ainsi l'argument selon lequel la privatisation des rapports politiques opère une disparition de la *politeia* grecque et de la vie publique romaine sous le poids des rapports féodaux et ecclésiastiques. Cette idée se retrouve dans la bouche du juriste Maurice Hauriou qui décrivait ainsi le monde d'avant l'État :

Sous les institutions patrimoniales qui ont précédé l'État, par exemple sous la féodalité, il y avait une vie civile, mais *on n'y pouvait pas distinguer une vie publique d'une vie privée, tout y était mélangé* et, dans l'ensemble, le caractère de vie privée était dominant, car toutes les fonctions que nous considérons aujourd'hui comme publiques étaient patrimonialités²⁶⁸.

Certains aspects de la thèse selon laquelle la distinction public/privé ne subsiste pas à cet excès de privé ont une pertinence évidente. La société médiévale est communautaire et l'homme est sans cesse inséré dans un ordre mi-public, mi-privé (seigneurie, corporation, monastère) (A). Il y a pourtant au Moyen Âge une valorisation des relations privées et un adoucissement de celles-ci, ce qui amorce déjà une valorisation de ce domaine (B).

A- La tendance indéniable à l'amalgame entre domaine privé et affaires publiques

Deux principaux éléments sont avancés pour défendre l'idée selon laquelle il existe une atténuation, si ce n'est une disparition, de la frontière entre le domaine privé et la sphère publique durant la période médiévale. Le premier tient à la chrétienté en général. La notion même d'Église, « clef du développement

²⁶⁵ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 87.

²⁶⁶ Cette idée traverse la philosophie et les sciences humaines. Quelques exemples : Max WEBER, *Économie et société, Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, p. 339 ; Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, op. cit. p. 56 ; Paul VEYNE, *Histoire de la vie privée, tome 1, De l'empire romain à l'an mil*, op. cit., p. 66 et 73 ; Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, Paris, éd. Critique de la politique Payot, p. 17 ; Position cependant nuancée par : Patrick BOUCHERON, Nicolas OFFENSTADT (dir.), *L'espace public au Moyen Âge, débats autour de Jürgen Habermas*, Paris, PUF, 2011, 365 p.

²⁶⁷ Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 2*, op. cit., p. 42 [Nous soulignons].

²⁶⁸ Maurice HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 394 [Nous soulignons].

européen », recouvre une communauté dans laquelle la distinction public/privé ne semble pas évidente²⁶⁹. Le surgissement de cette entité « dont la multitude n'était qu'un cœur et qu'une âme²⁷⁰ » au sein de l'Empire romain change en effet le rapport à la communauté politique. L'Église qui naît dans des maisons (*domus ecclesiae*) n'est ni un *oikos*, ni une *polis*, mais se réfère tantôt à des analogies issues du domaine privé (un corps, une famille, une exploitation agricole, un domaine), tantôt à des comparaisons tirées du monde politique (une assemblée de citoyens, une cité, un royaume ...) ²⁷¹. La communion des hommes dans la société sainte se veut ainsi plus intense qu'entre deux époux, tout en rassemblant des citoyens sur une surface plus étendue qu'un empire. L'union des âmes au sein de cette assemblée anéantit dès lors les catégories habituelles du public et du privé²⁷².

Fustel de Coulanges remarque qu'avec la christianisation, le *pater familias* a été déchu de sa fonction de despote-prêtre dans son foyer²⁷³. Là où les femmes, les esclaves et les enfants n'existaient que dans l'ombre de la puissance du père, la relation entre l'*oikos* et la *polis* restait éminemment médiatisée par celui-ci. Or, dans l'*ecclesia*, la relation de la *familia* à la *res publica* devient directe. L'autorité de l'Église, en franchissant les murs de la maison, opère une sortie du patriarcat juridique romain. Le champ de compétence de l'action publique s'élargit et la puissance du père sur son domaine privé n'est plus absolue. Les questions éminemment privées comme celles des soins médicaux, de l'éducation des enfants, des relations hommes-femmes et de la répartition de la production peuvent devenir des questions politiques.

Le phénomène dynastique et la patrimonialisation des charges publiques troublent aussi le partage entre les affaires publiques et ce qui relève du privé. Dans ce contexte, la distinction originelle entre l'*imperium* public et le *dominium* privé devient incompréhensible²⁷⁴. Dans l'organisation féodo-seigneuriale, le *dominium* individualiste privé a été « dénaturé » au profit d'un système de détention concurrente sur un même fond²⁷⁵. La propriété privée tend donc à être relativisée au profit d'allégeances de nature hybride qui, dans le cadre du contrat féodal, créent des droits réciproques entre les deux parties²⁷⁶. L'*oikos* est dans la *polis* et le corps politique est lui-même pensé comme un organisme familial. La situation du seigneur féodal dépasse les catégories de « public » et de « privé » et le pouvoir du noble revêt une dimension domestique aussi bien que

²⁶⁹ Pierre MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Pluriel, 2017, p. 20.

²⁷⁰ Ac. 4, 32.

²⁷¹ C. D., 19, 17.

²⁷² 1 Co 6, 17 ; Jr, 17, 21, 22.

²⁷³ C. A., p. 545.

²⁷⁴ Guillaume LEYTE, « *Imperium* et *dominium* chez les glossateurs », *Droit*, 1995, p. 19-26. Pour Jacques de Révigny par exemple, le prince dispose d'un *dominium* universel concomitant à son *imperium*.

²⁷⁵ Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Nancy, PUF, 1989, p. 104 : « Le *dominium* a été lentement, inexorablement, dénaturé, pour répondre à l'organisation féodo-seigneuriale des maîtrises foncières. »

²⁷⁶ On le sait, dans l'organisation féodale et dans la pensée médiévale la propriété foncière n'est pas conçue comme un droit exclusif et absolu, mais comme un titre politique, fruit d'une relation interpersonnelle donc comme un droit relatif subordonné à une finalité sociale. Sur la question : François VALLANÇON, *Domaine et propriété, Glose sur saint Thomas d'Aquin Somme théologique IIa-IIae q. 66 art. 1 et 2*, Paris, thèse sous la direction de Michel Villey, Université Paris II- Panthéon-Assas, dacty., 1985, 2 vol. ; Anne-Marie PATAULT, « Droit de propriété » dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique, op. cit.*, p. 1254 ; Jacques LE GOFF, *La civilisation de l'Occident médiéval, op. cit.*, p. 45 : « La propriété, comme réalité matérielle ou psychologique, est presque inconnue du Moyen Âge. »

politique²⁷⁷. La seigneurie repose ainsi sur une puissance privée qui constitue la base de l'organisation sociale et politique féodale²⁷⁸. Le seigneur est à la tête d'une confédération d'unités économiques rurales et d'une organisation politique de défense. Dans ses attributions, il est souvent difficile de distinguer son gouvernement privé de son action politique. Par exemple, dans son domaine, le seigneur est le maître d'un territoire où il exerce son ban, c'est-à-dire un ensemble de pouvoirs aussi bien privés que publics. La disparition pure et simple de l'opposition public/privé ne semble aussi jamais complète dans les idées politiques du Moyen Âge. Néanmoins, hormis pour les élites féodales, la distinction entre sphère publique et sphère privée ne s'efface pas.

B- La place de la sphère domestique dans la pensée politique médiévale

La thèse de la fusion entre domesticité et gouvernement politique ne donne que des explications incomplètes. En effet, à cette époque, le privé ne disparaît pas, il est hypertrophié. Au Moyen Âge, loin de se fondre dans un grand ensemble, la sphère autonome de la domesticité n'est donc pas fondamentalement remise en cause. La *faida* germanique de peuples qui colonisent l'Europe se caractérise ainsi par un sens aigu de la sainteté du foyer. Cela se retrouve dans la loi salique aussi bien que dans la loi des Burgondes qui considère par exemple que : « lorsqu'une borne [domestique] est enlevée ou brisée, si c'est un homme libre, il aura la main coupée, si c'est un esclave on le tuera²⁷⁹ ». Le droit romain, est repris pour sanctionner les atteintes au domicile mais aussi pour sauvegarder l'indépendance du maître de maison. Le traitement de la criminalité domestique est évocateur sur ce point : si elle n'est plus laissée à la sentence aléatoire du chef de la maison, elle est toujours soumise à un traitement particulier²⁸⁰. La limitation du pouvoir s'exerce déjà de manière horizontale par l'intermédiaire des statuts urbains, des privilèges ecclésiastiques et des statuts royaux reconnus à certaines corporations professionnelles. Cela étant, l'idée d'une sphère privée complètement inaccessible à l'État n'est pour autant pas pensable à la période médiévale, dès lors qu'elle présuppose l'existence d'un lien direct entre les sujets et le souverain, ce qui n'apparaît véritablement qu'à la période moderne²⁸¹. La protection du domicile est néanmoins intégrée dans les chartes urbaines et dans les coutumes comme l'une des premières garanties instituées par les statuts urbains, et certaines coutumes interdisent même les saisies pour dettes dans l'intérieur des maisons sans autorité de justice²⁸². Le domaine privé n'est

²⁷⁷ Jacques LE GOFF, *La civilisation médiévale*, Paris, Flammarion, 2008, p. 75. Jacques Le Goff parle d'« accaparement des pouvoirs publics » par des chefs militaires.

²⁷⁸ Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques de l'Antiquité au Moyen Âge*, op. cit., p. 827. En attendant l'œuvre restauratrice de rois et de l'Église, « La spécificité des institutions féodo-vassalique tient à ce que toute relation sociale tend à devenir une relation privée, inter-individuelle ; [...]. Il n'y a plus de collectivité publique. » [Nous soulignons].

²⁷⁹ Loi salique citée par Philippe ARIES et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 2*, op. cit., p. 27.

²⁸⁰ Dans les *Établissements de Saint Louis* Liv. 1, chap. 30 dans *Isambert*, t. 1, p. 598 : « Celui qui vole le maître qui le nourrit doit être pendable, car c'est une espèce de trahison, et le maître a le droit de le faire pendre lui-même, s'il a justice en sa terre. »

²⁸¹ François SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 34 : « La notion de *sphère inaccessible* à l'État présuppose que la relation entre sujets et monarque soit un lien direct. » [Nous soulignons].

²⁸² En 1102, les statuts communaux de la ville de Saint Quentin comprennent des dispositions respectueuses du domicile. De même, les coutumes d'Orléans, de Bruges et d'autres villes comportent des dispositions en ce sens. On trouve un aperçu des protections médiévales du domicile dans cette ancienne mais non moins savante thèse : Gustave LABICHE, *De l'inviolabilité du domicile*, thèse pour le doctorat, Paris, Maresq, 1893, p. 102.

donc pas laissé sans aucune garantie. Au XIV^e siècle, le civiliste italien André Isernia peut ainsi soutenir que chacun est dans sa maison un roi (*Quilibet, in domo sua, dicitur rex*)²⁸³.

La présentation de la communauté politique comme une famille au mépris des frontières du foyer ne correspond pas non plus aux vues des penseurs médiévaux les plus éminents. Les deux maîtres de la chrétienté que furent Augustin et Thomas d'Aquin attestent à ce titre de la rémanence de l'opposition entre domaine politique et domaine privé. Loin d'être anéantie par cet amalgame, la sphère familiale est canonisée. L'affirmation d'une conjugalité libre, une et indissoluble a plutôt tendance à valoriser la famille nucléaire, donc une sphère privée restreinte. Le droit canonique donne ainsi une importance nouvelle à une relation privée reposant sur la réciprocité et la confiance mutuelle. Alors que les Anciens orientaient l'homme principalement vers l'activité politique, considérée comme l'unique activité noble et la seule digne d'un homme libre, les chrétiens, en relativisant cette dernière, vont le tourner davantage vers les affaires de la conscience. La préoccupation pour la liberté de la vie privée est donc en germe à la période médiévale.

L'idée d'un domaine public distinct ne disparaît pas complètement non plus si l'on se souvient que la *res publica* médiévale fait la part belle à l'idée de bien commun et que celui-ci ne se confond pas avec la *res familiari* ni avec la *res individuelle*²⁸⁴. Dans la mesure où il s'agit d'une circonscription spirituelle qui n'entend pas se substituer à l'ordre politique naturel, l'Église comme famille ne correspond ni à l'actualisation de la pensée politique platonicienne ni à un projet de remplacement de l'État. La définition augustinienne du peuple comme « communauté des choses que le peuple aime » n'absorbe pas la nature dans le surnaturel et reconnaît la valeur de la cité terrestre mais aussi celle des multiples républiques domestiques qui la composent²⁸⁵. Les communautés humaines, en ce qu'elles s'inscrivent dans l'ordre créé, sont donc pleinement validées. Comme dans la pensée d'Aristote et Xénophon, l'union de l'homme et de la femme est placée au fondement de la république. Augustin, qui défend le mariage contre les manichéens, remarque et soutient ainsi dans *La Cité de Dieu* que : « l'homme de la maison devrait être le point de départ d'une petite ville²⁸⁶ ». L'individu, le foyer, la cité et le cosmos sont en relation et participent d'une harmonie commune entre différents ordres concrets (*psyché, oikos, polis, cosmos*). L'évêque d'Hippone dépasse les rapports de force et la liberté de chaque élément de la série participe du déploiement de l'ensemble. Augustin perçoit bien les relations d'indépendance et d'interdépendance entre microsphères et macro-communautés²⁸⁷. À aucun moment, celui qui propose une règle fondée sur une étroite charité et la mise en commun des biens ne songe à universaliser une telle norme de comportement à l'ensemble du peuple chrétien, de sorte qu'il fait bien la différence entre l'ordre naturel laïc et l'ordre de la grâce des religieux. La cité de Dieu, conçue avant tout sur

²⁸³ Maria Teresa GUERRA MEDICI, « Women in the medieval city », *Donne tra Medioevo ed Età Moderna in Italia Ricerche*, Giovanna CASAGRANDE (dir.), Perugia, Molitracchi Editore, 2004, p. 35.

²⁸⁴ Sur la notion de *res publica* au Moyen Âge : Yves SASSIER, « Bien commun et *utilitas communis* au XII^e siècle, un nouvel essor ? », *RFHIP*, t. 32 (2010), p. 245-258.

²⁸⁵ Jean-Marie SALAMITO, « Saint-Augustin et la définition du peuple. Aux Antipodes de l'augustinisme politique », *Les études philosophiques*, t. 137/2 (2021), p. 44.

²⁸⁶ *C. D.*, 19, 16. « L'homme de la maison devrait être le point de départ d'une petite ville. » (« hominis domus initium siue particula debet esse civitatis. »)

²⁸⁷ *C. D.*, 19, 16. L'*ordo* médiéval, du moins dans sa source augustinienne, réserve une place pour l'ordre privé : Augustin distingue bien la paix domestique, la paix politique et la paix éternelle de la cité céleste. *C. D.*, 19, 16.

un mode spirituel, n'altère pas la dignité de l'ordre humain mais prétend au contraire l'élever. Selon la pensée politique médiévale qui trouve une impulsion décisive dans la pensée de ce père de l'Église latine, il n'y a pas d'écrasement du politique sous le spirituel et par conséquent pas d'anéantissement du domaine privé sous le poids des exigences évangéliques.

Après la renaissance du droit romain au XI^e siècle, l'étude des *Politiques* d'Aristote à partir du XIII^e siècle affermit sûrement l'importance de la distinction entre domaine public et sphère privée. Dans son œuvre, Thomas d'Aquin conçoit encore le domaine privé comme un tissu de relations interpersonnelles. En héritier du Stagirite, il considère que la mise en commun des épouses et des enfants, loin de renforcer l'unité d'une cité, affaiblirait l'amitié qui en est le fondement. L'amour étant avant tout personnel et s'adressant prioritairement à un petit nombre de personnes, il s'affaiblit lorsqu'il est étendu directement au grand nombre²⁸⁸. L'univers privé dont il parle déborde encore les liens de sang, trouve son fondement dans l'alliance matrimoniale et s'ouvre aux familiers qui s'agrègent au groupe privé. Les relations dans le domaine privé sont donc toujours enchevêtrées dans des rapports plus étendus que le simple lien de parenté. À la *familia* sont agglomérés les *servi*, qui dépendent du noyau dur du pouvoir domestique en obéissant aux principes de justice économique²⁸⁹. L'Aquinate demeure fidèle à la vision aristotélicienne de l'*oikos*, qui constitue selon lui un domaine distinct des affaires politiques. L'association privée a toutefois pour Thomas d'Aquin son propre bien commun, qui n'est pas, contrairement à ce que pouvait laisser entendre Aristote, le seul engendrement ni la simple subsistance, mais le *bien vivre* à l'intérieur de la communauté familiale. Le groupe privé ne constitue donc pas un ensemble autosuffisant mais un échelon nécessaire, tant sur le plan économique que spirituel.

Thomas d'Aquin se montre plus circonspect que le Stagirite dans l'identification du père à un monarque. Le pouvoir domestique, selon lui, « n'a pas la perfection de celui du roi » et son rôle n'a que « quelque ressemblance » avec « celui du souverain²⁹⁰ ». Les sphères privées et le domaine public sont si distincts que les analogies elles-mêmes entre famille et royaume sont relativisées²⁹¹. Le domaine privé dispose ainsi de sa valeur propre, et tandis qu'Aristote faisait de la prudence une aptitude éminemment politique, l'Aquinate n'hésite pas à en faire une vertu domestique²⁹². La première des vertus cardinales se déploie, pour Thomas d'Aquin, sur le plan individuel, sur le plan civil, mais aussi sur celui du gouvernement des affaires du foyer. Selon lui, le domaine familial occupe donc « le milieu entre une personne individuelle²⁹³ » et la cité. Les

²⁸⁸ LÉO J. ELDERS, *Aristote et Thomas d'Aquin, Les commentaires sur les œuvres majeures d'Aristote*, Paris, Presses universitaires de l'Institut de Philosophie Comparée, 2018, p. 595.

²⁸⁹ Thomas d'Aquin parle par exemple de cette justice économique, justice du domaine privé distincte de la justice de la cité. À propos du rapport entre époux : S. T., IIa-IIae q. 62, art. 4 : « parce que l'homme et la femme ont un rapport immédiat avec la communauté domestique, il s'ensuit que la justice politique n'existe pas absolument entre eux, mais plutôt *qu'ils ont pour règle la justice économique*. » [Nous soulignons] ; S. T., Ia-IIae, q. 17 art. 4 : « C'est avec raison qu'on distingue le droit qui ne se rapporte pas absolument à autrui, en droit paternel qui regarde le père et le fils et en droit seigneurial qui regarde le serviteur et le maître. »

²⁹⁰ S.T., IIa-IIae q. 50, art. 3 [Nous soulignons]. « Celui qui gouverne une famille peut faire des règles ou des statuts, mais il ne peut faire une loi proprement dite. »

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.* [Nous soulignons].

affaires privées sont ainsi un domaine où se déploie un certain type d'agir moral selon les finalités propres aux affaires domestiques.

Ces trop brèves remarques sur la période médiévale suffisent à enseigner qu'il est difficile de tirer un jugement univoque sur la question de la distinction public-privé durant ces siècles qui préparent la période moderne. On peut tout de même affirmer que l'on observe dès cette époque une certaine sacralisation d'un privé personnel et l'embryon d'une « zone exempte de toute juridiction²⁹⁴ ». L'existence d'une communauté forte n'est pas nécessairement contradictoire avec ce phénomène. Au contraire, dans les monastères par exemple, l'éremitisme collectif suppose certes une promiscuité mais aussi, en contrepartie, l'émergence de règles structurant la vie commune respectueuses de l'individualité. En effet, dans le monde monastique, qui se déploie en vase clos à la marge de la société, existe une « emprise totale de la communauté sur l'individu corps et âme²⁹⁵ ». Mais même là, en poussant au paroxysme le lien social sous des règles fixes, le sujet n'est pas pour autant anéanti. Une individuation concrète se déploie malgré l'intensité de la vie commune (la cellule, la lecture mentale et silencieuse, la spécialisation des tâches, etc.). Avec la dissociation des fors, il n'y a plus une simple frontière physique entre les domaines publics et privés, mais apparaît aussi une barrière morale, une séparation entre ce qui peut être su et ce qui doit être tu. La notion de for personnel est alors conçue par les canonistes médiévaux pour formaliser une juridiction sur soi. Il y a là l'amorce d'une distinction nette entre ce qui ne concerne que l'individu et ce qui doit être porté au grand jour. La conduite de l'homme bénéficie ainsi d'une certaine immunité, même s'il faut attendre que la conscience individuelle s'affranchisse de l'autorité de l'Église lors de la Réforme pour que la liberté personnelle soit exaltée comme un droit politique²⁹⁶.

La différence antique de nature entre le domaine public et ce qui est considéré comme privé est donc à l'évidence déplacée mais ne semble pas disparaître pour autant. Dans le monde laïc, l'idée d'un gouvernement pastoral des âmes (*regimen animarum*) n'annihile pas pour autant la distinction public/privé. Comme les Anciens, les médiévaux reconnaissent en effet l'importance d'un ordre privé. Il existe des espaces, des actes et des êtres échappant de fait à toute autorité collective²⁹⁷. La distinction entre le public et le privé n'est pas supprimée, mais il n'existe pas encore de véritable *droit à la vie privée*. Ce qui est spécifique à la période moderne, c'est donc moins l'existence d'un domaine distinct du privé que la proclamation, au moyen des droits subjectifs, d'un espace de liberté, d'un droit au secret et d'un droit à l'honneur.

²⁹⁴ Expression de : Jacques CHIFFOLEAU, « Ecclesia de occultis non iudicat », *Micrologus*, *op. cit.*, p. 359-481.

²⁹⁵ Jacques DALARUN, *Modèle monastique : un laboratoire de la modernité*, CNRS Éditions, 2019, p. 35.

²⁹⁶ C'est ce que nous verrons pour la période moderne : voir *infra* Titre II- Chapitre II- L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée.

²⁹⁷ Georges Duby dans : Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, tome 2, *op. cit.*, p. 21.

Partie I – La puissance du *dominium* privé

La vie privée comme pouvoir et sphère de liberté

« La liberté consiste à *pouvoir faire tout* ce qui ne nuit pas à autrui. »

Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

« 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'étendre son linge aux fenêtres, d'avoir une femme ou une maîtresse, etc. Le droit s'épuiserait à s'occuper de ces choses-là : d'où, pour l'individu, une liberté. »

Jean CARBONNIER, *Droit civil I - Les personnes*²⁹⁸

Les mots sont remplacés par d'autres, mais une partie de leur sens se perd. L'ancienne notion romaine de *dominium* a donné naissance à la notion médiévale de fief puis à celle de domaine, mais ne bénéficie pas d'une traduction exacte en français²⁹⁹. La transcription la plus idoine serait celle de « maîtrise » ou de « seigneurie », c'est-à-dire d'une puissance exercée par un sujet sur un ordre concret ou sur des objets précis. Le mot « domaine », qui semble être notre expression la plus proche, renvoie à la chose dominée et non à sa maîtrise en tant que telle. Il ne saurait non plus se confondre avec un simple pouvoir (*potestas*) ni avec une quelconque puissance (*potentia*), dans la mesure où il suppose une relation entre deux termes, entre une personne et une chose ou entre personnes. Là où la notion de pouvoir est abstraite, celle de *dominium* implique un contenu concret : il y a des choses dominées et une obéissance de personnes définies. Cela peut sembler être un truisme, mais encore faut-il l'avoir à l'esprit : de même que le *dominium* public suppose un

²⁹⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 1 - Les personnes*, Paris, PUF, 1980, p. 336.

²⁹⁹ Guillaume LEYTE, « Domaine », *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 410. Les traductions souvent ne sont pas sans opérer de modification, si ce n'est un appauvrissement des notions. Comme le remarque Michel Villey : « La science du droit est un langage jadis admirablement fait (droit romain) – naturellement fait comme le montre l'étymologie et que les barbares ont perdu et que nous autres barbares avons aussi perdu. *Dominium, Res*, etc. » Michel VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit : Les carnets de Michel Villey*, Paris, PUF, 1995, p. 335.

territoire (*territorium*)³⁰⁰, c'est-à-dire un « espace pensé, dominé, désigné³⁰¹ », le *dominium* privé implique un contenu spécifique, un domaine privé sur lequel peut s'exercer le pouvoir de l'homme dans sa vie privée. C'est précisément l'histoire de ce pouvoir du sujet sur lui-même et sur ses choses qui est décisive dans la formation à l'époque moderne de ce droit de juridiction de l'individu sur son propre royaume.

Traditionnellement pour les juristes, le *dominium* porte uniquement sur des biens extérieurs³⁰². Cela étant, la traduction de ce terme par « propriété » semble réductrice car, au sens où nous l'entendons, elle implique non une simple possession mais un titre sur des choses aliénables³⁰³. Elle conduirait à confondre *dominium* pouvoir et *dominium* possession, et donc à penser les choses dans les termes actuels du droit des biens. Aux époques romaine et médiévale, le mot « *proprietas* » qualifie l'objet qui est propre avant que son sens ne se dédouble pour qu'il puisse devenir aussi le nom d'un droit³⁰⁴. Le terme de « propriété » s'applique ainsi davantage aux choses individuelles qu'aux choses communes (*communitates rerum*). Thomas d'Aquin par exemple, qui réserve le terme « *proprietas* » aux possessions individuelles, n'hésite pas à employer le terme « *dominium* » pour désigner une domination politique³⁰⁵.

Le mot *dominium* vient initialement de *domus*, c'est-à-dire la maison, ce qui est chez soi, mais aussi ses proches et sa famille³⁰⁶. Il désigne la faculté de maîtriser une chose placée dans un rapport d'obéissance. Puis, par « corruption³⁰⁷ », il a fini par qualifier aussi la chose objet de la domination. Au Moyen Âge, le contenu dominé par un tel droit n'est pas spécifiquement privé, puisque c'est ce même terme qui qualifie aussi le domaine matériel du roi³⁰⁸. Ainsi, le sens de ce mot s'est élargi jusqu'à renvoyer, pour le juriste contemporain, à la domanialité publique, c'est-à-dire précisément ce qui est au-delà de la maison. Les glossateurs de la fin du Moyen Âge ont dégagé progressivement les caractéristiques propres d'une domanialité publique étatique ou communale distincte du domaine privé³⁰⁹. Rattachées à un même terme originel, coexistent alors deux notions juridiques différentes, deux mondes plus étanches : d'un côté un pouvoir public, de l'autre un pouvoir privé.

Le mot *dominium* n'est évidemment pas cantonné à la langue du droit, de sorte qu'il est parfois utilisé par des théologiens et des philosophes pour désigner le pouvoir de l'homme sur lui-même. Thomas d'Aquin,

³⁰⁰ Florence POIRAT, « Territoire », *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1474.

³⁰¹ Michel FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*, Paris, Gallimard-Le Seuil, Paris, 2004, (*Hautes études*), p. 58.

³⁰² Le triptyque Biens du corps / Biens de l'âme / Biens extérieurs trouve sa source dans la philosophie antique. On le retrouve dans l'œuvre de Cicéron [*Académiques* VI], dans celle d'Aristote [*Éthique à Nicomaque*, *op. cit.* 1098b -1324a] et encore dans celle de [PLATON, *Philèbe*, 18e, *Lois*, 743e].

³⁰³ Pierre THÉVENIN, « Situer la possession. Du droit romain de l'appartenance aux nouveaux modèles propriétaires », *Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 14 (2018), p. 1-18. La distinction entre possession et propriété est ancienne.

³⁰⁴ Laurent PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens. », *Revue générale de droit*, t. 38 (2008), p. 303-338.

³⁰⁵ S.T., IIa-IIae, q. 66, 2 art. 1 et 2. Sur ce sujet : François VALLANÇON, *Domaine et propriété*, *op. cit.*, t. I, p. 138 et s.

³⁰⁶ Pierre-Yves QUIVIGER, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Paris, Classiques Garnier 2013, p. 101.

³⁰⁷ Gilles MÉNAGE, *Dictionnaire étymologique ou origines de la langue française*, Paris, 1694, V° « Domaine », p. 252.

³⁰⁸ Guillaume LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècle)*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 108-110, 121 et 127. Au XVI^e siècle, le philologue français Jean Nicot insiste bien sur cette différence : Jean NICOT, *Trésor de la langue francoyse, tant ancienne que moderne*, Paris, David Douceur, 1606, V° « Domaine », p. 210.

³⁰⁹ *Ibid.*

par exemple, qui connaît la signification juridique du terme³¹⁰, s'en sert dans sa définition du libre-arbitre présenté comme une maîtrise de ses actes (*dominium sui actus*), mais aussi pour désigner le gouvernement que l'homme exerce sur ses passions et ses facultés³¹¹. L'idée de *dominium* dans son sens moral est associée à la qualité d'homme libre, cause de lui-même, qui est celui qui dispose de la pleine maîtrise de sa volonté et de ce qui est sous son contrôle. Il désigne ainsi une sphère de liberté qui préexiste au droit³¹². À l'évidence, un tel usage de ce mot ne renvoie pas à une juridiction instituée politiquement (*dominium jurisdictionalis*) ni à la possession d'un objet garantie par le droit (*dominium proprietatis*), mais à une donnée anthropologique. Face à l'hypothèse d'un *dominium* juridique sur soi, le juriste a de quoi être sceptique. Le fait d'admettre en droit positif des règles qui encadrent le rapport à soi-même semble en effet saugrenu et contraire à une conception aristotélicienne du droit comme l'équité réglant uniquement des rapports interpersonnels. Comme le remarque Thomas d'Aquin, la justice est *ad alterum* en ce qu'elle concerne toujours une relation à autrui³¹³. Une citation d'Ulpien reprise dans le *Digeste* formule d'ailleurs le principe selon lequel nul ne peut être dit propriétaire (*dominius*) de ses membres³¹⁴. Cette idée semble aussi contraire aux conceptions kantiennes, selon lesquelles le droit est entièrement fondé sur des rapports de réciprocité (ma liberté ne s'arrête que là où commence celle d'autrui). Kant considère d'ailleurs qu'un objet sur lequel peut s'exercer une véritable propriété (*dominium*) ne peut être qu'une chose corporelle, ce qui exclut l'hypothèse de la propriété de soi-même³¹⁵. Selon cette philosophie du droit, les règles normatives n'ont pas lieu d'être dans le domaine moral du sujet autonome³¹⁶. Là où je n'ai plus directement affaire à autrui, ma liberté est totale, sans limites, et il ne doit pas être question de droit.

L'intrusion du droit là où il ne s'agit pas d'un rapport entre plusieurs personnes est donc ambivalente. On pourrait craindre qu'une telle hypothèse serve à limiter la liberté individuelle et à soutenir que même lorsque l'homme est seul face à lui-même, il demeure soumis à des règles juridiques. Au contraire, le postulat d'un *dominium* sur soi que l'on constate chez certains auteurs n'est pas invoqué pour limiter la liberté individuelle, mais au contraire pour fonder un droit naturel à la libre-disposition de soi. L'idée selon laquelle l'homme disposerait par nature d'un droit sur lui-même et son domaine privé est d'ailleurs un paradigme clef de la modernité juridique. Avec le développement des droits subjectifs, la reconnaissance

³¹⁰ Maurice BARBIER, « Pouvoir et propriété chez Thomas d'Aquin : La notion de *dominium* », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 94 (2010), p. 655-670.

³¹¹ Thomas D'AQUIN, *Scriptum super libros Sententiarum tomus II* [Commentaire aux Sentences de Pierre Lombard], éd. Pierre MANDONNET o.p., Paris, Lehielleux, 1929, d. 24, q. 1, art. 1, p. 591.

³¹² Michel VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit : Les carnets de Michel Villey*, Paris, PUF, 1995, p. 58 : « ma liberté, mon *dominium*, ne me sont pas conférés par le droit, ils lui préexistent. »

³¹³ S. T. IIa-IIae, q. 57 art. 1. Resp.

³¹⁴ ULPPIEN, *ad Edictum 18, Dig.*, 9, 2, 6, 13. « Dominus membrorum suorum nemo videtur. »

³¹⁵ M.M. II. §. 17 : « L'objet extérieur qui, selon la substance, est le « sien » de quelqu'un, est la propriété (*dominium*) de celui auquel tous les droits sur cette chose sont inhérents (comme des accidents à la substance), et dont le propriétaire (*dominus*) peut par conséquent disposer comme il lui plaît (*ius disponendi de re sua*). Mais il s'ensuit naturellement qu'un objet de cette sorte ne peut être qu'une chose corporelle (envers laquelle on n'a aucune obligation). Ainsi quelqu'un peut être son propre maître (*sui iuris*), mais ne peut pas être le propriétaire de *lui-même* (il ne peut disposer de lui-même comme il lui plaît) et encore moins d'autres hommes, puisqu'il doit répondre de l'humanité en sa propre personne. »

³¹⁶ Au-delà de Kant, la notion d'autonomie a acquis une valeur juridique. Voir *infra* Chapitre IV- Les formulations équivoques du « *dominium* sur soi » depuis le XIX^e siècle.

d'un droit individuel sur soi a infusé en profondeur la pensée et le langage des juristes de la période moderne³¹⁷. Sa forme la plus célèbre est sans doute celle que l'on trouve dans l'œuvre de Locke. L'expression de « *property* » employée par cet auteur, davantage médecin ou philosophe que juriste, désigne un domaine propre composé d'un certain nombre de biens concrets attachés à la personne. Ces biens fixés à perpétuelle demeure sont sa vie, sa liberté, son honneur, son corps, etc. L'usage générique de l'expression de « propriété de soi » sert ainsi à donner une légitimité juridique de droit naturel à la liberté du sujet, à en fonder l'indisponibilité à la fois contre l'État et contre la société. Une telle perspective peut être envisagée sans tomber dans un « fondamentalisme de la liberté³¹⁸ », qui ferait disparaître – au nom d'un hypothétique droit de propriété sur soi – toute limite à la volonté individuelle. En ce sens, le *dominium* ne désigne pas tant ce qui est approprié artificiellement que ce qui est dominé effectivement et qui est placé de fait dans un rapport d'obéissance selon un certain ordre. Le droit à la vie privée sur lequel plane le spectre de la propriété consacre ce pouvoir dans le droit positif, pouvoir de l'homme sur tout ce qui est privé, y compris lui-même. Il nous importe donc de tracer une généalogie de cet emploi de la notion de *dominium* sur soi.

Pour comprendre le rôle moderne pris par l'idée d'un pouvoir juridique de l'homme sur lui-même, il faut revenir aux usages de cette notion par ceux qui en ont fait un droit naturel et politique. La rupture progressive du contrat de fief a sorti l'homme d'un système de dépendance à la fois politique et patrimonial. La propriété a une fonction politique évidente, puisqu'elle relie les hommes entre eux. Dans le système féodal, les existences ne sont pas séparées mais sont attachées ensemble par des serments réciproques. Le vassal reçoit ainsi ses biens d'un suzerain, qui lui en garantit la sécurité en contrepartie d'un lien de subordination. Le vassal, en latin *vassallus*, dérivé de *vassus*, du celte *qwas*, qui signifie l'homme esclave, connaît la même origine que le mot valet³¹⁹. Les vies sont donc reliées par cette longue chaîne remontant jusqu'au monarque, qui garantit les attaches entre elles. Dans cette logique, il n'y a pas de distinction entre le gouvernement politique et la société civile et, selon l'expression de Marx, « chaque sphère privée possède un caractère politique³²⁰ ». Le pouvoir du seigneur n'est pas une propriété mais il comporte un droit de juridiction. L'avènement de l'État moderne surplombant une masse de personnes privées est, par suite, venu subvertir toute cette logique politique ayant sa cohérence propre.

L'invention de la société civile bourgeoise en-deçà de l'État est venue provoquer une déchirure entre l'homme public et l'homme privé. Dès lors que l'homme est délié de toute subordination au seigneur,

³¹⁷ Michel VILLEY, « Les origines de la notion de droit subjectif », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 221-250 ; Giovanni PUGLIESE, « *Res corporales, res incorporales* e il problema del diritto soggettivo », *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, Giuffrè, 1951, t. III, p. 63-81 ; Jean-Louis HALPÉRIN, « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? », Paris, 2010 [HAL consulté le 20 mai 2020].

³¹⁸ Henri TORRIONE, « Regards sur le suicide dans les sociétés où la conception libérale de la justice et du droit est devenue un fondamentalisme de la liberté », dans *Le suicide - Regards croisés*, *op. cit.*, p. 81.

³¹⁹ Michel ZINK, (dir.), *Dictionnaire du français médiéval*, Paris, Les Belles Lettres, 2015, V° « Vassal », p. 3002.

³²⁰ Karl MARX, *Critique de la philosophie politique de Hegel*, *Œuvres III*, trad et éd. établie par M. RUBE, Paris, Gallimard, 1982, (*Bibliothèque de la Pléiade*), p. 904-905. Pour Marx, la « vie privée » est « une abstraction » des « temps modernes », dans laquelle les hommes ne sont plus tenus ensemble par un lien substantiel. Sur ce sujet : Maurice BARBIER, *La pensée politique de Marx*, Paris, L'Harmattan, 1992, 447 p. ; Sarah BARNAUD-MEYER, *Marx et la question de la démocratie*, Paris, thèse sous la direction d'Alain RENAULT, Université Paris IV, dacty., 2008, 651 p.

il peut en effet « devenir libre dans sa vie privée³²¹ », et venir contester les *interférences extérieures* à sa liberté de sujet. À l'époque moderne, la relation entre la personne et la chose apparaît de moins en moins médiatisée par une relation entre individus. La notion de propriété se met alors à désigner un droit direct sur l'objet possédé³²². Les révolutionnaires exaltent ce processus de libération, car par le simple fait d'être délié des obligations féodales, le *dominium* qu'ils projette sur la personne et sur ses biens peut devenir en quelque sorte plus absolu. En considérant le droit romain comme un droit vivant, de nombreux juristes ont ainsi renoué avec une conception individualiste et romaine de la propriété³²³. La conception moderne de la propriété se différencie toutefois des conceptions antiques en ce qu'elle en fait un droit inhérent à la nature, et érige par là même l'homme en maître et possesseur de celle-ci³²⁴. C'est sans doute pour ces raisons que le *dominium* de propriété a été vu comme le signe visible d'une protection totale de toute la personne privée³²⁵. La propriété est ainsi devenue le signe de l'indépendance individuelle, une garantie qui libère là où l'ordre ancien ne reposait que sur des allégeances qui obligent. Comme l'a bien décrit Tocqueville, dans le monde d'après la Révolution, la vie n'est plus prise dans une longue chaîne qui reliait le simple tenancier au monarque, mais chaque anneau constitue désormais une entité indépendante placée en face du souverain³²⁶. Le caractère *naturel* de ce droit est décisif dans la création d'une frontière entre la sphère privée individuelle et le domaine social ou politique. Les idées postérieures sur l'autonomie personnelle sont en effet tributaires de ce principe d'occlusion qui fonde ce droit naturel à la libre-disposition de soi.

À l'abri de la grande souveraineté de l'État, la petite « souveraineté » de l'individu a ainsi pu être revendiquée. En un sens, la notion de *dominium* est à l'individu ce que la souveraineté est à l'État. Cela se retrouve dans définition actuelle de la vie privée, décrite par les juristes contemporains comme la « liberté de se comporter comme on l'entend dans cette partie de sa vie³²⁷ ». Sans revenir sur toute l'histoire du libéralisme politique, qui peut se résumer, selon Catherine Audard, à la volonté « d'inventer des formes institutionnelles pour à la fois contenir le risque d'anarchie et protéger au mieux les libertés individuelles³²⁸ », nous serons attentifs aux concepts juridiques qui ont servi à définir la liberté chez les auteurs libéraux. Il est intéressant à ce titre de remarquer la manière dont les juristes et les auteurs politiques de la période Moderne se sont servis de la notion de domaine pour établir une frontière plus nette entre le pouvoir public et le pouvoir privé, entre la puissance politique concentrée dans les mains du souverain et la puissance privée de

³²¹ Maurice BARBIER, *La modernité politique*, Paris, PUF, 2000, p. 131.

³²² James Q. WHITMAN, « Droit romain et droit féodal » *Revue française de théorie juridique*, t. 21 (1995), p. 22.

³²³ En faveur d'un tel rapprochement : Rudolf VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Olivier DE MEULENAERE, 3e éd., Paris, 1888, t. IV, §. 61, p. 37 ; Anne-Marie PATAULT, « Propriété » dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 1254 ; Pierre-Joseph PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, Verboeckhove et Cie., 1866, p. 105-126 : « La propriété en Europe est romaine d'origine ; c'est à Rome du moins qu'elle apparaît pour la première fois avec son caractère absolutiste, ses prétentions juridiques, sa théorie rigoureuse et sa pratique inflexible. »

³²⁴ Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Paris, Droz, 1987, p. 33-34

³²⁵ Opération relevée par Michel VILLEY dans *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 128 ; Charles MEUNIER, *Dominium et proprietas chez les canonistes et les moralistes du XVI^e et XIX^e siècle, Étude de droit contemporain*, *Inst. Droit comparé*, Paris, 1962, p. 125-132.

³²⁶ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II, Œuvres*, op. cit., p. 612.

³²⁷ Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, 3^e éd., Paris, Economica, 1995, p. 45.

³²⁸ Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris, Gallimard, 2009, p. 181.

l'individu propriétaire. Le droit subjectif à la vie privée est par conséquent l'un des avatars de cette revendication d'indépendance de l'homme moderne. L'expression de « *dominium* » sert ainsi très tôt à désigner un réservoir de droits ou un principe général d'autonomie de l'individu. Cela ne veut pas dire que ceux qui faisaient usage de cette notion entendaient affranchir l'individu de toute obligation sociale, ni justifier l'arbitraire de la volonté individuelle. Il faut en effet se souvenir que si, pour nous, la propriété est devenue un droit abstrait et absolu, elle qualifiait encore jusqu'au XVIII^e siècle un rapport de domination concret et limité. C'est seulement dans un second temps qu'elle a entendu servir les ambitions d'un « individu total³²⁹ » et, par-delà les catégories du public et du privé, qu'elle a été utilisée pour protéger toutes les expressions de la subjectivité, en excluant par principe toute interférence extérieure au nom d'un droit absolu à l'autonomie personnelle.

Les origines de nos représentations de ce *dominium*, en arrière-fond de nos conceptions des droits subjectifs sur nous-mêmes, sont datables et déjà en partie explorées. La présente étude doit néanmoins surtout permettre de comprendre comment la notion de *dominium* a pu servir successivement, aux différentes étapes de la modernité, de support à l'idée d'une liberté privée inhérente à la nature de l'homme, conçue inséparablement comme une maîtrise de lui-même et de ses biens. Ce sont les théologiens-juristes de la nouvelle scolastique qui ont, dans le contexte des Grandes Découvertes, défendu les premiers l'idée d'un *dominium* comme une faculté inhérente à la nature de l'homme qui le rendrait par nature possesseur de lui-même et de ses biens (Chapitre 1). Le pouvoir privé est aussi intégré dans la définition de la République par Jean Bodin, dont l'approche de la distinction entre sphère privée et domaine public illustre bien l'ambivalence de la modernité sur cette question (Chapitre 2). Le *dominium* sur soi est ainsi le premier droit fondamental dégagé par l'École du droit naturel. Cette défense du *dominium* privé trouve aussi sa manifestation dans l'usage français de la notion de propriété par les parlementaires de l'Ancienne France, puis dans la forte propension des révolutionnaires français à invoquer le droit à la libre-disposition de soi (Chapitre 3). Les débats sur les droits subjectifs du XIX^e siècle sont ensuite venus préciser la nature de ce droit sur sa vie, sa liberté et ses biens (Chapitre 4).

³²⁹ Marcel GAUCHET, *La Condition historique*, Paris, Stock, 2003, p. 59. Expression de Marcel Gauchet : « Nous ne risquons plus l'État total, mais la déroute de l'État devant l'individu total. »

Chapitre I – La Seconde Scolastique : le *dominium* privé comme faculté inhérente à la nature humaine

Pour les hommes du premier siècle de la Modernité, les Grandes Découvertes sont l'occasion de réaliser pleinement la rotondité de la terre³³⁰. Les hommes ont un seul centre. Le monde s'étend au-delà de la mer océane. La découverte d'êtres humains si longtemps privés de la grâce semble dévoiler l'homme comme sorti du premier jardin. La découverte des Indiens d'Amérique vient révéler un état de nature qui est venu mettre au premier plan la question du droit naturel. Comme le remarque John Locke :

Au commencement, tout le monde était comme une Amérique, et même beaucoup plus dans l'état que je viens de supposer que n'est aujourd'hui cette partie de la terre, nouvellement découverte³³¹.

Le grand renouveau du Siècle d'Or espagnol ne doit pas pour autant dissimuler une certaine continuité avec l'époque qui le précède. Au début du XVI^e siècle, la période médiévale ne semble en effet pas totalement close en Espagne. La péninsule ibérique est une portion de l'Europe encore loin des vues de Machiavel, avec sa révolte contre la morale des théologiens³³². À l'abri de la Réforme qui divise la Chrétienté occidentale, les nouveaux scolastiques sont héritiers de la philosophie réaliste et du droit canon médiéval³³³. Si la brise de l'humanisme renaissant se fait sentir aussi bien dans le style que dans les références utilisées, une dialectique rigoureuse est néanmoins maintenue et les références aux autorités scolastiques sont conservées. La pensée naît et se diffuse toujours dans le cadre d'un enseignement universitaire³³⁴. L'élargissement des horizons n'a pas encore bouleversé l'ordre du cosmos, qui reste un ensemble cohérent et intelligible³³⁵. La phrase d'Albert le Grand selon laquelle « *Totus [...] mundus theologia est homini* », « le monde entier est pour l'homme une théologie », peut être encore largement entendue. L'idée de nature humaine n'est ainsi pas encore vidée de tout contenu, et la phrase de Placentin « *Natura, id est Deus, omnia animalia docuit* », « la nature, c'est-à-dire Dieu et ce qu'Il enseigne à tous les animaux », reste valable³³⁶. L'héritage de la philosophie et du droit canonique médiéval, appliqué à ce contexte inédit, est alors sollicité pour traiter

³³⁰ Paul HAZARD, *Crise de la conscience européenne*, Paris, Le Livre de Poche, 1994, p. 15-36.

³³¹ TGC, §. 49, p. 180. Carl Schmitt va jusqu'à soutenir que le *homo hominis lupus* de Hobbes trouve sa source dans la civilisation Inca. Carl SCHMITT, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, p. 97-98.

³³² Bérenice HAMILTON, *Political Thought in sixteenth-century Spain, A study of the political ideas of Vitoria, De Soto, Suarez, an Molina*, Oxford, Oxford at the Clarendon Press, 1963, p. 4 ; Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, « Seconde Scolastique », dans Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1 399.

³³³ L'influence du nominalisme sur Vitoria semble très improbable. Le maître de Vitoria, Pierre Crockaert, est un ancien nominaliste rallié au thomisme. Ce point a été débattu, mais la position de Michel Villey sur la question semble avoir été contredite par Franco TODDESCAN, « Michel Villey et la Seconde Scolastique », *Droit et Philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, t. 8 (2016), p. 1-7.

³³⁴ D'où l'appellation « scolastique », c'est-à-dire une pensée qui naît de l'enseignement et non de constructions solitaires comme de nombreuses philosophies politiques modernes telles que celle de Francis Bacon, Spinoza, Hobbes ou Leibniz.

³³⁵ Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, (*Léviathan*), p. 26 : « Pour beaucoup d'esprits de ce temps, le monde demeure ce qu'il était pour l'homme médiéval. »

³³⁶ *Ibid.*, p. 27 : « Lorsqu'ils lisent Ulpian, les théologiens comprennent donc immédiatement, comme déjà Placentin et la plupart des romanistes, que lorsqu'il dit "nature", il faut mettre Dieu à l'arrière-plan, *Natura, id est Deus, omnia animalia docuit*. Il n'y a pas d'opposition entre ces différents ordres, puisqu'ils relèvent tous du même principe, et visent, médiatement ou non, la même fin. Il n'y a donc aucune raison d'opposer l'ordre des choses et l'ordre jugé. »

de nouvelles questions. Outre les problèmes liés à la définition du droit des gens³³⁷, les précisions concernant les fondements de l'autorité politique servent à légitimer les thèses de la nouvelle scolastique qui, contre l'asservissement et l'expropriations des Indiens par les colons, affirme l'existence d'un *dominium* privé découlant de la nature de l'homme³³⁸. La prérogative de libre maîtrise d'eux-mêmes constitue pour Vitoria l'un des titres légitimes dont peuvent se prévaloir les Indiens sur leur personne et sur leurs terres.

Il faut bien comprendre la nouveauté d'une telle perspective, qui préfigure le droit naturel moderne, dès lors que l'imposition de normes nécessaires directement issues de la nature humaine, de droits inhérents à l'homme, serait dénuée de sens si l'on considérait que la validité de la règle de droit reposait uniquement sur des conventions propres à chaque communauté politique. L'idée d'indépendance de l'homme dans ses affaires propres se trouve ainsi à la jonction entre la compréhension classique de la loi naturelle comme d'un dynamisme général qui conduit l'homme vers sa fin et le droit naturel moderne en tant que discipline juridique déductive et universaliste. Si Michel Villey s'est intéressé à la Seconde Scolastique pour y relever les premiers balbutiements de la notion de droits subjectifs, d'autres y ont trouvé les prolégomènes de notre conception absolutiste de la propriété privée³³⁹.

À cette époque, sont donc examinées les questions du pouvoir de l'homme sur lui-même, de son fondement, de ses implications et de ses limites. L'œuvre de l'École de Salamanque, diffusée dans toute l'Europe, a été patiemment étudiée par des figures aussi diverses qu'Althusius et Grotius³⁴⁰. À l'origine, cette libre maîtrise de l'homme sur sa personne ne se confond pas avec un droit de propriété, mais elle est considérée comme un principe d'indépendance qui limite les intrusions sociales dans l'usage que la personne fait d'elle-même. Les réflexions de ces universitaires espagnols sont néanmoins le fruit de controverses juridiques et de consultations politiques sur des problèmes concrets et nouveaux qui appellent les lumières de théologiens rompus aux mécanismes juridiques. Les réponses sont donc souvent nuancées et reposent sur la méthode scolastique consistant à confronter les arguments contradictoires avant de proposer une solution. Il est aujourd'hui courant dans l'historiographie de parler de théologiens-juristes pour nommer ceux qui ont assumé la fonction doctrinale d'arbitres dans ces questions coloniales. Ces derniers argumentent au moyen d'une triple source que sont les Saintes Écritures, l'héritage thomiste et le *ius commune*³⁴¹. Ils sont donc théologiens, ou si l'on veut philosophes, avant d'être juristes, car ils accordent plus d'importance à la

³³⁷ Cette lecture du droit des gens trouve de solides prémices dans l'œuvre de Thomas d'Aquin. Voir aussi : Maurice BARBIER, « La notion de jus gentium chez Vitoria », *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, t. 69/1 (2007), p. 7-19. Jean-François COURTINE, *Nature et empire de la loi*, Paris, VRIN, 1999, 190 p.

³³⁸ Maurice BARBIER, « La notion de *dominium* chez Vitoria », *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, t. 68/2 (2006), p. 241-251 ; Gaëlle DEMELEMESTRE, « Les Dominicains et les Indiens », *Clio-Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 16 (2019), p. 1-24.

³³⁹ Michel VILLEY, « la promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique », *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno, op. cit.*, p. 53-71 ; Michel VILLEY, *Formation de la pensée juridique, op. cit.*, p. 327. Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Les origines théologique de la propriété, op. cit.*, p. 98 ; Paolo GROSSI, « La proprietà nel sistema privatistico della Seconda scolastica », *La Seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Giuffrè Editore, 1972, Milano, p. 117-222 ; ID., *Il dominio e le cose*, Milan, Giuffrè Editore Milano, 1992, 748 p.

³⁴⁰ Sur ce sujet : Ernst REIBTEIN, *Jobannes, Althusius alsfortsetzer des schule Salamanca*, Karlsruhe, Müller, 1955, 240 p.

³⁴¹ Pour un résumé synthétique de ces questions : Jacques CHEVALIER, *Histoire de la pensée, tome II : la pensée chrétienne*, Paris, Flammarion, 1956, p. 647-669.

doctrine sacrée, à Aristote et Thomas d'Aquin qu'au corpus de droit canonique et de droit romain. Ayant toutefois une grande liberté vis-à-vis de la culture juridique romaine, ils s'affranchissent aisément des conventions et du vocabulaire qui structurent la connaissance du droit de leur époque.

Parmi les protagonistes que nous retiendrons, figure en premier lieu François de Vitoria, célèbre maître de l'École³⁴², puis Dominique de Soto³⁴³ l'un de ses disciples directs, qui consacre une étude spécifique à la notion de la domination humaine (*De Domino*). Enfin, le canoniste Covarrubias³⁴⁴, qui fut surnommé le *Bartolus Hispanicus*, traduit dans ses synthèses ces nouvelles définitions. Si l'on peut dégager de leurs œuvres respectives une substance commune, il n'en demeure pas moins que chacun de ces auteurs conserve ses moyens et ses conclusions³⁴⁵. Il semble toutefois possible d'affirmer que leurs arguments convergent lorsqu'il s'agit de reconnaître à l'homme un *dominium* privé inhérent à la nature de chacun, indépendamment de sa foi et de ses lois (Section 1). Cela étant, loin de verser dans un absolutisme de la souveraineté sur soi, ils définissent prudemment un domaine privé indépendant de toute volonté extérieure (Section 2). Enfin, pour ces auteurs formés dans la tradition thomiste, ce pouvoir de l'homme dans sa sphère privée, loin d'être illimité, s'inscrit dans un ordre politique et demeure soumis à un régime juridique déterminé (Section 3).

Section 1 - Le postulat d'un pouvoir privé dans la nature de l'homme

Les disputes des philosophes médiévaux sur le concept de domaine s'étaient essentiellement centrées sur la question des motifs théologiques permettant l'appropriation privée. Sans remettre en cause les réserves vis-à-vis du *dominium*³⁴⁶, Vitoria, premier maître de la Seconde Scolastique, vient en quelque sorte raffermir le principe de ce qui n'est pas encore considéré comme un droit naturel³⁴⁷. Pour ce dominicain, la préservation de l'ordre de la communauté impose une appropriation privée³⁴⁸. Cette défense surprenante de

³⁴² L'œuvre de Vitoria porte en elle une grande postérité, non seulement à Salamanque avec ses disciples plus ou moins immédiats que sont Domingo de Soto, Juan de la Peña, Fernando Vazquez de Menchaca, Domingo Bañez, Luis de Molina, Francisco Suarez, mais aussi dans toute l'Europe jusqu'à la fin du XVII^e siècle. Sur ce point, Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, 2013, (*Quadrigé*), p. 155.

³⁴³ Dominique DE SOTO (1494-1559), membre éminent de l'École de Salamanque, intervenant dans la querelle du *dominium* des Indiens.

³⁴⁴ Diego DE COVARRUBIAS (1512-1577) est dominicain, professeur de droit canon à l'université de Salamanque puis évêque. Il est un juriste faisant la « synthèse entre la jurisprudence médiévale et celle de son temps à la lumière de la philosophie et de la théologie morale ». Gaëlle DEMELEMESTRE, « L'humaniste rationaliste de Diego de Covarrubias », dans Xavier PREVOST, Luigi-Alberto SANCHI (dir.), *L'humanisme juridique, Aspect d'un phénomène*, Paris, Classiques Garnier, 2022, p. 364.

³⁴⁵ Gaëlle DEMELEMESTRE, « *Dominium* et *ius* chez Francisco de Vitoria, Domingo de Soto et Domingo Bañez », *Laval théologique et philosophique*, t. 71/3 (2015), p. 473-492.

³⁴⁶ Les principales étant : 1/Le véritable *dominium* est à Dieu, celui-ci est en premier lieu collectif ; 2/il est un mode de gestion parmi d'autres ; 3/ce n'est pas une puissance absolue mais une puissance ordonnée, etc. Francisco DE VITORIA, *Comentarios à la Secunda Secundae*, LXII, art. 1, art. 12., cité par Marie-France RENOUX-ZAGAME, *Les origines théologiques de la propriété, op. cit.*, p. 97.

³⁴⁷ Par exemple pour Placentin : « Adquiruntur omnia rerum dominia *non jure naturali*, quod omnia sunt communia, sed jure civili et gentium. » PLACENTIN, *Summa institutionum*, Mayence, Nicolas Rhodius, 1535, p. 19, cité par Guillaume LEYTE, *Domaine et domainialité dans la France médiévale, op. cit.*, p. 56. Voir aussi : Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Les Origines théologiques du concept moderne de propriété, op.cit.*, p. 247-248 ; François VALLANÇON, *Domaine et propriété, op. cit.*, p. 39.

³⁴⁸ Sur ce sujet : Gaëlle DEMELEMESTRE, « *Dominium* et *ius* chez Francisco de Vitoria, Domingo Bañez », *Laval théologique et philosophique*, t. 71/3 (2015), p. 473-492 ; Maurice BARBIER, « La notion de *dominium* chez Vitoria » *op. cit.*, p. 241-251.

la part d'un moine mendiant doit sans doute se comprendre comme le prolongement de la réaction de l'Église face aux propositions hérétiques de Jean Hus et de John Wycliffe, qui, durant le haut Moyen Âge, remettaient radicalement en cause les fondements du domaine humain. Dans la lignée de la querelle sur la pauvreté menée par les spirituels Franciscains, ces derniers avaient été amenés à nier tout lien entre le *dominium* de nos premiers parents et les systèmes de domination politique et privée institués après le péché originel. L'appropriation étant le symptôme d'hommes recentrés sur eux-mêmes, elle constituerait, selon ses détracteurs, des fondements mêmes de la propriété, une malédiction, un éparpillement hostile à l'accomplissement de l'Évangile. La nouvelle scolastique vient ainsi rappeler que le domaine humain est lié à des facultés naturelles, à un pouvoir que les personnes ont spontanément sur certaines choses. Ce pouvoir privé n'est en rien réductible à la possession de biens extérieurs, mais il s'agit d'un pouvoir qui concerne toute la personne. Le *dominium* dont l'homme peut demander restitution s'exerce, selon Vitoria, tant sur des biens naturels que sur des biens liés à la fortune et sur des bien de l'âme³⁴⁹. Domingo de Soto en appelle à la Genèse, dans laquelle Dieu octroie à l'homme, animal rationnel, une seigneurie sur la création, dès lors qu'il est à son image (Genèse 1, 26)³⁵⁰. Pour une bonne part, il n'y a rien de très original dans sa défense puisqu'il ne fait que reprendre les arguments de Thomas d'Aquin sur la légitimité de l'appropriation privée³⁵¹. Ce qui est nouveau cependant, c'est l'insistance avec laquelle est affirmé le caractère naturel de cette faculté individuelle. On comprend donc bien pourquoi certains auteurs ont vu là l'expression d'un nouveau droit naturel recentré sur l'homme, créature rationnelle. À partir de ces affirmations, Vitoria va jusqu'à conclure son raisonnement en affirmant que l'individu est un *dominus*, un maître par nature. Ce postulat est devenu par la suite le fondement de tout un système d'interprétation du droit³⁵².

Lorsqu'il use de la notion de *dominium*, le dominicain espagnol prend bien soin de ne pas confondre le droit de juridiction, c'est-à-dire l'autorité politique du prince, et la prérogative privée qu'exerce le propriétaire³⁵³. De même, dans sa *Leçon sur le pouvoir politique*, il commence par distinguer le pouvoir public du pouvoir privé qui se déploie sous le contrôle des lois de l'État³⁵⁴. Se fondant sur une glose de Bartole,

³⁴⁹ Francisco DE VITORIA, *Comentarios a la Secund Secundae del Santo Tomas*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1932, §. 50, p. 107 : « Conséquenter oportet videre de domino in bonis spirilibus et naturalibus, ut sciamus cui debemus illa restituere. Pro quo nota quod triplex est bonum, scilicet naturae, et fortunae et animae. »

³⁵⁰ Domingo DE SOTO, *Relección « de dominio » (Quaestio De dominio)*, éd. Jaime BRUFAU PRATS, Granada, Universidad de Granada, 1964, p. 38 : « Et Dieu dit : "Faisons l'homme à notre image et à notre ressemblance, et qu'il domine [...]" Gn 1, 26 [...] Les créatures irrationnelles ne peuvent avoir de droit, donc elles ne peuvent avoir de pouvoir. Il est évident qu'elles n'ont pas de droit, puisqu'elles ne peuvent subir d'injustice. Celui qui prive le loup de sa proie ou le lion de son repas, ne leur fait pas d'injustice ; il n'offense pas le soleil, celui qui ferme sa fenêtre pour empêcher la lumière d'entrer. Cela peut se confirmer car, si les animaux avaient un pouvoir, celui qui prive le cerf d'herbe commettrait un vol, puisqu'il prend le bien d'autrui contre la volonté de son propriétaire. » [Notre Traduction].

³⁵¹ S. T. IIa-IIae, q. 62 et q. 66. Thomas d'Aquin ne s'intéressait pas à la propriété pour elle-même, celle-ci était intégrée à une réflexion sur la justice, sur les restitutions et sur le vol. Maurice BARBIER, « Pouvoir et propriété chez Thomas d'Aquin : la notion de *dominium* », *Revue de sciences philosophique et théologique*, t. 94/4 (2010), p. 655-670.

³⁵² Franco, TODESCAN, « From the "Imago Dei" to the "Bon sauvage": and the Natural Law School, in at the origin of modernity », *At the origin of modernity*, éd. Georges MARTYN, Mortimer SELLER, New York, Springer, 2017, p. 34 : « Because of the metaphysical detachment from property, the individual could be identified as *dominus*, and the legal order was considered as the sum of instances of dominance; *dominus*, regarded in strictly rigorous legal terms, became the interpretative mainstay of the whole system. »

³⁵³ Francisco DE VITORIA, *La Justice*, trad. Jean-Paul COUJOU, Paris, Dalloz, 2014, p. 23.

³⁵⁴ ID., *Leçon sur le pouvoir politique*, trad. Maurice BARBIER, Paris, Vrin, 1980, p. 37 et p. 76.

qui distingue le *dominium* universel et le *dominium* particulier, le canoniste Diego de Covarrubias remarque que coexistent en réalité trois domaines. Le premier est, selon lui, un pouvoir de juridiction sur une localité ou un groupement de personnes (*dominium iurisdictionis*), le second est un droit universel qui s'exerce selon le droit sur la République (*dominium locorum pertinentium ad universatam iure*) et enfin le dernier est exercé par les particuliers (*dominium particulare*)³⁵⁵. Pour le juriste, il s'agit là de droits de nature distincte, et c'est pourquoi il prend bien soin de préciser que les différentes dominations se superposent sans s'anéantir³⁵⁶. Aussi, les particuliers comme les princes bénéficient d'une puissance propre sur leur sphère privée. Plus tard, dans son *Traité sur la justice et le droit*, le jésuite Molina reprend explicitement les distinctions effectuées par le maître de Tolède³⁵⁷. De la fin du XVI^e au début du XVII^e siècle, l'idée d'une superposition des domaines n'est plus rare et se retrouve par exemple chez Suarez et chez d'autres jurisconsultes dans l'ensemble de l'Europe³⁵⁸. L'affirmation d'un droit de l'homme sur lui-même est d'autant plus forte qu'outre les arguments théologiques, elle entend s'appuyer sur une démonstration philosophique. Le domaine privé est ainsi fondé non seulement sur un don divin mais aussi sur une donnée anthropologique infalsifiable. Suivant les fondements posés par la philosophie aristotélicienne, l'être rationnel qu'est l'homme, en vertu du fait qu'il est au-dessus de l'instinct, est le seul animal qui peut être dit maître de lui-même, donc aussi des choses extérieures. Vitoria va même jusqu'à lier le *dominium* sur soi de la théologie morale à un *dominium* juridique³⁵⁹. *A contrario*, les animaux non-rationnels n'étant pas maîtres de leurs actes, les choses extérieures ne peuvent être leur propriété. La mainmise que l'homme a sur ses choses constitue donc une prolongation extérieure des prérogatives de l'âme sur ses propres facultés. L'Aquinat l'explique :

Tout existe dans l'homme d'une certaine façon, et c'est pourquoi au type de domination qu'il exerce sur ce qui est en lui correspond celui qu'il lui revient d'exercer sur les autres³⁶⁰.

Les choses qui entourent l'homme et dont il use deviennent ainsi « propres » et en viennent à se confondre avec sa personne. Comme être rationnel, l'homme est le seul animal qui puisse posséder

³⁵⁵ Diego DE COVARRUBIAS, *Regulae Peccatum*, Lugduni, 1560, Livre II, chap. 10, p. 24 : « Sunt quidem distinguenda tria dominia, quorum quodlibet ab altero differt : dominium iurisdictionis ; dominium locorum pertinentium ad universitatem iure universitatis ; dominium particulare, quod pertinet privatis personis. [...] dominium particulare, quod pertinet privatis personis. »

³⁵⁶ *Ibid.* : « domino particulari privatorum, qui possunt habere intra hoc dominium universale, dominium particulare agrorum. »

³⁵⁷ On retrouve la même chose chez les auteurs jésuites Molina et Lessius. Ludovico de MOLINA, *De iustitia et iure*, Venetiis, Apud Seffas, 1612, Livre II, chap. 3., q. 8-13 ; Léonardo LESSIUS, *De iustitia et iure*, Anverpiae, Ex officina Plantiniana, 1609, Livre II, chap. 3, q. 1, p. 21.

³⁵⁸ Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Les origines théologiques de la notion de propriété*, *op. cit.*, p. 144.

³⁵⁹ Francisco de VITORIA, *Leçon sur les Indiens*, *op. cit.*, §. 11, p. 70. Vitoria mentionne le *dominium sui actus* pour justifier la propriété des Indiens : « Et ita sanctus Thomas [...] dicit quod sola creatura rationalis habet dominium sui actus. »

³⁶⁰ S. T., I, q. 96, art. 2.

véritablement des choses (*habere*) et habiter un lieu (*habitare*). Prolongeant la pensée de son maître dominicain, Vitoria peut alors affirmer que :

Les Indiens étaient en possession paisible de leurs biens, tant à titre public que privé ; donc, sauf démonstration contraire, on doit les considérer comme maîtres ou propriétaires³⁶¹.

Les auteurs de la Seconde Scolastique affirment que le droit humain est légitime, car il consacre un pouvoir tiré de la raison naturelle. Dans sa *Leçon sur les Indiens*, Vitoria commence ainsi par écarter l'application du droit positif en soulignant que le *dominium* privé de l'homme découle de la loi naturelle. Il est donc indifférent que les indigènes aient effectivement institué un domaine privé ; la Couronne d'Espagne leur reconnaît un tel droit. Rien ne semble pourtant établir chez ces populations l'existence d'un véritable système de propriété privée. Dans sa lettre à la Reine d'Espagne, Christophe Colomb, qui vient de découvrir les Bahamas, est étonné de l'absence de véritable système de propriété chez Indiens Arawaks³⁶². Un peu plus tard l'aventurier allemand Hans Staden, effectue le même constat :

Ils ne se partagent pas la terre et ne connaissent pas l'argent ; leurs trésors sont des plumes d'oiseaux. Celui qui en a beaucoup est riche ; et celui qui possède une belle pierre à mettre dans ses lèvres passe pour un des plus riches de la tribu³⁶³.

Le célèbre défenseur des intérêts de la Couronne espagnole lors de la controverse de Valladolid, Juan de Sepulveda, use quant à lui de l'argument selon lequel les Indiens « ignorent le droit de propriété³⁶⁴ » pour justifier le droit de conquête des Européens. Au contraire, pour Vitoria, les Indiens comme tous les hommes sont des possesseurs par nature. Leur domaine privé doit donc être pris en considération, car ils en sont propriétaires « sauf démonstration contraire³⁶⁵ ». Comme il le remarque de manière plus explicite dans sa défense du droit de ceux que l'on nomme les naturels :

Même si les Indiens sont aussi frustrés et inaptes à commander, on ne doit pas nier qu'ils aient un pouvoir véritable, et ils ne doivent pas être considérés comme des esclaves³⁶⁶.

Vitoria ne raisonne donc plus seulement en théologien en partant des Écritures, mais aussi en philosophe à partir d'une philosophie réaliste quand il affirme que le domaine privé est inscrit dans les facultés naturelles de l'homme. Dans la lignée de l'adage selon lequel la grâce ne peut violer la nature, les hommes de la Seconde Scolastique considèrent ainsi que le domaine privé de l'homme doit être tenu pour inviolable, y compris sous des motifs religieux. L'homme même marqué par le péché et sans la grâce dispose

³⁶¹ Francisco de VITORIA, *Leçon sur les Indiens*, *op. cit.*, §.7, p. 58.

³⁶² Zinn HOWARD (dir.), *Une histoire populaire des États-Unis. De 1492 à nos jours*, trad. Frédéric COTTON, Paris, Agone, 2002, p. 5-30.

³⁶³ Hans STADEN, *Nus, Féroces et anthropophages*, Paris, Métailié, 2005, p. 192.

³⁶⁴ Juan Ginés de SEPULVEDA, *Tratado sobre la justas causas de la guerra contra los indios (1544)*, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 158 [Notre traduction]. Il en fait justement une preuve de leur infériorité : « [...] Ces petits hommes sont faiblement dépourvus de science [...] n'ont pas de lois écrites mais seulement des coutumes, des traditions barbares. Ils ignorent le droit de propriété. »

³⁶⁵ Francisco de VITORIA, *Leçon sur les Indiens*, *op. cit.*, p. 73. Cela n'empêche pas Vitoria de souligner la minorité des Indiens qui doivent dès lors être soumis à la tutelle des Espagnols. Le texte de Vitoria se compose de deux dissertations prononcées en 1532 : *De indis recenter inventis* et *De jure belli Hispanorum in barbaros*. Pour une édition latine : Francisco de VITORIA, *De indis recenter inventio et de jure belli hispanorum in barbaros*, *Relectiones*, éd. Walter SHÄTZEL, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1952, 178 p.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 74.

par nature d'un domaine propre. En systématisant l'hypothèse de la pure nature, il prend même le risque de séparer, voire d'opposer, le monde créé d'un côté et la surnature de l'autre³⁶⁷. Marie-France Renoux-Zagamé relève ainsi qu'en donnant de nouveaux fondements à la propriété, les hommes de la Seconde Scolastique ont opéré une « sacralisation du domaine humain » décisive dans l'histoire des droits subjectifs³⁶⁸.

Le *dominium* est le support conceptuel de la liberté des Indiens. Quel que soit son état de péché, l'homme est libre dans ses rapports privés et il est détenteur d'un domaine propre, imprescriptible et incessible. Cette idée se retrouve dans l'École du droit naturel et intervient au fondement de la notion moderne de vie privée, comprise comme une sphère de liberté dans laquelle l'homme peut décider de son propre mode de vie. Par cette faculté intransmissible de l'homme privé naît un domaine propre, inviolable, même par le pouvoir politique, et inaliénable par son titulaire, qui ne peut de lui-même renoncer à « certaines de [ses] facultés et à [ses] droits³⁶⁹ ».

Section 2 - Le *dominium* comme support de l'indépendance de l'homme privé

Dans la tradition aristotélicienne et dans le droit romain, il existe, comme on l'a vu, une distinction entre le pouvoir public de gouvernement, qui repose sur la confiance, et le pouvoir du maître de maison, qui s'exerce par un acte subjectif de commandement. Le premier est limité par le fait qu'il s'exerce uniquement sur des membres de la cité et qu'il s'agit d'un pouvoir de type politique, c'est-à-dire qu'il s'exerce sur des hommes libres³⁷⁰. Le second, quant à lui, est un pouvoir domestique, il est circonscrit par nature, dès lors qu'il ne porte pas sur toute chose mais qu'il n'est orienté que vers un certain domaine restreint et s'exerce sous le contrôle des lois. Dans cette perspective, le pouvoir du prince qui s'identifierait à un pouvoir privé serait qualifié de tyrannique. De la même façon, s'il ne respectait pas les titres légitimes dont peuvent se prévaloir les hommes sur leur domaine privé, il ne respecterait pas l'une des fins immanentes de la *Res publica*. Pour le dire autrement, pour les hommes de la Seconde Scolastique, le prince chrétien doit prendre en considération l'intérêt de ses sujets, fussent-ils païens. Parmi les titres légitimes reconnus aux Indiens figure le *dominium* privé, compris non comme un simple droit de propriété mais comme un droit de gouvernement privé qui veut que chacun dispose de ses affaires privées indépendamment des autres (§. 1.). Ce pouvoir reste toutefois limité, dès lors qu'il est fondé sur la nature relationnelle de l'homme et qu'il s'inscrit nécessairement dans un ordre politique (§. 2.).

³⁶⁷ Il s'agit d'une thèse célèbre du jésuite du XX^e siècle : Henri DE LUBAC, *Le mystère du surnaturel, œuvres complètes*, Paris, Cerf, 2000, 368 p.

³⁶⁸ Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Les origines théologiques de la propriété, op. cit.*, p. 115.

³⁶⁹ Francisco de VITORIA, *Leçon sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, 1980, 1^{ère} partie, IV, n. 10, p. 55.

³⁷⁰ Maurice BARBIER, « La notion de *respublica* chez Vitoria », *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne, op. cit.*, p. 89.

§. 1 - Le pouvoir privé comme une liberté d'action dans son domaine propre

De manière très classique, Vitoria relève que « la famille est une partie de l'État³⁷¹ ». La préservation de la liberté du domaine privé passe par le maintien d'un certain nombre de relations privées essentielles qui ne sont pas toutes identiques. Dominique de Soto précise à ce titre que le pouvoir du maître (*dominii*) diffère de celui du père (*patria potestas*) et de celui de l'époux (*manus mariti*)³⁷². Selon lui, le *dominium* privé recouvre néanmoins, dans chacune de ces relations, une capacité d'action de l'homme privé dans ses affaires domestiques. Comme de nombreux ecclésiastiques de cette époque, il considère ainsi par exemple qu'il faut reconnaître la validité des mariages contractés par ceux qu'on appelle alors les naturels, même s'ils ne respectent pas les empêchements du droit canon. Les bulles de Paul III et de Pie IV vont dans ce sens et octroient un certain nombre de dispenses pour valider les unions des infidèles³⁷³. La faculté des esclaves de contracter mariage est également rappelée³⁷⁴. Au nom de la défense de la liberté des Indiens, les maîtres de l'École de Salamanque Cajetan, Vitoria, Soto, Suarez et Banèz excluent les baptêmes des Indiens et de leurs enfants dès lors qu'ils se trouvent encore sous l'autorité de leurs parents³⁷⁵. Ils estiment que le pouvoir légitime doit respecter le principe selon lequel dans sa maison, le père doit pouvoir nouer librement les trois relations de la sphère privée dont parle Aristote, qui sont celles que partage l'homme avec son épouse, celles des enfants avec leurs parents et celles du maître avec ses serviteurs³⁷⁶. La liberté matrimoniale et la liberté d'éducation découlent ainsi d'une même logique de préservation d'un pouvoir de décision dans ce qui relève des attaches privées élémentaires de l'homme.

Le théologien espagnol Vitoria s'attache à définir le *dominium*, car c'est ce qui conditionne, selon lui, l'acte de justice. Comme le définit Thomas d'Aquin, le droit (*ius*) est ce qui est juste (*quod iustum*) et la justice suppose la restitution à chacun du *sien*³⁷⁷. À la différence des auteurs de la nouvelle scolastique, préoccupés par des questions juridiques précises, Thomas d'Aquin ne s'était pas attardé outre mesure sur le *dominium*, qu'il définissait comme la capacité dont disposait l'homme d'user des choses pour son bien³⁷⁸. Vitoria reprend quant à lui une définition de Bartole, qui le caractérise comme un pouvoir de maîtrise, une puissance, une capacité de se servir d'une chose à sa guise conformément aux lois³⁷⁹. Il ne s'agit pas d'une puissance

³⁷¹ Maurice BARBIER, « La notion de *respublica* chez Vitoria » dans Yves Charles ZARCA, *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne*, Paris, PUF, 1999, p. 85.

³⁷² « Nec patria potestas, nec manus mariti in vera domini motione inveniri possunt », Francisco de VITORIA, *Leçon sur le pouvoir Politique*, op. cit., p. 86.

³⁷³ PAUL III, Bulle *Altitudo Divini Consilii* de 1537 et Pie IV, Lettre *Euberant et inde-fessu* de 1563.

³⁷⁴ Charlotte DE CASTELNAU-L'ESTOILE, *Un catholicisme colonial. Le mariage des Indiens et des esclaves au Brésil, XVI^e-XVIII^e siècle*, PUF, 2019, 560 p.

³⁷⁵ Isabelle POUTRIN, *Convertir les musulmans, Espagne, 1491-1609*, Paris, PUF, 2012, p. 241-266 ; Bérénice HAMILTON, *Political Thought in sixteenth century Spain*, Oxford, Oxford at the Clarendon Press, 1963, p. 353.

³⁷⁶ Domingo DE SOTO, *De Domino*, op. cit., p. 164 : « Unde Aristoteles, I *Politicorum*, dicit quod in domo sunt tris parte : una dominica, alterna paterna, alterna conugalitatis ; et declarat hoc qui uxori et filiis praestet non tamquam servi, sed tamquam liberis regendo et gubernando illos. »

³⁷⁷ S. T. IIa-IIae, q. 62, art. 1.

³⁷⁸ S. T. IIa. IIae q. 66 art. 1. Dans cette même question, il distingue la maîtrise qu'exerce le détenteur du *dominium* de la puissance sur la chose qui n'appartient qu'à Dieu.

³⁷⁹ BAROLE [BARHOLDUS], *Com. I Ad D.*, 41, 2, 17, 1, Differentia, n°4 : « Quid ergo est dominium ? Respondo dominus est ius de jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur » dans Bartole DE SASSOFERATO, *Commentaria, In primam Digesti novi partem commentaria*, Venetiis, 1526, reimpr. Anast., Roma, Istituto giuridico Bartolo da Sassoferrato, 1998, (*Il Cigno Galileo Galilei*), fol. 95va.

absolue, mais d'un « contrôle rationnel que l'on a sur soi et sur ses actions » en conformité avec une fin déterminée³⁸⁰. Vitoria se singularise encore de Thomas d'Aquin en définissant le droit comme « ce qui est permis par les lois³⁸¹ », et non comme l'équité ou la chose juste, de sorte que l'exercice de ce pouvoir doit, pour être conforme au droit, se faire dans le cadre de la loi.

Le dominicain Soto, dans son ouvrage sur le pouvoir de maîtrise (*De domino*), s'exprime en des termes quasiment identiques lorsqu'il définit le *dominium*³⁸². Pour lui, cette notion renvoie initialement à une puissance de commandement, et finit par signifier un pouvoir ou une faculté d'user d'une chose dans le respect des lois et du droit raisonnablement établis³⁸³. Le critère de l'indépendance du domaine est donc un élément central de la définition du *dominium* humain. Le maître d'une chose est celui qui dispose d'un pouvoir d'action étendu dans une sphère qui lui est propre³⁸⁴. Il doit disposer d'une zone dans laquelle sa subjectivité peut rayonner librement. Le jésuite Domingo Bañez³⁸⁵ va jusqu'à affirmer en ce sens que le *dominium* constitue non pas une relation entre deux choses, mais un « pouvoir d'agir sur la réalité³⁸⁶ ». Le maître d'une chose est celui qui peut en disposer sans interférence extérieure. Cette liberté découle selon lui de « la perfection de l'âme et de la dignité de l'homme³⁸⁷ ». L'extension de la liberté dans l'usage que la personne peut faire de ses affaires privées est donc fondée sur le sentiment élevé que les auteurs de la Seconde Scolastique se font de la nature humaine. Comme le remarque le juriste Paolo Grossi :

Le *dominium* devient une puissance du sujet, qui a cessé de renvoyer à une pure potentialité abstraite, et est devenue une position de la liberté de l'individu, dynamique, vaste et incisive³⁸⁸.

Si le critère de l'indépendance dans la jouissance de ses choses propres est inscrit dans l'homme, les auteurs de la Seconde Scolastique n'y voient toutefois pas pour autant une puissance illimitée de celui-ci sur lui-même et sur ses affaires. Ils n'opèrent pas non plus de confusion entre la maîtrise dont l'homme dispose sur sa personne et celle qu'il exerce sur des biens extérieurs.

³⁸⁰ Gaëlle DEMELEMESTRE, « *Dominium* et *ius* chez Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Domingo Bañez », *op. cit.*, p. 476-477.

³⁸¹ FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda Secundae del Santo Tomas*, éd. Vincente BELTRAN DE HEREDIA, Salamanca, Biblioteca de teólogos españoles, 1932, q. 62, a. 1, §. 5, t. III, p. 64 : En cela, Vitoria ne fait que se référer au théologien du XIV^e siècle Jean DE GERSON et au canoniste du XV^e siècle Konrad SUMMENHART. Le théologien Gerson peut dire quant à lui que « le droit est une faculté ou un pouvoir immédiat attribué à quelqu'un selon l'ordre de la première justice ». Konrad Summenhart : « le droit est un pouvoir ou une faculté attribuée à quelqu'un conformément à un droit. » Traduction : Maurice BARBIER, « La notion de *dominium* chez Vitoria », *op. cit.*, p. 45.

³⁸² DOMINIGO DE SOTO, *De justitia et jure* (1553), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. II, Livre III, Question II, art. 7, p. 213 : « medium autem justitiae, quia consistit in rerum aequalitate ad alterum [...], ex ipsa natura rerum sumitur. »

³⁸³ DOMINIGO DE SOTO, *De domino* (1534), *op. cit.*, p. 25 : « *Dominium* est potestas vel facultas propinqua assumendi res aliquas in sui usum licitum secundum leges et iura rationabiliter intitutatas. »

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 78 : « *Latius* extenditur scilicet ad potestatem [...]. »

³⁸⁵ DOMINGO BANES (1528-1604) est un jésuite et un membre éminent de l'École de Salamanca.

³⁸⁶ DOMINIGO DE SOTO, *De domino*, *op. cit.*, p. 78.

³⁸⁷ DOMINGO BANEZ, *Decisiones de Iure et Iustitia* (1595), Pampelune, Ediciones Universidad de Navarra, 2008, Livre IV, q. 1, p. 77, trad. Gaëlle DEMELEMESTRE : « *Dominium* et *ius* chez Francisco de Vitoria, Domingo de Soto et Domingo Bañez », *op. cit.*, p. 490.

³⁸⁸ PAOLO GROSSI, « La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica », *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, éd. Paolo Grossi, Milan, Giuffrè, 1973, p. 202-203, cité et traduit par Gaëlle DEMELEMESTRE, « Les dominicains et les Indiens », *Clio Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 16 (2019), p. 22.

§. 2 – Le caractère rationnel et limité du *dominium* privé

Le pouvoir de l'homme dans ses affaires est limité d'une part par le fait que celui-ci ne s'exerce que sur certains biens déterminés, et d'autre part parce que s'il trouve sa source dans la nature de l'homme, il se déploie dans un ordre politique susceptible de lui fixer de justes limites. Vitoria, traitant de l'homicide de soi-même, souligne l'état de dépendance dans lequel se trouve toute personne vis-à-vis de la communauté politique. En un sens, il soutient que l'homme privé « appartient à la République de manière identique à la partie qui appartient au tout³⁸⁹ » et que « celui qui se tue lui-même enlève à la République ce qui lui appartient³⁹⁰ ». Dominique de Soto explique encore que le pouvoir dont l'homme dispose sur lui-même est contenu ultimement par la vie commune et par Dieu³⁹¹. Personne ne pouvant se mettre hors du corps politique, l'homme ne peut légitimement reprendre de lui-même sa propre existence, car elle dépend en quelque sorte de la communauté³⁹². De même que la partie est quelque chose du tout, aucune propriété n'est absolue. L'homme est un être social, un être pour autrui qui doit admettre des limites à l'exercice de sa volonté individuelle. Le frère dominicain consacre ainsi de longs développements pour montrer que l'homme n'a pas de propriété sur sa vie³⁹³. Certes, reconnaît-il, les hommes ont reçu à la création un *dominium* sur eux-mêmes et sur les choses extérieures, mais cela ne fonde pas pour autant un droit de disposer sans limite d'eux-mêmes. Pour expliquer cette idée, il avance que ce pouvoir de l'homme sur lui-même est orienté vers la fructification de son être³⁹⁴. Cette puissance de l'homme n'est donc pas indéterminée mais accordée avec l'utilité commune. Ainsi, la position de Vitoria et de ses disciples sert davantage la justification des fondements naturels, et donc universels, de la propriété, que son absoluté.

La puissance individuelle dont parlent ces scolastiques est doublement limitée, non seulement par l'étendue des objets sur lesquels elle s'applique (elle ne doit pas empiéter sur les droits d'autrui), mais aussi par sa nature même (elle est orientée vers le juste usage de ce qui est placé sous sa maîtrise). En tant que le pouvoir découle de la nature rationnelle de l'homme, il n'est pas la marque d'une volonté arbitraire du sujet. La vie individuelle, si libre soit-elle, ne peut jamais être entièrement privée car elle participe du bien de l'ensemble. La vie humaine étant politique, elle ne peut être assimilée à une propriété privée. L'homme ne peut véritablement se retirer dans une sphère dans laquelle il pourrait s'affranchir définitivement de toute société. La sphère de liberté ainsi évoquée par les maîtres de la Seconde Scolastique s'inscrit donc dans un ordre concret, de sorte que l'indépendance du domaine privé ne coïncide pas encore avec un droit absolu

³⁸⁹ Francisco de VITORIA, *Leçon sur l'homicide, op. cit.*, p. 68.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Domingo DE SOTO, *De domino, op. cit.*, p. 60 : « Quicumque occidat ipsum facit illi iniustitioa, et Deo, et reipublicae, cuius est vita ; sicut ipse occidens se peccat non solum contra caritatem, sed etiam contra iustitiam postquam vita non est propria sua. »

³⁹² En somme, il ne fait que reprendre les arguments de Thomas d'Aquin qui affirme déjà que « la partie, en tant que telle, est quelque chose du tout. Or, chaque homme est dans la société comme une partie dans un tout ; ce qu'il est appartient donc à la société. Par le suicide, l'homme se rend donc coupable d'injustice envers la société à laquelle il appartient. » Thomas D'AQUIN : S.T. IIa-IIae, q. 66, art. 5.

³⁹³ Domingo de SOTO, *De domino, op. cit.*, p. 164 : « Homo non est propriae vitae dominus. »

³⁹⁴ *Ibid.*

sur toute chose, mais se décline en une série de relations singulières entre personnes libres qui érigent un domaine privé³⁹⁵.

Section 3 - La pluralité des *dominium* au sein de la sphère privée

Il existe une tendance ancienne qui conduit à confondre la personne et la chose, ou du moins à considérer que la personne peut se substituer à la chose si celle-ci est volée ou, plus simplement, si elle n'est pas rendue³⁹⁶. La contrainte par corps et les châtiments corporels induisent ainsi souvent implicitement que celui qui ne paie pas sa dette est comptable dans sa propre chair. Les droits modernes, au contraire, ont tendance à séparer nettement la personne et les choses. L'usage du même terme de *dominium* pour désigner la maîtrise de soi et celle de ses biens exige donc de bien distinguer leurs régimes, au regard de leurs différences de nature³⁹⁷. Il n'y a en effet pas de commune mesure entre un pouvoir qui s'exerce sur ses facultés, sur son corps, ses instruments, son espace de vie, ou encore sur son royaume ou son domaine féodal. Il semble que les auteurs de la Seconde Scolastique ont eu conscience de ces différences de cadre juridique entre ces types de domaines distincts et en ont tiré les conséquences³⁹⁸. Alors que le terme *dominium* s'applique confusément à des objets divers et variés, il semble évident que ces auteurs n'avaient aucunement l'intention d'user de cette notion pour désigner des situations absolument identiques. L'usage analogique et non univoque du terme « *dominium* » explique dès lors qu'il soit possible d'user d'un même terme pour protéger les différentes relations du domaine privé. Dans cette perspective, il n'y a absolument pas d'identité entre le pouvoir que l'on exerce sur une chose que l'on possède, celui que l'on exerce sur ses subordonnés et celui que l'on exerce sur soi-même. Le *dominium* désigne des relations de domination qui présentent toutefois certaines similitudes, de sorte que l'on a pu penser que le pouvoir que chacun a sur les choses extérieures est le prolongement de celui que chacun a sur soi-même. Il existe ainsi un premier pouvoir à partir duquel les dominations peuvent se déployer selon des régimes différents.

- Les différences de régime suivant les différences de nature

La notion de *dominium* couvre des relations distinctes et porte sur des objets différents³⁹⁹. Dans son commentaire de la *Somme Théologique*, Francisco de Vitoria relève trois acceptions de ce terme. Il y a le domaine de prééminence (celui du prince, du père et du maître), le domaine de propriété (celui qui s'exerce sur les choses) et enfin le domaine de faculté, qui réside dans la possibilité d'user de quelque chose (celui qui correspond à la jouissance d'un droit)⁴⁰⁰. La maîtrise privée est donc une capacité d'action sur des biens

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 166 : « Quare uxor et filii obediunt sicut liberi per propriam voluntatem et libertatem. »

³⁹⁶ Ceslas PICQ, « La notion analogique de *dominium* et de droit de propriété », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 1 (1931), p. 52-76.

³⁹⁷ Appliquer le droit de propriété des biens à l'ensemble de la catégorie du *dominium* constitue un procédé fréquent pour étendre des règles de droit dans des domaines initialement différents par nature. Sur ce sujet : Jean-Louis BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 265.

³⁹⁸ Jaime BRUFAU PRATS, « La nocion analogica del *dominium* en Sancto Tomàs, F. de Vitoria y D. de Soto, Salamanticencis », *Salamanticencis*, Universitat Pontificia de Salamanca, 1957, p. 96-136.

³⁹⁹ Le *dominium* du maître sur l'esclave ne se confond pas avec celui du chef sur l'homme libre : S. T., I q. 96, art. 2.

⁴⁰⁰ Francisco DE VITORIA, *De Justitia, Comentarios a la Secunda secundae de santo (q. 67-88)*, trad. Vincente BEITRAN DE HEREDIA, Salamanque, Spartado, 1934, t. III, p. 63-87.

privés, mais sa nature se décline en différents modes, selon qu'il s'agit d'une relation liée à l'engendrement (paternité), à l'usage et la faculté de disposer d'une chose (les rapports entre les personnes et les choses) ou à la simple faculté de disposer d'un droit attaché à sa personne (ce que nous avons fini par appeler les droits de personnalité). Ce pouvoir porte aussi bien sur des réalités matérielles que spirituelles, des choses extérieures ou intérieures à l'homme. Les biens privés intérieurs sont ce qu'il y a de plus précieux et font ainsi l'objet d'une protection spécifique. Vitoria estime ainsi que l'on peut appliquer le mécanisme juridique des restitutions aux biens de l'âme, aux biens corporels, aux biens de la fortune, et ultimement aux choses matérielles⁴⁰¹. Le premier des biens privés extérieurs est de nature spirituelle, il s'agit de l'honneur. Viennent ensuite les biens matériels les plus en lien avec le corps, c'est-à-dire les vêtements et les instruments, puis par extension tout ce qui sert au travail et à la vie des particuliers.

La signification la plus abstraite de la notion de *dominium* dans l'usage qu'en ont les auteurs de la Seconde Scolastique pourrait être formulée de cette façon : c'est une maîtrise de ce qui nous revient, « un pouvoir de prendre en charge les objets qui sont soumis⁴⁰² » à notre volonté. Au nom de son *dominium*, l'homme a une faculté concrète d'user de certains biens qualifiés de privés selon les fins propres à l'ordre privé. Les différences de proportion permettent d'identifier une juste mesure dans le libre usage que l'homme peut faire de ses facultés. Comme tout domaine humain, tel que le pouvoir politique et la propriété, le pouvoir de l'homme sur lui-même est d'autant plus réel qu'il n'est pas sans bornes. La domination se déploie pleinement lorsqu'elle s'ajuste à la nature particulière de l'objet dominé. Les maîtres de la Seconde Scolastique rappellent souvent que le domaine humain a son fondement dans un don divin fait à l'homme. Vitoria l'affirme : « Il ne peut y avoir aucun *dominium* qui ne vienne de Dieu, quel que soit le sens donné à ce mot⁴⁰³ ». Il s'agit encore évidemment d'une analogie lorsqu'il est fait référence au domaine divin qui, loin de justifier une puissance arbitraire faisant abstraction de tout ordre, tend plutôt à insister sur le fait que toute puissance humaine doit être subordonnée au Créateur. Une telle présentation conduit à placer le domaine humain dans un *cosmos* extérieur et antérieur à l'homme. Il n'y a donc pas d'identification entre la maîtrise que Dieu a du monde, que la personne a d'elle-même, et celle qui se déploie dans la famille (mari/femme, père/enfant) ou dans le pouvoir de l'homme sur ses choses (propriétaire/bien extérieur)⁴⁰⁴.

- L'inscription du *dominium* dans un ordre politique déterminé

Il en est de même avec l'analogie tirée du pouvoir politique, qui ne justifie aucune « souveraineté de l'individu ». Covarrubias soutient ainsi que le *dominium* du prince, s'il est évidemment un pouvoir supérieur (*summa potestas*) à celui des particuliers, n'est pas total pour autant, et qu'il doit alors respecter les autres

⁴⁰¹ *Ibid.*, §. 50, p. 107 : « Consequenter oportet videre de dominio in bonis spiritualibus et naturalibus, ut sciamus cui debemus illa restitute. Pro quo nota quod triplex est bonum, scilicet naturae, et fortunae et animae. »

⁴⁰² Diego de COVARRUBIAS, *Regulae peccatum, Opera omnia*, t. I, Livre II, chap. 10, p. 533. Traduit dans Gaëlle, DEMELEMESTRE, « L'humanisme rationaliste de Diego de Covarrubias », dans Xavier PREVOST et Luigi-Alberto SANCHI (dir.), *L'humanisme juridique. Aspects d'un phénomène intellectuel européen*, op. cit., p. 388.

⁴⁰³ Francisco DE VITORIA, *La leçon sur les indiens*, trad. Jacques MIGNON, Paris, Cerf, 1997, p. 38.

⁴⁰⁴ Dominigo DE SOTO, *De domino*, op. cit., p. 68 : « Homo homini imperio servili iuste dominatur ; at nec quisquam praeter Deum est dominus totius orbis ; nec homo est dominus propriae vitae, nec vir uxoris, nec pater filiorum ; primogenitus tamen suae habet primogeniturae dominium » [Nous soulignons].

dominium qui peuvent être ceux des juridictions locales ou des titre légitimes des personnes privées⁴⁰⁵. Le pouvoir politique doit donc, pour ces héritiers d'Aristote, être mesuré. Le *dominium* du prince désigne non pas une puissance absolue (*potestas absoluta*), mais une puissance ordonnée au bien commun (*potestas ordinata*). Ils défendent l'idée selon laquelle il existe un lien étroit entre le type de régime et le sort réservé au domaine privé, c'est-à-dire une « corrélation étroite entre la nature, l'organisation du pouvoir et le sort réservé à la propriété⁴⁰⁶ ». Le pouvoir politique n'est pas absolu car relatif au bien commun et le pouvoir privé est fonction d'un bien particulier. Bien compris, le rapport d'analogie exclut donc toute confusion entre les rapports du sujet de droit sur ses choses, avec autrui et avec lui-même⁴⁰⁷. Le *dominium* sur soi renvoie à l'état d'homme libre, qui fait que celui-ci dispose d'un libre choix de ses mouvements et des modalités de sa vie. Le *dominium* du propriétaire se réfère quant à lui à une propriété sur des choses qui prolonge la liberté du sujet. Le *dominium* du prince, enfin, renvoie à son domaine d'action dans la sphère politique. Il est vrai que l'analogie implique davantage qu'une simple ressemblance et induit une certaine commensurabilité entre des réalités qui n'en demeurent pas moins différentes. Bien comprise, cette approche exclut ainsi une identification des différents rapports de domination à une puissance abstraite⁴⁰⁸. Au contraire, dans la mesure où il y a plusieurs types de *dominium*, on peut logiquement déduire une différence de régime.

Que nous enseignent en définitive les penseurs de la Seconde Scolastique sur la question du droit de l'homme dans la gestion de ses affaires privées ? À partir d'un raisonnement qui mêle des intuitions aristotéliennes et un parti pris anthropologique (tout homme a reçu un pouvoir de maîtrise sur une parcelle de la création), les libertés du domaine privé sont considérées par ce courant comme un droit naturel. De même que l'homme est un animal politique et qu'il en découle l'existence d'un État organisé, il est un maître par nature et il doit exister un domaine privé inviolable. Ce *dominium* n'est toutefois pas assimilable à un simple droit de propriété et il ne correspond pas à un pouvoir subjectif abstrait légitimé par un droit de conquête. Cette défense d'une liberté d'action de l'homme privé, en termes de droit inaliénable, constitue déjà ce que nous entendons par vie privée. Cette capacité d'agir librement s'inscrit dans un ordre extérieur et antérieur à la décision humaine. Avant de voir comment cette perspective est reprise dans la pensée de Grotius et de Locke, il convient de rappeler les mutations de la distinction public /privé à l'époque moderne à partir de l'œuvre de Jean Bodin.

⁴⁰⁵ C'est ce que considérerait par exemple Diego de COVARRUBIAS, *Regulae Peccatum*, Lugduni, 1560, Livre II, chap. 10, p. 24.

⁴⁰⁶ Maurice BARBIER, « Pouvoir et propriété chez Thomas d'Aquin : La notion de *dominium* », *op. cit.*, p. 655.

⁴⁰⁷ Christophe ROGUE, « Analogie », dans Michel BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la Philosophie*, Larousse, Paris, CNRS éd., 2003, V° « Analogie », p. 78 : « Du grec *analogia*, d'*analogos*, "qui a même rapport, proportionnel" *ana* indiquant la répétition, *logos*, le rapport. En allemand : Analogie, Gleichartigkeit, de gleich, "même, égal" et Art, "espèce". Aristote a donné une définition explicite de l'analogie : « J'entends par analogie tous les cas où le deuxième terme entretient avec le premier le même rapport que le quatrième avec le troisième. ».

⁴⁰⁸ On pourrait schématiser ainsi la relation de proportion : Faculté/soi = soi/corps = soi/choses = soi/personnes.

Chapitre II – Les ambivalences de la *Res privata* moderne à partir de l'œuvre de Jean Bodin

Il est difficile de réduire Jean Bodin à un théoricien de l'absolutisme si l'on tient compte du fait qu'il a pris bien soin de distinguer le concept de puissance souveraine de ses manifestations concrètes⁴⁰⁹. Le souverain, modèle visible de l'œuvre divine, demeure en effet pour lui un pouvoir humain soumis aux lois de nature. L'œuvre du philosophe éclaire plus largement la modernité politique, non seulement car on y trouve les fondements de l'État moderne, mais aussi car il y apparaît déjà une manière originale d'envisager le partage ainsi que les relations entre la sphère publique et la sphère privée. *Les six livres de la République* sont traversés par cette tension entre la liberté des sujets libres et le pouvoir du prince. Cette opposition passe par un face-à-face entre la puissance souveraine sur la république et la liberté des domaines privés. S'il y a bien une distinction entre le pouvoir public s'exerçant sur les citoyens de la République et le pouvoir privé s'exerçant sur certains dans un domaine propre, il existe aussi un rapport symétrique nouveau entre la puissance publique et la puissance privée. Rien d'étonnant pour celui qui défend une concentration du pouvoir dans la sphère publique similaire à celle qu'exerce, selon lui, le père dans sa maison. Alors qu'Aristote présentait l'autorité paternelle sur le modèle de l'autorité royale mais se gardait bien de faire l'inverse et que Thomas d'Aquin se contentait de relever une ressemblance évidente entre le pouvoir du père et celui du roi, Bodin va bien plus loin et décrit un rapport d'équivalence entre la monarchie paternelle de droit divin au sein de la famille et la puissance souveraine au sein de la République⁴¹⁰. Le père est dans le monde humain « la vraie image du grand Dieu *souverain*, père universel de toute chose⁴¹¹ ». Si dans une perspective aristotélicienne, il demeurerait une différence insurmontable entre les domaines publics et privés, qui tenait au fait que le pouvoir politique s'exerçait sur des hommes libres par nature et que le pouvoir privé reposait sur un rapport d'inégalité et de domination, Jean Bodin assume trouver une correspondance entre le pouvoir souverain et le gouvernement paternel⁴¹². L'auteur des *Six Livres de la République* maintient ainsi un parallélisme très fort entre les deux domaines. Ce lien qu'il systématisait entre les deux types de gouvernement lui permet de puiser au sein même de la sphère privée sa conception de l'indivisibilité du pouvoir politique. Plus tard, Hobbes et Filmer radicalisent ce face-à-face entre la puissance illimitée du père et celle du prince, entre la toute-puissance du monarque et la liberté indéfinie du sujet⁴¹³. L'idée que le père et le prince sont tous les deux détenteurs d'un *dominium* quasi similaire sert à légitimer l'absolutisme du pouvoir de l'État. À l'inverse, la thèse de l'hétérogénéité de ces pouvoirs privé et public, tant dans ses fondements que dans ses finalités, fut, de Locke à Rousseau, l'œuvre de tous les auteurs en lutte contre les thèses d'un pouvoir naturel du prince sur ces sujets⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ Gaëlle DEMELEMESTRE, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e-XVIII^e)*, thèse sous la direction de Chantal DELSOL, Université-Paris Est, dacty. 2009, p. 123.

⁴¹⁰ Ginevra CONTI ODORISIO, *La famille et l'État dans la République de Jean Bodin*, Paris, L'Harmattan, 2007, 140 p.

⁴¹¹ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 4, p. 63 [Nous soulignons].

⁴¹² ARISTOTE, *Les Politiques*, *op. cit.*, 1252b, p. 103 : Voir supra. Chap. préliminaire, Section 1, §. 1, B- La conceptualisation de la distinction du public et du privé.

⁴¹³ Thomas HOBBS, *Le citoyen*, trad. DESTUT DE TRACY, Paris, PUF, 2013, chap. 9, p. 186 : « Le père de famille, les enfants et les serviteurs de la maison, réunis en une personne civile *par la force* de l'autorité paternelle, sont ce qui forme le corps d'une famille. » Un tel domaine « mérite d'être nommée un royaume patrimonial. » [Nous soulignons].

⁴¹⁴ Véronique PARAISO, *Pouvoir paternel et pouvoir politique, réflexion théorique et réponses institutionnelles du XVI^e*, Paris, Connaissance et Savoir, 2005, p. 133-157.

Dans l'esprit de Jean Bodin, il semble que le partage entre le public et le privé ne repose donc plus sur une différence entre deux *domaines différents par nature* mais entre *deux pouvoirs* : celui du particulier, détenteur de droits, et celui du souverain, détenteur d'un « principe d'omnicompétence⁴¹⁵ ». Cela étant, si l'on reste proche des écrits bodiniens, il faut reconnaître que son approche des relations entre le pouvoir et l'individu, entre la sphère privée et la république, est ambivalente. S'il dresse un parallèle entre le gouvernement domestique et celui de la République, il commence aussi son œuvre en séparant les deux domaines (Section 1.). Le rapprochement opéré entre le pouvoir du monarque et le rôle du père conduit ensuite le penseur de l'État à considérer que la science politique doit traiter des questions traditionnellement laissées au domaine privé telles que la subsistance économique, l'éducation, la santé, etc. (Section 2).

Section 1 – La distinction ambigüe entre pouvoir privé et souveraineté

L'humaniste Jean Bodin montre qu'il a bien retenu la leçon d'Aristote selon laquelle la vie politique ne repose pas sur un jeu à somme constante dans lequel plus le domaine privé est grand, plus le champ d'action du pouvoir politique se restreint. L'ampleur de sa pensée repose justement sur la conscience très vive qu'il a du fait qu'il n'existe pas de rivalité entre les deux pouvoirs, mais que la pensée politique se nourrit de l'antagonisme existant entre le gouvernement de la chose commune et la conduite des affaires domestiques. Le deuxième chapitre du livre I porte précisément sur « le mesnage, et la différence entre la République et la famille⁴¹⁶ ».

- Le retour à un partage net entre sphère publique et sphère privée ?

En opérant une séparation fondamentale entre ces deux puissances, Jean Bodin semble reprendre à son compte la distinction aristotélicienne des pouvoirs différents qui s'exercent sur des domaines distincts. Les relations privées semblent en effet selon lui ne pas se confondre avec celles du domaine politique. Le chapitre 6 du premier des *Six livres* ressemble d'ailleurs à première vue au début de la *Politique* d'Aristote :

En tout ainsi que le fondement peut estre sans forme de maison, aussi la famille peut estre sans Cité, ni République, et le chef de famille peut user du droit de souveraineté sur les siens, [...] *mais la République ne peut estre sans famille, non plus que la ville sans maison, ou la maison sans fondement.* [...] Or, quand le chef de famille vient à sortir de sa maison, où il commande, pour traiter et négocier avec les autres chefs de famille, de ce qui touche à tous en général : alors il dépouillait le titre de maître, de chef, de seigneur, pour entrer en la cité, et les affaires domestiques, pour traiter les publiques et au lieu de seigneur, il s'appelle citoyen : *qui n'est autre chose en propres termes, que le franc sujet tenant de la souveraineté d'autry*⁴¹⁷.

De même que le pouvoir souverain appartient à une seule personne et que le monarque ne saurait partager ce pouvoir, le *dominium* désigne donc un pouvoir propre à un seul titulaire, « car le même droit ne peut appartenir à la fois à deux personnes⁴¹⁸ ». Dans son *Tableau du droit universel*, le romaniste averti qu'est Jean Bodin entend par ailleurs rappeler que le mot « *dominium* » n'a pas de sens politique et que « l'acception

⁴¹⁵ Olivier BAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, (*Leviathan*), p. 467.

⁴¹⁶ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 2, p. 39.

⁴¹⁷ *Ibid.*, Livre I, chap. 6., p. 111.

⁴¹⁸ *Ibid.*

pure et simple » de ce terme « en droit romain a le sens de propriété⁴¹⁹ ». La distinction entre puissance publique et puissance privée devance toutefois largement Jean Bodin, en ce que les glossateurs de la fin du Moyen Âge différenciaient déjà clairement le *dominium* public et le *dominium* privé, de sorte qu'en cela il est l'héritier d'une tradition qui le précède largement⁴²⁰.

En rupture avec le système féodal qui repose sur une certaine confusion entre ces deux pouvoirs, il semble reprendre l'ancienne distinction entre le *dominium* privé et l'*imperium* public. La domination de la sphère privée est ainsi séparée du pouvoir du magistrat :

Donc la monarchie royale, ou légitime, est celle où ses sujets obéissent aux lois du monarque, et le monarque aux lois de nature, la monarchie seigneuriale est celle où le prince *est fait seigneur des biens et des personnes* par le droit des armes et de bonne guerre⁴²¹.

Sous ce rapport, Bodin prétend éviter les amalgames entre ce qui relève du public et du privé, entre le pouvoir abstrait du souverain et le pouvoir d'un propriétaire sur ses biens. Le pouvoir du monarque dans la première forme de régime n'est pas une seigneurie, c'est-à-dire un pouvoir privé sur des personnes, mais une puissance d'une autre nature qui présuppose l'autonomie des personnes et des biens⁴²².

- La sphère privée comme limite fonctionnelle au pouvoir du souverain

La souveraineté pensée par Jean Bodin ne fonde par ailleurs aucun gouvernement total, ni même aucun pouvoir illimité. Au contraire, elle peut se comprendre comme une réaffirmation du partage fondamental entre les sphères publique et privée. En séparant conceptuellement la monarchie seigneuriale et la monarchie royale, le romaniste délivre l'État des conceptions patrimoniales de la féodalité mais aussi dépolitiser les affaires privées. Dans le système féodal, le souverain détient « la vie, la liberté, les biens⁴²³ » de ses sujets, alors que dans les monarchies royales, le pouvoir respecte « la liberté et la propriété des biens⁴²⁴ ». De même que le monarque n'est soumis qu'aux lois de nature et aux lois fondamentales⁴²⁵, la liberté naturelle commande « de n'estre sujet après Dieu, à homme vivant et ne souffrir autre commandement que de soy-même⁴²⁶ ». Le rapport entre domaine public et privé est donc avant tout pensé comme un rapport de deux

⁴¹⁹ Jean BODIN, *Exposé du droit universel* (1578), trad. Lucien JERFAGNON, commentaires de Simone GOYARD-FARBE, notes par René-Marie RAMPENBERG, Paris, PUF, 1985, p. 53.

⁴²⁰ Sur le travail des glossateurs : Guillaume LEYTE, *Domaine et domainialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècle)*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 445.

⁴²¹ *Ibid.*, Livre II, chap. 2., p. 34

⁴²² Il reprend en la citant la distinction de Sénèque dont nous avons parlé selon laquelle « Les rois ont un pouvoir sur tout, ils possèdent par puissance et par Empire ce que les particuliers possèdent par propriété. » *Ibid.*, Livre I, chap. 8, p. 224. Voir Chapitre Préliminaire- Section 2 – Le domaine privé du citoyen romain.

⁴²³ Jean BODIN, *Les Six Livres*, II, 2, p. 34.

⁴²⁴ *Ibid.*, Livre II, Liv. I, chap. 3, *op. cit.*, p. 43.

⁴²⁵ *Ibid.* Livre II, chap. 2, p. 35 : « Les monarchies royales ou légitimes sont celles où les sujets obéissent aux lois du monarque, et le monarque aux lois de la nature, demeurant la liberté naturelle et propriété des biens aux sujets. »

⁴²⁶ *Ibid.*, livre I, chap. 3, p. 51.

puissances irréductibles placées l'une en face de l'autre. D'un côté le commandement de la République, de l'autre le commandement des particuliers :

Toute République, tout corps et collègue, et tout ménage se gouverne par commandement, et obéissance : quand *la liberté naturelle qu'un chacun a de vivre à son plaisir* est rangé sous la puissance d'autrui : et toute puissance de commander à autrui est publique ou particulière : la puissance publique gist au souverain qui donne la loi, ou en la personne des magistrats qui ployent sous la loi et commandent aux autres magistrats et aux particuliers ; *le commandement particulier* est aux chefs de ménages, et aux corps et collèges en général sur chacun d'eux en particulier et à la moindre partie de tout le corps en nom collectif⁴²⁷.

Le caractère absolu du pouvoir privé n'a ainsi d'autre tempérament qu'un autre absolu qui est celui de la puissance législative. Il y a ce qu'Odile Tourneux appelle « une tension fondamentale et indépassable qui unit souveraineté et liberté⁴²⁸ ». Conscient du lien d'interdépendance des citoyens et d'indépendance des francs sujets, Jean Bodin refuse tout ordre politique totalisant. Comme il l'affirme :

Or, il (Platon, qui voulait que tous les biens soient communs) ne jugeait pas que si cela avait lieu, la seule marque de la République serait perdue, car il n'y a point de chose publique, *s'il n'y a quelque chose de propre*, et ne se peut imaginer qu'il n'y ait rien de commun, s'il n'y avait rien de particulier⁴²⁹.

Jean Bodin exprime d'ailleurs ses réserves vis-à-vis du « communisme » latent de certains de ses contemporains. Il conteste ainsi les vues de Platon, mais aussi celles du chancelier d'Angleterre Thomas More et celles des anabaptistes, qui mettent tout en commun en n'ayant que faire du partage entre sphère publique et sphère privée⁴³⁰.

Pour le juriste angevin, dans une monarchie légitime, le roi a peut être le monopole de la chose commune mais il doit respecter la vie, la liberté naturelle des sujets et la sauvegarde de leurs biens⁴³¹ de sorte que, les domaines privé et public sont pensés comme « autonomes et indépendants⁴³² ». C'est aussi l'interprétation de Jean-Fabien Spitz, qui remarque :

Il est donc tout-à-fait clair que, en cas de conflit entre le *dominium* des personnes privées et l'*imperium* du prince souverain, c'est le premier qui doit avoir en droit la prééminence puisqu'il dérive de la loi naturelle et du droit des gens.⁴³³

Pour Jean Bodin, la sphère privée semble ainsi être la première limite empirique au pouvoir souverain qui ne peut attenter à ce domaine sans justifier d'un motif légitime. Pour être juste, le pouvoir du monarque doit respecter le domaine privé, mais il n'en demeure pas moins une puissance concentrée en un seul principe, comme dans la sphère privée.

⁴²⁷ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 3, p. 51 [Nous soulignons].

⁴²⁸ Odile TOURNEUX, *La souveraineté à l'ère du néolibéralisme*, Paris, Classique Garnier, 2022, p. 148.

⁴²⁹ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 2, p. 44 : « Mais outre la souveraineté, il faut qu'il y ait *quelque chose de commun, et de public* : comme le domaine public, le trésor public, le pourpris de la cité, les rues, les murailles, les places, les temples, les marchés, les usages, les lois, les coutumes, la justice, les loyers, les peines, et autres choses semblables, qui sont ou communes, ou publiques, ou l'un et l'autre ensemble, car ce n'est pas la République s'il n'y a rien de commun. [...] ». [Nous soulignons].

⁴³⁰ *Ibid.*, I, 2, p. 45 : « Les anabaptistes qui mirent tout en commun hormis les femmes et les vêtements. »

⁴³¹ Jean BODIN, *Les Six Livres*, II, 3, p. 273.

⁴³² Gaëlle DEMELEMESTRE, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e-XVIII^e)*, *op. cit.*, p. 56.

⁴³³ Jean-Fabien SPITZ, *Bodin et la souveraineté*, Paris, PUF, 1998, p. 77.

- Le pouvoir du père comme modèle du pouvoir du monarque

Le juriste opère une certaine identification entre les régimes de commandement et d'obéissance dans la République et dans la sphère privée. Nourrissant une fascination réelle pour la figure du père, conçue selon une image divine, le théoricien de la puissance de la République parle de la souveraineté *en la maison*⁴³⁴ et de souveraineté *sur les siens*⁴³⁵. Selon lui, la *Sala* des Francs saliens signifie « maison⁴³⁶ », de sorte que le pouvoir des rois n'est pas sans lien avec le pouvoir domestique. Le parallèle qu'il dresse entre la souveraineté du prince et la puissance paternelle n'est pas anodin, puisque pour Bodin, la famille sert de modèle à la République. Pour le dire avec un vocabulaire marxiste, il érige le domaine familial en infrastructure de l'intégralité des rapports politiques, non pour étendre l'amitié à l'ensemble de la cité, mais pour transposer dans l'ordre politique les rapports de domination qui se déploient dans la sphère privée⁴³⁷. Les théories bodiniennes de la souveraineté se caractérisent en effet par la concentration de la puissance de commander entre les mains d'un seul comme dans la maison⁴³⁸. Bodin semble ainsi concevoir le pouvoir du monarque sur le modèle du pouvoir unique du père, prince et seigneur de ses affaires privées⁴³⁹. À l'absolutisme du monarque et à son indépendance correspond selon lui l'individualisme du droit romain et la toute-puissance du père de famille dans les affaires domestiques. La symétrie entre le *mesnage* et la *République* se retrouve dans la célèbre définition de la République :

Tout donc ainsi que la famille bien conduite, est la *vray image* de la République, et la puissance domestique semble à la puissance souveraine : aussi est le droit gouvernement de la maison, le *vrai modèle du gouvernement de la République*⁴⁴⁰.

Il y a dans son œuvre un vis-à-vis entre d'un côté le *droit gouvernement* sur plusieurs familles et ce qui leur est commun, sous l'égide d'une puissance souveraine, et d'un autre côté, un autre *droit gouvernement* de plusieurs sujets sur ce qui leur est propre, sous l'obéissance d'une puissance privée.

Si la dualité des domaines semble fondamentale pour Jean Bodin, on observe toutefois dans sa pensée une certaine tendance à voir le pouvoir politique sur le mode d'un pouvoir privé. Son enseignement sur la question du partage entre sphère publique et sphère privée est donc ambivalent, et une subtilité sibylline

⁴³⁴ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 6, p. 112. Cependant, cette étymologie est contestée au XVI^e par François Hotman considère que le mot « sala » fait référence au fleuve du même nom. François HOTMAN, *Franco-gallia* (1574), éd. Antoine LECA, Aix-en-Provence, PUAM, 1991, p. 34.

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, éd. Mario TURCHETTI, Paris, Classiques Garnier, 2013, I, 2, p. 182. Comme le dit Bodin dans le texte latin : « Ainsi, puisque la manière d'établir une République *repose et s'appuie sur le droit gouvernement des familles* comme si elles en étaient les fondations, il faut aborder la première et principale manière d'établir les familles. » [Nous soulignons].

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 184. Dans le texte latin, pour qualifier le groupe privé, Bodin préfère au grec (*oikos*) et au latin (*famulus*) l'hébreu [elep (אֵלֶפֶת)] qualifiant la famille, qui tire sa signification selon un rabbin non du nombre de personnes mais du fait qu'elle soit sous le gouvernement d'un chef [allūph].

⁴³⁹ Jean Bodin n'hésite pas à se référer au pouvoir primitif du père en termes de droit de vie et de mort sur ses enfants, ainsi qu'à son droit de consentir aux unions de ces derniers. Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 2, pour le droit du père sur la vie de ses enfants, p. 39 et 40 et Livre XXIII, 7, sur le consentement au mariage, p. 189.

⁴⁴⁰ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 2, p. 40 [Nous soulignons].

traverse les *Six Livres de la République*. D'un côté, le pouvoir politique est conçu comme devant s'exercer sur des hommes libres et, pour cela, ne doit pas être confondu avec une propriété individuelle ; de l'autre, est avancée la thèse d'un gouvernement concentré, prenant modèle sur la famille. Ces deux idées qui, mises frontalement l'une en face de l'autre, semblent contradictoires, sont pourtant toutes deux contenues dans une seule et même œuvre. L'idée que le commandement politique puisse épouser certaines formes du commandement domestique n'est par ailleurs pas sans conséquence sur l'étendue implicite du pouvoir de l'État, dont l'action devient alors légitime dans n'importe quel domaine.

Section 2 - La famille bien conduite, *vraie image de la République*

Au prétexte de modeler la République sur la famille, Jean Bodin reproche à Xénophon et à Aristote de séparer trop nettement l'économique et le politique, c'est-à-dire la science de la maison et la science du gouvernement⁴⁴¹. Il prend ainsi le parti épistémologique de concevoir le commandement politique sur le mode de la gestion de la maisonnée et avance l'argument selon lequel la trop grande séparation des deux domaines d'étude laisserait penser qu'on pourrait bâtir une ville « sans maison⁴⁴² ». La science de l'État doit alors intégrer les problèmes domestiques. Ce point est décisif pour légitimer l'action du pouvoir politique dans des domaines considérés anciennement comme relevant plutôt de la sphère privée. Dès lors, il en conclut que le domaine public doit couvrir, selon lui, aussi bien l'instruction des citoyens que le partage des richesses et le contrôle des mœurs⁴⁴³. S'agissant de ces dernières, il ne recule pas devant l'idée de proposer la restauration de la magistrature de censeur qu'il imagine comme un moyen de gouverner par-delà les lois, afin d'administrer la cité mieux qu'une maison⁴⁴⁴. L'office de ce magistrat serait de connaître le corps social « pour entendre le nombre et [la] qualité des personnes, soit pour l'estimation et déclaration des biens d'un chacun, soit pour régler et morigerer les sujets⁴⁴⁵ ». Ainsi, en même temps qu'il reconnaît une limite de principe à l'action politique, Jean Bodin octroie ainsi au souverain la responsabilité colossale d'organiser et de connaître l'ensemble du corps politique.

Qu'y a-t-il de moins conforme à l'indépendance fonctionnelle des affaires privées que cette vieille magistrature romaine, qui avait pour charge de veiller sévèrement sur les mœurs des citoyens ? Une telle proposition semble contradictoire avec sa propre conception de l'autonomie de la sphère individuelle et domestique. Pour déterminer le corps civique, les citoyens romains devaient se présenter annuellement aux censeurs au Champ-de-Mars et déclarer leurs biens et la composition de leur famille. Le juriste a recours à

⁴⁴¹ *Ibid.* p. 39-40 : « Ainsi Xenophon et Aristote, sans occasion à mon avis, ont divisé l'oeconomie de la police [...]. Or nous entendons par la mesnagerie, le droit gouvernement de la famille, et de la puissance que le chef de famille a sur les siens, et de l'obéissance qui lui est due, qui n'a point été touchée aux traictés d'Aristote et de Xenophon. Tout ainsi donc que la famille bien conduite, est la vraye image de la République, et de la puissance domestique semble à la puissance souveraine : aussi est le droit gouvernement de la maison, le vray modèle du gouvernement de la République.»

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ Jean BODIN, *Discours sur l'éducation de la jeunesse prononcé devant le sénat de Toulouse* (1559 dans *Œuvre philosophique*, Paris, Presses universitaires de France, 1952, p. 245.

⁴⁴⁴ *Id.*, *Les Six Livres*, VI, 2, p. 104 : « les grands marchands tiennent un livre, qu'ils appellent livre secret, et qui ne peut circuler dans les mains de ceux qui ne travaillent pas. Le Maître le conserve près de lui et y résume la totalité de ce qu'il possède. Le Prince devrait agir de la même manière pour ce qui regarde les affaires de son état.»

⁴⁴⁵ *Ibid.*

ce précédent romain pour justifier la prérogative étatique de collecte d'informations et de contrôle des populations. Selon lui, la compétence économique de l'État permet de mieux lever l'impôt par la connaissance des revenus, mais aussi de contrôler les particuliers :

Bannir les vagabonds, les fainéants, les voleurs, les pipeurs, les ruffians, qui sont au milieu des gens de bien comme les loups entre les brebis : on les verrait, on les marquerait, on les connaîtrait partout⁴⁴⁶.

En tant que gouvernement immédiat, l'État moderne suppose une connaissance accrue des gouvernés. Cela lui est prodigué par la statistique et le gouvernement par le nombre. Dans cette nouvelle perspective, s'opère un véritable dépassement de l'opposition sur laquelle se fonde la distinction bodinienne entre sphère publique et sphère privée. La puissance du souverain repose d'ailleurs sur les lumières qu'il peut tirer de la connaissance de la cité pour la gestion pour la « mesnagerie des finances⁴⁴⁷ ». Les hommes justes ne peuvent selon lui refuser ce savoir et, comme il l'affirme :

Il n'y a que les trompeurs, les spieuteurs, et ceux qui abusent les autres, qui ne veulent pas qu'on descouvre leur jeu, qu'on entende leurs actions, qu'on sçache leur vie : mais les gens de bien, qui ne craignent point la lumière, prendront toujours plaisir qu'on cognoisse leur estat, leur qualité, leur bien, leur façon de vivre⁴⁴⁸.

Analysant la pensée de Bodin, Thomas Berns relie cette volonté de surmonter l'interdit biblique du dénombrement par la restauration de la magistrature du censeur, avec le « nouvel idéal de lumière, de connaissance et de maîtrise totale⁴⁴⁹ » du corps politique par l'information. Au moyen d'un pouvoir de surveillance étendue du royaume, les mœurs, le travail, l'état civil et l'éducation deviennent des questions relevant potentiellement du domaine de l'État aux dépens de la séparation traditionnelle entre la sphère privée et le domaine public.

L'ambivalence de la pensée de Jean Bodin est celle de la modernité politique. Si la partition entre les domaines public et privé se poursuit jusqu'à la Révolution Française, l'omnicompétence de l'État n'a cessé de croître. Le juriste Charles Loyseau reprend cette distinction entre la seigneurie publique vue comme puissance de gouvernement et la seigneurie privée vue comme puissance de propriété⁴⁵⁰. Son *Traité des Seigneuries* illustre parfaitement la systématisation du partage entre la sphère de l'État et celle des particuliers⁴⁵¹. Loyseau y distingue constamment ce qui est par nature public et ce qui est privé⁴⁵². Au XVIII^e

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*, Livre VI, chap. 1, p. 7.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, Livre VI, chap. 1, p. 17-18.

⁴⁴⁹ Thomas BERNES, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009, p. 67.

⁴⁵⁰ Brigitte BRAVANT-GAUDEMET, *Aux origines de l'État moderne : Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, (*Études juridiques : histoire du droit*), 1977, p. 78.

⁴⁵¹ L'opposition des deux seigneuries dans un même paragraphe revient à trente-quatre reprises dans le traité des seigneuries : Avant-propos : 1 ; chap. 1 : 26, 28, 31, 32, 33, 34, 54, 62, 78, 81, 87, 88, 88 ; chap. 2 : 1, 43, 54, 55 ; chap. 3 : 8, 31, 42, 47, 84 ; chap. 10 : 44, 46 ; chap. 11 : 19 ; chap. 12 : 4, 22, 84, 85, 90, 96 ; chap. 16 : 8.

⁴⁵² La puissance publique n'est pas une simple puissance privée, la fonction ou la charge publique est au-dessus de toute charge ou fonction privée. Enfin, le sceau public ne se confond pas avec le sceau privé.

siècle, la séparation des domaines royaux et seigneuriaux passe pour immémoriale. Dans son *Traité du domaine*, Lefèvre de Laplanche peut ainsi affirmer :

Des *bornes immuables* séparent les seigneuries privées, qui est le droit d'user d'une chose, comme l'on veut, si les loix ne restreignent pas cet usage par quelque prohibition, et la seigneurie publique qui est le droit de dicter des loix et prononcer des jugements, et de les faire exécuter par la force⁴⁵³.

Parallèlement à cela, Antoine de Montchrestien poursuit l'entreprise bodinienne de subversion de la distinction entre l'*oïkos* et la *polis*, en proposant une science de la gestion de ce qui est commun « aux Républiques aussi bien qu'aux familles⁴⁵⁴ ». Le disciple de Jean Bodin s'appuie lui aussi sur l'image du censeur romain, auquel il attribue un rôle fiscal, statistique et de surveillance des mœurs⁴⁵⁵, peu importe s'il doit « éventer le secret des maisons⁴⁵⁶ ». Dans son *Traité d'oeuconomie* politique, il reprend d'ailleurs sensiblement les mêmes termes que son maître :

On peut fort à propos maintenir, contre l'opinion d'Aristote et de Xénophon, que l'on ne sauroit diviser l'oeconomie de la police *sans démembrer la partie principale de son Tout*, et que la science d'acquérir des biens, qu'ils nomment ainsi, est commune aux républiques aussi bien qu'aux familles⁴⁵⁷.

La notion de *mesnagerie publique*, au service de ce que l'on nomme désormais économie, comprise comme la science de la gestion d'une grande famille qu'est le royaume, devient un lieu commun de la science politique⁴⁵⁸. C'est ainsi octroyer à l'État la capacité de gouverner l'économie, c'est-à-dire les corps, et de remplacer l'Église dans la direction pastorale des hommes. Il peut ainsi devenir un organisme proprement moderne. La communauté politique des entités indépendantes, tend à devenir un ensemble social lié par une solidarité forte. Il y a certes une séparation de principe entre les individus, entre les pouvoirs public et privé, mais la symbiose entre les différentes parties n'échappe pas au gouvernement politique qui, de fait, dispose alors d'une compétence de gestion économique de l'ensemble du corps politique⁴⁵⁹.

En évacuant la différence de nature entre le gouvernement de la cité et la gestion des affaires domestiques, Montchrestien calque la science de l'État sur la science du foyer⁴⁶⁰. Le corps politique est donc décrit de manière organique mais sur un mode entièrement économique. La république a son âme végétative

⁴⁵³ M. LEFEBRE DE LAPLANCHE, *Traité du domaine*, Paris, Saillant, 1764, p. 26.

⁴⁵⁴ Antoine de MONTCHRESTIEN, *Traité d'économie politique*, Genève, Slatkine Reprints, 1970, p. 67.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.* p. 236. Comme il le dit encore : « Maintenant qu'en toutes Républiques il y a mille sortes d'impôts, non connus, il semble être beaucoup plus nécessaire que chacun donne son bien par déclaration et fasse connaître quel est son revenu ». *Ibid.*, p. 234.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Antoine de MONTCHRESTIEN, *Traité d'économie politique, op. cit.*, p. 24 : « De ma part, je ne puis que je ne m'estonne comme en leurs traitez politiques, d'ailleurs si diligemment escrit, ils ont oublié ceste *mesnagerie publique*, à quoy les nécessités et charges de l'État obligent d'avoir principalement égard. » [Nous soulignons].

⁴⁵⁹ Cet aspect de la notion moderne de souveraineté est déjà relevé par Jean PICQ, *Histoire et droits des États : la souveraineté dans le temps et l'espace européens*, presses de science po, 2005, p. 230 ; Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, (*Léviathan*), p. 51, et Charles DEBBASCH, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, Paris, Économica, 2001, p. 26.

⁴⁶⁰ L'État est présenté comme une famille sur un mode séculier et non sur un mode spirituel, contrairement à ce que l'on a pu observer dans la période précédente avec l'Église.

(laboureurs), son âme sensitive (les artisans) et son âme cognitive (les marchands)⁴⁶¹. C'est un discours que l'on retrouve aussi chez les physiocrates du XVIII^e siècle, qui invitent à lever les barrières pour faire circuler les richesses qui sont le sang du royaume, conçu matériellement comme un seul et même corps régulé ou autorégulé non par des lois politiques mais par des principes homéostatiques⁴⁶². Une telle perspective permet la prise en charge par l'État ou par des institutions extérieures au seul domaine privé de l'économie, de l'éducation et du droit privé. Il est fréquent de présenter la modernité comme une simple sortie des sociétés anciennes conçues sur un mode organique, mais il existe aussi à la période moderne une tendance à élargir le domaine politique par une confusion plus ou moins consciente entre les affaires publiques et privées. La pensée de Bodin illustre bien ce paradoxe. L'État moderne émancipe l'individu, mais c'est en permettant l'avènement d'une puissance politique tutélaire qui transcende les catégories publiques et privées. La position du juriste angevin, qui insiste sur l'autonomie de la sphère privée tout en posant le principe de l'omnicompétence de l'État, est symptomatique d'une exaltation corrélative du pouvoir politique et de la liberté de l'individu. Sa pensée a des effets ambivalents, malgré un plaidoyer implicite pour la sortie de la féodalité. Le partage classique entre *polis* et *oikos* n'est pas pleinement réhabilité, puisque les affaires du foyer intéressent le gouvernement politique. Comme l'explique Thomas Berns, le risque d'omnipotence du souverain explique « l'entrée du politique dans la vie privée, mais aussi l'entrée de la vie privée dans le politique⁴⁶³ ». Au sein de la « mesnagerie publique », le privé devient un enjeu de droit alors que s'estompent les bornes naturelles entre la vie de la maison et celle de la cité. Pour les Modernes, le domaine privé devient donc le domaine des droits mais il semble vidé de tout contenu prédéterminé. Le rapport ambivalent de la modernité à la sphère privée est aussi très bien exprimé par le philosophe Olivier Rey :

D'un côté, en effet, la modernité va distinguer clairement la sphère publique de la sphère privée, dans la mesure où la première demande adressée par les Modernes à la politique n'est pas de participer activement aux affaires publiques, mais de pouvoir vaquer comment ils le souhaitent à leurs propres affaires et d'être protégés dans leurs jouissances personnelles. [...] D'un autre côté, au nom même de cette demande adressée à l'État de veiller de façon rationnelle, efficace et équitable sur la vie des citoyens, jamais l'attention publique n'ira aussi loin dans le recueil d'informations concernant la sphère domestique. Le partage aristotélicien entre polis et oikos, la cité et la maison, la politique et l'économie, ira donc s'effaçant – l'économie deviendra politique, et la politique économie⁴⁶⁴.

À la période moderne, la protection de la vie privée n'empêche pas une certaine confusion entre les fonctions du privé et celles du public. Il y a donc dès Jean Bodin un mouvement de privatisation de la chose publique et de publicisation du privé. On peut ajouter à cela que le gouvernement privé est vu désormais comme une pure puissance et non comme un espace d'interactions sociales autonomes. Il n'est donc pas

⁴⁶¹ Antoine de MONTCHRESTIEN, *Traité d'économie politique, op. cit.*, p. 58.

⁴⁶² Reinhard BACH, « Les Physiocrates et la science politique de leur temps », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, t. 20/2 (2004), p. 5-35 ; Munis de la notion de « physique sociale », d'où ils tirent leur nom de « Physiocrates », ils proposent un ordre social fondé non plus sur des lois humaines contingentes ni sur des lois divines révélées mais sur la nature.; Serge LATOUCHE, « L'ordre naturel comme fondement imaginaire de la science sociale » dans *Ordre, nature, Propriété*, dir. G. KOTZ, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985, 291 p. ; Anthony MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, 586 p.

⁴⁶³ Thomas BERN, *Gouverner sans gouverner, une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009, p. 116.

⁴⁶⁴ Olivier REY, *Quand le monde s'est fait nombre*, Paris, Stock, 2016, p. 20.

étonnant que la pensée politique ultérieure tende à se focaliser sur la question du pouvoir privé compris comme une puissance individuelle. La grande question des juristes du droit naturel fut alors celle de l'origine et de l'étendue de ce pouvoir. Les jusnaturalistes modernes ont toutefois inversé la perspective de Jean Bodin. Là où le défenseur de la souveraineté prétendait créer un ordre en partant du haut vers le bas, les théories du droit naturel moderne partent du domaine privé pour imposer d'en bas des droits à l'ensemble de la République. Les principes normatifs déduits de la nature de l'homme sont utilisés afin d'affirmer l'autonomie de l'homme, sa liberté d'action et finalement « repousser partiellement l'État et ses prétentions⁴⁶⁵ ». Les principes posés par ces auteurs reprennent l'idée de droits inhérents à la nature de l'homme, d'un droit de propriété et d'une liberté d'action qui sont intangibles malgré le pouvoir absolu de l'État. La propriété – telle qu'elle se retrouve déjà dans l'œuvre de Grotius, de Locke et enfin chez les parlementaires et les physiocrates français du XVIII^e siècle – qualifie non seulement un droit foncier, mais aussi une liberté, celle de disposer soi-même de ses propres affaires. Est ainsi relayée l'idée selon laquelle l'homme est tributaire d'un *dominium*, d'une *property*, ou d'une propriété de soi, ou d'un faisceau de droits inviolables qui dessinent les contours de la sphère privée.

Chapitre III – La liberté comme *dominium* privé, du jusnaturalisme aux Révolutions modernes

Les juristes de la Renaissance sont souvent présentés comme ceux qui systématisent la science du droit à partir de nouveaux postulats et d'une redécouverte des sources⁴⁶⁶. Suivant une lecture critique des écrits des Anciens, ils prétendent retrouver la logique primitive des textes ou du moins en formuler une interprétation plus authentique⁴⁶⁷. L'approche historique du droit romain est alors l'occasion d'un changement épistémologique. Il ne s'agit plus tant d'expliquer de manière raisonnée et didactique des objets de la science juridique, mais bien de dérouler une logique déductive à partir d'axiomes considérés comme inscrits dans la nature humaine. La constitution d'une série de droits sur son domaine privé constitue ainsi le socle des nouvelles présentations du droit romain. Le jurisconsulte de l'École de Bourges Hugues Doneau envisage une nouvelle classification des droits à partir du sujet et systématisé l'identification du droit (*ius*) à

⁴⁶⁵ Michael STOLLEIS, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne (XV^e-XXI^e siècle)*, Paris, Classiques Garnier, 2018, p. 60.

⁴⁶⁶ Jean-Louis THIREAU, « Humanisme juridique », Stéphane RIALS et Denis ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, V^o « Humaniste (Jurisprudence) », p. 795 et s. ; Xavier PREVOST, « *Mos gallicus jura docendi*. La réforme humaniste de la formation des juristes », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 89 (2011), p. 491-513 ; Jean-Louis THIRAU dans : Jean-Louis THIREAU, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits*, Paris, t. 26 (1997), p. 81-100.

⁴⁶⁷ Jean BODIN, *La méthode de l'histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 1941, p. 274 : « La plupart des fragments de droit romain que nous possédons ont été remaniés par de misérables Grecs ; car les quinze fonctionnaires préposés par Justinien au rétablissement des lois alors que tout était submergé sous une barbarie honteuse, troublèrent si bien les sources du droit qu'on n'y peut presque rien puiser qui ne soit souillé de boue et d'excréments. »

un pouvoir (*dominium*)⁴⁶⁸. Le droit dont chacun peut réclamer la restitution est en effet, selon lui, un pouvoir de suprématie que l'individu peut exercer sur ce qui lui revient, c'est-à-dire sur toute *sa chose privée*⁴⁶⁹. Partant de principes généraux pour arriver à des règles secondaires, il opère une mise en ordre du droit civil romain en mettant en avant la puissance de chaque personne sur ses biens privés élémentaires⁴⁷⁰. Doneau reprend ainsi des sources romaines pour rappeler que le *dominium* désigne un pouvoir portant non seulement sur des biens corporels mais aussi sur toute la maison, et une indépendance dans la gestion de ses affaires⁴⁷¹. La relecture par le jurisconsulte du corpus du droit romain le conduit à décrire, à côté des droits sur les choses extérieures, des droits situés *dans* sa propre personne (*ius in persona ipsa*)⁴⁷². Comme il l'affirme encore dans l'épître dédicatoire de son *Commentaire de droit civil* :

*Il n'y a personne qui ne vive sans avoir quelque droit sur des biens privés, ou, s'il n'en a pas sur des biens privés, du moins sur des biens publics et communs, comme l'air, la mer, les fleuves, les routes et les lieux publics, dont l'usage est ouvert à tous. Mais même à défaut de tels biens, il n'y a aucun homme qui n'ait quelque droit en sa personne même. Il existe en effet des droits attribués par Dieu à chacun en sa propre personne, et que les hommes pourraient dire leurs biens plus que ceux qu'ils s'attribuent sur les choses extérieures ; ces droits sont la vie, le corps, la liberté, et d'autres en ce genre*⁴⁷³.

Dans son esprit, la vie, le corps et la liberté constituent donc ces biens privés élémentaires sur lesquels chaque homme dispose d'un droit de nature et dont il peut demander la restitution s'ils sont accaparés par autrui⁴⁷⁴. Le pouvoir dont dispose le sujet de droit porte donc d'abord sur ce qu'il a de plus propre (le fait d'exister, l'intégrité physique, la capacité d'action) avant de s'étendre aux choses extérieures qui constituent des droits réels (*ius in res*) et enfin aux actions et aux moyens procéduraux pour se défendre (*ius de re*). Il ne faut pas s'y tromper, si ce classement semble reprendre la logique traditionnelle des *Institutes*, il ne repose plus sur une hiérarchisation des domaines matériels mais sur une répartition de droits, d'une puissance, d'un *dominium* contenu dans chacun des individus. L'un des disciples de Doneau, Arnoldi Vinnius commence aussi par relever qu'il y a dans chaque personne des choses qui doivent être respectées, qui sont

⁴⁶⁸ Michel VILLEY, « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue Historique de Droit français et étranger*, t. 24 (1945), p. 201-227.

⁴⁶⁹ Hugonis DONELLI [Hugues DONEAU], *Commentariorum de iure civili, Opera omnia*, Florentiae, Osualdi, 1845, Livre IV, chap. 5, t. III, p. 699 : « Uniuscuiusque domini in re sua ius unum summum est, quos appellamus dominium [...] Sunt ergo res privatae, quae privatim sunt cuiusque, unde et privatarum nomen ; et uno verbo quae sunt singulorum. »

⁴⁷⁰ Voir sur cette question, voir Peter STEIN, « Donellus and the origins of the modern civil law », *Mélanges F. Wubbe*, Université de Fribourg, 1993, p. 450 ; Xavier PREVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », *op. cit.*, p. 119-138.

⁴⁷¹ Hugonis DONELLI [Hugues DONEAU], *Commentariorum de iure civili*, Francofurti, Andreae Wechelheredes, 1547, Livre IX, chap. 8, p. 424 : « Dominus dictus a domo, ut intelligatur is, qui in domum, in res quae domi sunt, quaeque ad domum referuntur, jus potestatemque obtinet ; ut declaratur illo versu Ennii saepe usurpato a Cicerone, *O domus antiqua quam dispari domino dominaris* : in quo apparet dominum et dominari a domo velut coniugatione consulto esse deducta. »

⁴⁷² Hugonis DONELLI [Hugues DONEAU], *Commentariorum de iure civili, Opera omnia*, Florentiae, Osualdi Hilligreri, 1840, Livre I, chap. 1, §. 3, t. I, p. 3 : « Nam, cum jus nostrum cuiusque positum sit partim in persona ipsa cuiusque, partim in rebus externis ; [...] »

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 88 [Nous soulignons].

⁴⁷⁴ Hugonis DONELLI [Hugues DONEAU], *Commentariorum de iure civili*, Francofurti, *op. cit.*, Livre II, chap. 8, p. 239 : « In persona cuiusque id nostrum est, quod tribuitur personae, id est quod cuique ita tribuitur, ut si id habeat in sese, etiamsi desint res caeterae externae. Haec a *natura cuique tributa* sunt quatuor : vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. » [Nous soulignons].

« la vie, l'intégrité corporelle et l'honneur ⁴⁷⁵ ». Le domaine privé dessiné par les droits subjectifs de chaque personne s'étend selon lui également en premier lieu sur le corps, sur les actions et en second lieu sur les biens extérieurs.

Outre la question des objets sur lesquels se fixent les pouvoirs de l'homme, les Humanistes centrent leur approche sur l'origine de ce domaine privé. Là où Aristote en posait les fondements dans la procréation et où Ulpien, repris dans le Digeste, expliquait la notion de droit naturel en premier lieu par le mariage que la nature enseigne à tous les animaux, Étienne Pasquier illustre la loi de nature par la préservation solitaire de soi et l'appropriation privée⁴⁷⁶. Elle se trouve selon lui dans cette tendance naturelle qui impose de se réfugier dans son espace privé :

[L'homme est guidé par] cet instinct de nous défendre et conserver, *en nostre particulier*, est une espèce de droit qui court naturellement entre tous les animaux [...]. Ce droit de se revancher et défendre, puisé du droit de nature, est du commencement, brute en soy [...].il reçoit *polissure par la main du magistrat politique* ⁴⁷⁷.

Le commentateur du droit romain va bien au-delà de ce que décrivent les *Institutes* pour raisonner à partir d'un état fondamental de l'homme. Il place le *dominium* de l'homme dans une nature pure, axiomatique et anhistorique. Il conçoit ainsi la nature comme contenant en elle-même une série de principes *a priori* desquels on peut tirer des droits naturels⁴⁷⁸. Avant Grotius et Locke, il considère que le domaine privé procède d'un droit pré politique, qui naît par-delà la main du magistrat, lequel n'intervient que pour tempérer l'action individuelle. Ce premier domaine, fondé sur l'instinct, légitime la reconnaissance d'un droit de résistance à l'oppression en cas d'agression extérieure. Il s'impose donc immédiatement à l'ensemble du droit positif et se trouve opposable au pouvoir politique.

À partir de la démonstration du fait que l'homme est propriétaire par nature, les auteurs jusnaturalistes modernes érigent leurs postulats anthropologiques en norme positive. Comme on le sait, par les mains adroites du juriste hollandais Grotius, la question du droit naturel est entièrement débarrassée de son ancrage théologique. Le recours à un état de nature pré-politique ne rompt toutefois pas immédiatement avec son fondement aristotélicien. Dire que l'homme est un animal politique revient en effet à affirmer qu'il est ordonné à la cité, mais ne signifie pas pour autant que l'on ne puisse pas l'envisager successivement de manière isolée puis de manière civile. Ce qui est nouveau, c'est que dans les définitions modernes du droit naturel, les conjectures tirées de la nature prennent une valeur normative directe. Il s'agit de bâtir un véritable droit positif à partir « des qualités que tout être humain possède *nécessairement*⁴⁷⁹ ». Vont ainsi être déduites des règles à partir d'axiomes fixes, présumés être admis par tout le monde et censés être valides car découlant

⁴⁷⁵ Arnoldi VINNIUS, [Arnold VINNIUS], *Jurisprudentia contractae sive Partitionum juris civilis*, Lyon, Petribruyset et Sociorum, 1747, Livre I, chap. 2, p. 9 : « In persona sunt ea, quae personae cujusque tribute sunt ; ut vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. »

⁴⁷⁶ ULPPIEN, *Institutionum*, 1, Dig. 1, 1, 1, 3.

⁴⁷⁷ Étienne PASQUIER, *L'interprétation des institutes de Justinien*, Paris, Videcoque, éd. 1847, p. 22.

⁴⁷⁸ Henri TORRIONE, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ? », Gavric ANTO, Sienkiewicz W. GRZEGORZ (éd.), *État de bien commun, Perspective historique et enjeux ético-politiques-Colloque en hommage à Roger Berbousoz*, Berne, Peter Lang, 2007, p. 47-48.

⁴⁷⁹ Léo STRAUSS, « Le droit naturel, Conférence donnée le 9 janvier 1946 à Annapolis », trad. Emmanuel PATARD, *Archives de Philosophie*, t. 79/ 3 (2016), p. 453-484 [Nous soulignons].

de principes intangibles juridiquement absolus et non d'une convention entre des volontés⁴⁸⁰. La saisie de l'homme dans son état d'origine, avant qu'il ne soit pris par la société, sert à déduire l'étendue du *dominium* ou la quantité de liberté privée possédée par chacun. Là encore, l'une des problématiques fondamentales mise en avant par les jusnaturalistes modernes est celle du domaine privé et de la reconnaissance de l'indépendance naturelle de tout homme. Se pose alors la question de savoir quelle est la situation originelle de cette sphère privée, qui doit servir d'axiome au droit.

Au début du XVII^e siècle, Althusius présente le domaine privé non sur un mode individuel, mais dans sa dimension communautaire. L'union des personnes conduit selon lui à la formation d'une « communauté symbiotique » d'individus décidés à mener la même vie privée⁴⁸¹. Pour ce penseur de la subsidiarité, il existe une collectivité du privé qui précède le contrat social. C'est seulement à partir de ce premier regroupement naturel que s'effectue ensuite le contrat formateur des communautés publiques ou universelles (*universitas*). À l'instar de *oïkos* décrit dans *Les Politiques* d'Aristote, ces alliances primitives se créent par la communication des premiers biens concrets entre les personnes. L'intensité de l'activité qui se déploie dans la famille, l'étroitesse des liens forgés par l'amitié et la nécessité font de cet univers la source de toutes les autres communautés symbiotiques⁴⁸². Cette union d'hommes privés qui précède la communauté politique s'opère, dans un second temps, par la mise en commun des choses, le déploiement d'une action commune et la communication de droits (*communicatio rerum, operarum, juris*)⁴⁸³. De cet écosystème naturel découle ensuite un domaine protégé par le droit.

Ce n'est pas cette approche qu'ont retenue les auteurs ultérieurs dans leur description des origines des droits de la sphère privée. Pour déduire le caractère naturel du domaine privé, la majorité des juristes de l'École du droit naturel, à la suite de Grotius, ne s'appuient en effet plus sur les relations domestiques mais bien sur le phénomène de l'appropriation du sol. Il ne s'agit plus de partir de la communion des personnes mais du phénomène de partage de l'espace. Il n'est pas surprenant que notre notion de vie privée soit alors comprise comme un pouvoir de l'homme dans sa sphère privée, dès lors que le nom moderne pris par le privé est celui de propriété. Comme les hommes de la Seconde Scolastique, le juriste hollandais Grotius use lui aussi de la notion de *dominium* pour qualifier un droit général octroyé à chaque individu sur toute sa personne et ses affaires privées (Section 1). Cette notion semble reprise par Locke au travers de la notion de *property*, qui en fait la matrice d'une seigneurie de l'homme sur sa vie, sa liberté et ses biens (Section 2). Enfin, au XVIII^e siècle en France, il est fréquent de condenser sous les vocables de propriété et de propriété de soi-même l'idée de liberté individuelle (Section 3).

⁴⁸⁰ D'où la critique de n'être plus du droit naturel, mais un droit positif supérieur, un *droit des gens* que l'on nomme naturel.

⁴⁸¹ ALTHUSIUS, *Introduction à la Politica methodice digesta de Johannes Althusius*, trad. Gaëlle DEMELEMESTRE, Paris, Cerf, 2012, §. II, p. 69 [Nous soulignons]. Comme le dit Althusius : « Les causes efficientes de cette consociation privée et simple sont des hommes individuels qui contractent entre eux pour communiquer ce qui est nécessaire et utile pour instituer et vivre dans une vie privée. »

⁴⁸² *Ibid.*, p. 70 : « C'est pourquoi l'on appelle justement cette société, la plus active, amicale, nécessaire et unie, parce qu'elle est le germe de toute vie symbiotique. On appelle ainsi ses membres des alliés et amis. »

⁴⁸³ *Ibid.*

Section 1 - La vie comme première propriété individuelle dans l'œuvre de Grotius

Suivant un chemin tracé par les théologiens juristes de la Seconde Scolastique, le jeune jurisconsulte Hugues de Groot ne nie pas que la terre a été donnée en commun à l'humanité. Si personne ne peut prétendre bénéficier d'un titre directement donné par Dieu, le sol a nécessairement dû être approprié par les États et les individus. L'appropriation est donc le fruit d'un processus naturel inéluctable dont il faut pouvoir rendre raison. Dans l'expérience humaine, il y a bien des dominations individuelles et les mots de « *dominium* » et « *proprietas* » sont, pour Grotius, interchangeables. Pufendorf ne dira pas l'inverse sur ce point :

Pour le Domaine ou Propriété (car nous n'attachons à ces deux termes qu'une seule et même idée), c'est un droit en vertu duquel le fond et la substance d'une chose appartient à quelqu'un, de telle sorte qu'elle n'appartient à aucun autre, du moins entièrement et de la même manière⁴⁸⁴.

L'une des questions centrales que posent les jusnaturalistes est donc celle de savoir comment le *dominium* que tous les hommes partageaient en commun a pu devenir *proprietas*, c'est-à-dire ce droit individuel de disposer d'un bien à l'exclusion de tous les autres. Traitant du droit des gens, le juriste est amené à écrire – à partir des droits de la personne sur elle-même – un récit des fondements naturels du domaine privé, indépendamment de tout fondement théologique. Grotius se réfère encore à des auteurs dont la renommée pénètre le monde protestant, tels que Vitoria et Thomas d'Aquin, lorsqu'il soutient que la foi « n'ôte rien au droit naturel ou humain, d'où le domaine temporel dérive⁴⁸⁵ ». Il commence par remarquer que certaines choses résistent par leur nature à tout accaparement. Le jeune avocat s'est d'ailleurs fait connaître en démontrant au profit des marchands Hollandais qu'il n'y a pas de propriété sur les mers⁴⁸⁶. Puisque celles-ci sont à tout le monde, elles ne sont à personne et les corsaires anglais s'en prennent au droit des gens lorsqu'ils interceptent les navires des Provinces-Unies. À l'inverse des océans, la terre fait l'objet d'un nécessaire partage et il y a donc dans le droit naturel un domaine privé. L'explication proposée par Grotius est la suivante : le *dominium* est inhérent à l'homme, il est constitué par le travail de la terre, lui-même commandé par le besoin impérieux de la conservation. Le corps, dont on ne peut nier qu'il soit exclusif à chacun, fait le travail, et le travail fabrique des propriétaires. Avant Locke, Grotius établit donc le *continuum* décisif entre conservation, travail, propriété et liberté⁴⁸⁷. Si tout était commun, « *la vie, les membres, la liberté,*

⁴⁸⁴ Samuel VON PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens* (1625), trad. de Jean BARBEYRAC (1672), Caen, Presses Universitaires de Caen, 2010 t. I, Livre IV, chap. 4, §. 2, p. 491.

⁴⁸⁵ GROTIUS, *De la liberté des mers*, trad. Antoine DE COURTIN, Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1990, p. 17. Cette affirmation préfigure largement la fameuse phrase que l'on a qualifiée d'hypothèse impie [« Etsi deus non daretur »], ID., *Le droit de la guerre et de la paix* (1625) trad. Paul PRADIE-FODÉRÉ, Paris, PUF, 2012, p. 12.

⁴⁸⁶ ID., *De la liberté des mers*, *op. cit.* p. 17. L'avocat cite encore Thomas d'Aquin, Cajetan, Vitoria, Covarrubias pour affirmer : « C'est d'ailleurs un principe que la découverte ne donne de droit que sur les choses qui, antérieurement, n'appartenaient à personne. Or les Indiens, lorsque les Portugais arrivèrent chez eux, bien qu'ils fussent en partie idolâtres, en partie mahométans, et sousillés par conséquent de graves erreurs, n'en avaient pas moins la parfaite propriété de leurs biens et de leurs possessions, propriété qui ne pouvait leur être enlevée sans juste cause (Covarrubias *Peccatum* §10, n°2, 4 et 5) ».

⁴⁸⁷ Maurice BARBIER, *Pouvoir et propriété chez Thomas d'Aquin*, *op. cit.*, p. 668 Si cet aspect est montré avec une grande évidence par Grotius, Maurice Barbier remarque que le recours à la justification du domaine privé par le travail est déjà présent chez le scolastique Jean de Paris. Pour une Synthèse de ces questions : Stephen BUCKLE, *Natural Law and the theory of property, Grotius to Hume*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 340 p.

auraient toujours appartenu en propre à chacun [...]»⁴⁸⁸. La propriété découle ainsi non d'un partage des biens au sein d'une communauté politique mais d'un processus d'appropriation privée à partir d'un dynamisme vital individuel. Il est intéressant de voir comment le juriste hollandais reprend une vision étendue de la notion de *dominium*, qui n'est donc pas pour lui réductible aux choses extérieures mais qui suit la ligne classique qui va de l'intérieur (la vie, le corps) à l'extérieur de la personne (l'honneur, les biens). La propriété constitue ainsi un noyau primitif de droits :

Ce qui appartient à l'homme par la nature, c'est la vie, dont il est maître non pour la détruire, mais pour la conserver ; ce sont le corps, les membres, la réputation, l'honneur, les actions propres⁴⁸⁹.

Le *dominium* sur la vie, inscrit dans la nature, justifie le pouvoir de l'individu sur les biens extérieurs. Grotius construit l'ensemble de son raisonnement ultérieur sur ce premier postulat qui veut que l'homme dispose d'une souveraineté sur soi. Cette puissance originelle, dont le juriste tire de vastes conséquences, ne repose plus sur un quelconque fondement théologique (la vie a été donnée à l'homme par Dieu et il lui doit sa vie en retour), ni sur une dépendance de l'homme envers la communauté politique (la vie humaine peut se déployer grâce à la cité et sa vie est orientée vers une amitié politique), mais sur le fait que l'homme est institué par lui-même, par son travail, comme maître et possesseur de son existence et de ses biens.

L'ancrage de ce domaine privé irréductible dans la volonté humaine est par la suite placé par lui au fondement du droit des États⁴⁹⁰. C'est ce qu'il relève dans son *Droit de la guerre et de la paix* :

Car le but de la société est que chacun soit maintenu dans ce qui lui appartient, par l'effet d'un concours commun et la réunion des forces de tous. Il est aisé de comprendre qu'il en aurait été ainsi, quand même le droit que nous appelons maintenant « la propriété » n'aurait pas été créé, car *la vie, le corps, la liberté, auraient toujours été des biens propres à chacun, auxquels on n'aurait pu attenter sans injustice*⁴⁹¹.

L'affirmation selon laquelle la vie est un bien propre à chacun, formulée au détour d'un raisonnement, peut sembler anodine, mais elle n'allait nullement de soi dans une société on l'on considérait souvent que chacun appartenait davantage à la République qu'à lui-même. Ce postulat est probablement aussi important que l'aboutissement du raisonnement. L'homme, en tant qu'homme, n'est pas dépendant mais libre car il dispose de lui-même pour les fins qu'il détermine. Il conduit lui-même sa vie et veille en premier lieu à son autoconservation. Il ne faut pas sous-estimer le renversement qu'opère cette nouvelle perspective vis-à-vis de l'ordre ancien : la vie individuelle est privée et l'ordre politique n'a pas de prise directe sur elle. L'existence ne s'inscrit, dès lors, plus totalement dans un ordre supra individuel contraignant, mais se définit comme un

⁴⁸⁸ GROTIUS, *Droit de la Guerre et de la Paix*, trad. Jean de BARBEYRAC, Leide, Wetstein, 1759, Caen, Presses universitaires de Caen, 2011, t. I, p. 69.

⁴⁸⁹ Hugo GROTIUS, *Droit de la Guerre et de la Paix* (1625), trad. Paul PRADIER-FODÉRÉ, Paris, PUF, 1999, t. II, p. 311 et selon la traduction de Jean de Barbeyrac : « Ce qui appartient naturellement à chacun, c'est la vie, dont on est maître pour la conserver, et non pas pour la détruire ; c'est ensuite notre corps, nos membres, notre honneur, notre réputation et nos actions propres. » ID., *Droit de la Guerre etc., op. cit.*, t. II, Livre 2, chap. 17, p. 518 [Nous soulignons].

⁴⁹⁰ Denis BARANGER, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Jus politicum*, t. 4 (2012), p. 259-308.

⁴⁹¹ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), *loc. cit.*, p. 57. Pour une autre traduction : Jean DE BARBEYRAC, éd. 1759, *op. cit.*, t. I, p. 69 [Nous soulignons].

bien individuel. S'il faut rappeler que l'objectif de Grotius reste la défense de la propriété en élaborant une théorie de l'appropriation, il n'en résulte pas pour autant que la vie est considérée comme une propriété au sens du droit des biens. Si la détention de la terre est elle aussi fondée sur un *dominium* sur soi, cela ne signifie pas nécessairement que les deux pouvoirs sont de même nature. Un autre membre de l'École du droit naturel, le juriste allemand Thomasius, l'un des principaux disciples de Grotius, rappelle d'ailleurs la vieille maxime romaine selon laquelle aucun homme ne dispose de droits réels sur lui-même⁴⁹². L'idée d'un pouvoir privé inscrit dans l'homme couvrant toute la personne, si décisive dans notre compréhension de la vie privée, se retrouve encore au XVII^e siècle dans la *property* de Locke.

Section 2 - La *property* de Locke : la « seigneurie de sa personne » au fondement des institutions

Si l'on en croit Paul Hazard, « Locke est au tournant des routes européennes qui conduisent vers le siècle nouveau⁴⁹³ ». Le penseur anglais, dont l'influence dépasse les frontières, prépare en effet la bascule entre les hommes du XVII^e siècle et ceux du XVIII^e siècle. Il ne s'agit alors plus de maintenir l'ordre du souverain mais de le fonder sur le respect des libertés. En cela, il s'inscrit dans le sillage de l'École du droit naturel, qui entend instituer un ordre collectif à partir des droits individuels. Il oppose ainsi un droit inscrit dans la nature humaine au droit divin des Stuart, transformant « la doctrine de la liberté naturelle en doctrine de résistance politique⁴⁹⁴ » en consacrant au profit des individus, selon l'expression de Catherine Audard, une « souveraineté politique individuelle⁴⁹⁵ », un ordre privé autonome qui précède l'attribution des droits politiques. L'idée d'une maîtrise par chacun de son propre domaine privé est donc placée au cœur de son ouvrage. Il faut être attentif au vocabulaire employé par Locke, qui parle alternativement de *gouvernement* de soi-même (*self-government*), de *seigneurie* sur soi (*lord of his own person*), mais aussi de *possession* de soi (*self ownership*). Ces expressions sont les fils conducteurs de son *Traité du Gouvernement* et sont souvent regroupées dans une notion unique autour de laquelle gravite tout l'ouvrage, à savoir la *property*⁴⁹⁶. La célèbre triade de Locke, reprise abondamment lors des révolutions anglaise, américaine et française, est souvent présentée comme la « matrice⁴⁹⁷ » des droits subjectifs. En tant qu'elle symbolise cette « sphère de liberté irréductible de l'individu⁴⁹⁸ », elle comprend déjà virtuellement la revendication d'émancipation de la vie privée.

Les juristes anglais et américains ont directement plongé dans cette notion de *property* pour fonder une protection large de toute la personne privée. Le corps tient une place particulière dans cette liste. Il devient la « quintessence du droit de propriété⁴⁹⁹ », en tant qu'il est l'objet premier de notre maîtrise, qu'il

⁴⁹² THOMASIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium etc.*, Lipsiae, Christophori Salfeldii, 1708, p. 106 : « Unde nemo habet proprie jus in se ipsum, nec sibi injuriam facere potest, nec sibi obligatur. Hinc volenti non sit injuria. Et nemo sibi legem dicere potest. Ergo Jus omne externum est, non internum. Ergo eadem dicenda sunt de obligatione juri respondente, i. e. externa. »

⁴⁹³ Paul HAZARD, *La crise de la conscience européenne*, Paris, Gallimard, 1994, p. 234.

⁴⁹⁴ Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris Gallimard, 2009, p. 55.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Sur ce sujet : Pierre MANENT, *Histoire du libéralisme*, *op. cit.*, p. 89-117 ; John DUNN, *La pensée politique de John Locke*, trad. Jean-François BAILLON, Paris, PUF, 1991, (*Léviathan*), 288 p.

⁴⁹⁷ Céline ROYNIER, *Le Problème de la liberté, dans le constitutionnalisme britannique*, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 180.

est placé sous le gouvernement de notre entendement, et enfin qu'il est l'agent par lequel l'homme possède le monde par droit de conquête. Cet ancrage de la liberté du domaine privé dans les besoins physiologiques et l'activité vitale du corps fait de ce domaine le produit nécessaire d'une conquête de l'individu sur le réel. Locke considère ainsi que l'homme a reçu de la nature la faculté de mener une vie de manière indépendante et que ce principe est fondateur de l'ordre politique dans son ensemble (§. 1). Le pouvoir privé qu'il reconnaît à chacun ne peut cependant pas être confondu avec une propriété au sens d'une puissance despotique qui s'affranchirait de tout ordre extérieur et antérieur à la volonté individuelle (§. 2).

§. 1 - La vie et la liberté comme les premières composantes du « domaine propre » de chaque individu

La pensée politique de Locke s'inscrit dans la distinction ancienne entre un gouvernement *civil* qui lie les hommes libres, c'est-à-dire détenteurs d'un domaine propre, et un gouvernement *despotique* qui attache des esclaves à un maître⁵⁰⁰. Sous ce rapport, la théorie lockéenne rejoint une tradition républicaine selon laquelle le régime politique équilibré est celui dans lequel coexistent deux domaines distincts : l'un public et l'autre privé. Comme Aristote, Locke considère qu'il ne faut à aucun prix confondre ces deux types de pouvoir, l'un s'exerçant sur des hommes indépendants, l'autre sur des personnes placées dans un État de sujétion⁵⁰¹. Il se situe ainsi dans la continuité des idées aristotéliennes et médiévales de limitation du pouvoir du gouvernement par la loi naturelle, « une norme objective d'essence rationnelle⁵⁰² » dont le souverain n'a pas le monopole de l'interprétation. S'opposant aux thèses de Robert Filmer qui identifient la puissance de l'État à la toute-puissance paternelle, celui qui entend se faire le défenseur des libertés des Anglais insiste sur l'inviolabilité et la spécificité des droits de chacun sur son domaine privé.

- La liberté lockéenne est-elle une propriété ?

Un point central de la pensée politique de Locke est que la liberté est essentiellement comprise comme une liberté de l'esprit et un pouvoir sur le corps :

Tant qu'un homme a la puissance [*power*] de penser ou de ne pas penser, de se mouvoir ou de ne pas se mouvoir, conformément à la préférence ou au choix de son propre esprit, jusque-là il est libre⁵⁰³.

Le *dominium* de l'individu libre n'est plus une notion parmi d'autres tirée du droit romain, mais bien un fait de nature, une loi d'essence, un invariant, qui doit nécessairement être intégré par l'ordre politique et

⁵⁰⁰ Wolfgang VON LEYDEN et Marie-Claire PASQUIER, « La loi, la liberté et la Prérogative dans la pensée politique de John Locke. », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, t. 163 (1973), p. 187–203.

⁵⁰¹ TGC. §. 169 : « Quoique j'aie déjà eu occasion de parler séparément de ces trois sortes de pouvoir [du pouvoir paternel, du pouvoir politique et du pouvoir despotique], néanmoins les grandes et fâcheuses erreurs dans lesquelles on est tombé en dernier lieu, sur la matière du gouvernement, étant provenues, à mon avis, de ce qu'on a confondu ces différents pouvoirs, il ne sera pas hors de propos de les considérer ici ensemble. »

⁵⁰² Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté des modernes*, Paris, PUF, 2001, p. 215

⁵⁰³ John LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. Pierre Coste, Paris, Le livre de Poche, 2009, Livre II, chap. 21, §. 8, p. 352.

juridique. Le pouvoir du gouvernement est donc légitime, mais il doit impérativement respecter un ordre privé trouvant son origine dans la loi naturelle.

En conservant volontairement l'unité de sens de la notion de *dominium* dans sa construction du concept de *property*, Locke décrit le domaine privé étendu comme étant la source d'un ensemble de droits qu'il situe au fondement des institutions civiles. Au moyen de la notion d'état de nature, le domaine privé est placé bien en amont de toutes les discussions politiques et juridiques. Dans son état de nature, c'est-à-dire dans l'état de liberté parfaite et d'égalité, les choix privés sont indépendants⁵⁰⁴. Si, dans les gouvernements absolus, ce qui est laissé aux individus s'établit au gré de la volonté politique et de circonstances sociales contingentes, Locke entend faire de ce qui est privé un domaine originel, un présupposé intangible qui résiste à l'État, mais non le seul domaine de la liberté de l'homme. L'homme n'est en effet libre sous un gouvernement civil que s'il est conduit par la norme commune et à l'abri de l'arbitraire⁵⁰⁵.

Dans le gouvernement civil, la mise en commun des biens ne pouvant être illimitée, la communauté politique repose sur un partage entre domaine privé et domaine public. Chaque sphère privée doit être placée à l'abri du pouvoir, et la liberté des membres du corps politique réside dans la pleine *disposition* du pouvoir privé qui doit être politiquement garantie contre les éventuels « empiètements⁵⁰⁶ ». Locke liste les biens privés élémentaires qui doivent dans tous les cas demeurer entre les mains des particuliers :

On jouit d'une véritable liberté quand on peut disposer librement (*to dispose and order freely*), et comme on veut, de *sa personne*, de *ses actions*, de *ses possessions*, de *tout son bien propre* (*his whole property*), suivant les lois sous lesquelles on vit, et qui font qu'on n'est point sujet à la volonté arbitraire des autres, mais qu'on peut librement suivre la sienne propre⁵⁰⁷.

Pour lui, le propriétaire est donc le particulier dans un état de « non-soumission⁵⁰⁸ », il est l'équivalent du « franc-sujet » dont parle Jean Bodin. Les éléments du domaine propre sont non seulement sous notre gouvernement, mais ce sont surtout des choses dont on dispose *exclusivement* et *indépendamment* d'autrui. Selon l'interprétation de Pierre Manent, la proposition lockéenne peut se synthétiser ainsi : je suis libre parce que ma vie personnelle précède l'ordre institutionnel⁵⁰⁹. En tant que maître de ce que je suis, l'État et la société se doivent de reconnaître mon identité propre.

La formation du gouvernement civil présupposant pour Locke le respect de la vie, de la liberté et des biens privés, les autorités sont tenues de le respecter, mais cela ne signifie pas pour autant que ce soit le seul but des institutions. Par ailleurs, pour comprendre la *property*, il faut sans doute y voir non pas un *dominium*

⁵⁰⁴ TGC, §. 4.

⁵⁰⁵ TGC, §. 22.

⁵⁰⁶ TGC, §. 123.

⁵⁰⁷ TGC, §. 57 : « But a liberty to dispose and order freely as he lists his person, actions, possessions, and his whole property within the allowance of those laws under which he is, and therein not to be subject to the arbitrary will of another, but freely follow his own. » [Nous soulignons].

⁵⁰⁸ TGC, §. 22 : La liberté sous la loi consiste à « suivre ma propre volonté dans toutes les choses où [la loi] ne prescrit rien, sans être soumis à la volonté inconstante, incertaine, inconnue et arbitraire d'un autre homme, de même que la liberté de nature consiste à n'être contraint par rien d'autre que par la loi de nature. »

⁵⁰⁹ Pierre MANENT, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Fayard, 2004, p. 53 : « Je suis légitime propriétaire de tout ce que je suis. L'État et la société doivent le reconnaître et le déclarer : ils doivent approuver explicitement tout ce que je suis. »

absolu décorrélé de tout bien, mais davantage un terme générique par lequel Locke désigne les biens civils fondamentaux devant relever de l'utilité commune⁵¹⁰. Dans sa *Lettre sur la tolérance*, rédigée quelques années seulement avant son traité politique, il décrit ainsi ce qu'il condensera ensuite sous le terme générique de *property* :

Il me semble que l'État (*respublica*) est une société d'hommes constituée à seule fin de conserver et de promouvoir leurs biens civils (*bona civilia*). J'appelle biens civils la vie, la liberté, l'intégrité du corps et sa protection contre la douleur⁵¹¹.

Locke se situe ici au niveau des fins de la cité, de sorte que son approche s'inscrit en un sens dans la lignée d'Aristote et de sa réflexion sur le but de la communauté politique. Pour lui, la vie privée fait partie des biens qui doivent être protégés et il en va de l'utilité commune qu'elle soit respectée au sein de la communauté politique. Le pouvoir politique serait dénaturé s'il venait heurter cet absolu qu'est la sauvegarde de la vie, de la liberté et des biens, motif essentiel selon Locke de la sortie de l'état de nature⁵¹².

- La propriété de soi : une théorie du domaine privé plus qu'une théorie de la propriété

De la même manière que Grotius, Locke considère que l'homme jouit sur lui-même d'une « propriété », conçue comme une réserve de droits, dont découle l'ensemble des pouvoirs dont il dispose sur lui-même. Après avoir rappelé les origines de l'appropriation dans le travail, le philosophe affirme dans son *Traité du gouvernement civil* :

Tout cela montre évidemment que bien que la nature ait donné toute chose en commun, l'homme néanmoins étant le *maître* et le *propriétaire de sa propre personne*, de toutes ses actions, de tout son travail, a *toujours en soi le grand fondement de la propriété*, et que tout ce qui sert à son existence et à son bien-être, tout ce que les arts et l'industrie ont transformé en agréments de la vie lui a toujours appartenu en propre et n'a jamais appartenu aux autres en commun⁵¹³.

Si Locke n'est pas juriste de formation, il semble néanmoins bien conscient des équivoques du vocabulaire qu'il emploie. Il insiste ainsi sur les deux significations du *dominium* sur soi : d'un côté, la *maîtrise* de soi, l'usage raisonnable de soi-même (« *Master of himself*») et de l'autre, la *propriété* de soi et des fruits de son travail (« *Property of his own person, and the actions or labour of it* »).

La distinction entre un *dominium* au sens du droit des biens et au sens d'un pouvoir plus étendu de disposer de soi se retrouve dans la langue anglaise. À ce titre, le *chief justice* sir Edward Coke distinguait la

⁵¹⁰ C'est ce que remarque Henri TORRIONE, « Philosophie des droits de l'homme et républicanisme, Une autre perspective sur les origines intellectuelles des déclarations de droits », dans Jean-Baptiste ZUFFEREY, Jacques DUBEY, Adriano PREVALI (éd.) *Mélange en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg, Université de Fribourg, 2011, p. 576. Comme le relève l'auteur, la proposition selon laquelle c'est en vue de ces biens que la communauté politique et ses institutions sont constituées revêt une « tonalité cicéronienne ».

⁵¹¹ John LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, trad. Raymond POLIN, Paris, PUF, 1965, p. 58.

⁵¹² James TULLY, *Locke, droit naturel et propriété*, Paris, PUF, 1993, p. 25 : « Les inconvénients auxquels les y expose l'exercice irrégulier et incertain que chacun fait du pouvoir qu'il a de punir les infractions des autres les incitent à chercher refuge à l'abri des lois établies d'un gouvernement et à tenter de sauvegarder ainsi leur propriété » [§. 127].

⁵¹³ TGC, §.44 : « From all which it is evident, that though the things of Nature are given in common, man (by being master of himself, and *proprietor of his own person*, and the actions or labour of it) had still in himself the great *foundation of property*; and that which made up the great part of what he applied to the support or comfort of his being, when invention and arts had improved the conveniences of life, was perfectly his own, and did not belong in common to others. » [Nous soulignons].

property et la *propriety*, le premier désignant une possession aliénable tandis que le second renvoyait à une faculté inhérente à tout homme libre. Comme l'explique bien Céline Roynier : « le terme de *property* appartient au domaine de l'avoir, celui de *propriety* plutôt au domaine de l'être et de la maîtrise de soi⁵¹⁴ ». Locke ne semble pas tenir compte de cette distinction et use du mot *property* pour désigner des biens qui relèvent non seulement de l'être (sa vie, sa santé, ses facultés), mais aussi de l'avoir (ses biens). Il emploie un seul terme pour désigner l'ensemble du domaine propre. En cela, il reporte dans la langue anglaise l'épaisseur de signification que les auteurs de la Seconde Scolastique et Doneau reconnaissaient à la notion de *dominium*. Ce pouvoir privé, considéré comme la première liberté de l'homme, suit une trajectoire qui part du moi intérieur (*sa vie*), puis continue vers le moi extérieur (*son corps*), l'expression de soi (*sa liberté*), et enfin seulement son pouvoir sur ses choses (*son bien*)⁵¹⁵. Cette signification du mot de *property* ne devait cependant pas nécessairement aller de soi pour que Locke soit contraint d'affirmer : « La vie, la liberté et les biens, c'est ce que j'appelle de manière générique propriété (*property*)⁵¹⁶ ». Il le répète encore plus loin :

Par ce qui appartient en propre (*property*), il faut entendre ici, aussi bien que dans tous les autres endroits de cet ouvrage, le droit de propriété qu'on a sur sa personne et sur ses biens⁵¹⁷.

Il faut remarquer que l'un des premiers traducteurs en langue française de Locke, le protestant David Mazel, ne s'embarrasse pas de subtilité et traduit le mot de *property* par : « ce qui appartient en propre⁵¹⁸ ». Cet ensemble indivisible désigne en réalité toute la personne qui, dès lors, se voit placée hors de toute prise communautaire. Dans la préface de sa traduction française de Pufendorf, Jean Barbeyrac prend lui aussi soin de préciser ce point : « Monsieur Locke entend par le mot "propriété" non seulement ce droit qu'a chacun sur ses biens et possessions, mais aussi ce qui ressort de ses actions, sa liberté, sa vie, son corps ; en un mot toutes sortes de droits⁵¹⁹ ». Il semble donc qu'en écrivant sa théorie du gouvernement civil, Locke ne confondait pas la liberté privée et la libre-disposition de sa vie avec un droit réel, c'est-à-dire un droit de propriété qui s'exerce sur des biens corporels⁵²⁰.

L'usage du terme propriété semble en effet laisser entendre que, pour Locke, le rapport de l'homme à lui-même peut coïncider avec une puissance despotique similaire à celle que l'on exerce sur des choses extérieures. Pourtant, il semble que cela ne soit pas le cas. Si, pour Locke comme pour Hobbes, la liberté est

⁵¹⁴ Céline ROYNIER, *Le Problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Garnier, 2019, p. 205.

⁵¹⁵ TGC §. 3 : « [...] il ne doit jamais ôter la vie à un autre, ou préjudicier à ce qui tend à la conservation de sa vie, par exemple à sa liberté, à sa santé, à ses membres, à ses biens. » Cette déclinaison des éléments propres revient plus d'une dizaine de fois dans l'ouvrage.

⁵¹⁶ TGC §. 123 : « This makes him willing to quit this condition which, however free, is full of fears and continual dangers; and it is not without reason that he seeks out and is willing to join in society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name property. »

⁵¹⁷ TGC §. 173 : « By property I must be understood here, as in other places, to mean that property which men have in their persons as well as goods. »

⁵¹⁸ John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Amsterdam, Abraham Wolfgang, 1691, p. 109, 178, 222, 180, 223, 226, 301, 315, 257, 284. Réédité en 1724 en 1795. La périphrase « ce qui appartient en propre », qui se rapproche plus du « domaine propre », est utilisée par Locke pour désigner cet ensemble de biens disparates de la personne sans pour autant qu'il ne mette ceux-ci sur le même plan.

⁵¹⁹ Jean BARBEYRAC, dans Samuel VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 20.

⁵²⁰ C'est aussi l'avis de Philippe RAYNAUD dans la préface de l'édition de la traduction française de James Tully sur la propriété dans l'œuvre de Lockes. James TULLY, *Locke, droit naturel et propriété*, Paris, PUF, 1992, (*Léviathan*), p. 9.

décrite dans les termes de la propriété, c'est-à-dire une sphère d'action sans interférence extérieure, ils n'accordent pas la même portée à cette affirmation. Le pouvoir privé du père et la *property* sont clairement distingués chez ces auteurs de la puissance despotique qui, seule, est « absolue et arbitraire⁵²¹ ». Contrairement aux théories de Hobbes, le privé lockéen n'est pas entre les mains du souverain, il ne reçoit pas sa consistance d'une quelconque politique mais il est autonome et antérieur à l'État. Ainsi, le *dominium* privé de chaque individu, loin d'être une puissance illimitée, demeure soumis à la loi naturelle et s'exerce sur une « portion parfaitement délimitée et définie des biens dont la terre est porteuse⁵²² ».

§. 2 - La *property* de Locke : un pouvoir intrinsèquement limité

Contrairement à Jean Bodin, à Thomas Hobbes et à Robert Filmer, Locke relativise la toute-puissance de l'homme dans sa maison. Quand il évoque le pouvoir privé, il souligne dans le même temps sa soumission à la loi de nature et ses limites intrinsèques. L'homme doit selon lui être capable de disposer de sa vie, mais il ne peut la déposer car elle est la propriété de Dieu⁵²³ ; il peut s'approprier des biens, mais seulement dans la mesure de ses besoins⁵²⁴ ; il peut légitimement commander à ses enfants, sans avoir sur eux un quelconque pouvoir illimité. Comme il le dit, l'autorité du père est comme « les langes qui enveloppent la faiblesse de ses enfants⁵²⁵ ». Le droit de possession et d'usage des biens s'inscrit donc, selon lui, dans un certain cadre :

Si on passe les bornes de la modération et que l'on prenne plus de choses qu'on en a besoin, on prend sans doute ce qui appartient aux autres. Dieu n'a rien fait et créé pour l'homme, qu'on doive laisser corrompre et rendre inutile⁵²⁶.

Locke considère ainsi que la puissance du propriétaire est conditionnée par un certain usage et doit être en rapport avec ses besoins et ses capacités de travail. Conformément à une ancienne tradition chrétienne, le philosophe ne craint pas d'expliquer que si le propriétaire prend davantage que ce qui lui est nécessaire, il s'empare alors de ce qui appartient aux autres. Comme il le dit : « la mesure de la propriété a été très bien réglée par la nature, selon l'étendue du travail des hommes, et selon la commodité de la vie⁵²⁷ ». La propriété en elle-même est limitée par la nature raisonnable et sociale de l'homme.

Que penser maintenant du recours fréquent aux expressions de « propriété de soi » et de « gouvernement de soi-même » ? Le philosophe Macpherson, qui croit voir dans Locke le défenseur d'un individu défini uniquement par une propriété sur soi sans limite, a pu écrire que, dans la pensée du philosophe anglais, « l'individu n'est nullement redevable à la société de sa propre personne ou de ses

⁵²¹ TGC §. 173. Locke ne décrit à aucun moment le domaine du pouvoir des pères et des particuliers comme un pouvoir limité par nature aussi bien que par la mise en société. Voir *infra* §. 2- La *property* de Locke : un pouvoir intrinsèquement limité.

⁵²² Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté des modernes*, *op. cit.*, p. 238

⁵²³ *Ibid.* §. 6.

⁵²⁴ *Ibid.* §. 22.

⁵²⁵ *Ibid.* §. 55.

⁵²⁶ *Ibid.* §. 31.

⁵²⁷ *Ibid.* §. 36.

capacités, dont il est au contraire, par essence, le propriétaire exclusif⁵²⁸ ». D'autres auteurs ont pu dire que Locke rabattait l'absolutisme monarchique sur les individus propriétaires⁵²⁹. Le *dominium* ne serait alors pas compris de manière identique selon qu'il s'exercerait sur soi ou sur ses biens. L'homme serait propriétaire de lui-même comme de sa maison, il pourrait jouir, user et disposer arbitrairement de sa personne sans autre limite que la liberté d'autrui. Il semble y avoir une confusion dans cette analyse. Si Locke décrit un processus d'appropriation, il n'y a chez lui aucune prétention à vouloir fonder une théorie juridique de la « propriété de soi⁵³⁰ ». Le droit de propriété est avant tout défendu par le philosophe comme un moyen de s'opposer aux abus du pouvoir politique et de garantir à l'homme une indépendance dans son espace de vie. Contrairement au réductionnisme opéré par Macpherson, Catherine Audard rappelle qu'en usant du terme de *property*, Locke vise consciemment des objets divers, tels que « l'intégrité physique et spirituelle de la personne, les droits de la conscience et non pas uniquement les possessions matérielles⁵³¹ ». Il ne prétend à aucun moment mettre le corps sur le même plan que les biens extérieurs ou les droits de la conscience.

Pour saisir la pensée lockéenne, peut-être faut-il relier sa défense du privé non pas à sa volonté de protéger les biens matériels des sujets anglais, mais la relire, au contraire, à l'aune de son plaidoyer pour la tolérance religieuse. L'un des principaux arguments de Locke en la matière est en effet le suivant : les affaires spirituelles sont libres car elles sont privées et sous la conduite d'une loi individuelle⁵³². Pour comprendre Locke lorsqu'il décrit ce pouvoir de l'homme sur lui-même, il convient de revenir à un moment antérieur de l'histoire anglaise du XVII^e siècle. L'œuvre du philosophe est en effet précédée du mouvement des niveleurs (*levellers*)⁵³³. Ces puritains anglais sont des soldats de l'armée frondeuse qui, défendant les droits du parlement, revendiquent pour tous des droits politiques associés à la qualité de simple propriétaire de leur personne. Si Locke n'est pas un héritier direct de ce courant, il existe néanmoins des similitudes frappantes entre ses formulations et les expressions usées par certains acteurs de la Grande Rébellion. Les puritains en révolte transposent sur le plan politique la liberté chrétienne issue de la Réforme. Allant sur un terrain où Luther avait refusé de s'aventurer, ils s'opposent à toute loi, considérant que chaque homme est placé par sa qualité d'être libre sous la conduite immédiate de Dieu⁵³⁴. De même que la grâce infuse directement et

⁵²⁸ C. B. MACPHERSON, *La théorie de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. Michel FUCHS, Paris, Gallimard, 2004, p. 13. La thèse de l'auteur est de considérer que les notions modernes de droit, de liberté et d'obligation ont été puissamment façonnées par l'idée de possession.

⁵²⁹ John DUNN, *La pensée politique de John Locke*, trad. Jean-François BAILLON, Paris, PUF, 1991, (*Léviathan*), p. 154.

⁵³⁰ Éric FABRI, « De l'appropriation à la propriété : John Locke et la fécondité d'un malentendu devenu classique », *Philosophiques*, t. 43 (2016), p. 368. Les théories juridiques sont des extrapolations qui « ne sauraient se réclamer de Locke autrement que dans son inspiration et ne constituent pas non plus une théorie aboutie de la propriété. » Simone GOYARD-FABRE, « La propriété dans la philosophie de Locke », *Archives de philosophie*, oct.-déc. 1992, p. 607-630.

⁵³¹ Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, op. cit., p. 63.

⁵³² John LOCKE, *Essai sur la tolérance* : « Le magistrat n'a pas à se soucier du bien des âmes ni de leurs affaires dans l'autre monde [...] mais seulement parce qu'elles sont avantageuses à l'homme dans ses rapports avec ses semblables. » cité dans Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, op. cit., p. 64.

⁵³³ Bernard COTTRET, *La Révolution anglaise 1603-1660*, Paris, Perrin, 2018, p. 232-234. Voir aussi : Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, op. cit., p. 270-278. Le qualificatif niveleur ou « aplanisseur » qualifie un mouvement portant des revendications électorales et sociales.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 277. Cette position qualifiée par Luther, d'*antinomianisme* (qui signifie hostile à la loi), rend l'obéissance à la loi complètement inutile pour le salut, et transpose cette liberté chrétienne sur le plan politique, réclamant l'égalité et la liberté pour tous.

qu'elle ne passe pas par des intermédiaires, le pouvoir de l'homme dans ses affaires est moins le produit d'un ordre politique qu'une faculté inhérente à chaque individu. Les hommes sont tous propriétaires au moins d'eux-mêmes, ils sont absolument libres *par nature*, et toute autorité extérieure est donc vaine. Cette liberté de l'homme prend ainsi chez eux le nom de « propriété de soi ». Un des niveleurs, Richard Overton, affirme par exemple dans un pamphlet en 1646 :

Il est donné à chaque individu par droit naturel une propriété individuelle fondée naturellement, non pour être envahie ou usurpée par n'importe qui. Chacun a pour soi-même une propriété de soi (*self propriety*), sans laquelle il ne pourrait être lui-même⁵³⁵.

Pour ce puritain, l'inviolabilité de l'identité individuelle est donc moins liée à une propriété véritable qu'au prolongement des droits de la conscience et doit permettre à chacun d'exprimer pleinement son être propre. À l'instar de Milton qui, dans l'affirmation constante de l'idée selon laquelle l'homme se trouvait à l'image de Dieu et dans l'exaltation de la liberté chrétienne, prônait la liberté de la presse, les *levellers* défendent le libre-usage que les hommes ont d'eux-mêmes pour des motifs similaires⁵³⁶. Les droits de l'homme sur lui-même ne sont absolus que parce qu'ils sont, selon l'expression d'Overton, des principes innés, voulus par Dieu et « comme inscrit[s] dans la table du cœur de chaque homme, de manière indélébile⁵³⁷ ». L'un des opposants à ces réformateurs radicaux, le pasteur Thomas Edwards, décrit ainsi leur thèse centrale :

Nous sommes installés par Dieu et la main de la nature, dans ce monde, chacun avec un sens inné de la propriété et de la liberté, c'est de même que nous devons jouir de notre droit et privilège de naissance⁵³⁸.

Les revendications de ces hommes en révolte contre le pouvoir royal sont symptomatiques de la place politique prise par la conscience morale dans le XVII^e siècle anglais. La conscience devient en effet l'un des principaux moteurs de défense de la liberté individuelle justifiant l'installation de bornes au pouvoir royal⁵³⁹. À une époque où les revendications politiques revêtent un arrière-fond religieux, la propriété de soi peut alors tout simplement être interprétée comme le prolongement de cette revendication d'indépendance morale. Cela n'est pas sans conséquences, car dans ce contexte, l'assimilation du corps à une propriété apparaît plus comme une métaphore que comme un concept juridique opératoire. Elle se comprend

⁵³⁵ Richard OVERTON, (October 1646), *An arrow against all tyrants*, cité dans Katharine Gillespie, *Domesticity and dissent in the seventeenth century*, Cambridge, 2004, p. 77. Sur ce sujet : Andrew SHARP (éd.), *The English Levellers*, CUP, 1998, p. 55 : « To every individuals in nature, is given an individual property by nature, not to be invaded or usurped by any ; for every one as he is himself, so he hath a *self propriety*, else he not be himself. » [Nous traduisons].

⁵³⁶ John MILTON, *L'Areopagitica, For the Liberty for the Liberty of Unlicenc'd Printing, th the Parlament of England* (1644), London, New Classic Books, 2018, 52 p.

⁵³⁷ *Ibid.* : « And as we are delivered of God by the hand of nature into this world, everyone with a natural, innate freedom and property – as it were writ in the table of every man' s heart, never to be obliterated – even so are we to live, everyone equally to enjoy his birthright and privilege. »

⁵³⁸ Thomas Edwards cité par Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, op. cit., p. 275-276.

⁵³⁹ Cyril SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais au XVI^e et XVII^e siècles*, thèse sous la direction de Laurent JAFFRO, Université Paris-I, 2010, p. 620.

davantage comme un plaidoyer pour la liberté de conscience et donc de toute la personne que comme la justification d'un pouvoir despotique sur soi⁵⁴⁰.

Comme les niveleurs, Locke place la liberté de l'homme dans une perspective théologique. Selon lui, l'homme est libre moins en sa qualité d'exploitant économique de ses biens qu'en raison de sa dépendance directe envers Dieu :

Car tous les hommes sont l'œuvre d'un Créateur unique, envoyés dans le monde par Son ordre et pour Ses affaires, ils sont *Sa propriété*, à Lui, dont ils sont l'œuvre, et destinés à durer selon Son bon plaisir, et à nul autre⁵⁴¹.

Le pouvoir de l'homme sur lui-même n'équivaut en rien à une puissance sans limites. L'homme, même dans l'état de nature, est déjà soumis à la loi naturelle et à un certain ordre. La thèse de la propriété de soi constitue un postulat anthropologique et politique qui, si elle exige le respect du domaine privé, n'exclut pas pour autant les interventions légitimes du gouvernement civil dans certaines affaires personnelles et domestiques. En effet, plus qu'une théorie de droit privé ou qu'un principe d'autarcie totale du sujet pour ce qui est de ses affaires privées par la soustraction du citoyen à la loi commune, la *property* peut se comprendre comme un faisceau de droits politiques qui entrent dans la constitution politique envisagée par Locke⁵⁴².

La *property* lockéenne est conçue comme le point d'ancrage d'un ordre politique réunissant des citoyens indépendants qui disposent d'une propre relation avec leur Créateur. En lutte contre les thèses absolutistes, Locke entend placer la propriété comprise dans son sens large (la vie, la liberté et les biens) hors du domaine de compétence du souverain, qui ne peut pas remettre en cause son fondement. Si la libre maîtrise de soi telle qu'il la comprend est le fondement permanent de la liberté, elle ne permet pas non plus de légitimer un pouvoir individuel absolu hors de tout contexte social. Comme la propriété foncière, la liberté individuelle s'inscrit nécessairement dans un ordre politique et reste soumise à la « condition de la pluralité⁵⁴³ ». En raison de la dimension collective de l'existence humaine, aucun agir individuel ne peut jamais être absolument indépendant, et c'est pour cela que l'homme véritablement libre est celui qui est capable d'agir en commun. Pour que chaque *dominium* individuel puisse être sans limites, il faudrait en effet qu'il soit un droit de tout le monde sur toute chose, et par conséquent qu'il n'y ait qu'un seul propriétaire de l'univers. De même, pour que la propriété sur soi s'exerce sans limite, il faudrait que l'homme puisse être dégagé de toute orientation vers un bien quelconque ou vers autrui. On ne peut donc pas faire l'amalgame entre le concept de propriété de soi tel qu'il est utilisé par l'apôtre de la modération Locke et le fatal *ius*

⁵⁴⁰ David MACNALLY, « Locke, Levellers and liberty : property and democracy in thought of forst whiggs », *History of Political Thought*, t. 10/1 (1989), p. 17-40.

⁵⁴¹ TGC, §. 2, cite le Psaume 94 disant : « À Lui la terre, c'est lui qui l'a faite. À lui les mers Ses mains les ont façonnées » et le Psaume 115 : 16 « The eauth (god) has given to the sons of men. »

⁵⁴² Cela n'exclut pas que les vues de Locke ont influé sur les conceptions des droits en en faisant le paradigme des droits subjectifs qui font que l'homme est libre parce qu'il est maître chez lui. Sur ce sujet : Alan RYAN, « Self-Ownership, Autonomy, and Property Rights », *Social Philosophy and Policy*, t. 11 (1994), p. 241-258 et Alan RYAN, *The Making of Modern Liberalism*, Princeton, Princeton university press, 2012, p. 13-14.

⁵⁴³ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 16 : En tant qu'elle se déploie dans une communauté politique, « chaque propriété particulière est nécessairement limitée par ses soeurs ».

omnium in omnia de Hobbes⁵⁴⁴. Locke ne théorise ni un principe d'autonomie, ni un principe d'autarcie, mais le droit naturel qu'il propose s'inscrit malgré tout dans un certain ordre du monde auquel participe l'individu⁵⁴⁵.

Section 3 - La propriété comme faisceau de droits dans le XVIII^e siècle français

Il ne faudrait pas réduire l'ancrage ancien de la liberté des Modernes dans le *dominium* à cette seule trajectoire anglo-saxonne. En 1768, Voltaire peut ainsi écrire : « avant moi [...], à peine avait-on même entendu parler de Locke⁵⁴⁶ ». La grande fortune du *Traité du gouvernement civil* ne permet sans doute pas d'expliquer à elle seule l'usage large de la notion de propriété comme fondement de la liberté sur le continent. Dans l'ancienne France, la terminologie de la propriété, voire de la propriété de soi, est en effet employée de longue date pour qualifier la liberté des sujets, en particulier leur droit de consentir à l'impôt⁵⁴⁷. Dans le vocabulaire juridique de l'ancienne France, le mot de propriété semble ainsi porter l'empreinte d'un droit plus vaste sur toute sa personne. Le propriétaire n'est pas seulement celui qui détient des biens fonciers, mais aussi celui qui maîtrise sa vie, sa liberté et ses biens. D'une manière moindre qu'en Angleterre, l'usage large du mot propriété en France est donc assimilé à la liberté du sujet. Pour les parlementaires, les physiocrates et les révolutionnaires, le pouvoir de l'homme sur lui-même est l'un des grands fondements de la liberté du sujet. En tant que droit subjectif découlant d'une nécessité naturelle, le droit de propriété est la source d'un faisceau de droits. Un tel usage du terme de propriété dans l'ancienne France (§. 1) se retrouve évidemment lors de la Révolution, lorsque les révolutionnaires entendent opérer une séparation plus nette entre la chose publique et la chose privée et reconnaître aux hommes une égale liberté (§. 2).

§. 1 - Le lien intrinsèque entre propriété et liberté des sujets du roi dans l'ancienne France

L'ancien droit, s'il ne connaît pas encore de véritable droit de propriété, s'attache déjà à protéger la sphère privée. Le droit français ne connaît pas d'équivalent à l'adage anglais selon lequel « la maison d'un anglais est une forteresse ». Il existe pourtant en France une tradition ancienne de protection de l'espace

⁵⁴⁴ Thomas HOBBS, *Léviathan, op. cit.*, p. 229 : « Le droit de nature, que les écrivains politiques appellent communément *jus naturale*, est la liberté que chacun a d'user sa puissance comme il le veut lui-même ».

⁵⁴⁵ Simone GOYARD-FABRE, « La propriété dans la philosophie de Locke », *Archives de philosophie, op. cit.*, p. 618-619 : « Certes, la propriété que chacun a de soi est bien un droit naturel de l'individu. Mais ce droit individuel ne signifie ni autarcie ni autonomie ; il ne révèle son sens et sa mesure que rapporté aux fondements primordiaux d'une conception du monde tributaire de la volonté organisatrice et des intentions ordonnatrices de Dieu envers la Création. » [Nous soulignons].

⁵⁴⁶ Ross HUTCHISON, *Locke in France (1688-1734)*, Oxford, The Voltaire Foundation, 1991, p. 229.

⁵⁴⁷ Damien SALLES, « Droit Royal d'imposer, consentement et mazarinades », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 88/3 (2010), p. 365-396 ; Yves THOMAS, *Essai sur le consentement à l'impôt aux derniers siècles de l'Ancien Régime (XV^e-XVIII^e)*, Paris, Université-Paris II- Panthéon Assas, thèse dacty., 1974, 750 p.

privé par l'État et non contre l'État. En 1534, François 1^{er} prend ainsi un édit punissant de la roue les vols avec effraction, c'est-à-dire ceux par lesquels les auteurs pénètrent dans les domiciles privés :

Ceux qui entreront au-dedans des maisons, crocheteront et forceront, prendront et emporteront les biens qu'ils trouveront dans lesdites maisons, seront punis en la manière qui s'ensuit : c'est à savoir, les bras leur seront rompus avec les reins, jambes et cuisses et mis sur une roue, etc.⁵⁴⁸.

Au XVII^e siècle, si les juges reculent devant la rupture des membres du coupable, la peine de mort reste de mise⁵⁴⁹. Le domicile est en effet la marque du sujet stable sous la protection des lois, contrairement au nomade volatile et vagabond qui vit sans feu ni lieu et qui change de loi en fonction de ses déplacements. L'ordonnance criminelle de 1670 estime ainsi que les personnes disposant d'un domicile ne peuvent faire l'objet d'une prise de corps, sauf dans les cas où ils encourent une peine infamante⁵⁵⁰. Outre les exceptions de justice retenues, au titre desquelles on peut relever notamment les lettres de cachet, la procédure criminelle se déroule sous le contrôle des parlements. Cela ne veut pas dire que la question de la protection du domaine privé contre l'État soit absente, mais qu'elle est moins thématifiée qu'en Angleterre par les juristes d'ancien droit, qui voient dans le monarque non pas une menace mais le protecteur de la paix publique. Il existe par ailleurs déjà des garanties procédurales qui posent un certain cadre aux intrusions des autorités judiciaires dans le domicile. Se référant à la coutume d'Orléans et aux anciennes jurisprudences des parlements, coutumes et autres autorités, le juriste Daniel Jousse affirme dans son *Traité sur la justice criminelle* :

C'est une *maxime constante* dans ce Royaume qu'il n'est pas permis d'entrer en la maison d'autrui pour y faire perquisition d'une chose dérobée, ou pour y arrêter un accusé et le constituer prisonnier⁵⁵¹.

Le parlement de Paris astreint ainsi les magistrats à une procédure spécifique avant de pénétrer dans les maisons des particuliers⁵⁵². Dans son traité, Daniel Jousse va jusqu'à soutenir que dans ce domaine, en

⁵⁴⁸ François 1^{er}, ordonnance du 4 février 1534 citée par François LANGE, *La nouvelle pratique civile et criminelle*, Cologne, Gosselin, 1752, t. II, p. 25.

⁵⁴⁹ Claude DE FERRIÈRE, *Le nouveau praticien, contenant, L'art de procéder dans les matières civiles, criminelles et bénéficiales, suivant les nouvelles ordonnances*, Paris, Denys, 1696, p. 508 : « Cette ordonnance n'est pas exécutée à la rigueur ; car à l'égard de ceux qui volent dans les maisons, le jour ou de nuit, ils ne sont condamnés qu'à la potence. »

⁵⁵⁰ Pierre-Néel DUVAL DE LA LISSANDIÈRE, *Le parfait procureur*, Paris, Antoine Boudet, 1705, t. II, p. 241. L'ordonnance de 1670 renforce plus que jamais l'action des officiers de justice sous le contrôle du ministère public. L'article 19 du titre X de l'ordonnance de 1670 semblait affirmer : « Les prévôts des camps et armées et de la suite de nos armées et fœux des maréchaux de France, ne peuvent décréter ni procéder criminellement contre les domiciliés. »

⁵⁵¹ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*. Paris, Debure, 1771, t. I, p. 62 : « Des perquisitions qui se font en des maisons tierces » [Nous soulignons]. Jousse cite l'article 455 de la coutume d'Orléans et un arrêt du 23 février 1613 cité dans *Les Loix de la France promulguées sur la nécessité des controverses par les arrêts du parlement de Paris*, éd. Jacques CORBIN, Paris, Jean de BORDEAUX, 1614, t. 86, p. 534.

⁵⁵² Arrêt de règlement du 19 juillet 1712 rendu en la Tournelle cité par Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle, op. cit.*, Livre III, Titre II, t. III, p. 108.

cas de violation notoire du domaine privé, une résistance collective est permise par toute personne pour soutenir la victime d'un tel affront :

Quand l'injustice est notoire comme si des archers voulaient arrêter quelqu'un sans décret ni ordonnance, dans ce *cas la résistance est permise*, non seulement à celui qu'on veut arrêter, mais à tout autre pour le délivrer de l'injustice que l'on commet à son égard⁵⁵³.

Ce droit de résistance devient possible lorsqu'un droit naturel est violé et qu'une rupture s'opère non plus dans le contrat féodal mais dans le contrat social qui lie les sujets à leur souverain. Muyart de Vouglans, quant à lui, préconise déjà l'institution de garanties procédurales avant toute entrée dans le domicile privé :

[...] en dehors de certains cas limitativement désignés, tels que le délit flagrant, les délits commis par des domestiques, etc., le décret de prise de corps ne doit être décerné contre une personne domiciliée qu'*après information et s'il existe des charges suffisantes*⁵⁵⁴.

La « personne domiciliée », c'est-à-dire celle qui s'est réfugiée dans l'intérieur de sa maison, dispose donc dans cet espace d'un certain droit d'asile. Un arrêt de principe du 8 avril 1784, sur les conclusions de l'avocat général Séguier, annule ainsi une procédure d'arrestation pour violation illégale de domicile⁵⁵⁵. La grande chambre du parlement de Paris condamne le lieutenant de Police La Tour du Roch à verser 20 000 livres de dommages et intérêts pour avoir pénétré illégalement dans la maison d'un sujet⁵⁵⁶. En statuant de la sorte, les parlements posent les bases d'un principe général d'inviolabilité du domicile. Si les officiers de police doivent plier la jambe pour entrer chez les particuliers, ce principe s'impose, à plus forte raison, à toute la société.

La sphère matérielle du privé constitue donc l'espace vital du sujet libre sous la protection des lois. Selon Montesquieu, le citoyen libre a « sa maison pour asyle, et le reste de sa conduite en sûreté⁵⁵⁷ ». Les régimes modérés sont ceux dans lesquels les lois garantissent l'intégrité « des personnes et des biens⁵⁵⁸ », « la propriété et la vie⁵⁵⁹ », de sorte que la sûreté et la propriété sont intimement associées. À l'inverse, les États despotiques tels que l'empire Ottoman sont ceux dans lesquels « l'honneur, la fortune, la vie » sont sans cesse menacés⁵⁶⁰. Les cours souveraines font ainsi de la propriété l'une des marques de la liberté du sujet, mettant en avant le lien très fort qui unit la sûreté de la personne en elle-même et son domicile, réputé être une zone exempte de juridiction.

⁵⁵³ *Ibid.*, t. IV, p. 73 [Nous soulignons].

⁵⁵⁴ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles de France*, Neufchâtel, Mérigot, 1781, t. I, p. 102.

⁵⁵⁵ Antoine-Siméon COFFINIÈRES, *Traité de la liberté individuelle*, Paris, Videcoq, 1840, t. I, p. 272. Arrêt du parlement de Paris, 8 avril 1784 : Le lieutenant de la maréchaussée « n'avait pas à ordonner à un domicilié, dans son propre domicile, de se constituer prisonnier ; qu'il était également répréhensible d'avoir sollicité l'ordre du maire, et d'avoir fait faire des perquisitions chez un domicilié, par des archers de la ville, sans ordonnance de justice ; ... qu'ainsi, c'était le cas de faire au lieutenant de maréchaussée des défenses de récidiver, de le condamner même à des dommages et intérêts... ».

⁵⁵⁶ *Répertoire*, éd. P.-A MERLIN DE DOUAI, Paris, Tarlier, Vème édition, 1827, t. XVIII, V^{is} « Lettre de cachet », p. 146.

⁵⁵⁷ E. L. XII, 23.

⁵⁵⁸ E. L. XXVIII, 38.

⁵⁵⁹ E. L. VI, 1.

⁵⁶⁰ E. L. VI, 2.

- La propriété de soi comme principe juridique de l'indépendance et de la sûreté des sujets

Les parlements de l'ancienne France utilisent le vocable de propriété pour l'appliquer à la personne. La notion de propriété assimilée à la sûreté englobe inséparablement la protection de l'intégrité corporelle et celle de ses biens. Les magistrats du Dauphiné n'hésitent d'ailleurs pas à dire que le citoyen, privé de liberté arbitrairement, est exproprié de « la propriété de sa personne⁵⁶¹ ». Comme l'observe Elina Lemaire, dans l'esprit des parlementaires, la propriété de soi et la liberté sont des notions « consubstantielles⁵⁶² ». Lors de la réforme du Chancelier Maupeou, les parlementaires de Franche-Comté explicitent ce point : « La propriété [...] comprend tout ce qui est nécessairement cher et précieux à l'homme, ses mœurs, sa liberté, sa vie et ses biens⁵⁶³ ». Contestant la disproportion de l'impôt au nom de la propriété, les parlementaires de Toulouse affirment pour leur part dans une remontrance du 17 août 1763 :

Où il n'est point de propriétaire, on ne connaît que des esclaves : il n'est plus d'État ni de société, parce que l'État et la société ne sont fondés que sur la propriété⁵⁶⁴.

Ou encore dans une autre remontrance du 6 avril 1771, après le coup de force de Louis XV :

Les loix qui garantissent à vos *Sujets la sûreté de leur personne, la propriété de leurs biens et de leurs vies*, l'usage légitime de leur liberté, le droit de veiller à la conservation de leur honneur, celui d'être gouvernés et jugés suivant les principes et les formes de la société dont il sont membres, doivent aussi être comptées au nombre de ces loix dont il est écrit qu'en les violant, on ébranle tous les fondements de la terre, après quoi il ne reste plus que la chute des Empires⁵⁶⁵.

La sûreté et la propriété semblent donc se confondre en un droit unique qui place l'homme privé à l'abri des lois du monarque. L'existence d'un pouvoir privé laissant à chaque sujet la faculté de disposer de sa personne et de ses biens est invoquée par les cours comme une limite infranchissable au pouvoir de la monarchie.

Le couple propriété-liberté n'est pas nécessairement le produit de l'influence du jusnaturalisme moderne sur les parlementaires de l'ancienne France. La protection de la sphère privée suit aussi cette idée ancienne selon laquelle le pouvoir légitime est celui qui s'exerce sur des hommes libres administrant eux-mêmes leurs affaires privées. Cette défense de la sûreté personnelle par les cours de justice s'inscrit probablement, selon Elina Lemaire, dans « une histoire endogène⁵⁶⁶ » qui reconnaît déjà au sujet un domaine inaccessible au souverain. Comme on l'a vu, Jean Bodin, malgré son parti-pris en faveur de l'autorité royale, considère ainsi dès le XVI^e siècle que le gouvernement légitime d'une monarchie est celui qui protège le domaine privé des sujets.

⁵⁶¹ Remontrance du parlement du Dauphiné concernant les Lettres de cachet du 5 janvier 1788, Bibliothèque municipale de Lyon, 1788, p. 2.

⁵⁶² Élina LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 26.

⁵⁶³ Remontrance du parlement de Besançon du 11 mars 1771, cité par ID., *Grande robe et liberté, op. cit.*, p. 10.

⁵⁶⁴ Remontrance du parlement de Toulouse du 6 avril 1771, cité par ID., *Grande robe et liberté, op. cit.*, p. 37.

⁵⁶⁵ Remontrance du parlement de Toulouse au Roi du 6 avril 1771, dans *Recueil des réclamations remontrances*, Londres, 1773, t. II, p. 333.

⁵⁶⁶ Élina LEMAIRE, *Grande robe et liberté, op. cit.*, p. 25.

- Le *dominium* sur soi comme capital économique de l'individu

La rémanence de l'idée de propriété étendue à la personne elle-même se retrouve au fondement des premières théories économiques. Grotius et Locke avaient par ailleurs inscrit le travail au fondement de ce domaine. Dans une même perspective, les physiocrates reprennent l'approche des juristes pour faire de celui-ci le principe d'une liberté économique. De manière plus certaine que pour les parlementaires, les physiocrates ne font que vulgariser l'œuvre de Locke en accentuant nettement la signification économique de l'expression de propriété de soi. Le lien entre la propriété et le travail ne sert alors plus seulement à établir la naturalité du domaine privé, mais aussi à faire du corps un bien aliénable, pour ne pas dire une marchandise. Selon Nicolas-Gabriel Le Clerc⁵⁶⁷, l'homme, parce qu'il a « la propriété de sa personne, de ses facultés corporelles et intellectuelles », peut disposer librement de lui et déterminer les « objets propres à satisfaire ses besoins⁵⁶⁸ ». La justice n'est donc fondée que sur un respect de ses propriétés, et la liberté est d'ailleurs définie comme une propriété de soi au sein d'un ordre social imposant ses lois :

La liberté consiste à *se déterminer* et agir avec choix, selon ce que l'on juge le plus raisonnable et de plus juste pour se procurer ses propres avantages, en respectant toujours ceux des autres, c'est l'*empire sur soi-même et sur ses actions* ; c'est en un mot pouvoir ce que l'on doit vouloir, *d'après l'ordre immuable qui sert de base aux Loix naturelles* et sociales, dont la prévoyance a compris ce qui pouvait nous rendre heureux⁵⁶⁹.

Le courant de pensée physiocratique qui traverse le XVIII^e siècle utilise cette notion dans sa défense de la liberté du travail et du commerce. Mais ce qu'il faut bien voir, c'est qu'il ne s'agit plus seulement de tirer quelques principes de justice à partir d'axiomes fixes comme dans l'École du droit naturel moderne, mais de dégager les lois nécessaires d'un système économique et social. Les physiocrates reprennent les arguments de Grotius et de Locke selon lesquels la propriété est un droit naturel fondé sur un droit de conquête individuelle, mais c'est pour en faire l'*Alpha* et l'*Omega* de leur théorie d'économie politique. Dans son principal ouvrage, Pierre-Paul Le Mercier de la Rivière⁵⁷⁰ mentionne ce fondement de la propriété dans le travail du corps :

Obligé pour subvenir à ses besoins de travailler, de demander au sol sa subsistance, l'homme doit pouvoir disposer à son gré de son corps, de son activité : de cette nécessité découle la propriété personnelle, *premier principe de tous les autres droits*⁵⁷¹.

La propriété comme droit *inaliénable, exclusif et universel* est ainsi fondée par le travail, mais aussi pour le travail. Lemerancier de la Rivière remarque que ce qu'il nomme propriété n'est d'ailleurs qu'un autre mot pour

⁵⁶⁷ Nicolas-Gabriel LE CLERC (1726-1798) est médecin et écrivain. Physiocrate convaincu, il n'est pas pour autant l'un des auteurs principaux de ce mouvement.

⁵⁶⁸ Nicolas-Gabriel LE CLERC, *La boussole morale et politique des hommes et des empires, dédiée aux nations*, Boston, 1779, p. 15 : « L'homme qui travaille, qui remplit ses devoirs, doit jouir exclusivement de son droit naturel. En observant les Lois sociales, son droit est garanti par les Lois positives. De là, l'origine des droits et des devoirs respectifs, des Lois conservatrices des sociétés ; de-là, la propriété de sa personne, de ses facultés corporelles et intellectuelles, des biens justement acquis, et de la liberté d'en user, en cherchant les objets propres à satisfaire les besoins. »

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 14. [Nous soulignons].

⁵⁷⁰ Pierre-Paul LE MERCIER DE LA RIVIERE (1719-1801) est auteur physiocrate français de premier plan. Sa pensée est inséparablement économique et politique.

⁵⁷¹ Pierre-Paul LE MERCIER DE LA RIVIERE, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (1767), Paris, Fayard, 2001, p. 24 [Nous soulignons].

dire liberté contractuelle. Elle est une liberté *physique*, contrairement à la liberté *métaphysique* des philosophes⁵⁷². Elle est un droit concret et économique par lequel l'homme jouit matériellement de son être indépendamment des volontés étrangères⁵⁷³. En ce sens, il peut affirmer que « la liberté et la propriété sont *une seule et même prérogative* qui change de nom selon la façon de l'envisager, qui est physiquement nécessaire au même titre⁵⁷⁴ ». L'élève de Pothier, Le Trosne, dissertant sur les fondements de la justice tire, lui aussi, des conséquences économiques du postulat de la propriété de soi qui devient, dans sa bouche, *absolue* :

La justice n'a pas pour objet de rendre les fortunes égales mais d'assurer à chacun ce qui lui appartient : elle garantit à tous la liberté et *la propriété absolue et indéfinie de leur personne, de leurs travaux, de leurs industries, de leurs richesses mobilières, et la faculté d'acquérir*. [...] *Mais cette liberté qui dérive de son droit* ne blesse en rien celui que les autres hommes ont de les partager : car ils sont propriétaires au même titre, et *vendeurs de leur travail, de leur industrie, de l'emploi de leur richesse mobilière* ; il est juste qu'ils les offrent en échange⁵⁷⁵.

La propriété partagée par tous les hommes représente le capital élémentaire de chaque personne, une puissance subjective indéfinie dans l'ordre matériel qui permet de se vendre, de louer son corps et son industrie, vecteurs d'enrichissement de l'individu⁵⁷⁶. Le *dominium* naturel sur soi sert ainsi de support au principe du libre commerce de son industrie proclamé en 1791 par le décret d'Allarde et la loi le Chapelier⁵⁷⁷. L'idée d'une propriété sur son propre corps est décisive pour pouvoir faire de celui-ci une marchandise, pour convenir d'un contrat et donner naissance à un marché du travail⁵⁷⁸. La notion de libre-disposition de sa personne maîtresse et possesseur d'elle-même revêt donc une importance symbolique en amont même de la Révolution française, mais c'est toutefois cette dernière qui l'a le plus exaltée en l'érigant en grand fondement de la liberté personnelle.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 25 : « Je donne à cette seconde liberté le nom de physique, parce qu'elle ne se réalise que dans les actes physiques qu'elle a pour objet. [...] [La liberté sociale] est tellement inséparable du droit de propriété qu'elle se confond avec lui, et qu'il ne peut exister sans elle, comme elle ne peut exister sans lui. En effet, qu'on dépouille un homme de tout droit de propriété, je défie qu'on trouve en lui vestiges de liberté : d'un autre côté, supposez quelqu'un qui soit privé de toute espèce de liberté, je défie qu'on puisse dire qu'il lui reste dans le fait et réellement aucun droit de propriété. »

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 34 : « La liberté sociale peut être définie comme une indépendance des volontés étrangères qui nous permet de faire valoir le plus qu'il nous est possible nos droits de propriété, et d'en retirer toutes les jouissances qui peuvent en résulter sans préjudicier aux droits de propriété des autres hommes. [...] telle est l'étendue du droit de propriété, telle est aussi l'étendue de la liberté. »

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁷⁵ François Le TROSNE, *De l'ordre social*, Paris, Debure, 1777, p. 82 [Nous soulignons].

⁵⁷⁶ Pierre-Paul LE MERCIER DE LA RIVIERE, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, *op. cit.*, p. 12 : « La loi de la propriété est bien la même pour tous les hommes ; les droits qu'elle donne sont tous d'une égale justice, mais ils ne sont pas tous d'une égale valeur, parce que leur valeur est totalement indépendante de la loi. »

⁵⁷⁷ Olivier THOLOZAN, « Le contrat de Travail, révision du concret de louage de service ? », *Revue de recherche juridique*, t. 5 (2014), p. 2199-2211.

⁵⁷⁸ Sur ce sujet : Alain SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise*, Paris, Éditions du Collège de France, 2019, 72 p.

§. 2 – Les garanties révolutionnaires de la sphère privée

Selon Alexis de Tocqueville, le principe commun à la compréhension moderne de la liberté et de l'égalité, et donc aux Révolutions des XVII^e et XVIII^e siècles, est cette croyance dans le fait que chaque homme doit disposer librement de ses affaires privées :

Chaque homme étant présumé avoir reçu de la nature les lumières nécessaires pour se conduire, apporte en naissant un droit égal et imprescriptible à vivre indépendant de ses semblables, en tout ce qui n'a rapport qu'à lui-même, et à régler comme il l'entend sa propre destinée⁵⁷⁹.

Le philosophe exprime ici ce qui anime depuis le début les jusnaturalistes modernes, à savoir la découverte d'un droit naturel de chacun à maîtriser sa propre existence. En historien de la démocratie, il n'hésite pas à relier les développements, en France, de l'esprit d'égalité à l'étiollement de la féodalité. Il voit dans l'accroissement de la petite propriété une étape décisive dans l'émergence de nos sentiments nationaux sur l'égale liberté de chaque homme :

Il n'y a rien – au contraire – de plus favorable au règne de la démocratie que la division de la terre en petites propriétés. [...] Le petit propriétaire foncier ne reçoit d'impulsion que de lui-même ; sa sphère est étroite, mais il s'y meut en liberté. Sa fortune s'accroît lentement, mais elle n'est point sujette à de brusques hasards. Son esprit est tranquille comme sa destinée, ses goûts réguliers et paisibles comme ses travaux ; et n'ayant précisément besoin de personne, il place l'esprit d'indépendance au milieu de la pauvreté même⁵⁸⁰.

En France, à la veille de la Révolution, malgré le système seigneurial, bien des terres sont déjà réparties de fait entre une multitude de petits tenanciers. La liberté sociale précède ainsi la liberté politique, et la liberté privée telle que nous la concevons est le produit d'une nation d'agriculteurs indépendants. La masse des petits fermiers qui sillonne le royaume prépare les revendications révolutionnaires, qui feront de la propriété individuelle le principe d'un ordre nouveau.

- La proclamation du principe de l'inviolabilité du domicile contre les agents royaux

En amont même des débats révolutionnaires, les cahiers de doléances s'alarment déjà du manque de déférence des fonctionnaires royaux et des fermiers généraux envers l'espace privé⁵⁸¹. Est ainsi réclamée la suppression des impôts levés en violation ou par la violation de l'espace privé en invoquant les mœurs, la liberté personnelle et la liberté domiciliaire. Les citoyens étant « libres dans leur personne » et « maîtres de leur maison », les représentants du tiers de Némours sollicitent ainsi la fin des visites domiciliaires en matière fiscale⁵⁸². D'autres doléances sollicitent la mise en place de garanties procédurales à l'entrée des hommes de

⁵⁷⁹ Alexis DE TOCQUEVILLE, « L'état social de la France avant et après 1789 », *Œuvres complètes*, Paris, Michel Lévy, 1865, t. VII, p. 30.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁸¹ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 1, p. 112-215. Un cahier du tiers-état de Lyon relève : « On a arrêté des citoyens domiciliés, sans information préalable. » Un cahier d'Auxerre dénonce quant à lui les contrôleurs de gabelle qui ne respectent pas le domicile. Cahier du tiers-état du bailliage de Nemours, « Cahiers des sénéchaussées et bailliages »,

⁵⁸² *A. P.*, 1^{ère} série, t. 4., p. 122 : « Remontrances, moyens et avis que le tiers-état du bailliage de Nemours charge ses députés de porter aux états généraux [...] Le tiers-état du bailliage de Nemours [...] croit que tout impôt qui exige des visites domiciliaires est une honte pour un État policé et doit en être banni à jamais. La nation assemblée ne

l'État dans les domiciles des particuliers⁵⁸³. La législation de la Constituante ne tarde pas à répondre à cette demande de protection de l'espace privé, et un décret du 16 février 1791 portant sur l'organisation de la gendarmerie subordonne les arrestations au domicile à un mandement de justice et à la présence d'un huissier porteur de cette ordonnance⁵⁸⁴. Le soldat qui ne respecterait pas cette protection des domiciles encourait une peine de prison⁵⁸⁵. Deux autres décrets sont pris en ce sens le 22 juin et un autre le 19 juillet 1791, interdisant aux officiers de police « d'entrer dans les maisons des citoyens » sans mandat⁵⁸⁶. Les mesures de sûreté prises à la veille de la proclamation de la République redoublent ainsi de précautions en matière de protection de l'espace privé. L'article 18 d'un décret du 19 septembre 1792 dispose quant à lui que, sauf cas de flagrant délit, « l'asile du citoyen est déclaré inviolable, [...] d'un soleil à l'autre⁵⁸⁷ ». Dans ce texte, l'espace privé est donc explicitement considéré comme un refuge, voire comme un camp retranché qui met l'homme à l'abri de l'arbitraire. L'article de loi consacre aussi le droit de résistance mentionné par Jousse. En cas de violation arbitraire des lieux de vie, il est ainsi possible de résister « par tous les moyens qui sont en son pouvoir⁵⁸⁸ ». Absente de la précédente Constitution, l'inviolabilité du domicile se retrouve dans celle du 5 fructidor an III, qui proclame, dans l'un de ses très nombreux articles, que :

La maison de chaque citoyen est un asile inviolable : pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi, et pour la personne ou l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite⁵⁸⁹.

Ainsi, dès le Directoire, un cadre légal est institué pour réglementer l'intrusion dans le domicile des citoyens considérés comme dévoyés⁵⁹⁰. La protection du foyer est reprise à l'article 184 du code pénal de 1810, qui sanctionne toute immixtion abusive de la part d'un magistrat, d'un policier ou de tout fonctionnaire de l'ordre administratif dans le domicile. En donnant la possibilité de poursuivre pénalement les représentants de l'État en particulier, le code pénal amorce ainsi un certain principe de responsabilité administrative en cas de violation de la vie privée⁵⁹¹.

pourrait voir sans étonnement, et le cœur bienfaisant du roi ne pourra considérer sans indignation, que dans un tiers du royaume les citoyens soient obligés d'ouvrir leur porte jour et nuit [...] ».

⁵⁸³ Albert DESJARDINS, *Les cahiers des États Généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, Durand, 1883, p. 271. La simple présomption de fraude semble pour les habitants de la ville de Valenciennes un critère insuffisant pour justifier des intrusions dans les domiciles. Le tiers de Melun estime pour sa part que l'entrée dans le domaine privé d'un citoyen requiert une ordonnance de justice et la présence d'un magistrat (article 43).

⁵⁸⁴ *Collection complète*, éd. J.-B DUVERGIER, Paris, A. Guyot et Scribe, 1882, t. II, p. 320.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ *Recueil général des lois et ordonnances*, éd. Charles-Antoine LEPEC, Paris, 1839, t. 2, p. 270.

⁵⁸⁷ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 50, séance du 19 septembre 1792, p. 137.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ Article 359 de la Constitution du 5 fructidor an V [22 août 1795]

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 118. La Loi du 14 fructidor an V [1^{er} septembre 1797] ordonne ainsi les visites domiciliaires dans toute l'étendue du territoire français pour opérer l'arrestation des agents de l'Angleterre et des émigrés rentrés en France. La Loi des suspects du 24 messidor an VII [12 juillet 1799], connue sous le nom de loi des otages, autorise les visites domiciliaires pour l'arrestation « des embaucheurs, des émigrés rentrés, des égorgeurs et des brigands ».

⁵⁹¹ Nous développerons ultérieurement la question du lien entre la notion moderne d'ordre public et l'indépendance de la sphère privée. Titre II- Chapitre II- L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée.

- La propriété comme principe d'émancipation de toute la personne

Au-delà de la protection de l'espace privé contre les intrusions arbitraires, la propriété est vue comme la matrice de la liberté individuelle. Pour les révolutionnaires, le démantèlement des structures juridiques d'Ancien Régime est présenté comme un mouvement irrésistible d'émancipation. L'ordre dont il s'agit de se libérer repose toujours dans une large mesure sur des bases héritées du système féodal, dans lequel la plupart des individus sont encore théoriquement reliés à des seigneurs fonciers. Ce dispositif juridique reposant sur une hiérarchie et des services entre les individus est vu comme la source ultime de l'aliénation des sujets dans l'Ancienne France. L'obéissance ne repose pas sur le règne de la loi mais sur une allégeance personnelle. La proclamation d'un droit à la propriété de soi permet alors de dégager l'homme des liens de subordination latents entre les individus et des contraintes communautaires telles que les corvées et autres réquisitions forcées de son propre corps.

La proclamation d'un tel droit de propriété coïncide aussi avec l'affirmation du principe d'égalité entre les hommes. Il existe un pouvoir privé inhérent à tout homme qui doit lui permettre de mener une action autonome. Les hommes de la Révolution sont par ailleurs dans une large mesure les héritiers de toute cette tradition politique qui considère que le bon gouvernement repose sur la distinction entre les affaires domestiques et celles de la cité. Selon eux, la « tyrannie féodale » a conduit à une privatisation du pouvoir et à l'abolition de la distinction entre la chose privée et la chose commune. Cette idée est très bien exprimée par l'abbé Sieyès, pour qui la Révolution œuvre pour mieux séparer la chose privée de la chose publique. Dans son ébauche d'ouvrage sur *Les bases de l'ordre social*, il relève que la République (« re publique ») ne doit pas être une « re totale » qui prétende administrer toute chose, y compris les affaires privées des citoyens :

On ne doit pas croire que les associés politiques aient voulu mettre en commun toutes leurs affaires, leur personne et leur chose. Ils ne forment point un couvent, où tout le monde a cédé et confondu tous ses droits dans une masse conventuelle. Ils ne mettent en commun qu'une action ou une valeur limitée pour l'importance des besoins communs⁵⁹²

Le gouvernement repose ainsi sur la mise en commun de lois auxquelles les citoyens ont consenti. Il n'est pas une maison religieuse dans laquelle c'est la vie elle-même qui est réglée et subordonnée à quelqu'un d'autre. Celui qui fut surnommé la taupe de la Révolution place ainsi le partage entre public et privé au cœur de la distinction entre gouvernement personnel et gouvernement républicain :

La véritable différence entre le gouvernement légitime et celui qui ne l'est pas est celle que nous mettons ici entre la chose publique et la chose privée⁵⁹³.

Dans le même temps qu'il rappelle la distinction décisive entre sphère publique et domaine privé, Sieyès établit une équivalence entre la propriété et la liberté. L'homme est libre dans sa vie privée car il n'est

⁵⁹² Emmanuel SIEYÈS, *Bases de l'ordre social*, Christine FAURE (dir.), *Des manuscrits de Sieyès*, Paris, Honoré Champion, 2007, t. II, p. 511. Dans la communauté politique, les citoyens « ne mettent en commun qu'une action ou une valeur limitée par l'importance des besoins communs réputés suffisants pour faire fleurir l'association. On n'a point voulu créer une Ré-totale, mais seulement une Ré-publique. » Pasquale PASQUINO, « Emmanuel Sieyès, Benjamin Constant et le "gouvernement des modernes". Contribution à l'histoire du concept de représentation politique », *Revue française de science politique*, t. 2 (1987), p. 214-229.

⁵⁹³ Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, *op. cit.*, p. 186 : « La chose publique n'est point, et ne peut jamais devenir la propriété d'un individu, d'une famille, ou d'une classe particulière ; c'est la chose commune

pas sous la tutelle d'un maître, c'est-à-dire du détenteur d'un pouvoir de type privé⁵⁹⁴. Comme il le dit, les hommes sont libres, « c'est-à-dire propriétaires inviolables de leur personne et de leurs biens⁵⁹⁵ ». L'idée d'un *dominium* de chaque homme sur lui-même semble ainsi constituer l'idée structurante des deux premiers articles de la Déclaration des droits dans laquelle la liberté, la propriété et l'égalité semblent implicitement liées⁵⁹⁶. L'autorité de Locke auprès des hommes de 1789 vient sans doute confirmer l'ancienne conception selon laquelle les individus disposent de « cet usufruit sur soi, vis-à-vis de Dieu⁵⁹⁷ » et d'« une véritable propriété vis-à-vis des autres hommes⁵⁹⁸ ». Dans l'esprit de l'abbé Sieyès, le déroulement logique de l'idée de propriété originaires oblige à changer de fond en comble le droit compris comme un système qui, en protégeant cette propriété personnelle, permet à l'individu d'être libre.

Au-delà d'écrits théoriques, c'est la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen dans son ensemble qui est « marquée par la tradition lockéenne propre à définir un espace privé dans lequel l'activité, notamment économique, des hommes pourra libérer ses virtualités⁵⁹⁹ ». Le système exclusiviste est vu comme un principe d'émancipation de toute la personne en tant qu'il prend le contrepied de l'ordre féodal réputé reposer sur l'asservissement des individus par l'attachement forcé des vies individuelles entre elles. Le révolutionnaire Emmanuel d'Antraigues souligne bien ce point quand il considère que « la propriété légitime assure l'indépendance. On est esclave quand on existe aux dépens des propriétés d'autrui⁶⁰⁰ ». Toute la personne est concernée par cette logique d'émancipation de la sphère privée. L'Abbé Sieyès, dans son projet de Déclaration des droits de l'homme, proposait un Article V formulé ainsi :

Tout homme est *seul propriétaire de sa personne*. Il peut engager ses services, son temps, mais il ne peut pas se vendre lui-même. Cette *première* propriété est inaliénable⁶⁰¹.

Sieyès s'empare ainsi de la *property* de Locke, pouvoir primitif inscrit dans chaque être humain, pour en faire le fondement de l'égalité entre les citoyens⁶⁰². La propriété de sa personne n'est pas un droit de

de tous ; elle est inaliénable. Les despotes en ont fait leur chose privée. La véritable différence entre le gouvernement légitime et celui qui ne l'est pas est celle que nous mettons ici, entre la chose publique et la chose privée. Dans celle-ci il y a nécessairement usurpation. »

⁵⁹⁴ Emmanuel SIEYÈS, *Bases de l'ordre social*, cité par Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 182

⁵⁹⁵ *Ibid.*, Si l'homme est libre, tous le sont, *c'est-à-dire tous sont propriétaires inviolables de leur personne*, et de leur chose. Ils doivent user de l'une et de l'autre, sans empêchement de la part d'autrui. Tous les droits sont renfermés dans cette propriété personnelle et réelle. » [Nous soulignons].

⁵⁹⁶ Sur ce sujet : Stéphane RIALS, « Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux Origines de la pensée juridique moderne », *Commentaire*, t. 34 (1986), p. 281 et s.

⁵⁹⁷ ID., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 380. Ce thème est fondamental pour comprendre en profondeur le couple propriété-liberté lors de la Révolution française.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 387.

⁶⁰⁰ Emmanuel D'ANTRAIQUES, *Mémoire sur le rachat des droits féodaux*, Versailles, Baudouin, 1789, p. 25 ; Roberto ZAPPERRI, « Sieyès et l'abolition de la féodalité en 1789 », *Annales Historiques De La Révolution Française*, t. 44/209 (1972), p. 321-351.

⁶⁰¹ Emmanuel SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française : reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, p. 42.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 22 : « Deux hommes étant également hommes, ont un égal degré tous les droits qui découlent de la nature humaine. Ainsi, tout homme est propriétaire de sa personne, ou nul ne l'est. Tout homme a le droit de disposer de ses moyens ou nul n'a ce droit. Les moyens individuels sont attachés par la nature aux besoins individuels. Celui qui est chargé des besoins doit donc disposer librement des moyens. Ce n'est pas seulement un droit, c'est un devoir. »

propriété mais la source de tous les droits subjectifs, elle est une liberté d'action plus qu'une « propriété réelle⁶⁰³ ». Dans un autre texte, il explique encore le lien entre les droits de l'individu et la libre maîtrise de sa personne :

Tous les droits sont renfermés dans cette propriété personnelle et réelle. Dans cet état de liberté, les hommes ne peuvent traiter ensemble que volontairement et par voie d'échange⁶⁰⁴.

Au-delà de l'Abbé Sieyès, c'est toute l'anthropologie révolutionnaire, si l'on peut s'exprimer ainsi, qui, en usant de la terminologie de la propriété, exalte la puissance de l'homme maître et possesseur de lui-même. L'existence d'une conception large de la propriété constitue l'un des piliers de la pensée de nombreux députés aux États Généraux. L'article III de la Déclaration projetée par le député Custine affirme ainsi : « Tout homme est seul propriétaire de sa personne⁶⁰⁵ ». Target propose quant à lui un article III reprenant des formules assez proches :

La vie de l'homme, son corps, sa liberté, son honneur, et les choses dont il doit disposer exclusivement, composent toutes ses propriétés et tous ses droits⁶⁰⁶.

L'idée d'appropriation de la vie ou de droit sur sa vie portée par de nombreux révolutionnaires dessine donc un domaine privé entièrement déduit de cette première faculté inscrite dans le corps de la personne.

- **Les limites incertaines du *dominium* privé des révolutionnaires**

L'insistance des révolutionnaires sur la *libre-disposition* de soi n'équivaut pas nécessairement la proclamation d'une puissance arbitraire ou sans limites de l'homme sur lui-même. Plus qu'une théorie juridique, l'expression de « propriété de soi » revêt ici une signification politique. En ce sens, elle formalise davantage un principe de non-ingérence de l'État dans les affaires des particuliers qu'une assimilation de la personne à une chose aliénable. Les affirmations de Sieyès ne tendent en aucun cas à fonder une théorie de la propriété au sens du droit civil et, dans son expression, il prend d'ailleurs soin de distinguer la propriété *personnelle* de la propriété *réelle*⁶⁰⁷. Le *dominium* de l'homme sur lui-même constitue bien une « première propriété⁶⁰⁸ » d'un autre genre que les autres et l'homme ne peut « se vendre lui-même⁶⁰⁹ ». La propriété de soi n'est donc pas un simple moyen aliénable de production comme pouvaient le laisser entendre les discours

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 26 : « La liberté s'exerce sur des choses communes et sur des choses propres. La propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découle la propriété des actions et celle du travail, car le travail n'est que l'usage de ses facultés, il émane évidemment de la propriété de la personne, et des actions. La propriété des objets extérieurs ou la propriété réelle, n'est pareillement qu'une suite et comme une extension de la propriété personnelle. »

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Stéphane RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 644.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 608.

⁶⁰⁷ Emmanuel SIEYÈS, *Base de l'ordre social*, *op. cit.*, p. 412

⁶⁰⁸ SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française*, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

des physiocrates. L'article 18 de la Déclaration des droits de la Constitution de l'an III n'opère pas non plus de confusion sur ce point, en consacrant une certaine indisponibilité de la personne :

Tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre, ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable⁶¹⁰.

Même pour les révolutionnaires qui exaltent la puissance de l'homme sur lui-même, ce *dominium* ne coïncide donc pas avec une propriété comme une autre. Il n'est pas illimité, puisqu'il ne permet pas de *s'aliéner*. Ce droit à la possession et au contrôle de soi-même sous-entend ainsi que de par sa dignité, l'homme est à l'abri de tout état de dépendance, dans lequel il ne peut être placé. En ce sens, la propriété de soi telle qu'elle est proclamée par les thermidoriens ne réifie pas l'homme puisqu'elle refuse explicitement d'en faire une marchandise.

Qu'en est-il alors de la conception large du *dominium* pour les hommes du XVIII^e siècle français ? Si le terme de propriété désigne dans leur langue une notion spécifique du droit des biens, il véhicule bien davantage. On observe en effet un usage récurrent du terme « propriété » pour désigner l'état de l'homme indépendant. Si dans les dictionnaires du Siècle des Lumières, la transcription du mot latin *dominium* par « propriété » conduit à un rabattement du sens sur la seule propriété foncière, la propriété demeure plus que jamais la matrice concrète de la liberté mais aussi de l'égalité⁶¹¹. Portalis, dans le Discours préliminaire, remarque ainsi que « dans les États despotiques, où le prince est propriétaire de tout le territoire [...], les particuliers n'ont *ni volonté, ni liberté, ni propriété*⁶¹² ». La propriété, marque des États libres, est ainsi le support de l'indépendance de toute la personne et de toutes les personnes. Elle est la source d'une liberté matérielle au nom d'une émancipation à l'œuvre davantage que d'une théorie absolutiste de la liberté individuelle. Plus que la simple propriété, c'est donc la vie individuelle dans son ensemble qui est considérée comme radicalement séparée du domaine politique.

Les Français comme les Anglais ont transcrit dans le mot de « propriété » l'idée d'un pouvoir privé condensée dans la langue des juristes européens dans le mot latin de *dominium*. Il existe ainsi une tradition d'usage large de ce terme, employé non pas pour qualifier la propriété des choses mais un droit plus vaste qui recouvre l'intégralité de la personne. La transposition d'un concept juridique à des fins plus politiques ou philosophiques n'est toutefois pas sans poser des questions, ni sans altérer sa signification. La catégorie de propriété est tout simplement utilisée tant par Locke que par les révolutionnaires pour désigner un faisceau de droits individuels qui viennent justifier une désaffiliation du sujet libre avec le maître, le seigneur, le monarque. Ainsi, comme l'avait déjà remarqué Michel Villey, au-delà des prérogatives de l'homme sur ses affaires privées, c'est l'ensemble des droits subjectifs épousant la forme du *dominium* originel qui se diffracte en une multitude de droits spécifiques, qui sont autant de petites propriétés revendiquées par le sujet

⁶¹⁰ Article 18 de la Constitution du 24 juin 1793. /www.conseil-constitutionnel.fr/. [Nous soulignons].

⁶¹¹ Les dictionnaires du XVIII^e siècle sont sans équivoque sur ce point. *Dictionnaire de l'Académie*, 4^e éd., Paris, 1762, V^o « Propriété. », p. 487-488 : « N. f. f. Le droit par lequel une chose appartient en propre à quelqu'un. » Antoine FURETIÈRE, *Dictionnaire universel*, éd. 1690, *op. cit.*, t. III, V^o « Propriété », p. 875 : « Propriété, en termes de droit, signifie le fonds dont on est maître absolu, qu'on peut vendre, engager, ou en disposer à son plaisir. Les fiefs, les héritages se possèdent en pleine propriété. »

⁶¹² Jean-Étienne PORTALIS, *Discours préliminaire du code civil*, Bordeaux, Confluence, 2004, p. 16.

moderne⁶¹³. L'idée d'un *dominium* sur soi opère alors une juridicisation de la personne et transforme « l'individu souverain en sujet de droit⁶¹⁴ », au risque de semer une certaine confusion dans ses relations avec le réel titulaire de la véritable souveraineté.

⁶¹³ Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 246 : « Le fait aveuglant, capital pour l'histoire du droit [...] est que le *dominium* appelé par nous droit de propriété, devenu *l'archétype et le modèle du droit subjectif*, ne nous est pas présenté à Rome sous le qualificatif de droit [...] » ; Marie-France RENOUX-ZAGAME, « Propriété », dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.) *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 587 : « Le domaine absolu que les scolastiques attribuaient au seul Créateur revit, diffracté à l'infini, au profit des individus propriétaires » ; Alan RYAN, *The Making of Modern Liberalism*, Princeton, Princeton university press, 2012, p. 13-14. Le « droit de propriété tel qu'il est conçu par les droits modernes est le paradigme des droits subjectifs. Je peux faire ce qui me plaît avec ce qui m'appartient » [Notre traduction].

⁶¹⁴ Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, *op. cit.*, p. 63.

Chapitre IV – Les formulations équivoques du « *dominium* sur soi » depuis le XIX^e siècle

La consécration du crime de « lèse-vie privée » au rang des outrages pénalement sanctionnés intervient au moment où les rapports entre les droits de la société et ceux de l'individu sont, dans la pensée de certains auteurs libéraux, conçus sur le mode d'une concurrence entre deux « souverainetés ». L'individu devient en effet une force politique disposant d'un noyau de droits qui obligent l'État. Benjamin Constant évoque ainsi les rapports entre la société et la personne dans les termes d'un conflit entre deux puissances rivales :

Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle s'arrête la juridiction de *cette souveraineté*. Si la société franchit cette ligne, elle se rend aussi coupable de tyrannie que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur⁶¹⁵.

L'idée d'une « souveraineté individuelle » de l'homme seul maître de ses affaires privées et indépendant des puissances extérieures se retrouve dans l'usage actuel de l'expression de « propriété de soi ». Au nom de la protection de la vie privée comprise comme un pouvoir sur soi, sur ses données personnelles, sur son image et sur sa voix, la terminologie de la propriété semble en effet conduire à une réification du sujet, en effaçant la distinction fondamentale entre sujet et objet de droit⁶¹⁶. Elle semble donner raison à ceux qui soutiennent que le corps humain est un objet « comme un autre », sous la domination d'un « esprit incorporé dans une machine biologique⁶¹⁷ ». Parés de l'autorité de l'ancienne tradition libérale, il s'agit pour les adeptes du courant libertarien de lever les obstacles opposés à tous les choix privés afin de congédier toute lois considérées comme hétéronomes au nom de la limitation qu'elles fixeraient par contrat ou individuellement⁶¹⁸.

C'est sans doute pour éviter ces confusions que la Cour européenne des droits de l'homme n'utilise pas cette expression de « propriété de soi », pas plus que celle de « souveraineté individuelle », pour qualifier le droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. Elle leur préfère celle de « droit à l'auto-

⁶¹⁵ Benjamin CONSTANT, *Principes de politique, op. cit.*, p. 49. On retrouve ce passage dans les *Principes de politique* de 1815 (*Écrits politiques, op. cit.*, p. 313).

⁶¹⁶ Sur ce sujet : Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, 256 p. ; Xavier LABBÉE, *Condition juridique du corps humain : Avant la naissance et après la mort*, Lille, Septentrion, 2012, p. 48-57 ; Xavier DIJON s. j., *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, (*Droit et religion*), p. 136-180. Thierry REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Dalloz, 2017, p. 587.

⁶¹⁷ Bertrand LEMENNICIER, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », ID., *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], t. 15 (2017), p. 27-44

⁶¹⁸ Sur ce sujet : Daniel BORRILLO, *Rapport génération libre. La libre-disposition de soi : un droit fondamental*, Génération libre, 2015, 31 p. [en ligne] ; ID., *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Paris, 2019, LGDJ, 160 p. ; Sébastien CARE, *La pensée libertarienne. Genèse, fondements et horizons d'une utopie libérale*, Paris, PUF, 2009, p. 151-152.

détermination » ou de « droit à l'autonomie personnelle⁶¹⁹ », qui sont selon elle contenus dans la notion de droit à la vie privée. La Cour suprême des États-Unis a fait un choix similaire, et le « droit à l'autonomie⁶²⁰ » a ainsi pu être qualifié d'« épicerie de la *privacy*⁶²¹ ». La juridiction européenne fait de même, en voyant dans le droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme une faculté opposable aux tiers d'autodéfinition de son identité. Comme l'affirment les juges de Strasbourg, « la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain⁶²² ». Le droit à l'autonomie semble induire que l'individu dispose d'une réelle « souveraineté », au sens d'un pouvoir législatif sur soi-même, qu'il pourrait opposer non seulement à la société, ce qui pourrait à la rigueur se comprendre, mais aussi aux institutions démocratiques. Pour mieux comprendre les racines de ces notions (autonomie et propriété de soi), il est intéressant de remonter à leurs sources textuelles et, dans la mesure du possible, aux soubassements doctrinaux de ce vocabulaire. L'approche historique peut ainsi rendre compte de la genèse du principe d'autonomie dans le droit mais aussi des failles d'une approche de la vie privée exclusivement centrée sur l'individu (Section 1). Mais la question du droit à l'autonomie personnelle nous ramène en réalité à celle de la propriété de soi, écartée par les penseurs allemands des droits subjectifs (Section 2). Enfin, si, en droit américain, le droit à une personnalité inviolée est invoqué par les théoriciens de la *privacy*, il ne se confond pas non plus avec une autonomie radicale du sujet (Section 3).

Section 1 - Les difficultés liées à la réduction de la vie privée à un principe d'autonomie personnelle

L'usage du vocable « autonomie » pour qualifier directement la liberté individuelle est relativement récent dans le vocabulaire politique et juridique. Il est tributaire d'une anthropologie qui voit dans l'homme un être « auto-normé » qui, en tant que personne, tend à ce que ses choix personnels soient reconnus par les institutions. Une telle présentation semble nous amener vers la philosophie d'Emmanuel Kant. Celui-ci présente l'homme comme un être appelé à découvrir sans cesse, en lui-même et par lui-même, la loi morale universelle qui l'anime sans interférer avec autrui. On ne voit toutefois pas dans son œuvre la réelle marque d'un droit à l'autonomie au sens d'un droit subjectif spécifique qui s'imposerait à l'ordre juridique. À partir des définitions kantienne du droit objectif, celui-ci est présenté comme un ensemble de règles ayant pour

⁶¹⁹ CEDH, *I. c/Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°25680/94, §.70. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'homme », *Le droit au respect de la vie privée de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. Frédéric SUDRE, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 328. Voir aussi : Laurence BUGOGUE-LARSEN, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe », *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 99-100.

⁶²⁰ Ce droit à l'autonomie est pourtant de triste mémoire aux États-Unis, en ce que dans un célèbre arrêt, la Cour suprême interdit aux États de prendre des mesures de police et de poser les bases d'une législation sociale durant la première moitié du XX^e siècle. Cour suprême, *Lochner c. New York*, 198 US 45 (1905).

⁶²¹ Albane DE LA CHAMBRE-GRIFFON, *La liberté de la vie privée dans la jurisprudence de la Cour suprême des États Unis, réflexions comparatives sur les enseignements de l'expérience américaine*, thèse sous la direction de Guy SCOFFONI, Aix-Marseille, Université d'Aix-Marseille, dacty., 2002, p. 149.

⁶²² CEDH, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, 17 février 2005, req. n°42758/98, 45558/99, §. 83 : « Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle [...]. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps ».

principale fonction la coexistence des libertés individuelles. Le *droit à l'autonomie* va néanmoins plus loin chez les juristes contemporains, dès lors qu'il suppose la possibilité d'obliger l'État à reconnaître publiquement des normes personnelles quand bien même elles iraient à rebours de la loi commune. La notion de droit à l'autonomie porte en effet en elle la doctrine qui veut qu'au nom du consentement, il soit possible – comme un petit État qui proclamerait son indépendance – de se soustraire au droit. Cette trajectoire de la notion d'autonomie va bien au-delà des propositions soutenues par le philosophe de Königsberg (§. 1), même si ses prémices se retrouvent déjà chez des juristes au début du XIX^e et du XX^e siècle (§. 2).

§. 1 – L'absence de « droit à l'autonomie » dans l'œuvre de Kant

Avant de qualifier l'agir humain, l'autonomie désigne un principe d'indépendance politique. Aristote et saint Paul n'éprouvent aucune difficulté à considérer que l'homme libre devient une règle pour lui-même⁶²³. Cela étant, le mot d'« autonomie » appliqué à l'agir moral ne se diffuse pas avant la période moderne. En 1762, la quatrième édition du dictionnaire de l'Académie définit encore ce mot comme la « liberté dont jouissaient, sous les Romains, les villes qui avaient conservé le droit de se gouverner par leurs propres lois⁶²⁴ ». Le vocable « *nomos* », avant d'être appliqué à l'opération individuelle, à l'acte intime de la conscience, désigne ainsi une règle juridique délibérée et promulguée par une communauté politique. En ce sens, l'expression « d'autonomie de l'individu » pour qualifier une sollicitation politique ou juridique aurait sans doute, pour les hommes d'avant le XVIII^e siècle, comporté une connotation fortement négative. La norme étant relative au bien commun, il y aurait sûrement, pour ces hommes passionnés d'ordre, une certaine monstruosité conceptuelle à délier si radicalement le jugement individuel de tout ensemble social⁶²⁵. L'autonomie devrait alors être synonyme d'anarchie, d'un individualisme excessif, de ce qu'Alfred Fouillée n'hésitait pas à qualifier d'« autocratie de l'individu⁶²⁶ ». Sur un plan moral, l'idée de ne rapporter son existence qu'à soi-même est l'une des définitions classiques de l'orgueil, elle est une marque de l'autosuffisance du sujet⁶²⁷. Il y a donc une nouveauté indéniable dans la fortune politique prise par la notion d'autonomie.

L'individu érigé au rang de législateur de lui-même est la clé de voute bien connue de l'œuvre de Kant. Mais son œuvre n'est pas seulement morale et comporte aussi une dimension politique et juridique. Dans le prolongement de l'École du droit naturel, les questions de définition du droit ne sont plus traitées

⁶²³ Rémi BRAGUE, *La Loi de Dieu*, Paris, Gallimard, 2005, p. 153.

⁶²⁴ *Dictionnaire de l'Académie*, 4^e éd., Paris, 1762, V^o « Autonomie », p. 137 : « Liberté dont jouissoient sous les Romains les Villes qui avoient conservées le droit de se gouverner par leurs propres lois. » L'emprunt au grec : *αὐτονομία* signifiant le « droit de se régir par ses propres lois, indépendance, autonomie (*en parlant d'un État*) » [Nous soulignons]. Selon le dictionnaire d'Anatole Bailly, il vient du mot primaire « *nemo* » qui signifie partager, c'est-à-dire un acte de justice et non quelque chose de solitaire. Anatole BAILLY, *Abrégé du dictionnaire grec-français*, Paris, Hachette, 1901, V^o « *αὐτονομία* », t. II, p. 316.

⁶²⁵ S. T. Ia-IIae, q. 93, art. 5 : « la loi vise premièrement et à titre de principal l'ordre au bien commun. » Sur ce sujet : Pierre MANENT, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, p. 73.

⁶²⁶ Alfred FOUILLÉE, « Les erreurs sociologique et morales des démocraties », *Revue des deux mondes*, t. 54 (1909), p. 315-346.

⁶²⁷ Thierry COLLAUD, « Le don, la présence et la communauté : trois clés de lecture théologique du suicide au-delà de l'interdit. », dans *Le suicide-Regards croisés*, François-Xavier PUTALLAZ, Bernard SCHUMACHER (dir.), *op. cit.*, p. 508.

uniquement par juristes mais deviennent des questions philosophiques. Dans sa *Doctrine du droit* publiée en 1797, celui qui entend fonder une nouvelle philosophie pratique projette de délivrer la science juridique de tout ce qui n'entre pas dans son système. Il veut faire reposer tous les principes du droit sur des impératifs de haute moralité. La liberté de l'homme privé est ainsi instituée comme source et sommet de la science juridique.

- **La liberté individuelle : une puissance sans autre limite que la liberté d'autrui ?**

Dans la présentation par Kant de sa *Doctrine du droit*, l'indépendance individuelle ne trouve de limites qu'en corrélation avec les autres volontés. Seule la liberté peut venir entraver celle d'autrui. Ce principe placé au fondement du droit sert la préservation d'un individu propriétaire. Le philosophe place ainsi le modèle de l'individu « maître chez soi⁶²⁸ » en critère ultime du juste. Pour ce qui ne concerne pas autrui, pour ce qui relève de la vie privée, la liberté du sujet de droit est conçue « selon le paradigme de la souveraineté ou de la propriété⁶²⁹ ». Le système juridique est alors pensé à partir d'un pouvoir de l'homme individuel, titulaire d'une puissance qu'il peut déployer tant qu'il ne rencontre pas d'interférence externe. Dans cette perspective, le droit fonde pour chaque homme « une sphère d'action qui lui est propre⁶³⁰ ». Si la liberté individuelle ne s'arrête que là où commence celle d'autrui, elle semble, en l'absence de réciprocité, sans limites. Cela étant, il ne faut pas oublier le fait que le respect de la dignité dans la philosophie kantienne commande de ne pas traiter une personne comme un moyen et que cette exigence s'adresse à la personne elle-même. Après l'impératif catégorique de respecter la liberté d'autrui, s'impose donc celui de traiter l'humanité dans sa propre personne⁶³¹. L'homme a aussi des devoirs envers lui-même. Cela étant, sur un strict plan juridique, Kant n'évoque pas de limite au libre-arbitre quand l'individu est seul face à lui-même. Il ne juridicise pas, comme ont fini par le faire les juridictions modernes, le principe de dignité⁶³², même s'il est le premier à utiliser l'expression de « droit de la personnalité » (*Persönlichkeitsrecht*) pour désigner un régime juridique protecteur de la dignité élevée et de l'unicité de tout homme⁶³³. Il faut néanmoins reconnaître que la conciliation de ces deux aspects de la pensée d'Emmanuel Kant que sont l'insistance sur la liberté et la dignité de la personne ne semble trouver aucune réponse dans sa théorie transcendantale de la justice.

- **Le maintien de la sphère de liberté de la personne, unique impératif de la métaphysique du droit**

En tant qu'elle prétend à la scientificité en matière juridique, l'œuvre de Kant s'inscrit dans le prolongement de l'École du droit naturel moderne qui entendait faire découler l'ensemble des règles de droit

⁶²⁸ Henri TORRIONE, « Regards sur le suicide dans les sociétés où la conception libérale de la justice et du droit est devenue un fondamentalisme de la liberté », dans François-Xavier PUTALLAZ, Bernard SCHUMACHER (dir.), *Le suicide-Regards croisés*, op. cit., p. 87.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 89.

⁶³⁰ Simone GOYARD-FABRE, *Philosophie politique du XVIIe-XXe*, Paris, PUF, 1987, p. 364-365.

⁶³¹ *M. M. II*, §. 6, p. 274-275.

⁶³² Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'étude juridique*, Bruxelles, Université Saint-Louis, t. 58 (2007), p. 1-30.

⁶³³ L'expression droit de la personnalité est formulée par Kant : « Urheberpersönlichkeitsrecht », *M. M. I*, §. 11 et §. 31.

d'un certain nombre d'axiomes fixes⁶³⁴. Le droit ne se définit plus comme ce qui est juste à partir d'une réflexion sur des cas concrets, mais comme une science véritable reposant sur des normes qui suffisent à déterminer ce qui est juste. Kant se distingue néanmoins des jusnaturalistes des XVII^e et XVIII^e siècles en ce qu'il est le premier à vouloir construire une théorie complète du droit compris comme un ensemble systématique de principes abstraits définissant le juste en amont de toute connaissance empirique et de toute maxime de la vie morale individuelle. C'est ce qu'Amartya Sen a appelé « un institutionnalisme transcendantal⁶³⁵ », c'est-à-dire l'ambition de bâtir une théorie totale de la justice qui repose entièrement sur des procédures et des institutions parfaitement justes⁶³⁶. La tentative de Kant, dans son enseignement sur le droit, de poser les principes d'une normativité universelle nécessaire pour fonder une science juridique « pure de tout ce qui est moral⁶³⁷ » est sans doute l'une des racines de la diffusion de la notion d'autonomie et de sa compréhension. Comme l'explique Jean-François Kervégan, l'œuvre du philosophe entend opérer une séparation de la norme juridique du for externe et de la législation éthique du for interne⁶³⁸. En consacrant « l'autonomie du droit à l'égard de la normativité éthique⁶³⁹ », la science juridique n'est plus considérée comme un art dialectique qui cherche à tâtons le juste à partir de sources du droit, mais, selon l'expression de Fichte, comme une « science véritable et pure⁶⁴⁰ » qui ne vise qu'à préserver les libertés en conflit par une série de normes posées *a priori*.

Kant ne s'embarrasse pas d'une définition du juste, qu'il ne décrit que comme le respect de la personne libre. Il faut rappeler qu'en disciple passionné de Rousseau, le penseur allemand refuse toute opposition entre l'autonomie de la personne et les actes de la volonté générale. Le droit doit être à la fois l'expression de la volonté du peuple et un ensemble de garantie donné aux volontés particulières. À l'instar de Rousseau, son objectif est clair, il faut « associer la contrainte générale réciproque à la liberté de chacun⁶⁴¹ ». Il cherche donc à fonder un ordre politique et juridique entièrement bâti sur le respect de la liberté individuelle. C'est pour cela que, dans ses recherches théoriques sur les lois qui règlent l'action humaine, il s'emploie avec tant de zèle à dégager les domaines étanches que sont la normativité éthique et

⁶³⁴ Sur le sujet, Simone GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, Paris, PUF, 2004, 253 p. ; Simone GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, 296 p. ; Jean-François KERVEGAN, *La raison des normes, Essai sur Kant*, Paris, Vrin, 2015, 192 p.

⁶³⁵ Amartya SEN, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010, p. 33.

⁶³⁶ C'est en effet une posture reprise par John Rawls avec son idée de position originelle et de voile d'ignorance. John RAWLS, *Théorie de la justice* (1971), *op. cit.*, p. 320.

⁶³⁷ Emmanuel KANT, *M. M. I.*, Introduction générale, §. E., p. 106 : « De même que le droit en général n'a pas comme objet que ce qui est extérieur dans les actions, de même, le droit strict, je veux dire celui qui est *pur de tout ce qui est moral*, est le droit qui n'exige que des principes de détermination extérieurs de l'arbitre. » [Nous soulignons].

⁶³⁸ Jean-François KERVEGAN, « La théorie kantienne de la normativité », *Raison pratique et normativité chez Kant, Droit politique et cosmopolitique*, Lyon, ENS Édition, 2010, p. 90 : « L'inclusion d'une métaphysique du droit à la philosophie morale implique une évaluation positive des prescriptions juridiques qui ont leur valeur indépendamment d'elle. »

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 91 [Nous soulignons].

⁶⁴⁰ FICHTE, *La doctrine du droit de 1812*, trad. Anne GAHIER et Isabelle Thomas FOGIEL, Paris, Cerf, 2005, p. 29.

⁶⁴¹ Emmanuel KANT, *M. M. II*, *op. cit.*, p. 18. Dans le Contrat social Jean-Jacques Rousseau décrit ainsi l'objectif de sa pensée politique : « Mon sujet peut se résumer en ces termes : "Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant" ». Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. III, p. 300

la normativité juridique. À côté des règles extérieures à l'homme, qui se caractérisent par leur caractère obligatoire, se trouvent les maximes qui ne s'appliquent qu'à l'intérieur de celui-ci. Dans le prolongement de la *Métaphysique des mœurs*, la doctrine du droit ambitionne d'asseoir une théorie libérale du droit. Le philosophe allemand commence son étude doctrinale par une définition en ce sens :

Le droit est donc l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté⁶⁴².

Le droit tel qu'il est pensé par Kant a donc pour unique objet cette concorde *extérieure* des volontés, indépendamment de ses déterminations intérieures. La science juridique qu'il propose entend se conformer aux fins d'un régime libéral ; il s'agit d'unir des vouloirs radicalement indépendants les uns des autres. Si le sujet moral doit pouvoir ériger la maxime de son action en règle universelle, le sujet de droit est libre tant que sa liberté ne se heurte pas à celle d'autrui et c'est là – semble-t-il – la seule fonction du droit⁶⁴³. L'impératif catégorique de la normativité juridique semble aussi important pour lui que son jumeau bien connu de la normativité éthique :

Agis *extérieurement* de telle manière que le libre usage de ton arbitre puisse coexister avec la liberté de tout homme selon une loi universelle⁶⁴⁴.

L'ensemble des normes impératives ne doit donc pas servir un intérêt individuel mais les relations *extérieures* entre les hommes, en venant maintenir – même dans un peuple de démons – une coexistence durable entre des libertés juxtaposées les unes aux autres par-delà la multiplicité des biens particuliers.

- **L'autonomie de la volonté, une notion éthique absente de la doctrine kantienne du droit**

L'expression d'autonomie de la volonté ne se retrouve pas dans la doctrine du droit de Kant mais dans sa doctrine de la vertu. Elle désigne non pas un concept auquel il entend donner une portée juridique, mais un principe de sa morale. Dans la pensée du philosophe de Königsberg, ce mot n'a pas de portée normative mais il sert à décrire la capacité de l'espèce humaine à adhérer *par elle-même* à une loi morale universelle. Comme il le dit explicitement :

L'autonomie de la volonté est la propriété que possède la volonté d'être pour elle-même une loi (indépendamment de toute propriété des objets du vouloir)⁶⁴⁵.

La sensibilité de l'homme n'est pas inclinée au bien en tant que créature rationnelle, mais au contraire, l'homme doit « enlever à la sensibilité⁶⁴⁶ » pour s'en remettre « au tribunal de la raison pour déterminer le bien en soi⁶⁴⁷ ». En ce sens, il ne s'agit nullement de l'affirmation des droits de la subjectivité. On le sait, selon Kant, la loi morale – artefact de la raison législatrice – édicte des devoirs impératifs et a pour première qualité d'être universelle. L'autonomie dont parle le philosophe ne se situe pas tant dans l'absence de détermination des options proposées à la volonté que dans cette « faculté de se déterminer *soi-*

⁶⁴² *Ibid.*, p. 17.

⁶⁴³ ID., *Théorie et pratique, sur un prétendu droit de mentir*, Paris, Vrin, 1988, p. 67. « Tout droit consiste simplement à limiter la liberté d'autrui à la condition qu'elle puisse coexister avec la mienne d'après une loi universelle » [Nous soulignons].

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 18 [Nous soulignons].

⁶⁴⁵ *M. M. I.*, p. 123.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ *Ibid.*

même en fonction d'une loi morale⁶⁴⁸ ». Pour être pure, l'obligation doit être exempte de toute règle hétérogène. Le processus que Kant nomme « autonomie de la volonté » renvoie donc à une idée bien précise, qui est l'intégration consciente des préceptes de la morale rationnelle et universelle. Il s'agit de cette délibération individuelle qui vise la capacité dont dispose « la volonté d'être à elle-même sa loi⁶⁴⁹ » et d'être le « principe suprême de la moralité⁶⁵⁰ ». Cette autonomie étant un principe éthique, l'idée de droit subjectif à l'autonomie, c'est-à-dire d'une créance normative de l'individu, est absente de l'œuvre de Kant. Ainsi, selon sa conception, la liberté est peut-être le but ultime de la science du droit, mais l'autonomie n'est en rien un droit particulier du sujet qui viendrait contrarier la volonté générale. La liberté n'est pas un droit individuel, car elle existe avant le droit et elle est la condition du droit dans son ensemble.

§. 2 - Les premiers germes de la notion de droit à l'autonomie au XIX^e siècle

À l'instar de Kant et dans la lignée de l'idéalisme allemand, Fichte⁶⁵¹ entend formuler lui aussi des lois universelles d'une science exacte du droit⁶⁵². Partant de postulats similaires à son maître, il soutient, lui aussi que le domaine privé doit être placé au fondement d'une théorie totale du droit. L'homme doit, selon lui, jouir dans sa sphère d'une « quantité exclusive de la liberté dont il dispose⁶⁵³ ». La liberté n'est pas seulement la finalité du droit en général, elle est un droit subjectif en soi, un pouvoir concret de lever les entraves qui s'introduiraient dans la « sphère d'action⁶⁵⁴ » de l'individu. L'idéaliste allemand va néanmoins bien plus loin que Kant quand il estime que la science du droit conduit à reconnaître pour chaque homme un droit à la libre jouissance d'un secteur dans lequel chacun peut exercer ses propres décisions, sans que « l'État n'exerce aucun contrôle⁶⁵⁵ ». Il doit, par exemple, être laissé tranquille et pouvoir « se cultiver⁶⁵⁶ ». Il y a selon lui un

⁶⁴⁸ Michel CASTILLO, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004, p. 1024 « La moralité de l'action humaine tient toute entière dans le choix des maximes qui détermine la valeur d'une action, ce qui conduit à caractériser l'intention. »

⁶⁴⁹ *M.M. I.*, p. 132.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 123.

⁶⁵¹ Johann Gottlieb FICHTE (1762-1814) est considéré comme l'un des principaux disciples de Kant dont il a été l'élève.

⁶⁵² Johann Gottlieb FICHTE, *La doctrine du droit de 1812*, *op. cit.*, p. 29. L'une des premières phrases de Fichte consiste à affirmer : « la doctrine du droit est une science véritable et pure. »

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 171 : « Le contrat de propriété se fonde sur ce droit originaire, en effet, il assigne à chacun sa sphère, la quantité exclusive de la liberté dont il dispose et de rien de plus. »

⁶⁵⁴ Pour ce philosophe, le domaine privé peut être appréhendé dans les termes d'une créance : « Chaque individu a le droit d'obliger ou d'exiger de chaque individu qu'il rencontre dans sa sphère d'action, car il pénètre dans une sphère d'action commune » *Ibid.*, p. 170.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 88 : « Dans cette sphère, la liberté est partout, en conséquence de quoi l'État n'exerce aucun contrôle [...]. Chaque individu peut se cultiver, mais n'est pas contraint de le faire : la question de savoir s'il veut ou non se cultiver dans tel domaine ne regarde que lui. »

espace-temps, un domaine idéal dans lequel l'individu oriente sa vie vers les fins qu'il voudra « se donner à lui-même⁶⁵⁷ ». Poussant la spéculation assez loin, Fichte n'hésite pas à étendre la propriété au temps :

La propriété qui revient absolument à chacun est, par-là, complètement déterminée. Le contrat doit être conclu de sorte que chacun reçoive une telle sphère dans laquelle, après la satisfaction de ses besoins élémentaires et de son devoir de citoyen, *il lui reste suffisamment de liberté, c'est-à-dire de force, de temps, d'espace et de droit, pour les fins qu'il pourra se donner à lui-même*⁶⁵⁸.

Cette idée de temps privé n'est que le prolongement d'une conception purement négative de la liberté définie comme « ce qui reste possible à l'individu, en fait d'activité, une fois retranchée une part d'activité prescrite par le droit⁶⁵⁹ ». Tout homme devant impérieusement disposer des moyens de sa liberté, l'approche de Fichte sur les droits subjectifs traduit une tendance à la patrimonialisation de réalités telles que les besoins élémentaires de l'homme, le temps et la liberté qui, jusque là, s'étaient contentées de relever du domaine de l'incalculable. Par le détour de la notion de propriété, Fichte sanctuarise ainsi un espace-temps qui n'est ni sacrifié au travail, ni confié au service de l'État, et qui correspond selon lui au domaine du loisir. La reconnaissance d'un droit subjectif à un espace matériel et immatériel indépendant doit permettre à l'homme de mener une vie proprement humaine. Dans l'esprit du savant, toute existence doit permettre de se consacrer librement à des affaires dont Fichte suppose qu'elles ne sont ni politiques, ni liées à la simple survie. En ce sens, il affirme :

Le droit absolu de tous à la propriété est le libre loisir de se consacrer à des fins quelconques après qu'ils ont achevé le travail que la conservation de leur existence et de l'État exige d'eux. Ce n'est que dans cette mesure que chacun a propriété et droit⁶⁶⁰.

Ce domaine individuel dont chacun doit disposer renvoie selon lui à l'étude ou à des activités non-productives et non politiques. Il faut reconnaître que ces hautes méditations, si elles ont peut-être nourri les réflexions sur les droits subjectifs, restent juchées dans des hauteurs philosophiques et qu'il est difficile de percevoir les implications concrètes de ce qui ressemble pourtant déjà par bien des aspects à une certaine lecture du droit à être laissé tranquille.

L'expression de droit individuel à l'autonomie ne figure dans aucune déclaration ni dans aucune loi. Pourtant, par l'intermédiaire de la notion de vie privée, elle a pris une place non négligeable dans notre édifice juridique. L'idée d'un droit fondé sur la limitation réciproque des domaines individuels et ayant pour seule finalité la coexistence des libertés divergentes trouve son apothéose dans le règne du contrat, vu comme un moyen d'autolimitation réciproque des volontés. Cela étant, il ne faut pas confondre l'usage général de l'expression d'« autonomie de la volonté » et le sens spécifique qu'elle a pris chez les civilistes dans le cadre de la libéralisation du droit des contrats⁶⁶¹. Elle désigne, dans cette seconde acception, la

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Johann Gottlieb FICHTE, *La doctrine du droit de 1812*, *op. cit.*, p. 78 [Nous soulignons].

⁶⁵⁹ Georg JELLINECK, *L'État moderne et son droit*, trad. Georges FARDIS, Paris, Giard, 1913, p. 53.

⁶⁶⁰ Johann Gottlieb FICHTE, *La doctrine du droit de 1812*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁶¹ L'idée d'autonomie de la volonté employée en droit des contrats n'apparaît qu'à partir de la fin du XIX^e siècle. Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2012, p. 142 ; Véronique RANOUILLE, *L'Autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 165 p.

préférence de l'intention des parties dans l'interprétation de la convention⁶⁶². Dans ce sens strict qu'elle a pris en droit privé, l'autonomie de la volonté ne désigne ainsi pas la capacité de déterminer totalement la loi qui s'appliquera aux parties, d'une part car le contrat se place sous les auspices de la loi commune qui vient garantir ne serait-ce que le principe de la parole donnée, d'autre part car cette même loi peut fixer des limites à la volonté des parties tenant à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il existe aussi, à côté de cette acception spécifique, un sens plus général que lui ont donné certains juristes dès le XIX^e siècle. C'est le cas du juriste Henri Arhens⁶⁶³, qui commence par reprendre les postulats de doctrine du droit du philosophe allemand :

Le droit consiste dans la limitation réciproque de la liberté de chacun, pour que la liberté de tous puisse coexister dans une sphère commune. Le droit indique et assure à chacun la *sphère particulière* dont il doit jouir en liberté. Or, le droit implique la *propriété*, qui n'est autre chose que le *domaine spécial dans lequel chacun peut agir librement*⁶⁶⁴.

Mais il va encore plus loin, et n'hésite pas à compléter la métaphysique kantienne du droit en remarquant que celui-ci ne peut être réduit à la liberté extérieure, car il « renferme aussi les conditions pour que la liberté puisse *naître* et s'établir là où elle n'existe pas⁶⁶⁵ ». Pour le dire autrement, le droit ne remplit pas la simple fonction de garantir une liberté extérieure, mais il dispose d'une fonction positive de libération et de fondation de l'autonomie du sujet. À l'instar du philosophe, le juriste n'hésite pas à faire de la notion d'autonomie l'épicentre de l'ensemble du droit. Il remarque ainsi :

Le droit privé repose ainsi sur le principe de la détermination propre ou de *l'autonomie de l'individu* dans le choix des moyens ou conditions par lesquels il veut acquérir et maintenir les biens dont il éprouve le besoin⁶⁶⁶.

La notion d'autonomie telle qu'elle est employée par le juriste excède donc largement le schéma kantien. L'expression « d'autonomie de la volonté » ou « d'autonomie de l'individu » telle qu'intégrée dans le droit acte le passage de cette notion de la normativité éthique à la normativité juridique, que s'était pourtant bien efforcé de séparer Kant. Cette expression a ainsi pénétré la langue du droit et dépassé la signification morale de la philosophie kantienne pour être employée politiquement et de manière souple

⁶⁶² Georges RIPERT, *Notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, Sirey, 1931, p. 85. Selon la définition qu'en donne Georges Ripert, « l'autonomie de la volonté est une théorie à tendance individualiste qui soutient que la volonté de l'homme est créatrice de droit subjectifs. [...] En effet, quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat ce ne sera pas la manifestation de la volonté qu'on prendra en considération, mais l'intention du contractant, seulement pour le cas où la volonté extérieure ne se confondrait pas avec la volonté intérieure. »

⁶⁶³ Heinrich AHRENS (1808-1874) est un professeur de droit belge qui entend enseigner le droit naturel dans le prolongement de la « route nouvelle » ouverte par Kant.

⁶⁶⁴ Heinrich AHRENS, *Cours de droit naturel : ou de philosophie du droit*, 7^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1875, t. II, p. 135 [Nous soulignons].

⁶⁶⁵ ID., *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 3^e éd., Bruxelles, Meline, 1848, t. I, p. 508

⁶⁶⁶ ID., *Cours de droit naturel : ou de philosophie du droit*, 7^e éd., t. I, p. 144.

dans le discours des juristes. Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, le professeur de droit Émile Acollas fait encore de l'autonomie un principe prescriptif. Dans son *Manuel de droit civil*, il affirme ainsi :

Au point de vue philosophique, le principe *qui dominera le plus les législations est celui de l'autonomie de l'individu* ; maître de sa conscience, son propre pape, l'homme moderne veut devenir de plus en plus maître de ses actes, son propre empereur⁶⁶⁷.

Si l'on prend au sérieux cette affirmation, le droit ne devrait donc plus seulement rendre à chacun le sien, c'est-à-dire ce qui lui revient, mais surtout promouvoir les choix individuels. Il s'agit alors, au nom de la lutte contre un cadre hétéronome jugé oppressif, de mettre de la norme commune en conformité avec les intérêts de certains particuliers. Cette idée de l'autonomie est encore évoquée chez Léon Duguit au début du XX^e siècle, qui conteste l'idée selon laquelle l'homme seul pourrait s'ériger en source du droit. Selon lui, il existe chez certains la pensée selon laquelle n'importe quelle décision privée peut, du simple fait qu'elle émane d'une volonté personnelle, devenir une règle de droit opposable à l'ensemble de la société⁶⁶⁸.

Les plus hautes juridictions ont choisi de décrire le droit à la vie privée comme un droit à l'autonomie personnelle, c'est-à-dire un pouvoir d'obliger la loi à prendre en considération des choix individuels⁶⁶⁹. Il ne s'agit alors plus seulement de laisser l'homme privé tranquille, mais de valider par le droit un jugement personnel en lui donnant une effectivité juridique. La notion de droit à l'autonomie subvertit ainsi la norme politique qui transcende par nature les intérêts des individus. Dans un système démocratique, le gouvernement de soi-même passe par la loi commune. Une conception républicaine de la liberté, contrairement à celles qui se fondent sur une approche contractualiste telle qu'envisagée par Hobbes, dépasse l'oppositoin entre liberté négative et liberté positive. Les interférences extérieures à la volonté individuelle ne posent pas de problème si elles ne sont pas arbitraires, c'est-à-dire si elles « sont soumises à un contrôle et destinées à servir le bien commun⁶⁷⁰ ». Or, si chacun peut devenir son propre législateur, le droit n'est alors plus vu comme un cadre collectif permettant le déploiement des libertés, mais comme un instrument au service d'intérêts particuliers. Par ailleurs, en fixant son centre de gravité sur la notion d'autonomie, le droit à la vie privée n'est plus une simple « liberté-limitation » du pouvoir de l'État, mais devient une créance de l'individu envers la société et donc indirectement envers l'État⁶⁷¹. Il ne s'agit plus seulement de garantir un principe négatif de non-immixtion dans des affaires considérées comme privées, mais bien aussi d'attribuer aux individus les moyens d'imposer leur volonté propre. Si le droit à la vie privée

⁶⁶⁷ Émile ACOLLAS, *Manuel de droit civil : commentaire philosophique et critique du code civil*, Paris, Germer, 1874, t. II, p. 720 ; ID., *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme*, Paris, Gedlage, 1902, p. 101 : « Le monde n'entra dans les voies de l'ordre nouveau, de l'ordre vrai, selon l'idéal nouveau, que lorsque l'autonomie de l'individu y régnera. »

⁶⁶⁸ Léon DUGUIT, *Études de droit public*, Paris, Albert Fontemoing, 1901, t. 1, §. VII, p. 603 : Dans la pure théorie de l'autonomie, toute *volonté individuelle* a le droit d'être protégée parce qu'elle est une *volonté individuelle* ; il n'y a point à chercher d'autre cause à la protection légale : la *volonté* est protégée parce qu'elle est une *volonté humaine* ; *tout acte émanant de cette volonté, voulant un effet de droit, doit par elle-même produire cet effet*

⁶⁶⁹ Emmanuel KANT, *M. M. II, op. cit.*, p. 36. C'est la définition du droit subjectif donné par Kant : « pouvoirs moraux d'obliger les autres, c'est-à-dire comme constituant vis-à-vis de ceux-ci un principe légal (*titulum*) ».

⁶⁷⁰ Philip PETIT, *Républicanisme : une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. Patrick SAVIDANT et Jean-Fabien SPITZ, Paris, Gallimard, 2004, p. 11. Henri TORRIONE, « Philosophie des droits de l'homme et républicanisme, Une autre perspective sur les origines intellectuelles des déclarations des droits », dans Jean-Baptiste ZUFFEREY, Jacques DUBEY, Adriano PREVALI (éd.) *Mélange en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg, Université de Fribourg, 2011, p. 561-590.

⁶⁷¹ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparé*, t. 44/4 (1992), p. 773.

devient l'autre nom d'un droit à l'autonomie sans protéger spécifiquement ce qui est privé, on peut alors s'interroger sur le lien de cette notion avec le partage entre la sphère publique et la sphère privée. Le droit à la vie privée ne sert en effet plus l'impératif libéral de laisser l'individu en repos, mais au contraire celui de voir ses jugements individuels validés publiquement et soutenus par l'État⁶⁷².

Section 2 – Les doutes des juristes du XIX^e siècle quant à la notion de propriété de soi

Au XIX^e siècle, l'opinion selon laquelle chaque homme dispose d'un *dominium*-liberté est assez répandue, y compris parmi les juristes. L'homme érigé en souverain de lui-même dispose théoriquement d'une maîtrise naturelle et inaliénable de son esprit, de son intégrité physique et de ses biens. L'hypothèse d'un droit de propriété de l'homme sur son corps, qui conduit à confondre *dominium*-pouvoir et *dominium*-possession, est toutefois écartée par les juristes les plus éminents. L'impossibilité d'octroyer des droits de propriété sur notre corps a en effet bien été saisie dès le XIX^e siècle, et l'une des questions que se sont posés les juristes allemands fut justement de savoir comment penser un droit subjectif qui ne soit pas une propriété. La problématique du statut juridique de la maîtrise que l'homme a de lui-même suppose de repartir de ces auteurs. Il faut, encore une fois, revenir à Kant qui, dans la *Métaphysique des Mœurs*, définit le droit au sens subjectif comme un pouvoir abstrait placé en surplomb de « biens internes » comme le corps, et de biens « externes », c'est-à-dire ce que les juristes qualifient de choses corporelles et incorporelles. Ce partage irrigue ensuite la science juridique, au point que le droit français l'intègre au XIX^e siècle dans la nouvelle différenciation entre les biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux⁶⁷³. Les biens extrapatrimoniaux sont ceux dont dispose le sujet de droit sans pour autant qu'ils intègrent son patrimoine. À l'inverse, les droits patrimoniaux correspondent aux biens extérieurs, qui peuvent être acquis ou vendus par cette dernière. Ceux qu'il nomme les biens innés intègrent la première catégorie et « se confondent avec l'existence de la personne⁶⁷⁴ ». Si pour Kant le pouvoir de l'homme s'exerce en premier lieu sur le « bien interne⁶⁷⁵ », sur ce qui est inséparable de la personne, il réfute explicitement l'usage du terme de propriété. Pour lui il est clair qu'il n'existe pas de droit de propriété (*Eigentum*) sur soi-même. Si l'homme peut être dit maître de lui-même, le mot propriété doit être réservé aux droits réels⁶⁷⁶.

En Allemagne, après l'École du droit naturel, c'est l'École historique qui, dans la lignée de Kant, poursuit la recherche d'un droit purement rationnel et approfondit la notion de droit subjectif. Au début

⁶⁷² C'est la voie empruntée par la Cour de cassation dans un arrêt célèbre dans lequel elle considère que la « conviction intime d'appartenir au sexe féminin » doit, sur le fondement du droit à la vie *privée*, commander de venir changer les registres *publics* de l'État civil. C. cass., A. P., 11 décembre 1992, n°91-11 900, Bull.

⁶⁷³ Mikail XIFARAS, *La propriété Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 219 et s.

⁶⁷⁴ Charles-Marie BARBE, Antoine AUBRY, Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Cosse, 1869, t. II, p. 2 : « On a coutume d'appeler bien innés les objets qui se confondent avec l'existence même de la personne, en tant qu'on les considère sous le rapport, soit des avantages matériels ou moraux qu'ils procurent, soit de l'action en dommages et intérêts à laquelle la lésion de pareils objets peut donner ouverture. Dans le langage du Code, le mot bien ne comprend ni les biens innés, ni même les droits de puissance envisagés comme tels, et indépendamment des avantages pécuniaires qui peuvent y être attachés. » [Nous soulignons].

⁶⁷⁵ Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs II*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁷⁶ Voir la citation que nous reproduisons dans l'introduction de cette partie.

de son *Traité de droit romain*, le grand pandectiste allemand Savigny définit le droit (*Recht*) comme un « pouvoir », « un *domaine dans lequel sa volonté règne*⁶⁷⁷ ». L'équivalence qui est posée entre le droit individuel et un *dominium* privé est ici évidente. Il s'agit de protéger la sphère de liberté du sujet comprise comme son pouvoir sur ce qui lui revient. Ce domaine de l'individu n'est pas présocial, car ces droits peuvent très bien avoir une dimension relationnelle, mais pré-étatique. Savigny relève en outre que ces pouvoirs de l'homme fondent une « espèce de propriété⁶⁷⁸ ». Le droit a ainsi pour fonction de protéger le « domaine de la volonté libre⁶⁷⁹ », permettant à chacun de faire rayonner sa subjectivité. L'homme, pour établir le règne de sa volonté, est entouré de sphères concentriques dans lesquelles il peut plus ou moins déployer sa liberté individuelle. Comme le dit Savigny, ce pouvoir privé s'exerce en premier lieu sur le « moi primitif⁶⁸⁰ », puis sur le domaine familial, le « moi agrandi⁶⁸¹ ». La sphère privée est donc le terrain intermédiaire d'un droit très particulier, celui de la famille, distinct de celui qui régit le « monde extérieur⁶⁸² ». Bien que la notion même de droit subjectif présuppose une volonté individuelle placée en surplomb de sa propre personne, le pandectiste prend clairement ses distances avec l'usage générique de la catégorie de propriété. Comme Kant, il conteste ce qu'il appelle « le faux principe d'un droit originel de l'homme sur sa propre personne⁶⁸³ ». Pour avoir des droits, il faut être en vie, et c'est seulement dans la mesure où cette première condition non juridique est remplie que l'on peut discuter des suivantes. L'argument de Savigny peut se résumer ainsi : la vie n'est pas un droit car elle est la condition de tous les autres droits. En guise d'argument ultime, il relève que reconnaître à l'homme un droit de propriété sur lui-même conduirait à légitimer le suicide⁶⁸⁴.

L'éminent juriste allemand pose des bornes à la juridicisation du sujet et à l'édification d'un pouvoir de l'homme sur lui-même. Le moi primitif, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus intime, n'est pas aussi disponible que peuvent l'être des choses extérieures. Se référant à Doneau, qui évoque l'intégrité du corps (*incolumitas corporis*), la liberté (*libertas*), et l'honneur (*exisimatio*), il remarque que son prédécesseur ne parle pas de l'intégrité de l'âme (*incolumitas animi*) dans la théorie des droits subjectifs. L'étincelle de vie qui anime le corps ne peut pourtant, selon lui, être un objet de droit pour la raison simple qu'elle est le centre du sujet et le présupposé de son existence⁶⁸⁵. Savigny cite encore son collègue de l'université de Berlin, le philosophe Hegel, qui, dans ses *Principes de la philosophie du droit*, souligne que dans la mesure où la vie est antérieure à toute maîtrise, elle n'est pas quelque chose d'extérieur à la personnalité dont on pourrait disposer comme

⁶⁷⁷ Karl von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, Paris, Didot, 1855, t. 1, §.4, p. 7 [Nous soulignons].

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 330.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 323.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² *Ibid.*, §. 53, p. 334.

⁶⁸³ *Ibid.*, §. 53, p. 330.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*, §. 53, p. 331. Savigny [note a] relève que Doneau parle de droit dans sa propre personne et sur les choses extérieures (« nostrum in persona cujusque et in rebus externis »). À la première, il rapporte la vie, l'intégrité corporelle et la liberté (« vita, incolumitas corporis, libertas exisimatio ». Il ajoute que l'intégrité de l'âme, « l'incolumitas animi », « ne doit pas être mise sous la protection du droit parce qu'elle n'en a pas besoin. »

d'une chose⁶⁸⁶. Le juriste allemand différencie donc bien le « pouvoir *naturel* de l'homme sur sa propre personne⁶⁸⁷ », qui correspond au fait brut de maîtriser son propre corps, et le pouvoir *juridique* compris sur le mode d'une propriété. Ce qu'il nomme le « moi primitif » est placé « hors du domaine du droit positif⁶⁸⁸ », c'est-à-dire qu'il y ne peut pas être normé de l'extérieur. Le fait d'exister et la possession de l'homme par lui-même sont antérieurs à tout système juridique ; il s'agit d'un état de fait, d'une situation donnée et non d'une possession instituée. Savigny est formel sur ce point et écarte ainsi toute équivoque :

Cette possession de nous-même *n'a nullement besoin d'être reconnue et définie par le droit positif*, et ici c'est inutilement, c'est à tort que l'on confond ce pouvoir naturel avec ses extensions artificielles, pour les mettre sur la même ligne et les traiter de la même manière⁶⁸⁹.

Ce théoricien de la notion de droit subjectif admet qu'au sens propre du terme, nous n'avons de propriété ni sur notre volonté, ni sur ce qu'il nomme le domaine originel composé de son corps et de son honneur. Il n'y a pas d'équivalence entre le rapport que l'homme entretient avec lui-même et le pouvoir qu'il peut exercer sur les choses extérieures. Pour Savigny, il n'y a donc pas de doute, la liberté est antérieure au droit et elle ne peut être réduite à un droit subjectif parmi d'autres, encore moins à un droit de propriété sur soi-même.

Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, le juriste allemand Ihering défend une autre conception des droits subjectifs mais écarte lui aussi la notion de propriété de soi. Dans un ouvrage sur *L'esprit du droit romain*, il donne sa fameuse définition des droits comme des « intérêts juridiquement protégés⁶⁹⁰ » par l'ordre juridique. Comme il le souligne, ces intérêts ne sont pas seulement matériels :

Il est des intérêts autres que la fortune qui doivent être garantis à l'homme. Au-dessus de la fortune se placent les biens de nature morale dont la valeur est autrement grande : *la personnalité, la liberté, l'honneur, les liens de famille*⁶⁹¹.

Prenant le contrepied de Savigny, Ihering défend l'idée d'un droit à la vie, non pas dans le sens d'un pouvoir subjectif sur sa vie, mais de la protection d'un intérêt à vivre par la société. Il peut ainsi réintégrer la vie dans sa liste des droits subjectifs :

Aux plus graves erreurs commises par la doctrine moderne appartient l'affirmation selon laquelle la vie et la liberté ne seraient pas des droits au sens subjectif du terme, mais qu'elles en seraient seulement les conditions⁶⁹².

Comme il l'objecte, « la condition d'un droit peut très bien devenir un droit elle-même⁶⁹³ ». Les intérêts des individus juridiquement protégés par la société sont, selon lui, variés. Les droits subjectifs

⁶⁸⁶ Georg-Wilhelm HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. Jean-Louis VIELLARD-BARON, Paris, Flammarion, 1999, §. 70, p. 145-146.

⁶⁸⁷ Karl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, §. 53, p. 331.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 336.

⁶⁹⁰ Rudolf VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Olivier de MEULENAERE, Paris, éd. s1886-1888, t. IV, §. 61 p. 362.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 320. [Nous soulignons].

⁶⁹² *Ibid.*, p. 361.

⁶⁹³ *Ibid.*, « Aux plus graves erreurs commises par la doctrine moderne appartient l'affirmation selon laquelle la vie et la liberté ne seraient pas des droits au sens subjectif du terme, mais qu'elles en seraient seulement les conditions. Comme si la condition d'un droit ne pouvait être un droit elle-même (à preuve : la créance pour le droit de gage) et

peuvent porter sur des choses extérieures, mais ils se composent avant tout de biens d'une grande valeur morale que sont « la personnalité, la liberté, l'honneur, les liens de famille⁶⁹⁴ ». Dans ce domaine, le juriste allemand écarte toute idée de propriété sur soi conçue sur le mode du droit des biens. Il ironise d'ailleurs sur une telle hypothèse :

Mes cheveux m'appartiennent et quand ils sont coupés, ils tombent dans ma propriété, mais il ne s'ensuit pas encore que, auparavant ils devaient m'appartenir sous cette forme⁶⁹⁵.

La personne est donc protégée par des droits sans qu'il puisse être possible d'affirmer qu'elle dispose d'elle-même comme d'une propriété⁶⁹⁶. L'homme dispose ainsi d'un droit *à* la vie, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il ait qu'un droit *sur* sa vie qui pourrait laisser entendre qu'il soit dépositaire d'une puissance indéterminée sur lui-même.

Malgré leurs différences, les deux grands théoriciens allemands des droits subjectifs que sont Savigny et Ihering s'accordent pour rejeter, à leur manière, l'idée selon laquelle l'homme peut avoir sur lui-même un droit similaire à celui dont il jouit sur les choses. En France, comme nous l'avons vu, l'usage de la terminologie de la propriété pour désigner la liberté individuelle, apparu chez les philosophes et récurrent lors de la Révolution, traverse par la suite le XIX^e siècle non sur un mode juridique mais philosophique. Victor Cousin, dans un texte de 1848, proclame par exemple que : « Notre première propriété, c'est nous-même, c'est notre moi, c'est notre liberté, c'est notre pensée ; toutes les autres dérivent de celle-là et la réfléchissent⁶⁹⁷ ». Cela étant, s'il soutient que « le moi est saint et sacré par lui-même ; voilà déjà une propriété évidemment sainte et sacrée⁶⁹⁸ », il s'empresse aussi de préciser que « notre corps n'est à nous que comme le *siège et l'instrument de notre personne*⁶⁹⁹ ». En un sens, comme Grotius et Locke, Victor Cousin ne prétend pas fournir une théorie juridique de la propriété de soi. Sans considérer que cette faculté est sans limites, il se sert de cette notion pour défendre la liberté naturelle des citoyens, la libre-disposition qu'ils ont d'eux-mêmes. Dans une logique de libération, le modèle de la propriété privée fournit ainsi un cadre conceptuel à l'idée d'un droit politique à disposer librement de ses affaires privées. L'idée de protection d'un domaine propre de la personne se retrouve dans l'élaboration américaine du concept de *privacy*, qui s'appuie sur une intuition similaire pour en tirer des conséquences juridiques.

comme si la forme de protection – le fait qu'elle relève du droit civil ou du droit criminel ou du droit de police – était déterminante ».

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ *Ibid.*, t. IV, §. 70, p. 327.

⁶⁹⁶ Comme il l'écrit : « jouir d'un droit sans en disposer peut se concevoir, disposer sans jouir est impossible. » *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ Victor COUSIN, *La philosophie sensualiste au XVIII^e siècle*, 3^e éd., Paris, Librairie Nouvelle, 1856, p. 241.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

Section 3 - La référence à la *property* dans l'invention américaine d'un concept autonome de *privacy*

La protection particulière de la sûreté privée se retrouve en premier lieu dans le droit anglais, dans l'affirmation très forte de l'inviolabilité de l'espace privé contre les représentants de la couronne. L'adage selon lequel « le domaine d'un anglais est une forteresse⁷⁰⁰ » a d'ailleurs été popularisé à partir de l'affaire *Semayne* en 1607, dans laquelle un particulier s'était opposé à l'intrusion de plusieurs shérifs dans son domicile pour saisir ses biens. Au-delà de cette affaire, la consécration progressive d'une protection de la vie privée spécifiquement en Angleterre est le résultat du long processus d'encadrement des prérogatives royales par les juges itinérants de la *common law*⁷⁰¹. Le légiste John Coke, en grand archéologue des libertés anglaises et promoteur de l'*Habeas Corpus*, considère cette règle comme ancestrale au début du XVII^e siècle. Il relie ce principe protecteur de l'espace privé des citoyens anglais à la maxime cicéronienne selon laquelle « la maison de chacun est pour tous son propre refuge » (« *domus sua cuique est tutissimum refugium*⁷⁰² »).

Au XVIII^e siècle, Blackstone, qui fait sienne cette sentence, insiste quant à lui sur le fait que la maison d'un homme ne peut « jamais être violée sans impunité⁷⁰³ ». Il va encore plus loin, en ce qu'il considère que la défense du droit d'habitation trouve sa source dans l'état de nature. Dans son ouvrage sur les lois anglaises, il relate que, même dans la société civile, la personne agressée en position de faiblesse dispose, sans violer le pacte social, d'un « droit naturel de tuer l'agresseur⁷⁰⁴ ». La férocité de celui qui défend sa maison peut aller encore plus loin, le juriste anglais ajoutant même qu'il est possible de rassembler ses voisins dans la limite de onze personnes sans être accusé d'exciter une émeute⁷⁰⁵. Il ajoute encore que ce principe de protection du domicile justifie la punition de ceux qui écoutent aux portes, détruisent des habitations et déclenchent des incendies. Blackstone reprend ainsi l'idée d'une liberté primitive devant être garantie par les lois. Dans sa présentation des lois anglaises, ce jurisconsulte présente le droit de l'individu comme un résidu de la liberté naturelle (« *résidus of natural liberty*⁷⁰⁶ »). Il divise cette sphère originelle de liberté en trois sous-concepts: il dégage en premier lieu un droit à la « sécurité personnelle », puis à la « liberté personnelle » et enfin à la « propriété⁷⁰⁷ ». Le juriste dissocie ensuite rigoureusement différents types de droits : les droits sur sa vie, la liberté de mouvement et la propriété en tant que telle. Ce qu'il nomme droit sur sa vie est une

⁷⁰⁰ Publié dans COKE, *Institutes of the Lawes of England* en 1628. Ce principe est défendu au XVIII^e siècle par William PITT, dans un célèbre discours à la Chambre des communes, *Speech on the Excise Bill (1763)* : « The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail ; its roof may shake, the wind may blow though it, the storm may enter, the rain may enter, bet the King of England cannot enter – all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement ! » dans Leonard W. LEVY, « Origins of the Fourth Amendment », *Political Science Quarterly*, t. 114 (1999), p. 79-101 ; William J. CUDDIHY, *The fourth amendment Origins and Original meaning, (602-1791)*, *op. cit.* 2009, p. 103.

⁷⁰¹ Céline ROYNIER, « My home is my own Castle », *Droit et philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, t. 7 (2015), p. 1-10.

⁷⁰² Edward COKE, *Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2004, t. 1, p. 135-137.

⁷⁰³ William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises, op. cit.*, t. VI, p. 36.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ ID., *Commentaries on the law of England*, Oxford, Oxford Clarendon press, 1765, t. 1, Part. I chap. 1, p. 150-152.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 130 : « This personal liberty consists in the power of loco-motion, of changing situation, or removing one's person to whatsoever place one's own inclination may direct; without imprisonment or restraint, unless by due course of law ».

sûreté, mais aussi une protection plus générale de la personne, une faculté de mener librement son existence. Il décrit ce premier droit comme la préservation « de sa vie, de ses membres, de son corps, de sa santé, et de sa réputation⁷⁰⁸ ».

Ces garanties anglaises contre la couronne se retrouvent dans le droit américain. La protection de l'homme privé est en effet déjà présente en arrière-fond des premiers textes instituant la fédération. La Déclaration d'indépendance emploie d'ailleurs des formulations assez proches de celles de Locke :

Nous tenons ces vérités pour évidentes par elles-mêmes que tous les hommes ont été créés égaux, qu'ils ont tous été doués par leur créateur de certains droits inaliénables, et que parmi ces derniers se trouvent la *vie, la liberté et la poursuite du bonheur*⁷⁰⁹.

La volonté de protéger concrètement et en des termes généraux le domaine privé se retrouve dans le IV^e amendement. Les pères fondateurs américains constitutionnalisent ainsi le principe selon lequel toute intrusion de la part du gouvernement dans la sphère privée requiert un mandat spécifique :

Le droit des citoyens d'être garantis *dans leurs personne, domiciles, papiers et effets*, contre des perquisitions et saisies déraisonnables, ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou déclaration solennelle, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir⁷¹⁰.

En 1868, le XIV^e amendement, adopté au sortir de la guerre civile, entend souder la nation américaine autour du consensus lockéen fondateur de la fédération américaine. Il affirme qu'aucun État ne peut prendre de loi contre « la *vie, la liberté et la propriété*⁷¹¹ ». C'est sur ce deuxième texte que la Cour suprême se fondera ultérieurement pour donner au *right to privacy* une valeur constitutionnelle.

Lorsqu'en 1890, les deux américains Warren et Brandeis définissent la *privacy*, ils se réfèrent à la *property* considérée comme un « faisceau de droits ». Selon eux, la propriété constitue un paquet ou une ceinture de droits (« bundle of rights ») entourant et protégeant la personnalité⁷¹². Les deux juristes sont clairs sur ce point dans leur article de la Harvard Revue :

Le droit de propriété *au sens large*, couvrant toutes les possessions, y compris tous les droits et privilèges et dès lors embrassant le *droit à une personnalité inviolée*, est le seul à fournir la base sur laquelle la protection que l'individu demande [le *right to privacy*] peut reposer⁷¹³.

Ils s'attachent ainsi à inscrire la vie privée dans la continuité des garanties traditionnelles de la *common law*. Si les deux *common law lawyers* ne peuvent invoquer de précédent jurisprudentiel, ils ne s'appuient pas

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 120 : « The right of personal security consists in a person's legal and uninterrupted enjoyment of his life, his limbs, his body, his health, and his reputation. » [notre traduction].

⁷⁰⁹ Stéphane RIALS, Julien BOUDON, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, LGD], 2017, (*Que sais-je ?*), p. 58 [Nous soulignons].

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 69 [Nous soulignons].

⁷¹¹ Le XIV^e amendement est ainsi formulé : « Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State *deprive any person of life, liberty, or property*, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. » [Nous soulignons].

⁷¹² Expression de A. M. HONORÉ, « Ownership », *Oxford Essay in Jurisprudence*, dans A. G. Guest (dir.), Oxford, Oxford university press, 1961, p. 107-147.

⁷¹³ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, trad. Françoise MICHAUD, Paris, Themis, juillet 2010, p. 22 [Nous soulignons].

pour autant sur du vide lorsqu'ils tentent de donner une définition légale à la *privacy*. Ils font ainsi une référence explicite à la notion de *property* telle qu'elle est transmise dans la *common law*. En tant que droit général des individus « d'être laissé tout seul⁷¹⁴ » (« right to be let alone »), plus qu'une simple sûreté de sa vie, cette expression du juge américain Thomas Cooley recouvre selon eux une indépendance morale, la liberté de prendre seul ses décisions⁷¹⁵. Elle prolonge la liberté pour chaque Américain de pratiquer sa religion en toute tranquillité⁷¹⁶. Le génie de Warren et Brandeis est ainsi d'avoir repris cette notion de droit public pour l'étendre aux relations interindividuelles, en l'érigant en droit subjectif⁷¹⁷. L'inviolabilité de la personnalité doit être respectée non seulement par l'État, mais aussi par les particuliers. En insistant sur les conditions nouvelles de la société qui demandent une défense accrue des personnes contre les agressions extérieures, ils dégagent un droit spécifique à la vie privée. Conformément à une ancienne tradition du droit anglais, il s'agit ainsi de protéger les relations de la vie quotidienne, la tranquillité de la maison et la singularité du sujet qui répugne à certaines expositions sociales⁷¹⁸. En ce sens, la *privacy* se présente alors comme un *Habeas Corpus*, étendu à la protection de la sécurité de l'âme des personnes contre tous les outrages et les intrusions malsaines, tant de l'État que de la société. Pour les deux juristes américains, il est évident qu'il n'y a aucune commune mesure entre le domaine du pouvoir attaché à la personne avec ce qui s'y rapporte et le domaine de la possession sur ses biens extérieurs. Leur article de la revue d'Harvard commence par affirmer la nécessité de préciser le sens et les contours qu'ils entendent donner à cette notion :

La protection pleine et entière de la personne et de ses biens est un principe aussi ancien que la *common law* elle-même ; mais, de temps en temps, il est apparu nécessaire de redéfinir la nature exacte et la portée d'une telle protection⁷¹⁹.

Les conceptions américaines du droit à la vie privée sont ainsi davantage le prolongement de la notion de sûreté individuelle que celle de propriété au sens du droit des biens. La jurisprudence américaine, et ce depuis le XIX^e siècle, revient souvent à la notion d'un droit plus large de maîtrise par chacun de sa propre personne. L'usage qui est fait du concept de *privacy* aux États-Unis le prouve. À chaque fois, il s'agit d'arbitrer entre le droit à la libre-disposition de soi et les limitations de celle-ci au nom d'intérêts collectifs. Les IV^e et du XIV^e amendement sont ainsi mobilisés pour interdire toute intrusion dans ce qui est qualifié d'affaire privée. Quelques mois après la publication de l'article de Warren et Brandeis, les juges de la Cour suprême

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁷¹⁵ Thomas COOLEY, *Treatise on the law of tort*, Chicago, Callaghan and company, 1879, p. 29.

⁷¹⁶ C'est un point fondamental de la liberté religieuse aux États-Unis où si la religion a sa place dans l'espace public, elle reste privée au sens où elle n'est pas conçue, dans la lignée de la pensée de Locke, comme éminemment individuelle. Voir *infra*, Titre II- Chapitre II- L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée.

⁷¹⁷ Vincent J. SAMAR, *The right to privacy*, Philadelphia, Temple university press, 1991, p. 22.

⁷¹⁸ William BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England, op. cit.*, Partie I chap. 1., p. 150-52. Le droit à la personnalité inviolée devient un droit à la tranquillité de sa vie privée. Dorothy J. GLANCY, « The Invention of the Right to Privacy », *Arizona Law revue*, t. 21/1 (1979), p. 23. Blackstone : passage dans le droit. Les premiers arrêts américain à utiliser ce mot évoquent la sainteté de la maison de l'homme et le caractère privé des vies individuelles (« privacies of lifes »).

⁷¹⁹ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, « Le droit à la vie privée », trad. Françoise MICHAUD, *Themis*, t. 3 (2010), p 1-39. En anglaise : « That the individual shall have full protection *in person* and *in property* is a principle as old as the common law ; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. »

ont d'ailleurs, au nom de ce droit à une personnalité inviolée, censuré l'obligation faite à une personne d'effectuer une visite médicale lors d'une procédure judiciaire :

Aucun droit n'est plus sacré ni plus soigneusement garanti par la *common law* que le droit de tout individu à avoir la *possession et le contrôle de sa propre personne*, exempt de toute restriction ou de toute immixtion d'autrui, sauf en vertu de l'autorité claire et indiscutable de la loi. Comme l'a bien exprimé le juge Cooley, « le droit d'une personne sur elle-même peut être tenu pour un droit d'absolue immunité : *d'être laissé seul* »⁷²⁰.

La propriété de soi est aujourd'hui encore un argument traditionnel utilisé aux États-Unis pour s'opposer aux soins forcés sans faire le détour par les notions de dignité personnelle ou d'indisponibilité du corps humain. Selon la Cour suprême, « la possession et [le] contrôle de sa propre personne⁷²¹ » figurent en effet parmi les droits les plus sacrés protégés par la *common law*. Ils sont vus comme découlant des conceptions originelles de la Constitution américaine et comme ayant notamment pour conséquence qu'il ne peut être imposé une opération médicale ou chirurgicale contre la volonté du patient. Si la Cour Suprême valide par ailleurs depuis longtemps le principe d'une vaccination obligatoire⁷²², elle a néanmoins considéré qu'une agence d'État ne pouvait en aucun cas en imposer une nouvelle dans les entreprises, censurant ainsi l'obligation décidée par l'administration fédérale. Dans la mesure où il s'agit d'une intrusion ayant des conséquences non négligeables sur la vie privée des Américains et excédant le seul cadre professionnel, une telle mesure doit, selon elle, même en période d'urgence, faire l'objet d'une délibération politique⁷²³. En cela, elle s'inscrit dans une tradition républicaine qui veut que le gouvernement de l'homme par lui-même s'exerce sous la responsabilité de chacun ou par une décision commune.

Le droit à la solitude dégagé par les juges américains est donc une composante de leur *privacy* bien distincte de la seule protection de la réputation. Il désigne un pouvoir de l'homme sur les éléments de sa personnalité et la préservation d'une liberté individuelle accrue dans sa sphère privée⁷²⁴. Il entend ainsi suivre la lignée de la *property* lockéenne, laquelle jouit d'un prestige particulier dans le droit constitutionnel

⁷²⁰ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 38. Expression reprise par la doyen CARBONNIER, *Droit civil, tome 1 - Les personnes*, *op. cit.*, p. 336 ; François RIGAUX, *La vie privée une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 2 [Nous soulignons].

⁷²¹ Cour Suprême des États-Unis le 25 mai 1891, *Union pacific Ry. Co v Botsford* : « We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights — older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions. » ; Même fondement dans *Griswold v. Connecticut* sur la contraception [Cour Suprême, 29 mars 1965] et *Roe vs Wade* sur l'avortement [Cour Suprême, 22 janvier 1973].

⁷²² C. suprême, *Jacobson v. Massachusetts*, 20 février 1905, 197 US 11.

⁷²³ C. suprême, *National Federation of independent Business, v. Departement of labor*, 13 janvier 2022, US 21A244 21A247 : « Yet that is precisely what the agency seeks to do now—regulate not just what happens inside the workplace but induce individuals to undertake a medical procedure that affects their lives outside the workplace. [...] If Congress could hand off all its legislative powers to unelected agency officials, it “would dash the whole scheme” of our Constitution and enable intrusions into the private lives and freedoms of Americans by bare edict rather than only with the consent of their elected representatives. *Department of Transportation v. Association of American Rail-roads*, 575 U. S. 43, 61 (2015) ».

⁷²⁴ François RIGAUX, « L'élaboration d'un « Right of Privacy » par la jurisprudence américaine », *Revue internationale de droit comparé*, n°32-4 (1980), p. 701-730 ; Kimberly SHARRON DUNNPP, « The prize and the price of individual agency : another perspective on abortion and liberal government », dans Thom BROOKS (éd.), *Locke and Law*, Newcastle, Thom Brooks, 2019, p. 204-239.

américain. La vie privée a donc fini par signifier deux choses : dans un premier sens, la notion de *privacy* désigne la protection de la seule intimité et de la confidentialité contre l'État avant que les protections contre celui-ci ne soient étendues contre la société ; dans un autre sens, elle renvoie à une maîtrise des éléments de sa personnalité qui vient exiger que la loi générale cède le pas aux exigences des individus. D'un côté, la réputation et le secret, de l'autre, la capacité de déterminer ses choix de vie considérés comme privés et la maîtrise de son environnement immédiat, qu'il soit individuel ou familial.

Conclusion partie I - L'étendue de la sphère de la propriété

Il semble que le droit à la vie privée soit difficilement réductible à un simple droit à l'autodétermination ou un droit de propriété sur soi comparable à celui que l'on peut exercer sur les choses. Malgré son caractère insaisissable, la notion de dignité personnelle, considérée comme l'essence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, serait peut-être plus adaptée que la catégorie d'autonomie personnelle pour servir de substrat au *droit à la vie privée*⁷²⁵. Contrairement à l'époque des grandes déclarations occidentales, l'ennemi des libertés n'est plus nécessairement l'État. Ni la notion de pouvoir de l'homme sur lui-même, ni l'idée d'un droit à l'autonomie ne permettent— à elles seules— de protéger les personnes contre les risques multiformes d'intrusion dans leur vie privée et de déshumanisation⁷²⁶. Malgré son imperfection, le concept juridique de dignité, qui prend appui sur une notion plus ancienne qu'est la notion de personne, elle-même à l'origine de la notion même des droits de la personnalité, semble alors plus adapté pour servir de fondement à au concept de vie privée.

Dans le droit romain, la personne désigne la fiction par laquelle un sujet de droit peut disposer d'une certaine protection ainsi que l'octroi d'une capacité juridique spécifique. Ce concept montre initialement une catégorie juridique du droit positif avant d'être récupérée par le discours philosophique et politique. La personne a ainsi commencé par renvoyer à une fiction, ce que l'on retrouve d'ailleurs dans le sens premier du mot *persona* qui renvoie à la fausse figure dont se paraient les acteurs du théâtre antique. Nourrie de métaphysique et de théologie, notre conception de la personne a progressivement acquis en Occident une signification morale⁷²⁷. Désignant au départ une simple fiction juridique, elle vient également décrire une réalité anthropologique. Selon la fameuse définition de Boèce, la personne est une « substance individuelle de nature rationnelle⁷²⁸ ». Les conceptions philosophiques et juridiques de la personne ont formé un heureux mélange. En ce sens, le doyen Hauriou a pu affirmer que « plus la civilisation progresse, plus la personnalité juridique se rapproche de la personnalité réelle ; ce qu'il y a d'excessif dans sa continuité

⁷²⁵ La dignité est l'essence de la Convention, CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n°2346/02, §. 65.

⁷²⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *op. cit.*, p. 6.

⁷²⁷ Marcel MAUSS, « Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi" », 1^{er} éd., 1938, dans ID., *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 2013, p. 357. Marcel Mauss n'hésite pas à dire : « notre notion de personne humaine est encore fondamentalement la notion chrétienne ».

⁷²⁸ BOECE, *Contre Eutychès*, chap. III., Définition donnée par l'auteur latin du V^e-VI^e siècle Boèce : « C'est pourquoi, si la personne est dans les seules substances, et dans celles qui sont rationnelles, et si toute substance est une nature établie non pas dans les universelles, mais dans les individuelles, on a trouvé la définition de la personne : « substance individuelle de nature rationnelle » « *Personna est rationalis naturae individua substantia* ».

artificielle s'atténue⁷²⁹ ». Ainsi, la notion de personne a changé de sens depuis ce qu'elle évoquait aux oreilles des juristes romains. Lorsqu'elle est utilisée par les juristes dès le XIX^e siècle, notamment au travers de la notion de droit de la personnalité, c'est en effet pour évoquer une conception élevée de l'être humain selon laquelle la valeur de la personne repose notamment sur le fait qu'elle est une certaine totalité, une certaine unicité, mais aussi un mystère insaisissable et indisponible⁷³⁰. L'idée d'un bien juridiquement protégé, objet de revendications et attaché à la personne, correspond à ce que nous groupons aujourd'hui sous l'appellation générique de « vie privée ». La personnalité suppose en effet la maîtrise concrète d'un certain nombre de biens que sont la vie mais aussi la dignité, l'honneur, le nom et le secret⁷³¹. Pour les penseurs des droits subjectifs, ce qui se rattache à soi échappe au régime des biens matériels et ces droits sont en réalité incessibles, indisponibles et immuables. Ils sont donc absolus, non pas dans le sens où leurs titulaires peuvent en abuser à leur guise, mais au regard du fait que leur fondement ne dépend pas de l'autorité politique.

Dans cette acception, la notion de personne revêt une dimension philosophique et n'est pas une simple fiction juridique. Elle qualifie tout être raisonnable qui est, dès lors, capable de liberté. L'homme sort donc de la catégorie des objets pour devenir une fin en elle-même pouvant déployer sa nature propre⁷³². À la fin du XIX^e siècle, cette notion est théorisée par le juriste Allemand Otto von Gierke⁷³³, qui insiste sur la distinction nécessaire entre les « droits de la personne⁷³⁴ » et les « droits de la personnalité⁷³⁵ ». Le premier type de droit renvoie selon lui au pouvoir de la personne sur elle-même et au libre déploiement de sa personnalité⁷³⁶. Le second désigne des biens d'une nature particulière, dont elle-même ne dispose pas pleinement mais qui méritent d'être protégés. Le premier assure un pouvoir immédiat de l'homme sur lui-même, sur son domaine privé ; le second porte sur des droits indisponibles inhérents à la personnalité (droit à l'image, droit au nom, etc.)⁷³⁷. Les droits de la personnalité issus de la doctrine

⁷²⁹ Maurice HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, t. 12 (1898), p. 20. Le retrait de la personnalité juridique induit ainsi une déshumanisation : « Le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'Homme la personne juridique ». Hannah ARENDT, *Les Origines du totalitarisme, tome III, Le système totalitaire*, 1^{ère} éd., 1951, trad. Jean-Loup BOURGET, Robert DAVREU et Patrick LEVY, Paris, Point, 2005, p. 185 ; Xavier BIOY, *Le droit à la personnalité juridique*, dans Xavier BIOY (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 97-113.

⁷³⁰ Heinrich AHRENS, *Cours de droit naturel ou De philosophie du droit, op. cit.*, t. II, p. 18. Selon le juriste influencé par Kant, Heinrich Ahrens, la personne « douée d'un caractère absolu et sacré » ne peut faire l'objet d'aucune appropriation et doit disposer de sa liberté dans la gestion de ses affaires propres.

⁷³¹ Heinrich AHRENS, *Cours de droit naturel, op. cit.*, t. II, p. 220.

⁷³² Emmanuel KANT, *M. M. I.*, p. 149 : « Dagegen vernünftige Wesen Personen genannt werden, weil ihre Natur sie schon als Zwecke an sich selbst auseichnet » : « Les êtres raisonnables sont appelés des *personnes*, parce que leur nature les désigne déjà comme des fins en soi. »

⁷³³ Otto VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Duncker et Humbolt, 1895, t. I, p. 702, cité et traduit par Pierre RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie*, Paris, LGDJ, 1969, p. 84.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ Xavier BIOY, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *Revue internationale de droit comparé*, t. 55/1 (2003), p. 123-147.

⁷³⁷ Otto VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht, op. cit.*, p. 702 : « Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre ». Nous traiterons des droits de la vie privée comme moyen de la protection de la personne privée dans l'espace public dans le titre III.

allemande ne se sont ensuite développés en France qu'au début XX^e siècle, à partir d'un article du juriste Ernest Perreau qui insiste sur la différence de ces droits avec le droit de propriété⁷³⁸.

Dans le droit français – contrairement aux États-Unis – la notion de droit à la vie privée comme support d'un droit à la libre-disposition de soi n'émerge véritablement dans les attendus des tribunaux qu'à la toute fin du XX^e siècle sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁷³⁹. Mais depuis longtemps déjà, la notion de *dominium* privé telle qu'elle est interprétée à l'époque moderne informe notre compréhension de la notion de liberté individuelle. Maurice Hauriou considère ainsi que chacun dispose d'une « sphère de liberté », c'est-à-dire d'un *minium* « de pouvoir propre⁷⁴⁰ » dans la conduite de ses choix privés. Pour protéger ce domaine, il n'hésite pas à comparer la procédure de recours pour excès de pouvoir à une action possessoire « par laquelle le citoyen demande la restitution d'un pouvoir parce qu'il a été troublé par la puissance publique dans la paisible possession des libertés⁷⁴¹ ». Notre droit à la vie privée est héritier de cette perspective individualiste qui veut que chaque homme soit maître *par nature* de sa vie, de sa liberté et de ses biens. Cette triade, qui n'est pas que lockéenne, suppose que chacun reçoive de sa condition d'homme un pouvoir de maîtrise sur son environnement immédiat qui va bien au-delà du simple droit de propriété. D'ailleurs, dans le contexte actuel, la reconnaissance d'un droit de propriété sur soi ou sur les éléments de sa personnalité, au lieu de renforcer une protection efficace de la vie privée, a plutôt tendance à faire le jeu de l'idéologie des datas, à savoir celle qui voit les individus comme une masse disponible de denrées monnayables⁷⁴². Si l'on retourne aux fondements de ce pouvoir naturel inscrit dans l'homme, on s'aperçoit par ailleurs que le *dominium* privé est un genre dont le droit de propriété n'est qu'une espèce particulière. Il désigne plus largement un pouvoir de l'homme d'agir de manière libre, plus qu'ailleurs, dans ses choses privées, sans pour autant s'affranchir des lois. Les auteurs de la Seconde Scolastique puis les juristes de l'École du droit naturel voyaient dans ce *dominium* privé l'empreinte primordiale de la liberté de tous, la faculté de chaque homme de dominer une parcelle de la création. Le postulat anthropologique de l'indépendance fonde l'idée de citoyens également libres dans le domaine politique mais aussi celle d'individus également maîtres dans la gestion de leurs affaires privées. L'homme est par nature titulaire d'un pouvoir non seulement situé *dans* l'homme (*jura in persona ipsa*), mais aussi d'une puissance orientée *vers* l'homme lui-même et qui rayonne dans son environnement proche. L'intuition fondamentale de cette tradition juridique est d'attacher à la qualité de sujet de droit la faculté de disposer de cette souveraineté minimale sur lui-même et sur ce qui se rattache à lui. Il ne s'agit pas d'une vague idée politique, mais d'un prisme qui oriente notre conception du droit à la vie privée compris comme un principe juridique qui

⁷³⁸ Ernest-Etienne-Hippolyte PERREAU, « Des droits de la personnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501-536 ; Bernard BEIGNER dans *Les droits de la personnalité*, Paris, PUF, 1992, p. 58.

⁷³⁹ En France, c'est surtout en 1992, après une condamnation par la Cour Européenne des droits de l'Homme, que la Cour de cassation intègre l'idée de droit à la vie privée afin d'écarter le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. C. cass., A.P., 11 décembre 1992, n° 91-11. 900.

⁷⁴⁰ *Recueil*, éd. J.-B SIREY, 1907, t. LXXXVI, p. 97.

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² Antoinette ROUVROY, « Le droit à la protection de la vie privée comme droit à un avenir non préoccupé, et comme condition de survie du commun », *Petits entretiens de la vie privée : expérience quotidienne sur le web*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2016, p. 81-96.

commande de limiter les intrusions de la collectivité dans ce qui relève de la responsabilité personnelle. Cette idée de puissance sur soi a pénétré le fond de notre droit. Doneau liste ainsi les droits inhérents à l'homme : il distingue en premier lieu le fait d'exister, puis l'intégrité de son corps, puis sa liberté d'action et son honneur (*vita, corporis incolumitas, libertas, existimatio*)⁷⁴³. Au XIX^e siècle, le professeur de droit Demolombe commençait, quant à lui, son cours de droit civil en décrivant ces différents droits irréductiblement attachés à la personne mais sans être pas pour autant des biens patrimoniaux :

Certains droits ont leurs principes dans l'existence même de l'individu auquel ils appartiennent ; les droits, par exemple, qui ont pour objet la liberté, l'honneur et le corps même de la personne⁷⁴⁴.

Ces droits rejoignent ceux de la personnalité ou de la personne. Ils consistent à reconnaître à l'homme des droits moraux et inamissibles sur ce qui est considéré comme étant attaché à son individualité. Malgré cela, le spectre de la propriété plane toujours sur le droit à la vie privée. Cette dernière est en effet vue comme un espace dans lequel l'homme dispose d'une « zone d'activité⁷⁴⁵ » franche dans laquelle sa personnalité peut se déployer et, à partir de là, faire rayonner sa subjectivité. Mais outre cet aspect, la notion de vie privée associe encore la protection de la liberté individuelle à la préservation du mystère impénétrable de la personne au moyen de la séparation posée par la règle du secret.

⁷⁴³ Hugues DONEAU, [Hugo DONELLUS], *Commentariorum de jure civili, Opera omnia, op. cit.*, p. 3.

⁷⁴⁴ Charles DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, Bruxelles, Binger, 1873, t. V, p. 5.

⁷⁴⁵ Jean RIVERO, *Les libertés publiques, op. cit.*, p. 76.

Partie II- La liberté par le secret

La vie privée comme protection de l'intimité et de la conscience

« Prolatio secreti alieni injuria est⁷⁴⁶. »

LEYSER

« Private is in secret free⁷⁴⁷. »

Thomas HOBBS

Le droit au respect de la vie privée présuppose un lien entre la liberté de l'individu et la préservation d'une sphère d'intimité couverte, s'il le faut, par l'obscurité du secret. Un tel droit suppose en effet non seulement un périmètre *matériel*, mais aussi une indépendance *spirituelle* des personnes. L'émergence de cette cloison suit, nous le verrons, la trajectoire occidentale de l'idée de conscience et se manifeste dans les libertés concrètes de l'homme en tant qu'individu privé. Ce souci de l'intimité est si fort dans notre droit qu'il limite non seulement la communication des informations dans la société, mais aussi l'élaboration de la vérité judiciaire en restreignant ou en encadrant les techniques d'enquête et de renseignement administratif. Pour comprendre cela, il faut bien voir que la règle du secret telle qu'elle est intégrée dans notre droit n'a pas pour seule vocation la protection de la réputation des personnes, mais vise surtout la préservation de leur liberté au moyen de règles d'ordre public. Elle repose sur l'idée selon laquelle il existe un domaine clos des pensées, des paroles et des actions qui ne doivent pas avoir de conséquences sociales⁷⁴⁸. Vu comme une condition de possibilité du plein exercice du libre-arbitre, l'impératif juridique du secret va donc bien au-delà de la simple pudeur des corps. Il suppose une certaine séparation morale entre la personne et le monde, une

⁷⁴⁶ Augustin VON LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Wittemberg, Beyer, 1772, t. VIII, p. 183.

⁷⁴⁷ *Lév.* II, 31. Dans notre traduction : « Le culte privé est libre dans le secret ».

⁷⁴⁸ Jean-François LAE, « L'intimité : une histoire longue de la propriété de soi », *Sociologie et sociétés*, 2003, p. 139.

distance entre les individus, et porte ainsi l'idée selon laquelle chaque individualité doit faire ses choix à l'abri du regard des autres pour dessiner elle-même sa propre destinée.

Il faut encore une fois revenir au vocabulaire. Le nom commun « secret » vient du latin *secretum*, et de l'adjectif *secretus*, participe passé du verbe *secerno*, qui partage son étymologie avec les mots « sacré » et « saint ». Il suppose de séparer, de mettre à part un certain nombre d'informations. Selon sa définition par le dictionnaire de l'Académie, il s'agit d'une connaissance qui n'est partagée que par une « ou fort peu de personnes⁷⁴⁹ ». Au sens large, le secret peut donc être compris comme tout ce qui opère une division nette entre ce qui est connu et ce qui ne l'est pas⁷⁵⁰. Si le savoir est un pouvoir, le secret pose une borne aux droits de la société sur l'individu en limitant la diffusion de certaines informations aux personnes jouissant du privilège de les connaître. Le concept de secret induit donc une norme. Il se dit à l'indicatif, mais suppose en fait un impératif, un commandement : il faut taire certaines choses. Dire qu'une chose est secrète, c'est soutenir qu'elle ne doit pas être communiquée au-delà d'un public restreint. La vie privée se conçoit dès lors comme un creuset d'informations personnelles, et leur protection comme un contrôle de leur diffusion⁷⁵¹. En ce sens, le secret peut se comprendre de manière analogique avec la propriété, puisqu'il vient créer un *domaine* psychologique dont les autres sont exclus.

La règle de la confidentialité est liée à la vénération que nous avons pour la délibération individuelle et pour la libre expression de la subjectivité dont les tractations requièrent non seulement une tranquillité mais aussi une certaine opacité⁷⁵². La formulation juridique complète d'un droit à la vie privée au XX^e siècle est ainsi souvent décrite comme un droit subjectif à une « sphère du secret⁷⁵³ ». Selon la définition de Jean Rivero, la « vie privée » se comprend comme une « *sphère* de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'*immiscer* sans y être convié⁷⁵⁴ ». Commentant l'article 9 du code civil, le doyen Carbonnier estime lui aussi qu'« il sied d'accorder à l'individu une *sphère secrète* de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers⁷⁵⁵ ». Selon cette première conception du secret, celui-ci ne vise qu'à protéger une propriété, une autarcie individuelle. L'intrusion dans la vie privée opérant une *expropriation* du droit de gouverner ses propres affaires, il s'agit d'exclure l'autre de son contrôle sur moi-même. Nous le verrons, il semble toutefois que le secret ne protège pas uniquement l'isolement de l'individu pour lui-même, mais constitue une condition de la vie sociale. Le

⁷⁴⁹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 4^e éd., Bernard Brunet, Paris, 1762, V^o « Secret », t. II, p. 702 ; le dictionnaire Furetière retient la même définition : « Qui n'est connu de peu ou point de personnes. » Antoine DE FURETIÈRE, *Dictionnaire Universel*, Arnout et Reinier Leers, La Haye/Rotterdam, 1690, V^o « Secret », t. III, p. 508.

⁷⁵⁰ Les dictionnaires juridiques insistent sur ce point, le secret étant « ce qui ne doit pas être révélé ». Raoul NAZ, « Secret » dans *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, Letouzey et Ané, 1965, V^o « Secret » t. VII, p. 309. Gérard Cornu emploie une définition assez proche en parlant du secret comme d'une « chose cachée ». Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V^o « Secret », p. 878.

⁷⁵¹ Max-André WEBER, *L'opposition public/privé*, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁵² François SAINT-BONNET, « Arbitraire » dans J. ANDIANTSIMBASZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, V^o « Arbitraire », p. 58.

⁷⁵³ Hans GIESKER, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten*, Dissertation inaugurale à l'université de Zurich, 1904, p. 23. C'est ce que les doctrines suisse et allemande appellent la *Geheimsphäre*.

⁷⁵⁴ Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, *op. cit.*, t. 1, p. 23 [Nous soulignons].

⁷⁵⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 1- Les personnes*, *op. cit.*, p. 336 ; Bernard BEIGNER, « Vie privée et vie publique », *Arch. Phil. Droit*, t. 41 (1997), p. 163-180 [Nous soulignons].

philosophe et sociologue Georges Simmel remarque en effet que cette séparation constitue une garantie de l'altérité. Le jeu entre voilement et dévoilement vient qualifier les liens entre les personnes en convenant d'une distance ou d'une proximité. La transparence généralisée, si tant est qu'elle soit possible, viendrait briser tout degré dans la relation humaine, de sorte qu'au lieu de rapprocher les hommes, elle les laisserait « dans une solitude totale⁷⁵⁶ ». Ils seraient alors placés dans un état de désolation absolue. Le secret comme la pudeur sont donc des gages donnés aux relations humaines. La préservation d'un domaine occulte est peut-être un droit individuel, mais sa finalité dépasse l'individu. Conserver une certaine distance entre les personnes est la voie unique pour qu'elles puissent poser des choix autonomes et qu'elles cohabitent dans la juste distance établie par le secret.

Cet alliage entre secret et ordre social s'institutionnalise particulièrement au cours de la période moderne. Le développement dans les mœurs de la pudeur des corps, sans doute décisif dans l'incorporation par le droit des règles qui prescrivent le *respect* de l'individualité⁷⁵⁷, accompagne celui de l'intimité psychologique au sein même de l'intérieur des maisons⁷⁵⁸. Georges Simmel montre à cet égard en quoi l'urbanisation conduit à la recherche de la singularité. Dans les grandes villes, l'individu veut affirmer son autonomie et sa spécificité face à la société environnante⁷⁵⁹. Il se produit donc un phénomène paradoxal : c'est lorsque que les hommes se rapprochent les uns des autres qu'ils sont contraints d'établir des règles de civilité et d'institutionnaliser des barrières entre eux. La civilité puis la politesse viennent ainsi exiger une distance croissante entre les gens à mesure que la personne s'éloigne du cercle privé. Dans l'article de l'*Encyclopédie* consacré à la politesse, Diderot considère quant à lui que les lois de la courtoisie règlent davantage les rapports entre « les hommes en général⁷⁶⁰ » qu'entre ceux qui sont proches. On fait davantage preuve d'égards « dans la maison d'un étranger que dans la sienne⁷⁶¹ ». En érigeant entre les personnes un écart institué par les conventions sociales, ce savoir-vivre vient créer les conditions de relations plus humaines.

Il faut aussi relier le développement du sentiment individuel d'intimité dans les mœurs non pas aux seules conditions matérielles de la vie, mais aussi aux progrès de l'autonomie morale des individus. Les XV^e et XVI^e siècles sont en effet marqués par l'individualisation de la vie de l'esprit, notamment avec les progrès de la piété personnelle et de la lecture silencieuse et solitaire⁷⁶². Ce domaine psychique individuel ainsi cultivé déborde la conscience religieuse *stricto sensu*. Le souci du secret culmine probablement aux XVIII^e et XIX^e siècles. À ces époques, le thème de l'homme seul et du destin individuel caché passe notamment dans la littérature. Le roman *Robinson Crusôé* de Daniel Defoe et les *Rêveries* de Rousseau ont ceci de commun de

⁷⁵⁶ Georges SIMMEL, *Le secret et société secrète*, Paris, Circé, 1998, p. 20. Selon Georges SIMMEL, ce qui caractérise la propriété, c'est moins la possession au sens positif du terme que le fait de savoir que les autres en sont privés. Le refus d'un bien au grand nombre laisse présager de sa valeur.

⁷⁵⁷ Norbert ELIAS, *La civilisation des mœurs*, trad. Pierre KAMNITZER, Paris, Pocket, 2003, p. 89.

⁷⁵⁸ Annick PARDAILHE-GALABRUN, *La naissance de l'intime, 3 000 foyers parisiens aux XVII^e-XVIII^e siècles*, Paris, PUF, 1988, 523 p.

⁷⁵⁹ Georg SIMMEL, *Les grandes villes et la vie de l'esprit* (1903), trad. J.L. VEILLARD-BARON, Payot, 2013, p. 58.

⁷⁶⁰ D. DIDEROT et J. D'ALEMBLERT, *Encyclopédie*, 1^{ère} éd., 1751, *op. cit.*, V^o « Politesse », p. 916.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² Philippe ARIÈS, Georges DUBY, *Histoire de la vie privée, tome 3- De la Renaissance aux Lumières*, *op. cit.*, p. 78.

décrire l'aventure d'un sujet à la fois extérieur au monde et maître d'un royaume personnel⁷⁶³. La séparation entre les hommes pénètre aussi l'intérieur des maisons, en partageant dans les habitations bourgeoises le domaine individuel et les espaces de sociabilité. Plus que tout autre, le siècle des Lumières est un siècle à serrures⁷⁶⁴. Celles-ci sont installées dans les chambres, les cabinets et leurs tiroirs. L'intimité, qui commence par être une exigence bourgeoise, s'étend ensuite à l'ensemble de la société au XIX^e siècle, où chacun commence à prétendre à un espace à soi.

L'idée d'une « valeur psychologique protégée⁷⁶⁵ » dont parle Jean Carbonnier à propos du droit au respect de la vie privée suppose une sûreté de l'âme, un *habeas animam*. Elle trouve son équivalent dans l'article des juristes américains Samuel Warren et Louis Brandeis, qui évoquent une « paix de l'âme⁷⁶⁶ » et définissent le droit à la vie privée (*right to privacy*) comme un « droit d'être laissé seul⁷⁶⁷ ». Dans la notion de vie privée, *liberté*, *intimité* et *secret* ne sont pas séparables. Celle-ci implique ainsi un certain nombre de présupposés : 1/ Certaines actions jugées socialement immorales doivent pouvoir rester cachées ; 2/ L'exercice libre de la volonté suppose un certain écart avec le regard d'autrui et chacun doit avoir la faculté de ne pas se conduire selon des convenances sociales établies ; 3/ Il faut que certaines personnes soient positivement investies de l'obligation de taire ce qui leur est confié dans un contexte déterminé.

La protection juridique de l'intime passe par le confidentiel, c'est-à-dire par l'obligation au secret à laquelle sont tenus quelques élus de confiance, dont les fondements ne sont pas les mêmes. Il faut à ce titre distinguer l'obligation de confidentialité personnelle d'un vague devoir de discrétion. Le secret demandé par Hippocrate repose sur l'inviolabilité de l'*oikos*, tandis que l'obligation moderne du secret médical vise davantage la protection de la personne⁷⁶⁸. Le juriste Dareau fait quant à lui peser une obligation de secret sur les domestiques qui pénètrent dans l'enceinte de la maison, sans toutefois qu'il s'agisse de confidentialité à proprement parler :

Nous observons encore que les domestiques peuvent manquer à leur Maître de différentes manières : ils peuvent manquer par l'indiscrétion, en divulguant ce qui se passe dans l'intérieur de leur maison [...] ⁷⁶⁹.

Plus précise que ce type de garantie générale de discrétion, la confidentialité suppose un transfert circonstancié d'informations à *certaines personnes*, dont la communication est entièrement déterminée par *certaines usages*. Ce droit à être protégé dans son intimité est le pendant d'un devoir de garder le secret. Voici

⁷⁶³ Le roman de Daniel Defoe, *Robinson Crusoe*, a été lu comme un mythe pour la société occidentale moderne, en ce qu'il raconte l'histoire d'un homme seul qui conquiert son île et parvient à en contrôler et à en exploiter les richesses.

⁷⁶⁴ Au XVIII^e siècle, la passion pour la serrurerie n'est pas l'apanage de Louis XVI. En 1777, le *Journal de Paris* n° 15 insère un article par lequel la *Société libre d'Émulation* propose la meilleure « construction d'une serrure à combinaisons ». Sur ce sujet : Anne COUDREUSE et Françoise SIMONET-TENANT (dir.), *Pour une histoire de l'intime et de ses variations*, Paris, l'Harmattan, 2009, 201 p.

⁷⁶⁵ Jean CARBONNIER, *Droit Civil, tome 1- Les personnes, op. cit.*, n°71, p. 336.

⁷⁶⁶ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée, op. cit.*, p. 34 : « Peace of mind ».

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ La notion de confidentialité suppose la formulation d'une règle juridique qui scelle le sceau d'un secret entre plusieurs personnes. Voir *infra*. Chapitre I- Les origines de la protection publique de la confidentialité privée.

⁷⁶⁹ François DAREAU, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Paris, Prault, 1775, p. 367.

comment peut alors être définie cette obligation, qui peut être vue comme l'une des premières protections juridiques de la vie privée individuelle :

Est confidentielle une information secrète que les personnes informées ont l'obligation de n'utiliser (en tant que telle ou en tant que connaissance) qu'en vue d'un bien prédéfini (par exemple, pour un médecin, le bien de son patient)⁷⁷⁰.

C'est au travers de ces colloques singuliers que s'est développée cette conception forte du secret induisant une obligation juridique. Comme son étymologie l'indique, la confidentialité suppose la confiance et vise la protection de relations de confiance avec des personnes qui peuvent ne pas appartenir au cercle intime. La première grande manifestation de l'obligation juridique de la confidentialité se trouve dans la norme canonique du sceau de la confession, théorisée au Moyen Âge central⁷⁷¹. Ce principe, qui s'étend à d'autres professions, ne comporte pas seulement une dimension contractuelle qui s'inscrit dans une relation entre un débiteur et un créancier, mais s'avère aussi profondément lié au respect de la dignité de la personne et de la liberté de ses relations les plus élémentaires. Au-delà d'un secret fondé sur un simple rapport d'obligation mutuelle composé « d'une obligation de se taire et un droit au silence⁷⁷² », il existe un principe juridique de la confidentialité fermement garanti par la norme commune. La conservation fidèle du secret avoué par la personne n'est pas seulement une exigence éthique individuelle ou une clause d'un contrat entièrement soumis à la loi du consentement. Au contraire, la confidentialité se fonde sur un principe d'ordre public qui s'impose au-delà des simples relations entre personnes privées. Pour le dire autrement, la règle du secret n'est pas seulement le fruit d'une relation bilatérale, mais suppose aussi une loi qui est extérieure aux parties et qui, en l'espèce, vient imposer cette protection morale de la personne.

Il nous importe dans un premier temps d'étudier l'origine de cette loi. L'obligation légale de confidentialité naît d'une incorporation par le droit du secret lié à l'exercice de certaines professions. Au travers de la doctrine du confident nécessaire (prêtre, médecin, avocat) et de l'inviolabilité des échanges par lettres, le respect du secret des personnes s'est imposé comme une règle dont la violation est susceptible d'être sanctionnée pénalement. Ainsi incorporée dans le droit, la confidentialité tend à devenir non seulement une obligation contractuelle ou une propriété personnelle mais aussi un principe d'ordre public (Chapitre 1). Si l'on prend du recul, l'importance prise par le secret n'est par ailleurs pas séparable de l'histoire politique moderne au cours de laquelle s'est imposée une coupure de l'ordre politique – voire l'ordre public – avec l'ordre de la conscience et l'ordre privé (Chapitre 2). La personne étant proclamée autonome et indépendante, les atteintes occultes aux mœurs et tous les actes secrets qui ne troublent pas l'ordre public peuvent alors être libérés (Chapitre 3).

⁷⁷⁰ Marc-André WEBER, *L'opposition public/privé*, *op. cit.*, p. 200.

⁷⁷¹ C'est pourquoi il nous a paru pertinent de démarrer cette étude sur le secret par la consécration dans le droit canonique du secret de la confession. Voir *infra* Chapitre I- Les origines de la protection publique de la confidentialité privée. Section 1- Le secret de la confession : la postérité séculière d'un secret théologique.

⁷⁷² Jean-Louis BAUDOUIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la Common Law*, Paris, LGDJ, 1965, p. 21 : Le secret est « une obligation de se taire » et un « droit au silence ». Unité parfaite, même entre ces deux termes, puisque le professionnel n'a droit au silence que pour servir.

Chapitre I – Les origines de la protection publique de la confidentialité privée

Les schèmes de l'intériorité qui peuplent la tradition chrétienne sont souvent d'ordre architectural. On y trouve le thème de la *chambre* du cœur, du *temple* de l'esprit, du *château* de l'âme, des *demeures* intérieures et des *jardins secrets*⁷⁷³. À côté de la vie du dehors, il y a une vie au-dedans de l'homme⁷⁷⁴. L'existence intérieure ne se veut pas entièrement close, mais ouverte par le haut. L'ouverture de l'homme à Dieu se concrétise notamment, dans l'Occident chrétien, par le recours à l'aveu de la pénitence⁷⁷⁵. Celui-ci vient percer l'inavouable, lever une ombre, mais ce dévoilement crée aussi une autre obscurité, celle du secret. La confession suppose en effet le silence, qui est le corollaire de l'énonciation requise par le sacrement⁷⁷⁶. Michel Foucault a bien relevé cet aspect :

Le silence, la règle du silence, la règle du non-dire, est corrélative d'un autre mécanisme, qui est le mécanisme de l'énonciation : il faut que tu énonces tout, mais tu ne dois l'énoncer que dans *certaines conditions*, à l'intérieur d'un certain rituel et auprès d'une *certaine personne* bien déterminée. [...] Le silence, le non-dire, est un adjuvant nécessaire à la règle, tout à fait positive, de l'énonciation⁷⁷⁷.

L'énonciation et l'obligation de secret sont liées. L'aveu vient en effet créer un certain type de relation qui requiert la confidentialité. Cette relation elle-même ne place pas les personnes dans une situation de transparence totale entre elles, mais implique simplement la reconnaissance volontaire de fautes spécifiques dans un cadre circonscrit. La confession ne découle pas d'une relation d'autorité mais suppose une relation de confiance établie par un certain état de nécessité, comme celle du couple médecin-malade. Dans le catéchisme du Concile de Trente, il est recommandé au confesseur de préférer laisser inavoués certains péchés plutôt que de se montrer indiscret⁷⁷⁸. Saint Alphonse de Liguori soutient encore que le confesseur ne doit pas questionner les époux sur les péchés relatifs au devoir conjugal⁷⁷⁹.

Il semble qu'il ne soit pas possible d'établir une parenté certaine entre le secret des médecins tel qu'il existe dans l'Antiquité et son incorporation dans le droit à la période moderne. En effet, il n'y a pas eu à proprement parler de tradition continue du secret médical depuis l'Antiquité⁷⁸⁰. La règle du silence trouve

⁷⁷³ Sur ce sujet : Jean-Louis CHRÉTIEN, *Espace intérieur*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2014, 264 p.

⁷⁷⁴ L'expression « homme intérieur » se retrouve dans un dialogue de Platon, *Phèdre*, IX, 589, *ho entos anthropos*, littéralement « l'homme du dedans », qui se retrouve aussi sous la plume de saint Paul (Rm, VII, 22).

⁷⁷⁵ Bien que cela ne soit pas dans notre étude, la chose est semblable dans le christianisme oriental. Grigorios D. PAPATHOMAS, « Le secret dans le Christianisme orthodoxe », Colloque « Le secret dans les religions », Strasbourg, 2001, 20 p. [www.theologica.fr, consulté le 20 avril 2019].

⁷⁷⁶ Sur ce sujet : Jean-François LAE, « Les règles du silence en droit », *Ethnologie française*, t. 32/1 (2002), p. 61-67.

⁷⁷⁷ Michel FOUCAULT, *Les anormaux : cours au Collège de France*, Paris, Gallimard, 1999, p. 189.

⁷⁷⁸ Marcel BERNOS, « Le concile de Trente et la sexualité », *Sexualité et religion*, Paris, Cerf, 1988, p. 217-239.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ Loles AGIMI, Chiara CRISCIANI, « Charité et assistance dans la civilisation chrétienne médiévale », dans Bernardino, FANTINI, Mirko, D. GRMEK (dir.), *Histoire de la pensée médicale en Occident*, trad. Maria-Laura BARDINET-BROSO, Paris, Seuil, 1995-2014, t. I, p. 151.

sa célèbre première expression dans le serment d'Hippocrate. Voici comment y est alors formulée une première obligation déontologique de discrétion :

Dans toutes les maisons où je dois entrer, je pénétrerai pour l'utilité des malades, me tenant à l'écart de toute injustice volontaire, de tout acte corrompateur en général, et en particulier des relations amoureuses avec les femmes ou les hommes, libres ou esclaves. *Tout ce que je verrai ou entendrai au cours du traitement, ou même en dehors du traitement, concernant la vie des gens, si cela ne doit jamais être répété au-dehors, je le tairai, considérant que de telles choses sont secrètes*⁷⁸¹.

Le médecin amené à entrer dans la maisonnée doit ainsi fermer les yeux sur ce qui s'y déroule. Il faut d'emblée remarquer la portée purement éthique de cette règle, qui ne constitue en rien une loi de la cité. Une telle obligation protège peut-être la réputation du patient, mais elle ne semble pas pour autant conçue comme une limite au pouvoir des magistrats. Ce devoir général de discrétion se distingue quelque peu de notre compréhension contemporaine de l'obligation médicale de confidentialité. Plus qu'un principe de droit, le texte grec en appelle à la responsabilité morale et pose une règle de comportement. Le secret médical est loin d'être perçu comme une nécessité légale, ni même d'ailleurs comme un principe sacré placé en amont de toute la déontologie médicale comme ont pu le considérer certains auteurs modernes.

Ainsi, le commandement du secret dont parle le père de la médecine est moins défini et plus circonscrit que notre secret professionnel moderne. Il est à la fois plus large et plus étroit. Il est plus étendu en ce qu'il ne porte pas, comme on le comprend aujourd'hui, sur les seules informations personnelles du patient recueillies lors de l'exercice de la médecine mais sur toutes les choses de la maison. Ne formulant aucune règle absolue, il semble viser davantage la protection de la maisonnée que celle de la seule personne du malade et de sa liberté⁷⁸². Mais il semble aussi avoir un champ d'application plus restreint, car le secret dont parle Hippocrate ne porte pas sur *toutes* les choses qui sont vues ou entendues, mais seulement sur celles « qui ne doivent pas être divulguées⁷⁸³ ». Dans la mesure où le secret hippocratique n'est pas un devoir strictement professionnel mais une règle de civilité, une « règle de la vie quotidienne⁷⁸⁴ », il ne peut être qu'un lointain ancêtre de la norme du secret telle que nous la connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire une confidentialité absolue inscrite dans le droit. À un moment donné, le principe du secret de certaines relations est en effet devenu un principe juridique fermement établi.

Il semble qu'au travers de la notion juridico-morale de *for interne* issue du droit canon médiéval, le domaine de la pensée a été fermement protégé comme une juridiction personnelle pouvant rivaliser avec la juridiction civile. Une telle approche implique que soient protégées de manière nouvelle, y compris vis-à-vis du juge, certaines confidences ou informations. Avec la confidentialité, la loi se porte garante du secret. Si la pratique chrétienne de la confession auriculaire, spécialement à la fin de la période médiévale, sacralise cet impératif, elle fait surtout naître le paradigme de la confidentialité, c'est-à-dire une protection du domaine

⁷⁸¹ *Œuvres complètes d'Hippocrate*, trad. Émile LITTRÉ, Paris, Baillière, 1844, t. IV, p. 628-632.

⁷⁸² C'est l'avis d'Anne LÉCU o. p., *Vie et mort du secret médical*, Paris, Cerf, 2016, p. 58, mais aussi de Jean-Pierre BAUD, « Du secret de la maison au secret de l'hôpital », *Cités*, t. 26/2 (2006), p. 18 et de Raymond VILLET, *Histoire du secret médical*, Paris, Segher, 1986, p. 21.

⁷⁸³ Maïalen CONTIS, *Secret médical et évolution du système de santé*, thèse de droit sous la direction du Professeur Claire NEIRINCK, Université Toulouse Capitole, Toulouse, LEH éd., 2006, p. 79.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

de la conscience reprise et défendue par la suite à la période moderne (Section 1). Les auteurs de doctrine ont en effet pu trouver dans le secret de la confession un archétype pouvant être transposé dans différentes relations. La masse des métaphores utilisées en doctrine par d'éminents juristes atteste que la logique du confident nécessaire, bien décrite par Émile Garçon dans son commentaire du code pénal de 1810 à propos des secrets professionnels, épouse l'économie du secret de la pénitence (Section 2).

Section 1 - Le secret de la confession : la postérité séculière d'un secret théologique

Comme souvent en matière d'histoire des dogmes ou des sacrements, il est difficile d'en dater précisément la naissance. Il en est de même avec la règle du secret qui accompagne la pénitence⁷⁸⁵. Sans nier l'existence d'une tradition ancienne et puissante en ce sens, force est de constater que le secret n'est pas initialement apparu à tous comme une condition nécessaire au sacrement. Tertullien, par exemple, défendait l'*exomologèse*, c'est-à-dire la confession publique⁷⁸⁶. D'autres textes anciens soulignent au contraire l'importance de la discrétion de la pénitence. Paulin de Milan, par exemple, met en avant dans son récit de la vie de saint Ambroise le zèle particulier avec lequel cet évêque respectait le secret des pénitents :

Il était en joie avec ceux qui se réjouissaient, et en pleurs avec ceux qui pleuraient. Chaque fois que quelqu'un lui avait avoué ses péchés pour recevoir la pénitence, il pleurait de telle façon qu'il le forçait à pleurer, lui aussi ; car il semblait être à terre avec celui qui était à terre. Quant aux fautes qu'on lui avouait, *il n'en parlait à personne* d'autre qu'au Seigneur, auprès duquel il intercédait. Il laissait ainsi un bon exemple aux prêtres à venir, pour qu'ils soient davantage des *intercesseurs auprès de Dieu que des accusateurs auprès des hommes*⁷⁸⁷.

Si Léon I^{er}, grand pape du V^e siècle, met également en relation la pénitence faite au ministre de Dieu et la nécessaire discrétion qu'implique la profession médicale, il reconnaît aussi les bienfaits de certaines confessions publiques :

Si le médecin auquel vous vous êtes adressé est d'avis que votre mal est tel qu'il doive être exposé dans l'assemblée de toute l'Église, afin que les autres puissent être édifiés et vous-même plus facilement par cette révélation, il faudra vous rapporter à l'avis de ce médecin⁷⁸⁸.

La divulgation à tous de la contrition devant participer du remède pour le pécheur et servir à l'édification de la communauté, le secret de la pénitence est donc loin d'être systématique dans les premiers temps chrétiens. La publication des péchés ne semble pas pour autant obligatoire. Bien au contraire, un canon attribué à Grégoire I^{er} au tournant des VI^e et VII^e siècles prescrit par exemple de déposer un prêtre qui révélerait publiquement les péchés reçus en confession⁷⁸⁹. Il ne s'agit toutefois pas encore de la formalisation définitive d'un véritable principe général et impersonnel. Sans doute a-t-il fallu du temps ainsi que les progrès de la science canonique pour que soit formulée une règle juridique ferme et définitive imposant la règle du secret. Durant le Moyen Âge central apparaît une véritable réflexion juridique sur cette

⁷⁸⁵ Philippe ROUILLARD osb., *Histoire de la pénitence des origines à nos jours*, Paris, Cerf, 1998, p. 58.

⁷⁸⁶ TERTULLIEN, *De penitentia*, trad. Abbé Antoine-Eugène GENOUD, Paris, Les Belles Lettres, 2017, p. 343 : « Mais cet aveu public de culpabilité est une violation du secret sacramentel ! N'êtes-vous pas en famille ? Comment voulez-vous que votre aveu choque des frères qui sont aussi fragiles que vous et qui demain tomberont à leur tour. ».

⁷⁸⁷ Saint AMBROISE, *Paulin, Vita 39 Esprit ad episcop. Campaniae c. II*. [Nous soulignons].

⁷⁸⁸ Jean DANIELOU, *L'Église des premiers temps*, Paris, Seuil, 1963, p. 172.

⁷⁸⁹ Jean Michel VACANT, Eugène MANGENOT (dir.), *Dictionnaire de Théologie catholique*, Paris, Letouzet et Ané, 1931, V^o « Secret », p. 851.

question. Un grand personnage du XI^e siècle, le père abbé de l'abbaye bénédictine du Bec, Lanfranc⁷⁹⁰, consacre un traité à cette seule question⁷⁹¹. Le système du secret figure également dans la collection d'Anselme de Lucques et est repris par Gratien dans son décret⁷⁹². Selon ces théologiens, les aveux récoltés lors de la confession auriculaire sont ainsi entourés d'un sceau (*sigillum*), c'est-à-dire d'une marque extérieure qui garantit l'inviolabilité d'un contenu. Le secret est présenté comme ayant une fonction sociale, ce qui justifie en partie son caractère absolu, qui résulte aussi du fait qu'il est associé au mystère du sacrement de pénitence (§. 1). Cette règle est restée protégée par les autorités séculières au cours de la période moderne (§. 2).

§. 1 - Le fondement ecclésial et théologique du secret

L'idée du sceau inviolable de la confession repose sur une série d'arguments fondateurs de la notion de confidentialité. Parmi les moyens avancés, on peut observer que l'obligation de silence prend tantôt appui sur la protection de la personne, tantôt sur le besoin de préserver la communauté de la publication de certains agissements. Le premier argument du secret consiste à invoquer l'impératif d'ouvrir au grand nombre l'accès au sacrement de pénitence. C'est la position du pape Léon le Grand qui, si, comme on l'a vu, n'exclut pas la pénitence publique, soutient néanmoins qu'il est impossible d'inviter la majorité des fidèles à la pénitence si le « regard des consciences est livré à la connaissance du public⁷⁹³ ». L'exigence d'une révélation *obligatoire* des péchés *en public* s'avère, selon lui, dans la majorité des cas peu charitable, et pour cela « contraire à la règle apostolique⁷⁹⁴ ». La première justification de la règle est donc un argument de convenance : le secret est un effet de la charité qui exige d'une part le respect de la réputation du pénitent, et d'autre part l'accès du grand nombre au sacrement qui n'est possible que moyennant la discrétion vis-à-vis de ceux qui l'entourent.

Dans le contexte médiéval, la protection juridique du domaine privé des pensées entend préserver non seulement la liberté de chacun mais aussi l'intérêt de l'Église en tant que communauté humaine. Il est ainsi établi qu'un certain nombre de faits n'a pas à être exposé, au risque de répandre le mal et de nuire au reste de l'Église. Le théologien du XII^e siècle Alain de Lille se met ainsi sous l'autorité du pape Grégoire qui demande d'éviter les scandales : « *pro aliquo scandalo vitando*⁷⁹⁵ ». Avec la publication du vice, le désordre privé devient en effet une affaire commune. Le concept de scandale implique la dimension sociale prise par le péché. Il suppose que sa publication ne vient pas seulement exposer le pécheur mais aussi répandre le vice

⁷⁹⁰ Lanfranc du Bec (1010-1089), Bienheureux, Archevêque de Cantorbéry et conseiller de Guillaume le Conquérant.

⁷⁹¹ LANFRANC DU BEC, *Libellus de celanda confessione* (1089), LANFRANC, *Œuvres*, éd. Dom ACHERY, Paris, 1648, p. 179-382. Dans ce dernier, on trouve déjà l'argument selon lequel l'obligation du secret vient de la nature même de ce sacrement.

⁷⁹² GRATIEN, *Décretum*, dist. I, *De poenit.*, c. 89.

⁷⁹³ LÉON LE GRAND, Lettre 168 citée par Guy BEDOUELLE, « La loi du silence », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Paris, Autrement, 1999, p. 121.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ Alain DE LILLE, *Liber Poenitentialis*, éd. et trad. Jean LONGERE, Louvain, Neuwelarts, 1965, t. II, p. 186. « Ude Gregorios : « Sacerdos ante omnia caveat, ne de his, quae eis confitentus, peccata alicujus revelet, neque (quod absit) *pro aliquo scandalo vitando* ». [Nous soulignons].

et diffuser le mal à l'ensemble du troupeau⁷⁹⁶. Le trouble causé par la corruption apparaissant en plein jour vient mettre à mal la séparation franche entre le social et le personnel et rend le mal incurable pour la communauté. Comme le relève Yves de Chartres dans son prologue :

La correction par beaucoup ne peut être chose salubre, si ce n'est lorsqu'est corrigé celui qui n'a pas une foule acquise à sa cause. Mais lorsque le même mal a contaminé de nombreuses personnes, il ne reste aux bons rien d'autre que douleur et gémissements [...] ⁷⁹⁷.

Pour que les maux de la société soient corrigés, il faut donc que le pécheur soit isolé afin d'éviter que son péché ne contamine le grand nombre. Il apparaît donc nécessaire à ces canonistes de bien distinguer le scandaleux du peccamineux pour confiner la faute en évitant de la donner en exemple. Par le spectacle qu'elles offrent, certaines prévarications prennent en effet une autre dimension ; elles appellent une sanction non pas en raison du péché personnel, qui peut être anodin, mais au regard de la réprobation sociale que certains actes génèrent au sein de la société. L'auteur du scandale ne doit pas devenir pour les autres une occasion de chute. Comme le dit bien le canoniste Thomas de Chabham au XIII^e siècle dans sa *Somme sur la Confession*, « celui qui fait le scandale est celui qui incite l'autre à pécher ou lui donne l'exemple de pécher⁷⁹⁸ ». Les actes des hommes se répandent par les paroles et se propagent à travers l'air comme la peste. Le juriste note ainsi que « quand un péché est public et manifeste pour tous, l'offense est double, car Dieu est offensé par un tel péché, et l'Église, elle, est offensée par le scandale et l'infamie⁷⁹⁹ ». Aussi le canoniste qui écrit également en pasteur conseille-t-il de demander au pénitent de préciser l'éventuelle visibilité publique de son péché :

Lorsque le pécheur vient pour faire pénitence, le prêtre doit l'interroger de cette manière. Frère, quand tu as péché, ton péché fut-il occulte ou connu de plusieurs personnes ? Et s'il fut connu, dis-moi si nombreux furent ceux qui l'imitèrent, ou si, par aventure, à cause de ton péché beaucoup furent excités dans la haine de leurs frères. Et plus le scandale est grand, plus grande doit être la pénitence infligée⁸⁰⁰.

L'offense exposée aux yeux de tous redouble donc, dès lors qu'elle prend une dimension qui n'est plus exclusivement personnelle mais aussi sociale. Les conséquences du péché prospèrent non seulement dans l'âme, mais se distillent par l'imitation dans la communauté. Ainsi, outre l'argument de la liberté des pénitents, est avancé un motif pastoral au soutien de la règle du secret : celui qui tombe publie sa faute et risque d'emporter le prochain dans sa chute⁸⁰¹. Or, cette atteinte au corps social n'est pas tolérable. La

⁷⁹⁶ Arnaud-Vivien FOSSIER, « La contagion des péchés (XI^e-XIII^e siècles) : Aux origines canoniques du biopouvoir ? », *Revue de Sciences Humaines*, ENS Éditions, t. 21 (2011), p. 23-39. C'est ce qu'on retrouve dans le droit. Cette notion de scandale permet en creux de ne pas poursuivre l'ensemble des actes contraires aux mœurs, notamment quand ceux-ci sont secrets. Voir *infra* Chapitre III- La dépenalisation des mœurs privées dans le nouveau droit pénal.

⁷⁹⁷ Yves DE CHARTRES, *Prologue*, trad. Jean WERCKMEISTER, Paris, Cerf, 1997, p. 58. GRATIEN *Decretum*, C. 23, qu. 4, ca. 32.

⁷⁹⁸ Thomas DE CHOBHAM, *Summa confessorum* (1216), Louvain, Nauwelaerts, 1968, dist. 30, *De penitentia pro scandalo*, p. 566 : « Ille enim facit scandalum qui instigat alium ad peccandum vel dat ei exemplum peccandi. » Trad. Arnaud Fossier, La contagion des péchés (XI^e-XIII^e), *op. cit.*, p. 31.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 213 : « Quando enim peccatum publicatur et manifestum est omnibus, duplex est ibi offensa, quia offenditur deus per ipsum peccatum, et offenditur ecclesia per scandalum et per infamiam. » [Nous soulignons].

⁸⁰⁰ *Ibid.*, dist. 30, q. 4, *De penitentia pro scandalo*, p. 571. Trad. Corinne LEVELEUX-TEIXERA dans « Le droit canonique médiéval et l'horreur du scandale », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, t. 25 (2013), p. 201.

⁸⁰¹ Le terme de scandale vient du grec *scandalon* qui signifie heurter ou bousculer. Scandaliser son prochain, c'est l'inciter à consentir à un péché par une parole, une action, n'importe quel signe extérieur. Raymond de Peñafort définit

distinction entre le péché secret et le scandale permet alors l'établissement d'un cordon sanitaire de silence entre le pécheur et les fidèles.

L'argument du scandale, s'il pose un premier partage entre le privé et le public, n'apparaît toutefois pas suffisant pour fonder l'absoluité de la confidentialité de la confession⁸⁰². En effet, il existe des scandales nécessaires qu'aucune règle juridique ne doit, ou ne peut, contenir. Grégoire le Grand formule à ce propos une maxime devenue classique dans le droit canon, selon laquelle « si le scandale est posé comme étant une condition de la vérité, il est plus utile de laisser naître le scandale que d'abandonner la vérité⁸⁰³ ». La crainte d'un désordre lié à la publication d'une faute ne doit pas devenir un obstacle à l'établissement de la vérité judiciaire. Le canon 8 du concile de Latran IV de 1215, à rebours de la tradition romano-canonique du procès inquisitoire, proclame ainsi que la clameur populaire (*clamor*) et la réputation publique d'une personne (*fama*), y compris d'un prélat, sont susceptibles de donner lieu à une enquête si l'accusation survient à plusieurs reprises et si les allégations sont répétées par des personnes prudentes et honorables⁸⁰⁴. Le besoin de protection de la réputation du pénitent ne constitue donc pas non plus un argument décisif pour fonder un secret total, c'est-à-dire indécelable quelles que soient les circonstances. Pour que le secret soit absolu, il faut qu'il soit inscrit dans la nature même du sacrement. Pour que l'aveu soit reconnu comme une manifestation inviolable de la conscience, il existe ainsi un troisième argument, plus puissant encore que les deux premiers, qui fonde théologiquement cette confidentialité.

Si, en cas d'hérésie, le juriste Raymond de Peñafort pouvait soutenir qu'il était nécessaire – par exception – de lever le secret, les théologiens Bonaventure et Thomas d'Aquin lui rétorquent pour leur part que celui-ci s'impose sans réserve, puisque le prêtre n'a eu accès au domaine des pensées qu'en tant que ministre de Dieu et non comme homme⁸⁰⁵. Ce troisième moyen est formulé par la scolastique médiévale, puis repris à la période moderne. Dans son *Commentaire des sentences de Pierre Lombard*, Thomas d'Aquin, après avoir relevé les motifs de convenance que sont la charité envers les pécheurs et la nécessité d'éviter les scandales, souligne ainsi le fait que le secret fait partie de l'essence ou de la vérité même du sacrement

ainsi le scandale comme : un fait ou un signe par l'occasion duquel quelqu'un est poussé à consentir à la commission d'un péché mortel. Trad Corinne LEVEUX-TEIXEIRA dans « Le droit canonique médiéval ... », *op. cit.*, p. 196.

⁸⁰² Nous revenons ultérieurement sur les implications de la séparation décisive pour la protection de la vie privée entre le scandaleux et le peccamineux. Voir *infra* : Chapitre III- La dépenalisation des mœurs privées dans le nouveau droit pénal.

⁸⁰³ Grégoire LE GRAND, *Homilia in Hiezechielem prophetam*, éd. Marc ADRIAEN, Turnhout, Brepols, 1971, VII., 4-5, p. 85 : « Si autem de veritate scandalum sumitur, utilius ermittur, nsci scandalum quam veritas relinquatur. Ex qua re nobis considerandum est, quia in quantum sine peccato possumus vitare proximum scandalum debemus. Si autem de veritate scandalum sumitur, utilius permittitur nasci scandalum quam veritas relinquatur. »

⁸⁰⁴ Ca.8 *Qualiter et quomodo* : [...] Ex quibus auctoritatibus manifeste comprobatur quod non solum cum subditus verum etiam cum praelatus excedit si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit non quidem a malevolis et maledicis sed a providis et honestis nec semel tantum sed saepe quod clamor innuit et diffamatio manifestat debet coram Ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari. [...]. Sur le sujet : Julien THÉRY, « Fama : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII^e- XV^e siècles) », dans *La Preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Bruno LEMESLE (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 144-145 ; Bruno LEMESLE « Corriger les excès. L'extension des infractions, des délits et des crimes, et les transformations de la procédure inquisitoire dans les lettres pontificales (milieu du XII^e siècle-fin du pontificat d'Innocent III) », *Revue historique*, 2011/4 (n^o 660), p. 747-779.

⁸⁰⁵ Pierre-Marie GY, o. p., « Le précepte de la confession annuelle (Latran IV. ca. 21) et la détection des hérétiques : S. Bonaventure et S. Thomas contre S Raymond de Peñafort », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 58 (1974), p. 444-450.

(« *essentia sacramenti*⁸⁰⁶ »). Le propre de tout sacrement étant de signifier ce qu'il produit, le fait de cacher les péchés traduit le fait qu'ils ont disparu dans la pensée même de Dieu⁸⁰⁷. Dans la *Somme Théologique*, il reprend cet argument :

Le confesseur doit imiter Dieu dont il est le ministre. Or, *Dieu ne révèle pas*, mais couvre les péchés qui sont manifestés par la confession. *Le prêtre ne doit donc pas non plus les révéler*. Conclusion : les sacrements extérieurs sont les signes de ce qui se passe à l'intérieur et la confession par laquelle on se soumet au jugement du prêtre est le signe de la confession intérieure par laquelle on se soumet à Dieu. *Or Dieu couvre le péché de celui qui se soumet ainsi par la pénitence, et cela doit être symbolisé dans les actes du sacrement de pénitence*. En conséquence, il est de *nécessité sacramentelle* que la faute confessée ne soit pas révélée et celui qui la révèle commet le péché de *violation de sacrement*. En dehors de cette raison foncière, il y a des raisons d'utilité à cette loi du secret : grâce à lui, on va plus facilement à la confession et l'on y confesse aussi plus simplement ses péchés⁸⁰⁸.

Les aveux de la pénitence relevant de Dieu seul, ils doivent être dissimulés aux hommes et la force du sceau ne peut être violée par aucun autre serment, ni aucune autorité⁸⁰⁹. S'il n'est pas sans fondement dans l'ordre naturel, le secret de la confession repose donc *in fine* sur un raisonnement théologique. Si grande soit la faute, le confesseur ne peut la révéler car en agissant *in persona Christi*, le prêtre n'a fait que prêter son oreille à Dieu. Les paroles d'absolution étant efficaces du seul fait que le rite est accompli (*ex opere operato*), il ne s'agit pas d'une simple confiance mais bien d'une réalité théologique. Tant que la confession est un acte du culte fondé sur la rémission des péchés et que le secret intègre la logique même du sacrement, il se trouve donc hors d'atteinte de toute puissance ecclésiale et séculière. La confidentialité de l'aveu revêtant un caractère sacré, l'obligation juridique de silence n'est pas une simple règle de discipline contingente mais elle délimite un domaine absolu du secret et établit un espace radicalement inaccessible sous peine de sacrilège⁸¹⁰. Cet aspect ne se retrouve pas dans les autres secrets, qui prennent racine uniquement dans l'ordre naturel et sont soumis au régime de l'exception.

Le droit canon forgé durant la période médiévale permet de dégager une typologie de trois principaux degrés de connaissance. Le clerc qui exerce des fonctions judiciaires peut en effet être conduit à disposer de trois types de savoir : 1/ comme chacun, il peut être amené à connaître des faits en tant que simple particulier. Il sait certaines choses par ses propres sens et, comme homme (*ut homo*), il peut témoigner

⁸⁰⁶ Thomas D'AQUIN, *Commentaire des sentences de Pierre Lombard*, lib. 4, dist. 21, qu. 3, art. 3 : « Non potest enim dicere : ego audiui hoc in confessione. Tam propter scandalum vitandum debet abstinere ne de hoc loquatur, nisi necessitas immineat. [...] Sed contra, sigillum confessionis est aliquid annexum sacramentali confessioni. Sed ed quae sunt annexa alicui sacramento, non se extendunt ultra sacramentum illud. Ergo sigillum confessionis non se extendit nisi ad ea de quibus est sacramentalis confessio ».

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ *Id.*, S. T., *supplément*, q. 11, art. 1 [Sed contra et conclusion]. [Nous soulignons].

⁸⁰⁹ *Id.*, *Du Secret*, trad. Charles DUYCK, 2004, éd. en ligne Docteur Angélique [/docteurangelique.free.fr/, consulté le 20 juin 2020].

⁸¹⁰ Position rappelée récemment. *Note de la pénitencerie apostolique*, 29 juin 2019 : « Le secret inviolable de la Confession provient directement du droit divin révélé et plonge ses racines dans la nature même du sacrement, au point de ne permettre aucune exception dans le domaine ecclésial, et encore moins dans le domaine civil. [...] Toute action politique ou initiative législative visant à « forcer » l'inviolabilité du sceau sacramentel serait une atteinte inacceptable à la *libertas Ecclesiae*, qui ne reçoit pas sa légitimité des États, mais de Dieu ; ce serait également une violation de la liberté religieuse, qui fonde juridiquement toute autre liberté, y compris la liberté de conscience des citoyens, qu'ils soient pénitents ou confesseurs. » [www.vatican.va/roman, consulté le 29 octobre 2022.]

de ce qu'il voit. 2/ Comme juge (*ut iudex*) d'une affaire, il peut être amené à avoir accès à certaines informations qui relèvent de l'enquête⁸¹¹. Dans la tradition romano-canonique, le droit de la preuve qui régit l'enquête pénale n'est cependant pas totalement libre, et tous les moyens ne sont pas légitimes pour confondre le coupable. 3/ Comme cleric, écoutant les confessions, il est enfin amené à voir – comme Dieu (*ut deus*) – les péchés des hommes et, par l'accès à ce savoir intime, à participer de l'omniscience divine. Ce troisième type de connaissance est si particulier qu'il ne peut ni être produit en justice, ni servir d'une quelconque manière au gouvernement extérieur de l'homme. Ce savoir forme l'archétype de la confidentialité, c'est-à-dire une catégorie de connaissance obtenue dans une relation interpersonnelle – hors du commun – protégée par le droit. Ce secret qui place l'homme à l'abri des lois constitue le grand fondement d'une confidentialité d'ordre public, c'est-à-dire d'un système qui place la sûreté de l'âme individuelle au-dessus des préoccupations collectives les plus impérieuses, à savoir en l'espèce la sanction des coupables. On pourrait faire débiter l'histoire de la conscience à la période moderne et non pas à la Réforme, comme il est d'usage de le faire, avec l'institution « majeure et relativement novatrice de la confession⁸¹² ». Le secret qui l'accompagne pose en effet les fondements d'un domaine individuel indisponible à la communauté ecclésiale et politique. En proclamant l'indisponibilité de la conscience devant toute autorité humaine, les réformateurs n'ont ensuite fait que « retourner contre l'Église médiévale sa propre invention⁸¹³ ».

Dans un premier temps justifiée par des motifs pastoraux (encourager la pénitence, éviter le scandale et ses effets délétères), la règle du secret fait l'objet d'une intense réflexion qui conduit à asseoir sa justification non sur ces seuls arguments de convenance mais sur un rite inscrit dans l'économie même du sacrement. Pour comprendre les origines historiques de l'absoluité du secret, il faut revenir à la dimension surnaturelle du sacrement⁸¹⁴. Le ministère des prêtres dans le sacrement de confession ne fait pas que prendre acte de la séparation entre l'instance intérieure (*forum internum* ou *for conscientiae*) et les actions sur lesquelles peuvent s'exercer les actes de gouvernement extérieur (*forum externum*). Il est le gage du pardon des péchés qui s'opère dans ce sacrement. Nonobstant cet ancrage théologique très fort, la règle est reprise par les droits séculiers de l'époque moderne.

⁸¹¹ Ce type de savoir est le terme d'une procédure contradictoire et requiert certains modes de preuve. C'est ce que le cleric peut connaître comme juge.

⁸¹² Hypothèse formulée par : Cyrille SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution*, *op. cit.*, p. 628.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 628.

⁸¹⁴ Pour une histoire plus approfondie de cette question : E. L. HONORÉ s. j., « Le Secret de la Confession, étude historico-canonique », *Revue des Sciences Religieuses*, t. 5 (1925), p. 143-144 ; Alfred VACANT, Eugène MANGENOT et Émile AMANN, (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique*, *op. cit.*, V^o « Secret », p. 851 ; Abbé Bernard DU PUY-MONTBRUN, *La détermination du secret chez les ministres du culte : le secret pastoral en droit canonique et en droit français* [préface de Jean PRADEL], Dijon, L'Échelle de Jacob, 2012, 477 p.

§. 2 – La protection séculière du secret de la confession

La pratique de la confession est universalisée en amont de la période moderne lorsqu'au XIII^e siècle, le canon 21 du Concile de Latran IV en fait une obligation annuelle du chrétien. Les pères conciliaires prennent également soin de canoniser dans le même temps la règle du secret :

Nous décidons que celui qui aura eu la présomption de révéler un péché, à lui découvert au tribunal de la pénitence, doit être non seulement déposé de la fonction sacerdotale, mais encore enfermé dans un sévère monastère pour y faire perpétuellement pénitence⁸¹⁵.

Malgré son ancrage médiéval, le recours régulier au sacrement de pénitence se déploie encore davantage à l'époque moderne dans les pays catholiques, où la nécessité du secret est régulièrement réaffirmée⁸¹⁶. Le synode de Sens rappelle ainsi par exemple en 1524 que celui-ci est fondé sur une triple loi qui est à la fois naturelle, divine et qui repose sur le droit positif humain⁸¹⁷. En 1557, un autre synode se tenant à Paris rappelle pour sa part que la violation du secret entraîne pour le prêtre non seulement le renvoi de son office, mais aussi la prison perpétuelle⁸¹⁸.

Dans les régions protestantes, la confession pénitentielle a au contraire tendance à reculer, voire à s'effacer. Luther, qui avait dénoncé la maladie de l'aveu, propose d'en modérer l'usage et d'en transformer la pratique. La confession auriculaire doit selon lui permettre le soulagement de la faute et le confesseur ne doit pas s'ériger en juge de la conscience⁸¹⁹. Calvin, quant à lui, est bien plus radical dans sa critique de la pénitence catholique qu'il accuse de tyranniser les consciences. Voyant dans la confession l'instrument de domination d'une caste sacerdotale sur le peuple des fidèles, il refuse catégoriquement cette pratique⁸²⁰. La règle du secret elle-même est vue comme une marque d'hypocrisie. Comme le dit le réformateur, « c'est à Dieu qu'ils se confessent, mais leur intention est de découvrir tellement à un prêtre leurs secrets qu'ils demeurent cachés tant à Dieu qu'aux hommes⁸²¹ ». C'est dans ce contexte de contestation que le Concile de

⁸¹⁵ *De poenitentia*, D. VI., ca. 1 et 2. Le concile de Latran IV se déroule du 11 au 30 novembre 1215. Cité et traduit par Philippe ROUILLARD osb., *Histoire de la pénitence des origines à nos jours*, op. cit., p. 166. Il entre aussi dans les détails pour bien insister sur le fait que ce secret est absolu. « [Le clerc] prenne garde de trahir le pécheur par une parole, par un signe ou par quelque autre façon. S'il a besoin d'un conseil plus avisé, qu'il le requière avec précaution, sans laisser deviner pour quelle personne il est sollicité. »

⁸¹⁶ Sur ce sujet : Nicole LEMAITRE, « Confession privée et confession publique dans les paroisses du XVI^e siècle », *Revue d'histoire de l'Église de France*, t. 69/183 (1983), p. 189-208. ; Marcel BERNOS, *Les sacrements dans la France des XVII^e et XVIII^e siècles : Pastorale et vécu des fidèles*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, 348 p.

⁸¹⁷ Synode de Sens 1524, chap. CLXXI, *Decreta ecclesiae, gallicanae* éd. Laurent BOUCHEL, Parisiis Sebastianis Cramoisy, 1621, t. VIII, p. 241 : « Obligantur sacerdotes omnes et singuli triplice jure videlicet naturali, divino et humano, celare peccata quaecumque revelata et dicta in confessione sacramentarii, quae tanto et tali debet claudi sigillo, ut nullo casu nec verbo, nec signo aliquo revelentur aut revelari existimetur »

⁸¹⁸ Synode de Paris 1557, *Decreta ecclesiae, gallicanae* éd. Laurent BOUCHEL, op. cit., t. VIII, p. 241. « Caveat sacerdos ne quavis occasione peccatum divulget : quod si fecerit, praeter deiectionem a suo munere perpetuo carcere mancipabitur ».

⁸¹⁹ Cyril SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais au XVI^e et XVII^e siècles*, thèse sous la direction de Laurent JAFFRO, Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, dacty., 2010, p. 171-187.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 276-280.

⁸²¹ Jean CALVIN, *Traité des scandales*, Éd. Olivier FATTO, Genève, Droz, 1984, p. 289.

Trente réaffirme la nécessité pour le fidèle de recourir régulièrement au sacrement de pénitence et rappelle par la même occasion la règle du secret⁸²².

Les auteurs de la période moderne abondent aussi en faveur d'une confidentialité absolue dans le cadre de cette pratique. Cajetan invoque notamment les canons médiévaux et l'opinion de Thomas d'Aquin au soutien de son argumentaire en faveur de la discrétion devant entourer le pardon des fautes⁸²³. L'évêque flamand Jean van Malderen rappelle quant à lui qu'il s'agit d'une obligation, en invoquant le fait que le secret de la pénitence est fondé sur une triple loi, de nature divine, naturelle mais aussi humaine. Premièrement, il rappelle que la confidentialité est fondée théologiquement et que Dieu cache les fautes du pénitent en les plaçant loin des « intrigues des hommes » et de « la guerre des langues⁸²⁴ », comme le suggère le psaume 31. Deuxièmement, une telle règle repose selon lui sur une obligation du droit canon et le secret de la pénitence est bien supérieur à celui des personnes publiques, des lettres et des médecins ainsi qu'à tous les autres secrets naturels. Troisièmement, il soutient qu'elle s'impose au droit séculier car elle prime sur l'enquête pénale, quelle que soit la nature du crime et quelles qu'en soient les circonstances⁸²⁵. Quelques juristes, scrupuleux de veiller aux intérêts de l'État, ont néanmoins cherché à établir des exceptions. Dans l'hypothèse du crime de lèse-majesté, l'arrétiste Brillouin⁸²⁶ s'appuie ainsi sur Jean Bodin pour considérer que dans l'Église gallicane, le prêtre peut, en cas d'atteinte aux plus hauts intérêts de la couronne, n'être plus lié par le secret⁸²⁷. La position semble pourtant très minoritaire, au point que le secret de la confession reste majoritairement défendu contre les théories de la raison d'État. La sacralité du secret individuel vient contrebalancer la sacralité de l'État. La confidentialité apparaît comme étant l'une des rares protections individuelles qui semble échapper au souverain absolu. En France, au XVI^e siècle, le secret des confessions faites au ministre du culte catholique demeure inviolable et est défendu avec un zèle particulier par les juridictions séculières⁸²⁸. Un arrêt du parlement de Toulouse du 23 octobre 1580 condamne ainsi à mort un clerc pour avoir violé le

⁸²² Canon 11 : « Si quelqu'un nie que la confession sacramentelle soit instituée ou soit nécessaire au salut, de droit divin qu'il soit anathème. ». Sur ce sujet : Alain TALLON, *La France et le concile de trente (1518-1563)*, Paris, École française de Rome, 1997, 969 p. ; Manlio SODI, Alessandro SARACO, *Penitenza e penitenziaria nel « secolo » del concilio di Trento, Prassi e dottrine in un mondo piu largo (1517-1614)*, Roma, Libreria editrice Vatican, 288 p. ; Louis BRAECKMANS, *Confession et communion au Moyen Âge et au concile de Trente*, Paris, Duculot, 1971, 221 p. ; Alain TALLON, *Le concile de Trente*, Paris, Cerf, 2000, 135 p.

⁸²³ THOMAS DE VIO [CAJETAN CARDINALE], *De sigillo confessionis, Opuscula omnia*, Lyon, 1548, p. 132-134 ;

⁸²⁴ Ps 31, v. 21.

⁸²⁵ MALDERUS, *Tractatus de sigillo confessionis sacramentalis*, Antverpiae, Ex Officina Plantina, 1626, p. 11-35. 208 p.

⁸²⁶ Pierre-Jacques BRILLON (1671-1736) est avocat au parlement de Paris et auteur d'ouvrages juridiques.

⁸²⁷ Jean BODIN, *Les Six Livres*, II, 5, p. 222 ; cité dans : *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Paris, Pierre-Jacques BRILLON, 1727, Guillaume Cavellier, t. II, V^o « Confession », p. 495 : « En l'Église gallicane, le crime de lèse-majesté au premier chef est excusé s'il le relève. Bodin rapporte un exemple en la République du règne du roy Henri II et l'arrêt qui fut donné sur la doctrine d'Ancharanus, Archidiaconus Hostiensis, Jean, André, Abba, et Franciscus à Ripa, qui l'ont ainsi résolu, et soutiennent que *si confessio ad ea qua periculum Reipublice tangunt, recipiat, revelanda est, ne in gravius peccatum incidat qui retinuerit.* » Cette position est reprise par : Laurent ROUAULT, *Traité des monitoires*, Paris, Gisse, 1740 p. 202.

⁸²⁸ Décret de Clément VIII, *De Casibus reservatis*, canon 15 : « Tam superiores pro tempore existentes, quam confessarii, qui postea ad superioratus gradum fuerunt promoti, caveant diligentissime, ne ea notitia, quam de aliorum peccatis in confessione habuerint, ad exteriorem gubernationem utantur ... Itaque per quoscumque regularium superiores observari mandamus ».

secret en dénonçant l'un de ses pénitents⁸²⁹. Le tribunal ne pouvant statuer en se fondant sur des informations qu'il n'a pas à connaître, le jugement est anéanti. Une telle radicalité dans la protection des secrets de la conscience s'explique par le fait que leur violation constitue une atteinte au huitième commandement qui interdit de médire contre son prochain et un sacrilège, une offense directe à Dieu. Au XVII^e siècle, un même régime semble appliqué et le parlement de Paris, dans un arrêt du 22 juin 1672, condamne à la potence et au bûcher le confesseur d'un couvent qui avait, en violation du secret de la confession, dévoilé les fautes de malheureuses religieuses. Une telle sanction montre bien que la révélation est considérée en droit séculier comme la conséquence d'un crime de premier ordre :

La révélation de la confession a toujours passé pour un crime de premier ordre, parce que c'est une prévarication dans l'exercice du saint ministère, *c'est une profanation du sacrement*, ce secret intéresse tant de personnes, et la religion en souffrirait un si grand préjudice, qu'il ne paraît *rien de comparable, ni de plus atroce (sic) dans la vie civile* : le secret de la confession est de droit divin, suivant l'opinion des plus habiles théologiens : ainsi le confesseur est obligé au secret, *non tantum ex officio sed etiam ex sigillo* [non seulement en raison de sa fonction, mais en raison du sceau du secret lui-même]⁸³⁰.

La transgression du secret est donc assimilée à un sacrilège, c'est-à-dire à une injure à une chose sainte qui souille celui qui le commet mais aussi l'ensemble de la communauté. Encore une fois, on constate que la protection va bien au-delà de l'individualité outragée, puisque c'est le corps politique qui se protège contre ce qui est qualifié de « crime atroce⁸³¹ », c'est-à-dire de crime aggravé⁸³².

La discipline du secret apparaît sans doute comme un impératif de l'ordre social indépendamment de son caractère sacramentel. C'est ce que l'on observe dans le prolongement de la réforme protestante. Un semblant de confidentialité est maintenu au profit des ministres réformés pour ce qu'ils connaissent dans le cadre de leur activité pastorale. L'article 35 des dispositions secrètes de l'édit de Nantes leur octroie cette garantie :

Les ministres, anciens et diacres de ladite religion, ne pourront être contraints de répondre en justice en qualité de témoins, pour les choses qui auront été révélées en leurs consistoires, lorsqu'il s'agit de censures, sinon que ce fût pour choses concernant la personne du Roy, ou la conservation de Son État⁸³³.

Le secret des personnes est ainsi placé en concurrence directe avec la raison d'État, de sorte que seuls les plus hauts intérêts permettent de justifier certaines atteintes à l'intimité individuelle. Cette évolution n'est jamais admise et au début du XVII^e siècle, le grand pénaliste italien Farinacius⁸³⁴ soutient encore le caractère

⁸²⁹ Arrêt du Parlement de Paris du 23 octobre 1580, *Recueil d'arrest notables de cours souveraines de France*, éd. Jean PAPON, Genève, Jacques Stoer, 1648, liv. 24, tit. 7, p. 1321 : Le confesseur ne peut être contraint à révéler la confession d'un délinquant, quelque crime que ce soit, encore que la peine en fût grandement requise pour l'exemple.

⁸³⁰ *Arrêt notable du Parlement de Dijon*, éd. François PERRIER et Jean-Baptiste AUGÉ, Paris, 1735, t. II, p. 311-312 [Nous soulignons].

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² Julien THÉRY, « Atrocitas/enormitas. Pour une histoire de la catégorie de "crime énorme" du Moyen Âge à l'époque moderne. », *Clio-Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 11 (2011), p. 1-76.

⁸³³ *Isambert*, t. 15, p. 205 [Nous soulignons].

⁸³⁴ Prospero FARINACCI [Prosperus FARINACIUS] (1554-1618) est un pénaliste romain, avocat et magistrat, dont les œuvres sont plusieurs fois rééditées.

absolu du secret et le fait qu'aucun prêtre ne peut rien révéler, peu importe l'atrocité du crime⁸³⁵. Étienne Lochon⁸³⁶ parle quant à lui d'un « grand secret » dont rien, pas même l'imminence d'un crime d'État, ne peut venir forcer la révélation⁸³⁷.

Au XVIII^e siècle, si le canoniste gallican Durand de Maillane admet l'exception au secret qu'est le crime de lèse-majesté, les auteurs ecclésiastiques abondent unanimement en faveur de la règle du secret⁸³⁸. L'abbé Lenglet du Fresnoy, passant en revue tous les cas limites, demeure tout aussi inflexible et écarte de la même manière toute hypothèse de révélation⁸³⁹. L'historien estime que rien ne peut venir percer le silence du prêtre sur ce qui a été avoué dans le cadre du sacrement :

Plus le crime est énorme, plus le silence du confesseur doit être impénétrable. La doctrine de France, si favorable à la puissance souveraine et si respectueuse pour la sacrée personne de nos rois, a toujours été convaincue qu'elle ne pouvait aller en cela contre la loi inviolable du secret que l'Église a reçue de Dieu même⁸⁴⁰.

Ainsi, il condamne la très hypothétique exception du crime de lèse-majesté, considérée comme n'ayant aucun fondement dans les droits de l'Église gallicane⁸⁴¹. Pour celui qui collabore ensuite à l'*Encyclopédie*, il n'y a pas de doute, la règle du secret résiste à la concurrence des sacralités et au développement de la raison d'État. Dans un traité consacré à la question, Lenglet du Fresnoy distingue encore les secrets de la vie courante (que s'échangent par exemple des amis), le secret conventionnel lié à l'exercice de certaines professions (avocat, médecin, sage-femme, etc.) et le secret spirituel, c'est-à-dire celui placé sous le sceau de la confession, qui est le seul absolu et ne peut être dévoilé sous aucun prétexte⁸⁴². À la différence du secret naturel, lui seul « a un caractère sacré⁸⁴³ ».

⁸³⁵ Prosperus FARINACIUS, *Responsa criminalia*, Venetiis, Apud Geogium Variscum, 1606, quest. 51 : « Sacerdos non potest delicta commissa per confitentem revelare, etiam quod sint atrocissima, ac etiam quod continentur sub crimine laesae majestatis ; imo ne etiam ad id cogi potest de mandato papae. »

⁸³⁶ Étienne LOCHON (1650-1720) est prêtre, docteur en théologie et érudit.

⁸³⁷ Étienne LOCHON, *Traité du secret de la confession, pour servir d'instruction aux confesseurs et pour rassurer les pénitents*, Bruxelles, Antoine Lemmens, 1708, p. 21 : « Ce secret si religieux, si divin et si respectable que toute la puissance humaine n'y peut donner atteinte, et à qui l'Église même, quelque pouvoir qu'elle ait reçu de son divin époux, n'a pas le droit de toucher ».

⁸³⁸ Pierre-Toussaint DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Lyon, Duplain, 1776, 3^e éd., t. II, V^o « Confession », p. 91 : « Il faut excepter de cette règle le crime de lèse-majesté au premier chef [...], le prêtre est excusé s'il le révèle : je ne sais, ajoute cet auteur, si nous devons passer plus avant, et dire que le prêtre qui l'aurait retenu et ne l'aurait dénoncé au magistrat, serait coupable et complice d'un si énorme et méchant crime. » ; Jean-Pierre GIBERT, *Consultations canoniques sur le sacrement de pénitence*, Paris, Mariette, 1725, t. III, p. 457 et s. et 427 et s. ; Louis HABERT, *Pratique du sacrement de pénitence*, Paris, Alix, 1729, p. 182-184 ; Louis-André JOLY DE CHOIN, *Instructions sur le rituel*, Lyon, Frères Périsse, 1780, 3 vol. ; Pierre COLLET, *Abrégé du Dictionnaire des cas de conscience de M. Pontas*, Paris, Libraires associés, 1764, 2 vol. ; Juénin GASPARD c. o., *Théorie et pratique des sacrements, des censures, des monitoires et des irrégularités*, Paris, Roulland, 1713, t. II, p. 164-178.

⁸³⁹ Nicolas LENGLET DU FRESNOY (1674-1755) est historien, philosophe et collaborateur de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert.

⁸⁴⁰ Nicolas LENGLET DU FRESNOY, *Traité historique et dogmatique du secret inviolable de la confession* (1708), 2^e éd., Paris, J. Musier, 1715, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 127 : « Tous les théologiens, et en particulier ceux de France, sont avec raison [contre] cette maxime si dangereuse de ces canonistes. »

⁸⁴² *Ibid.*, p. 152. ; voir aussi : Jean Michel VACANT Eugène MANGENOT (dir.), *Dictionnaire de Théologie catholique, op.cit.*, t. III, p. 203.

⁸⁴³ *Ibid.*

Par-delà les milieux cléricaux, le secret de la confession est défendu au fil des siècles de la modernité comme inviolable et sacré, y compris par les juridictions séculières. Il dessine une frontière symbolique qui limite le pouvoir de la société sur l'individu⁸⁴⁴. Alors que s'affirment les pouvoirs de l'État sur l'Église, ce principe est ensuite progressivement repris par les juridictions civiles, et la dialectique fondée sur des notions de pure théologie est remplacée par une autre argumentation séculière. L'article de l'*Encyclopédie* estime ainsi le secret de la confession absolument nécessaire à la « sûreté et l'intérêt du pénitent⁸⁴⁵ ». Si le code pénal de 1810 ne mentionne pas une telle obligation, la jurisprudence et la doctrine du XIX^e siècle intègrent bien les ministres de la religion instituée parmi les professions tenues au secret au titre de celles qui reçoivent des confidences. Un arrêt de la Cour de cassation évoque même la protection publique promise au culte catholique⁸⁴⁶. L'arrêtiste de Dalloz invoque quant à lui la liberté de conscience du confesseur⁸⁴⁷ mais aussi l'intérêt bien compris qu'a la société d'offrir au malfrat la possibilité de déposer ses remords aux pieds d'un prêtre⁸⁴⁸. L'équivoque sur le caractère absolu n'a toujours pas été levée, dès lors que, aujourd'hui encore, si le droit séculier range les secrets du prêtre parmi les secrets professionnels, le droit de l'Église lui conserve un caractère absolu et sa violation reste punie très sévèrement par une excommunication *latae sententiae*. Si le droit positif n'a jamais consacré expressément le secret de la confession, il a conféré le secret professionnel aux prêtres dans « l'exercice exclusif de leur ministère sacerdotal et à raison de ce ministère⁸⁴⁹ ». En l'état actuel du droit, l'obligation de dénonciation ne permet pas de contraindre les personnes tenues au secret professionnel et ce principe est applicable pour le ministre du culte catholique⁸⁵⁰. *In fine*, même si ce secret est d'origine théologique, il se maintient au moins en partie indépendamment de ce fondement, ce qui

⁸⁴⁴ Il peut ainsi comprendre comme une règle symbolique fondatrice qui s'impose à toute la société. Alain SUPIOT, *Homo juridicus, Essais sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009, 317 p.

⁸⁴⁵ Antoine-Gaspard BOUCHER D'ARGIS, « Confession », dans D. DIDEROT, J. D'ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie*, Paris, 1751, t. III, p. 170. « Le secret de la confession est tellement nécessaire pour la sûreté et l'intérêt du pénitent, qu'il n'est pas permis de se servir contre un accusé d'une confession écrite par lui-même, et que le juge rejetterait la dénonciation faite à un prêtre d'un crime dont il n'aurait eu connaissance que par la confession. »

⁸⁴⁶ « Arrêt Lavaine », C. cass., crim., 30 nov. 1810 cité dans : Faustin HÉLIE, Adolphe CHAUVVAUX, *Théorie du code pénal, op.cit.*, p. 462 : « Qu'une décision contraire dans cette espèce, en ébranlant la confiance qui est due à la confession religieuse, nuirait essentiellement à la pratique de cet acte de la religion catholique ; qu'elle serait conséquemment en opposition avec les lois qui en protègent l'exercice et qui sont ci-dessus citées ; qu'elle blesserait d'ailleurs la morale et l'intérêt de la société. »

⁸⁴⁷ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1861, t. XLI p. 112 : « Le secret est une dette sacrée envers celui qui a fait la confidence. Le trahir, c'est fouler aux pieds les saintes lois de la conscience et de l'honneur. [...] Cependant, il nous répugne de croire que l'on puisse en aucun cas forcer la conscience religieuse du confesseur, en le contraignant à révéler, au mépris de l'un des plus impérieux devoirs de son ministère, le secret de la confession »,

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁸⁴⁹ C. cass., crim., 1 déc. 1891, *Recueil*, J.-B. SIREY, 1892, t. I, p. 9 : « Les ministres du culte sont tenus de garder le secret sur les révélations qui ont pu leur être faites à raison de leurs fonctions ; pour les prêtres catholiques, il n'y pas lieu de distinguer s'il ont eut connaissance des faits par voie de la confession ou en dehors de ce sacrement, que cette circonstance ne saurait changer la nature du secret dont ils sont dépositaires, si les faits ont été confiés dans l'exercice exclusif de leur ministère sacerdotal et à raison de ce ministère. » [Nous soulignons].

⁸⁵⁰ Sur le sujet de la non-dénonciation du secret de la confession : Emmanuel TAWILL, « Le secret de la confession, source de conflit entre le droit canonique et le droit français ? » [blog.leclubdesjuristes, consulté le 14 octobre 2021]. La loi du 30 juillet 2020 modifie les dispositions de l'article 226-14-1 du code pénal et dispose que le secret professionnel *peut, sans que cela soit une obligation*, être levé en cas de violences mettant en danger la victime ou lorsque la victime est sous l'emprise de l'auteur des violences.

explique notamment pourquoi il est garanti par le droit séculier et que sa discipline soit étendue aux professions profanes.

Section 2 – La transposition de l’archétype des confidentiels nécessaires au bénéfice de professions profanes

Loin d’être remise en cause à la période moderne, la règle de la confidentialité se propage et rayonne sur les secrets du médecin et de l’avocat qui finissent, eux aussi, par devenir des règles de droit⁸⁵¹. Bien des indices permettent d’affirmer que la diffusion dans l’ordre séculier de la règle du secret n’est pas sans lien avec les principes en vigueur en matière de confession⁸⁵². À l’instar de la pratique de l’aveu, la loi du silence a pu perdre sa localisation exclusive dans la pénitence et se diffuser dans une série de rapports⁸⁵³. La médecine notamment suppose en effet un lien de confiance interpersonnel, lequel requiert la sécurité du secret et donc une norme juridique en ce sens. De la même manière, l’exercice des droits de la défense suppose de pouvoir démêler devant son avocat le nœud de ses pensées, ce qui engendre l’obligation de garder le secret. Cette relation devient ainsi protégée par le droit au travers de l’établissement d’une obligation de confidentialité. De la même manière que le concile de Latran IV prescrivait que le secret s’imposait sur tout ce qui était connu « par la parole, par signe ou de toute autre manière », les soignants sont tenus de taire ce qu’ils voient, ce qu’ils entendent et ce qu’ils comprennent, selon la maxime : *Aegrorum arcana visa audita intellecta, eliminat nemo*. À partir du XVIII^e siècle, cette formule latine se retrouve d’ailleurs imprimée sur toutes les thèses de médecine. Ce principe de la confidentialité bien présent dans la confession est donc transposé avec plus ou moins d’intensité dans le corps médical et dans les professions juridiques.

Pour les juristes qui défendent la protection de la confidentialité médicale, la trahison des secrets recueillis dans l’exercice de cet art serait d’autant plus grave qu’elle équivaudrait à une exhibition forcée, puisque la personne qui s’est confiée l’a fait non pas par légèreté, mais par nécessité. Au regard de cette obligation de confidentialité, la violation du domaine de l’intime est punie en tant que telle. L’ancien droit sanctionne ainsi pénalement les révélations de certains secrets sans qu’il soit nécessaire de caractériser une intention de nuire ou un préjudice spécifique. L’infraction naît du simple fait d’avoir trahi la confiance de celui qui s’est dévoilé. Après la codification de 1810, qui reprend par la suite la règle du secret, le pénaliste

⁸⁵¹ René VOLTZEL, « Le secret professionnel pastoral », *Revue d’histoire et de philosophie religieuses*, t. 3 (1956), Hommage au Professeur Jean-Daniel Benoit à l’occasion de son 70^e anniversaire, p. 232-247.

⁸⁵² Thèse aussi formulée par Pierre DAMIEN, *Le secret nécessaire*, Paris, Desclée de Brouwer, 1989, p. 28.

⁸⁵³ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, tome 1 - La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 83 : « L’aveu, selon Michel Foucault, n’a pas disparu à la période moderne, au contraire, « il a perdu sa localisation rituelle et exclusive ; il a diffusé ; on l’a utilisé dans toute une série de rapports ».

Émile Garçon rattache ainsi naturellement la confidentialité à un impératif social qui dépasse les intérêts individuels :

Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le catholique un confesseur ; mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leurs missions, si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces *confidents nécessaires* soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé *sans condition ni réserve*, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié⁸⁵⁴.

Il existe donc un nœud inextricable entre le secret de la vie privée et la liberté de certaines relations considérées comme nécessaires à l'individu mais aussi à la société⁸⁵⁵. La confiance fait naître l'obligation de confidentialité, le dévoilement intime crée une charge morale chez celui qui le reçoit. Mais l'inverse est aussi vrai : la confidentialité permet la confiance, elle est l'adjuvant de certaines relations qui, sans l'institution de cette garantie, ne pourraient se nouer. Ce nœud fondateur d'un domaine privé inviolable se retrouve d'ores et déjà au début de la période moderne dans différentes professions médicales (§. 1) et juridiques (§. 2).

§. 1 – Les développements de la confidentialité du savoir médical

Comme nous l'avons remarqué, le secret d'Hippocrate se distingue de l'obligation moderne du secret médical qui tend à devenir une *règle juridique* et qui protège *spécifiquement l'individu*, y compris contre ses proches. L'obligation moderne du secret médical est ainsi formulée comme une norme protectrice du savoir médical à la fin du XVI^e siècle⁸⁵⁶. À la période moderne, les arguments retenus pour le justifier balancent entre l'analogie avec le prêtre, conduisant ainsi à une extension de la règle du secret (A), et la défense du rôle de la confidentialité au sein de la société, offrant une véritable protection juridique à la vie privée au travers des informations qui s'y rapportent (B).

A- Le recours à l'analogie du prêtre pour fonder l'obligation juridique des médecins

La protection juridique du secret des médecins telle que nous le connaissons semble être une nécessité moderne. Absent des grandes compilations on ne trouve encore aucune règle, durant la période médiévale, qui vienne formaliser l'obligation de silence au sein du corps médical. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit tout à fait inexistant dans la pratique. Une ordonnance de Louis XI du 22 décembre 1477 vient par exemple explicitement limiter le secret du médecin en cas de soupçon de lèse-majesté, ce qui suppose que

⁸⁵⁴ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, Sirey, 1952, art. 294, t. I, p. 558 [Nous soulignons].

⁸⁵⁵ Cette argumentation par le besoin se retrouve dans la doctrine actuelle : par exemple : Pierre VERDIER, « Secret professionnel et partage des informations », *Journal du droit des jeunes*, t. 269/9 (2007), p. 8-21.

⁸⁵⁶ Le fait que la règle ne soit pas institutionnalisée ne veut pas dire pour autant qu'elle soit totalement absente. Loles AGIMI, Chiara CRISCIANI, « Charité et assistance dans la civilisation chrétienne médiévale », dans Bernardino, FANTINI, Mirko, D. GRMEK (dir.), *Histoire de la pensée médicale en Occident*, trad. Maria-Laura BARDINET-BROSO, Paris, Seuil, 1995-2014, t. I, p. 151. Saint Jérôme compare le prêtre au médecin, ce qui sous entend que le médecin est lui aussi tenu au secret et cette analogie est reprise dans le concile de Latran IV. Cassiodore, moine du Ve-VI^e siècle, use encore de l'analogie en disant aux médecins : « vous êtes consacrés par des serments analogues à ceux du prêtre ».

la règle déontologique du secret était déjà implicitement admise⁸⁵⁷. L'institution de cet impératif dans les professions de santé se retrouve aussi au XVI^e siècle au sein des statuts de la faculté de médecine de Paris, qui réglementent en réalité toute la corporation médicale (hormis les chirurgiens qui, à l'époque, dépendent encore de la corporation des barbiers)⁸⁵⁸. L'article 77 de ce texte dispose ainsi : « Que personne ne divulgue les secrets des malades, ni ce qu'il a vu, entendu ou compris⁸⁵⁹ ». L'obligation de secret apparaît également au sein du règlement de la confrérie des chirurgiens de Paris⁸⁶⁰. Le chancelier de la faculté de médecine de Montpellier parle quant à lui du médecin comme d'un « confesseur des corps⁸⁶¹ ». Un certain nombre d'indices permet ainsi de penser que le rapport historique d'analogie avec le secret de la confession influe sur la formation d'une obligation légale de secret médical. Il est en effet assimilé de manière récurrente au secret du prêtre. Ce parallèle a dû longtemps paraître naturel, dès lors que la médecine académique se développe dans le contexte clérical des universités, soumises jusqu'au XV^e siècle à une obligation de célibat et bénéficiant d'une réglementation qui échappait en bonne partie à l'autorité royale⁸⁶². Au XVI^e siècle, les médecins portent toujours la soutane, reçoivent leur diplôme au nom du Christ ou du pape et sont astreints à des obligations religieuses. La place prise par le secret dans l'éthique médicale et les arguments utilisés pour le justifier montrent ainsi qu'il va bien au-delà de celui qui est requis dans le serment d'Hippocrate. Au XVI^e siècle, le médecin Jean Bernier⁸⁶³ va jusqu'à dire à propos de la discipline du secret qu'elle est « l'âme de la médecine⁸⁶⁴ ». Le soignant recevant le dépôt du cœur du malade, « il n'est pas moins obligé à garder le secret que le confesseur à garder celui de son pénitent⁸⁶⁵ ».

À la période moderne, est ensuite formulée une véritable théorie juridique du secret médical⁸⁶⁶. Domat fait de cette loi morale une loi civile, un principe applicable à l'ensemble des professions de santé⁸⁶⁷. Le

⁸⁵⁷ Ordonnance du 22 décembre 1477, qui impose la dénonciation des complots contre la couronne. *Répertoire*, éd. N. GUYOT, 1785, t. X, p. 462.

⁸⁵⁸ Les statuts de la faculté de médecine de Paris de 1598 pris dans le prolongement de la reprise en main de l'université par le roi visent non seulement l'enseignement mais également toute la corporation médicale.

⁸⁵⁹ Auguste CORLIEU, *L'ancienne faculté de médecine de Paris*, Paris, Delahaye, 1877, p. 279.

⁸⁶⁰ Jean VERDIER, *La jurisprudence de la chirurgie en France*, Paris, Didot, 1764, t. II, p. 481. La règle de la confrérie des chirurgiens, qui dérive de la corporation des barbiers de 1699, contient un article 127 qui dispose : « Vous jurez de garder le secret dans les choses qui vous seront confiées. »

⁸⁶¹ François RANCHIN, *Opuscules ou traités divers et curieux en médecine*, Lyon, Ravaut, 1640, Part. I, chap. IX, p. 19-20.

⁸⁶² Sur ce sujet : Alexandre LUNEL, *L'organisation des professions médicales sous l'Ancien Régime : entre corporatisme et autorité royale : XV^e siècle-XVIII^e siècle*, thèse sous la direction de Jean-Louis HAROUEL, Université Paris II-Panthéon-Assas, dacty., 2005, 2 vol.

⁸⁶³ Jean Bernier (1627-1698) est médecin à Blois et historien.

⁸⁶⁴ Jean BERNIER, *Essais de médecine*, Paris, Simon Langronne, 1689, p. 268 : « Le secret est « l'âme de la médecine ».

⁸⁶⁵ *Ibid.* : « Quand [le médecin] a reçu le précieux deposit du cœur du malade, il faut que son cœur et sa bouche l'ensevelissent dans le silence, et qu'ils luy servent, pour ainsi dire, de tombeau [...] et il n'est pas moins obligé à garder ce secret, que le confesseur à garder celui de son pénitent. »

⁸⁶⁶ Les statuts de la faculté de médecine de Paris de 1270 ne le mentionnent pas. Raymond VILLEY, *Histoire du secret médical*, *op. cit.*, p. 21 : « Il est illusoire d'espérer découvrir un concept médiéval du secret médical. Les textes qui pourraient nous éclairer sont d'ailleurs fort peu nombreux. » Hormis le contrôle de la faculté, l'esprit de corporation et le devoir moral envers Dieu, rien ne vient régir le comportement du médecin. Lorsqu'une violation des obligations médicales est dénoncée, tant qu'il n'y a pas d'ordre des médecins, les seules entités susceptibles de sévir sont les tribunaux.

⁸⁶⁷ Jean DOMAT, *Lois civiles*, dans *Œuvres complètes*, Paris, Gobelet, 1835, t. III, p. 321 : « Comme les médecins, les chirurgiens et les apothicaires ont souvent des occasions où les secrets des malades ou de leur famille leur sont découverts, soit par la confiance qu'on peut avoir en eux ou par les conjonctures qui rendent leur présence nécessaire dans le temps où l'on a traité d'affaire ou autres choses qui demandent le secret ; c'est un de leurs devoirs de ne pas

médecin et avocat au parlement de Paris Jean Verdier⁸⁶⁸ affirme ainsi que « les médecins confesseurs des corps sont obligés au même secret que les médecins des âmes⁸⁶⁹ ». Il ne recule pas devant l'analogie religieuse quand il l'affirme :

Les secrets qui sont confiés aux médecins sont *des dépôts sacrés* qui ne leur appartiennent point. La raison, *la religion* et les statuts leur enseignent de garder sur eux un secret inviolable ; et les cours souveraines ont très rigoureusement condamné ceux qui ont trahi leur ministère par des *indiscrétions criminelles* [...]. La plus grande et la plus saine partie des théologiens et des canonistes disent, après saint Thomas, que la conservation de la foi et du secret étant de droit naturel, personne ne peut être tenu par le commandement même d'un supérieur à révéler ce qui lui était confié sous le secret, ce qu'ils appliquent avec juste raison à la médecine⁸⁷⁰.

Les médecins comme les prêtres sont ainsi dépositaires de confidences inviolables. Pour fonder son raisonnement, Jean Verdier n'hésite pas à prendre directement appui sur l'autorité des théologiens et des canonistes en faisant notamment référence au texte de Thomas d'Aquin relatif au secret des prêtres⁸⁷¹.

L'analogie n'empêche toutefois pas de concevoir qu'il subsiste une différence fondamentale entre un secret absolu inscrit dans un sacrement et celui au service d'une profession profane. Tout en opérant un parallèle explicite entre le secret du médecin des âmes et celui des corps, le juriste médecin Paolo Zacchia⁸⁷² considère ainsi que les professions médicales sont tenues de dire la vérité devant les juges⁸⁷³. De même, dans son *Traité de la peste*, François Ranchin⁸⁷⁴ fait plier le secret médical devant les impératifs de santé publique⁸⁷⁵. L'édit de Police de Colbert de 1666 dispose quant à lui que les chirurgiens sont tenus de « déclarer au commissaire du quartier les blessés qu'ils auront pansés⁸⁷⁶ ». Les condamnations prononcées pour violation du secret médical sont sans commune mesure avec celles qui se pratiquent à la même époque en cas de violation du secret de la confession. En 1747 par exemple, le parlement de Rouen condamne à dix livres d'amende et à six ans d'interdiction d'exercice un médecin qui avait exposé les maladies vénériennes d'un de ses patients⁸⁷⁷. Cela étant, la règle juridique est reprise dans le nouveau droit pénal.

abuser de la confiance qu'on leur a faite, et de garder exactement et fidèlement le secret des choses qui sont venues à leur connaissance et qui doivent demeurer secrètes. »

⁸⁶⁸ Jean VERDIER (1735-1820) est un avocat, médecin et collaborateur de l'*Encyclopédie*.

⁸⁶⁹ Jean VERDIER, *Essai sur la jurisprudence de la médecine en France*, Alençon, Malassi, Paris, 1763, p. 56.

⁸⁷⁰ *Ibid.* [Nous soulignons].

⁸⁷¹ *Ibid.* : « L'obligation du secret est si forte chez eux, que la plus saine partie des théologiens, canonistes, jurisconsultes et médecins, disent qu'un médecin ne peut être tenu par le commandement d'aucun supérieur à rendre compte de ce que son ministère lui a fait connaître. »

⁸⁷² Paolo ZACCHIA (1584-1659) est un médecin pontifical italien. Il consacre de longs développements à de nombreuses questions médico-légales.

⁸⁷³ Paolo ZACCHIA, *Quaestiones medico-legales*, Amsterdam, Blaeve, 1651, p. 340.

⁸⁷⁴ François RANCHIN (1564-1641) est un médecin réputé de Montpellier, chancelier de l'université de médecine de cette ville.

⁸⁷⁵ François RANCHIN, *Traité politique et médical de la peste* (1640), Liège, Broncard, 1721, p. 68.

⁸⁷⁶ Ordonnance du Louvre, *Isambert*, t. 14, p. 284.

⁸⁷⁷ Le 8 novembre 1747, le parlement de Rouen condamne un médecin à dix livres d'amende et six années d'interdiction un médecin pour avoir mentionné dans une réclamation d'honoraires impayés qu'il s'agissait de maladies vénériennes. Sanction relevée par André HALLAYS, *Droit romain : les comices à Rome : Droit français : le secret professionnel*, Paris, Rousseau, 1890, p. 44.

B- Le secret médical comme nouvel archétype d'une confidentialité d'ordre public

À la faveur du code pénal de 1810, le secret médical devient le nouveau prototype de l'obligation juridique de confidentialité. Son article 378 consacre ainsi le secret des professions médicales et de toute autre personne dépositaire, par état ou profession, de secrets, dans un titre intitulé : « calomnie, injure et révélation⁸⁷⁸ ». En cela, la divulgation du secret devient, selon l'expression de Dalloz, « sœur de la calomnie et de l'injure⁸⁷⁹ » et, selon celle de Faustin Hélie, « une sorte de diffamation⁸⁸⁰ ». Plus qu'une simple protection de la réputation, les rédacteurs du code ont ainsi entendu faire de la confidentialité des relations dans le cadre de certaines professions une exigence spécifique de l'ordre social. Le médecin est présenté par les rédacteurs du code et par les juristes du XIX^e siècle comme un professionnel dépositaire des secrets des individus. À la place du prêtre, il est en quelque sorte considéré comme le premier des *confidants nécessaires à la vie collective*⁸⁸¹. L'exposé des motifs du code pénal avance notamment l'idée selon laquelle ce qui est protégé n'est pas tant la violation d'un accord contractuel que l'intérêt général. Les rédacteurs du code excipent en effet de la nécessité pour chacun de pouvoir se confier à certains tiers de confiance, en raison de leur fonction de « bienfaisance et de consolation⁸⁸² ». L'obligation de secret est ensuite étendue à d'autres professions qui se placent sous la bienveillance des lois au XIX^e siècle⁸⁸³.

Malgré la consécration légale du secret médical comme archétype des secrets professionnels, l'amalgame entre le secret de la confession et le secret professionnel est toujours employé pour en justifier l'inviolabilité⁸⁸⁴. Le juriste Adolphe Trébuchet estime ainsi que la médecine est « comme un sacerdoce » et que l'« on confie [au médecin] toutes les plaies du corps comme au prêtre les plaies de l'âme⁸⁸⁵ ». L'assimilation du secret médical à celui de la confession renforce indéniablement le caractère absolu du premier, en l'imposant même devant les cours de justice. Dans une affaire jugée en 1845, l'avocat général

⁸⁷⁸ Code pénal Livre III, Titre II, chap. 1.

⁸⁷⁹ Désiré DALLOZ, dans *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1858, t. I, V^{is} « Révélation de secret », p. 478-479. C'est ce que considérait la cour de cassation dans un premier temps en exigeant la preuve d'une intention de nuire : C. cass., crim., 23 juillet 1830.

⁸⁸⁰ Faustin HÉLIE et Adolphe CHAUVAUX, *Théorie du code pénal*, Bruxelles, Walhen, 1837, t. II, p. 104.

⁸⁸¹ *Code pénal précédé de l'exposé des motifs*, Paris, Ganery, 1810, p. 104-105. L'exposé des motifs de l'article 378 du code pénal soulignait ainsi qu'au-delà de la protection de l'honneur, il s'agissait de sanctionner les violations d'un « dépôt de confiance » et de préserver la confidentialité de la relation avec ceux dont « l'état semble ne devoir offrir que des êtres bienfaisants et de vrais consolateurs. »

⁸⁸² Exposé des motifs du Conseil d'État, travail des rédacteurs du code de 1810, *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, t. 36 (1846), p. 46.

⁸⁸³ *Répertoire*, éd. P.-A. MERLIN DE DOUAI, 1829, t. VI, V^o « Secret », p. 649. L'article opère des renvois vers des domaines aussi différents que la médecine, le droit et la presse : V^o « Apothicaire », V^o « Chirurgien », V^o « Confesseur », V^o « Déposition », V^o « Lettre », V^o « Opinion », V^o « Révélation » et V^o « Témoin judiciaire ».

⁸⁸⁴ Bernard BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 106.

⁸⁸⁵ Adolphe TREBUCHET, *Jurisprudence de la médecine et de la chirurgie*, Paris, Baillière, 1834, p. 283 : « C'est qu'en effet, la médecine est comme un sacerdoce ; les devoirs qu'elle impose sont sacrés, quelquefois même implacables. D'un mot vous pouvez retirer un ami d'un précipice, et vous ne pouvez le dire parce qu'il y a deux hommes en vous, l'homme du monde et le médecin ; le médecin, auquel on confie toutes les plaies du corps, comme aux prêtres les plaies de l'âme. Le médecin auquel on ne songe même pas à demander le secret, tant il est naturel ; auquel la mère raconte les choses à déshonorer dix fois sa fille, et sans crainte, sans hésitation, avec confiance, parce que cet homme peut la guérir, lui rendre la vie, la santé ; le médecin enfin, auquel un homme criminel et fugitif vient apporter ses blessures, sans prendre le soin de lui en cacher les causes, sans concevoir même la pensée qu'il puisse être trahi. Honneur à la profession qui inspire une telle confiance ; mais aussi, honte et réprobation et devant Dieu et devant les hommes pour ceux qui la trahissent ! »

près la Cour de cassation, saisi du pourvoi d'un médecin condamné pour avoir refusé de témoigner contre son patient, relevait ainsi que « la justice ne veut être servie que par des moyens en harmonie avec son but élevé, qui est le maintien de l'ordre, surtout de l'ordre moral, dans la société⁸⁸⁶ ». La fin ne justifie pas les moyens, et la recherche de la vérité judiciaire ne permet pas que soit violée l'obligation juridique du secret. Le magistrat reconnaît donc que le secret du médecin est un devoir de conscience inhérent à l'exercice de la profession médicale, et que son silence lors des procès – s'agissant des informations récoltées dans la pratique de son art – ne peut entraîner aucune condamnation.

La jurisprudence du XIX^e siècle semble avoir conféré un caractère quasi-absolu à la confidentialité médicale, en affirmant qu'elle est supérieure à l'obligation pour chaque citoyen de prêter son concours à la vérité judiciaire⁸⁸⁷. La règle du secret s'étend encore au fil du siècle. Si les premiers arrêts de la Cour de cassation exigent que pour que la révélation soit punissable, il soit apporté la preuve d'une intention de nuire, cette condition est abandonnée définitivement par l'arrêt « Watelet » du 19 décembre 1885⁸⁸⁸. Dans cette affaire, le juge finit par tirer toutes les conséquences du caractère d'ordre public du secret médical, en demandant la condamnation d'un médecin ayant dévoilé la maladie de son client à des fins qui ne visaient pourtant pas à lui porter préjudice. Il considère alors que le ministère public pouvait de lui-même poursuivre un praticien pour toute violation du secret professionnel, même si celui-ci avait les meilleures intentions⁸⁸⁹. Les attendus du célèbre arrêt sont formulés en des termes extrêmement fermes :

Attendu que l'article 378 du code pénal a pour objet de protéger dans *un intérêt d'ordre public la sécurité, l'honneur et la délicatesse* des individus contre les indiscretions des personnes dépositaires de secrets par leur état ou leur profession ; Attendu que les termes généraux et absolus de cet article ne comportent de restriction d'aucune sorte ; que nulle disposition particulière et exceptionnelle de la loi ne fait de l'intention de nuire ou de désigner l'élément essentiel et constitutif de ce délit ;

Que le dommage pour *l'ordre public* ou pour la personne dont le secret est trahi peut, en effet, résulter au même degré d'une simple indiscretion ou d'une révélation véritablement malveillante⁸⁹⁰.

L'obligation de respecter le secret ne repose donc pas seulement sur un accord entre deux parties, mais elle s'impose d'autorité pour les juges afin de permettre « l'exercice de certaines professions et garantir le repos des familles⁸⁹¹ ».

⁸⁸⁶ *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, t. 36, Paris, Baillière, 1846, p. 376., C. cass., 26 juillet 1845 *Saint Pair* : « Que si on le refusait dans le second, il en pourrait résulter les inconvénients les plus graves pour l'honneur des familles et pour la conservation de la vie des citoyens ; que ces intérêts exigent en effet, dans les cas particuliers où le secret est nécessaire, que le malade soit assuré de le trouver dans l'homme de l'art auquel il se confie. [...] Attendu que la dispense de déposer, ainsi restreinte, a toujours été admise dans l'ancienne jurisprudence à laquelle n'a dérogé aucune disposition de nos Codes. »

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ C. cass. crim., 19 décembre 1885, *Recueil*, éd. J.-B SIREY, 1886, t. I, p. 86 ; Repris et commenté dans Claudine BERGOIGNAN-ÉSPER, Pierre SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 3^e éd., Paris, DALLOZ, 2020, p. 79.

⁸⁸⁹ En l'occurrence, le docteur Watelet, qui officiait à Alger, avait voulu défendre son patient le peintre Bastien Lepage décédé d'un cancer des testicules, en démentant dans la presse les rumeurs selon lesquelles il était atteint de la syphilis.

⁸⁹⁰ *Ibid.* [Nous soulignons].

⁸⁹¹ *Ibid.*

La protection de l'intimité est donc fondée sur une double exigence de garantie du for interne et de protection des relations de confiance. Le titulaire du secret doit donc inspirer confiance, surtout au criminel. Un autre juriste, Jules Lafforgue, consacrant une thèse à cette question, peut affirmer non sans emphase que « la profession médicale est une de celles dont la nécessité de l'obscurité s'impose comme le sacerdoce⁸⁹² ». L'obligation juridique du secret naît ainsi du caractère impérieux de la confiance. L'exigence du salut comme celle de la santé commandent que certaines choses demeurent confidentielles et que la relation elle-même ne soit pas connue d'autrui. Les arguments déployés en faveur du secret du savoir médical permettent de faire passer la violation du secret d'une simple faute morale à un grave délit punissable d'une peine de prison.

Au XIX^e siècle, la médecine se développe et se démocratise. L'identification de cette discipline à un sacerdoce devient un lieu commun de la société bourgeoise. Léon Bloy sourit de cette identification :

Auprès des gestes tâteurs, tripoteurs, auscultateurs des médecins ou en comparaison de leurs formules isochrones et stéréotypées, tombant de si haut, qu'on est toujours sûr d'entendre, que deviennent, je le demande, les canons et les liturgies ?⁸⁹³

Un autre auteur est encore plus explicite quand il affirme que le médecin, « confident obligé de toutes les faiblesses », est le garant de l'honneur des familles de sorte que « le secret de la confession est devenu celui de la médecine⁸⁹⁴ ». Il en ressort une vision exigeante du secret, qui fait volontairement fi des circonstances pour protéger l'intimité de la personne par-delà même son consentement à cacher ou à révéler certaines confidences. Le secret professionnel des médecins présente ainsi une double identité, il est à la fois une norme d'ordre public sanctionnée par le droit pénal et un principe éthique pouvant être considéré en tant que tel comme « la pierre angulaire de l'édifice médical⁸⁹⁵ ». Cette tradition, qui vient limiter au maximum les intrusions extérieures dans la relation du *couple* médecin-malade, est dénoncée par certains auteurs comme étant « rigide⁸⁹⁶ » ou « mystique⁸⁹⁷ ». Pourtant, c'est de cette piété envers le secret que dépend l'effectivité de la règle de la confidentialité, qui n'est pas réductible au seul domaine médical.

§. 2 - Les juristes assimilés à des *confidants nécessaires*

À l'instar des clercs et des médecins, les avocats se sont aussi vus contraints à la confidentialité des relations avec leurs clients. Dès la fin du Moyen Âge, l'analogie du prêtre sert ainsi à fonder une obligation juridique du secret à la charge de l'avocat. Louis XI, qui oblige les médecins à témoigner devant les tribunaux,

⁸⁹² Jules LAFFORGUES, *Du secret professionnel en médecine, en droit français*, Thèse pour le doctorat, 1888, Université de Toulouse, p. 97.

⁸⁹³ Léon BLOY, *Exégèse des lieux communs [1902]*, Paris, Rivage, 2005, p. 68.

⁸⁹⁴ L. ROUX, « Les médecins », dans Léon CURMER, *Les Français peints par eux-mêmes, Encyclopédie morale du XIX^e siècle*, Paris, Cumer, 1840, t. I, p. 84.

⁸⁹⁵ Louis PORTES, *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson, 1964, p. 131 : « Le secret professionnel est, en France du moins, la pierre angulaire de l'édifice médical, et il doit le rester, parce qu'il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confiance, et de confiance sans secret ».

⁸⁹⁶ Jean PRADEL, « L'incidence du secret médical dans le cours de la justice pénale », JCP, I-2234, n°36 (1969).

⁸⁹⁷ René SAVATIER, C. cass., civ 1^{ère}, 22 janvier 1957. *Dalloz* 1957-44, p. 445 : « On rencontre souvent, dans les décisions judiciaires françaises ou dans les publications doctrinales faites en France, une conception mystique du secret médical, qui étonne les étrangers. »

immunise dans le même temps les clercs d'Église et membres du barreau⁸⁹⁸. Comme le confesseur, l'avocat peut ne pas rapporter en justice ce qu'il a appris dans l'exercice de son ministère. S'affirme ainsi la maxime selon laquelle nul n'est témoin sous la robe. L'analogie du prêtre se retrouve encore au XVII^e siècle chez le juriste Domat, peu suspect d'approximation dans ses formules. Celui-ci n'hésite pas à soutenir que pour ce qui est des avocats et des procureurs, « leur ministère les engage, *comme les confesseurs*, à un secret inviolable⁸⁹⁹ ». Le rapport d'équivalence fait ici office de seule justification pour établir que ces professions de robe ne peuvent être appelées à témoigner dans une affaire concernant leurs clients. Au XVIII^e siècle, un arrêtiériste se montre encore plus explicite en soutenant qu'il n'y a pas de différence à faire entre le sceau de la confession et le secret de l'aveu fait à l'avocat. Il pousse l'argumentation assez loin allant jusqu'à dire qu'il s'agit du « même secret⁹⁰⁰ ». La confidentialité de la relation entre un client et son conseil doit même selon lui, être davantage protégée. Si le secret de la confession découle d'une obligation religieuse, la confidentialité des pourparlers avec son défenseur est, selon lui, « plus importante pour la Police extérieure, que celle qu'on déclare aux Confesseurs⁹⁰¹ ». L'obligation de secret semble ainsi, sur le plan théorique du moins, être considérée comme un « droit naturel⁹⁰² » nécessaire au « maintien de la société civile⁹⁰³ ». Là encore, le secret n'est pas considéré comme garantissant les seuls intérêts d'un particulier, mais comme étant au service de la société tout entière.

À la fin de l'Ancien Régime, la règle du secret inhérent à l'exercice de plusieurs professions de robe semble être fermement établie. À l'instar de Domat, l'éminent criminaliste Jousse reprend la doctrine du confident nécessaire pour exiger le respect de « sceau du secret⁹⁰⁴ ». L'existence même de la profession est suspendue à l'inviolabilité de la confiance et tous les intérêts de la corporation du barreau plaident en faveur de la règle du secret des échanges entre le conseil et son client. De même que la confidentialité est de l'essence du sacrement de pénitence, il est – par calque – de l'essence du service de l'avocat. Merlin de Douai n'hésite pas à soutenir à ce titre que le crédit du silence est une « qualité *essentielle*⁹⁰⁵ » de certaines professions juridiques. Denizart va jusqu'à parler de « la foi *religieuse* du secret⁹⁰⁶ ».

⁸⁹⁸ Une ordonnance de Louis XI immunise en même temps le clerc et l'avocat du délit de non-dénonciation d'atteinte à la majesté. *Collection complète*, éd., J.-B DUVERGIER, 1865, t. XXII, p. 464.

⁸⁹⁹ Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le Droit Public, et Legum delectus*, *op. cit.*, liv. IV, tit. 2, part IV, p. 240 [Nous soulignons]. Domat mentionne explicitement le fait que l'avocat est dispensé de déposer et ne peut y être contraint.

⁹⁰⁰ Observation du juriste Guillaume RAVIOT, *Arrêts notables du parlement de Dijon*, Dijon, Jean-Baptiste Augé, 1738, t. I, p. 250.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice*, *op. cit.*, t. I, p. 518 : Dispense de témoigner aux « choses confiées sous le sceau du secret ou apprises par la nécessité de la profession. » [Nous soulignons].

⁹⁰⁵ *Répertoire*, éd. P.-A MERLIN DE DOUAI, Paris, 1827, t. I, V^o « Avocat », p. 194 : « La discrétion est encore une qualité essentielle de l'avocat. Dépositaire de la confiance de ses clients et de leurs secrets souvent les plus importants, il trahirait indignement son ministère, s'il abusait de cette confiance pour en faire son profit particulier : au reste, qu'il ait intérêt ou non à révéler les secrets qui lui sont confiés, ils doivent toujours être discrets, autrement ils prévariquent et deviennent indignes du titre dont ils sont honorés. » [Nous soulignons].

⁹⁰⁶ *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, éd. Jean Baptiste DENIZART, Paris, Desaint, 1783, V^o « Avocat », §. 6, t. II p. 732.

Malgré ces considérations, la liste des personnes tenues au secret professionnel donnée par les codificateurs à l'article 378 du code pénal de 1810 ne mentionne étonnamment pas les avocats. Si elle n'évoque explicitement que les professionnels de santé, la jurisprudence a toutefois progressivement étendu cette obligation à la masse des professionnels du droit et de l'administration susceptibles d'y être astreints. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, comme ce fut le cas pour le secret médical, l'assimilation jurisprudentielle de l'avocat aux professionnels tenus au secret au XIX^e siècle n'empêche pas les auteurs de doctrine de continuer à opérer des analogies avec le secret de la confession⁹⁰⁷. Dans son *Commentaire du code pénal* de 1810, Joseph François Carnot rappelle l'impératif du secret tout en soulevant des exceptions telles que l'obligation de dénoncer les crimes contre la sûreté de l'État. Après avoir rappelé que le secret constitue l'un des principaux dogmes de *notre* religion en matière de confession, il transpose naturellement la règle aux avocats. Comme il le dit :

*S'ils ne sont pas des ministres du culte, ils le sont de la justice ; aussi l'histoire ne fournit-elle pas d'exemples que des avocats ne se soient jamais rendus coupables de la violation d'un secret qui leur aurait été confié dans l'exercice de leur fonction*⁹⁰⁸.

Le « droit de se taire » des défenseurs, corrélatif au devoir de silence, est décrit de manière similaire par le grand pénaliste Adolphe Chauveau. Après avoir évoqué lui aussi le secret de la pénitence chrétienne, il estime que :

*La même décision doit s'étendre à l'avocat. Comme le prêtre, il reçoit dans l'exercice de ses fonctions les aveux et la confession des parties ; il doit, comme lui, considérer ces révélations comme un dépôt inviolable*⁹⁰⁹.

Dans ce passage, le juriste n'opère plus seulement une analogie mais bien une identification. Dans l'*Encyclopédie du droit*, l'avocat Philippe Dupin ne craint pas de sombrer dans l'emphase quand il écrit que le cabinet est « comme le confessionnal du prêtre⁹¹⁰ », il « ne doit jamais rendre à personne les paroles mystérieuses qui s'y prononcent⁹¹¹ ». À l'instar des prêtres et des médecins, il est donc largement admis que l'exigence de secret doit s'étendre par solidarité à ceux qui ont, par la nécessité de leur fonction, accès à l'intimité d'autrui⁹¹². Il n'y a rien de superstitieux dans de telles analogies. Le secret des différentes professions trouve en effet sa première justification dans l'essence même de ces « offices » qui, pour pénétrer le domaine de l'intime, ont besoin de ce droit de se taire. Ces métiers n'ont leur raison d'être que dans la mesure où ils permettent de créer une relation de confiance dans laquelle la parole est libre. C'est en partie dans le prolongement de cette tradition du secret que la loi Dupont Moretti du 22 décembre 2021 sur la

⁹⁰⁷ Cour d'assises de Rouen, 9 juin 1825. ; C. cass., 11 mai 1844. L'arrêtiste de Dalloz commente : « 1/ L'avocat est tenu de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre ; 2/ cette obligation est tellement absolue, qu'il ne saurait appartenir à personne, pas même à son client, de l'en affranchir. » *Jurisprudence Générale du Royaume*, éd. D. DALLOZ, 1844, p. 228.

⁹⁰⁸ Jean-François CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, Paris, Warée, 1823, t. I, art 103, p. 385 [Nous soulignons].

⁹⁰⁹ Adolphe CHAUVEAU, *Théorie du code pénal, op. cit.*, t. II, p. 314 [Nous soulignons].

⁹¹⁰ François SÉBIRE et Charles CARTERET, *Encyclopédie du droit*, Paris, Coulon, 1842, t. II, V^o « Avocat », p. 361.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² Charles MUTEAU, *Du secret professionnel*, Paris, Marescq, 1870, p. 559 : « Le prêtre qui aura reçu d'un mourant en présence de son assistant un dernier aveu, sera contraint, non seulement par son devoir canonique, mais par devoir légal, de le garder secret, tandis que l'assistant aura toute liberté pour le divulguer ».

confiance dans les institutions judiciaires établit de nouvelles garanties au profit des avocats contre certains procédés d'investigations jugés particulièrement intrusifs et susceptibles de porter une atteinte disproportionnée au secret inhérent à leur profession⁹¹³.

Jusqu'à aujourd'hui, l'argument du confident nécessaire sous-tend une confidentialité d'ordre public qui s'impose d'autant plus que le secret des données médicales dépasse désormais la simple relation entre le médecin et le malade⁹¹⁴. Si la violation des secrets est punie, ce n'est pas tant en raison d'un manquement au contrat de soin entre ces derniers, mais bien parce que ce type d'outrage nuit au « bon fonctionnement de la société⁹¹⁵ ». C'est donc parce que la divulgation porte atteinte à l'ordre social que le secret est « absolu et d'ordre public⁹¹⁶ ». Il existe évidemment des limites à ce secret, mais celui-ci continue de prévaloir sur l'enquête pénale. Les personnes soumises au secret professionnel ne sont ainsi jamais astreintes à la dénonciation des crimes et délits dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur profession⁹¹⁷, quand bien même des évolutions législatives récentes leur permettent, dans certains cas, de se délier de leur obligation, en invoquant des jugés intérêts supérieurs à celui qui fonde la protection du secret (protection de l'enfance, lutte contre les violences intra-familiales, etc⁹¹⁸).

Le commandement du secret peut donc raisonnablement être vu comme le prolongement dans le droit contemporain de la sacralisation du secret de la confession. Si cette première forme prise par l'obligation juridique de se taire revêt une signification théologique qui, à elle seule, fonde son caractère absolu, les juristes et médecins ne reculent pas devant l'identification au prêtre pour légitimer la règle du secret à la charge de certaines personnes remplissant les fonctions électives de professionnel de l'intime⁹¹⁹.

L'association entre liberté et secret est sans doute décisive dans la formation d'un droit à la vie privée. Dans les différentes situations évoquées par les juristes (prêtre, médecin, avocat, procureur, notaire, etc.), la confidentialité est protégée publiquement en tant qu'elle sert l'existence même d'un faisceau de relations supposant une certaine discrétion. La protection systématique du secret est vue comme le prérequis de certaines professions et d'un certain type de relations de confiance. La sécurisation juridique de ces confidences vient établir une garantie sociale de l'intimité. Elle est la marque de la mise en place d'une confidentialité d'ordre public. Parfois qualifiée de droit naturel, elle est souvent présentée comme un principe nécessaire à la société. La révélation constitue un outrage qui dépasse la personne, qui viole une norme commune et le domaine du secret est considéré comme une valeur sociale à protéger. La

⁹¹³ Article 56-1 du code de procédure pénale dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} mars 2022, issue de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 qui précise les règles en matière de perquisition visant l'avocat.

⁹¹⁴ Danièle BOURCIER, Primavera de FILIPPI, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *Revue de droit sanitaire et social*, t. 3 (2018), p. 444-456.

⁹¹⁵ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, Sirey, 1952, art. 294, t. I, p. 558. Voir *Infra*. Section 2 – La transposition de l'archétype des confidentiels nécessaires au bénéfice des professions profanes.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ C. Cass., 14 février 1978, n° 77-90. 644.

⁹¹⁸ L'article 226-14 du code pénal, en vigueur depuis le 2 décembre 2021, liste explicitement des exceptions au secret médical (séances sur mineur, mutilation sexuelles, violences par conjoint), sans que l'information par le médecin aux autorités compétentes ne puisse pour autant constituer une quelconque obligation.

⁹¹⁹ Expression de Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Secrets professionnels*, *op. cit.*, p. 18.

confidentialité, quant à elle, est vue comme un bien commun qui protège certaines relations de confiance. Le devoir du secret trouve ainsi son fondement non seulement dans les mœurs et dans une éthique professionnelle mais aussi dans le droit commun puis dans les lois. Le principe qui se dégage d'une telle législation commande de ne pas s'approcher trop près, de ne pas trahir les confidences d'un autre et d'oublier l'aveu de l'inavouable. La relation de confiance entre deux personnes appelle ainsi une protection non seulement déontologique mais aussi juridique. Ce sont des préoccupations identiques que l'on retrouve à l'origine de la protection des confidences écrites.

Section 3 - La protection publique de la correspondance privée

On ne saurait trop relier l'importance prise par le problème de la confidentialité à l'intensification des échanges épistolaires à la période moderne. Les correspondances privées se multiplient à mesure que la lecture mentale se développe, que le niveau d'alphabétisation augmente et que croissent les moyens de communication. Il faut garder à l'esprit qu'en 1600, moins de 20% de la population sait lire contre plus de 50 % à l'aube de la Révolution et plus de 90 % à la fin du XIX^e siècle⁹²⁰. Comme pour les secrets professionnels, la correspondance est protégée au nom d'un principe de non-ingérence dans une relation privilégiée. Il s'agit d'un certain type de confidentialité protégeant deux solitudes absentes qui expriment en confiance leurs sentiments et leurs opinions. La conversation n'est libre que parce qu'elle est secrète et ce point est bien souvent mis en avant par les défenseurs de la confidentialité des lettres. Il existe dans l'ancien droit une position assez unanime et extrêmement ferme concernant le caractère sacré du secret des missives. En principe, la procédure criminelle de l'ancienne France garantit le secret des correspondances d'une manière absolue, dès lors qu'aucune exception ne doit être admise. Le secret ne doit pas céder, non seulement car il constitue une protection élémentaire de l'âme humaine mais aussi en tant qu'il contribue à la circulation des idées au sein de la société. Dépassant la simple protection d'intérêts individuels, la confidentialité est vue – comme dans le cadre de la confession – comme une condition de possibilité des échanges privés. Elle doit donc être protégée, au risque de mettre à mal l'existence même de ces relations. Elle apparaît ainsi comme une véritable liberté publique au sens d'une liberté définie, garantie et réglementée par le droit, opposable à l'administration, aux magistrats et à la société, à partir du moment où elle n'est pas considérée comme un intérêt particulier mais comme un bien commun, voire une liberté publique⁹²¹. Ce principe se fonde sur trois principaux arguments : 1/ la sûreté individuelle ; 2/ la liberté de penser et la libre communication des opinions ; 3/ les relations sociales contrariées par l'ouverture des lettres. La recherche de ces objectifs était présente dès l'ancienne France (§. 1). La question du secret des lettres se complexifie toutefois lorsque le récepteur ou ses ayant-droits prétendent pouvoir *publier* une correspondance sans le

⁹²⁰ Pierre CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Paris, Flammarion, 2010, p. 110.

⁹²¹ Ici, il faut comprendre liberté publique non pas comme une liberté qui s'exprime dans l'espace public ou à plusieurs pour l'opposer à des libertés privées, mais plus largement comme une liberté envisagée comme un objet de réglementation juridique. Cette définition est notamment retenue par Patrick WACHSMAN, *Libertés publiques*, 9^eéd, Paris, Dalloz, 2021, p. 2 ; Véronique CHAMPEIL-DESPLAT, « Des "libertés publiques" aux droits fondamentaux : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum* t. 5 (2010), p. 1-5 ; Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, 5^e éd., Paris, PUF, 1987, t. I, p. 23.

consentement de l'émetteur. La secret s'impose alors dans ces situations non pas tant au nom d'un droit de propriété littéraire que d'un principe de confidentialité qui vient couvrir l'intimité d'une relation (§. 2).

§. 1 – Le principe d'inviolabilité des correspondances : entre libre communication des pensées et protection des relations privées

L'histoire du secret des lettres montre elle aussi que la sauvegarde de la vie privée passe non seulement par la condamnation de l'usage déloyal des correspondances privées mais plus encore par la mise en place d'un véritable dispositif juridique et administratif au service du secret. Avant de nous pencher sur ce sujet, il convient de rappeler que le service des postes est à l'origine une institution d'État mise au service des particuliers. En bénéficiant de ces messageries publiques, les sujets remettent volontairement leurs secrets entre les mains de ceux qui peuvent être intéressés d'en connaître le contenu. Comme aujourd'hui l'utilisateur d'internet, celui qui a recours aux messageries publiques se place de lui-même dans une situation de confiance, voire de dépendance vis-à-vis d'une institution extérieure. En un sens, on pourrait dire qu'il a consenti au risque inhérent à la remise d'informations personnelles à un opérateur institué par l'État. Montesquieu remarque à ce titre que les développements modernes des postes font que « les conspirations dans l'État sont devenues difficiles, parce que, depuis l'invention des postes, tous les secrets des particuliers sont dans les pouvoirs publics⁹²² ». Voltaire vante quant à lui l'invention des messageries publiques mais ne se fait pas pour autant d'illusions sur le caractère secret des échanges, et ironise en estimant que « jamais le ministère qui a eu le département des postes n'a ouvert les lettres d'aucun particulier, excepté quand il a eu besoin de savoir ce qu'elles contenaient⁹²³ ». Placés dans un état de vulnérabilité, les échanges des particuliers sont toujours susceptibles d'être interceptés, ouverts et utilisés par les services des postes. En réaction à cette situation, est reconnu un droit imprescriptible de communiquer librement ses pensées dès l'ancienne France (A), puis lors de la Révolution. C'est ensuite tout naturellement que ce droit est étendu au télégraphe naissant au XIX^e siècle (B).

A- Le droit naturel de communiquer secrètement ses pensées par lettre dans l'ancienne France

Le système retenu par les juristes du XVIII^e siècle est bien plus radical que les garanties de la procédure pénale actuelle. Ils soutiennent que *toutes* les correspondances entre personnes privées doivent être rendues aux particuliers et ne peuvent *en aucun cas* être employées comme des moyens de preuve, y compris lors d'un procès pénal⁹²⁴. Cette position ferme se retrouve dans la doctrine et dans certains arrêts rendus par les parlements⁹²⁵. La première conséquence de ce principe est que les lettres ne peuvent être

⁹²² MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur et décadence des Romains* (1736), Paris, Firmin et Didot, 1846, p. 173.

⁹²³ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (1775), Paris, Garnier Frères, 1878, V^o « Poste », t. XX, p. 257-258.

⁹²⁴ L'arrêtiste Jacques Brillon cite notamment un arrêt du parlement de Bretagne du 7 octobre 1562. *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle*, éd. Jacques BRILLON, V^o « Lettre », Lyon, Guillaume Cavelier, 1787, t. IV, p. 92.

⁹²⁵ *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, éd. J-B DENISART, 1775, V^{is} « Lettre missive », t. III, p. 104. Celle-ci intègre toute la jurisprudence protectrice du secret des lettres lors des procès de la première partie du XVIII^e siècle. *Le grand vocabulaire françois*, éd. Charles-Joseph PANCKOUCKE, Paris, 1771, V^{is} « Lettre missive », t. XV, p. 534 : « La justice dans ces sortes d'occasion a toujours ordonné que les lettres missives seraient

versées dans les débats juridiques. Intransigeant, Jousse estime que dans le cadre de l'enquête criminelle, les correspondances personnelles ne peuvent en aucun cas servir de preuve⁹²⁶. Le ministère public ne doit même pas mentionner l'existence de lettres compromettantes dans son réquisitoire⁹²⁷. De même que pour le secret de la confession, les juristes considèrent qu'une information échangée dans le cadre d'une relation de confiance entre deux personnes ne doit en aucun cas entrer dans les débats devant les tribunaux. Comme le soutient un auteur, si la lettre a été ouverte, « on ne devait y avoir aucun égard⁹²⁸ ». Là encore, le secret n'est pas une simple règle de civilité mais une règle de procédure qui s'impose au juge pénal.

Un respect si absolu du domaine de la confidentialité des lettres peut sembler disproportionné en tant qu'il vient poser une limite de pur principe à l'établissement de la vérité judiciaire. Il semble toutefois que les juristes ne comprennent pas cette règle comme la conséquence d'un simple droit individuel mais comme un axiome de l'instruction équitable. Lorsqu'il traite de la question du secret des lettres dans son répertoire, l'arrêtiste Jacques Brillon cite un passage des *Philippiques* de Cicéron dans lequel le grand Romain tonne que la révélation publique d'une correspondance privée est non seulement un acte infâme envers la personne mais qu'elle vient aussi « rompre tous les liens de la société⁹²⁹ ». Dans son commentaire, on rencontre déjà les deux arguments du secret : d'une part le fait que la bienséance commande le respect du domaine des pensées, d'autre part que les communications confidentiels sont le ferment de la vie commune et qu'une violation laisserait planer le doute sur le secret de tous les échanges par lettres. Outre l'argument de la liberté de pensée, la confidentialité des envois postaux est ainsi fondée sur ce motif d'ordre public qui veut préserver les relations privées entre les personnes. Jousse prend l'exemple d'une lettre écrite à un ami :

Si elles renfermaient des confidences, celui à qui elles sont écrites ne pourrait les mettre au jour sans crime ; en sorte que si elles étaient produites, elles ne pourraient servir de preuve contre celui qui les a écrites, surtout quand il paraît qu'il ne les a écrites à son ami que pour lui ouvrir son cœur, et dans la confiance qu'il ne les ferait voir à personne. En effet, on a toujours jugé, dans ce cas, que les lettres seraient rendues, quelques preuves qu'elles pussent apporter dans l'affaire soumise à la décision du juge⁹³⁰.

Le motif invoqué par les juristes tient donc en partie à la loyauté de la preuve. Les premières relations de la vie privée ne sont elles-mêmes tenues par aucune obligation de dénonciation et la production des

rendues, quelque relation qu'elles pussent avoir avec l'affaire : son motif a été que le dépôt du secret ayant été violé, on ne devait y avoir aucun égard. »

⁹²⁶ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de la France*, Paris, Debure, 1771, §. 223, t. I, p. 744.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 745 : « Le ministère public ne peut pareillement rendre plainte de faits écrits dans des lettres privées, adressées à un ami, comme de faits diffamatoires, quand bien même ces faits seraient préjudiciables à la réputation de quelqu'un ».

⁹²⁸ Jean-Pierre SARTORIS, *Éléments de la procédure criminelle*, Amsterdam, Calle, 1773, p. 427-428 : « On a toujours jugé qu'elles seraient rendues, quelques preuves qu'elles puissent apporter dans l'affaire soumise à la décision du juge : ce qui est fondé sur ce motif, que le dépôt du secret ayant été violé, on ne devait y avoir aucun égard. De cette maxime il s'ensuit à plus forte raison, qu'on ne peut permettre de faire recherche, dans l'étude d'un procureur, des lettres et prières qui pourroient servir de conviction contre son client. »

⁹²⁹ *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle*, éd. Jacques BRILLON, V° « Lettre », *op. cit.*, t. IV, p. 92. Là encore, il faut noter que Cicéron reste dans un registre moral, il n'invoque pas le droit mais l'honnête et le convenable ; CICÉRON *Philippiques II*, trad. Nisart, Paris, Dubochet et Le Chevalier, 1848, p. 6. Voir annexe 1.

⁹³⁰ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de la France*, *op. cit.*, t. I, p. 744 [Nous soulignons].

lettres en justice pourrait conduire à condamner un fils pour un aveu fait à son père, un mari à sa femme, un frère à sa sœur⁹³¹.

La question de la violation du secret des lettres se complexifie lorsque celui qui s'immisce dans les échanges privés est le souverain lui-même. La raison d'État semble en effet ne pas fixer de limite au contrôle des courriers sous pli. Cela n'empêche pas le principe du secret des lettres échangées entre particuliers d'être déjà défendu par les magistrats contre l'administration royale comme la condition de la liberté de pensée. Un arrêt du parlement de Paris de 1717 refuse par exemple de sanctionner un prêtre pour des propos tenus contre la *Bulle Unigenitus* dans une correspondance privée, en invoquant une liberté naturelle à l'homme de transmettre ses pensées. Denisart commente cette décision en relevant qu'elle découle d'un droit de chacun à pouvoir « s'expliquer avec une certaine liberté⁹³² ». L'ouverture des lettres provoque une réprobation morale très forte, tant chez les parlementaires que dans les plus hautes instances de la monarchie. Dans l'un de ses arrêts, le parlement de Dijon sanctionne ainsi sévèrement le viol de la correspondance opéré par un agent des postes⁹³³. Pour les robins, l'ouverture des courriers constitue d'ailleurs un crime aggravé s'il est « commis par une personne publique et préposée pour l'envoi ou la distribution des lettres⁹³⁴ ». Le secret des individus apparaît donc déjà comme une liberté publique, dans le sens où il constitue une limite au contrôle des personnes par l'État ou ses préposés. Un édit de 1715 classe ainsi les crimes de poste parmi les cas royaux⁹³⁵. Saisie d'une telle question, une déclaration royale de 1742 assimile quant à elle l'ouverture des lettres au détournement des deniers publics, c'est-à-dire à un crime passible de la peine de mort⁹³⁶. L'intégration de ce principe consacre donc une autolimitation du pouvoir royal en établissant que les échanges intimes ne peuvent en aucun cas être interceptés. Dans cette lignée, un arrêt du Conseil du roi de 1775 entend rappeler que « tous les principes mettent la correspondance secrète des citoyens au rang des choses sacrées dont les tribunaux comme les particuliers doivent détourner les regards⁹³⁷ ». Le ministre Turgot reconnaît lui aussi l'impossibilité pour l'État de poursuivre des trafiquants en se fondant sur des lettres saisies, en rappelant que de toute manière, elles « ne peuvent jamais devenir la matière d'une délibération⁹³⁸ ». Là encore, la fin qu'est la recherche de la vérité ne justifie pas tous les procédés de preuve. Le secret des

⁹³¹ Le motif affectif et relationnel est aussi mentionné par d'autres encyclopédistes du XVIII^e siècle. Les lettres privées sont celles que l'on envoie à un ami, c'est-à-dire dans le cadre d'une relation d'affection et dont le secret est la condition de cet échange : *Le grand vocabulaire françois*, éd. Charles-Joseph PANCKOUCKE, Paris, 1771, t. 15, V^{is} « Lettre missive », p. 534.

⁹³² *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, éd. J.-B DENISART, Paris, 1775, V^{is} « Lettre missive », t. IV, p. 104 : L'arrêteste considère que les conversations entre amis sont confidentielles de par la loi naturelle. Voir annexe 3.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ François SERPILLON, *Code criminel ou Commentaire sur l'Ordonnance de 1670* [Édit de septembre 1715], Lyon, Périsse, 1772, p. 151.

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ Arrêt du Conseil d'État en date du 18 août 1775. *Isambert*, t. 29, p. 229 [Nous soulignons].

⁹³⁸ Conseil du roi le 18 août 1775, *Isambert*, t. 23, p. 230 [Nous soulignons]. Le conseiller d'État Jean-François JOLY DE FLEURY estime par exemple que « La fidélité et le secret des correspondances sont de droit naturel. » B.N. Fond Joly de Fleury, t. 572, folio. 255 à 277 dans *Avis et mémoires sur les affaires publiques (supplément)*, n° 572 (1753) [disponible sur Gallica.fr], L'arrêt de 1775 est encore cité au XIX^e siècle, par exemple par Odilon Barrot dans ses plaidoiries : Odilon BARROT, *Consultation sur l'inviolabilité du secret des lettres*, Paris, Brière, 1853, p. 8.

échanges privés consacré en haut lieu est donc intégré aux limites et obligations que le bon gouvernement se fixe lui-même. En ce sens, la confidentialité est déjà un principe d'ordre public.

Malgré ces déclarations, il est établi que, dans les faits, les services de la lieutenance de police ne s'embarrassent pas de scrupules lorsqu'il s'agit d'ouvrir les lettres. Le physiocrate Quesnay ne craint d'ailleurs pas d'affirmer : « Je ne dînerais point plus volontiers avec l'intendant des Postes qu'avec le bourreau⁹³⁹ ». À la veille de la Révolution, la violation par les agents de l'État de la confidentialité des échanges par courriers est l'un des griefs récurrents portés à l'encontre de la monarchie. Définitivement assimilées aux actes arbitraires de la bureaucratie royale, ces intrusions dans l'intimité sont dénoncées dans des termes des plus vigoureux par plusieurs baillages lors des États-Généraux⁹⁴⁰. Les doléances du tiers-état d'Étampes fustigent ainsi l'ouverture et la suppression des lettres qui donnent à certains la « connaissance du secret des familles et des affaires particulières qui n'ont aucun rapport [avec] celles de l'État⁹⁴¹ ». Le secret doit, selon certains cahiers, être considéré comme « sacré et inviolable⁹⁴² », soumis au respect « le plus absolu⁹⁴³ », et la règle du secret doit s'appliquer « sans exception⁹⁴⁴ ». Les récriminations s'accompagnent parfois de propositions concrètes telles que l'engagement de la responsabilité personnelle des fonctionnaires des postes qui se voient confier les correspondances⁹⁴⁵. Ce qui est demandé, ce n'est ainsi pas un simple vœu pieux mais bien l'instauration de mesures précises pour garantir l'inviolabilité des échanges écrits.

B- La proclamation formelle du secret des correspondances lors de la Révolution

Placées sur le même plan que les arrestations arbitraires et la censure de la presse, les violations du secret des lettres entre particuliers sont combattues comme des atteintes à l'une des libertés les plus élémentaires de la société. Le comte de Clermont-Tonnerre associe ainsi le secret des correspondances à un droit inaliénable de propriété⁹⁴⁶. Lors des débats autour de la première constitution écrite, le député place l'inviolabilité parmi les premiers principes d'un État libre. Il déclare ainsi que la Nation française « s'élève avec indignation [...] contre la violation du secret de la poste, l'une des plus absurdes et des plus infâmes inventions du despotisme⁹⁴⁷ ». Cette première position de principe se heurte néanmoins rapidement aux nécessités de la raison d'État et de la guerre civile.

⁹³⁹ Nicole DU HAUSSET, *Mémoires de Madame du Hausset* (1826), Paris, Firmin, 1846, p. 64.

⁹⁴⁰ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 3, p. 288.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² *Ibid.*, p. 289 : « Que toutes les lettres et écrits confiés aux bureaux des postes soient déclarés sacrés et inviolables. » [Saint-Sever et Bayonne, art. 15].

⁹⁴³ *Résumé général et exact des cahiers et pouvoirs, remis par les baillages et sénéchaussées du royaume, à leurs députés aux États-Généraux*, Société des Gens de Lettres, 1789, t. 2, p. 67 : « IV le respect le plus absolu de toutes lettres confiées à la poste sera ordonné, et l'on prendra les plus sûrs moyens pour qu'il n'y soit porté atteinte. [Tiers de Rennes, art. 46]. »

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 68. [tiers de Lyon].

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 67 : « tiers d'Étampes : Nous demandons que les agents de la Poste soient responsables, en leur propre et privé nom, de toute infidélité. »

⁹⁴⁶ Stanislas DE CLERMONT-TONNERRE, « Rapport de M. le comte de Clermont-Tonnerre, contenant le résumé des cahiers du point de vue de la Constitution », lors de la séance du 27 juillet 1789, *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, p. 283-285.

⁹⁴⁷ *Ibid.* : « Enfin, les droits des citoyens, la liberté, la propriété, sont réclamés avec force par toute la nation française. Elle réclame pour chacun de ses membres l'inviolabilité des propriétés particulières, comme elle réclame pour elle-même l'inviolabilité de la propriété publique ; elle réclame dans toute son étendue la liberté individuelle, comme elle vient d'établir à jamais la liberté nationale ; elle réclame la liberté de la presse, ou la libre communication des pensées ;

- **La question de l'ouverture des lettres sous la Révolution : entre déclaration de principe et état de nécessité**

Dès l'été 1789, l'Assemblée constituante débat à deux reprises de la question de l'ouverture des lettres. Les représentants de la Nation refusent d'ouvrir trois plis cachetés émis par le comte d'Artois et d'autres personnes suspectées de conspiration. Le député Camus relève que les lettres sont inviolables car elles sont, selon son expression, une « propriété commune » à l'émetteur et au récepteur⁹⁴⁸. Mirabeau rappelle, quant à lui, la « honteuse inquisition des lettres⁹⁴⁹ » et refuse catégoriquement que l'on puisse s'en prendre au « dernier asile de la liberté⁹⁵⁰ ». Comme souvent lors de la Révolution, les droits subjectifs sont à nouveau ramenés à une question de propriété. Les révolutionnaires invoquent ainsi le « droit de propriété sur les lettres⁹⁵¹ » et de l'indépendance du domaine des pensées, car les correspondances constituent l'une des « plus secrètes communications de l'âme⁹⁵² ». Face à ce même dilemme, deux jours après, durant la séance du 27 juillet, Robespierre revendique au contraire la possibilité d'ouvrir les courriers, considérant que « les ménagements pour les conspirateurs sont une trahison envers le peuple⁹⁵³ ». La difficulté de fixer une solution de principe fait que le débat tourne court et Clermont-Tonnerre demande de « s'occuper d'objets plus essentiels⁹⁵⁴ ». Compte-tenu de la difficulté de la question qui ne semble pas soluble par des déclarations de principe, Volney propose la création d'un comité devant lequel devront être traitées au cas par cas toutes ces affaires de police⁹⁵⁵. Comme la protection du domicile la protection du secret des lettres ne figure pas dans la version adoptée de la déclaration des Droits des Droits adoptée en 1789. Lors des discussions du 24 août sur l'article 11, Rabaut Saint-Etienne se réfère pourtant aux cahiers pour proposer d'y mentionner

elle s'élève avec indignation contre les lettres-de-cachet, qui disposaient arbitrairement des personnes, et contre la violation du secret de la poste, l'une des plus absurdes et des plus infâmes inventions du despotisme ».

⁹⁴⁸ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, p. 274.

⁹⁴⁹ Le 25 juillet 1789, deux missives destinées au Comte d'Artois, dont l'une encore cachetée, étaient parvenues dans les mains de l'Assemblée qui n'avait pu se résoudre à les ouvrir. Puis, à nouveau, le 27 juillet d'autres lettres lui avaient été adressées témoignant d'un complot visant à livrer le port de Brest à une puissance étrangère : *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, p. 279.

⁹⁵⁰ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, séance du 25 juillet 1789, p. 274. Voir annexe 4.

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.* : « En France, sous le prétexte de la sûreté publique, on prive les citoyens de tout droit de *propriété sur les lettres* qui sont les productions du cœur et le trésor de la confiance. »

⁹⁵³ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, séance du 27 juillet 1789, p. 278. Des courriers interceptés sont transmis à l'Assemblée et la question de savoir si le paquet doit être ouvert. Robespierre considère que : « Les ménagements pour les conspirateurs sont une trahison pour le peuple ». Un autre orateur : « Toute autre considération doit être d'assurer ce salut (intérêt social). Quoique le vœu unanime de nos cahiers soit que le secret de la poste soit inviolable, nous ne pouvons et ne devons croire que l'intention de nos commettants soit qu'il faille respecter cette inviolabilité aux dépens de leur salut et de leur liberté. » Le comte Volney considère néanmoins que la question ne mérite pas être traitée par l'Assemblée car il s'agit d'un problème de lieutenant de police.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 10, p. 408 : Dans une autre affaire à la fin de l'année 1789, la Constituante refuse l'ouverture des lettres. Décret du 5 décembre 1789 sur l'arrestation de MM. de Sennemont et de Baraudin.

explicitement l'inviolabilité du secret des postes⁹⁵⁶. Plusieurs ébauches de déclaration comportent alors des articles relatifs au secret des lettres, et l'article VI du projet du député Custine est ainsi rédigé :

Il suit de l'article précédent [article sur la maîtrise et la libre-expression de ses pensées], que les lettres étant un moyen de communiquer sa pensée entre deux personnes seulement, le secret doit en être inviolable et *sacré* pour tous les intermédiaires qui se trouvent entre celui qui écrit et celui à qui il écrit⁹⁵⁷.

Le principe de la confidentialité est placé par les révolutionnaires au rang des principes sacrés, c'est-à-dire d'un principe solennel considéré comme évident par lui-même. Il se situe ainsi dans le prolongement naturel du droit à la libre communication des pensées intimes et des opinions politiques. Les formulations employées laissent néanmoins entendre que toute atteinte à la vie privée ne viendrait pas seulement offenser un intérêt individuel, mais aussi empêcher des relations interpersonnelles et défaire des liens intimes entre les âmes. Le principe ne figure pas dans le texte provisoire arrêté à la fin août 1789, mais il semble compris dans l'expression de l'article 11 selon lequel « la libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme ». Dans l'un de ses célèbres discours de 1789 sur l'inviolabilité des lettres, Mirabeau indique encore qu'un tel principe est aussi une exigence de *sûreté des relations humaines*, et que si l'on admettait un système de preuve par lettres, « l'ami, le fils, le père, sans le savoir, [...] pourront périr un jour l'un par l'autre⁹⁵⁸ ». L'orateur met donc en avant le fait que l'absence de secret viendrait empêcher l'existence même des correspondances et donc les relations pourtant nécessaires qu'elles permettent.

Au-delà des déclarations de principe, la législation révolutionnaire se caractérise par l'instauration d'un certain nombre de mesures concrètes telles que la mise en place de sanctions pénales spécifiques et la dégradation civique des fonctionnaires ayant porté atteinte au secret des postes. Un décret du 10 août 1790 pose ainsi le principe selon lequel :

Le secret des lettres est inviolable et que sous aucun prétexte, il ne pouvait y être porté atteinte, ni par les individus, ni par les corps administratifs⁹⁵⁹.

Le premier décret du 27 août institue ensuite un serment de confidentialité pour les commissaires des postes et leurs employés⁹⁶⁰. Un autre décret du 10 juillet 1791 porte quant à lui interdiction à toutes les administrations locales d'intercepter les correspondances privées en invoquant la sûreté publique⁹⁶¹. Les

⁹⁵⁶ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, séance du 24 août 1789, p. 482-483. Jean-Paul RABAUT DE SAINT-ÉTIENNE : « [...] Ce serait manquer à nos mandats que de ne pas assurer la liberté de la presse ; mais nos cahiers nous prescrivent encore un devoir, celui de consacrer à jamais l'inviolabilité du secret de la poste ; nos cahiers nous le recommandent, et l'article du sixième bureau n'en parle pas. »

⁹⁵⁷ Stéphane RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 645 [Nous soulignons].

⁹⁵⁸ *A. P.* 1^{ère} série, t. 8, séance du samedi 25 juillet 1789, p. 208.

⁹⁵⁹ *Collection générale des lois*, éd. L. RONDONNEAU, 1817, t. II, p. 467. Une loi du 26 et 29 août 1790 impose le serment de garder et observer fidèlement la foi due au secret des lettres.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 469.

⁹⁶¹ Décret du 10 août 1790 : « Le secret des lettres est inviolable et [que] sous aucun prétexte, il ne pouvait y être porté atteinte ni par les individus ni par les corps ». Décret du 10 juillet 1791 : Interdiction est faite à une administration locale d'intercepter les correspondances privées sous prétexte de sûreté publique, et les employés des postes doivent prêter serment de garder la foi au secret des lettres. cité dant Adolphe CHAUVÉAU, Faustin HÉLIE, *Théorie du code pénal*, *op. cit.*, t. III, p. 30.

employés des postes étant considérés comme des protecteurs actifs du secret des lettres, ils sont désignés comme personnellement et pénalement responsables des violations qu'ils opéreraient ou faciliteraient. Dans l'un de ses premiers arrêts, le Tribunal de cassation reprend la solution de l'ancien droit qui considère que quelles que soient les circonstances, les lettres privées sont absolument inviolables. Cette décision conforte l'idée selon laquelle il s'agit d'un principe absolu qui interdit toujours de fonder une accusation sur une « lettre close⁹⁶² » et qu'une solution contraire contreviendrait « au principe constitutionnel de l'inviolabilité des lettres⁹⁶³ ».

Les mesures d'exception de la Terreur viennent toutefois rapidement porter atteinte à l'inviolabilité du domaine des pensées. Le 28 avril 1793, le Comité de salut public adopte un arrêté invoquant les circonstances exceptionnelles permettant l'ouverture des correspondances afin de lutter efficacement contre « les ennemis de la République⁹⁶⁴ ». Selon le Comité de salut public, devant « un danger aussi imminent », la préservation du secret serait « un moyen funeste de perdre la patrie⁹⁶⁵. » Mais, même là, l'ouverture des lettres doit adopter des formes précises. Chaque ouverture de lettre doit être soumise à une commission de trois citoyens qui doivent donner leur avis sur l'opportunité de l'ouverture de la correspondance⁹⁶⁶. Ce n'est qu'au lendemain de Thermidor qu'est à nouveau décrété qu'hormis les contrôles frontaliers, « le secret des lettres ne sera plus violé dans l'intérieur de la République⁹⁶⁷ ». L'article 638 du code des délits et des peines de Brumaire an IV revient au principe de l'inviolabilité et institue un délit général d'atteinte à la correspondance privée, quel que soit l'agresseur, en prenant bien soin d'assortir l'infraction de la peine rigoureuse de dégradation civique⁹⁶⁸.

- **Le maintien du secret des lettres au XIX^e siècle malgré sa levée en matière pénale**

Ne posant aucun principe général d'inviolabilité du secret des lettres, le code de 1810 ne pénalise que les violations effectuées par un fonctionnaire ou un agent des postes⁹⁶⁹. Les simples citoyens ne sont pas susceptibles d'être punis en vertu de cette infraction, l'article 187 du code pénal napoléonien étant vu uniquement comme réprimant un excès de pouvoir. Partisan de la création d'un principe d'interdiction de l'ouverture des correspondances de la part de n'importe qui, le juriste Adolphe Chauvaux estime pourtant que l'atteinte au domaine privé n'est « pas seulement un abus d'autorité, c'est un délit moral, qui doit rendre

⁹⁶² Tribunal de cassation, 11 juillet 1792, *Recueil*, éd. J.-B SIREY, 1830, t. I, p. 16. Le juge ne peut retenir la preuve tirée d'une correspondance privée.

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ *Recueil des actes du comité de salut public avec la correspondance officielle des représentants en mission*, éd. Alphonse AULARD, Paris, Imprimerie Nationale, 1890, t. III, p. 506.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, Paris, Plon, 1862, t. 22, p. 708.

⁹⁶⁸ Le code des délits et des peines de Brumaire an IV (version initiale) avait réservé au gouvernement un droit d'examen sur les lettres venant de l'étranger ou destinées pour l'étranger (article 638), mais aussi posé un principe général de confidentialité assorti de la peine de dégradation civique pour celui qui aura brisé et violé un cachet de la poste (article 368 du code pénal de 1810).

⁹⁶⁹ Dans le code pénal de 1810, la sanction est bien moindre que dans le code des délits et des peines. Article 187 : « Toute suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du gouvernement ou de l'administration des postes, sera punie d'une amende de seize francs à trois cents francs. Le coupable sera, de plus, interdit de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. »

passible d'une peine tous ceux qui le commettent⁹⁷⁰ ». Le secret des correspondances intimes est donc selon lui un principe devant s'imposer à la société tout entière.

Au début du XIX^e siècle, même en l'absence de texte dans le code d'instruction criminelle, le principe d'inviolabilité des courriers privés est maintenu en totalité par la jurisprudence en matière civile et pénale⁹⁷¹. Les arguments avancés pour le justifier sont le droit de propriété et les droits du for intérieur. L'usage de la notion de propriété littéraire ou de la propriété de la lettre apparaît souvent chez ceux qui protestent contre la violation du secret. Dans son *Commentaire du code pénal*, le jurisconsulte Joseph Carnot conteste ainsi les interceptions policières en estimant que « les lettres depositaires de nos pensées sont *une propriété, peut-être encore plus sacrée que toutes les autres* ⁹⁷² ». L'ouverture des lettres s'en prend en effet à ce qu'il y a de plus profond dans l'homme. Comme le relève la Cour de cassation, « ce qui est écrit n'a que le caractère de la pensée⁹⁷³ » et la correspondance est une « émanation de notre for intérieur⁹⁷⁴ ». Merlin de Douai est de cet avis et considère qu'une telle règle n'a besoin d'être mentionnée dans aucune loi car elle repose sur des préceptes moraux évidents⁹⁷⁵. En accord avec les principes de l'ancien droit, la Cour de cassation rappelle en 1816 que les missives ne peuvent en aucun cas être utilisées comme moyen de preuve :

Une lettre missive est un dépôt essentiellement secret ; ce qui y est écrit n'a que le caractère de la pensée, jusqu'à ce que, par un fait autre que celui de la force majeure, le secret en ait cessé⁹⁷⁶.

L'intimité est donc protégée de manière assez absolue contre ce qui est considéré comme une intrusion dans le domaine psychologique d'un citoyen. En tant que support matériel de la pensée, la lettre est désignée

⁹⁷⁰ Adolphe CHAUVAUX, Faustin HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., p. 568.

⁹⁷¹ Antoine COFFINIÈRES, *Traité de la liberté individuelle*, Paris, Videcoq, 1840, p. 312. Lazare CARNOT, ministre de Napoléon durant les Cent jours, demande lui-même : « Tous nos malheurs, aux diverses époques de la Révolution, sont venus de la violation des principes. Il est temps d'y rentrer. Vous voudrez donc bien, monsieur le préfet, faire poursuivre, d'après toute la rigueur des lois, cette infraction d'un des droits les plus sacrés de l'homme en société. *La pensée d'un citoyen doit être libre* comme sa personne elle-même. »

⁹⁷² Joseph-François CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, Paris, Warée, 1823, t. I, p. 487 : « La violation du secret des lettres née de cette mesure de police est odieuse et inutile. » [Nous soulignons]. *Ibid.*, p. 569 : « Quelque criminelle que puisse être une lettre missive, d'après son contenu, tant qu'elle n'a pas été rendue publique, elle ne peut constituer ni crime ni délit punissable : elle ne pourrait légalement être prise en aucune considération, quelque fut l'influence qu'elle put s'y exercer. »

⁹⁷³ C. cass., 6 déc 1816, reproduit dans Edgar HEPP, *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, Strasbourg, Berger-Levrault, 1864, p. 35.

⁹⁷⁴ *Ibid.* : « La lettre est, en effet, l'expression écrite de notre pensée, et, comme elle, comme toutes les émanations de notre for intérieur, elle aurait dû être inviolable. »

⁹⁷⁵ *Répertoire*, éd. P.-A MERLIN DE DOUAI, 1827, t. XXVIII, V^o « Lettre », p. 144 : « En effet, ce principe n'est écrit dans aucune loi, et c'en est assez pour que les tribunaux puissent s'en écarter sans donner prise à la cassation ; mais il n'en est pas moins vrai que la morale leur fait un devoir de s'y conformer. »

⁹⁷⁶ C. cass., 6 décembre 1816, reproduit dans Faustin HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris, Hingray, 1853, p. 631 [Nous soulignons].

comme une chose intime par nature. Pour cette raison, l'usage de ce moyen de preuve est jugé profondément immoral et contraire à la loi naturelle. La formulation des attendus est assez péremptoire :

Attendu que le secret des lettres est un principe que la justice ne peut méconnaître, parce qu'il dérive de *la nature des choses*, qui ne permet pas qu'une confiance privée devienne l'objet d'une explication publique⁹⁷⁷.

En l'absence de texte spécifique venant protéger le secret des lettres, les tribunaux n'hésitent pas à se référer à des principes non-écrits. Dans un arrêt rendu en 1823, la Cour royale d'Amiens considère encore que la loyauté de la preuve exige que certains procédés intrusifs dans la vie privée ne puissent servir à l'établissement de la vérité judiciaire :

Attendu qu'il est de *principe établi par la morale et la jurisprudence* que les lettres confidentielles écrites à des tiers ne peuvent devenir pièces écrites, contre celui des personnes à qui elles ont été adressées et qui en sont dépositaires⁹⁷⁸.

Cette question ne provoque pas de débat majeur, tant l'inviolabilité du secret des lettres est réputée reposer sur un « principe invariable⁹⁷⁹ » et dès lors qu'il est largement admis que la lettre cachetée est une propriété qui « dérive de la nature des choses⁹⁸⁰ » et que, pour cette raison, les courriers ne peuvent entrer dans la matière des débats.

Au terme d'une période où le principe du secret des correspondances est tenu pour inflexible, s'opère sous la Monarchie de Juillet un revirement de jurisprudence venant cantonner le secret des correspondances au procès civil⁹⁸¹. L'article 187 du code pénal n'est ainsi plus applicable qu'aux fonctionnaires des postes et non aux gendarmes et aux policiers agissant dans le cadre d'une enquête. Dans un arrêt du début du Second Empire, la haute cour confirme cette solution en soulignant d'une part l'absence de texte interdisant aux enquêteurs d'ouvrir les plis privés dans les procédures d'instruction criminelle, et d'autre part en raisonnant par analogie avec le principe de l'inviolabilité du domicile⁹⁸². Le criminaliste Eugène Trébutien regrette que

⁹⁷⁷ *Répertoire*, éd. P.-A MERLIN DE DOUAI, 1827, t. XXVIII, V° « Lettre », p. 141, C. cass., 12 juin 1823 : « Attendu que le secret des lettres est un principe que la justice ne peut méconnaître, parce qu'il dérive de *la nature des choses*, qui ne permet pas qu'une confiance privée devienne l'effet d'une exploitation publique : qu'une lettre est la propriété de celui à qui elle est adressée ; que s'il en est dessaisi malgré lui, il y a violation de cette propriété ; que si l'on en fait un usage qu'il n'a pas consenti, il y a abus de confiance et violation de dépôt qu'à aucun de ces titres, la justice ne peut en tolérer la production. »

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 139. [Nous soulignons].

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 138 : C. cass., *Requêtes*, 4 avril 1821 : « qu'il est de principe invariable que les lettres adressées à des tiers sont réputées confidentielles, et que l'inviolabilité des secrets qu'elles renferment s'oppose à ce que des personnes étrangères puissent s'en prévaloir. »

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ Cour royale de Paris, 30 janvier 1836 ; C. Cass., 13 octobre 1832 ; Voir aussi : C. Cass., 21 novembre 1853 cités dans Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Durand, 1854, t. II, p. 247.

⁹⁸² C. cass., Ch. Réunies, 21 novembre 1853, *Journal du palais*, 1854, t. I, p. 359-360 : « Que le principe de l'inviolabilité du secret des lettres ne peut former d'obstacle à l'exécution des actes de la police judiciaire, *parce que la loi ne l'a pas dit* [...]. Que refuser les moyens de perquisition et de saisie soit au préfet agissant en vertu des pouvoirs généraux que la loi lui a conférés, soit au juge d'instruction agissant comme officier de la police judiciaire, *porte atteinte à cette institution, et prive la société de la protection qu'elle a droit et de sûreté générale* [...]. Mais, quelque inviolable que soit le secret d'une lettre de quelque protection que l'environne la loi en thèse générale, cette inviolabilité, cette protection, ne sont pas plus grandes que celles qui s'attachent au domicile, à la personne même de l'inculpé, présumé innocent jusqu'à condamnation. *On peut donc adresser que l'art 187 ne met pas à la saisie judiciaire des lettres plus d'obstacles que n'en mettent à la perquisition domiciliaire les lois qui protègent l'inviolabilité du domicile, à l'arrestation préventive les lois qui protègent la liberté individuelle des citoyens.* » [Nous soulignons].

la jurisprudence ait sacrifié ce principe ancré à la fois dans l'ancien droit et dans le droit révolutionnaire. Pour défendre le secret des lettres, il n'hésite pas à le rattacher à l'intérêt de la société :

La correspondance par la poste remplace la conversation intime, et doit, par conséquent, rester secrète pour tous, comme la conversation qu'elle est destinée à remplacer : la possibilité d'une violation du secret suffirait pour ôter toute confiance et rendre impossibles des communications que tout le monde reconnaît constituer un besoin social. L'intérêt de la répression des crimes ou délits doit donc céder, encore cette fois, devant *un intérêt social* : car le principe de l'inviolabilité du secret des lettres *n'est rien s'il n'est absolu*⁹⁸³.

L'argument est sensiblement identique à celui invoqué en matière de secret médical : le secret est nécessaire aux relations humaines. Comme les jurisconsultes du XVIII^e siècle, le juriste manifeste son hostilité de principe aux exceptions qui anéantissent le secret des lettres. Il est pénétré de l'idée que l'intrusion d'un tiers dans les correspondances privées viendrait briser les liens intimes et essentiels entre les personnes et donc attenter à la société dans son ensemble, ses membres n'osant alors plus s'épancher dans leurs missives. Adolphe Chauvaux, favorable à une approche plus souple, souligne quant à lui que si la justice peut pénétrer dans les maisons, elle doit *a fortiori* pouvoir ouvrir les lettres :

Il serait bizarre de mettre le dépôt de lettres à l'abri des investigations judiciaires, quand le domicile des citoyens, plus sacré sans doute, n'est pas à l'abri de ces recherches⁹⁸⁴.

Le parallèle opéré par le juriste traduit bien l'idée selon laquelle il doit y avoir une commune mesure entre les différentes protections de la vie privée. La saisie et l'ouverture des lettres « présumées renfermer des indices⁹⁸⁵ » doit être possible, mais si la légitimité du but poursuivi est établie et à condition que cela s'effectue selon des formes légalement prescrites. L'intime peut alors rentrer dans la matière des débats. La Cour de cassation reconnaît ainsi par exemple la possibilité pour le mari d'user de la correspondance de sa femme pour prouver l'adultère commis par cette dernière⁹⁸⁶.

Dans la mesure où il est conçu comme l'instrument des relations privées élémentaires, seul l'intérêt public supérieur du procès pénal pouvant justifier la véritable expropriation du domaine des pensées, le secret des correspondances ne s'appuie donc pas sur la seule protection d'un intérêt individuel mais bien sur la sauvegarde d'un intérêt social. La Cour impériale d'Orléans met par exemple en avant le fait que la violation de la confidentialité des lettres conduirait à « jeter l'inquiétude dans les relations de la vie privée⁹⁸⁷ ». Il y a en effet des « faits destinés à rester secrets⁹⁸⁸ » qui ne peuvent être dévoilés au risque de briser « les liens puissants de la famille⁹⁸⁹ ». La libre communication des pensées et les relations privées étant considérées comme des biens sociaux fondés sur l'intimité des relations, la protection du secret des correspondances

⁹⁸³ Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Durand, 1854, p. 248 [Nous soulignons].

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Adolphe CHAUVEAU, Faustin HÉLIE, *Théorie du Code pénal, op. cit.*, t. III, §. 768, p. 55.

⁹⁸⁶ C. cass., 7 juin 1883, Bull., t. 78/140, p. 232-233.

⁹⁸⁷ Cour royale d'Orléans, 13 mars 1857, *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1858, t. I, p. 202.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ C. cass., 5 mai 1858, *Annales de la science et du droit commercial*, éd. J.-F. RAOULT, Paris, Gannier, 1858, t. VIII, p. 314 : « Que l'inviolabilité du secret des lettres est un principe de haute morale et d'ordre public, qu'une jurisprudence constante a consacré ; qu'en effet, le destinataire d'une lettre confidentielle n'en est pas le propriétaire absolu et ne peut en disposer sans le consentement de celui qui l'a écrite ; autrement ce serait abuser de la confiance de celui-ci, jeter l'inquiétude dans les relations de la vie privée, briser un des liens puissants de la famille et souvent en compromettre la paix et l'honneur, si on autorisait la publicité de faits destinés à rester secrets. [Chambre du conseil] ».

constitue « un principe de haute morale et d'ordre public⁹⁹⁰ ». En 1867, une circulaire qui donne au préfet la mission de surveiller la correspondance du comte de Chambord soulève ainsi l'indignation contre l'administration impériale⁹⁹¹. À la Chambre des députés, le député libéral Eugène Pelletan, pourtant peu soupçonnable d'une bienveillance particulière à l'égard du dynaste, s'érige en gardien du secret. Même au nom de la défense des intérêts de l'État, les moindres exceptions sont, selon lui, de nature à opérer un renversement du principe fragile de l'inviolabilité des correspondances. Rappelant les principes inflexibles de l'ancien droit et les vœux des révolutionnaires, le député relève que la confidentialité des lettres n'est pas seulement une faveur accordée à l'individu mais une « véritable nécessité sociale⁹⁹² » et que les postes doivent tout entreprendre pour satisfaire cette exigence « d'indépendance et de neutralité⁹⁹³ ». Pour étayer son discours, il relie ce principe d'inviolabilité au secret professionnel et au droit de la presse :

Notre législation déclare que la vie privée doit être murée : elle va même jusqu'à mettre la vie privée sous la protection de la loi sur la diffamation qui ne permet pas de faire la preuve des faits diffamatoires. Or, si la vie privée doit être murée, à plus forte raison la pensée privée doit être respectée : violer le sanctuaire de la pensée privée, c'est commettre en quelque sorte un attentat contre la pudeur de l'âme humaine (assentiment sur plusieurs bancs) ; c'est frapper ce que nous avons de plus intime et de plus personnel, ce que nous disons à Dieu ou à un seul homme digne de notre confiance⁹⁹⁴.

L'importance de protéger l'intimité se situe donc au-delà de la simple protection de la réputation. Eugène Pelletan soutient donc qu'il s'agit d'une protection du « for interne » lui-même, en insistant sur la dimension sacrée de l'âme humaine. Dans le droit français, l'orateur cherche à rattacher le secret à des principes supérieurs aux législations humaines :

Cette inviolabilité du secret des lettres, ne fût-elle pas inscrite dans le code pénal, elle n'en serait pas moins gravée en caractères ineffaçables au fond de la conscience, dans la morale publique, et aucun Code ne pourrait l'empêcher de la respecter⁹⁹⁵.

Par le secret, le domaine moral de l'individu est ainsi placé par le député à l'abri des intérêts les plus élémentaires de la société qui commandent la répression efficace des infractions. Trouvant son fondement au-delà du droit positif, ce principe échappe selon lui aux volontés du législateur :

Aussi, messieurs, à toutes les époques, sous tous les régimes, même les régimes antérieurs à la Révolution, le secret a été regardé dans cette France, cette terre classique de la loyauté, comme la seconde religion, et je dois dire que les parlements, si sévère que fût leur code d'instruction criminelle, puisqu'il allait jusqu'à employer la torture, n'ont jamais permis que des lettres saisies à la poste pussent servir de texte de base à une accusation⁹⁹⁶.

Comme dans le cas du secret professionnel, la confidentialité est considérée comme une exigence de loyauté de la preuve, qui ne peut fonder des décisions sur une violation du domaine des pensées. De la

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ « Circulaire du 24 janvier 1867 », *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1867, t. I, p. 505 : « [Je vous] invite à surveiller avec le plus grand soin toutes les correspondances qui parviennent directement ou indirectement à votre bureau. »

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ Séance du corps législatif du 22 février 1867, citée par Alexis BELLOC, *Les postes françaises, recherche historique sur leur origine, leur développement, leur législation*, Paris, Firmin-Didot, 1886, p. 564. [Nous soulignons].

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ Eugène PELLETAN, lors d'une séance du Corps législatif le 22 février 1867, *Annales du Sénat et du Corps législatif*, Paris, 1867, t. I, p. 34. [Nous soulignons].

même manière, pour que l'inviolabilité des lettres soit effective, il ne faut ni demi-mesure, ni une multiplicité d'exceptions. Pour que la confidentialité soit sauve, il faut que le secret des correspondances soit un principe suffisamment puissant pour devenir une exigence d'ordre public. La question de la protection des correspondances se pose toutefois de manière nouvelle avec le développement de la publication des recueils de lettres au XIX^e siècle.

§. 2 - L'épineuse question de la publication de la correspondance privée

Le secret des correspondances est défendu, comme on l'a vu, comme un principe de justice, comme une nécessité des relations sociales et comme une conséquence de la liberté de pensée, mais il l'est aussi à travers les principes naissants de la propriété intellectuelle. L'analyse des juristes du XIX^e siècle laisse ainsi planer le spectre d'un régime spécifique attaché à la protection des lettres privées contre leur publication et leur reproduction à grande échelle. Plus qu'une question de droit moral ou qu'un intérêt pécuniaire sur son œuvre, on peut voir là une forme de protection de la vie privée. En effet, ces derniers considèrent que ce n'est pas seulement en tant qu'œuvre originale de l'esprit mais en qualité de texte privé par nature que les lettres ne peuvent, sans réserve, être livrées au public par l'un des deux épistoliers.

- L'usage de la notion de propriété intellectuelle pour interdire la publication des lettres

La question de savoir si l'auteur dispose réellement d'un droit de propriété littéraire sur ses lettres ou si une telle formule n'est qu'un moyen pour permettre la protection de la vie privée est complexe. Elle se situe à la confluence entre la propriété intellectuelle et le droit de la presse⁹⁹⁷. Le principe d'inviolabilité du secret tel que défini par le code pénal de 1810 n'est en effet pas applicable dans ce cas de figure car il n'y a là aucune intrusion du service des postes comme l'exige l'article 187. La question de la publication des lettres est soulevée pour la première fois en 1826 dans le cadre d'une commission parlementaire nommée pour poser les principes du droit de la propriété littéraire⁹⁹⁸. Ce groupe, composé notamment de l'ardent défenseur du mur de la vie privée Royer-Collard, s'accorde sur les droits de l'émetteur quant à la publication des correspondances qu'il a envoyées⁹⁹⁹. Les parlementaires insistent sur le fait qu'une lettre est un texte privé, destiné seulement à être lu, et soutiennent que seul l'auteur « avait droit à la publication de sa pensée¹⁰⁰⁰ ». En réalité, au-delà de la question de la propriété, les membres de la commission relèvent bien que la lettre est un texte à part, qui doit dès lors être protégé en tant qu'écrit confidentiel dont l'usage ne

⁹⁹⁷ La publication d'une lettre privée peut aussi être analysée en termes de droit de la presse et constituer une diffamation de la vie privée. Question que nous traitons à part. Voir *infra* Titre III- Le masque de l'honneur.

⁹⁹⁸ *Commission de la propriété littéraire. Collection des procès-verbaux*, Paris, Impr. de Pillet Aîné, 1826, p. 205-216.

⁹⁹⁹ *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1851, t. I, p. 337. Opinion relevée par le commentateur du Dalloz : « Ce n'est pas le détenteur ou destinataire qui a le droit de publier les lettres missives et d'en tirer avantage ; c'est celui qui les a écrites ou dictées, celui de qui elles émanent, etc., qui en est véritablement l'auteur dans le sens de la vieille loi civile ; c'est lui dès lors qui a le droit exclusif de les publier ou de s'opposer à leur publication. Telle est la doctrine qui résulte de la discussion qui eut lieu au sein de la commission de 1825 (chargée d'élaborer un projet de loi sur la propriété littéraire), ou MM de Lally-Tolendal, Royer-Collard, Vautemesnil, et Portalis établirent cette thèse avec une grande autorité. ».

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 208 : « M. X pense, au contraire, qu'une lettre n'est donnée que pour être lue et non pour être publiée. D'ailleurs, il peut résulter de la publication tel inconvénient moins grave qu'un délit et pourtant non moins incontestable ; nul ne peut avoir le droit de compromettre un autre ou de l'exposer au ridicule. »

peut dépendre totalement ni de l'émetteur, ni du récepteur. Ils reprennent l'argument selon lequel celui qui a écrit une lettre ne fait que mettre sur le papier un colloque singulier. Comme pour le secret professionnel, la logique est la suivante : l'opération de l'écriture épistolaire s'inscrit dans une relation privilégiée et la lettre est destinée à un interlocuteur déterminé. L'auteur est titulaire d'un droit sur cette dernière qu'il conserve indéfiniment car si son envoi transfère un objet corporel, il ne confère pas pour autant le pouvoir de la publier. Par ailleurs, si la propriété intellectuelle permet d'interdire la publication de lettres effectuées sans le consentement de l'expéditeur, elle ne protège en rien le récepteur des missives, qui est tout aussi concerné.

- **La protection de la confidentialité, davantage qu'un droit de propriété**

On peut penser que la catégorie de la propriété intellectuelle est mobilisée sans réelle pertinence car ce qu'il s'agit de reconnaître aux individus n'est pas tant un droit sur un objet corporel ni même sur un contenu informationnel qu'un lien entre plusieurs personnes qui suppose le secret. Les auteurs sont en effet lucides sur le fait qu'au-delà d'un droit de propriété, c'est bien la confidentialité d'une relation qui est protégée. Il y a dans la lettre elle-même quelque chose de la personne qui est privé qui vient en limiter l'usage. Dans son *Traité des droits d'auteurs*, le juriste Renouard insiste bien sur la nécessité du secret de ces échanges :

Il est incontestable que l'envoi d'une lettre ne la suppose destinée qu'à celui-là seul à qui elle est adressée ; une lettre est écrite pour être lue, non pour être publiée ; *celui qui l'écrit s'abandonne et s'épanche, il pense tout haut ; il n'élabore point ses paroles comme s'il prévoyait qu'elles seront livrées au public*, et celui qui a reçu la lettre a dû, en l'absence d'autorisation contraire, en garder le contenu pour lui seul¹⁰⁰¹.

La technique des droits de propriété littéraire est donc employée non pas pour protéger une création originale de l'esprit mais pour sauver sa confidentialité. En tant que la finalité n'est pas la même, ces concepts sont mobilisés de manière fonctionnelle pour protéger la personne en tant que telle et non en tant que créateur. Il existe donc bien une différence claire entre la confidentialité et la propriété morale sur son œuvre. Le principal est que la confidentialité met en jeu deux personnes (le confident et celui qui se dévoile), là où le droit de propriété littéraire ne concerne que l'émetteur. Comme le relève encore un auteur de la fin du XIX^e siècle, « *le lien résultant de la confiance intime et mutuelle ne [peut] être rompu que par la volonté de ceux qui l'ont formé*¹⁰⁰² ». Plus qu'un droit de propriété, c'est donc bien la relation privée elle-même qui est protégée par le juge. Cet avocat considère que l'interdiction de la publication des lettres s'impose non pour

¹⁰⁰¹ Augustin-Charles RENOARD, *Traité des droits d'auteurs*, Paris, Renouard, 1839, t. II, p. 294. [Nous soulignons].

¹⁰⁰² Émile COSSON, *De la publication des lettres missives, Question de propriété littéraire*, Paris, Pedone et Lauriel, 1889, p. 107 [Nous soulignons].

préserver des droits pécuniaires des auteurs mais pour protéger la vie privée des hommes en proie à la curiosité du public :

À notre époque, l'esprit critique se passionne volontiers pour les détails intimes, se méfie non sans raison de la grande histoire et de ses solennels mensonges, veut avoir ses petites entrées dans toutes les coulisses, adore les *Mémoires*, raffole des *Confidences*, flaire dans la poudre de toutes les archives l'odeur attrayante de quelque scandale, et veut enfin posséder une collection de petites annales particulières qui semblent narguer les annales officielles¹⁰⁰³.

Si la jurisprudence considère que la lettre constitue une « propriété personnelle et exclusive de celui qui l'a produite¹⁰⁰⁴ », la question ne peut être résolue en termes de pouvoirs subjectifs sur un contenu ni de simple droit réel. Il y a quelque chose d'intime appartenant conjointement à l'émetteur et au récepteur, de sorte que le consentement de chacun de ces deux protagonistes semble nécessaire pour que cette chose privée, qui ne peut pas être réduite à une propriété exclusive, puisse pénétrer l'espace public.

- **L'affaire de la correspondance amoureuse entre Benjamin Constant et Juliette Récamier**

Le principe de l'interdiction de la publication des lettres est clairement posé dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 décembre 1850 au nom de la confidentialité devant couvrir certains échanges¹⁰⁰⁵. Dans cette affaire, il était question de la publication de la correspondance amoureuse entre Benjamin Constant et Madame Récamier. Si l'on se plonge dans les formulations de la juridiction, on s'aperçoit que le juge ne s'attarde pas à sonder véritablement les intentions des parties, mais considère directement que la lettre relève *nécessairement* du domaine privé car il s'agit d'un « acte de conscience¹⁰⁰⁶ » appartenant au « domaine de l'intimité¹⁰⁰⁷ ». Les écrits du philosophe libéral détenus par les héritiers de Juliette Récamier « n'avaient pas vocation à être publiés¹⁰⁰⁸ » car, selon les mots de la Cour, même la recherche historique doit savoir respecter le « sanctuaire du for intérieur¹⁰⁰⁹ ». Cette position est assez radicale puisqu'aucun des deux épistoliers n'était encore en vie au moment du débat sur la publication de leurs courriers. La Cour vient ainsi ménager un droit à la vie privée au profit d'une personne décédée indépendamment des intérêts pécuniaires des héritiers de Madame Récamier. Sans faire référence explicitement à la notion de droit d'auteur, les magistrats ont considéré que la publication des échanges n'était pas libre car le principe de la confidentialité était « virtuellement renfermé dans toute lettre missive¹⁰¹⁰ ». En consacrant cette réserve dans l'expression publique de la pensée, les juges reconnaissent aux hommes publics et à leur famille un droit de veiller au

¹⁰⁰³ Charles CONSTANT (dir.), *La France judiciaire*, Paris, Durand et Pedone, 1889, p. 106.

¹⁰⁰⁴ CA de Dijon, 18 déc 1870 : « la pensée, alors même qu'elle est fixée par écrit, reste la propriété personnelle et exclusive de celui qui l'a produite ; en conséquence, l'envoi à un tiers de lettres privées, en donnant au destinataire le droit de les conserver, ne l'autorise pas à les livrer à la publicité sans le consentement de celui qui les a écrites, et ne permet, ni à lui, ni à ses créations, d'en tirer sans ce consentement un profit pécuniaire ».

¹⁰⁰⁵ *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1851, t. 1, p. 4. Voir annexe 5.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Journal du Palais*, Paris, Ledru-Rollin, 1851, t. 135, p. 251.

¹⁰¹⁰ M.G. ABADIE, *De la propriété des lettres missives et de leur utilité au point de vue juridique*, Paris, Université de Paris, 1882, p. 27. Si l'on en croit Renouard, l'idée d'un pacte tacite de confidentialité se retrouve dans la doctrine anglaise. Augustin-Charles RENOARD, *Traité des droits d'auteurs, op. cit.*, p. 192.

respect de leur vie privée par-delà leur mort. La Cour consacre ainsi une confidentialité de principe, quand elle affirme :

Qu'il peut y avoir dans la vie privée des hommes publics des sentiments, des affections, des épanchements que le respect de soi-même et des autres leur fait ensevelir dans le mystère ; que l'intérêt des familles a le *droit de veiller sur ce domaine inaccessible* et de le défendre contre les empiètements d'une indiscrete publicité¹⁰¹¹.

Comme le relève la Cour de cassation, le secret des lettres vient préserver la « moralité publique¹⁰¹² » et « l'honneur des familles¹⁰¹³ ». Sa violation vient donc « porter l'inquiétude dans le domaine privé et briser un des liens de la société des hommes¹⁰¹⁴ ». Un commentateur de la décision illustre bien son esprit :

Si les lettres confidentielles pouvaient être publiées, alors il n'y aurait plus d'épanchement entre deux cœurs, il n'y aurait plus de lien de famille, il n'y aurait plus d'amitié¹⁰¹⁵.

Il est aussi intéressant de remarquer que la juridiction raisonne par présomptions en s'exprimant de manière générale et impersonnelle pour protéger la vie privée. Ainsi, plutôt que de se placer sur le terrain des droits de propriété littéraire, elle préfère invoquer le mur de la vie privée, protégé à cette époque par le droit de la presse¹⁰¹⁶.

- **L'affaire de la correspondance entre le critique Sainte-Beuve et son ami François Morand**

L'interdiction de la publication des lettres ne repose pas sur les droits d'auteur car elle protège non seulement la propriété de l'écrivain mais aussi les intérêts de celui qui les a reçues. On retrouve une formulation de cette règle dans un procès intenté par François Morand, ami et éditeur de Sainte-Beuve, à l'éditeur Calmann-Lévy, concernant la publication de lettres personnelles que le critique lui avait envoyées. Selon le tribunal civil de la Seine, le destinataire aussi peut s'opposer à la publication d'une lettre lui étant adressée « pour des motifs de convenance tirés *du caractère confidentiel de l'écrit*¹⁰¹⁷ ». Sur le fondement de ce qui ressemble déjà à un droit à la confidentialité, les juges reconnaissent au destinataire d'une lettre la faculté d'empêcher lui aussi sa publication. Plutôt que la préservation d'un droit patrimonial, ils sanctuarisent ainsi le for intérieur et le secret d'une relation entre deux personnes. Le droit de publier soi-même ses pensées est considéré comme une faculté inamissible, c'est-à-dire à laquelle on ne peut renoncer, qui est détenue

¹⁰¹¹ CA de Paris, 20 décembre 1850, *Journal du palais présentant la jurisprudence de la Cour de cassation*, 1851, t. 1, p. 257. [Nous soulignons]. Point que nous développons ultérieurement. Voir *infra*, Titre III-Chapitre 2- La protection de la vie privée au moyen de l'honneur : l'histoire d'une solution.

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ Louis-Marie DE CORMENIN, « De la publication des lettres confidentielles », *Revue critique de législation*, 1851, p. 106 : « Oui ces principes sont vrais : car toute lettre confidentielle d'où qu'elle vienne, d'un homme public ou d'un simple particulier, est la propriété commune de celui qui l'envoie et de celui qui la reçoit. Celui qui l'envoie ne peut donc forcer celui qui l'a reçue à la publier, et celui qui l'a reçue ne peut la publier lui-même, sans la permission de celui qui la lui a adressée. Cette obligation s'étend aux héritiers des deux parties, et cela saute aux yeux. Si les lettres confidentielles pouvaient être publiées, alors *il n'y aurait plus d'épanchement entre deux cœurs ; il n'y aurait plus de liens de famille ; il n'y aurait plus d'amitié.* » [Nous soulignons].

¹⁰¹⁶ C'est l'objet de notre deuxième partie. Voir *infra* Titre II- Chapitre II- L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée.

¹⁰¹⁷ Jules PATAILLE, *Annales de la propriété industrielle, Artistique et littéraire*, t. 32, 1887, p. 108 ; Tribunal civil de la Seine *Gazette du Palais*, 20 juin 1883, t. 4, p. 163. [Nous soulignons].

conjointement par l'émetteur et le récepteur. Dans cette affaire, le ministère public relève bien qu'au-delà de la propriété, c'est la confidentialité inhérente aux correspondances qui empêche leur libre publication. Voici comment s'exprime le représentant du ministère public dans son réquisitoire :

Vous connaissez les lettres litigieuses ; quelques-unes traitent de sujets généraux, d'autres font allusion à des personnages connus, mais dans leur ensemble *elles ont un caractère tout intime*. C'est un récit de faits purement privés, une conversation dans laquelle le causeur abandonne ses pensées à son interlocuteur, et n'entend nullement se réserver à leur sujet un droit de propriété quelconque¹⁰¹⁸.

Le jugement insiste sur le « caractère *essentiellement intime et personnel* qui ressort de la *physionomie générale* et de certains des sujets qui [y] sont abordés¹⁰¹⁹ » dans les lettres litigieuses. Au-delà de la question du droit de propriété littéraire, le tribunal fait ainsi prévaloir des considérations tirées du caractère personnel de la matière en cause. Pour le dire autrement, les détails de la relation entre Sainte-Beuve et Morand sont considérés comme étant trop privés pour pouvoir être livrés au public sans le consentement des deux protagonistes.

Le principe de l'indisponibilité des lettres privées est confirmé dans d'autres affaires célèbres. Saisi en 1883, le tribunal de la Seine interdit la publication de la correspondance amoureuse échangée entre Georges Sand et Alfred de Musset au motif que si « l'auteur a créé une valeur qu'il peut mettre à profit à son heure¹⁰²⁰ », la diffusion n'est pas libre si elle compromet « le nom ou les intérêts du destinataire¹⁰²¹ ». Plus tard, la même juridiction rappelle à propos de quelques lettres de l'écrivain Romain Rolland que le détenteur de lettres manuscrites ne peut faire fi du fait « qu'il ne convient pas de livrer à la malignité publique les secrets des familles ou les appréciations émises par des individus quand elles ont un caractère strictement personnel et que leur divulgation est de nature à causer préjudice¹⁰²² ». Ces jurisprudences attestent du fait que le caractère confidentiel de la missive prime parfois sur le droit de propriété littéraire, qui n'est pas le véritable fondement de la protection du secret des correspondances. Dans certaines circonstances, il ne s'agit pas simplement d'une question de puissance individuelle sur ses écrits mais plutôt de protéger une obscurité voulue pour elle-même. Il faut donc situer ces affaires dans une entreprise plus vaste de préservation de la tranquillité de la vie privée. Les lettres étant intrinsèquement confidentielles, leur protection dessine progressivement la trame d'un droit au secret qui trouve sa place dans la catégorie naissante des droits de la personnalité¹⁰²³.

Avec le principe d'inviolabilité du domicile, le secret des lettres devient donc un standard constitutionnel de l'Europe au XIX^e siècle. La Constitution belge de 1831 proclame par exemple que « le secret des lettres est inviolable » et que « la loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres

¹⁰¹⁸ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁰¹⁹ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁰²⁰ *Tribunal civil de la Seine*, 11 mars 1897, *Dalloz périodique*, 1898, t. II, p. 358. Il s'agissait de lettres écrites par Georges Sand à Alfred de Musset. Il faut noter qu'à l'époque du procès, les deux protagonistes sont décédés.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *Tribunal civil de la Seine*, 23 novembre 1928, *Dalloz hebdomadaire*, 1928, t. I, p. 616 [Lettre écrite par Romain Rolland].

¹⁰²³ François GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Sirey, p. 1911, t. I, p. 146.

confiées à la poste¹⁰²⁴ ». Comme dans le système issu de la Révolution française, il s'agit d'aller au-delà d'une simple déclaration de principe et de mettre en place un certain nombre de garanties, telles que la pénalisation de l'ouverture des courriers, le serment des agents des postes, l'indépendance des messageries publiques et l'engagement de leur responsabilité en cas de manquement au devoir de confidentialité. Les fonctionnaires des postes sont positivement investis d'une mission de sauvegarde du secret, qui est vu comme la condition de la liberté morale des individus. Lorsque le télégraphe est ouvert au public en 1850, la République prend ainsi immédiatement des mesures pour contraindre les agents de ce nouveau service public à conserver la confidentialité des messages privés¹⁰²⁵. L'envoi de dépêches cryptées est autorisé et, comme les agents des postes, les employés de l'administration des lignes télégraphiques sont considérés comme pénalement responsables de la violation du secret des dépêches¹⁰²⁶. Les opérateurs sont néanmoins autorisés à signaler le contenu du message si celui-ci risque de « troubler l'ordre public¹⁰²⁷ ». La préoccupation est toujours la même, c'est la garantie de la liberté de communication et de la libre circulation des pensées. La correspondance en tant qu'acte de l'esprit « né de la vie privée¹⁰²⁸ » est en elle-même intime et se voit partant soumise à un régime juridique spécifique. L'inviolabilité des lettres est la condition par laquelle « chacun peut, avec qui il lui plaît, correspondre à sa guise et dans la sécurité¹⁰²⁹ ».

Sur le plan juridique, le principe de la confidentialité constitue le noyau dur du droit à la vie privée, c'est-à-dire une obligation de discrétion qui tend à s'imposer même aux tribunaux. Au travers de ses différents archétypes, la logique est toujours la même : la confiance suppose la confiance, laquelle suppose la confidentialité et donc un tiers garant du respect de cette règle. Si, avant la période moderne, seule l'Église pouvait imposer une telle loi en en faisant un commandement divin dans le cadre de la confession, la règle de la confidentialité a pu, à la période moderne, être transposée à d'autres relations et se voir imposée par le droit séculier. La confidentialité garantit – en même temps – un espace psychologique personnel et la liberté relationnelle de la personne. Les confidences sont protégées en tant qu'elles entrent dans le cadre d'une activité professionnelle (prêtre, médecin, avocat, etc.) ou en tant qu'elles sont le nœud des relations élémentaires de chaque personne (écrits entre amants, amis, familles, etc.). Avant d'être incorporée comme une exigence de la procédure équitable, elle est une revendication de la bienséance, de l'honneur et de la loyauté. Dans la mesure où les divulgations sont fermement sanctionnées, qu'elles émanent de l'autorité publique, d'un particulier ou même d'un des deux confidents, la règle du secret devient ainsi un principe

¹⁰²⁴ Article 22 de la constitution belge : « Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation des lettres confiées à la poste. », qui depuis 2008, est devenu : « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. » [www.senate.be, consulté le 20 mai 2020].

¹⁰²⁵ Loi du 29 novembre 1850.

¹⁰²⁶ L'Article 5 de la loi du 29 novembre 1850 est ainsi rédigé : « Tout fonctionnaire public qui viole le secret de la correspondance télégraphique est puni des peines portées en l'article 167 du code pénal. Les fonctionnaires chargés de transmettre sont cependant libérés de leur serment si le message transmis risque de troubler l'ordre public ».

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ Virginie PELTIER, *Le secret des correspondances*, Aix-Marseille, PUAM, 1999, p. 119.

¹⁰²⁹ François GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Larose, 1911, t. I, p. 422. Gény parle aussi du « droit au secret », dont peut se prévaloir non seulement l'un des deux confidents mais aussi des personnes étrangères à la confiance. Ce droit est protégé avec un zèle particulier précisément car son principe ne repose pas sur la volonté individuelle. *Ibid.* t. II, p. 130.

général qui laisse poindre un véritable principe d'ordre public et qui n'est pas réductible à un accord contractuel de confidentialité entre particuliers. Il s'agit de maintenir la confiance de certaines relations au sein de la société ou dans des relations permises par des services publics (la poste, le télégramme). Au-delà des garanties juridiques données à la vie privée par le principe de la confidentialité tel qu'il s'est formé entre le Moyen Âge et la période moderne, la formation d'un droit à la vie privée doit aussi être reliée à la revendication des droits politiques de la conscience.

Chapitre II – L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée

Pour comprendre l'importance de la fonction politique remplie par le secret, il faut sans doute revenir aux ruptures fondatrices entre l'âme individuelle et le corps politique au début de la modernité. Au XVI^e siècle, Érasme faisait coïncider l'Europe avec la *Respublica christiana*, c'est-à-dire avec « l'Église proprement dite¹⁰³⁰ », ou, pour le dire autrement, avec l'Église en général¹⁰³¹. Une telle représentation organique supposait encore une foi commune, une union symbiotique et spirituelle entre les différents membres de la communauté politique. L'unité de l'Église était alors aussi celle de l'État. Depuis la fin du Moyen Âge, par un transfert de sacralité, le royaume n'a eu de cesse de s'identifier au corps mystique de la communauté chrétienne¹⁰³². Le conflit fondateur du libéralisme entre la conscience et l'ordre politique a ensuite exacerbé la question de l'obéissance au prince et de l'étendue du pouvoir politique légitime. La Réforme, le libre-examen, la promotion de l'accès personnel aux Écritures et la critique des médiations traduisent en effet un mouvement bien connu d'individualisation, non seulement de la dévotion, mais aussi de l'existence toute entière¹⁰³³. La liberté chrétienne prêchée à Wittenberg est présentée comme intérieure, alors que l'autorité extérieure du prince est reconnue comme étant nécessaire pour éviter le déchaînement du mal¹⁰³⁴. Il y a ainsi une véritable discontinuité entre la personne et le monde politique. Coexistent alors d'un côté la conscience libre, et de l'autre la puissance publique¹⁰³⁵. La loi est bonne car elle émane du Prince, l'acte individuel est

¹⁰³⁰ Henri DE LUBAC, *La postérité spirituelle de Joachim de Flore*, Paris, Cerf, 2014, p. 63.

¹⁰³¹ ÉRASME, *L'éducation du prince chrétien*, trad. Anne-Marie GREMINGER, Paris, Les Belles Lettres, 2016, p. 230.

¹⁰³² Le médiéviste Patrick Boucheron relate qu'au XIV^e siècle, la cérémonie d'entrée du roi dans les villes est calquée sur la liturgie de la Fête-Dieu. *Fictions politiques, Cours au Collège de France*, 31 janvier 2017 [www.college-de-france.fr/]. Sur ce phénomène : Ernst H. KANTOROWICZ, *Laudes Regiae, une étude des acclamations liturgiques et du culte du souverain au Moyen Âge*, Paris, Fayard, 2004, 176 p. ; ID., « Mysteries of state. An absolutist concept and its late medieval origins », *Harvard Theological Review*, t. 68-1 (1955), p. 65-91 ; ID., *Mourir pour la patrie et autres textes*, trad. Laurent MAYALI et Anton SCHULTZ, Paris, PUF, 1984, p. 75-103 ; Marcel GAUCHET, *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985, p. 80-126.

¹⁰³³ Bernard COTTERET, *Histoire de la Réforme protestante*, Paris, Tempus Perrin, 2010, 640 p.

¹⁰³⁴ Luther inaugure son œuvre de réformateur en revenant sur l'opposition paulinienne entre homme intérieur et homme extérieur. Martin LUTHER, *De la liberté du chrétien* (1520), trad. Jean-François GILMONT, Paris, Seuil, 1996, p. 23 : « Parlons d'abord de l'homme intérieur ; voyons de quelle manière le chrétien devient spirituel, juste et libre. Il est évident que les choses extérieures ne sauraient créer en lui la justice et la liberté, pas plus qu'elles ont la puissance de le rendre injuste ou esclave. »

¹⁰³⁵ Martin LUTHER, *De l'autorité temporelle et dans quelle mesure on lui doit obéissance* (1523), trad. Joël LEFEBRE, Aubier-Montaigne, 1973 ; Sur une interprétation de la question de la liberté de conscience selon Luther : Grégory WOIMBEE, « Interprétation de la liberté de conscience : la guerre des paysans (1525) », *En 500 après Martin Luther. Réception et conflits d'interprétation (1517-2017)*, Paris, *Revue d'Histoire Ecclésiastique*, t. 104 (2018), p. 57-77.

« bon » car il est l'expression d'une décision, d'un acte personnel. Luther proclame la liberté annoncée par saint Paul et, dans le même temps, rappelle aux autorités temporelles leurs droits. Après avoir proclamé la liberté du chrétien, il somme les paysans du pays de Bade en révolte contre leur seigneur de se soumettre¹⁰³⁶. L'homme est ainsi placé dans la situation paradoxale d'être déclaré libre pour ce qui est intérieur et soumis au pouvoir politique pour ce qui relève de l'ordre extérieur. Cette division entre la vie de la conscience et le contrôle des corps dans ses actions se retrouve dans les textes politiques du réformateur de Wittenberg. Dans l'une de ses lettres investissant les princes d'un droit de répression sur un chapitre de chanoines récalcitrants, Luther insiste particulièrement sur le fait que le pouvoir politique n'a pas de prise sur les intentions mais uniquement sur ce qui est visible :

Nos princes ne contraignent pas à la foi et à l'Évangile, mais ils répriment *les abominations extérieures*. Puisque les chanoines reconnaissent que les princes ont des droits sur les *choses extérieures*, ils se condamnent eux-mêmes. Les princes doivent réprimer en effet les crimes *publics*, les parjures, les blasphèmes du nom de Dieu, *mais ils n'exercent en cela aucune contrainte sur les personnes*, les laissant libres de croire ou de ne pas croire, de maudire Dieu *en secret* ou de ne pas le maudire. Nous ne nous occupons que des malédictions et des *blasphèmes publics*, par quoi ils outragent notre Dieu¹⁰³⁷.

Sur le plan intérieur, l'homme juste est libre car il est placé sous l'inspiration de l'Esprit Saint. Sur le plan temporel, il doit laisser sa conduite extérieure au pouvoir du prince, et indirectement à celui de Dieu, car l'autorité politique est fondée sur les Écritures¹⁰³⁸. Selon la doctrine des deux règnes qui structure la pensée du réformateur, « le chrétien appartient à la fois au Royaume de Dieu, en tant qu'enfant de la Promesse, mais aussi au royaume terrestre, dont relève l'autorité civile¹⁰³⁹. » Il y a une étanchéité entre le règne de la foi sur les âmes et celui du pouvoir civil qui s'exerce sur les corps. Si grand soit-il, le pouvoir du prince s'arrête devant les choses intérieures et, si vaste que soit la liberté du chrétien, elle doit se plier aux nécessités de l'ordre politique. Commentant Romain 13, Luther souligne ainsi dans son ouvrage *De l'autorité temporelle* que l'autorité civile ne doit porter que sur ce qui relève de l'ordre extérieur :

Il est impossible que saint Paul parle d'une autre obéissance que celle qui est due au pouvoir dans les domaines où celui-ci peut s'affirmer. [...] Constatez donc que l'obéissance et le pouvoir temporel ne concernent que l'impôt, le tribut, l'honneur et la crainte, c'est-à-dire *le monde extérieur*¹⁰⁴⁰.

La liberté chrétienne de Luther est avant tout spirituelle, elle est une liberté de la conscience qui ne peut être soumise à la puissance des princes. Elle est une liberté privée car la conscience est cachée par

¹⁰³⁶ En 1520, Luther appelle la noblesse allemande à s'affranchir de toute tutelle ecclésiastique. Martin LUTHER, *Les grands écrits réformateurs – la noblesse chrétienne de la nation allemande - la liberté du chrétien*, trad. MAURICE GRAVIER, Paris, Flammarion, 1997, p. 51-100. Puis en 1525, il appelle les paysans à la soumission. Martin LUTHER, *Wider die Mordischen und reubischen Rotten der Bamren* (1525), [Contre les meurtriers et les hordes de paysans voleurs].

¹⁰³⁷ Martin LUTHER, *Luther's Briefweschel*, éd. Ludwig ANDERS, Stuttgart, Schriften-niederlage des Evange, 1893, t. V, p. 272, traduit et cité dans Joseph LECLERC, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Albin Michel, 1994, p. 169. [Nous soulignons]. Lettre à Spalatin conseiller à la Cour de l'électeur de Saxe.

¹⁰³⁸ 1 P 2, 13-14 ; Rm 13, 1.

¹⁰³⁹ Cyril SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais aux XVI^e et XVII^e siècles*, op. cit., p. 205.

¹⁰⁴⁰ LUTHER, *De l'autorité temporelle* (1523), *Luther et l'autorité temporelle*, trad. Joël LEFEBVRE, Paris, Aubier Montaigne, 1992, p. 133.

la nature des choses dans l'esprit des hommes. Pour cette raison, la partition temporel/spirituel est présentée non pas comme un face-à-face entre l'Église et l'autorité civile mais sur le mode d'un vis-à-vis entre la conscience individuelle et le pouvoir extérieur¹⁰⁴¹. Une telle approche préfigure les doctrines politiques affirmant la supériorité absolue du pouvoir temporel sur les églises (Érastianisme). En cas de rapport problématique à l'autorité, le secret, c'est-à-dire la norme qui commande de ne pas tout révéler de son être, devient l'une des conditions de la liberté de conscience.

Au-delà du clivage entre pays catholiques et pays acquis aux différentes réformes, les États séculiers acquièrent chacun un ordre autonome distinct les uns des autres sous l'effet des divisions religieuses. Au sein des différents royaumes s'effondre alors la « vieille conviction¹⁰⁴² » selon laquelle « les hommes ne peuvent être concitoyens que s'ils professent la même croyance¹⁰⁴³ ». Le paradoxe de la tolérance qui s'impose à long terme est formulé ainsi par Bertrand Binoche : « Nous ne pouvons vivre en paix qu'en acceptant une fois pour toutes de renoncer à être d'accord sur l'essentiel¹⁰⁴⁴ ». Par ce changement de paradigme, ce qui était considéré jusque-là comme l'un des principes vitaux du corps politique devient dès lors secondaire¹⁰⁴⁵. Les individus séparés n'étant plus reliés par une religion commune, ils s'en remettent à la puissance de l'État, érigé en instrument séculier de leur salut. Le secret devient un auxiliaire par lequel ils peuvent vivre les uns à côté des autres tout en menant une vie radicalement différente. Dans un premier temps, l'idée de dissimulation de la dissidence n'est donc pas tant un dispositif théorisé qu'une mesure pragmatique de circonstance. À défaut d'un système de répression des croyances privées est instituée une concorde civile fondée sur des seuls principes politiques séculiers. La guerre civile opère ainsi une reconfiguration de l'espace qui prolonge ce qu'on pourrait appeler une grande séparation entre conscience et raison d'État.

La séparation matérielle entre vie privée et corps politique se retrouve par la suite lors des guerres de religion en France par l'établissement d'un régime de liberté distinct pour le culte privé et pour le culte public. L'insistance sur la dualité des domaines espace public/sphère privée comme remède à la guerre de tous contre tous ne demeure pas une solution technique éphémère, mais est intériorisée, instituée et théorisée notamment par des auteurs tels que Montaigne et Hobbes (Section 1.). Le secret des opinions sert à concilier l'émergence de l'entité politique nouvelle qu'est l'État nation et permet le déploiement de la liberté des Modernes. Dans le contexte des discordes civiles et religieuses, il doit rendre possible la conciliation des différences irréductibles entre les hommes et de conserver une homogénéité apparente en garantissant les droits de la conscience dans la sphère individuelle. Dès le XVII^e siècle, les auteurs

¹⁰⁴¹ Cyril SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais au XVI^e et XVII^e siècles*, op. cit., p. 205 : « Luther ne problématise, en effet, presque jamais le rapport à l'autorité civile comme une relation entre deux institutions égales ou indépendantes, mais comme le face-à-face entre la conscience individuelle du fidèle et une institution impersonnelle qui, quelles que soient ses imperfections morales, vient médiatement de Dieu. »

¹⁰⁴² Bertrand BINOCHÉ, *Religion privée et opinion publique*, Paris, Vrin, 2012, p. 58.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

définissent ainsi l'ordre public sous la conduite de l'État comme un ordre distinct des déterminations intérieures de l'homme privé (Section 2). La liberté de ses croyances et ses conduites est donc conçue comme supposant de se mettre à part du corps politique, comme une liberté privée qui s'exerce en marge des affaires de la cité, ce qui est aussi décisif dans la compréhension de la notion de vie privée (Section 3). Le fonctionnaire lui-même en vient à réclamer une vie privée, c'est-à-dire à obtenir que sa fonction n'anéantisse pas son droit à mener une existence autonome (Section 4). Le contrôle social tend alors à prendre d'autres formes, notamment par l'institutionnalisation d'un dispositif policier plus discret de surveillance (Section 5).

Section 1 – Le secret de l'homme privé dans l'ordre politique moderne

L'histoire de la liberté religieuse et morale du sujet moderne passe par la confrontation entre des valeurs subjectives et un ordre politique et juridique hétéronome. Dès les XVI^e et XVII^e siècles, la manière d'envisager la tolérance religieuse au sein de la seule sphère privée autonomise ce domaine. Le secret devient alors le moyen par lequel sont conciliées l'indépendance de l'homme privé et son évolution dans un monde politique hostile ou sous la conduite d'un pouvoir absolu. À une véritable division entre les juridictions temporelles et spirituelles semble se substituer un face-à-face tout autre entre la conscience individuelle autonome et la raison d'État. Mais avant d'être théorisée, cette rupture entre l'ordre privé des consciences et les principes qui doivent guider l'action de l'État est le fruit des troubles civils qui contraignent les juristes royaux à entériner cette séparation (§. 1). Dans l'État moderne, le sujet tend ainsi à être pensé comme un être de façade (§. 2), et l'alliance du secret et de la liberté est particulièrement méditée par Hobbes, qui en fait un argument en faveur de la séparation définitive qu'il propose entre conscience publique et conscience privée (§. 3).

§. 1 - La dissimulation et la tolérance dans la France du XVI^e siècle

Les douloureuses divisions du royaume de France contraignent les derniers Valois à octroyer un certain nombre de mesures de droit public entérinant la pluralité des religions en vue de la paix civile. La politique modérée du gouvernement royal conduit en mai 1560, avec l'édit de Romorantin, à reconnaître la liberté de conscience tout en refusant la liberté de culte¹⁰⁴⁶. Une telle décision n'en est pas moins la marque d'un changement du paradigme qui guidait jusque-là l'action royale. L'État en gestation renonce en effet à réguler les croyances intimes. Dès lors, il ne doit plus être l'instrument de l'extirpation de l'hérésie, mais il ne doit sanctionner que les troubles collectifs et visibles. Si le camp du roi propose de tolérer le culte privé, c'est toutefois moins par irénisme que par dépit et par crainte que des controverses religieuses n'amènent à une destruction du corps politique. La discussion n'est donc plus placée sur le terrain de la vérité religieuse mais sur le plan politique. Il ne s'agit rien de moins que de « lâcher la bride¹⁰⁴⁷ » en tolérant des hérésies au sein du royaume. Il n'est plus question de concorde théologique mais, comme l'a remarqué Montaigne à cette

¹⁰⁴⁶ Lucien BÉLY, *La France moderne, 1498-1789* Paris, PUF, 1994, p. 166. ; Arlette JOUAINNA, *La France du XVI^e siècle, 1483-1598*, Paris, PUF, 2012, p. 170.

¹⁰⁴⁷ *Essais*, II, 19 [De la liberté de conscience].

époque, les rois « n'ayant pu ce qu'ils voulaient, ils ont fait semblant de vouloir ce qu'ils pouvaient¹⁰⁴⁸ ». Il ne s'agit là que d'une solution subsidiaire, et Michel de l'Hospital reconnaît lui-même l'imperfection de cette résolution. Il relève toutefois que la guerre civile pour des motifs religieux est le pire des maux car ce qui « déjoint les personnes¹⁰⁴⁹ » et les familles défait *a fortiori* les Royaumes :

Si donc la diversité de religions sépare et déjoint les personnes (épouse, mari, père, enfant) qui sont liées par de si prochains liens et degrés, que peut-elle faire entre ceux qui ne se touchent de si près ? La division des langues ne fait pas la séparation des royaumes, mais celle de la religion et des lois, qui d'un royaume en font deux. De là sort le vieux proverbe, une foy, une loy, un roy¹⁰⁵⁰.

Dans *Les six livres de la République* de Jean Bodin, la matière religieuse est évoquée dans une section au titre significatif : « les moyens de remédier aux séditions¹⁰⁵¹ », de sorte que la question religieuse n'apparaît pas tant comme une question de liberté que de sûreté de l'État. La religion est là aussi, avant tout, présentée comme un cadre politique :

Les Athéistes mêmes sont d'accord qu'il n'y a chose qui plus maintienne les États et Républiques que la religion, et que c'est le principal fondement de la puissance des monarques et seigneuries, de l'exécution des lois, de l'obéissance des sujets, de la révérence des Magistrats, de la crainte de mal faire et de l'amitié mutuelle envers un chacun¹⁰⁵².

L'échec des tentatives d'œcuménisme d'État devant les trop grandes divergences de confessions a ainsi fait passer la question de la théologie au droit public. Après l'abandon de l'idée d'un accord politique sur la doctrine chrétienne sous l'autorité du monarque, comme ce fut le cas en Angleterre, une séparation nette entre le régime juridique des convictions personnelles et celui du culte public est admise. Ce changement de paradigme n'est pas anodin dès lors que la logique de la tolérance civile entérine en elle-même une séparation entre l'ordre public et la conscience privée. Une telle dialectique, née de l'échec de la concorde religieuse, est conçue dès l'origine comme un mal nécessaire à l'intérêt public. L'État s'institue peu à peu comme garant de l'ordre extérieur, laissant le religieux venir seul régler l'intérieur de l'homme. À l'origine, il ne s'agit donc pas tant d'une théorie politique que d'une mesure contingente, liée à une situation déterminée de morcellement du pays par la division des cultes. Pour ces raisons, le chancelier Michel de l'Hôpital plaide pour la tolérance des cultes réformés et pour une distinction entre le chrétien et le citoyen¹⁰⁵³. La maladie étant, selon l'humaniste Étienne Pasquier, « cachée dedans les entrailles et esprits de nostre peuple¹⁰⁵⁴ »,

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ Michel DE L'HOSPITAL, « Harangue prononcée à l'ouverture de la session des États Généraux le 13 décembre 1560 » dans *Œuvres complètes de Michel de l'Hospital*, Paris, p. J. S. Dufey, 1824, t. 1., p. 398.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ Jean BODIN, *Les Six Livres*, IV, 7, p. 181.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 206.

¹⁰⁵³ Michel DE L'HOSPITAL, « Harangue devant l'assemblée des États Généraux de Saint Germain en Laye le 26 août 1561 », dans *Œuvres complètes*, Paris, 1832, Boulland, t. 1, p. 452 : « faire combattre le membre pour le membre » conduit « à la ruine du corps » et « il n'est pas icy question de constituenda religione, sed de constituenda republica [de fonder la religion mais de fonder la chose publique] : et plusieurs peuvent estres cives, qui non erunt christiani [citoyens qui ne seront pas Chrétiens] : mesmes l'excommunié ne laisse pas d'estre citoyen. »

¹⁰⁵⁴ Étienne PASQUIER, *Exhortation aux princes et seigneurs du Conseil privé du Roy pour obvier aux séditions qui occultement semblent nous menacer pour le fait de la Religion* [disponible sur Gallica], 1561, p. 46-47. L'édit du 17 janvier 1562 exprime encore que le mal est « dans les esprits d'une partie de nos sujets ». L'Édit est pris alors que Michel de l'Hospital est chancelier de Charles IX.

l'idée d'un règlement politique des discordes du royaume s'impose. Représentatif du camp des *moyenneurs* contraints d'accepter la tolérance à défaut de concorde¹⁰⁵⁵, Étienne Pasquier, dans une exhortation de 1562, invite dès lors à admettre l'idée selon laquelle il y a « deux Églises dans la République¹⁰⁵⁶ ». Cette position montre bien que le juriste humaniste prend pour acquis le fait que l'Église est dans l'État et non l'inverse. Le roi réunit ses sujets mais il ne peut disposer comme il l'entend de leur âme. Comme le relève encore le théologien protestant Sébastien Castellion, l'un des premiers apôtres de la tolérance civile, l'autorité civile ne peut « se mettre en la place de Dieu, c'est-à-dire juger des cœurs des hommes sans en voir les œuvres¹⁰⁵⁷ », mais elle doit renoncer à régenter la matière religieuse. Le raisonnement est le suivant : la conscience est privée donc elle doit être libre. Sans faire l'objet de grandes théories, c'est cette voie pragmatique que suit la politique royale durant la deuxième moitié du XVI^e siècle.

Dans l'histoire des guerres de religion, l'édit de saint Germain de janvier 1562 constitue un véritable tournant en instituant des mesures concrètes de tolérance en faveur des protestants. Cette décision politique de pacification entérine une logique que l'on retrouvera dans les édits ultérieurs, qui veut que l'expression du culte catholique conserve néanmoins un certain monopole de l'« espace public » dans les institutions et les grandes villes. Les cultes protestants doivent ainsi être contenus à la marge des centres urbains et se réfugier dans les espaces privés. Par la suite, nombreux sont les édits royaux qui joueront sur cette dualité des domaines public et privé. L'Article 2 de l'édit d'Amboise de 1563 dispose par exemple que :

Chacun pourra vivre et demeurer partout *en sa maison librement*, sans être recherché, ni molesté, ni forcé, ni contraint pour *le fait de sa conscience*¹⁰⁵⁸.

Une telle décision marque l'apparition d'un véritable espace public soumis à l'arbitrage de l'État et donc, en creux, d'un espace privé soumis à une autre juridiction et selon un autre régime. Si aucune reconnaissance du culte réformé n'est expressément consacrée, la police de l'État s'arrête devant les bornes de la vie en la maison, considérée comme un sanctuaire à l'abri des querelles politiques. Cinq ans après, en 1568, l'édit de Longjumeau rappelle la faculté pour les réformés de prêcher « en leur maison¹⁰⁵⁹ ». L'édit de Saint-Germain-en-Laye s'assure quant à lui de la confidentialité des assemblées protestantes :

Pour leur famille tant seulement, ne voulant toutesfoys que, s'il y survient de leurs amys jusqu'au nombre de dix, ou quelque baptême pressé en compagnie *qui n'exède le nombre de dix*, ils en puissent estre recherchez¹⁰⁶⁰.

Il ne s'agit ainsi plus d'extirper l'hérésie comme on pouvait l'entendre un siècle auparavant, mais d'éviter qu'elle soit rendue publique. Certaines mesures déterminent alors le régime de liberté octroyé au

¹⁰⁵⁵ Mario TURCHETTI, « Concorde ou tolérance ? Les Moyenneurs à la veille des guerres de religion en France », *Revue de théologie et de philosophie*, t. 118/3 (1986), p. 255-267.

¹⁰⁵⁶ Étienne PASQUIER, *Exhortation aux princes et seigneurs du Conseil privé du Roy pour obvier aux séditions qui occultement semblent nous menacer pour le fait de la Religion*, 1561, *loc. cit.*, p. 47.

¹⁰⁵⁷ Sébastien CASTELLION, *De l'impunité des hérétiques*, trad. Marius François VALKHOFF, Genève, Droz, 1971, p. 273 ; Bénédicte BOUDOU, *La Sphère privée à la Renaissance*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, Les protestants « pourront vivre en leur maison (où) ils habitent en liberté de leur conscience et exercice de (la) religion qu'ils appellent réformée avec leur famille et leur sujet. » [Nous soulignons].

¹⁰⁵⁹ Édit de Longjumeau, 23 mars 1568, *Isambert*, t. 14, p. 226.

¹⁰⁶⁰ Édit de Saint-Germain-en-Laye, août 1570, *Isambert*, t. 14, p. 229. [Nous soulignons].

culte réformé en fonction de l'espace. L'édit de Boulogne, qui entérine la paix de La Rochelle, formule ainsi l'une de ses dispositions :

Leurs avons permis et permettons l'exercice libre de la Religion prétendue réformée dans lesdites villes, pour iceluy faire faire en *leurs maisons et lieux à eulx appartenans, hors touteffois des places et lieux publics pour eulx, leurs familles et autres qui s'y voudront trouver*¹⁰⁶¹.

La paix passant par une normalisation distincte du privé et du public, la séparation des deux domaines est nécessaire. Les commissaires royaux chargés de la bonne application des édits veillent dans les provinces au respect de la frontière entre l'espace privé et le domaine public. À rebours des modes de sociabilité traditionnels, ces mesures accréditent l'idée selon laquelle il doit exister une séparation nette entre la maison des particuliers et la rue, entre l'acte de foi et l'acte de soumission au monarque¹⁰⁶². Les protestants qui demeurent au sein du royaume doivent ainsi se prêter à la dissimulation et à l'abandon de l'espace public.

Il faut relever que c'est bien sous la contrainte que les cultes minoritaires sont ainsi forcés à se cacher. Cette attitude que Calvin qualifie de nicodémite, en référence au disciple qui craignait les Juifs, est fermement condamnée par ce dernier. Voici comment le réformateur de Genève proteste contre les mesures qui mettent le culte réformé au secret :

Nous croyons donc que nul ne se doit se retirer à part et se contenter de sa personne, mais que tous ensemble doivent garder et entretenir l'union de l'Église se soumettant à l'instruction commune et au joug de Jésus Christ et ce en quelque lieu où Dieu aura établi un vray ordre d'Église, encore *que les magistrats et leurs Édits y soient contraires* ; et que tous ceux qui ne s'y rangent ou s'en séparent, contrarient à l'ordonnance de Dieu¹⁰⁶³.

Ce n'est donc pas seulement la confession protestante qui, en insistant sur la piété individuelle et la distinction entre conscience privée et autorité extérieure, cause une privatisation du culte, mais aussi la férule étatique qui vient, sans violer le secret des foyers, s'assurer de force d'une homogénéité des croyances dans l'espace public¹⁰⁶⁴. L'autre grand réformateur français, Théodore de Bèze, s'alarme d'ailleurs du risque de privatisation du culte. Il défend ainsi la liberté du culte public et l'expression publique de sa foi. Comme il le dit : « j'appelle rien, ou plutôt liberté de n'avoir nulle religion, ce que l'on appelle liberté de conscience sans exercice de religion (sic)¹⁰⁶⁵ ». Avant d'être un droit, la sphère privée est donc le refuge reconnu par les

¹⁰⁶¹ Édit de Boulogne, juillet 1573, *Isambert*, t. 14, p. 261 [Nous soulignons].

¹⁰⁶² Les agents royaux se chargent d'appliquer ces dispositions qui garantissent à ces derniers le droit de « faire librement leurs prières » mais individuellement et uniquement en leur « privé et maison. » Jérémie FOA, *Le tombeau de la paix, Une histoire des édits de pacification (1570-1572)*, Limoges, PULIM, 2015, p. 387 ; ID., « “Ils mirent Jésus Christ aux faubourgs”, Remarques sur la contribution des guerres de Religion à la naissance d'un “espace privé” », *Histoire urbaine*, t. 19/2 (2007), p. 129-143 ; ID., « Marques et contremarques : la dimension spatiale des conflits entre protestants et catholiques au début des Guerres de Religion (1560-1574) », *Travaux de l'Institut Géographique de Reims*, t. 121-122 (2005), p. 103-117 ; Benjamin J. KAPLAN, « Fictions of Privacy: House Chapels and the Spatial Accommodation of Religious Dissent in Early Modern Europe », *The American Historical Review*, t. 4 (2002), p. 1031-1064.

¹⁰⁶³ Jean CALVIN, *Les psaumes de David, mis en vers françois*, Avignon, 1780, p. 667 [Nous soulignons].

¹⁰⁶⁴ Olivier MILLET, « Sphère publique et sphère privée dans l'œuvre et la pensée de Calvin », *School of sociology journal of university of Kwansel*, t. 89 (2001), p. 41-51 ; Jean-Marie MAYEUR, Luce PIETRI, André VAUCHEZ, Marc VENARD (dir.), *Histoire du christianisme, tome 8 : Le temps des confessions (1530-1620)*, Desclée, Paris, 1992, p. 72.

¹⁰⁶⁵ Lettre à Francois DE LA NOUE, juin-juillet 1577, *Correspondances de Théodore de Bèze*, Genève, Doz, 1995, Lettre n°1263, t. XVIII, p. 128. [Nous soulignons].

édits royaux. La séparation public/privé admet un régime partiel de liberté imposé par les circonstances de guerre civile larvée en permettant de laisser circuler les divergences mais en les cloisonnant dans les maisons.

En août 1589, le cardinal de Vendôme, soutenu par la ligue catholique, est proclamé roi par le parlement de Paris sous le nom de Charles X. Cet homme qu'on ne peut soupçonner de complaisance en faveur des huguenots reprend un discours politique de lutte contre l'hérésie sans toutefois revenir sur la liberté du domaine privé. Le monarque éphémère déclare à ce moment-là :

Nous entendons et voulons [que les hérétiques] puissent librement vivre et demeurer *en leurdictes maisons avec leurs familles en toute seureté* et r'entrer en la jouissance entière de leurs biens, desquels, en cas de saisie, nous leur avons donné et donnons par cesdictes présentes, pleine et entière main-levée, et sans qu'il leur soit méfait ni médict en leurs dites personnes et biens¹⁰⁶⁶.

Henri IV bâtit par suite l'édit de Nantes de 1598 dans le prolongement des précédents édits de pacification. Il distingue la qualité de sujet du Roi et celle de membre d'une confession réformée dont la pratique à la cour est bien souvent renvoyée dans le privé. Le culte public est ainsi circonscrit à une certaine partie du royaume¹⁰⁶⁷. Le monarque impose à la cour la dissimulation du culte protestant, pourtant très présent dans son entourage. L'article 15 des dispositions secrètes de l'édit de Nantes est ainsi rédigé :

Accorde aussi sa majesté que nonobstant la déffense faite à l'exercice de ladite religion à la cour et suite d'icelle, les ducs, pairs de France, officiers de la couronne, marquis, comtes, gouverneurs et lieutenants généraux, mareschaux de camp et capitaines des garde de Sa dite Majesté qui seront à sa suite, *ne seront recherchez de ce qu'ils feront à leur logis, pourvu que ce soit en leur famille particulière tant seulement, à porte closes, et sans psalmodier à haulte voix*, ni rien faire qui puisse donner à reconnaître que ce soit l'exercice public de ladite religion ¹⁰⁶⁸.

Outre cette liberté du culte secret, les réformés obtiennent de nombreuses garanties telles que celle de disposer d'un accès localisé à l'espace public intellectuel comme quelques universités, des collèges et des écoles et la conduite de certaines œuvres sociales¹⁰⁶⁹. Ils sont néanmoins interdits d'enseignement, hormis dans les villes où le culte public est formellement possible¹⁰⁷⁰. S'ils ont pu avoir accès aux offices, aux charges dans les parlements et aux délibérations publiques, ce ne fut qu'une concession précaire.

Le refus de s'en prendre directement au culte privé perdure en France jusqu'à la fin du Grand Siècle et même au-delà. L'édit de 1685, qui révoque l'édit de Nantes, porte encore la marque de cette césure juridique entre le culte qui s'expose et celui qui se cache. L'État impose ainsi une distinction de droit, puisque nonobstant l'exercice d'un culte familial ou personnel, toute liturgie renvoie par nature à un acte public. La

¹⁰⁶⁶ Charles DE LORRAINE, « Édit et déclaration de Monseigneur le duc de Mayenne et le Conseil général de la Sainte union ». *Isambert*, t. 15, p. 7.

¹⁰⁶⁷ L'article 5 des articles secrets de l'édit de Nantes prévoit des dérogations précises à l'interdiction du culte public : « Sera loisible à ceux de ladite religion de faire l'exercice public d'icelle à Pimpoul, et pour Dieppe au faubourg du Paulet : et seront lesdits lieux de Pimpoul et du Paulet ordonnez pour lieu de baillage. [...] Sera aussi ledit exercice libre et public restablí dans la ville de Montagnac au bas Languedoc. » [Nous soulignons].

¹⁰⁶⁸ Cité dans Léonce ANQUEZ, *Histoire des assemblées politiques des réformées de France (1573-1622)*, Genève, Slatkine, 1970, p. 493.

¹⁰⁶⁹ L'Article 22 garantit aux réformés l'accès aux « hôpitaux, maladeries, aumosnes publiques ». [Disponible sur : /elec.enc.sorbonne.fr/].

¹⁰⁷⁰ Article 36 [articles secrets et particuliers] : Ne pourront ceux de la-dite religion tenir escholes publiques sinon ès villes et lieux où l'exercice public d'icelle leur est permis ; et les provisions qui leur ont esté cy-devant accordées pour l'érection et entretenement des collèges, seront vérifiées où besoin sera, et sortiront leur plein et entier effet.

décision du monarque se garde toutefois bien de proscrire toute pratique privée *stricto sensu*¹⁰⁷¹. Si, dans les faits, les persécuteurs n'ont pas manqué de violenter les huguenots dans leurs foyers et dans leur conscience, l'article 12 semblait pourtant reconnaître la sûreté de leur personne et de leur culte privé :

Pourront au surplus, lesdits de ladite RPR en attendant qu'il plaise à Dieu de les éclairer comme les autres, demeurer dans les villes et lieux de notre royaume, pays et terres de notre obéissance, *et y continuer leur commerce, et jouir de leur bien, sans pouvoir être troublés ni empêchés sous prétexte de ladite RPR* à condition, comme dit est, de ne point faire d'exercices, ni de s'assembler sous prétexte de prières ou de culte de ladite Religion, de quelque nature qu'il soit¹⁰⁷².

Ces prescriptions s'inscrivent toujours dans la continuité des premiers édits de tolérance, où la liberté de conscience ne subsistait que dans la plus stricte intimité¹⁰⁷³.

Dans les différents textes de pacification, le roi se place sur le terrain de l'ordre public et c'est le caractère visible du culte protestant qui est visé par des mesures répressives. L'État entend s'assurer, aux dépens des cultes, la maîtrise de ce qu'il n'est pas encore convenu d'appeler l'espace public. Plutôt que de forcer l'homme dans un domaine intime inaccessible aux magistrats, il sanctionne alors, au nom de l'ordre, la réunion illicite, l'extériorisation trop visible du culte réformé et la formation d'une authentique Église. C'est l'expression publique de la foi protestante hors des consciences et hors du domaine familial qui est réprimée, de sorte que la sphère privée est indirectement érigée en asile de la liberté. Si l'édit prohibe un à un les signes extérieurs d'appartenance à la Réforme, ce qui est secret reste libre. Pour ces raisons et malgré l'opposition des cultes minoritaires, la liberté religieuse est conçue comme une liberté privée¹⁰⁷⁴. L'affirmation de la puissance séculière est telle qu'un prêtre bordelais peut affirmer au XVII^e siècle que « l'Etat n'est plus dedans la religion, mais la religion est dedans l'Etat¹⁰⁷⁵ ».

La tolérance civile ne se conçoit donc pas contre l'État mais par lui. Pour Pierre Bayle, l'absolutisme n'est pas l'opposé d'un certain libéralisme en matière religieuse mais il est au contraire sa condition de

¹⁰⁷¹ Benjamin ASTRESSES, Stéphanie DOUTEAUD, Carole GABEL (dir.), *La religion dans la rue. Fait religieux et espace public*, Journée de l'École doctorale en science sociales et humanités de Pau, Pau, Presses de l'université de Pau et des pays de l'Adour, 2013, 212 p. ; Olivier CHRISTIN, *Confesser sa foi. Conflit confessionnels et identités religieuses dans l'Europe moderne (XVI^e-XVII^e siècle)*, Paris, Champ Vallon, 2009, p. 256 ; Etienne FRANÇOIS, *Identité et pluralisme, Augsbourg 1648-1806*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 132.

¹⁰⁷² Nicolas DELAMARE, *Traité de la police, op. cit.* Livre II, Titre IV, Chap v., p. 280.

¹⁰⁷³ Jousse relève que « L'édit du mois de juin 1559 défend les assemblées illicites sous prétexte de religion, ou autrement, à peine de mort, et les maisons rasées. JOUSSE, *Traité de justice criminelle*, partie IV, titre XLIV, *op. cit.*, p. 320.

¹⁰⁷⁴ La distinction entre un ordre extérieur supervisé par l'État et une liberté privée marque jusqu'à nos jours la question de la liberté religieuse. Voir *infra* Section 2- La liberté comme une liberté privée.

¹⁰⁷⁵ Louis MACHON, *Apologie pour Machiavelle*, (1668), Paris, Honoré Champion, 2016, liv. I, maxime 5, p. 59.

possibilité¹⁰⁷⁶. Pour ce contemporain de Louis XIV, la puissance du souverain n'est pas une menace mais le moyen de la liberté. Dans son *Dictionnaire Historique*, le pasteur ariégeois affirme ainsi :

[...] le seul et vrai moyen d'éviter en France les guerres civiles est la puissance absolue du Souverain, soutenue avec vigueur, et armée de toutes les forces nécessaires à la faire craindre¹⁰⁷⁷.

La distinction entre les affaires extérieures et les affaires intérieures est donc paradoxalement le produit d'un accroissement du pouvoir de l'État. Cela se retrouve dans l'équation hobbesienne, dans laquelle l'établissement d'un État qui détermine le vrai et le faux dans l'espace public est vu comme la condition de possibilité de la paix civile. Les droits sont, selon Hobbes, des propriétés privées dont la limitation nécessaire est toujours le produit d'un rapport de force¹⁰⁷⁸. Bien que cela puisse sembler paradoxal, « la liberté ne s'affirme pas toujours contre l'État mais aussi par lui¹⁰⁷⁹ ». Sans que cela soit réellement institué, la dissimulation des désaccords sous l'égide d'un pouvoir politique puissant est donc vue comme une condition de la liberté de la vie privée. Ce pragmatisme politique, qui impose un régime de liberté distinct pour ce qui se passe en privé et ce qui est visible, traverse la modernité et déborde les simples questions religieuses.

§. 2 – Le secret comme marque de la souveraineté du sujet moderne

L'idée d'une césure entre le commandement intime de la conscience et l'ordre politique est décisive non seulement sur le plan individuel mais aussi dans la formation de la sensibilité libérale. Les guerres de religion préparent le terrain à l'absolutisme et encouragent le repli dans la sphère privée. L'homme, loin des tumultes politiques, peut se cacher, stoïque, en retrouvant sa liberté dans l'étude des sentiments et la maîtrise de ses passions. Dans ses *Essais*, Montaigne théorise cet écart entre ses convictions personnelles et son positionnement politique¹⁰⁸⁰. S'il défend le camp catholique, il ne manque pas de ménager pour lui-même une certaine indifférence à ces questions et tend à préserver un espace intérieur profane dans lequel il trouve sa « vraie liberté¹⁰⁸¹ ». La paix extérieure est assurée par la coutume ou par l'État, qui maîtrise l'orthodoxie dans l'espace public, et le conflit de doctrine est reflué à l'écart, dans cet espace intime où l'homme peut « s'appartenir¹⁰⁸² » et « jouir paisiblement de son être¹⁰⁸³ ». De même que la paix intérieure passe par un désengagement politique, la pensée elle aussi suppose pour lui ce domaine caché laissé à l'homme

¹⁰⁷⁶ Bertrand BINOCHÉ, *Religion privée, opinion publique*, *op. cit.*, p. 43 : Citation de Bayle : « On aurait tort de considérer comme incompatibles tolérance et absolutisme : un souverain absolu pouvait au contraire être défini comme la condition de la tolérance civile « [...] le seul et vrai moyen d'éviter en France les guerres civiles est la puissance absolue du souverain ».

¹⁰⁷⁷ Pierre BAYLE, *Dictionnaire Historique et critique*, éd. 3, Rotherdam, Michel Bohm, 1720, V° « Louis XIII », t. II, p. 1779.

¹⁰⁷⁸ Philippe RAYNAUD, « Un nouvel âge du droit », *Archives de philosophie*, t. 64 (2001), p. 41-56.

¹⁰⁷⁹ ID., *La laïcité*, Paris, Gallimard, 2019, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁸⁰ Cet écart se retrouve aussi dans la distinction entre l'honneur « conscience de soi » et les artifices de la civilité. Voir *infra*, Titre III-chap. I -Section 1-§. 1- La distinction ancestrale entre vertu et honneur.

¹⁰⁸¹ *Essais*, I, 38 [*De la solitude*].

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ *Ibid.*

intérieur¹⁰⁸⁴. La recherche de tranquillité correspond à ce que Montaigne nomme cette « arrière-boutique, toute franche, en laquelle nous établissons notre *vraie liberté* [...]»¹⁰⁸⁵. L'homme peut « y discourir et y vivre, comme *sans femme, sans enfants et sans biens* [...]»¹⁰⁸⁶. Il se doit d'obéir à l'ordre établi, mais en tant qu'homme privé, il peut aussi s'émanciper par une retraite en se soumettant à son « interne juridiction¹⁰⁸⁷ ». La garantie de cet espace intérieur de liberté n'est pas pensée en termes de droit confessionnel, mais comme une condition de l'indépendance morale et comme une capacité de mener sa vie indépendamment d'injonctions extérieures.

Le moraliste Pierre Charron, longtemps considéré comme un « second Montaigne », oppose lui aussi l'existence politique à l'existence privée. La vie publique appartient, selon lui, à ceux qui se montrent dans l'exercice de charges étatiques, et la vie privée est préférée par ceux qui « se cachent et demeurent privez (sic)¹⁰⁸⁸ ». Dans son ouvrage *De la sagesse*, qui eut une postérité éphémère au XVII^e siècle, il sépare radicalement « le dehors et le faire¹⁰⁸⁹ » et « le dedans, le penser, et le juger secret et interne¹⁰⁹⁰ ». Le prêtre valorise la dissimulation des particuliers comme un moyen de retrouver sa tranquillité. Cette posture se conjugue bien avec l'idée d'un pouvoir absolu, dans lequel la vie publique devient le lieu d'une grande servitude et d'une acceptation silencieuse des usages collectifs. Le conseiller de Mazarin et de Richelieu, François de la Mothe le Vayer défend lui aussi l'idée selon laquelle l'opinion de l'homme profond doit être dissimulée au vulgaire. Il ne craint pas d'affirmer : « Au-dedans comme il te plaît, au-dehors comme le veut la coutume¹⁰⁹¹ ». Cette posture de distance avec la chose publique est érigée par les « libertins érudits » comme la condition de la liberté de l'esprit. La liberté de pensée requiert des espaces secrets, des masques, des cénacles étroits et de longues retraites en marge des assemblées humaines. Dans un dialogue philosophique intitulé *De la vie privée*, le magistrat-philosophe soutient ainsi par la bouche de l'un de ses personnages, Oracio, la nécessité de préserver un *otium* radical, seul propice selon lui au discours intérieur et à l'« ermitage » de l'esprit¹⁰⁹². En se plaçant en marge de toute fonction publique, il ne s'agit pas, comme chez les stoïciens antiques, d'un exil temporaire indispensable aux grandes études au service de la république

¹⁰⁸⁴ Rm 7, 18-24, Ep 3, 14-19. Une telle expression se retrouve déjà dans le *Phèdre* de Platon ; Sur ce sujet : Jean-Louis CHRÉTIEN, *Espace intérieur*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2014, p. 58.

¹⁰⁸⁵ *Essais*, I, 29 [Nous soulignons].

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ *Essais*, III, 8.

¹⁰⁸⁸ Pierre CHARRON, *De la sagesse* [Livre I, chap. XLIX] Paris, Amaury Duval, 1827, t. 1, p. 460 : « Les uns se plaisent d'estre en charge et mener une vie publique, les autres se cachent et demeure privez ».

¹⁰⁸⁹ *Ibid.* Livre II. chap. II, p. 377.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ François de LA MOTHE LE VAYER, *Dialogue fait à l'imitation des Anciens*, Paris, Fayard, 1988, p. 399.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 420 : « Notre esprit trouve son ermitage partout et dans les plus grandes assemblées d'hommes des plus grandes villes. »

universelle, mais bien d'une attitude durable d'indépendance et de dissimulation¹⁰⁹³. Selon ce partisan de la retraite, il n'y a pas de doute, le philosophe trouve son assise définitive dans cette citadelle privée :

Ne voyons-nous pas l'Aigle, qui préfère les déserts du haut de l'air, où il contemple le soleil de plus près, à la compagnie des autres oiseaux¹⁰⁹⁴.

Derrière les références éparées au stoïcisme de Sénèque, à l'épicurisme de Lucrece voire à l'éthique d'Aristote et à son primat de la contemplation, La Mothe le Vayer soutient la posture intégralement antipolitique de ceux qui trouvent « chez eux et dans leurs intérieurs tout sujet de satisfaction et de contentement¹⁰⁹⁵ ». À l'instar du philosophe masqué Descartes, qui prend soin de ne pas se mêler de politique, la recherche de la solitude se paie d'un fidéisme envers un ordre extérieur considéré comme un cadre neutre et nécessaire¹⁰⁹⁶. Le penseur qui se sent marginal doit donc adopter une dissimulation stratégique.

L'absolutisme n'est sans doute pas pour rien dans le développement d'un certain sens du secret, non seulement de la part du pouvoir politique, mais aussi du côté des sujets contraints de se cacher pour échapper à ce pouvoir. L'une des manifestations de ce phénomène se retrouve dans le règne de l'apparence dans la société de cour. Pensé comme l'avant-scène du *theatrum mundi*, le monde politique n'est plus le lieu où l'on s'expose mais celui où l'on se cache. Celui qui gravite autour du prince doit baisser les yeux et ne doit pas laisser transparaître ses pensées secrètes¹⁰⁹⁷. Il doit veiller au contraire à garder ses actes honteux derrière lui et à présenter à son prince un sépulcre blanchi. Comme les façades baroques qui cachent des intérieurs d'un style bien différent, le courtisan doit, lui aussi, apprendre à bien séparer ce qu'il expose et ce qu'il dissimule, voire simule¹⁰⁹⁸. Selon La Bruyère, à côté des libertins qui se montrent, la cour est pleine de personnes qui se masquent. Voici comment le moraliste présente les hommes qui gravitent autour du pouvoir :

Deux sortes de gens fleurissent dans les cours et y dominent dans divers temps, les libertins et les hypocrites : ceux-là gaiement, ouvertement, sans art et sans dissimulation : ceux-ci finement par des artifices, par la cabale¹⁰⁹⁹.

L'homme qui suit les puissants est ainsi selon lui placé dans un état d'avilissement tel que sa liberté ne peut être qu'intérieure.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 58.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰⁹⁶ C'est la théorie du masque de Descartes, par laquelle celui-ci prend aussi des distance avec les affaires politiques. Jacques SCHLANGER, « Le philosophe et son masque », *Gestes de philosophes*, éd. Jacques SCHLANGER (dir.). Paris, Aubier, 1994, (*programme Relire*), p. 39-60.

¹⁰⁹⁷ Gerolamo DE CARDAN, *La science du monde ou La sagesse civile*, 2nd éd., Paris, Toussaint Quinet, 1652, p. 238 : « Livre III-chap. 8 -La vie civile a besoin de la feinte, de la dissimulation, de la persuasion, et de la menace. » ; p. 360 : « Livre IV- chap. 1- La méthode de se maintenir, d'agir en Cour et de s'insinuer dans la saveur des rois, des princes, des ministres d'État ou favori, et des grands.

¹⁰⁹⁸ Alain HUGON, « Le secret, nouvelle frontière entre la sphère privée et la sphère publique à l'âge baroque ? » dans : Sylvain ANDRE, Philippe CASTEJON et Sébastien MALAPRADE (dir.), *Arcana imperii. Gouverner par le secret à l'époque moderne (France, Espagne, Italie) Les Indes savantes*, 2019, p. 141-156 ; Ninon GRANGE, « Le secret, un partage baroque du politique », *Rue Descartes*, t. 98 (2020), p. 14-41 ; Jon R. SYNDER, *Dissimulation and the Culture of Secrecy in Early Modern Europe*, Berkeley, University of California Press, 2012, 280 p.

¹⁰⁹⁹ Jean DE LA BRUYÈRE, *Les Caractères*, Paris, Flammarion, 1880, p. 269. Il dit encore: « Un homme qui sait la cour est maître de son geste, de ses yeux et de son visage ; il est profond, impénétrable ; il dissimule les mauvais offices,

La dissimulation n'est donc plus un vice et semble parfois même érigée en vertu chrétienne. Le jésuite Gracian conseille ainsi aux grands une certaine prudence à se montrer, une retenue dans leurs engagements politiques et un certain repli de leur personne afin de préserver leur indépendance. Pour ne pas être asservi par le monde, l'homme doit comprendre les bienfaits et l'utilité de ne pas révéler tout son être en restant un mystère pour les autres. Par le secret, la rationalité individuelle prend une certaine autonomie morale vis-à-vis des exigences sociales et des contraintes publiques. Le moraliste espagnol est explicite en ce qu'il soutient que la puissance individuelle appelle ses propres *arcana imperi*. Pour reprendre ses termes :

Chacun est comme un État indépendant, renfermé en lui-même, car chacun trouve en lui-même le principe de sa conduite¹¹⁰⁰.

Le secret est donc la marque d'une certaine souveraineté du sujet. Au nom même de la vertu, le religieux enseigne l'émancipation de toute dépendance extérieure et pose les bases de ce que le chercheur Stephan Vaquero qualifie de « raison d'État de soi-même¹¹⁰¹ ». La nécessité pour le sujet politique de recourir au secret ne relève ni du mensonge, ni d'une opacité radicale, mais du besoin de garantir son identité individuelle contre toute emprise que pourrait exercer sur lui l'autorité politique.

Dans son ouvrage sur le droit de la guerre, Grotius reconnaît lui aussi un certain droit à la dissimulation dont peuvent user légitimement tous ceux qui veulent préserver leurs actions et leurs intentions du regard d'autrui. Spécialement dans le domaine politique, le juriste de l'École du droit naturel considère « qu'il est permis de dissimuler certaines choses à certains individus, c'est-à-dire de les couvrir et de les cacher¹¹⁰² ». Dans son *Droit de la nature et des gens*, Pufendorf dresse une défense en règle des arcanes du sujet en matière politique. La parole a été donnée à l'homme pour qu'il puisse communiquer mais aussi pour choisir ce qu'il entend ou non dévoiler de sa personne. Comme il le dit, il existe une distinction entre

sourit à ses ennemis, contraint son humeur, déguise ses passions, dément son cœur, parle, agit contre ses sentiments. » *ibid.* p. 172.

¹¹⁰⁰ Baltasar GRACIAN, *L'homme de cour*, Champ Libre, 1983, p. 209 : « Il n'y a guère de gens qui voient jusqu'au-dedans, presque tout le monde se contente des apparences. Il ne suffit pas d'avoir bonne intention, si l'action a mauvaise apparence. »

¹¹⁰¹ ID., *La civilité ou l'art de vivre en société*, Paris, PUF, 2015, p. 65.

¹¹⁰² GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. p. PRADIER-FODÉRE, Paris, Guillaumin, 1867, t. III, p. 23 : « Car, comme vous n'êtes pas tenu de découvrir aux autres ni tout ce que vous savez, ni tout ce que vous voulez, [...] On peut, dit Augustin, cacher prudemment la vérité en usant de quelque dissimulation Augustin Lib. *Contra mendacium*, cap X. ». Si le mensonge est en lui-même mauvais « on peut cependant cacher prudemment la vérité, en usant de dissimulation (S. T. IIa-IIae, q. 40, art. 3) » et Cicéron « avoue lui-même que cette dissimulation est tout à fait nécessaire et inévitable pour ceux surtout à qui la chose publique a été confiée (CICERON, *Pro Milone*, lib. VII, Epis IX, pro cn) ».

cacher son être et ne pas entièrement révéler ses intentions à ceux qui n'ont pas le droit de nous connaître pleinement :

Mais ce n'est pas toujours par lâcheté et par bassesse d'âme que l'on se porte, dans le besoin, à une feinte ou une dissimulation innocente ; et quand on a à faire (sic) à de méchantes gens, on ne saurait souvent mettre en usage les moyens les plus légitimes, sans avoir recours à quelques artifices¹¹⁰³.

L'habileté du secret est donc nécessaire à celui qui veut garantir sa sûreté personnelle. Nul ne détient un droit de savoir ce qu'il en est des intentions et des actions qui ne portent pas atteinte à autrui. Même l'autorité politique n'a pas de titre sur l'esprit individuel. Si Dieu sait tout, l'homme dispose d'un droit de se cacher aux autres hommes :

Le pouvoir physique n'emporte pas nécessairement un pouvoir moral ; je veux dire, que de cela seul qu'on a la faculté de connaître une chose, il ne s'ensuit pas qu'on en ait le droit¹¹⁰⁴.

Le jusnaturaliste considère ainsi que l'homme n'est par nature soumis à aucun impératif de transparence. Au contraire même, il dispose d'une faculté, d'un droit même, de ne pas montrer à tous ses intentions profondes. L'homme a, selon Pufendorf, un dynamisme qui le pousse à ne pas révéler toutes ses pensées et toutes ses actions. L'accusé n'est pas tenu d'avouer les faits qui vont conduire à son supplice, les témoignages extérieurs doivent suffire à sa condamnation. Comme il le relève d'ailleurs, un grand nombre de faits sont indifférents car « il n'importe pas beaucoup à l'État que l'on punisse un crime qui n'est *pas notoire*, et qui peut être ou couvé ou excusé par des couleurs spécieuses¹¹⁰⁵ ».

Au XVII^e siècle, on relève ainsi de manière éparse de véritables théories de la dissimulation qui considèrent que les sujets n'ont pas à révéler au souverain la plénitude de leur être. Personne n'étant doté du pouvoir légitime de connaître toute chose sur tout le monde, les stratagèmes de dissimulation sont parfois nécessaires. Cette idée est partagée par un certain nombre d'auteurs en France mais également outre-Manche par le penseur anglais Hobbes, qui fait lui aussi du secret un principe inhérent au corps politique.

§. 3 - Le secret comme condition de la liberté au sein de l'État-Léviathan

La théorie de la toute-puissance de l'État exposée dans la pensée politique de Hobbes naît durant la guerre civile anglaise, au cours de laquelle la revendication des droits de la conscience prend une importance politique de premier plan. L'une des grandes questions du penseur anglais est celle du conflit entre la norme intime et l'ordre la communauté. Si la sûreté de la sphère privée relève, selon lui, de la responsabilité du souverain, la rationalité individuelle est quelque chose qui lui échappe radicalement. Le partisan de la restauration des Stuart légitime ainsi le pouvoir du monarque d'imposer une foi officielle, mais à la condition qu'il ne s'ingère pas directement dans les consciences qui lui échappent de toute manière. Son œuvre à partir de la première Révolution anglaise peut se comprendre comme une critique de la tradition républicaine qui

¹¹⁰³ Samuel VON PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, trad. Jean DE BARBEYRAC (1759), Caen, Presses universitaires de Caen, 2010, t. I, p. 488.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 180 [Nous soulignons].

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 195 [Nous soulignons].

anime la première révolution anglaise. Elle consiste à élaborer une conception de la liberté centrée sur la sphère privée compatible avec l'absolutisme¹¹⁰⁶. D'un côté, le Léviathan ressemble en effet à une tyrannie implacable, mais de l'autre, Hobbes fonde le libéralisme dans une certaine mesure, en tant qu'il est le premier à faire reposer tout l'ordre politique sur la préservation des droits individuels¹¹⁰⁷. Il est aussi le premier à décrire un système politique entièrement fondé sur un accord entre des individus radicalement et définitivement déliés les uns des autres dans un climat de guerre civile latente. L'État hobbesien, concentrant sur lui les puissances spirituelle et temporelle, a les mains libres pour poser de son propre chef la norme commune et imposer un cadre extérieur. L'homme peut en revanche se conduire comme il le veut dans le secret de sa vie privée. Les orientations de vie peuvent donc diverger radicalement tant que les différences ne sont pas visibles. Le secret semble alors compris comme le voile par lequel la volonté individuelle peut laisser libre cours à son arbitraire hors de l'ordre prédéfini par le souverain et sans heurter les autres individualités. La volonté apparaît ainsi dans l'œuvre de Hobbes comme un *dominium* absolu. Elle est aussi vue comme un domaine psychologique en marge des institutions (A). Le secret tient alors un rôle politique de premier ordre, puisqu'il est garant des irréductibles particularités qui distinguent entre eux les participants au contrat social, entraînant une séparation entre l'homme public et l'homme privé (B). Pour Hobbes, l'homme demeure une monade inaccessible à ses semblables et rien ne peut venir changer cet état de fait (C).

A- La puissance despotique de la volonté individuelle et l'impossible gouvernement des lois

La pensée de Hobbes présente des similitudes frappantes avec la théologie politique de Luther. Comme on l'a vu, par son interprétation de saint Paul, le réformateur allemand place le chrétien sous le double règne de son jugement propre et du gouvernement extérieur. Si le sujet est libre, c'est intérieurement, dans le domaine où il est sous la conduite directe de Dieu. À côté de lui peut se dresser un État fort pour contenir les subjectivités marquées par le péché et l'impiété. Il existe ainsi dans l'œuvre de Hobbes le même partage que dans les prêches de Luther entre l'homme intérieur, lequel vit directement selon les inspirations qu'il pense saintes, et sous la toute-puissance du glaive de l'État, dont les décrets ne sauraient souffrir de limite¹¹⁰⁸. Au travers du prince et de ses hommes, « ce n'est plus l'homme, mais Dieu qui pend, roue, décapite, égorge et fait la guerre, et tout cela ce sont Ses œuvres et Ses jugements¹¹⁰⁹ ». À l'instar du pouvoir des princes décrit par Luther, le Léviathan hobbesien est un artifice politique qui enveloppe la personne sans pour autant avoir de prise sur l'arbitraire de son jugement individuel. Dans la lignée de la pensée du franciscain Guillaume d'Ockham, le volontarisme divin est transposé dans l'homme par l'œuvre de Hobbes en raison de la manière dont il conçoit l'individu et l'État. L'homme se caractérise en effet selon lui par une volonté qui n'est prédéterminée par aucune finalité. Analysant la structure de cette philosophie, André de Muralt écrit qu'en

¹¹⁰⁶ Sur ce sujet : Quentin SKINNER, *Hobbes et la conception républicaine de la liberté*, Paris, Albin Michel, 2008, 238 p.

¹¹⁰⁷ Léo STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Paris, Flammarion, 2008, p. 165-166.

¹¹⁰⁸ Martin LUTHER, « Des limites de l'autorité temporelles » (1526), dans : *Œuvres choisies*, Genève, Labor et Fides, 1958, p. 50 : « Il faut maintenir les lois écrites sous la domination de la raison [la volonté du prince], car elles ont jailli d'elle comme de la source du droit. Il ne faut pas lier la source à ses ruisseaux ni tenir la raison captive de la lettre. »

¹¹⁰⁹ ID., « Les soldats peuvent-ils être en état de grâce ? » (1526), dans *Œuvres choisies*, Genève, Labor et Fides, 1958, p. 230. Texte de Luther cité par Michel Villey, qui voit dans les réformateurs l'une des sources du positivisme moderne : Michel VILLEY, *Formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 288.

rupture avec l'aristotélisme, la volonté est conçue chez Hobbes comme une pure puissance « totalement indifférente à tel ou tel bien, et donc à tel ou tel acte, et la finalité ou la bonté de ses actes ne dépendront que de l'obligation que lui impose la puissance divine¹¹¹⁰ ». De même que les lois célestes sont des décrets arbitraires de Dieu, les lois du prince et le libre-arbitre du sujet sont par nature des puissance absolues (*potestas absoluta*). La volonté législatrice est ainsi distinguée de l'ordre de la création, et la haine du prochain, le vol et l'adultère auraient pu être déclarés justes si la loi divine les avait décrétés tels¹¹¹¹. Si, dans la pensée classique, le vouloir humain est intrinsèquement ordonné par des fins inscrites dans la nature humaine¹¹¹², dans un schéma volontariste et subjectiviste, la toute-puissance individuelle identifiée à la volonté divine est absolue, déliée de « toute détermination finale objective, c'est-à-dire indifférente à celle-ci¹¹¹³ ».

Menacé de toutes parts, y compris par l'omnipotence du souverain, l'homme doit savoir se dissimuler pour retrouver sa liberté en se mettant à l'écart. Adeptes d'une lecture volontariste de la loi, Hobbes voit dans celle-ci un pur commandement institué non en vue non du bien commun, mais de la préservation des droits¹¹¹⁴. L'indépendance individuelle se déploie alors dans ses interstices. Cette séparation radicale entre les fors interne et externe est mobilisée par Hobbes pour concilier les droits illimités de tous les individus et le fait qu'ils doivent se soumettre presque inconditionnellement au monarque. La loi naturelle n'oblige qu'intérieurement, elle est une loi privée alors que la loi politique quant à elle vient régler l'homme extérieurement. La seule loi de nature dont doit tenir compte le Léviathan – car c'est sur elle que repose sa légitimité – est le pouvoir de l'homme sur lui-même¹¹¹⁵. Comme l'affirme Hobbes :

Le droit de nature, que les écrivains politiques appellent communément *jus naturale*, est la *liberté que chacun a d'user de sa propre puissance* comme il le veut lui-même pour la préservation de sa propre nature, autrement dit de *sa propre vie* et par conséquent, de faire selon *son jugement* et sa *raison propre*, tout ce qu'il concevra être le *meilleur moyen* adapté à cette fin¹¹¹⁶.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

¹¹¹¹ *Ibid.*

¹¹¹² André de MURALT, *L'unité de la philosophie politique de Scot, Ockham et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris, Vrin, 2002, p. 33.

¹¹¹³ ID., *La structure de la philosophie politique moderne op. cit.*, p. 53 : « *De potentia absoluta dei*, la volonté humaine est de soi absolue de toute détermination finale objective, c'est-à-dire indifférente à celle-ci, car telle est son essence créée, considérée [...] et de ce point de vue, elle est égale à celle de Dieu, *de potentia ordinata dei* ».

¹¹¹⁴ Henri TORRIONE, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ? », dans Gavric ANTO, Sienkiewicz W. GRZEGORZ (éd.), *État de bien commun, op. cit.*, p. 1-60 ; Michel BASTIT, *La naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990 (coll. *Léviathan*), p. 357.

¹¹¹⁵ *Lév.* I., 24.

¹¹¹⁶ *Ibid.* [Nous soulignons].

La liberté conçue comme une puissance vitale indéterminée du sujet n'est pas propre à Hobbes mais se retrouve aussi dans l'œuvre de Spinoza. Comme l'écrit le philosophe hollandais :

Chaque individu a un droit souverain sur tout ce qui est en son pouvoir ; autrement dit, le droit de chacun s'étend jusqu'où s'étend la puissance déterminée qui lui appartient¹¹¹⁷.

Le secret est le rempart de cette liberté de l'homme privé car il précède toutes les garanties que l'État peut donner à la liberté individuelle. La loi du souverain ne peut atteindre l'homme dans son cœur ; sa raison n'est contrainte qu'à un acte de soumission extérieure :

Une personne privée a toujours la liberté (parce que la pensée est libre) de croire ou de ne pas croire en son cœur, à ces actions qu'on lui présente comme étant des miracles ; [...]. Cela dit, quand il s'agit de confesser cette foi [la religion de l'État], la raison privée doit se soumettre à la raison publique, autrement dit au lieutenant de Dieu¹¹¹⁸.

Cette soumission apparente est, selon Hobbes, le produit de l'intérêt bien compris de l'individu. La liberté est avant tout vue comme une propriété, un pouvoir nous permettant de conduire notre action, mais aussi une absence d'entraves faites à « notre jugement et notre raison¹¹¹⁹ ». Le philosophe remarque bien à ce titre que ce qu'il nomme liberté diffère de ce que les Grecs, les Romains et les hommes des républiques médiévales entendaient par ce mot¹¹²⁰.

En pensant la communauté politique à partir des droits illimités de l'individu, la philosophie politique se résume pour l'essentiel à gérer le « droit illimité de chacun à tout ce qu'il désire ; et permettre la coexistence des désirs entre les hommes¹¹²¹ », en rendant ces derniers « aussi compatibles que possible les uns avec les autres¹¹²² ». De même que la puissance divine se caractérise par l'inconnaissable de ses desseins, la toute-puissance de l'État suppose ses propres *arcanna imperii*. La préservation des raisons guidant la volonté individuelle permet de cacher ses intentions et d'« être secret en ses conseils¹¹²³ » afin d'imiter par-là « la sagesse profonde et impénétrable de Dieu¹¹²⁴ ». La liberté d'action a besoin d'un authentique secret pour ne pas se sentir liée par le regard d'autrui, et ce qui est valable sur le plan politique l'est aussi sur le plan individuel. Dans la pensée politique de Hobbes, la volonté subjective étant décrite comme un arbitraire sans limites, elle trace son sillage dans l'ombre.

¹¹¹⁷ Baruch SPINOZA, *Traité théologico-politique*, [Tractatus theologico-politicus], trad. Jules Gustave PRAT, Paris, Allia, 2015, chap. XVI, p. 261-262. Celui-ci est encore explicite quand il affirme que : « Le droit naturel de chaque homme se définit non pas par la saine raison, mais par le désir et la puissance. »

¹¹¹⁸ Thomas HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 633.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 336 : « Par liberté conformément à la signification propre du mot, j'entends l'absence d'entraves extérieures, entraves qui souvent peuvent détourner la puissance de faire ce que l'on voudrait sans cependant pouvoir empêcher l'usage de la puissance restante, conformément à ce que dictent notre jugement et notre raison. »

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 343-345.

¹¹²¹ Jean-Fabien SPITZ, *La liberté politique, essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, 1995, (*Léviathan*), p. 61.

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ Cardin LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roi, Les œuvres de messire Le Bret*, Paris, Charles Osmont, 1689, p. 60 : « C'est la gloire d'un grand roi d'être secret en ses Conseils. Et l'on ne peut lui faire une injure plus sensible que de vouloir pénétrer dans ses intentions. »

¹¹²⁴ Jacques-Bénigne BOSSUET, *Politique tirée de l'écriture sainte*, Paris, Pierre Cot, 1709, p. 184 : « Il est bon de cacher le secret du roi. Le secret des Conseils est une imitation de la sagesse profonde et impénétrable de Dieu ».

B- La séparation entre conscience publique et conscience privée

En défenseur de la restauration monarchique, Hobbes considère que l'homme doit se soumettre aux autorités civiles et à l'Église officielle en vertu des commandements de Dieu. Il faut rappeler que dans l'esprit du philosophe, le *ius omnium in omnia* est aussi le fruit d'un subjectivisme radical, d'une autarcie spirituelle du sujet dont il ne sort jamais vraiment. Le citoyen demeure libre par nature dans son domaine « intérieur et invisible¹¹²⁵ », mais il doit se soumettre extérieurement à l'ordre établi. Le philosophe anglais cherche ainsi à contenir les consciences rebelles en reconnaissant au souverain le monopole du pouvoir pour ce qui est de la religion publique, mais tout en cantonnant scrupuleusement le domaine de la soumission nécessaire. La conscience peut être indépendante mais en privé, et peut s'exprimer mais à condition de ne pas se montrer¹¹²⁶. L'homme peut donc suivre son inspiration propre mais, pour la sûreté de tous, le domaine public demeure sous le contrôle de l'État. À l'inverse, le secret devient le moyen par lequel l'homme peut se tenir à l'écart du Léviathan et de ses semblables. Hobbes condense cette idée dans la formule : « privé c'est libre en secret¹¹²⁷ ».

- L'abandon du for interne à l'arbitraire individuel

Le gouvernement de l'État hobbesien doit ainsi réunir dans une même main les attributs du pouvoir temporel et spirituel, mais ce qui relève du for interne lui échappe. Il peut maîtriser ce qui est visible, mais ce qui se fait dans les interstices de la loi échappe aux interférences extérieures. Hobbes justifie ainsi la suppression de l'inquisition en rappelant que les lois humaines « ne considèrent que la conduite récalcitrante¹¹²⁸ » et que Dieu seul est à même de scruter « les pensées, d'en tirer vengeance¹¹²⁹ ». Selon lui, l'erreur de l'Église médiévale fut d'avoir étendu le domaine de la loi « non seulement aux actions, mais aussi aux pensées elles-mêmes, et aux consciences humaines [...], sans savoir si les paroles sont conformes aux actes¹¹³⁰ ». Dans une société gouvernée par le Léviathan, la dissimulation marque une séparation jugée nécessaire par Hobbes entre la conscience privée et la conscience publique qui anime le pouvoir le plus grand que l'on puisse imaginer. Dans la dernière partie de son ouvrage, défendant les droits de la couronne, l'auteur affirme à propos du culte qu'il est libre en public s'il correspond à celui de l'État. En revanche, toute expression de la foi privée requiert le secret, dans la mesure où la contrainte légale en matière religieuse est

¹¹²⁵ *Lév.*, III, 42.

¹¹²⁶ Cyrille SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais au XVI^e et XVII^e siècle*, *op. cit.*, p. 39 : « La distinction et la complémentarité des deux niveaux de conscience rentrent parfaitement dans une tendance générale du Léviathan qui consiste à disjoindre radicalement l'intérieur et l'extérieur, et à défendre la licéité d'un contrôle étroit de l'expression ou de l'action publique tout en se défendant d'empiéter sur la liberté intime des sujets. »

¹¹²⁷ *Lév.*, III, 42.

¹¹²⁸ Thomas HOBBS, *Lév.*, Appendice II, *op. cit.*, p. 542.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ *Lév.*, III, 46.

intrinsèquement limitée à l'espace public. Hobbes le répète, le culte intérieur est libre parce qu'il est secret. Les facultés internes de l'homme ne sont pas soumises à la juridiction politique :

Pour les pensées et croyances intérieures des hommes, dont les chefs humains ne peuvent avoir connaissance (car Dieu seul connaît le cœur), elles ne sont pas volontaires, et ne résultent pas des lois, mais de la volonté non révélée et du pouvoir de Dieu : en conséquence, elles ne tombent pas sous le coup d'une obligation[légale]¹¹³¹.

Les affirmations du penseur anglais sur le caractère privé de la liberté sont ainsi les bases d'un véritable système du secret, présenté comme le seul moyen de dépasser les dissidences religieuses.

- **La nécessaire formation d'une religion de l'État pour endiguer les puissances spirituelles rivales**

Le combat que mène l'auteur anglais au travers du *Léviathan* s'opère sur deux fronts : l'un contre le catholicisme romain et ses prétentions à une Église souveraine et universelle, l'autre contre les diverses sectes protestantes et leurs tendances républicaines. L'un comme l'autre prétendent selon lui disposer d'un lien particulier avec Dieu : l'Église romaine, en ce qu'elle détermine la vérité religieuse par son interprétation des Écritures, et les sectes protestantes, en ce qu'elles multiplient les hommes inspirés¹¹³². Or, confier le contrôle de la prophétie à une Église autonome reviendrait à se soumettre et à diviser le royaume entre le spirituel et le temporel, ce que refuse Hobbes. Libérer la prophétie, c'est provoquer, selon lui, la contestation publique de l'autorité et l'éclatement du culte. Selon la formule de Pierre Manent, « le monarque qui a échappé à la tutelle des prêtres et des théologiens romains doit se faire lui-même théologien, sinon prêtre¹¹³³ ». La seule solution pour sauver l'autorité royale garante de la paix civile est en effet pour Hobbes de la délier de ses obligations envers la religion et de l'ériger en souveraine du culte. Placé en surplomb des questions religieuses, le souverain hobbesien garde donc une certaine distance avec elles afin de conserver son statut d'arbitre neutre jouissant d'« une indépendance par rapport aux fins diverses des individus¹¹³⁴ ». Après les désordres de la Grande Rébellion, l'auteur du *Léviathan* propose d'articuler un pouvoir suffisamment puissant pour soumettre l'anarchisme religieux et suffisamment habile pour ne pas prétendre assurer une police des consciences.

- **Le nicodémisme systématisé de Hobbes**

Pour neutraliser les causes de dissidence religieuse, l'État hobbesien doit s'assurer de la maîtrise de toute *auctoritas* spirituelle de l'espace public, et tarir les sources concurrentes que sont d'une part la libre prophétie, d'autre part le magistère catholique. Pour cela, il s'agit de les renvoyer dans le for intérieur des sujets. Soulignant le grand nombre de fausses inspirations et l'impossibilité de discerner la vérité du mensonge en l'absence de miracle, il estime que les vérités religieuses doivent faire l'objet d'une *décision* officielle leur donnant une validité politique. En l'absence de véritable communauté capable de soutenir la foi, il considère

¹¹³¹ *Ibid.*, III., 40.

¹¹³² Pierre MANENT, *Naissance de la politique moderne : Machiavel, Hobbes, Rousseau*, Paris, Payot, 1977, rééd., Gallimard, 2007, (*Teŷ*), p. 143.

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 68.

en effet que son caractère collectif ne peut découler que d'un décret du prince. Pour Hobbes, dans un État chrétien comme précédemment dans le royaume d'Israël, le pouvoir de définir et régir le culte public a été transmis au roi¹¹³⁵. Le pouvoir n'est pas de droit divin mais il est divinisé et la souveraineté dogmatique de l'État est le gage de son autorité dans l'espace public. Le sujet doit croire le souverain non pas en raison de ce qu'il dit, mais parce que c'est lui qui le dit. La libre expression des consciences étant jugée dangereuse, les décrets royaux doivent remplacer les canons de l'Église dans la conduite des affaires religieuses¹¹³⁶.

Comme nous l'avons vu, l'État ne peut demander aux individus qu'une soumission extérieure. La croyance étant du domaine de la vie intérieure, elle reste selon Hobbes secrète et hors de prise :

Une personne privée a toujours la liberté (parce que la pensée est libre) de croire ou de ne pas croire, en son cœur, à ces actions qu'on lui présente comme des miracles¹¹³⁷ ;

La croyance étant irréductiblement privée, elle relève des arcanes du sujet libre. Elle est la source principale de cette distinction entre la conscience publique et l'âme individuelle. Hobbes, adepte d'une méthode scientifique en matière morale et politique, s'efforce néanmoins de justifier théologiquement ses positions politiques. Il fait par exemple l'éloge de Naaman le Syrien, personnage du livre des Rois qui, guéri par miracle, se convertit dans son cœur au Dieu d'Israël¹¹³⁸. Selon l'interprétation du philosophe anglais, le prophète Élysée le renvoie en paix se prosterner devant les faux dieux de son pays car il vaut mieux pour ce Syrien demeurer soumis à un roi païen que d'entrer en révolte contre son souverain¹¹³⁹. Comme il le répète, peu importe au fond le culte extérieur, car l'honneur rendu à la divinité est « par sa nature même, secret et intérieur au cœur¹¹⁴⁰ ». Cette séparation radicale de l'intérieur et de l'extérieur permet de justifier un contrôle précis de l'expression du culte en prétendant respecter le for intérieur des sujets. En séparant religion de l'État et celle de l'individu, Hobbes soutient ce que certains ont appelé un « nicodémisme théorique généralisé¹¹⁴¹ », c'est-à-dire une attitude politique qui entend renvoyer les convictions personnelles, considérées comme impétueuses et irrationnelles, dans la sphère privée. On pourrait aussi parler d'un « nicodémisme systématisé » dans la mesure où une telle lecture politique induit un dispositif institutionnel qui tend à faire appliquer cette règle.

De manière cousine aux libertins français, Hobbes théorise deux ombres qui se font face : une « liberté intérieure », liberté de l'esprit individuel, et une « raison d'État », présentée comme une nécessité

¹¹³⁵ *Lén.*, II, 37 : « S'il n'y a donc pas de support institutionnel, spécifique et universel, de la foi, s'il n'y a de foi qu'individuelle, il y a seulement deux solutions pour déterminer le contenu de cette foi. Ou bien c'est chaque individu, chaque chrétien qui détermine ce contenu, qui interprète ce que Dieu lui dit ou a dit aux prophètes, ou plutôt ce qu'il croit que Dieu lui dit ou a dit aux prophètes. Et de fait dans le monde chrétien, un certain nombre de personnes se disent inspirées par Dieu. Mais personne n'est tenu de les croire. En effet, si un homme me prétend que Dieu lui a parlé surnaturellement et immédiatement, et que j'en doute, je ne peux concevoir aisément quelle preuve il pourrait produire pour m'obliger à croire cela ».

¹¹³⁶ *Lén.*, II, 24 : « Une autre doctrine inconciliable avec la société civile, c'est que chaque fois qu'un homme agit contre sa conscience, c'est une faute. Cette doctrine repose sur la présomption par laquelle on se fait soi-même juge du bien et du mal. »

¹¹³⁷ *Lén.*, II, 37.

¹¹³⁸ 2, R. 5.

¹¹³⁹ *Lén.*, III, 42 .

¹¹⁴⁰ *Lén.*, III, 45.

¹¹⁴¹ Pierre-François MOREAU, *Hobbes : philosophie, science, religion*, Paris, PUF, 1989, p. 94.

politique¹¹⁴². Il ne s'agit pas là d'une simple posture réservée à quelques esprits forts repliés dans leur for intérieur, mais bien d'un présupposé anthropologique qui change les rapports à la vérité dans l'ordre politique. Dans le système proposé par le philosophe anglais, l'opacité du sujet est requise pour établir un partage définitif entre les insondables options intérieures et la nécessaire obéissance extérieure. Le secret est, selon Hobbes, une marque naturelle et inaliénable de la liberté de l'homme, peu importe l'importance prise par le pouvoir politique. Dans la mesure où l'œil du souverain n'est chargé de surveiller que les actions visibles, la vie privée de l'homme ne relève pas du domaine de la loi. L'historien Koselleck écrit ainsi qu'à partir du XVIII^e siècle :

L'homme se coupe en deux : une moitié privée et une moitié publique, les actions et les actes sont soumis sans exception à la loi de l'État et la conviction est libre, *in secret free*¹¹⁴³.

Le secret dans le système politique moderne n'est donc plus seulement là pour assurer l'indépendance du prince, mais devient surtout une préoccupation visant à contenir la multiplicité des opinions. Il est des existences privées comme il y a des propriétés privées. Elles sont inviolables et ne se partagent pas. L'existence de divergences irréductibles entre les opinions privées et les doctrines officielles requiert une division des plans (public/privé). Coexistent ainsi d'un côté un discours social et institutionnel et de l'autre l'intime conviction du for intérieur, qui est en elle-même incommunicable.

C- L'insurmontable inimitié des consciences étrangères les unes aux autres

Que penser du rôle joué par la dissimulation comme recours nécessaire pour surmonter les antagonismes à l'origine des discordes civiles ? Comme dans toute cité, les divergences privées n'ont pas d'entrée de jeu leur place dans la sphère publique. Aristote, averti du drame de la destruction d'une cité telle qu'elle est décrite dans l'*Illiadé*, est bien conscient que la cité est une réalisation concrète qui suppose un dépassement des antagonismes. Toute cité constitue une communauté mais est aussi « par nature pluralité¹¹⁴⁴ », c'est-à-dire une réunion d'êtres et de groupes privés, de toute manière différents. Le philosophe grec pensait alors déjà que l'avènement d'une cité emportait le dépassement de ces différences dans la poursuite d'un bien *commun* à tous et grâce à un *logos* à visée politique¹¹⁴⁵. Hobbes systématise pour sa part une distinction irréductible entre les domaines public et privé, qu'il considère comme imperméables l'un à l'autre. Il renonce par avance à cette amitié politique qui, pour Aristote, faisait un pont entre sphère publique et sphère privée. Pour lui, le fond de l'esprit de chaque individu doit demeurer inaccessible à ses semblables. Chacun a ses raisons dont il ne peut rendre raison. Les hommes étant radicalement

¹¹⁴² Cette division se retrouve dans la pensée des libertins du XVII^e siècle [Pierre Charron, Fontenelle, Spinoza, Gassendi ...]. René PINTAR, « Le for intérieur : Etre à soi, se soustraire au pouvoir absolutiste, La philosophie morale et politique de Pierre Charron », *Le libertinage érudit dans la première moitié du XVII^e siècle*, Paris, Boivin 1943, 767 p. ; Claudine HAROCHE, Jean-Pierre CAVAILLE, « De la construction des apparences au culte de la transparence. Simulation et dissimulation entre le XVII^e et le XVIII^e siècle », *Littératures classiques*, t. 34 (1998), p. 73-102.

¹¹⁴³ Reinhar KOSELLECK, *Le règne de la critique*, *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁴⁴ ARISTOTE, *La politique*, 1261a, p. 152.

¹¹⁴⁵ Henri TORRIONE, *Le bien commun dans le projet Aristotélicien de fonder sur l'expérience les principes régissant les structures de base des communautés politiques*, Fribourg, Université de Fribourg, dacty., 2007, p. 48 : « Aristote semble cependant soutenir qu'au milieu de cette diversité irréductible de conceptions et de modes de vie, un agir humain s'impose pratiquement comme fin ultime de la communauté politique. »

incommunicables les uns pour les autres, le philosophe anglais n'hésite pas à écrire dans son ouvrage sur les causes de la guerre civile anglaise :

C'est une chose difficile ou, plutôt, impossible, que de savoir ce que les autres hommes veulent dire, surtout s'ils sont malins¹¹⁴⁶.

Dans les affaires politiques, les intentions demeurent selon lui définitivement cachées. Les mobiles politiques et religieux visent surtout la préservation de soi et l'assouvissement d'un désir de gloire. Les prétentions au juste et à l'injuste cachent selon lui une volonté de puissance des individus et les désaccords sont autant de rivalités, potentiellement dangereuses et de toute manière indépassable. L'individu étant définitivement conduit par « *son* jugement et *sa* raison propre¹¹⁴⁷ », l'entente qu'il propose ne s'appuie sur aucune convergence des vues. La préservation des divergences entre les hommes ne fait pas non plus disparaître la peur qui est, pour Hobbes, le motif permanent du pouvoir du *Léviathan*. Les jugements privés doivent rester cantonnés dans la vie privée et ne doivent pas venir contredire les puissances pourvoyeuses de vérités officielles. Un tel système provoque une dualité intransigeante des discours : l'un est commun et public, tandis que l'autre est subjectif et secret. La sphère publique se veut celle de la rationalité, la sphère cachée du privé quant à elle est celle du sentiment, du ruminement intérieur, d'une irrationalité toujours potentiellement dangereuse, séparatiste, et difficilement contenue par le législateur.

Les théories de Hobbes sont décisives pour comprendre le rôle symbolique de la séparation entre le public et le privé dans le maintien de la paix civile. Le pouvoir fondé sur la garantie des droits étant confié à un seul en charge de la conduite de l'ensemble, la liberté est avant tout privée. En plaçant l'inimitié au fondement de la cité, la raison d'État commande de maintenir les opinions particulières à distance les unes des autres. Devant l'impossibilité de libérer totalement les convictions personnelles, le secret vient sceller le sceau d'une séparation entre la toute-puissance de l'État et les droits illimités des individus¹¹⁴⁸. Dans la perspective de Hobbes, la vie privée pourrait alors se définir comme le droit de pouvoir faire – en secret – tout ce qui ne nuit pas à autrui.

Section 2 - La définition d'un ordre public indifférent de la vie privée des citoyens

Bien avant Hobbes et de manière très différente, la notion de souveraineté trace, comme on l'a vu, en France, un partage entre l'ordre politique et la sphère privée. Jean Bodin défend certes le pouvoir royal, mais il souligne à plusieurs reprises que la puissance souveraine mue par les principes du bon gouvernement s'exerce sur ce qu'il nomme des « francs sujets¹¹⁴⁹ ». Dans *Les Six Livres de la République*, il soutient que si la souveraineté est absolue, la monarchie légitime n'est pas sans limites. En France, si les ferments de l'État

¹¹⁴⁶ Thomas HOBBS, *Behemoth or the long parlement*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 37 : « It is a hard matter, or rather impossible, to know what other men mean, especially if they be crafty » ; Pierre MANENT, *Naissance de la politique moderne, op. cit.*, p. 127 : « Et Hobbes prive les hommes de ce médium rationnel parce qu'il pousse jusqu'à son ultime conséquence l'affirmation de l'égalité entre les individus humains. »

¹¹⁴⁷ *Lén.*, I, 29 [Nous soulignons].

¹¹⁴⁸ Géraldine MUHLMANN, Eveline PISIER, François CHATELET, Olivier DUHAMEL, *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, p. 91.

¹¹⁴⁹ Jean BODIN, *Les Six Livres*, I, 6, p. 112.

moderne préexistent largement aux conflits religieux du XVI^e siècle, le renforcement du pouvoir royal est ainsi présenté sur le court et le long terme comme la solution aux divisions qui s'installent dans le royaume. La monarchie centralisée assure désormais le lien entre les membres de la communauté politique¹¹⁵⁰.

Les doctrines gallicanes peuvent se comprendre dans le cadre d'une dynamique de sécularisation¹¹⁵¹. La monarchie est instituée comme puissance ordonnatrice de la société et donc de l'Église. Mais la mainmise de l'État sur le culte n'est pas totale, car elle respecte toutefois la séparation entre la police publique du culte et son exercice privé. S'il s'opère à cette période une indiscutable étatisation de l'Église, celle-ci ne touche ainsi pas directement les questions de doctrine et de morale, qui sont considérées comme relevant de la conscience. Sous l'ancienne France, la logique gallicane influe donc non seulement sur la conception de l'Église comme un corps sous la tutelle de la monarchie, mais aussi sur les conceptions des missions de l'État comme agent d'un ordre régissant uniquement l'espace public. Alors qu'elle renvoyait au moins depuis saint Augustin à une perspective de durée (éternité/temporaire), elle revêt désormais sans conteste les mêmes linéaments que ceux qui séparent le public et le privé¹¹⁵². Ce partage, qui dissociait l'ordre temporaire et imparfait de la cité des hommes et l'ordre parfait et éternel de la cité de Dieu, rejoint peu à peu celui de la séparation entre l'ordre public extérieur et la sphère personnelle et familiale, entre ce qui relève de l'espace public et ce qui doit être contenu en marge de celui-ci. La tentative de faire coïncider la distinction entre le temporel et le spirituel et entre la sphère publique et les affaires privées conditionne ainsi le domaine d'action légitime de l'État et valorise le domaine privé, en en faisant le refuge de la conscience.

Mettant en musique les nouveaux principes de l'État moderne, les juristes ont progressivement écrit la partition d'un droit public respectueux de la liberté des sujets. Le maintien dans le privé de certaines matières se manifeste ainsi dans la définition juridique de l'ordre public, compris comme un ordre purement extérieur. Si fortes que soient les velléités de l'État monarchique aux XVII^e et XVIII^e siècles, celui-ci ne prétend pas établir un gouvernement des âmes similaire à celui de l'Église médiévale (*regimen animorum*). Dans les principes comme dans les faits, le monarque, si absolu soit-il, n'est pas ce pasteur qui fait montre d'une vigilance particulière pour les moindres actions de ses sujets. Pour les juristes de l'Ancienne France, les domaines de la religion et de la police doivent donc être confiés à des titulaire distincts (§.1), l'institution ecclésiastique se chargeant des affaires *purement spirituelles*, c'est-à-dire des affaires de la conscience, et le pouvoir

¹¹⁵⁰ Quentin EPRON, « Le gallicanisme a-t-il connu l'idée d'un ordre juridique ? », *Droit*, t. 35 (2002), p. 3-24. ; ID., « Gallicanisme ». Denis ALLAND et Stéphane RIALS (*Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 761-765 ; François OLIVIER-MARTIN, *Le régime des cultes en France du Concordat de 1516 au Concordat de 1801*, Paris, éd. Loysel, 1988, 455 p. ; Il s'agit d'une des origines de notre conception de la laïcité française : Philippe RAYNAUD, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Paris, Gallimard, 2019, 256 p.

¹¹⁵¹ Nicolas SILD, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, thèse sous la direction de Stéphane RIALS, Université Paris II- Panthéon-Assas, dacty., 2015, p. 524.

¹¹⁵² Dans cette perspective, les deux domaines sont donc placés sur le même plan et sont concurrents et autonomes. Le nom de sécularisation apparaît à la fin du XVI^e siècle pour qualifier une mutation foncière : le passage des domaines jusque-là détenus par des clercs vers des propriétaires laïcs. Les anciens recueils d'arrêt témoignent de cette première acception de l'expression : « sécularisation ». Sécularisation : « l'action de séculariser un religieux ». *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France*, éd. Jean PAPON *op. cit.* *Dictionnaires des arrêts*, Pierre-Jacques BRILLON, 1727, Guillaume Cavalier, t. III, V^o « Sécularisation » : « l'action de séculariser un religieux ».

monarchique s'érigeant en seul garant d'un *ordre public extérieur*, indépendamment des déterminations intérieures et des mœurs privées (§. 2).

§. 1 – Le partage décisif entre le gouvernement *extérieur* du culte et les affaires *purement spirituelles*

Le rôle pris par l'État souverain dans la recherche de l'unité religieuse, ou du moins d'une concorde extérieure au sein de la société, informe non seulement nos conceptions de la liberté de culte mais aussi nos définitions de l'ordre public et de la police. Dans ses *Institutions au droit français*, le grand juriste Guy Coquille considère que les droits de la royauté en matière religieuse s'arrêtent là où commence le domaine de la conscience :

[...] le roi est protecteur et conservateur des églises de son royaume, *non pas pour y faire lois en ce qui concerne le fait des consciences et la spiritualité*, mais pour maintenir l'église en ses droits et anciennes libertés¹¹⁵³.

Le partage entre l'ordre des consciences et l'ordre extérieur compris comme le maintien de la tranquillité publique présuppose en effet la reconnaissance d'un domaine spirituel autonome dans lequel l'action de l'État n'a pas de prise directe. Pour constituer un ordre juridique national, les juristes gallicans n'hésitent toutefois pas à étendre les droits de l'État pour régenter l'organisation de l'Église. La mission d'évêque du dehors semble ainsi comprise non plus, comme pour Constantin, en ce qu'il est en-dehors de la hiérarchie ecclésiastique, mais en tant que sa compétence s'étend sur la police extérieure du culte.

La compétence du pouvoir souverain dans les affaires religieuses s'arrête néanmoins là où commence le domaine du for intérieur¹¹⁵⁴. Pour ces défenseurs des droits du souverain, l'Église et son droit doivent être dans l'État et non l'inverse. Ils usent alors de cette distinction pour légitimer la prise en charge étatique de la discipline extérieure du culte. Cette ambition se retrouve quasi explicitement dès les premières formulations des théories sur l'indépendance de l'Église nationale. Cardin Le Bret estime ainsi que les rois de France du XVII^e siècle, à l'instar des empereurs carolingiens, ont reçu du ciel pleine compétence pour « entretenir l'ordre, la discipline et la Police *extérieure* de l'Église¹¹⁵⁵ ». Delamare reprend la même expression selon laquelle « la police ne peut agir que pour faire observer [le] culte *extérieure*¹¹⁵⁶ », qui seul est dans l'étendue de son pouvoir. Le Conseiller d'État Pierre Dupuy écrit enfin dans un commentaire des *Libertés de l'Église Gallicane* que les rois sont les « conservateurs de la discipline *extérieure*¹¹⁵⁷ ». Comme le relève un arrêt du Conseil du roi de 1766, alors que ce domaine - celui de l'Église - repose entièrement sur des « concessions

¹¹⁵³ Guy COQUILLE, *Institutions au droit français*, Paris, 1607, p. 11 [Nous soulignons].

¹¹⁵⁴ Nicolas SILD, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, *op. cit.*, p. 404.

¹¹⁵⁵ Cardin LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roi*, Jacques Quesnel, 1632, p. 77 [Nous soulignons].

¹¹⁵⁶ Nicolas DELAMARE, *Traité de la police*, Paris, Brunet, 1722, t. I, p. 14.

¹¹⁵⁷ Pierre DUPUY, *Commentaire sur le Traité des Libertés de l'Église Gallicane de Maître Pierre Pithou*, Paris, Cramoisy, 1652, t. II, p. 2 [Nous soulignons].

des souverains¹¹⁵⁸ », le pouvoir temporel est pleinement légitime pour veiller sur « l'ordre extérieur¹¹⁵⁹ ». Le parlement de Paris peut ainsi déclarer dans un arrêt contestant les mandements pris par un évêque pour appliquer la constitution *Unigenitus* que « le pouvoir temporel conduit par des voies humaines a pour objet l'ordre extérieur de la société, qui seul est au pouvoir des hommes¹¹⁶⁰ ». Durant la deuxième moitié du XVIII^e siècle, l'avocat gallican Durand de Maillane reprend toujours ces mêmes expressions quand, dans son dictionnaire de droit canonique, il soutient que le souverain est pleinement maître de « la police et discipline extérieure¹¹⁶¹ » de l'Église, et de tout ce qui « intéresse l'ordre public des États¹¹⁶² ». *A contrario*, il admet que ce pouvoir ne s'étend pas à ce qui est « purement spirituel¹¹⁶³ », à savoir, tout ce qui relève du « for intérieur de la pénitence¹¹⁶⁴ ». Au-delà de la défense de l'autonomie de l'Église de France, la doctrine gallicane prépare le terrain d'une séparation nette entre les affaires intérieures de l'homme et l'organisation du culte extérieur. Au nom d'une très grande confiance dans les institutions temporelles de la monarchie, les juristes gallicans comme Domat différencient ainsi clairement les questions d'ordre privé, qui concernent les consciences, de celles qui touchent l'ordre public.

§. 2 – L'ordre public de l'État distinct des déterminations intérieures et des mœurs privées des sujets

À l'époque moderne, il semble se dégager une nouvelle compréhension du partage entre les gouvernements spirituels et temporels comme une séparation entre l'ordre intérieur des âmes et le gouvernement extérieur de l'État. La recherche de l'ordre est la compétence clef de l'État moderne, le levier de sa construction et l'instrument de son maintien. Alors que le pouvoir législatif est, dans l'Ancienne France, en « grande partie théorique¹¹⁶⁵ », ou du moins « prudent sur le fond¹¹⁶⁶ », la police de l'État s'exerce dans tous les domaines. Pourtant, cette compétence générale peut être comprise comme ayant une dimension libérale en tant qu'elle n'est pas une force totalisante et liberticide, mais qu'il s'agit d'un mode d'intervention subsidiaire et circonstancié qui n'exige de la population que des comportements compatibles

¹¹⁵⁸ « Arrêt du Conseil d'État du Roi du 10 mars 1731 », *La constitution Unigenitus déferée à l'Église universelle ou Recueil Général des actes d'appel*, Cologne, 1757, p. 94 Arrêt du Conseil du roi concernant les actes de l'assemblée générale du clergé de France, Versailles 24 mai 1766, *Isambert*, t. 22, p. 453. Les termes mêmes de la distinction entre intérieur et extérieur sont parfois repris dans les arrêts du Parlement ou du conseil d'État du Roi.

¹¹⁵⁹ *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 22, *op. cit.*, p. 453 : Arrêt du Conseil du roi concernant les actes de l'assemblée générale du clergé de France, Versailles 24 mai 1766.

¹¹⁶⁰ Conseil d'État du Roi, 10 mars 1731, *La constitution unigenitus déferée à l'Église universelle ou Recueil Général des actes d'appel*, 1757, p. 94. [Nous soulignons].

¹¹⁶¹ Pierre-Toussaint DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 3^e éd., Lyon, Duplain, 1776, t. II, V^o « Discipline », p. 337.

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ Jean-Marie CARBASSE, Guillaume LEYTE, Sylvain SOLEIL, *La Monarchie française du milieu du XVI^e siècle à 1715. L'esprit des institutions*, Paris, SEDES, 2000, p. 167. Ce pouvoir législatif s'attache à la forme et demeure « prudent sur le fond ».

¹¹⁶⁶ François SAINT-BONNET, Yves SASSIER, *Histoire des institutions*, *op. cit.*, p. 348.

avec la tranquillité de tous¹¹⁶⁷. Lorsqu'il traite de police ecclésiastique dans son ouvrage sur le droit public, Domat prend des précautions répétées pour bien distinguer « l'esprit de la religion [de] celui de la police¹¹⁶⁸ ». Le gouvernement de la cité ne doit, selon lui, pas servir à « régler ce qui se passe dans le secret des cœurs des hommes¹¹⁶⁹ ». La finalité de l'ordre étatique, c'est la tranquillité publique et la police doit se désintéresser de ce qu'il nomme « l'intérieur des mœurs¹¹⁷⁰ ». Le gouvernement temporel est tout puissant, mais surtout pour régir un ordre extérieur « *indépendamment* des bonnes ou mauvaises dispositions de l'intérieur des personnes¹¹⁷¹ ». Le juriste gallican ne craint pas de soutenir l'hypothèse impie qui voudrait que l'ordre du Royaume puisse être assuré même si les dispositions intérieures des sujets n'étaient régies par aucun esprit de religion. La paix garantie par les institutions recouvre ainsi tout ce domaine *extérieur*, qui relève de la compétence de l'État. Comme il le dit dans son *Traité des lois* :

Les lois de la police sont celles qui règlent l'ordre extérieur de la société entre tous les hommes, soit qu'ils connaissent ou qu'ils ignorent la religion, soit qu'ils en observent les lois, ou qu'ils les méprisent¹¹⁷².

La paix civile définie comme la tranquillité de tous dans l'ordre n'est donc plus entre les mains d'une quelconque orthodoxie religieuse, elle devient une production de l'État. La lecture de Domat du partage entre temporel et spirituel épouse ainsi la forme d'une séparation entre ordre intérieur et ordre extérieur, et finalement entre sphère privée et espace public¹¹⁷³. D'une certaine manière, l'autonomie du spirituel se reporte sur la sphère privée qui ne relève plus de la compétence de la police royale. Ainsi, tout en donnant des gages solides à l'autorité politique, Domat relativise l'étendue du champ d'action de l'État. Il relève que contrairement aux règles de discipline, les lois de police sont moins strictes car elles s'appliquent à une société plus étendue. Le commandement s'adresse essentiellement à l'homme civil. Il s'agit ainsi de régler entièrement non pas la personne mais le citoyen, et ce par des principes généraux au service du bien commun et non par des règles particulières¹¹⁷⁴. Selon cette définition, les mœurs privées, les pensées, les erreurs personnelles et ce qui ne se manifeste pas et ne cause pas de trouble, ne relèvent donc plus du pouvoir de police du roi¹¹⁷⁵. Le juriste du Grand Siècle insiste bien sur le fait que les mesures d'ordre public sont par

¹¹⁶⁷ Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ., 1984, t. 1, p. 460. Si une partie de la pensée libérale n'a vu dans la police qu'« une notion totalisante, une activité s'emparant des finalités sociales, envahissantes, liberticides », celle-ci demeure « *essentiellement libérale* » dans son mode d'action subsidiaire. [Nous soulignons].

¹¹⁶⁸ Jean DOMAT, *Le droit public, op. cit.*, Livre 1, p. 338 ; On retrouve aussi cette idée dans Jean DOMAT, *Traité des lois* (1689), [liv. *prél.*, ch. 10, §. 6] dans *Œuvres complètes*, Paris, Firmin Didot, 1828, t. 1, p. 32 : « C'est à cause de ces différences entre l'esprit de la religion et celui de la police que Dieu en a séparé les ministères, afin que *l'esprit de la religion qui règle l'intérieur*, et qui doit s'insinuer dans les cœurs des hommes par l'amour de la justice et par le mépris des biens temporels, fût inspiré par d'autres ministres que les puissances temporelles qui sont armées de la terreur des peines et des supplices pour maintenir l'ordre extérieur » [Nous soulignons].

¹¹⁶⁹ ID., *Le droit public, op. cit.*, Livre 1, p. 338.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹¹⁷² Jean DOMAT *Traité des lois*, dans *Œuvres complètes, op. cit.*, t. 1, p. 54.

¹¹⁷³ Nicolas SILD, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905), op. cit.*, p. 404. Ce point a bien été remarqué par cet auteur : « Chez Domat comme chez beaucoup de gallicans, cette distinction entre ordre intérieur et ordre extérieur recoupe la distinction entre puissance spirituelle et temporelle ».

¹¹⁷⁴ Pierre-Benjamin LAFAYE, *Dictionnaire des synonymes de la langue française*, Paris, Hachette, 1884, V° « Ordre », p. 221 : Les synonyme d'ordre sont : « Tranquillité, - Police, discipline, subordination ».

¹¹⁷⁵ Jean DOMAT, *Traité des lois, op. cit.*, t. 1, p. 37.

nature distinctes des déterminations intérieures de l'homme. Les affaires « purement spirituelles¹¹⁷⁶ », c'est-à-dire selon lui « l'esprit et le cœur¹¹⁷⁷ », ne doivent être régies que par « l'esprit de religion¹¹⁷⁸ » qui doit venir régler « l'intérieur des mœurs¹¹⁷⁹ ». Domat considère ainsi que la conduite privée ne relève pas de l'ordre politique et que, par conséquent, une domination qui irait plus loin serait tyrannique. Le for intérieur est radicalement hors de portée, placé à distance, loin de toute domination politique. On comprend donc pourquoi, selon lui, les mesures de police ne saisissent pas la totalité de l'homme mais supposent de laisser une certaine latitude aux personnes privées.

Les définitions de la police par Domat se retrouvent dans les écrits du Chancelier d'Aguesseau, qui use au XVIII^e siècle de conceptions proches de celles du juriste gallican quand il considère que le droit public ne doit s'attacher qu'aux « actions *les plus extérieures des hommes*¹¹⁸⁰ ». Selon lui, le monarque n'a de prise que sur les actions visibles de tous et sur celles qui sont nuisibles à la paix sociale :

L'autorité des Princes ne s'étend pas sur les simples pensées, sur les erreurs, qui ne sont manifestées ni par aucun signe extérieur ni par aucun trouble dans la société. Dieu, qui connaît le secret des cœurs, a seul le droit de juger les pensées mais publier celles qui sont capables d'alarmer la religion, les mœurs, le régime de la société et les droits d'autrui, c'est une licence qui doit être réprimée¹¹⁸¹.

La position de d'Aguesseau semble assez claire ; il n'est pas question de sonder les reins, les cœurs et de s'ingérer dans la vie privée des sujets. L'ordre public ne repose plus sur une communion entre les membres de la communauté politique mais suppose au contraire un partage accru entre ce qui relève du domaine public et de la sphère privée.

Les bornes théoriques de l'action de l'État sur l'homme intérieur sont déjà présentes sous l'Ancien régime. Cette approche de l'ordre public précède les théories du contrat social et leur volonté de fonder un nouvel ordre politique sur le respect des libertés individuelles et la vie privée des sujets. La distinction entre ordre extérieur et ordre intérieur semble d'ailleurs être reprise par des juristes des XVIII^e et XIX^e siècles, héritiers de l'École du droit naturel. Le juriste Genevois Jean-Jacques Burlamaqui, dans son *Principes du droit de la nature et des gens*, et l'encyclopédiste Barthélemy de Félice évoquent ainsi un partage entre le domaine de l'ordre public et la vie intérieure des sujets avec des similitudes frappantes de formulation¹¹⁸². Dans ses *Principes de la philosophie du droit*, Hegel, décomposant les principes de l'État libéral tels qu'il considère qu'ils ont été dégagés par l'histoire, distingue la sphère de la moralité (*Sittlichkeit*) et le maintien par le pouvoir

¹¹⁷⁶ ID., *Le droit public*, op. cit., p. 339.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Henri-François D'AGUESSEAU, *Œuvres de M. le chancelier d'Aguesseau*, Paris, Libraires Associés, 1789, p. 37

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, Paris, Dupin, 1820, t. 1, p. 218 : « Les lois de la police sont celles qui règlent l'ordre extérieur de la société entre tous les hommes, soit qu'ils connaissent, ou qu'ils ignorent la religion : soit qu'ils connaissent, ou qu'ils observent les lois, ou qu'ils les méprisent. » ; p. 219 : « en ce que la religion règle l'intérieur et les mœurs de l'homme pour le porter à tous ses devoirs, et que la police n'exerce son ministère que sur l'extérieur indépendamment de l'intérieur. » ; Fortuné BARTHÉLÉMY DE FÉLICE, *Encyclopédie ou dictionnaire universel raisonné des connoissances*, Paris, 1773, t. 26, V^o « Loix », p. 529.

politique d'un ordre extérieur (« äußere Ordnung¹¹⁸³ »). La liberté du for intérieur devient donc une liberté de la vie privée. Dans sa *Théorie générale de l'État*, le juriste suisse Bluntschli¹¹⁸⁴ soutient pour sa part que le but de l'État étant l'ordre public, il est limité par « la liberté de la vie privée et la vie religieuse commune¹¹⁸⁵ » qui constituent des « bornes naturelles¹¹⁸⁶ » protégées par l'ordre juridique. Le pouvoir de l'État ne fixe pas ce qu'il y a « d'essentiellement individuel¹¹⁸⁷ », mais ce qui est commun à l'ensemble des habitants d'une communauté politique.

L'ordre public matériel tel qu'il est pensé à partir des XIX^e et XX^e siècles, compris comme une tranquillité relative en opposition à l'ensemble des troubles visibles, est l'axiome d'un droit public respectueux de la vie privée. Dans des développements célèbres, Maurice Hauriou considère, à l'instar de Domat, que sa poursuite doit renoncer à atteindre « les causes profondes du mal¹¹⁸⁸ ». Pour le juriste, l'ordre public « au sens de la police¹¹⁸⁹ » correspond ainsi à un « ordre matériel et extérieur¹¹⁹⁰ ». Les mesures administratives ne viennent pas régir l'intérieur de l'homme, elles servent à préserver les mœurs publiques et, la plupart du temps, se contentent de maintenir un « ordre dans la rue¹¹⁹¹ ». Ce parti-pris met un frein au désir de justice totale en préférant tolérer certains désordres privés plutôt que de régler l'intérieur des maisons, refuge de la liberté et de la conscience.

Section 3 - La définition de la liberté religieuse comme une liberté de la vie privée

Le choix d'une tolérance privée couplée à une maîtrise de l'espace public par la police étatique caractérise, comme on l'a vu, la monarchie française depuis la fin du XVI^e siècle. Le rôle prépondérant du pouvoir politique dans la gestion des cultes informe durablement la façon dont est ensuite envisagée la liberté religieuse. La foi minoritaire est libre en privé, mais les *extériorisations* du culte ne le sont pas, ou du moins sont encadrées juridiquement. Dans le prolongement des édits royaux, on remarque sur le long terme une même tendance à contrôler scrupuleusement l'expression des cultes, y compris catholique¹¹⁹². À la fin

¹¹⁸³ Georg-Wilhelm HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Flammarion, §. 231, p. 320 : « Dans la mesure où, pour la réalisation de l'un et de l'autre but, c'est la volonté particulière qui reste le principe, la puissance protectrice de l'universel est limitée d'une part à la sphère des contingences et d'autre part à un *ordre extérieur* » [Nous soulignons].

¹¹⁸⁴ Johann Caspar BLUNTSCHLI (1808-1881), théoricien du fédéralisme Suisse, est l'auteur de traités de droit public en langue allemande.

¹¹⁸⁵ Johann Caspar BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'État*, trad. Armand DE RIEDMATTEN, Paris, Guillaumin, 1881, p. 285.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 290.

¹¹⁸⁸ Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, p. 549.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

¹¹⁹¹ *Ibid.*

¹¹⁹² *Ibid.*

du XVIII^e siècle, en 1787, est reconnue l'existence légale des protestants au sein du royaume. Le préambule de l'édit de Versailles remarque que seul l'exercice public du culte était jusque-là prohibé :

Lorsque Louis XIV défendit solennellement dans tous les Pays et Terres de son obéissance l'exercice *public* de toute autre religion que la religion Catholique, [...] ¹¹⁹³.

La fiction d'une tolérance privée entre la révocation de l'édit de Nantes et ce qui se présente comme un nouvel édit de tolérance demeure donc de mise. L'attendu qui officialise la présence du culte réformé au sein du royaume prend en effet bien soin de maintenir la dualité des ordres public et privé en interdisant le port public d'habits spécifiques à la religion réformée, et prouve que malgré l'admission d'un état civil pour les Protestants, leur liberté de culte reste conçue comme une tolérance cantonnée à l'espace privé ¹¹⁹⁴.

Quelques années plus tard, les révolutionnaires eux-mêmes sont encore empreints de l'idée selon laquelle les divergences religieuses importent peu tant qu'elles relèvent de la sphère domestique et qu'elles sont confinées dans le for interne. La méfiance envers la consécration d'une liberté religieuse pleine et entière se manifeste dans la formulation de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Si celui-ci concède la liberté religieuse, il considère aussi que sa manifestation n'est pas totalement libre :

Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que *leur manifestation* ne trouble pas l'ordre *public* établi par la loi.

La liberté est ainsi immédiatement assortie d'une réserve pour ce qui relève de l'expression publique du culte. Ce texte induit une différence implicite de régime entre le culte privé et son expression dans l'espace public. La paternité de cette formulation revient au jésuite jacobin Gobel, qui insiste particulièrement dans ses écrits sur le contrôle de la publicité des cultes minoritaires comme garantie due à l'ensemble de la société ¹¹⁹⁵. Cette référence à l'ordre public dans la définition de la liberté religieuse s'inscrit directement dans la tradition qui admet les cultes non catholiques à condition qu'ils demeurent privés. La liberté de culte est ainsi défendue comme une immunité de la sphère privée. Dans son discours sur la liberté du culte du 3 ventôse an III, le calviniste Boissy d'Anglas souligne bien cet aspect. Pour lui, la religion, y compris le culte

¹¹⁹³ LOUIS XVI, *Édit du roi concernant ceux qui ne font pas profession de la religion catholique*, novembre, 1787, p. 1 [Nous soulignons].

¹¹⁹⁴ *Ibid.* p. 2 : « Ne pourront, non plus ceux qui se prétendraient ministre ou pasteur d'une autre religion que la religion catholique, prendre ladite qualité dans aucun acte, porter en public un vêtement différent de celui des autres de ladite religion. »

¹¹⁹⁵ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 8, p. 476-480. Sur ce sujet : Pierre-Henri PRELOT, « L'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme aux origines de la laïcité », *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, Lexis Nexis, 2018, p. 605-615.

catholique, doit se retirer dans l'espace privé. Elle doit demeurer libre en tant qu'elle dérive du cœur et qu'elle peut être cantonnée hors de l'espace public :

Le cœur de l'homme est un asile sacré, où l'œil du gouvernement ne doit pas descendre. Surveillez ce que vous ne pouvez empêcher, régularisez ce que vous ne pouvez défendre. Les cultes, quel qu'ils soient, n'auront de vous aucune préférence : vous n'adopterez point celui-ci pour persécuter celui-là, et, ne considérant la religion *que comme une opinion privée*, vous ignorerez ses dogmes et vous laisserez à chaque citoyen la faculté de se livrer à son gré aux pratiques qu'il aura choisies. Gardez-vous bien de faire pratiquer avec enthousiasme dans des souterrains ce qui se pratiquerait avec indifférence, avec ennui même dans une maison privée !¹¹⁹⁶

Suite au rapport du membre du Comité de salut public, un décret abonde en ce sens, en interdisant au culte de « paraître en public » et en prohibant les cérémonies « hors de l'enceinte choisie¹¹⁹⁷ ». L'ancienne distinction du temporel et du spirituel à l'œuvre dans cette première séparation de l'Église et de l'État est nettement interprétée comme un partage entre la sphère publique et le domaine privé. Dans l'esprit de ces Thermidoriens, les religions doivent, sans distinction, être libres, à la condition d'être placées sur le même plan qu'une opinion privée. De même, l'Abbé Grégoire défend la liberté religieuse en insistant sur la dimension privée du culte et en se gardant bien de relever les aspects publics de cette liberté :

La religion, en dirigeant la conduite des parents, les rend plus attentifs à l'éducation de leurs enfants et par-là s'établit dans le sens des familles une tradition de vertus, un héritage de bonnes mœurs qui sont les pierres angulaires de la liberté¹¹⁹⁸.

Il n'est nul besoin de peindre toute l'histoire française ultérieure de la laïcité pour se rendre compte que si l'État n'impose pas de dogme, il conserve précieusement le contrôle du culte dans l'espace public¹¹⁹⁹. On retrouve cela dans les préoccupations françaises sur les « signes extérieurs » et la police des « lieux de culte¹²⁰⁰ ».

En Angleterre aussi, les dissidences catholique et protestante sont renvoyées dans le privé pour ne pas faire d'ombre à l'Église anglicane. Mais en réaction à cela, dès le milieu du XVII^e siècle, les puritains défendent des positions plus radicales que la simple tolérance civile¹²⁰¹. Animés par la volonté de purifier la religion de ses aspects institutionnels, voire, pour certains, de rompre avec l'Église officielle d'Angleterre considérée comme anti-chrétienne, ils revendiquent une séparation pure et simple entre les affaires de la conscience et les affaires politiques. L'Église doit constituer selon eux une communauté sainte et spirituelle d'êtres consentants. Pour cela, bien des puritains optent pour une organisation ecclésiale en congrégation, c'est-à-dire un rassemblement d'individus privés plutôt qu'un système d'Église étatique ou même une structure épiscopale traditionnelle. Pour que la conscience soit libre, elle ne doit pas être influencée par un

¹¹⁹⁶ François-Antoine de BOISSY D'ANGLAS, « Rapport préliminaire au décret de liberté des cultes » [21 février 1795], *Réimpression de l'ancien Moniteur*, Paris, A. René et Cie, 1852, t. XXII, p. 526.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, t. XXVI, p. 79.

¹¹⁹⁸ Henri GRÉGOIRE, *Discours sur la liberté des cultes*, Paris, Maradan, 1795, p. 30.

¹¹⁹⁹ Ce souci du partage entre religion publique et religion privée se retrouve encore par exemple au XIX^e bien avant la loi de 1905. François SAINT-BONNET, « La Restauration de la religion de l'État et la liberté des cultes », *Jus politicum*, t. 16, (2014), p. 1-16.

¹²⁰⁰ Pierre-Henri PRÉLOT, « L'ordre public des religions : un itinéraire », *Revue de droit des religions*, t. 9 (2020), p. 59-72.

¹²⁰¹ Christopher HILL, *Society and Puritanism in Pre-Revolutionary England*, London, Verso, 2018, 464 p. ; Stephen FOSTER, *The Long Argument : English Puritanism and the Sharpening of New England Culture, 1570-1700*, Williamsburg, Omohundro Institute, 2012, 415 p.

gouvernement politique quel qu'il soit. En conséquence, l'autorité religieuse ne doit en aucun cas être une émanation du pouvoir civil ni lui ressembler¹²⁰². En Nouvelle-Angleterre, le système d'association privée prospère particulièrement dans la colonie du Massachusetts. Animé par un zèle religieux très fort, ce système de congrégation bénéficiait du soutien des magistrats civils qui s'attachaient à punir les attaques publiques contre les différentes églises. Il n'existait pas pour autant de véritable liberté religieuse dans les colonies. Les quakers et les baptistes furent persécutés parfois jusqu'à la mort. Les minorités bénéficiaient, à défaut, d'une liberté de s'éloigner de la communauté principale pour se livrer à l'écart au culte de leur choix¹²⁰³. En pouvant ainsi prendre leurs distances avec l'orthodoxie du groupe, les hommes ont alors développé une faculté de mener des vies « parallèles, incommensurables et discrètement antagonistes¹²⁰⁴ ».

Dans leur volonté de désinstitutionnaliser le christianisme pour retourner à la pureté évangélique des premiers chrétiens, certains dissidents puritains vont encore plus loin en allant défendant, les premiers, l'idée d'une séparation plus nette entre l'Église et l'État. C'est le cas du pasteur Roger Williams¹²⁰⁵, exclu par John Cotton de la colonie du Massachusetts, qui remet en cause la césure qu'il juge hypocrite entre ordre social et domaine secret de la conscience. Selon lui, tous les modes de vie doivent pouvoir s'exprimer publiquement, même les comportements déviants :

Il est toutefois infiniment mieux que les gens impies et dissolus le soient à visage découvert, plutôt que camouflés sous le voile et le capuchon de l'hypocrisie traditionnelle qui dévie et émousse le tranchant même de toute conscience, qu'elle soit tournée vers Dieu ou vers l'homme¹²⁰⁶.

Le pasteur refuse que les personnes jugées impies soient contraintes à la dissimulation. Selon lui, la liberté évangélique exige non seulement de tolérer dans le secret des dissidences, mais aussi la capacité de manifester aux yeux de tous les décrets de sa conscience. La défense de la subjectivité, le couple sincérité-vérité, l'invocation du jugement intime de la « certitude du sentiment intérieur¹²⁰⁷ » et la recherche d'authenticité rendent caduque la séparation entre le domaine personnel et les apparences sociales¹²⁰⁸. Le souci de la libre expression de soi exige que puisse être levé le voile des identités personnelles au sein de la société. Cette situation de pluralisme accepté justifie cette rupture entre l'ordre de la foi et l'ordre politique sans contraindre pour autant les minorités religieuses à la discrétion. Il n'est pas interdit de penser que la position de ces protestants radicaux, bien qu'extrêmement minoritaire, a pu informer durablement la façon

¹²⁰² Cyril SELZNER, « Les voies paradoxales de la tolérance », dans *La Tolérance politique, Nouvelles perspectives sur les influences anglo-saxonnes*, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 20.

¹²⁰³ Marci A. HAMILTON, « Les origines religieuses de la clause américaine de non-établissement », dans *La conception américaine de la laïcité*, Élisabeth ZOLLER (dir.), Paris, Dalloz, 2005, p. 72-88 ; Agnès DELAHAYE, « Tolérance et pluralisme aux États-Unis, Le puritanisme américain à l'aune de la colonisation », dans *La Tolérance politique, Nouvelles perspectives sur les influences anglo-saxonnes, op. cit.*, p. 53-66 ; Blandine CHELINI-PONT, Grégory MOSE, « La laïcité américaine aujourd'hui ou la bataille du Premier Amendement », *Revue du droit des religions*, t. 4 (2017), p. 83-103.

¹²⁰⁴ Cyril SELZNER, *Les voix paradoxales de la tolérance, op. cit.*, p. 33.

¹²⁰⁵ Roger WILLIAM (1603-1684), pasteur baptiste plus radical encore que les puritains du Massachusetts, part fonder une nouvelle colonie qu'il entend faire totalement reposer sur la liberté de conscience.

¹²⁰⁶ Roger WILLIAM, *Genèse religieuse de l'État laïque textes choisis*, éd. Marc BOSS, Genève, Labor et Fides, 2014, p. 173.

¹²⁰⁷ Cyril SELZNER, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais aux XVI^e et XVII^e siècles, op. cit.*, p. 44.

¹²⁰⁸ Le couple sincérité-vérité se retrouve en France, probablement sous l'influence de Rousseau. Voir *infra* Titre III- Chapitre I- La diffusion de la vie privée dans l'espace public : la genèse d'une question.

d'envisager la liberté de culte outre-Atlantique. Cela explique peut-être pourquoi, aux États-Unis, l'expression de la religion dans l'espace public est davantage considérée comme le prolongement naturel de la liberté de conscience. Il en découle par voie de conséquence une grande hostilité à ce que les manifestations de foi individuelle soient sanctionnées dans l'espace public ou même de la part d'agents de l'État¹²⁰⁹. La religion, si elle est privée en ce qu'elle est non contrainte et non étatique, ne l'est pas au sens où elle devrait être évincée en raison de son caractère visible.

Arrivant après ce puissant courant évangélique qui secoue en profondeur l'équilibre théologico-politique de l'Angleterre, Locke n'est pas d'une originalité extrême quand il recommande que soient radicalement séparés les biens civils (la vie, la liberté, l'intégrité du corps, les biens extérieurs), qui relèvent du contrat social, et les biens spirituels qui dépendent d'un choix intime relatif à la conscience personnelle¹²¹⁰. Il se singularise davantage quand il soutient une conception essentiellement solitaire de la liberté religieuse. Selon son expression, cette liberté première se conçoit comme la faculté selon laquelle « chacun a droit *tout seul* de travailler au salut de son âme¹²¹¹ ». Comme il le dit, « toute l'essence et la force de la vraie religion consiste dans la persuasion absolue et *intérieure* de l'esprit¹²¹² ». La liberté de conscience qui s'impose au XVIII^e siècle dans la jeune république américaine est ainsi le fruit de la concorde de la diversité des cultes qui coexistent de fait et des idées républicaines de Locke. Le consensus qui s'établit progressivement autour de la doctrine du non-établissement, c'est-à-dire l'interdiction du soutien d'État aux Églises, est le fruit de cet héritage. La volonté de Madison d'établir une « grande barrière¹²¹³ » entre la pratique personnelle du culte et ce qui relève des affaires politiques rejoint le projet de faire coïncider la distinction spirituelle et temporelle avec le partage entre les affaires de l'État et celles de la conscience. Une telle proposition se retrouve dans la conception américaine de la liberté religieuse, qui présente des aspérités cousines de ce qu'est devenue la laïcité française. Le premier amendement garantit ainsi une liberté totale du culte, mais la culture politique se charge de maintenir un écart entre la foi syncrétique et patriotique du peuple américain et la foi personnelle de chaque individu¹²¹⁴. Si la religiosité conserve une place dans l'espace public, c'est à titre d'option personnelle, de choix privé respectable en tant que tel, mais en aucun cas comme une allégeance qui pourrait rivaliser avec celle que le citoyen américain doit à l'État. Cette tradition religieuse et politique initiée par les rédacteurs de la Déclaration d'indépendance repose sur des principes théoriques d'une séparation entre les cultes et l'État au moins aussi rigoureuse que celle qui aura cours après 1905 en

¹²⁰⁹ On retrouve cela dans le débat féroce qui oppose actuellement l'État québécois et le Canada autour de la loi 21, loi sur la laïcité censurée par la Cour supérieure du Québec le 20 avril 2021 pour protéger les anglophones. Celle-ci entend imposer la neutralité religieuse à l'ensemble des fonctionnaires, ce qui est vu comme une solution violente voire raciste par une partie de l'opinion.

¹²¹⁰ Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, op. cit., p. 802.

¹²¹¹ John LOCKE, *Lettre sur la tolérance* (1690), trad. Jean LE CLERC et Jean-Fabien SPITZ, Paris, Flammarion, 2007, p. 42 : « Que si un homme vient à se tromper dans le culte qu'il rend à Dieu, ou dans les dogmes spéculatifs de la religion, il ne fait aucun tort à son prochain, que sa perte n'entraîne point celle des autres, et qu'ainsi chacun a droit *tout seul* de travailler au salut de son âme. » [Nous soulignons].

¹²¹² *Ibid.*, p. 58 [Nous soulignons].

¹²¹³ James MADISON, *Letters and Other Writings of James Madison : Fourth President of the United State*, Philadelphia, Lippincott, 1865, t. 1, p. 163.

¹²¹⁴ Sur le sujet : John WITTE, « Religion and the American Constitutional Experiment : Essential Rights and Liberties », *Notre Dame Law Review*, t. 71 (1999), p. 372 - 445.

France¹²¹⁵. Dans une lettre de 1802 à une association baptiste de Danbury dans le Connecticut, Jefferson peut ainsi écrire :

Je suis d'accord avec vous, la religion *est une matière qui se trouve seulement entre l'homme et son Dieu*, [...]. Je contemple avec une souveraine révérence l'acte de tout le peuple américain qui déclare que le législateur doit « ne faire aucune loi concernant l'établissement de la religion, ou prohiber le libre exercice de celui-ci », construisant ainsi un mur de séparation entre les églises et l'État¹²¹⁶.

La liberté religieuse conçue comme une liberté privée informe nos propres conceptions de la religion comme une activité humaine avant tout individuelle, séparée des autres questions, inaccessible à la contrainte et par conséquent intrinsèquement éloignée de la politique. Elle est devenue « cet espace dans lequel, et par lequel, les fins substantives et collectives (salut, droiture, etc.) sont individualisées et transformées en question d'engagement ou de moralité personnels¹²¹⁷. » Au fil de l'histoire occidentale, elle s'est transformée en un concept prescriptif qui ordonne une séparation entre les fins individuelles et les fins collectives. Il y a ainsi une distinction tacite, pour ne pas dire une rupture, entre d'un côté les conduites privées et de l'autre le corps politique. Ce processus opère une indéniable libération du privé conçu comme un domaine autonome de la conscience et nécessairement distinct de l'ordre dominant. En France plus encore que dans la tradition anglo-saxonne, notre représentation collective de la religion n'en fait qu'une liberté privée, un droit de la conscience devant concentrer ses effets dans la sphère domestique. Le *right to privacy* qui présuppose cette distinction entre sphère publique et sphère privée est pensé sur le même mode que la liberté religieuse de Locke, c'est-à-dire comme un droit à être laissé tout seul (*right to be let alone*). C'est du moins ainsi que le présentent les premiers théoriciens du droit à la vie privée, qui ont puisé dans le vocabulaire de la liberté religieuse pour fonder un droit à mener une existence indépendante¹²¹⁸. Pour les raisons évoquées, il semble que la césure entre d'un côté l'homme privé et la société de l'autre soit moins demeurée aux États-Unis qu'en France. La question de l'indifférence du pouvoir public aux actes privés prend toutefois une dimension particulière quand il s'agit des fonctionnaires publics, c'est-à-dire des hommes privés, qui, par leur fonction, incarnent de manière visible l'État.

¹²¹⁵ Antoine IMBERT, Erwan LE NOAN, « James Madison, la liberté religieuse et la laïcité », *Société, droit et religion*, t. 1 (2012), p. 97-112 ; Élisabeth ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis, ou la séparation des églises et de l'État dans la société pluraliste » dans ID., *La conception américaine de la laïcité*, *op. cit.*, p. 120-158.

¹²¹⁶ Thomas JEFFERSON cité dans : « Religion and the American Constitutional Experiment », *op. cit.*, p. 400 [Notre traduction].

¹²¹⁷ William E. ARNAL, « Definition », *Guide to the Study of Religion*, éd. Willi BRAUN and RUSSEL, T. MCCUCHEON, London, Continuum, 2000, p. 32 [Notre traduction].

¹²¹⁸ L'expression d'inspiration lockéenne de "droit à être laissé tout seul" reprise par le juge américain Thomas M. Cooley et par Warren et Brandeis fait directement référence aux propos du père fondateur de la Constitution américaine. Cette expression est aussi reprise par la Cour suprême « Makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness ... They conferred, as against the Government, the right to be let alone – *the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized man.* » Cour suprême 4 juin 1928, *Olmstead v. U. S.*, 277 US 438, 478 (1928) [Nous soulignons].

Section 4 – La naissance du conflit entre discipline extérieure et liberté intérieure des fonctionnaires de l'État

Après avoir vu à quel point la recherche d'une conciliation entre liberté et obéissance extérieure est profondément inscrite dans l'histoire du droit public moderne, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les serviteurs de l'État peuvent bénéficier de la garantie des libertés privées. Cette question ne se pose véritablement que lorsque le nombre de ceux dont les fonctions gravitent autour du pouvoir souverain augmente et qu'ils acquièrent un statut propre¹²¹⁹. La période féodale repose sur un éclatement des pouvoirs et sur le serment entre des hommes qui, pour une bonne part, échappent à l'autorité du monarque. La question de l'indépendance de leur vie privée est donc sans objet. Dans l'État d'ancienne France, une bonne partie des charges et offices sont inamovibles, vénaux et héréditaires, de sorte que l'indépendance des hommes au service de la chose commune est garantie par la patrimonialité des offices. À partir de la Révolution, la volonté de prendre en considération l'égalité de la naissance et de choisir les membres de l'administration selon les critères objectifs de la vertu et du talent, comme l'exige l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, change les modes de recrutement et d'exercice des fonctions étatiques. La question de la liberté de la vie privée des fonctionnaires publics se pose ainsi d'une façon nouvelle au XIX^e siècle, alors qu'est formée une armée permanente d'agents civils entièrement dépendants d'une administration centralisée. Les hommes qui se mettent au service de l'État s'unissent à lui sur un mode hiérarchique, impersonnel et spécialisé¹²²⁰. En attendant de former une catégorie professionnelle au statut clairement défini, ils constituent déjà une nouvelle classe sociale¹²²¹.

Si la position du fonctionnaire dans les structures bureaucratiques exige « un devoir *spécifique* de loyauté envers la fonction¹²²² », l'homme reçoit en échange des garanties sur son existence privée. Le secret est donc, pour l'homme exerçant certaines professions dans l'administration, l'élément permettant de maintenir une séparation entre son existence privée et son office. Avant le XX^e siècle, la notion de fonctionnaire ne peut encore se définir par un statut juridique bien déterminé. Il est un titre qui n'a « pas de portée juridique¹²²³ », mais il peut s'entendre au sens large comme désignant toute personne qui exerce de façon permanente des actes d'autorité publique dont la finalité est de concourir à la gestion des intérêts collectifs d'une personne administrative¹²²⁴. Dans la lignée de la Révolution, les titulaires de charges publiques constituent déjà une catégorie sociale spécifique. Comme le relève l'édition du dictionnaire de l'Académie française dans sa version de 1798, le fonctionnaire public désigne « celui qui exerce dans un État une ou plusieurs fonctions publiques¹²²⁵ ». Lorsque les hommes du XIX^e siècle évoquent ce terme, ils songent à l'ensemble des

¹²¹⁹ Sur le sujet : Marcel PINET (dir.) *Histoire de la fonction publique*, Paris, Nouvelle librairie de France, 1993, 3 vol.

¹²²⁰ Max WEBER, *Le savant et le politique*, trad. Julien FREUND, Paris, Plon, 1959, p. 156-157 ; Georges BURDEAU, *Histoire de l'administration française, du 18^e au 20^e siècle*, Paris, Montchrestien, 2014, p. 96.

¹²²¹ Marice-Cécile THORAL, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires de bureau, du Consulat à la Monarchie de Juillet. Le cas de l'Isère. », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, t.32 (2006), p. 93-110.

¹²²² ID., *La domination*, trad. Isabelle KALINOWSKI, Paris, La Découverte, 2015, p. 66.

¹²²³ *Répertoire général alphabétique du droit français*, éd. Léon BEQUET, Paris, Fuzier-Hermann, 1901, t. XXII, p. 804.

¹²²⁴ Roger BONNARD, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, Cadoret, 1903, p. 1.

¹²²⁵ *Dictionnaire de l'Académie*, éd. 1798, *op. cit.*, V^o « Fonctionnaire », t. I, p. 398.

personnes exerçant des fonctions d'autorité au sein des institutions. Cette première définition ne permet toutefois pas de distinguer le personnel de l'administration et celui du gouvernement. Avant qu'il n'y ait de statut légal à la fonction publique, ce groupe pouvait déjà être défini comme comprenant tous ceux « qui concourent de manière quelconque, et dans une sphère plus ou moins élevée, à la gestion de la chose publique¹²²⁶ ». La séparation de l'État et de la société met à part ces serviteurs particuliers, en les conformant à des normes étatiques n'ayant pas cours au sein de la société civile. Dans la mesure où ils sont la chair de l'État, ils ne sont pas des citoyens « comme les autres¹²²⁷ », ils revêtent une stature officielle et impartiale qui est celle du pouvoir souverain. Mais en ce que ces hommes en sont les mains, ils lui doivent une obéissance sans faille. Dès lors qu'ils ne se livrent pas à la poursuite de leurs intérêts privés mais de l'intérêt général, les fonctionnaires doivent maintenir toute leur vie en cohérence avec leur fonction. Ainsi, en tant qu'ils évoluent non seulement dans la sphère publique de la société mais aussi dans le domaine étatique, la question de la vie privée des hommes au service de l'État ne va pas de soi. Le droit à la vie privée vu comme un droit à la protection de la confidentialité est alors le pendant de l'obligation de discrétion, c'est-à-dire le moyen de partager ce qui relève de la fonction de ce qui relève de l'existence personnelle. Pour le dire autrement, la liberté de la vie privée est contrepartie des importantes contraintes imposées au serviteur de l'État. Le fonctionnaire est par principe soumis aux exigences de son emploi (§. 1), mais il redevient libre quand ses actes se rattachent à sa vie privée et qu'ils ne peuvent être reliés à sa fonction en dépit du scandale qu'ils provoquent (§. 2).

§. 1 - Le principe de la solidarité de la vie privée et de la fonction

Lorsqu'ils évoquent la condition de celui qui remplit des charges publiques, les juristes du XIX^e siècle ne manquent pas de mentionner le long chapitre de ses devoirs. En plus de la disponibilité et de l'aptitude particulière de la personne qui est appelée à exercer une telle fonction, ils insistent sur son caractère, sa force morale et ses mœurs. La vie privée du fonctionnaire étant réquisitionnée par l'État, la question de sa liberté individuelle devient secondaire. Max Weber remarque ainsi comment les développements de l'administration vont de pair avec la formation d'un corps d'agents spécialisés caractérisés par « un honneur corporatif très développé sur le chapitre de l'intégrité¹²²⁸ ». Plus qu'une simple façade, il faut aussi une sévère « discipline morale¹²²⁹ » sans laquelle l'appareil d'État ne saurait tenir. Le fonctionnaire, homme épris d'une éthique des devoirs, est placé dans une situation paradoxale : sa position dépend d'un statut qui lui confère une assise sociale « forte et stable¹²³⁰ » mais il est aussi situé dans un état de dépendance hors du commun. Le gouvernement est peut-être institué pour la liberté des membres de la communauté politique, mais

¹²²⁶ Maurice BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, Berger-Levrault, 2^e éd, 1877, t. 1, V^o « Fonctionnaire », p. 971.

¹²²⁷ Maurice HAURIU, *Précis de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 746.

¹²²⁸ Max WEBER, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 129.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ Max WEBER, *La domination*, *op. cit.*, p. 67.

L'homme au service de l'État ne peut échapper à ses obligations. Il est peut-être libre en qualité de citoyen, mais soumis en tant qu'il participe du pouvoir anonyme de l'État.

L'obligation des hommes au service de l'État se prolonge plus ou moins explicitement dans le reste de leur vie. Sur le plan des libertés individuelles, les fonctionnaires constituent une catégorie distincte de la population et sont tenus à un assujettissement, y compris dans leur vie privée. Ils sont contraints par leur état, sans pouvoir changer de maître comme des domestiques ou des salariés. L'avocat Vivien¹²³¹, qui voit dans l'administration « l'État personnifié¹²³² », relève ainsi en 1845 que celui qui concourt à la chose publique doit tenir toute sa vie subordonnée à sa fonction :

Quel que soit le respect de nos lois pour les franchises de la vie privée, celle des fonctionnaires ne peut jouir d'une complète inviolabilité. Leur association au pouvoir public établit entre eux et lui *une solidarité morale*, d'où résultent des devoirs qui s'étendent même au-delà du cercle des fonctions... Le bon service d'un employé dépend, plus qu'on ne peut l'imaginer, de la régularité de sa vie privée¹²³³.

Le principe est le suivant : il doit exister chez le fonctionnaire une union indiscernable entre la personne et la fonction. Ce conflit particulier entre l'autonomie de la vie privée et la subordination requise du fonctionnaire apparaît dès le recrutement, soumis à de strictes conditions, se poursuit tout le long du service et se prolonge parfois jusqu'à la mort de celui qui voue sa vie à l'intérêt général. Par sa position, le serviteur de l'État est placé dans cette situation où son honneur privé se rattache à la dignité de l'institution à laquelle il appartient. Ses engagements privés contaminent aussi l'institution qu'il sert et la publication de ses vices n'engendre pas seulement une infamie sur sa propre personne, mais sème le discrédit sur son administration. Dans le *Répertoire Dalloz* de 1851, on peut lire dans une analyse du statut du fonctionnaire public que celui qui exerce une telle profession doit « dans sa vie privée¹²³⁴ » éviter « soigneusement tout ce qui pourrait [...] jeter la déconsidération sur le corps auquel il a l'honneur d'appartenir¹²³⁵ ». Les hommes de l'État sont en effet le signe de l'autorité morale de celui-ci. Un professeur ne doit pas avoir des « mœurs scandaleuses¹²³⁶ », un magistrat ne peut être perclus de dettes¹²³⁷, car ces fautes personnelles rejaillissent sur leur fonction. Aussi, les sanctions disciplinaires ne sont pas « limitées aux fautes inhérentes aux fonctions ; elles embrassent même les actions de la vie privée¹²³⁸ ». Il ne s'agit là pas tant d'une intrusion dans la vie

¹²³¹ Alexandre-François VIVIEN (1799-1854) est un avocat, magistrat et homme politique de la Monarchie de Juillet et sous la deuxième République.

¹²³² Alexandre-François VIVIEN DE GOUBERT, *Études administratives*, Paris, Guillaumat, 1845, t. I, p. 247 [Nous soulignons].

¹²³³ *Ibid.*, p. 249 [Nous soulignons].

¹²³⁴ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1851, t. XXIV, p. 735 : « L'autorité supérieure a donc le droit d'exiger de tous ceux qu'elle a admis à concourir avec elle au bien public une vie honnête, des habitudes régulières, et elle devrait au besoin user de tous les moyens que la loi met à sa disposition, particulièrement de la répression disciplinaire, pour ramener dans la voie du devoir ceux qui s'en seraient écartés. »

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ Maurice BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1877, V^o « Fonctionnaire », t. I, p. 980 ; *Répertoire de droit administratif*, éd. Léon BEQUET, Paris Paul Dupont, 1893, t. 11, V^o « Domaine », p. 402 : « De même, la discipline administrative embrasse d'ailleurs tous les actes, tous les faits relatifs à l'exercice des fonctions et ceux même de la vie privée, lorsqu'ils sont de nature à porter atteinte à la considération publique des membres de l'administration. »

privée que du maintien d'une cohérence minimale entre un choix de vie, celui de servir l'État au travers de certaines fonctions, et le mode de vie, c'est-à-dire les mœurs et habitudes contractées par ailleurs. À cette obligation générale de bonne conduite s'ajoute souvent un certain nombre de devoirs qui pèsent sur la vie privée. Un décret impérial du 16 juin 1808, abrogé seulement en 1972, contraint par exemple les militaires à solliciter l'autorisation du ministre de la Guerre pour se marier. Ce principe de solidarité de la vie privée et de la fonction est en définitive repris dans les premiers statuts de la fonction publique institués par la loi du 14 septembre 1941, dont l'article 5 dispose que « le fonctionnaire doit dans sa vie privée éviter tout ce qui serait de nature à compromettre la dignité de la fonction publique¹²³⁹ ». Si la disposition a disparu en 1983, il semble que « le principe, lui, reste valable¹²⁴⁰ ». Les devoirs du fonctionnaire envers l'État venant enserrer toute sa personne, le secret de sa vie privée est donc ce qui lui permet de combiner sa liberté d'individu et ses obligations de serviteur de l'État.

§. 2 - Le secret comme condition de la liberté du fonctionnaire

Dans l'attente des premiers statuts de la fonction publique, la réflexion doctrinale sur la situation particulière des fonctionnaires trouve ses racines au XIX^e siècle. Cette catégorie de la population suppose peut-être certaines garanties, mais c'est au prix du sacrifice de son indépendance personnelle. La protection de la vie privée du fonctionnaire permet d'éviter de l'obliger à dévoiler publiquement tout ce qui n'est pas rattachable à sa fonction mais pose aussi une limite à ce que peut demander l'État¹²⁴¹. S'ils doivent être soumis à une allégeance minimale envers les institutions, en tant qu'hommes privés ils doivent aussi bénéficier des libertés garanties par le droit. Alexandre-François Vivien reconnaît lui-même que dans un État libre, le fonctionnaire doit conserver certaines libertés attachées à sa qualité d'homme privé car il ne saurait appartenir corps et âme à l'État. On doit ainsi considérer que la recherche légitime de garanties ne peut porter que sur les « manifestations extérieures¹²⁴² » et que toute opération qui prétendrait en savoir davantage serait une « odieuse inquisition¹²⁴³ ». Le juriste reconnaît ainsi que l'on ne peut exiger du fonctionnaire de ne pas avoir pour lui-même sa propre opinion politique, mais qu'il est normal de prohiber toute manifestation extérieure d'hostilité au régime et à son chef. Pour tempérer le principe de solidarité entre l'homme et sa charge publique, il semble être reconnu un principe de dissociation de la vie privée cachée des actes rattachables à sa fonction. L'existence de celui qui se livre au service des institutions est légitimement normée en public, mais le secret est l'adjuvant par lequel il peut retrouver sa liberté. L'indépendance du fonctionnaire trouve ainsi son lieu propre dans ses pensées, dans ses actes cachés ou du

¹²³⁹ Cité par Didier JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil*, op. cit., p. 97.

¹²⁴⁰ Danièle LOCHACK, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs, puissance et impuissance de la norme*, Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique, Paris, PUF, 1994, p. 26.

¹²⁴¹ Cette question se pose notamment dans la définition des limites au droit de critique des personnes remplissant des charges publiques. Voir *infra* Titre III- Chapitre I- Section-2 – L'impossible consensus sur la protection de la vie privée des hommes publics pendant la Révolution française.

¹²⁴² Vivien reconnaît qu'il ne faut pas exiger des fonctionnaires des actes de conformisme ; mais prohiber chez eux toute manifestation extérieure d'hostilité au régime et à son chef. Alexandre-François VIVIEN DE GOUBERT, *Études administratives*, 1^{ère} éd., Paris, Guillaumat, 1845, t. I, p. 232 et 250.

¹²⁴³ Alexandre-François VIVIEN DE GOUBERT, *Études administratives*, op. cit., t. I, p. 232 et 250.

moins non publiés. L'indifférence pour son honneur privé limite non seulement la publication de faits non rattachables à ses fonctions, mais suppose aussi une limite du pouvoir de l'État sur ceux qui le servent. Soucieux des garanties concrètes des libertés, le philosophe Émile Beaussire remarque le conflit intérieur qui traverse les fonctionnaires entre devoir d'allégeance envers les institutions et indépendance de leur vie privée. Par leur statut, ces hommes sont en effet placés dans un double état de sujétion : d'une part, l'État parle au fonctionnaire avec la force de l'autorité légitime, qui commande une obéissance sans faille et comme le dit le juriste, devant un tel type de pouvoir, plus que devant aucun autre, « le devoir parle ; tous ces avantages sociaux, tous ces besoins de la vie privée doivent faire silence¹²⁴⁴ ». D'autre part, le fonctionnaire exerce des missions qui ne se retrouvent pas dans la société civile, sa profession n'est pas interchangeable et il est, pour ainsi dire, captif de sa fonction. Si toutefois l'administration est guidée par un motif d'intérêt général, la discipline est entièrement subordonnée aux besoins de son office et les obligations du serviteur de l'État ne sont ainsi pas illimitées. Il doit, selon Beaussire, exister une juste mesure dans ce qui est demandé à un fonctionnaire et les exigences que l'on fait peser sur lui ne doivent s'étendre « qu'aux services propres à chaque fonction et à leurs conditions nécessaires¹²⁴⁵ ».

Le droit administratif étant, selon Maurice Hauriou, principalement limité par les « situations de la vie privée¹²⁴⁶ », il n'est pas dans son esprit de venir prescrire, y compris pour les serviteurs de l'État, une discipline de tous les instants aux dépens de la liberté d'opinion et de celle des relations privées. Pour que la liberté des agents publics soit respectée, il faut que la contrainte s'arrête là où commencent certaines exigences de la vie normale de chaque individu. Tout engagement au service d'une fonction politique et administrative suppose ainsi toujours une séparation entre vie publique et vie privée. Cette césure est justement ce qui permet aux fonctionnaires de rester libres en détenant un patrimoine propre, en conservant « la liberté de leur vie privée, leur liberté de conscience, la liberté de leurs relations (théoriquement du moins)¹²⁴⁷ ». Il s'agit bien là d'une nécessité, car en-dehors de leur fonction, ils doivent pouvoir bénéficier de toutes les libertés des simples citoyens¹²⁴⁸.

C'est dans ces vues protectrices que s'inscrit la jurisprudence du Conseil d'État qui considère que la faute déontologique du fonctionnaire ne peut être retenue que si elle est mise en relation avec l'exercice de la fonction. À côté de son existence professionnelle au service de l'État, le fonctionnaire se voit ainsi reconnaître une seconde vie, une vie privée. S'il est légitime pour l'administration de surveiller le mode de vie adopté par ceux qui la servent, elle considère néanmoins que ce n'est pas tant une morale particulière

¹²⁴⁴ Émile BEAUSSIRE, *Les libertés dans l'ordre intellectuel et moral, op. cit.*, p. 47.

¹²⁴⁵ *Ibid.* : « En sollicitant ou en acceptant des fonctions publiques, chacun doit savoir quelles en sont les obligations, et ne peut se plaindre de violence ou d'injustice, que l'on exige de lui qu'il les remplisse.

¹²⁴⁶ Maurice HAURIOU, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Sirey, 1927, p. 29 : « Les limites du droit administratif sont celles des pouvoirs que possède légitimement l'administration au regard des relations et des situations de la vie privée, limites qu'elle ne peut pas dépasser sans commettre une usurpation de pouvoir et sans rendre l'acte qu'elle effectue comme inexistant au point de vue administratif, ne lui laissant que la valeur qu'il peut avoir, soit au point de vue civil, soit au point de vue pénal. » [Nous soulignons].

¹²⁴⁷ Maurice HAURIOU, *Principe de droit public à l'usage des étudiants en troisième année et en doctorat*, Paris, Sirey, 1916, p. 402-403 [Nous soulignons].

¹²⁴⁸ *Ibid.*

que l'existence d'un scandale qui requiert une sanction. Pour que celle-ci soit justifiée, il faut un trouble *visible* qui empêche les hommes d'exercer des missions de service public. La faute disciplinaire est donc fonction du déshonneur. Comme le relève le professeur Roger Bonnard, pour que certains soient punissables, il faut « qu'ils aient reçu une certaine publicité. S'ils restent secrets ou connus seulement d'un très petit nombre de personnes, si, suivant l'expression, on réussit à étouffer l'affaire, l'honneur du fonctionnaire n'est pas atteint et il n'y a pas lieu à poursuite disciplinaire¹²⁴⁹ ».

Le droit contemporain de la fonction publique persévère dans la recherche de cet équilibre entre la nécessaire discipline attachée à certaines fonctions et le droit de l'agent de mener une existence autonome. L'administration ne fait que sanctionner la notoriété des faits qui vient nuire à l'institution. Dans les années 1950, il a par exemple été considéré que la relation d'un professeur d'université avec une étudiante ne constituait pas une faute déontologique si elle restait secrète et ne causait aucun scandale¹²⁵⁰. Plus récemment, le Conseil d'État a estimé que la condamnation pénale d'un enseignant pour agression sexuelle sur mineur hors de son service pouvait être de nature à entraîner une sanction disciplinaire eu égard à l'exigence « d'exemplarité et d'irréprochabilité¹²⁵¹ ». D'autres faits non pénalement punis, bien que se déroulant hors du service, ont pu encore donner lieu à des sanctions, mais au nom du caractère public de la faute. C'est le cas notamment de l'enseignante qui servait notoirement de modèle de pose photographique à connotation pornographique et portait par-là atteinte à la considération du corps enseignant¹²⁵². À l'inverse, une relation adultérine d'un militaire avec la femme d'un de ses camarades ne pouvait constituer une faute disciplinaire dans la mesure où il s'agissait là d'un acte purement privé qui, eu égard à l'absence de publicité de l'affaire, ne conduisait pas à jeter une quelconque déconsidération sur l'armée¹²⁵³. De même, certains actes jugés inappropriés sont encore souvent sanctionnés en raison du seul caractère visible de la faute. Cela étant, nonobstant des assouplissements, le principe de solidarité n'a pas disparu et le « fonctionnaire demeure solidaire de l'autorité qu'à des degrés divers il personnifie, et cette solidarité est permanente et ne s'estompe pas pour autant en dehors du service¹²⁵⁴ ». La persistance de l'obligation de dignité du fonctionnaire ne fait toutefois que difficilement obstacle aux revendications des droits individuels

¹²⁴⁹ Roger BONNARD, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, Cadoret, 1903, p. 35 [Nous soulignons].

¹²⁵⁰ Un « manquement aux bonnes mœurs ayant porté atteinte à l'honneur de l'Université et compromis la dignité de la fonction professorale ». Dans ce cas d'espèce, le scandale est apparu lorsque la relation a conduit au suicide de l'étudiante. CE, 20 juin 1958, *Sieur Louis* : c'est le scandale qui cause la sanction et non la relation en elle-même. Didier JEAN-PIERRE, *L'Éthique du fonctionnaire civil et son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles française*, 1999, LGDJ, p. 277.

¹²⁵¹ CE, 18 juillet 2018, Requête n°401527.

¹²⁵² CA Versailles, 2^e chambre, 8 mars 2006, n°04VE00424.

¹²⁵³ À titre d'exemple, il a notamment été jugé qu'un agent ayant « entretenu une relation avec l'épouse d'un [de ses collègues] en déplacement en Nouvelle-Calédonie, [bien] que le comportement d'un fonctionnaire [...] en-dehors du service [puisse] constituer une faute de nature à justifier une sanction s'il a pour effet de perturber le bon déroulement du service ou de jeter le discrédit sur l'administration [...] M. X avait conservé à la relation qui lui est reprochée un caractère strictement privé et qu'il n'a pris aucune part à la publicité qui lui a été donnée » [Nous soulignons]. CE, 15 juin 2005, *Charles B.*, n°261691. Didier JEAN-PIERRE, « Errances de la vie privée et poursuites disciplinaires », *JCP A*, t. 50 (2006).

¹²⁵⁴ Jean-Yves VINCENT, « L'obligation de réserve des agents publics », *Revue administrative*, t. 153 (1973), p. 273.

des agents de l'État¹²⁵⁵. Bien souvent, la liberté demeure même si elle doit s'accorder avec un devoir de réserve. Si le fonctionnaire n'expose pas publiquement sa vie, il peut adopter l'existence qu'il souhaite sans que cela puisse lui être reproché par son administration¹²⁵⁶. Comme le relève Didier Jean-Pierre, le juge administratif applique le principe selon lequel « malheur à celui par qui le scandale arrive¹²⁵⁷ ». En faisant cela, il « accorde en effet une grande importance au caractère *public* de l'attitude immorale du fonctionnaire¹²⁵⁸ ». Dans ce contexte précis, la vie privée est bien le rempart de la liberté individuelle qui risque sans cesse d'être mise à mal par les impératifs de transparence et de surveillance généralisée.

Section 5 – Le secret de la vie privée face à l'acuité nouvelle de l'œil de l'État

Au travers des notions de contrôle social et de surveillance, les sciences sociales ont, depuis le XX^e siècle, jeté un soupçon sans précédent sur l'émancipation de la vie privée à l'œuvre à la période moderne. Les libertés formelles semblent en effet se heurter à de nouvelles formes de discipline régulant, de manière insidieuse et en permanence, les comportements de l'homme avec les nouveaux moyens de gouvernement dont dispose l'État. La notion de contrôle social, qui désigne un type de pouvoir visant à assurer une certaine conformité des individus à leur groupe, est utilisée par un nombre croissant d'auteurs pour révéler que l'aliénation n'a pas disparu mais a changé de nature¹²⁵⁹. À l'intégration de la personne dans un corps social se substitue ainsi, selon les théories de la surveillance, un contrôle généralisé qui viendrait faire obstacle au gouvernement de soi¹²⁶⁰. Michel Foucault a entendu décrire à ce titre la naissance d'un nouveau type de domination produit par un appareil disciplinaire « à la fois absolument indiscret, puisqu'il est partout, et absolument *discret*, car il fonctionne en permanence et pour une bonne part *en silence*¹²⁶¹ ». La notion de surveillance, abondamment reprise en science politique, en sociologie et en histoire, n'est pourtant que rarement définie¹²⁶². S'il est classique de dénoncer le caractère endémique de la constitution d'un système de contrôle notamment par fichage au sein de la société moderne, il demeure en effet un certain trouble quand il s'agit de circonscrire la nature et les causes exactes de la menace. Si l'on en retient une acception large, la

¹²⁵⁵ Obligation de dignité formulée par l'article 23 de la loi du 13 juillet 1983 : « Art. 25 : Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. » ; Sur le sujet : Aurélien CAMUS, « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique. », *Revue française de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2015, p. 541-549 ; Jean-Paul WAUQUIER, « La procédure disciplinaire », *La gazette des communes, des départements et des régions*, Paris, L'action municipale, 2006, (*Cahier détaché*), p. 244-247.

¹²⁵⁶ CE, 22 juin 1959, *Sieur Féry*, Après avoir examiné la faute commise, « le juge vérifie la matérialité de la fraude des faits présentés par les requérants et invalide les effets de rumeur. Ensuite, le juge apprécie l'existence de la faute disciplinaire commise par le fonctionnaire et *sanctionne le scandale*. » [Nous soulignons]. Il s'agit de sanctionner une « *inconduite notoire* » ; L'absence de scandale est parfois étendue au conjoint : *Sieur Bourdelet*, 22 décembre 1965, AJDA, 1966, p. 373.

¹²⁵⁷ Didier JEAN-PIERRE, *L'Éthique du fonctionnaire civil dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles françaises* Paris, LGDJ, 1999, p. 138 [Nous soulignons].

¹²⁵⁸ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹²⁵⁹ Le recours à cette notion trouble n'est pas absurde si son application est circonscrite à un « "espace" sociopolitique maîtrisable par le chercheur. » Xavier ROUSSEAU, « Contrôle social, Un concept pertinent pour la recherche historique ? », *Hypothèses*, Paris, t. 20 (2017), p. 245.

¹²⁶⁰ Synthèse sur cette question : Olivier AIM, *Les théories de la surveillance, Du panoptique aux Surveillance Studies*, Paris, Armand Colin, 2020, 256 p.

¹²⁶¹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2004, p. 179. [Nous soulignons].

¹²⁶² Synthèse sur cette question : Olivier AIM, *Les théories de la surveillance, du panoptique aux Surveillance Studies*, Paris, Armand Colin, 2020, 208 p.

surveillance peut être définie comme « la collecte et le traitement des *données personnelles*, identifiables ou non, visant à influencer ou gérer ceux dont les données ont été recueillies¹²⁶³ ». En ce sens, elle est comprise comme la levée en masse d'informations personnelles en vue d'exercer un pouvoir sur les personnes. Ce vaste phénomène est susceptible de recouvrir des pratiques très différentes qui vont de la statistique la plus élémentaire au fichage nominatif, en passant par l'enregistrement et le contrôle de parcelles de vies individuelles.

La volonté de gouverner de la manière la plus rationnelle au service du bonheur des individus conduit les institutions politiques à utiliser des moyens d'action toujours plus puissants. Le censeur de Jean Bodin apparaît à ce titre comme le signe, selon le vocabulaire foucauldien, d'une « gouvernementalité » nouvelle :

Gouverner un État sera donc mettre en œuvre une économie au niveau de l'État tout entier, c'est-à-dire avoir à l'égard des habitants, des richesses, de la conduite de tous et de chacun une forme de surveillance non moins attentive que celle du père de famille sur la maisonnée et ses biens¹²⁶⁴.

L'appréhension étatique de la vie privée s'inscrit ainsi dans la formation d'un nouveau type de gouvernement, non plus par les lois mais selon le paradigme de la science, voire de l'automate. L'Homme, qui se conçoit lui-même comme une machine, construit un système politique à son image¹²⁶⁵. Pour comprendre les origines du gouvernement par l'information, il est utile de replacer ce phénomène dans le temps long. Le terme même de statistique, issu de l'allemand *Statistik*, est inventé au XVIII^e siècle par l'économiste Gottfried Achenwall pour désigner les connaissances que doit posséder l'homme d'État. La constitution d'une base exploitable de données ne vient pas des sciences de la nature mais du domaine des affaires humaines¹²⁶⁶. Dans la monarchie administrative, le savoir de gouvernement, qui regroupe le système des registres, des recensements annotés, des rapports, des archives, des fiches de police, des profilages, de l'anthropométrie et du dénombrement, entre en effet dans l'élaboration d'une « mémoire de l'État¹²⁶⁷ ». Cette connaissance suppose bien la collecte d'informations sur les personnes afin de donner au pouvoir politique le savoir nécessaire au déploiement de l'action économique de l'État et à la répression des crimes. Dans l'ordre médiéval, les personnes étaient localisées par leur appartenance à un ordre, à une seigneurie, une paroisse, une profession.

Le lent avènement d'une société d'individus sous la tutelle de l'État a rendu nécessaire l'institution de nouveaux moyens pour appréhender le corps politique, mais cela ne veut pas dire que ces dispositifs

¹²⁶³ Définition citée dans Florent CASTAGNINO, « Critique des *Surveillances Studies*, Éléments pour une sociologie de la surveillance », *Déviance et Société*, t. 42/1 (2018), p. 9-40 ; Sébastien-Yves LAURENT, *Politiques sous surveillances*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2011, 290 p.

¹²⁶⁴ Michel FOUCAULT, *Dits et écrits II*, Paris, Gallimard, 1994, p. 642.

¹²⁶⁵ Alain SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, p. 24

¹²⁶⁶ En France, les premiers traités de science statistique ont été écrits par Jacques Peuchet, archiviste et théoricien de la Police. Pour lui, la science statistique est un savoir politique qui prolonge l'activité de renseignement. Jacques PEUCHET, *Essai d'une statistique générale de la France*, Paris, Testut, 1800, 78 p, ou encore : ID. *Description topographique et statistique de la France*, Paris, G. Chanlaire, Cabany et Courcier, 1807, 28 p. Sur le sujet : Alain DEROSIÈRE, *La Politique des grands nombres : Histoire de la raison statistiques*, Paris, La Découverte, 2010, 462 p.

¹²⁶⁷ Expression de Joëlle Cornette dans : Joëlle CORNETTE, *Le roi de guerre. Essai sur la souveraineté dans la France du Grand Siècle*, Paris, Payot, 1993, p. 169-173 ; Sur ce sujet : Jean-Philippe GENET, « L'Etat moderne : un modèle opératoire ? », *L'État moderne, genèse*, Paris, CNRS édition, 1990, p. 270.

conditionnent pour autant les comportements et limitent les libertés. Depuis le début de la période moderne, à l'enchaînement des personnes par leur affiliation à une classe ou une corporation, s'est progressivement substitué un « système de contrôle territorialisé¹²⁶⁸ ». Le gouvernement bureaucratique a ainsi sans cesse cherché à identifier et localiser le sujet en mouvement au milieu de la masse opaque des grandes villes et des grands États. En instituant la magistrature de lieutenant général de police, Louis XIV voulait ainsi braquer un œil sur les grandes densités de population, en particulier celles qui se constituaient à Paris¹²⁶⁹. L'institution d'un corps spécifiquement dédié à la police au XVII^e siècle, peut en partie être reliée à la croissance démographique à la même époque. La population parisienne passe en effet brutalement de 200 à 500 000 habitants. Devenue l'une des plus grandes cités d'Europe, Paris voit le nombre de ses habitants augmenter d'environ 30 % au XVIII^e siècle, pour atteindre 700 000 habitants à la veille de la Révolution, approximativement 3 % de la population totale du royaume¹²⁷⁰. Répondant aux exigences de la raison d'État, le Roi Soleil recommande au Dauphin d'avoir les « yeux ouverts sur toute la terre¹²⁷¹ ». Dans ses *Directions pour la conscience d'un roi*, Fénelon préconise aussi au monarque la connaissance la plus étendue de ses sujets :

Il ne suffit pas de savoir le passé, il faut connaître le présent. Savez-vous le nombre d'hommes qui composent votre nation ; combien de laboureurs, combien d'artisans, combien de praticiens, combien de commerçants, combien de prêtres et de religieux, combien de nobles et de militaires ? [...]. Un roi ignorant toutes ces choses-là n'est qu'à demi-roi ; son ignorance le met hors d'état de redresser ce qui est de travers ; son ignorance fait plus de mal que la corruption des hommes qui gouvernent sous lui¹²⁷².

Les dispositifs de dénombrement et d'identification des personnes viennent d'abord prendre appui sur les registres paroissiaux qui sont ainsi, dès l'Ancien Régime, utilisés à des fins administratives¹²⁷³. Le savoir constitué par les polices chargées de contrôler de grands ensembles urbains ne vise toutefois pas seulement une connaissance générale de la société. Les mesures statistiques ou d'arithmétiques politiques du royaume consistant à dénombrer les sujets, les professions, les religions et les revenus impliquent en effet aussi d'accéder à certaines informations privées. Si la logique du gouvernement par les nombres ne semble d'aucun effet sur les comportements privés, elle est néanmoins la marque de l'accroissement des responsabilités de l'État qui prend en charge à grande échelle des questions jusque là considérées comme purement locales ou privées.

La logique bureaucratique se heurte davantage à la vie privée lorsqu'elle institue un contrôle suivi de certaines classes de la population jugées dangereuses et sur lesquelles l'institution policière doit fixer son

¹²⁶⁸ Vincent MILLOT, « L'œil et la mémoire etc. », *op. cit.*, p. 54. Comme le remarque Vincent Millot : « La dé-corporation va clairement de pair avec la mise en place d'un système de contrôle territorialisé qui se substitue à un ancien système de relations verticales, sur la base de ce qui se pratiquait pour les revendeurs de rue. »

¹²⁶⁹ *Isambert*, t. 20, p. 346.

¹²⁷⁰ Vincent MILLOT, « L'œil et la mémoire etc. ... », *op. cit.*, p. 68.

¹²⁷¹ LOUIS XIV, *Œuvre de Louis XIV*, Paris, Treuttel, 1806, t. 1, p. 22.

¹²⁷² FÉNELON, « Examen sur les devoirs de la royauté (1710) », dans *Œuvres choisies de Fénelon*, Paris, Hachette, 1881, p. 343.

¹²⁷³ Arrêt du Conseil d'Etat du Roi du 12 juillet 1746 dans Edme DE LA POIX DE FRÉMINVILLE, *Dictionnaire : ou Traité de la police général des villes du royaume*, Paris, Gissey, 1771, p. 61. Les fermiers généraux par exemple obtinrent le droit de se servir des registres de baptême dans le recouvrement de l'impôt dans le royaume.

attention¹²⁷⁴. La surveillance vise en premier lieu à clarifier l'espace urbain par l'établissement d'un quadrillage administratif¹²⁷⁵ d'espions de l'intérieur, uniquement chargés « de voir par leurs yeux ce qui se passe dans un territoire qui leur est circonscrit¹²⁷⁶ ». Les classes considérées comme dangereuses et susceptibles d'être surveillées pour des raisons d'ordre public sont donc en premier lieu celles qui se déplacent, qui n'ont pas d'activité fixe ou ne sont pas insérées dans un corps de métier bien déterminé, et les personnes désignées comme menaçantes pour l'ordre public¹²⁷⁷. Parmi les catégories attirant la vigilance de l'administration, on trouve aussi, à partir de la Révolution, où apparaissent des systèmes de fichages centralisés, les opposants politiques, les prêtres réfractaires et les étrangers. Mais là encore, cette surveillance sectorisée n'est pas une véritable menace pour les libertés, ou du moins n'est pas encore vue comme telle. Au XVIII^e siècle, l'attribut oculaire de la police est en effet considéré comme un moyen libéral permettant d'éviter une répression des individus avant même le commencement d'exécution d'un quelconque délit. Le juriste Servan précise ainsi que le magistrat, garant de l'ordre public, « observe plus qu'il n'agit ; et plus il observe, moins il a besoin d'agir¹²⁷⁸ ».

La formation du couple associant l'élaboration d'un réseau d'informations et de préservation de la sécurité se retrouve dans le fameux projet de « presse papier » de l'officier de maréchaussée Guillaudé, qui vise à constituer une collection de fiches facilement accessibles et régulièrement mises à jour sur toutes les catégories de la population parisienne¹²⁷⁹. Un tel dispositif s'inscrit dans un processus de rationalisation bureaucratique de l'action policière. Il est le signe d'une volonté de prévenir par la détection de la dangerosité de certains individus en amont de la commission d'éventuelles infractions. Un tel projet conduit nécessairement à vouloir connaître et référencer un maximum d'informations sur les personnes et de suivre

¹²⁷⁴ Paolo NAPOLI, *La naissance de la police moderne, op. cit.*, p. 210 ; Vincent MILLOT, *La ville en ébullition : Sociétés urbaines à l'épreuve*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 269-305.

¹²⁷⁵ Nicolas DELAMARE, *Traité de la police*, Paris, M. Brunet, Hérisant, 1722, t. I, livre I, titre VII, p. 530 : « Sa majesté étant informée que les seize anciens quartiers de la ville et faubourgs de Paris sont très inégaux dans leur étendue, qu'il y en a plusieurs qui ne sont composés que de dix ou douze rues, pendant que d'autres en contiennent plus de soixante ; que même ils sont engagés les uns dans les autres, ce qui rend le service du roi, et les soins de la police et du bien public de plus en plus difficiles. » [Nous soulignons].

¹²⁷⁶ Jean-Charles LENOIR, « Mémoires », dans Vincent MILLOT, *Un policier des Lumières. suivi de Mémoires de J.C.P. Lenoir, ancien lieutenant général de police de Paris*, Seyssel, Champ Vallon, 2011, p. 503.

¹²⁷⁷ Les rapports faits au lieutenant de police sont pleins de déboires domestiques et intimes de nombreux notables. *Rapports inédits du lieutenant de police René d'Argenson, 1697-1715*, éd. Paul COTTIN, Paris, Kraus, 1891, 418 p. ; Gilles MALANDAIN, « Les mouches de la police et le vol des mots. Les gazetins de la police secrète et la surveillance de l'expression publique à Paris au deuxième quart du XVIII^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 42/3 (1995), p. 376-404 ; Denis VINCENT et Vincent MILLIOT, « Police et identification dans la France des Lumières », *Genèses*, n°54/1 (2004), p. 4-27 ; Paolo NAPOLI, « Police : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, PUF, t. 20 (1994), p. 183-196. Sur ce processus : Gérard NOIRIEL, *L'identification. Genèse d'un travail d'Etat*, Belin, série. « Socio-histoires », 2007, 271 p. ; Jane CAPLAN et John TORPEY (dir.), *Documenting individual identity: the development of state practices in the modern world*, Princeton university press, 2001, 415 p. ; Vincent DENIS, *Une histoire de l'identité en France, 1715-1815*, Paris, Champ Vallon, 2008, 462 p. ; Pierre-Yves MARROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (surveiller, enquêter et punir) », *AJ Pénal*, t. 2 (2007), p. 61-64.

¹²⁷⁸ Michel SERVANT, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, Barbier, 1767, p. 17.

¹²⁷⁹ Alexandre GUILLAUDÉ, *Mémoire sur la réformation de la police de France, soumis au Roi en 1749 par M. Guillaudé, officier de la Maréchaussée de l'Île de France*, Paris, Éditions Hermann, 1974, p. 35. Cet alliage d'un système d'information et d'un système de communication des données, c'est internet. Le numérique rend possible ce qui était déjà imaginé.

le moindre de leurs comportements¹²⁸⁰. L'officier de police entrevoit bien l'utilité d'une connaissance détaillée des individus au moyen d'un système d'information et de communication centralisé :

Tous les rayons de force et d'intrusion qui partent de la circonférence viennent aboutir au lieutenant général... C'est lui qui fait marcher toutes les roues dont l'ensemble produit l'ordre et l'harmonie. Les effets de son administration ne peuvent être mieux comparés qu'au mouvement des corps célestes¹²⁸¹.

En un sens, l'utopie policière de mise en transparence de la société rejoint l'idéal philanthropique du XVIII^e siècle de perfectionnement du gouvernement humain sur le mode d'une gigantesque machine administrative. Selon cette idée, la mise en place d'une surveillance diffuse au sein de la société des personnes doit pouvoir remplacer le gouvernement des lois. À côté de la science exacte de la nature, il s'agit de recueillir une série de connaissances utiles à la bonne législation et à la bonne administration¹²⁸². Selon Guillaudé, il faut faire en sorte d'ériger « une chaîne qui laisse toute liberté de faire le bien et qui ne permette que très difficilement de commettre le mal¹²⁸³ ». Cela étant, il ne s'agit à cette époque que de prétentions très théoriques qui ne semblent pas viser – du moins explicitement – le contrôle de toute la population. Le policier est en effet lui-même conscient des limites de la surveillance et soucieux de ne pas aliéner les sujets par une veille continue de la vie des personnes :

Il ne s'agit pas de faire de la société une maison religieuse, cela n'est pas possible : il faut diminuer autant qu'on peut certains inconvénients : mais *il serait peut-être très dangereux de les anéantir*¹²⁸⁴.

Guillaudé entrevoit bien l'idée d'un contrôle possible de la surveillance constante des particuliers. Il semble néanmoins qu'il n'en fasse pas un véritable projet. De plus, parfois identifiée comme une pratique despotique de l'Ancienne France, cette pratique ne s'arrête pourtant pas avec la Révolution, qui fait de l'état de guerre civile un prétexte pour accroître la centralisation du pouvoir de police et donc la surveillance¹²⁸⁵.

Il convient néanmoins de faire la part des choses entre ce qui a trait à un véritable projet conforme aux idéaux des révolutionnaires et ce qui est le fruit des circonstances. Le *Code des délits et des peines* de l'an IV traduit bien le fait qu'avant de contrôler tel ou tel individu, la police a pour objet la société « considérée en masse¹²⁸⁶ », c'est-à-dire vue comme un ensemble d'anonymes qui sont *a priori* inconnus des services de l'État. Si la surveillance des particuliers s'étend, c'est dans une logique de guerre. Au-delà du simple maintien d'un

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 50 : « Dans un État où la police est bien entendue, on conçoit qu'il doit importer au Magistrat de savoir, quand il lui plaît, où Pierre ou Jacques couche, depuis quand, ce qu'il est, d'où il vient, ce qu'il a fait, ce qu'il est devenu, s'il existe ou non dans la ville, et dans le cas qu'il y soit, où il pourra le trouver. »

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² Sur ce sujet : Denis BARANGER, *Penser la loi*, Paris, Gallimard, 2018, (*Esprit de la cité*), 352 p. ; Thomas BERNIS, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009, p. 67.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 53 [Nous soulignons].

¹²⁸⁵ Louis-Sébastien MERCIER, *Tableau de Paris*, Amsterdam, 1781, Vis « Homme de la police », t. I, p. 192 et chap. LIV, V^o « Espion », p. 389 ; Pierre MANUEL, *La police dévoilée, op. cit.*, t. I, 440 p. ; Jacques PEUCHET, *Encyclopédie méthodique de jurisprudence*, Paris, Planckoucke, 1789, t. IX, « V^o Bureaucratie (sic) », p. 461 ; Christophe CAVE, « L' "œil" observé : critique du contrôle et de la surveillance policière chez Louis-Sébastien Mercier et dans les Mémoires secrets », *Orage*, t. 10 (2011), p. 57-74.

¹²⁸⁶ Comme l'affirme l'article 17 du *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV, la police vise « la société considérée en masse » : « La société, considérée en masse, est l'objet de sa sollicitude ».

ordre public extérieur, elle se comprend comme un dispositif d'appréhension de l'ennemi¹²⁸⁷. Dès 1791, pour ne pas heurter les principes posés par la nouvelle Constitution, les premières dispositions prises contre les immigrés sont des mesures de surveillance et de densification du renseignement¹²⁸⁸. Après quelques velléités de décentralisation avec la loi sur la police municipale du 22 juillet 1791, est créé au niveau national, en octobre 1792, un Comité de sûreté générale et de surveillance. La jeune République pose ainsi les bases du ministère de la police institué sous le Directoire et repris dans les régimes postérieurs. La loi du 17 septembre, dite des suspects, permet les visites domiciliaires, mais également de mettre en état d'arrestation toutes les personnes non seulement pour des délits caractérisés mais aussi pour des opinions supposées¹²⁸⁹. Les logiques de contrôle des dissidents et des délinquants résistent aux changements de régime, dès lorsqu'elles sont considérées comme nécessaires au maintien de l'ordre public et inhérentes à la gestion des grandes villes et des grands États. L'article 17 du *Code des délits et des peines* de 1795 dispose que le caractère principal de la police est la vigilance, c'est-à-dire l'attention du regard. Avant d'être un bras, elle est identifiée par le sens visuel, c'est-à-dire comme une puissance cognitive chargée de veiller de manière attentive à tout ce qui se passe dans le corps politique. L'idée d'une institution particulière dédiée à la police ne fait toutefois pas l'unanimité. Portalis s'y oppose ainsi devant le Conseil des anciens, en rappelant que la police est une institution par nature locale, propre à chaque cité, et que son action doit être entièrement subordonnée non pas au ministère de l'intérieur mais aux autres ministères tels que celui de la Justice et celui de la Guerre¹²⁹⁰.

Le contrôle élargi des conduites individuelles est la marque d'une société traversée par des divisions profondes où les conspirations sont autant d'hérésies qu'il faut contenir, si ce n'est extirper. La discrète surveillance de la police passe alors pour un moindre mal, indolore et nécessaire, pour maintenir l'ordre. Le ministre de la police Fouché reconnaît lui-même son caractère inavouable, mais il est fier d'avoir su faire preuve d'une « force d'esprit¹²⁹¹ » pour user de cet instrument nécessaire, dès lors que cette technique permet de réprimer les dissidences en n'ayant pas peur d'attenter à ce qui « semble avoir quelque chose de sacré¹²⁹² ». Durant toute la fin de la Révolution, puis sous l'Empire, ce premier dispositif institutionnel de surveillance des particuliers est présenté par les autorités publiques comme la contrepartie de l'adoucissement de l'action de l'État, qui préfère surveiller les suspects plutôt que de prendre des mesures arbitraires contre ceux-ci. À la fin du Directoire, des documents émanant de comités départementaux n'hésitent pas à arborer cette

¹²⁸⁷ Sur le sujet : Danièle PINGUE, Jean-Paul ROTHOT, Dominique GODINEAU et Anne JOLLET (dir.), *La surveillance révolutionnaire dans l'ouest en guerre*, Paris, Société d'études robespierristes, 2017, 159 p.

¹²⁸⁸ Agathe CHOSSAT DE MONTBURON, *L'ennemi en droit pénal (1789-1886)*, thèse sous la direction de François SAINT-BONNET, Université-Paris II Panthéon-Assas, dacty., 2021, p. 146-147.

¹²⁸⁹ Sur le tribunal Révolutionnaire : ID., *L'ennemi en droit pénal (1789-1886)*, *op. cit.*, p. 209-222.

¹²⁹⁰ PORTALIS, *Réimpression de l'ancien moniteur*, Paris, Plon, 1863, t. XXVII, p. 133. Contre la formation d'un ministère de la Police, Portalis avance que « Loin de former un ministère particulier, la police doit être l'œil de tous les ministères, [...], elle est au-dessous de toutes les autorités constituées, elle n'a aucun pouvoir à exercer »

¹²⁹¹ Joseph FOUCHÉ, « Compte-rendu de l'administration de la police générale pendant l'an VIII par le ministre de ce département » dans Emmanuel de WAERESQUIEL, *Le silence de la pieuvre*, Paris, Tallendier, 2014, p. 230.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 230-233.

devise : liberté, égalité, surveillance¹²⁹³. Fouché tente ainsi de rassurer son lecteur, en soutenant que le développement des procédés de surveillance est une voie permettant de maintenir l'ordre sans attenter directement à la liberté individuelle :

La surveillance était une mesure de police très supportable que j'avais imaginée précisément pour soustraire aux rigueurs de la détention arbitraire les nombreuses victimes que signalaient et poursuivaient chaque jour les délateurs à gage que j'avais bien de la peine à contenir dans certaines bornes¹²⁹⁴.

Le développement d'un système de surveillance préventive entre ainsi déjà dans une stratégie d'apprivoisement de l'ennemi politique qui se développe en remplacement des systèmes d'extirpation de l'opposant¹²⁹⁵. L'appareil policier de renseignement sur une catégorie déterminée de la population est alors présenté comme une conséquence directe de l'interdiction des détentions arbitraires. Dans un compte-rendu sur la police, le fameux ministre n'hésite pas à soutenir que le système de surveillance est institué pour donner de nouvelles garanties à la sûreté des particuliers. Comme il le dit, « il ne faut pas croire qu'une police établie par ces vues puisse inspirer des alarmes à la liberté individuelle. Au contraire, elle lui donnerait une nouvelle garantie et une puissance plus pure et plus sûre d'elle-même¹²⁹⁶ ». La prévention policière vient ainsi justifier la logique de la surveillance des individus et la nécessité de percer les mystères des existences individuelles.

Le premier système centralisé de surveillance et de renseignement préventif issu de la Révolution est repris sous le régime impérial. Pour le ministre de Napoléon Jean-Baptiste Treillard, l'institutionnalisation de la surveillance est rendue nécessaire en raison de la taille de l'État, du nombre d'habitants et de leur mobilité :

Dans un petit État, tout le monde est surveillé, parce qu'on est pour ainsi dire sur un même point, et que personne ne peut se soustraire à l'œil vigilant de ses concitoyens : dans un Empire immense, il est nécessaire qu'une institution sage et active remplace cette surveillance respective qui ne peut pas y exister¹²⁹⁷.

Alors que l'homme n'est plus *naturellement* enserré dans une petite communauté, une surveillance *institutionnelle* doit prendre le relais. Comme l'explique encore un auteur, la Révolution ayant libéré l'homme en sapant « dans ses derniers fondements l'édifice féodal » et en remplaçant les « principes des hiérarchies et de l'autorité¹²⁹⁸ » par ceux de « liberté et d'égalité¹²⁹⁹ », il a été jugé nécessaire de poser des garanties pour

¹²⁹³ Sebastien LAURENT, « “Liberté, égalité, surveillance” : Les enjeux du secret de l'État contemporain, XIXe-XXIe siècles », ID., *Le secret de l'État : surveiller, protéger, informer XVIIe-XXe siècle*, Paris, Nouveau Monde Éditions, 2015, p. 98. Voir annexe 6.

¹²⁹⁴ Joseph FOUCHÉ, *Mémoires de Joseph Fouché, duc d'Otrante, ministre de la police générale* (1824), Osnabrück, Biblio-Verlag, 1964, p. 411 [Nous soulignons].

¹²⁹⁵ Agathe CHOSSAT DE MONTBURON, *L'ennemi en droit pénal (1789-1886)*, *op. cit.*, p. 319.

¹²⁹⁶ Lettre sur l'organisation de la police de 1799. Cité par Emmanuel de WARESQUIEL, *Fouché, Le silence de la pierre*, *op. cit.*, p. 205 [Nous soulignons].

¹²⁹⁷ *Recueil*, éd. J.-B SIREY, Renaudière, Paris, 1810, t. X, p. 403. Vincent MILLIOT « L'œil et la mémoire : réflexions sur les compétences et les savoirs policiers à la fin du XVIII^e siècle, d'après les « papiers » du lieutenant général Lenoir », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, t. 19/2 (2008), p. 51-73.

¹²⁹⁸ Alfred GIRAUD, « De la surveillance de la haute police et de la réhabilitation », *Revue historique de droit français et étranger*, éd. Édouard LEFEBVRE DE LABOULAYE et Rodolphe DARESTE, Paris, Auguste Durand, 1861, t. VII, p. 525.

¹²⁹⁹ *Ibid.*

éviter que certaines catégories de citoyens ne mènent une vie errante¹³⁰⁰. Dans une société atomisée, l'affaîssement des corps intermédiaires requiert des dispositifs de substitution et la constitution d'un savoir de gouvernement. Cette volonté de tout connaître se retrouve dans le mot d'ordre de l'empereur : « surveillez tout le monde, excepté moi¹³⁰¹ ». Si certains ont parlé d'« âge "industriel" du cabinet noir¹³⁰² », il faut pourtant nuancer d'emblée la portée réelle des déclarations de l'empereur, qui participent de la « mise en scène d'un État fort¹³⁰³ ». Dans les faits, l'institution policière napoléonienne n'a pas les moyens de cette prétention et la police impériale ne fut en rien un dispositif tout-puissant pesant sur l'ensemble de la société. Le nombre de fiches regroupant des habitants de tout l'Empire ne s'élevait en effet qu'à deux mille sur une population culminant à quarante millions¹³⁰⁴. Une très petite partie de ces notes était effectivement mise à jour et la surveillance s'avérait très disparate en fonction des régions. La police de l'Empire ne fut ainsi pas omnisciente, mais elle a trouvé son principal ressort dans sa capacité à corrompre ponctuellement une frange de la population pour lui faire jouer le rôle de « mouchard ». L'idée d'un contrôle homogène et permanent de la population ainsi que d'une intériorisation du regard policier semble donc anachronique en ce début de XIX^e siècle. Les instances chargées de la surveillance n'ont pas encore les moyens de leurs ambitions, ni de celles qu'on leur prête. La police de la pensée de l'ensemble des citoyens de l'Empire se contente en réalité de se consacrer à un ordre public le plus élémentaire, dans un État traversé par de profondes divisions.

La puissance de la police politique sous le premier Empire n'est pas un organe de mainmise totale sur la société. Il n'en demeure pas moins que la surveillance se centralise et s'institutionnalise en devenant non plus seulement un simple contrôle des dissidents, mais aussi une manière de prévenir les crimes de droit commun. Le code pénal de 1810 institue ainsi un mécanisme de surveillance de haute police, qui s'apparente à une amorce de notre liberté conditionnelle actuelle¹³⁰⁵. Cette peine préventive institue un dispositif par lequel l'individu n'est pas isolé du reste de la société mais voit sa conduite placée sous l'observation de l'institution policière et judiciaire. Ce mécanisme inventé comme une alternative à l'emprisonnement place le citoyen dévoyé sous le regard de l'État¹³⁰⁶.

La constitution de fichiers n'a cessé de se multiplier à mesure que l'organisation de l'administration s'est perfectionnée et a pu disposer de moyens techniques puissants pour rendre le corps social sans cesse plus

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ Pierre-Marie DESMARET, *Témoignages historiques ou quinze ans de haute police*, Paris, Levasseur, 1833, p. 30.

¹³⁰² Jean MAFART, « Cabinet noir », dans Hugues MOUTOUTH, Jérôme POIROT, *Dictionnaire du renseignement*, Paris, Perrin, 2018, p. 121-123.

¹³⁰³ Jeanne-Laure LE QUANG, « Haute police, Surveillance politique et contrôle social sous le Consulat et le premier Empire (1799-1814) », *Annales historiques de la Révolution française*, 1/399 (2020), p. 223.

¹³⁰⁴ *Ibid.*

¹³⁰⁵ Alfred GIRAUD, « De la surveillance de la haute police et de la réhabilitation », *Revue historique de droit français et étranger*, éd. Édouard LABOULAYE, Rodolphe DARESTE, Eugène DE ROZIERE, Charles GINOULHIAC, Paris, Auguste Durand, 1861, t. 7, p. 535. Une telle peine se retrouve dans un sénatus consulte du 28 floréal an XII (article 131) et dans le code pénal de 1810 (article 221). Cette peine accessoire s'inscrit dans le prolongement des ordonnances royales prises pour contrôler certaines catégories de la population.

¹³⁰⁶ Pour ce qui est de l'ennemi politique, la haute police entre dans une logique d'isolement, de contrôle et de contrainte des personnes suspectées de pouvoir s'en prendre à l'État. Agathe CHOSSAT DE MONTBURON, *L'ennemi en droit pénal (1789-1886)*, *op. cit.*, p. 450-455.

transparent au regard du souverain¹³⁰⁷. En dégageant l'homme de ses anciennes affiliations, la Révolution entérine l'idée selon laquelle chacun doit être jugé sur ce qu'il fait et non sur ce qu'il est ou fait dans l'indifférence de tous. Le statut de concitoyen, même dévoyé, étant distinct de l'ennemi, l'espionnage intégral et permanent des membres d'un corps politique ne peut ainsi jamais se justifier¹³⁰⁸. Au-delà d'un certain seuil, l'institutionnalisation de l'activité étatique de surveillance est donc évidemment susceptible de heurter de front l'exigence de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, qui veut que la liberté soit le principe et le contrôle des personnes une exception strictement encadrée par la loi. De même que la Révolution française avait formulé la promesse de supprimer les peines perpétuelles, faudrait-il aujourd'hui renouveler ce vœu en limitant la possibilité d'exploitation de certains fichiers dans le temps¹³⁰⁹. Une des limites que peut venir poser l'État de droit à l'intrusion dans la vie privée est également l'affirmation d'un droit à l'oubli, notamment par un effacement du référencement de certaines personnes au sein des fichiers de police¹³¹⁰. Si la constitution de fichiers répond à des motifs impérieux d'ordre public et si le fait d'être ainsi répertorié n'est pas une peine, la logique de la surveillance, quand elle est intériorisée, vient en effet paralyser certains comportements et donc l'exercice des libertés. C'est ce que soulignaient les juges allemands de Karlsruhe dans une décision de 1983, dans laquelle ils définissaient la protection de la vie privée non seulement comme la protection d'un intérêt individuel mais aussi comme un présupposé de la « société démocratique libre¹³¹¹ ». Les juges de l'Allemagne de l'Ouest pointaient ainsi le phénomène de l'auto-contrainte lié à la surveillance qui paralysait tout exercice des libertés au sein de la société. Le Conseil d'État

¹³⁰⁷ Pierre PIAZZA, « L'extension des fichiers de sécurité publique », *Hermès, La Revue*, t. 53/1 (2009), p. 67- 74.

¹³⁰⁸ François SAINT-BONNET, « L'explosion des fichiers et les libertés. Les infortunes d'une ambition prométhéenne », dans Fouad EDDAZI et Stéphanie MAUCLAIR (dir.), *Le fichier*, Paris, LGDJ (*Grands colloques*), 2017, p. 293-302.

¹³⁰⁹ C'est ce qu'a d'ailleurs récemment rappelé la CJUE dans un arrêt rendu le 6 octobre 2020 [CJUE, Grande Chambre, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, C-511/18] au sujet du traitement des données à caractère personnel et de la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, en sollicitant des États qu'ils posent des limites à la possibilité d'imposer une conservation généralisée et indifférenciée de ce type de données. Elle rappelle toutefois la possibilité de prévoir des dérogations, notamment pour tout ce qui concerne les « menaces pour la sécurité nationale ». Le Conseil d'État a tiré les conséquences de cet arrêt dans sa décision « French Data Network » [CE, Ass, 21 avril 2021, *French Data Network*, n°393099] en relevant que la conservation généralisée imposée aux opérateurs par le droit français était justifiée par des menaces pour la sécurité nationale, tout en ordonnant au gouvernement de « réévaluer régulièrement la menace ». Il juge en revanche illégale l'obligation de conservation généralisée de données de connexion [hormis les moins sensibles, telles que l'état civil, l'adresse IP, les comptes et paiements] à des fins autres que la sécurité nationale, notamment pour la recherche et la poursuite des infractions pénales. La loi du 30 juillet 2021 s'inscrit dans la même veine, en étendant les prérogatives de la CNCTR [Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement] en matière de contrôle de ce type de techniques.

¹³¹⁰ Les juges de Strasbourg considèrent ainsi que la conservation de certaines informations dans des fichiers est susceptible de porter une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de l'article 8 de la CESDH. [CEDH, 18 septembre 2014, req. n° 21010].

¹³¹¹ Traduit et cité par Yves POULLET et Antoinette ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », dans Karim BENYEKHELF, Pierre TRUDEL (dir.) *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, p. 175. Cour constitutionnelle allemande, 15 décembre 1983 : « Si l'individu ne sait pas si un comportement déviant est remarqué et enregistré de façon permanente en tant qu'information, il essaiera de ne pas attirer l'attention sur un tel comportement. S'il craint que la participation à une assemblée ou à une initiative des citoyens soit officiellement enregistrée et qu'il court personnellement des risques en raison de cette participation, il renoncera probablement à l'exercice de ses droits. Ceci n'a pas seulement un impact sur ses chances de se développer, le bien-être commun (« Gemeinwohl ») en est aussi affecté car l'autodétermination est une condition élémentaire fonctionnelle dans une société démocratique libre, basée sur la capacité des citoyens d'agir et de coopérer ».

s'est également attelé à l'encadrement du savoir policier en exigeant que toute élaboration de fichiers étatiques remplisse deux principales conditions : d'une part, la collecte de données doit être subordonnée à des finalités légitimes ; d'autre part, le fichier doit être alimenté de manière adéquate et proportionnée aux objectifs poursuivis¹³¹². Depuis 2015, la loi sur le renseignement esquisse une liste des motifs qui peuvent donner lieu à une violation de la vie privée : celle-ci doit être effectuée par une autorité investie par la loi, par l'usage de moyens proportionnés et expressément prévus par la loi, et toute intrusion doit poursuivre un but légitime, qui tient dans la préservation des intérêts fondamentaux de la Nation¹³¹³. La question de la finalité de la surveillance de la vie privée doit donc nécessairement être circonscrite pour que ne soit pas remis en cause le décalage crucial entre ce qui relève du comportement *personnel*, qui est indifférent, et le trouble *manifeste*, qui porte atteinte à la société.

Chapitre III- La dépénalisation des mœurs privées dans le nouveau droit pénal

La séparation entre la faute privée et le crime public a évidemment des racines lointaines. Sans remonter au droit romain, le droit canon médiéval repose en effet sur une distinction très grande entre la faute publique et le péché secret. Selon ses enseignements, la répression doit essentiellement viser les crimes publics, c'est-à-dire les seuls actes scandaleux. La distinction canonique entre crime et péché, entre for interne et for externe, entre vérité judiciaire et vérité de l'homme, ne réalise pas pour autant de séparation étanche entre l'homme extérieur et l'homme intérieur¹³¹⁴. Bien qu'ils soient soumis à un traitement juridique différent, les actes visibles et invisibles demeurent fondamentalement liés. Ces deux types d'actes sont en effet considérés comme pouvant participer de la ruine du corps social. Les crimes sont des péchés *visibles* et des actes *intérieurement* voulus. Les fautes privées ne sont ni poursuivies ni publiées, mais elles ne sont pas pour autant indifférentes au sort de la communauté. La séparation des fors dépasse donc largement la question du sacrement de pénitence ; elle repose sur le souci d'articuler l'autorité extérieure et visible avec la « liberté des enfants de Dieu¹³¹⁵ ». La définition du crime suppose ainsi la mise en évidence du caractère

¹³¹² Le principe de proportionnalité a été réaffirmé dans un arrêt d'assemblée du 26 octobre 2011 : CE, Ass. plén., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827. La proportionnalité est reprise aussi par le conseil constitutionnel : C. const. QPC, 27 octobre 2017, n°2017-670, principe qui interdit la conservation générale et indifférenciée des données de connexion indépendamment de la recherche d'une infraction C. const. QPC, 25 février 2022, n°2021-976/977. Didier RIBES, « Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, t. 48 (2015), p. 35-46.

¹³¹³ Article L801-1 du code de la sécurité intérieure issu de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015.

¹³¹⁴ Capucine NEMO-PEKELMAN, « Scandale et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XIIIe-XIIIe siècles) », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 85/4 (2007), p. 502.

¹³¹⁵ Rm, 8, 22.

extérieur de la faute, et les canonistes la circonscrivent au moyen du concept de scandale. La distinction 81 du décret de la *Summa Lipsiensis*, écrite en 1186, fournit cette distinction :

Nous appelons crime le péché qui scandalise l'Église, d'où l'accusé sera condamné en justice. Tout péché n'est pas susceptible d'une accusation en justice, mais seulement celui qui a causé un scandale¹³¹⁶.

Le scandale est donc la faute des impudiques, de ceux qui ne se soumettent pas au principe de la règle. La publicité de l'offense est constitutive du crime, puisque c'est elle qui donne à l'acte une résonance sociale particulière. Par son extériorité, le scandale entraîne une contagion du mal moral (étymologiquement il s'agit d'une pierre d'achoppement faisant chuter une personne). Raymond de Peñafort relève la violence d'un tel phénomène, qui « n'est pas autre chose que le fait de heurter (le prochain) en l'incitant à consentir à un péché, à l'occasion d'un dit, d'un fait, ou de *n'importe quel signe extérieur*¹³¹⁷ ». De même, la définition du caractère *public* de la faute est décisive en droit pénal. Le droit romain séparait déjà les infractions publiques (*crimina*) et les délits privés (*delicta*)¹³¹⁸. Les crimes publics (*manifesta*), ceux dont le magistrat se réservait la répression, étaient considérés comme des actes manifestes et d'une importance suffisante pour être sanctionnés pénalement. Comme nous l'avons vu, il s'agissait d'une catégorie bien distincte du péché privé (*occulta*), regardé comme demeurant plus personnel et bien souvent secret.

Dans la lignée de l'adage selon lequel l'Église ne juge pas de ce qui est occulte, l'institution ecclésiale a elle-même défini les limites à son pouvoir de juridiction. Les développements de la science canonique et les développements de la théologie conduisent à reconnaître l'indépendance des fors. La répartition entre *for interne* et *for externe* prolonge le difficile partage au sein de l'Église entre pouvoir d'ordre et pouvoir de gouvernement. Elle dessine en son sein une césure entre deux prérogatives, l'une chargée de pardonner les péchés personnels et l'autre de réprimer un certain nombre d'actes manifestes qui peuvent dès lors être poursuivis publiquement. La répression s'organise ainsi autour de la notion de scandale, laissant libre tout ce qui est invisible, de sorte qu'est respectée une certaine autonomie de la personne¹³¹⁹. La répression publique suppose une certaine *nocivité sociale*, qui peut être déduite de la *publicité* de l'acte. La faute scandaleuse n'apparaît pas seulement comme un péché *grave* mais comme un péché *manifeste*, c'est-à-dire visible par

¹³¹⁶ *Summa Lipsiensis*, Dis. 88, c. 1 : « [...] et secundum hoc tale peccatum dicitur crimen, quod ecclesiam scandalizat, une accusatus iam dempnetur. Vel potest dici quod non omne peccatum est dignum accusatione, sed illud tantum quod scandalum facit. » [Nous soulignons]. Trad. Arnaud FOSSIER, « Propter vitandum scandalum, Histoire d'une catégorie juridique (XII^e-XV^e siècle), *op. cit.*, p. 327.

¹³¹⁷ Raymond DE PENAFORT, *Summa de Paenitentia et matrimonio*, Avinione, Francisci Mallard, 1715, Livre III, tit. 30, *De scandalo*, p. 509. Voir aussi HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Venetiis, Ad candenti Salamandrae insigne, 1570, Livre I, tit. *De renunciacione*, p. 45 : « Tous les scandales ne sont pas des péchés mortels, et tous les péchés mortels ne sont pas des scandales ».

¹³¹⁸ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 38.

¹³¹⁹ L'obligation faite aux autorités ecclésiastiques de respecter ce domaine privé se retrouve jusque dans le droit canon contemporain tel qu'il ressort des codifications du XX^e siècle. Le canon 530 du code de 1917 dispose ainsi qu'« il est rigoureusement interdit à tous les supérieurs religieux de pousser leurs sujets, de n'importe quelle manière, à leur manifester leur conscience ». Le code de 1983 est encore plus catégorique : « il n'est permis à personne de porter atteinte d'une manière illégitime à la bonne réputation d'autrui, ni de violer le droit de quiconque à préserver son intimité » Code 1917. ca. 530 ; Code de 1983 ca. 220.

tous¹³²⁰. À partir du droit pénal canonique, le droit de punir ne se fonde donc plus sur la violation « d'un commandement divin mais sur l'atteinte que porte le crime à l'intérêt de l'Église, bientôt assimilé à l'intérêt public¹³²¹ ».

La répression de certaines actions, parce qu'elles sont publiques, suppose ainsi de distinguer les caractères fondamentaux des fautes extérieures qui méritent des poursuites. Le péché caché n'est pas absous par son invisibilité, mais sa condamnation publique n'apparaît pas nécessaire étant donné qu'il a des conséquences moindres que s'il était manifeste. Si, pour Thomas d'Aquin, la justice humaine doit autant que possible imiter la justice de Dieu, ce n'est pas en étant omnisciente et omnipotente mais en s'ajustant au contraire à la nature particulière de la faute. Le péché privé n'appelle ainsi selon lui, pour celui qui ne s'obstine pas dans la faute, qu'une réprimande privée :

Lorsqu'il s'agit de péchés occultes, il faut éviter, du moins dans un premier temps, de les divulguer, du moins dans la mesure où ils ne mettent pas immédiatement en cause le bien commun : après un avis discret au pécheur, on ne le dénoncera que s'il persiste obstinément dans sa faute ; en revanche s'il s'agit d'un péché public, le mal étant connu de tous, on peut aller directement à la dénonciation¹³²².

L'action publique suit cette logique et réprime avant tout les actes abominables, c'est-à-dire ceux ayant pris une ampleur sociale particulière en raison de leur caractère odieux et manifeste. Ces crimes, qualifiés d'énormes ou d'atroces, forment le champ du droit pénal à la fin du Moyen Âge. La répression des tribunaux ne vise donc pas seulement une protection minimale de la société mais elle essaie de « confiner le mal¹³²³ » pour mieux l'anéantir.

Par bien des aspects, les penseurs de nos droits séculiers modernes sont les héritiers de cette distinction entre péché secret et crime public. Le critère du désordre visible prend d'ailleurs une importance particulière dans les réformes pénales du XVIII^e siècle et XIX^e siècle. Le délit devant être poursuivi ne devient pas tant l'acte contraire à la morale collective que celui qui s'en prend à la sûreté individuelle ou viole de manière

¹³²⁰ Avant l'instauration de modes d'enquête plus approfondis, le déclenchement de l'instance criminelle dépend de la clameur publique ou privée (*clamor*) et de la réputation d'une personne (*fama*). Sur le sujet : Paolo PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2015, 499 p. ; Arnaud FOSSIER « Scandale, vérité et gouvernement de l'Église (XII^e-XIV^e siècles) », dans Jean-Philippe GENET (dir.), *La vérité : Vérité et crédibilité : construire la vérité dans le système de communication de l'Occident (XIII^e-XVII^e siècle)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2015, p. 365-377. ID, « *Propter vitandum scandalum*, Histoire d'une catégorie juridique (XII^e-XV^e siècles) », *Mélanges de l'École française de Rome*, Rome, École française de Rome, 2009, p. 317-348 ; Capucine NEMO-PEKELMAN, « Scandale et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XII^e-XIII^e siècles) », *Revue historique de droit français et étranger*, *op. cit.*, p. 491-504 ; Wouter DRUWE, *Scandalum in the early Bolognese decretistic ans papal decretals 1140-1234*, Levin, Spicilegium sacrum Laovaniense, 2018, 110 p.

¹³²¹ Raphaël ECKERT, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e siècle-début XIII^e siècle) », *op. cit.*, p. 507-508 : « L'indépendance des fors, fruit d'une évolution entamée au début du XII^e siècle, procède tout à la fois de l'institutionnalisation de l'Église médiévale, affermie par le développement de la science canonique, et des progrès de la réflexion théologique sur la pénitence sacramentelle. »

¹³²² S. T. IIa-IIae, q. 33, art. 7 ; Jean-Marie CARBASSE, *Secret et justice* (actes du colloque organisé par le Centre d'Histoire Judiciaire de Lille II, l'Institut d'Histoire du droit de Montpellier I et le Centre d'Étude d'Histoire Juridique de Paris II, Lille, 3-5 décembre 1998), Lille, L'Espace juridique, 2000, p. 214 ; Jacques CHIFFOLEAU, « Dire l'indicible ; remarque sur la catégorie du *nefandum* du XII^e au XIV^e siècle », *Annales ESC*, t. 2 (1990), p. 289-324.

¹³²³ Jean-Marie CARBASSE, *Secret et justice*, *op. cit.*, p. 214.

manifeste le contrat social¹³²⁴. Pour les auteurs du siècle des Lumières, le péché semble devoir être compris comme une faute solitaire sans incidence sociale. L'insistance sur le caractère public de l'infraction permet de laisser de côté les agissements purement individuels et tous ceux dont la pénalisation n'est pas justifiée par la défense de la société. Il n'y a pour eux plus aucune contradiction à permettre juridiquement ce qui est peut-être combattu moralement. S'appuyant sur ce principe libéral, Beccaria, en grand admirateur de Montesquieu¹³²⁵, considère ainsi que chaque citoyen doit pouvoir faire « *tout* ce qui n'est pas contraire aux lois¹³²⁶ ». Le criminaliste italien insiste bien sur le fait que chacun doit supporter pour lui-même les inconvénients qui peuvent résulter de certains actes¹³²⁷. Le droit pénal ne doit sanctionner que les violations manifestes du contrat social en laissant aux particuliers un maximum de liberté dans la mesure où ils n'enfreignent pas les règles qui régissent la vie commune¹³²⁸. Les développements de la philosophie politique libérale, le scepticisme et l'humanisme des Lumières s'accordent pour libérer une masse d'actes jugés indifférents en renonçant à poursuivre le mal moral commis secrètement. Le droit moderne intègre cet impératif en entendant dépénaliser l'ensemble des outrages privés aux mœurs qui ne portent directement atteinte ni à l'ordre public, ni à aucun droit individuel. Cela se retrouve dans l'analyse des philosophes et des criminalistes du XVIII^e siècle (Section 1) et se prolonge par l'élaboration du délit d'outrage public à la pudeur, dans lequel existe une séparation évidente entre la défense d'un certain état des mœurs dans l'espace public et la morale purement privée (Section 2).

Section 1 – La condamnation des crimes moraux « imaginaires » dans la doctrine pénale des Lumières

Après l'étape médiévale de distinction du péché et du crime, les sécularisations latentes du siècle des Lumières conduisent à mener plus avant l'entreprise de dépénalisation des conduites individuelles. Comme nous l'avons constaté précédemment, du XVI^e au XVIII^e siècle, la distinction du spirituel et du temporel est davantage présentée comme une distinction privé/public. Les infractions pénales ne doivent pas se contenter de reprendre les péchés listés par les Saintes Écritures, mais doivent constituer une violation caractérisée du contrat social. Là encore, le secret sert de critère pour distinguer les actes simplement immoraux, dès lors contraires à la loi religieuse ou à la morale naturelle, avec les actes illicites au sens de la loi civile. Cette mutation est très perceptible dans les débats intellectuels du XVIII^e siècle chez Montesquieu, qui éveille une passion publique pour ces problèmes de jurisconsultes. Dans *l'Esprit des Loix*, il relie la question de la loi pénale à celle de la liberté politique en soulignant que : « C'est donc de la bonté des lois

¹³²⁴ Jean-Louis HALPÉRIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, t. 1/1 (2010), p. 916-924 ; Clément ELOI, « Le Droit selon BECCARIA », *Revue juridique de l'Ouest*, t. 4 (2014), p. 41-62.

¹³²⁵ BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. Faustin HÉLIE, Paris, Guillaumin, 1856, p. 11 : « L'immortel Montesquieu n'a pu traiter que par occasion ces matières importantes. Si j'ai suivi les traces lumineuses de ce grand homme, c'est que la vérité est une et partout la même. »

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 46.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ Beccaria parle de « dépôt commun » et de « l'assemblage des petites portions de liberté » ce qui suppose une vie commune *Ibid.* p. 16. Cela peut faire penser à la décision du conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 qui invoque « les exigences minimales de vie en société ». C. const., DC. 2010-613.

criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen¹³²⁹ ». Par-delà sa réflexion sur les régimes politiques, le magistrat bordelais contribue de manière décisive à achever la sécularisation du droit pénal¹³³⁰. Dans son étude sur les lois criminelles, il préconise de « tirer chaque peine de la nature particulière de chaque crime¹³³¹ ». Les atteintes à la religion ne doivent ainsi subir qu'une peine religieuse, et il faut dans cette matière « éviter les lois pénales¹³³² ». Pour ce qui est des outrages aux mœurs — ce qu'il nomme « la violation de la continence publique ou particulière » — il renvoie à la seule réprobation sociale ou à des peines modérées comme « les amendes, la contrainte de se cacher, l'infamie publique, l'expulsion hors de la ville et de la société¹³³³ ». Hormis le viol et l'enlèvement, qu'il classe parmi les atteintes à la sûreté, les atteintes aux mœurs ne méritent pas véritablement de poursuites car elles se fondent selon lui sur « l'oubli ou le mépris de soi-même¹³³⁴ ». Pour Montesquieu, l'empire romain s'établissant, la pureté des mœurs n'était plus requise et chacun pouvait devenir libre dans sa vie privée. La monarchie n'exigeait pas la pureté des mœurs de la République et, pour cela, les empereurs romains ont renoncé à sanctionner leurs dérèglements pour ne punir que les crimes¹³³⁵. Il ne remet pas en cause l'idée qu'il faille faire respecter les mœurs dominantes, mais ce qui est individuel, ce qui est caché, ne mérite pas pour lui l'attention du juge¹³³⁶. La raison en est simple : ce qui ne porte pas d'atteinte manifeste à la société ne mérite pas de sanction de l'État. Le « crime contre-nature¹³³⁷ » est « très obscur¹³³⁸ », et là où les anciennes législations s'attachaient pour cette raison à en faciliter la preuve, le baron de la Brède sous-entend que le droit pénal, bien au contraire, ne fonde pas son droit de punir sur une participation à un gouvernement divin mais plutôt sur un impératif de préservation de l'ordre social. L'obscurité de certains délits implique ainsi de ne pas les exposer sur la place publique. Loin de renforcer la répression dans de telles situations, il faut « laisser la nature défendre ses droits¹³³⁹ ». Quelques années plus tard, les rédacteurs de l'Empire invoqueront Montesquieu pour justifier la distinction

¹³²⁹ E. L. XII, 2.

¹³³⁰ Jacques POUmarede, « Montesquieu, Voltaire, Beccaria » dans *Itinéraire d'un historien du Droit : Jacques Poumarede, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011, p. 345-346.

¹³³¹ E. L. XXV, 12.

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ E. L. XII, 4.

¹³³⁵ E. L. VII, 13 : « Tout le système politique à l'égard des femmes changea dans la monarchie. Il ne fut plus question d'établir chez elles la pureté des mœurs, mais de punir leur crime. On ne faisait de nouvelles lois pour punir ces crimes que parce qu'on ne punissait plus les violations, qui n'étaient point ces crimes ».

¹³³⁶ Au contraire même, il les défend. Montesquieu préconise le respect des mœurs dominantes en considérant qu'on ne peut sans prudence « choquer la nature des choses », « renverser les idées de l'honneur, celles de la morale et celle de la religion » E. L. XII, 6.

¹³³⁷ E. L. XII, 6 : Dans cette catégorie, il range « la magie, l'hérésie, et le crime contre nature ; [...] on pourrait prouver du premier, qu'il n'existe pas ; du second, qu'il est susceptible d'une infinité de distinctions, limitations ; du troisième qu'il est très souvent obscur ». Il faut noter que Montesquieu agite ici des fantômes. En 1748, date de la publication de *L'esprit des lois*, la magie et l'hérésie ne sont plus poursuivies depuis longtemps et l'homosexualité très rarement (le dernier cas d'exécution est en 1750). Sur le sujet : Thierry PASTORELLO, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, t. 112-113 (2010), p. 197-208.

¹³³⁸ *Ibid.*

¹³³⁹ E. L. XII, 5.

qu'ils font entre les crimes de mœurs qui choquent la sûreté publique, tels que l'enlèvement et le viol, et ceux qui, fondés sur le mépris de soi-même, doivent être classés tout au plus dans la catégorie des délits¹³⁴⁰.

On sait à quel point cette position lui attira les foudres de Muyart de Vouglans, qui soutenait qu'à l'inverse, « le véritable esprit de la jurisprudence » reposait sur « des principes fondés sur le droit naturel¹³⁴¹ ». Pour ce dernier, les crimes de luxure sont bien des « crimes contre la société¹³⁴² ». La fornication porte, selon lui, une atteinte certaine à « l'ordre public¹³⁴³ » ; la sodomie, quant à elle, est un crime contre la génération qui corrompt la jeunesse¹³⁴⁴. Malgré la réaffirmation des antiques principes, le lieutenant général de police Lenoir adopte une position plus pragmatique quand il préconise en matière de mœurs de tolérer « les erreurs et surtout les tenir cachées quand elles ne troublent pas l'ordre public¹³⁴⁵ ». Il vaut mieux selon lui jeter un voile sur certains vices plutôt que de diffuser le mal par d'inutiles scandales¹³⁴⁶.

Au XVIII^e siècle, l'idée selon laquelle la sanction pénale ne doit pas porter sur la totalité des actions mais sur les seules portions de liberté abandonnées à la société par chaque individu est significative de la recherche d'un droit pénal sécularisé, utile et mesuré. Il s'agit d'établir un partage profond entre la norme sociale et le libre-arbitre de chacun. Le chantre des réformes pénales des Lumières, Beccaria, souligne bien dans sa préface au *Traité des délits et des peines* la différence entre le délit public et les atteintes privées à la morale :

Il appartient au théologien de discerner les limites du juste et de l'injuste dans le for intérieur et relativement à *la moralité intrinsèque des actions*. Il appartient au publiciste de déterminer ces limites au point de vue politique et *relativement à l'utilité et au dommage que la société en éprouve*¹³⁴⁷.

Selon le criminaliste italien, il y a des actes purement individuels qui, pour cette raison, n'ont pas à entrer dans la nomenclature des délits. Les actions humaines ne peuvent être sanctionnées pénalement que lorsque, par leur résonance sociale, elles viennent perturber « l'intérêt public et les droits des autres citoyens¹³⁴⁸ ». Cette position repose sur l'idée selon laquelle l'individu seul dispose sur lui-même du privilège d'une connaissance intérieure ; il peut lui seul juger de la validité de ses actes alors que les tiers ont toujours une connaissance vague des actions d'autrui. Il faut donc suspendre la sanction pénale, si ce n'est le jugement social, à l'endroit de l'action individuelle. À l'article « Conscience » de l'*Encyclopédie*, Jaucourt estime lui aussi que le droit de punir ne se fonde pas sur la nature particulière de l'acte mais seulement sur l'utilité publique :

¹³⁴⁰ *Code pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois de l'exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'État*, Paris, Belin, 1812, p. 96.

¹³⁴¹ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Lettre sur le système de l'auteur de l'Esprit des lois, touchant la modération des peines*, Paris, 1785, p. 23.

¹³⁴² ID., *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, 1780., t. I., p. 206.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 206.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, p. 243-244.

¹³⁴⁵ Jean-Charles LENOIR dans Vincent MILLOT, *Un policier des Lumières. suivi de Mémoires de J.C.P. Lenoir, ancien lieutenant général de police de Paris*, Seyssel, Champ Vallon, 2011, p. 503 [Nous soulignons]. Il dénonce pour cela le scandale inutile qui vient causer plus de mal que de bien.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, Il soutient encore que « le scandale d'une seule faiblesse fait plus de mal que beaucoup de fautes ignorées. »

¹³⁴⁷ BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. Faustin HÉLIE, *op. cit.*, p. 37 [Nous soulignons].

¹³⁴⁸ D. DIDEROT et J. D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, éd. 1751, *op. cit.*, t. IV, V^o « Crime, faute, péché, délit, forfait », p. 466.

Si l'on punit ceux qui font ou qui enfreignent des choses nuisibles à la société, ce n'est pas à cause qu'ils sont dans l'erreur, quand même ils y seraient de mauvaise foi ; mais parce qu'on a le droit pour le bien public de réprimer de telles gens, *par quelques principes qu'ils agissent*¹³⁴⁹.

Si le mobile secret de l'action est considéré comme indifférent, les actions secrètes le sont aussi. La qualification de droit ne peut se fonder sur un jugement religieux ou moral qui viendrait condamner l'attitude d'une personne, mais sur la seule défense des intérêts de la société. Voltaire instrumentalise la différence entre péché et délit pour rabattre certaines incriminations dans le domaine de la morale privée. Il fait ainsi coïncider cette distinction entre faute personnelle et faute sociale avec le partage privé/public. C'est le cas notamment lorsqu'il soutient que « partout où il y a une société établie, une religion est nécessaire ; les lois veillent sur les crimes *connus*, et la religion sur les *crimes secrets*¹³⁵⁰ ». Il tire les conséquences d'une telle analyse en matière de mœurs :

La sodomie, lorsqu'il n'y a point de violence, ne peut être du ressort des lois criminelles. Elle ne viole le droit d'aucun homme. Elle n'a sur le bon ordre de la société qu'une influence indirecte ; comme l'ivrognerie, l'amour du jeu est atroce. La loi d'Angleterre qui expose les coupables à toutes les insultes de la canaille, et surtout des femmes qui les tourmentent quelquefois jusqu'à la mort, est à la fois cruelle, indécente et ridicule¹³⁵¹.

Le gentilhomme de Ferney ne fait pas autre chose que Beccaria lorsqu'il propose une distinction rigoureuse entre d'un côté la *moralité privée* devant échapper à la sanction, et de l'autre la *pénalité publique* qui touche les atteintes à la société. Même le Baron d'Holbach, qui se propose par ailleurs de placer la morale au fondement de l'ordre politique, considère comme tyrannique l'idée de dévoiler les fautes contre la pudeur « qui s'enveloppent communément des ombres du mystère¹³⁵² ». Le gouvernement doit néanmoins, selon lui, punir le « vice effronté lorsqu'il se montre insolemment en public, parce qu'alors son exemple devient très dangereux¹³⁵³ ».

L'avocat et futur membre de la Convention Brissot, plus modéré encore, estime qu'en matière de mœurs, l'État « ne peut que contribuer au repos des familles et favoriser la propagation, qui fait toujours la force des peuples¹³⁵⁴ ». En ce sens, il va même jusqu'à considérer qu'il n'est pas nécessaire de poursuivre

¹³⁴⁹ *Ibid.*, t. III, V° « Conscience », p. 903.

¹³⁵⁰ VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, Paris, Gallimard, 1961, p. 630 [Nous soulignons].

¹³⁵¹ ID., *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris, Garnier, 1880, p. 570. La pénalisation de l'homosexualité en public comme en privé est particulièrement sévère en droit anglais au XVIII^e siècle. La répression est maintenue au XIX^e siècle sous l'ère Victorienne notamment par une loi de 1885 qui, sous l'appellation de *gross indecency*, criminalise les actes sexuels entre hommes, même effectués en privé. Avec un tel régime, la législation anglaise moderne est plus sévère que le droit anglais médiéval sur la même question. Robert DEMERS, « De la *lex scantinia* aux récents amendements du Code criminel : homosexualité et droit dans une perspective historique », *Les cahiers du droit*, t. 25/4 (1984), p. 777-800 ; John BOSWELL, Mark D. JORDAN, *Christianity, Social Tolerance an homosexuality : Gay People in Western Europe the Beginning of the Christian Era to the Fourcent Century*, Chicago, University of Chicago Press, 2015, 456 p.

¹³⁵² Baron D'HOLBACH, *Éthocratie ou Le gouvernement fondé sur la morale* (1776), Paris, Coda, 2008, p. 182.

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, Paris, Desauges, 1781, t. V, p. 190 : « L'État a-t-il droit sur la chasteté de ses membres ? Question délicate, que nous n'agiterons point ici. Admettons simplement ce droit, puisqu'il ne peut que contribuer au repos des familles et favoriser la propagation, qui fait toujours la force des peuples. » On sait que celui-ci sera laissé de côté par le codificateur de 1791. Fabienne GIULIANI, *Les liaisons interdites, Histoire de l'inceste au XIX^e siècle*, Paris, Édition de la Sorbonne, 2014, p. 21-77.

l'inceste, dans la mesure où un tel acte constitue « plutôt un crime de mœurs qu'un crime de lois¹³⁵⁵ ». L'idée selon laquelle la sexualité est une affaire individuelle sur laquelle la moralité extérieure ne peut que difficilement s'imposer a donc des racines lointaines. Elle marque ce que l'on a pu nommer la « première révolution sexuelle¹³⁵⁶ », inhérente à l'idée qui gagne du terrain au XVIII^e siècle selon laquelle le sexe n'est pas un sujet relevant de la famille ou de la société mais une question de sentiment personnel, une affaire laissée à la liberté de chacun¹³⁵⁷.

La nouvelle doctrine pénale sépare ainsi davantage ce qui est privé de ce qui est social, ce qui ne relève que de la conscience et ce qui peut faire l'objet d'une répression publique. Dans leur recherche de sécularisation du droit pénal, les criminalistes cantonnent aussi les délits aux seules atteintes à la société en laissant à la responsabilité individuelle les fautes personnelles et secrètes. Les révolutionnaires qui exaltent la loi professent son innocuité dans certaines matières considérées comme privées. Le député Sinety reconnaît ainsi, dans son projet de Déclaration des droits, que la loi ne peut venir régir la vie intime de la personne :

La Loi ne pouvant atteindre les *délits secrets*, c'est à la Religion et à la morale à la suppléer ; et *l'homme n'en est comptable qu'à Dieu et à sa conscience*¹³⁵⁸.

Le processus conduisant à opposer le péché individuel au crime prend une nouvelle dimension quand le for intérieur n'est plus seulement pensé en termes religieux mais en termes d'instance personnelle de moralité. Le secret dont il est recouvert est pris comme un rempart de la liberté qui rend caduque toute sanction pénale. La demande d'établir un droit qui se désintéresse du gouvernement des mœurs est entendue lorsqu'en 1791, les incriminations de blasphème, de sodomie et de suicide sont supprimées. Il faut bien comprendre que l'approche de ces révolutionnaires ne repose pas seulement sur une séparation entre la loi et les mœurs. Dans les deux cas il s'agit de commandements hétéronomes qui viendraient exiger de l'individu qu'il obéisse à une règle *supra* individuelle. Quand Lepeltier de Saint Fargeau évoque, dans son rapport sur le projet de code pénal, cette « foule de crimes imaginaires qui grossissaient les anciens recueils de lois¹³⁵⁹ », il songe à tout une série d'actes qui, selon lui, ne concernent pas la société et qui doivent relever du jugement de la conscience. Cette opération d'épuration du droit pénal au nom de l'autonomie de l'individu congédie même les mythes moraux les plus élémentaires. La recherche d'un droit pénal libéral, purement rationnel et contractuel trouve ainsi sa discrète apothéose en 1791, quand le législateur omet volontairement de la liste des infractions prévues par le *Code des délits et des peines* le crime d'inceste, jugé crime privé par excellence.

¹³⁵⁵ Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, Neufchâtel, Desauges, 1781, t. I, p. 123-125.

¹³⁵⁶ Faramerz DABHOIWALA, *The Origins of Sex: A History of the First Sexual Revolution*, Allen Lane, Oxford university press, 2012, 496 p.

¹³⁵⁷ Une des manifestation de cette individualisation du rapport à la sexualité retrouve par exemple dans le net recul dans les mœurs de certains rituels entourant les mariages du XVIII^e au XIX^e siècle. Aïcha SALMON, « Les rites de la nuit de noce bourgeoise en France au XIX^e siècle », *Rituels de la vie publique et privée du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Garnier, 2021, p. 113-130.

¹³⁵⁸ Stéphane RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 654, [Article XI] [Nous soulignons].

¹³⁵⁹ Louis-Michel LE PELLETIER DE SAINT-FARAGEAU, « Rapport sur le projet de code pénal » *A. P.*, 1^{ère} série, t. 26, p. 321.

L'idéal d'une norme fondée uniquement sur la séparation entre l'ordre extérieur et la conscience est aussi repris par la philosophie pénale utilitariste. Le penseur anglais Jérémie Bentham, ami de Brissot, proclamé citoyen français par la Convention, considère lui-aussi qu'une séparation nette doit être opérée entre les règles de conduite de l'homme privé et les principes qui doivent guider la législation publique. Le pouvoir politique ne peut selon lui jamais prétendre à une maîtrise totale de l'homme, car les gouvernements ne peuvent avoir « une connaissance universelle de ce qui se passe (dans le secret)¹³⁶⁰ ». Cette limite contraint le gouvernement à laisser à la sphère privée une indépendance de principe vis-à-vis de la communauté. Pour ce qui est de la cité, il faut, selon la maxime qu'il établit, « laisse[r] aux individus la plus grande latitude possible dans tous les cas où *ils ne peuvent nuire qu'à eux-mêmes* ; car ils sont les meilleurs juges de leurs intérêts¹³⁶¹ ». Dans la lignée de Montesquieu, il remarque lui-aussi que les « délits de lubricité exempts de fraude et de violence¹³⁶² » et les « délits contre soi-même¹³⁶³ » constituent des « délits imaginaires¹³⁶⁴ ». Le principe est le suivant : la moralité privée et les actes qui ne relèvent que de l'homme seul constituent une catégorie d'actes à part qui n'ont pas à être poursuivis. Les distinctions conceptuelles opérées par le philosophe utilitariste induisent donc un certain adoucissement du droit pénal. L'œuvre du magistrat est symptomatique de sa volonté de dégager une sphère qui ne relève que de la moralité privée. La fornication, la luxure, les contrats de prêt d'argent entre particuliers et l'ivrognerie sont renvoyés à la morale individuelle. La volonté d'établir des règles de conduite amène en effet selon lui à des remèdes pires que le mal. D'une part, elle contribue à l'inflation du nombre de normes engendrant une « complication des lois¹³⁶⁵ ». D'autre part, elle encourage l'institution de lois strictes, car « plus ces vices sont faciles à cacher, plus il faudra des peines sévères, afin de contrebalancer, par la terreur des exemples, l'espoir toujours renaissant de l'impunité¹³⁶⁶ ». Ainsi, dans la mesure où l'immoralité s'expose, mais seulement si elle s'expose, elle continue à être placée sous les lois et sous la garde de l'opinion. La publicité est certes « l'âme de la justice¹³⁶⁷ », mais Jérémie Bentham relève toutefois qu'il est des cas où la mise en lumière d'une faute peut causer plus de mal que de bien. La manifestation de certains délits s'opérant dans l'ordre privé peut en effet s'avérer nocive ; il en est ainsi des cas où la justice « fermera l'oreille¹³⁶⁸ » sur des disputes de famille. Alors que, depuis le droit romain, l'adultère est considéré comme un crime à caractère mixte qui blesse simultanément les intérêts privés et l'ordre public, Bentham plaide pour sa dépénalisation au nom de la préservation de l'intimité. Ces affaires relèvent du secret inviolable du lit nuptial et si le procès peut guérir une plaie, « la publicité en fait une autre aussi douloureuse qu'incurable¹³⁶⁹ ». Respectueux des mœurs publiques, Bentham admet donc une différence de régime pénal entre les faits de la vie privée et ceux qui ont une résonance sociale en raison de

¹³⁶⁰ Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale, précédé de principes généraux de législation, et d'une vue complète de droit*, Paris, Masson, 1802, t. I, p. 121.

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ *Ibid.*

¹³⁶⁵ *Ibid.*, t. I, p. 37-38.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ ID., *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1830, t. I, p. 148.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ *Ibid.*

leur caractère public. Certains actes libres en privé doivent ainsi être soumis à des peines légères dans « les cas de notoriété scandaleuse¹³⁷⁰ ». Il reconnaît néanmoins une liberté étendue pour ce qui relève du royaume individuel et admet la contrainte pour ce qui s'exerce dans l'espace public, c'est-à-dire tout endroit allant au-delà de la maisonnée. Comme les canonistes médiévaux, Bentham concède qu'il faut préserver les mœurs en évitant les phénomènes de contagion par la prohibition de la publicité de certaines déviances privées.

La philosophie pénale des Lumières, soucieuse des droits de la conscience, prépare une dépenalisation étendue de ce qui est considéré comme purement privé. Les juristes d'avant-garde qui préparent la codification pénale sont imprégnés de ces principes nouveaux qui cantonnent le droit de punir aux atteintes directes causées aux personnes et à la société. Il s'agit de distinguer systématiquement ce qui relève de la vie individuelle, c'est-à-dire les atteintes à soi-même ainsi que les atteintes secrètes aux mœurs dominantes de l'époque, et les actes qui attentent à l'ordre social, notamment par leur caractère public. Il ne s'agit pas pour autant d'une sortie de la morale, mais, comme l'explique Nietzsche, en observateur cinglant des mutations du monde moderne, du remplacement d'une morale collective par une moralité individuelle. Cette situation ne fait pas disparaître la responsabilité morale du sujet mais au contraire l'exacerbe. En sanctionnant rarement certaines atteintes aux mœurs, les sociétés anciennes prenaient sur elles la faute et se contentaient de faire quelques exemples. En renvoyant certains actes au libre-arbitre, le nouveau droit fait peser sur l'individu seul la responsabilité de ses actions. C'est le drame de l'homme moderne qui, voulant « faire tout dépendre de lui-même¹³⁷¹ », détruit cette « moralité des mœurs » qui structurait les anciennes sociétés¹³⁷². Désormais, les fautes intimes sont de la seule responsabilité des individus privés et la solidarité dans la faute s'est affaïssée. Ce n'est plus directement l'offense aux mœurs qui justifie la répression, mais l'atteinte à l'ordre *public*, dont la notion d'outrage *public* aux mœurs n'est qu'une émanation.

Section 2 - L'affranchissement des actes immoraux de la vie privée dans le nouveau droit pénal

En omettant volontairement certaines qualifications dans le premier code pénal, les révolutionnaires achèvent un phénomène de libération des atteintes occultes aux mœurs. Le droit pénal, fondé sur un système de peines strictes, renonce à poursuivre l'intégralité des comportements dévoyés. Les actes exempts de violence et de scandale ne sont donc pas sanctionnés. Le crime intime de sodomie n'est pas repris dans le code des délits et des peines de 1791 et les comportements considérés comme déviants ne sont poursuivis qu'en tant qu'ils entrent dans l'espace public¹³⁷³. Le législateur révolutionnaire répugne ainsi à venir normer ce qu'il considère comme privé et étranger au contrat social. Avec la loi de police correctionnelle du 18 juillet 1794 est institué un délit réprimant tous « ceux qui seraient prévenus d'avoir attenté *publiquement* aux bonnes

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Friedrich NIETZSCHE, *Aurore* (1881), trad. Éric BLONDEL, Paris, Flammarion, 2012, p. 9.

¹³⁷² *Ibid.*

¹³⁷³ Le régime pénal de ce qu'il n'est pas encore convenu d'appeler l'homosexualité ne s'en trouve toutefois pas nécessairement allégé, bien au contraire dès lors que la preuve de l'outrage public à la pudeur est bien plus aisée à rapporter que celle de l'ancien crime de sodomie et que les dispositifs modernes de contrôle de l'espace public sont plus puissants.

mœurs, par outrage à la pudeur des femmes, par actions déshonnêtes, [...], d'avoir favorisé la débauche, ou corrompu des jeunes gens de l'un et l'autre sexe¹³⁷⁴ ». Cette notion, reprise dans le code pénal napoléonien qui instaure le délit d'outrage public aux mœurs, repose essentiellement sur le caractère visible du comportement¹³⁷⁵. Ce texte vise sans le dire des actes sexuels au sens large dès lors qu'ils sont exhibés. La notion d'outrage public suppose donc un scandale, une démesure, un dépassement particulièrement important d'une norme sociale.

L'article 330 du code pénal permet ainsi de condenser de manière lapidaire et sans les nommer une foule d'actes contraires aux mœurs sans s'attacher à leur nature particulière. L'invention de cette qualification en remplacement de toute une liste de délits moraux qui existaient encore théoriquement dans l'ancien droit pénal manifeste la volonté de protéger un certain état des mœurs dans l'espace public, en reconnaissant une indifférence sociale pour la conduite de l'homme dans les arcanes de sa vie privée. Les actes des personnes ne doivent dès lors être sanctionnés que s'ils offensent les mœurs *publiques*. Dans l'esprit de cette infraction, c'est le scandale *visible* qui cause une atteinte à la morale sociale. Comme en matière de liberté religieuse, le secret joue le rôle d'adjuvant de la liberté individuelle. Les actes se produisant à l'intérieur des maisons, réunissant de manière informelle des personnes sélectionnées, les fenêtres closes, les agissements qui n'attendent pas à la liberté d'autrui, sont considérés comme libres. Cette consécration dans le droit pénal de la séparation entre la moralité privée et les mœurs publiques se retrouve jusqu'à aujourd'hui dans les délits d'exhibition lorsque sont poursuivis certains *faits imposés au regard du public*¹³⁷⁶. L'article 334 du code pénal de 1810, qui permet quant à lui de poursuivre certains actes effectués dans un cadre privé, requiert une répétition voire la pluralité des victimes pour que soient engagées des poursuites¹³⁷⁷.

La catégorie d'outrage *public* à la pudeur peut donc se comprendre comme une étape intermédiaire intéressante dans la libération de la sphère privée. Ce souci de bien dégager le caractère public de l'acte se retrouve dans la jurisprudence. Dans un arrêt de 1828, la Cour d'appel de Toulouse explique ainsi que :

La loi ne réprime pas le vice ; elle se borne à faire la police morale *de la rue* ; ce qui motive son intervention, c'est essentiellement le *scandale public*¹³⁷⁸.

Les commentateurs du code pénal Adolphe Chauveau et Faustin Hélie approuvent ce qu'ils considèrent comme un grand progrès de la civilisation. Écrivant sous la Monarchie de Juillet, ces pénalistes louent cette

¹³⁷⁴ *Code des délits et des peines du 25 septembre 1791 avec les autres lois et arrêtés*, Bruxelles, Imprimerie des Républicains du nord, 1795, p. 127.

¹³⁷⁵ Article 330 du code pénal de 1810 : « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 500 F à 15 000 F. »

¹³⁷⁶ C'est toujours le critère du « lieu accessible aux regards du public » qui est retenu par l'article 222-32 du code pénal pour le délit d'exhibition sexuelle.

¹³⁷⁷ Article 334 alinéa 1 : « Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs. » Cet article vague ne repose pas sur le caractère public de l'acte mais sur la répétition d'une relation entre un majeur et un mineur. Sur le sujet : Hélène DUFFULER-VIALLE, « Les sexualités des mineurs d'après le juge pénal aux XIX^e et XX^e siècles, L'interprétation jurisprudentielle de l'article 334 du Code pénal », *Crimino Corpus, Revue hypermédia, Histoire de la justice des crimes et des peines*, 30 mars 2020 [en ligne consulté le 29 février 2021], p. 1-17.

¹³⁷⁸ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit français*, 1^{ère} éd., Paris, Larose et Forsel, 1891, p. 457 [Nous soulignons].

loi qui excuse certaines passions et s'attache à « maintenir l'indépendance de la vie privée¹³⁷⁹ ». Ils estiment ainsi qu'avec la codification, « le législateur s'est borné à incriminer les actes contraires à la décence qui se *produisaient en public*, les faits de corruption pratiqués sur les mineurs et les violences commises sur les personnes¹³⁸⁰ ». Ils soulignent bien que le critère de la publicité est « essentiel¹³⁸¹ » car grâce à lui, « un grand pas¹³⁸² » a été fait dans l'élaboration d'un droit rationnel. Si le législateur entendait réprimer les atteintes privées aux mœurs, il violerait le secret qui doit entourer selon eux certaines affaires privées et commettrait une intrusion arbitraire dans la vie du citoyen, empiétant sur la liberté individuelle. Les juristes tiennent donc pour fermement acquis que les mœurs privées et les actes invisibles ne doivent en aucun cas relever des tribunaux. En quelque sorte, la pudeur fait office d'écran derrière lequel la liberté individuelle est abritée. Comme le relèvent encore Chauveau et Hélie, le secret neutralise la poursuite contre les comportements jugés immoraux tant qu'ils n'ont pas de conséquence sociale :

Quelles seraient les conséquences de cette intervention de l'action publique ? Ne serait-ce pas consacrer l'inquisition du magistrat dans la vie privée des citoyens et soumettre à des investigations leurs actions intimes, ouvrir en un mot le sanctuaire du foyer domestique¹³⁸³ ?

Les formulations des juges attestent du fait que la répression des outrages publics à la pudeur ne conduit en rien à l'instauration d'un quelconque ordre moral, mais amène sous un certain rapport à un relâchement du contrôle social sur les mœurs privées. La liberté en privé confine ainsi parfois même à un certain laxisme lorsque la « séduction directe » envers des jeunes mineurs n'est plus susceptible de poursuites pénales. Une telle disposition s'avérant insuffisante pour protéger les jeunes mineurs, l'attentat à la pudeur est créé par la loi du 28 avril 1832 afin de mieux réprimer les agressions sexuelles, notamment celles commises sur les enfants de moins de 11 ans. *A contrario*, les attaques contre les mineurs plus âgés ne sont en revanche pas susceptibles de poursuites. Comme le relève un auteur, qui ne fait que décrire l'état du droit positif d'alors :

Sans violence et sans publicité, l'outrage public à la pudeur exercé sur un mineur supérieur à 11 ans ne pourrait pas constituer un délit¹³⁸⁴.

Là encore, s'affirme le refus de dépénaliser ce que l'on considère comme relevant de la morale individuelle. Le tribunal de Châteauroux relève à ce titre que la généralité de l'article témoigne bien du fait

¹³⁷⁹ Adolphe CHAUXEAU et Faustin HÉLIE, *Théorie du code pénal*, *op. cit.*, t. IV, p. 241. Voir 8.

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ Abel MAILLEFAUD, *De l'outrage public à la pudeur*, Thèse pour le doctorat, Université de Lyon, 1896, p. 37 [Nous soulignons].

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ Adolphe CHAUXEAU et Faustin HÉLIE, *Théorie du code pénal*, *op. cit.*, t. IV, p. 207.

¹³⁸⁴ Charles PIONIN, *Dictionnaire de police et théorie sur la constatation des crimes délits et contraventions*, Paris, A. Marescq et Dujardin, 1855, p. 261.

que le législateur s'est refusé à porter « son inquisition sur la vie intérieure et privée des citoyens¹³⁸⁵ ». La Cour royale de Bourges soutient la juridiction berrichonne en affirmant :

Interpréter autrement cet article, ce serait ouvrir funestement aux magistrats la voie de l'arbitraire, en les affranchissant de l'obligation qui leur est imposée de se renfermer dans les dispositions rigoureuses de la loi, et donner lieu à une sorte d'inquisition sur la vie intérieure et privée des citoyens¹³⁸⁶.

Sous la Monarchie de Juillet, la Cour royale de Bourges considère aussi que la répression de la séduction habituelle d'une jeune fille aurait pour conséquence « d'ouvrir aux juges la voie funeste de l'arbitraire¹³⁸⁷ ». Le souci du bon ordre extérieur pour les magistrats envers ce qu'ils estiment relever de « la morale et de la religion¹³⁸⁸ » contraste avec leur très grande tolérance pour ce qui peut se dérouler au sein de l'enceinte domestique.

Il ne s'agit pas d'une position isolée qui se prolonge durant tout le XIX^e siècle. Dans l'un de ses jugements en date du 20 février 1863, le tribunal correctionnel d'Amiens n'hésite pas à rappeler que « *par respect pour la vie privée*, même dans les égarements les plus honteux [...] la séduction directe et personnelle » d'un mineur ne devait pas être poursuivie¹³⁸⁹. Les régimes successifs, notamment le Second Empire, réputé pour son zèle à défendre les bonnes mœurs, ne remettent pas en cause ce principe de tolérance pour les actions privées des personnes. Alors que les publications de *Madame Bovary* et des *Fleurs du Mal* sont poursuivies pour outrage à la *morale publique*, l'idée selon laquelle la *morale privée* ne relève plus du juge semble devenue un lieu commun. Les cours de justice de cette époque se montrent à la fois comme des thuriféraires de l'ordre moral pour les troubles indiscrets et des chantres de l'autonomie individuelle pour ce qui ne trouble pas l'ordre public et ne vient pas heurter de manière visible et bruyante la morale commune. Joseph Tissot, professeur de droit, peut ainsi enseigner à cette époque que toute sanction sociale serait malvenue lorsqu'elle viendrait empiéter sur le jugement intérieur des personnes s'agissant de ce qui relève des « mœurs privées¹³⁹⁰ ». Il y a donc un décalage très grand entre ce qui est considéré comme libre en privé et ce qui est punissable car venant blesser les oreilles et le « droit de chacun de n'être point exposé à des froissements dans ce que le sens moral a de plus délicat¹³⁹¹ ». L'auteur, qui ne fait pas partie des libertaires répertoriés, rappelle la distinction décisive entre la répugnance sociale que lui inspirent les mauvaises mœurs et le droit de répression, qui ne doit se fonder que sur un droit pur de tous principes moraux. Il ne doute ainsi pas de la douceur de son siècle, qui a sorti du code pénal l'ivrognerie, la fornication, la prostitution, la séduction et

¹³⁸⁵ Tribunal correctionnel de Châteauroux du 24 novembre 1836. *Recueil Général des lois*, éd. L. DEVILLENEUVE, 1837, t. XXXII, p. 432 : « Le législateur a eu la volonté de porter son inquisition sur la vie intérieure et privée des citoyens, et de punir des désordres qui semblent être plus du ressort de la morale et de la religion que du domaine de la loi civile, ou seulement atteindre l'infamie des courtiers en débauche. »

¹³⁸⁶ *Répertoire*, éd. J.-B SIREY, 1838, t. XXVIII, p. 566

¹³⁸⁷ Cour royale de Bourges, 19 janvier 1837, *Recueil Général des lois*, éd. L. DEVILLENEUVE, 1837, t. XXXII, p. 432.

¹³⁸⁸ Tribunal correctionnel de Châteauroux, 24 novembre 1836, *Recueil Général des lois*, éd. L. DEVILLENEUVE, 1837, t. XXXII, p. 432.

¹³⁸⁹ Tribunal correctionnel d'Amiens, 20 février 1863, *Jurisprudence criminel de la France*, éd. Achille MORIN, t. XXXV, 1863, p. 190.

¹³⁹⁰ *Revue critique de législation*, Joseph TISSOT, Paris, Cotillon, 1858, t. VIII, p. 508.

¹³⁹¹ Joseph TISSOT, *Le droit pénal dans les principes, dans les usages et dans les lois des différents peuples du monde*, Paris, Cotillon, 1860, p. 255.

la bestialité. Ce qu'il estime être un progrès du droit pénal, à savoir la disparition des « délits purement moraux¹³⁹² », découle selon lui des progrès de la conscience. L'universitaire traducteur de Kant écarte en effet d'un revers de main les anciennes législations sur les mœurs considérées comme confondant l'« action mauvaise, honteuse¹³⁹³ » et les infractions pénales. Par la rhétorique de l'intimité, il plaide ainsi pour desserrer encore l'étau pénal. Voyant dans le relâchement de la surveillance des mœurs une réelle avancée, il prône notamment la dépénalisation de l'adultère, qu'il considère comme une affaire privée entre époux :

Que le sentiment de fidélité, qui est l'objet essentiel de la promesse conjugale, appartient exclusivement à la morale ; qu'elle échappe par-là même à la contrainte et à la répression ; que la société conjugale, considérée dans ses rapports intimes, *doit être à l'abri des regards indiscrets du législateur lui-même* ; qu'elle doit être abandonnée avec son heur ou malheur au for intérieur des époux, à leurs convenances respectives, à leurs arrangements domestiques¹³⁹⁴.

Les tiers sont des étrangers au contrat, de sorte que les manquements aux promesses du mariage « ne lèsent pas le reste de la société¹³⁹⁵ ». La conclusion est limpide : s'il y a dans l'adultère « un péché, bien plus qu'un délit¹³⁹⁶ », celui-ci n'a pas sa place dans le code pénal. L'idée de libération du privé s'accorde toutefois encore avec la tentative de maintenir un ordre extérieur relativement normé, car il admet néanmoins une sanction de l'adultère uniquement lorsque « les relations sont pour ainsi dire *notoires*, car il y aurait un danger sérieux pour les mœurs publiques¹³⁹⁷ ». Là encore, se manifeste la volonté de maximiser la liberté individuelle sans attenter à la sphère privée en renvoyant aux individus la responsabilité de leurs propres choix, et éventuellement de leurs propres fautes. La conscience, et la conscience seule, est à même de valider certains comportements. Voici encore comment s'exprime celui qui défend une dépénalisation des affaires privées :

Une autre espèce d'intolérance qui n'est pas aussi universellement réprouvée que l'intolérance religieuse, c'est celle qui se prévaut du bien général pour faire régner les bonnes mœurs par la force publique. Et cependant, qu'est ce qui fait la moralité d'une action, si ce n'est l'intention ? *Quelle prise Dieu a-t-il laissé sur le for de la conscience ? Évidemment il s'est réservé à lui seul de nous juger à cet égard. Comment d'ailleurs atteindre les actes de la vie privée ? Comment les rechercher et les poursuivre sans se livrer à des investigations inquisitoriales aussi odieuses qu'impuissantes, dont l'effet nécessaire serait de semer de la haine et de la division jusqu'au sein de la famille ?*¹³⁹⁸

Au XIX^e siècle, sont ainsi considérés comme des systèmes pénaux modernes ceux qui ont réussi à dissocier les « mœurs privées » et les « mœurs publiques » pour extraire définitivement la conduite individuelle du contrôle des magistrats. Marcela Iacub écrit que pour opérer cette distinction, le législateur de 1810 usait de la répression circonstanciée de certains actes comme une « technique négative de protection des libertés¹³⁹⁹ ». Pour opérer cette dissociation entre le public et le privé, le lieu de l'acte est en effet l'indice clé pour déterminer le partage entre le délit et la conduite relevant de la vie privée¹⁴⁰⁰. La multiplicité des

¹³⁹² *Ibid.*, p. 219.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 195 [Nous soulignons].

¹³⁹⁴ *Ibid.*, p. 217-128 [Nous soulignons].

¹³⁹⁵ *Ibid.*, p. 219.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 218.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 222 [Nous soulignons].

¹³⁹⁸ Joseph TISSOT, *Revue critique de législation, op. cit.*, p. 195 [Nous soulignons].

¹³⁹⁹ Marcela IACUB, *Par le trou de la serrure, Une histoire de la pudeur publique XIX^e-XXI^e siècle, op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁰⁰ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1901, t. V, p. 94. Les lieux publics sont de trois ordres, *par nature, par destination* et par accident, alors que le lieu privé est essentiellement conçu comme un *espace* qui n'est pas visible de l'extérieur et n'est donc pas réductible aux habitations.

situations que l'on retrouve dans la jurisprudence montre toutefois que le privé n'a pas qu'un aspect purement topographique. Les tribunaux correctionnels écartent d'ailleurs les défenses qui ne déterminent ce qui est privé uniquement en fonction de l'endroit où le fait se déroule. La Cour royale de Bourges a ainsi estimé que le juge avait effectué une fausse application de la loi en considérant que la preuve de la publicité n'était relative qu'au lieu où l'acte impudique avait été commis¹⁴⁰¹. Il peut en effet très bien ne pas y avoir d'outrage à la pudeur, même dans un espace ouvert à tous, par exemple un champ « non découvert de sa récolte¹⁴⁰² ». À l'inverse, un domicile privé peut être le lieu d'un outrage public lorsque l'acte répréhensible se déroule devant une assemblée contrainte de regarder la scène, ou encore lorsque ce qui s'y déroule est potentiellement perceptible de l'extérieur¹⁴⁰³. Avant d'être ce qui se déroule dans l'espace clos du domicile, ce qui est privé correspond à ce qui n'est pas vu, ou du moins ce qui ne doit pas être vu sans le consentement des tiers. C'est la capacité de sélection du spectateur qui crée une différence entre ce qui est privé et ce qui est public. Voici comment s'exprime la Cour d'appel de Grenoble pour censurer un tribunal ayant fait preuve de zèle à l'égard d'agissements s'étant déroulés dans un cadre privé :

Considérant que quelque honteux et répréhensibles que soient les faits de débauche imputés à la veuve Tardy et relevés dans le jugement dont il est fait appel, *ils ne sauraient constituer le délit d'outrage public* à la pudeur prévu et puni par art. 330 du code pénal ; que l'élément de publicité ne résulte ni du lieu où les faits immoraux se sont passés, ni des circonstances de la cause ; que si, par les dispositions de l'art. 330, le législateur a eu pour but de réprimer *un scandale public* et de protéger la pudeur et les sentiments honnêtes des personnes qui fortuitement viendraient à être témoins d'actes obscènes, il n'a pas entendu venir au secours de ceux qui, renonçant eux-mêmes à toute pudeur, auraient, comme les cinq jeunes gens désignés dans la cause, volontairement participé aux faits d'impureté reprochés à la prévenue, faits qui d'après les débats, ont eu lieu *dans le domicile privé* de la veuve Tardy et *hors des regards du public* ; que, dans ces circonstances, il y a lieu de réformer la décision des premiers juges et de renvoyer la prévenue des poursuites de la partie publique¹⁴⁰⁴.

Pour justifier l'absence d'outrage à la pudeur de la part des participants à une « partie fine », l'arrêt souligne que les actes ont eu lieu non seulement « dans le domicile privé¹⁴⁰⁵ », mais surtout qu'ils se sont déroulés « hors des regards du public¹⁴⁰⁶ ». Ce qui sert ici de critère à la répression, c'est la situation de spectateur involontaire dans laquelle pouvait être exposé le passant. Le critère ultime n'est donc pas tant celui du lieu que celui de la visibilité, le caractère secret ou non qui permet d'établir une césure entre la liberté de l'individu et ce qui relève de l'infraction pénale. De même que pour les canonistes médiévaux, ce qui

¹⁴⁰¹ C. Cass. 22 février 1828. *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1828, t. I, p. 145-146.

¹⁴⁰² C. Cass. 2 janvier 1846, *Recueil de la jurisprudence française*, éd. A. LEDRU ROLLIN, t. I, 1846, p. 438-439.

¹⁴⁰³ C. cass., 4 août 1877, *Arrêt Ponce*, Adolphe CHAUVAUX et Faustin HÉLIE, *Théorie du Code pénal, op. cit.*, t. IV, p. 241 : « Attendu qu'il est de jurisprudence constante qu'un outrage à la pudeur devient public par le seul fait de la publicité inhérente au lieu où il a été commis, alors même qu'il n'aurait été vu par aucun témoin ; -Qu'il est général qu'il importe peu que le spectacle leur ait été donné à l'intérieur du local où elles se trouvaient réunies ; qu'aucune différence ne saurait être rationnellement établie entre ce cas et celui où l'une des deux, venant du dehors, aurait été inopinément frappée des actes immoraux commis sur l'autre au dedans ; attendu, dans ces circonstances, que l'arrêt attaqué, en qualifiant d'outrages publics à la pudeur les actes d'odieuse immoralité accomplis par l'inculpé sur la femme et sur la fille Gros, loin d'avoir faussement appliqué l'article 330 du code pénal, en a fait une saine interprétation. »

¹⁴⁰⁴ *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. I, p. 277. CA de Grenoble, 8 août 1855 [Nous soulignons].

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ *Ibid.* C'est déjà ce que considérait le juge de première instance : « Les faits constituant cet outrage s'étant passés pendant la nuit dans le domicile de la veuve Tardy, entre elle et cinq jeunes gens. [...] ces faits n'étaient pas publics à raison du lieu, le tribunal avait décidé qu'il y avait publicité à raison du nombre de personnes. » [Nous soulignons].

appelle la répression pénale, c'est toujours le scandale, c'est ce qui, en étant contraire au mœurs, cause un trouble manifeste, et non ce qui relève par nature de la vie privée¹⁴⁰⁷.

Il serait superficiel de voir dans cette recherche d'une césure entre moralité privée et protection des mœurs publiques la seule marque d'une société craignant tous les scandales et n'ayant de zèle que pour les apparences sociales. Ce processus moderne participe en réalité d'une exaltation implicite et de plus en plus grande de l'autonomie personnelle. Si l'ancien état des choses reposait sur l'obéissance sans condition à des lois collectives, le développement d'une indépendance cantonnée dans le privé libère en réalité toute la personne. L'indulgence du magistrat pour ce qui se déroule à l'écart de la société, qui préserve le décalage entre les mœurs majoritaires à un moment donné et les options individuelles est ainsi vue comme un puissant levier de la liberté individuelle. La tolérance dans le secret des multiples systèmes de valeurs individuelles ne disparaît pas avec le XIX^e siècle et se montre toujours comme le fer de lance d'un véritable « droit à l'immoralité ». Voici comment, dans un de ses arrêts, s'exprime, plus d'un siècle plus tard, la Cour européenne de droits de l'homme :

[Le droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention qui comprend] la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des *activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse* pour sa personne¹⁴⁰⁸.

L'obscurité d'un acte conduit à la suspension du jugement envers ce qui est considéré comme trop obscure, trop idiosyncratique, trop insaisissable pour justifier une condamnation induit la liberté d'agir différemment en privé et en public. Le postulat d'un régime de liberté étendue au nom de l'autonomie personnelle n'est toutefois pas sans causer des embarras lorsqu'il s'agit de juger d'actes qui, bien que s'étant déroulés dans un cadre privé, viennent attenter à la dignité des personnes¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁷ C. cass., 21 novembre 1879, *Bull.* t. 84/202, p. 365-366.

¹⁴⁰⁸ CEDH, *Pretty c. RU* 29/4^o 2002 [§. 66] [Nous soulignons].

¹⁴⁰⁹ CEDH, *Lasky Jajard et Bonn c/ RU*. 19/ 02/1997 et *K A A D c/ Belgique* 17/02/2005. Dans cet arrêt, la Cour Européenne des droits de l'Homme est obligée d'admettre que du point de vue des mœurs, la sphère privée devait être par principe libre pour considérer dans un second temps que l'intrusion judiciaire n'étant pas manifestement disproportionnée eu égard à la situation et aux lésions corporelles causées par les activités sadomasochistes considérées comme portant atteinte à la dignité de la personne.

Conclusion partie II – Le secret de la vie privée : une composante de l'ordre public ?

Il faut le reconnaître, contrairement aux atteintes à la liberté d'aller et venir et à l'usage de la contrainte par corps, qui causent une violence évidente à la personne, les violations de la vie privée résultent souvent d'une atteinte plus indirecte à la liberté individuelle. Elles opèrent par intrusion dans une relation personnelle, par le contrôle judiciaire des actes et des pensées intimes et par l'intériorisation d'une norme extérieure au moyen d'un dispositif de surveillance. Cette immixtion insidieuse d'un regard indiscret provoque une contrainte moins immédiate qu'un emprisonnement ou qu'une assignation à domicile, mais entraîne pourtant une atteinte réelle à la liberté individuelle.

Il existe plusieurs approches du secret. La première façon de concevoir juridiquement la confidentialité consiste à raisonner par analogie avec le droit de propriété. Chacun possède des droits sur certaines données privées qui, dès lors, ne dépendraient que de la volonté individuelle. Tributaire de cette analyse, le droit à la vie privée a souvent été pensé comme une limite à la libre circulation des informations personnelles en fonction de la volonté de la personne concernée¹⁴¹⁰. En ce sens, le secret n'est qu'une des manifestations d'un droit primitif à l'autodétermination informationnelle, corrélatif d'une certaine souveraineté individuelle. Il existe une deuxième manière de voir le secret non pas comme une propriété personnelle mais comme une liberté publique garantie par l'État. L'histoire occidentale est en effet porteuse d'une tradition dans laquelle celui-ci n'est pas une simple construction individuelle mais bien une préoccupation collective relayée par la norme commune. La notion de confidentialité, que l'on retrouve dans le droit canonique de la confession, dans les secrets professionnels (médecin et avocat) et le secret des correspondances, repose sur cette idée qu'il existe des barrières d'ordre public aux intrusions sociales dans certaines relations privées. Le secret ne découle alors pas d'une tractation entre personnes privées mais de la loi commune. C'est ce qui explique le passage de la confiance, c'est-à-dire une intimité partagée reposant sur la confiance réciproque entre particuliers, à la confidentialité érigée en norme, c'est-à-dire la protection juridique de ces relations. L'obligation de discrétion trouve ainsi son fondement non seulement dans l'intérêt individuel, mais aussi dans la nécessité pour la société toute entière de garantir le cadre nécessaire à certaines relations jugées essentielles. La confidentialité garantie politiquement repose donc indéniablement sur un certain culte du secret individuel à même de résister aux puissants commandements de la transparence et aux logiques de mise en commun de l'information. Le député libéral du Second Empire Eugène Pelletan pouvait ainsi réclamer le respect de sa vie privée en disant que le secret avait été regardé en France comme la « seconde religion¹⁴¹¹ ». Dans notre langue, on parle en effet de l'asile sacré du domicile, du sanctuaire des pensées et du sacerdoce des professionnels de l'intime¹⁴¹². Cette mystique du secret n'est toutefois pas une superstition si l'on y voit la volonté éclairée de rendre certaines choses indisponibles et socialement intouchables pour empêcher la subreptice normalisation des comportements.

¹⁴¹⁰ Max-André WEBER, *L'opposition public/privé*, *op. cit.*, p. 239-248.

¹⁴¹¹ Eugène PELLETAN, lors d'une séance du Corps législatif le 22 février 1867, *Annales du Sénat et du Corps législatif*, *op. cit.*, t. 1, p. 34.

¹⁴¹² Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Secrets professionnels*, Paris, Autrement, 1999, p. 18 : « Les professionnels, en assurant le respect des individus par la garde de leurs secrets, contribuent à la sauvegarde d'une société de liberté. »

L'alliance entre le secret et la protection des libertés se trouve encore dans l'histoire politique qui en a fait le rempart de l'autonomie spirituelle de l'individu et le signe de l'abandon de l'autorité de tout pouvoir direct sur les âmes. La confidentialité, c'est à dire le secret garanti par la loi, la liberté de conscience et d'action des personnes hors d'un cadre social contraint. À partir du XVII^e siècle, le pluralisme et la liberté réclament la dissimulation des convictions profondes en faisant des arcanes de la vie privée l'ingrédient nécessaire à la coexistence des différences. La constitution d'un ordre extérieur séculier puissant et indépendant des options de la conscience est devenue la marque d'un État qui ne prétend se substituer ni au for interne, ni au gouvernement domestique. Jusque dans le statut de fonctionnaire, l'État reconnaît ainsi une séparation entre le serviteur de l'État et le titulaire de droits qui lui fait face. Une telle perspective se traduit également sur le plan individuel par la distinction entre l'homme public et l'homme privé. Cette différenciation peut se retrouver dans les grands concepts qui structurent l'État laïc. L'ordre public ne se confond pas avec la morale publique, la police ne vient régler que les actions les plus extérieures et donc nécessairement les moins privées. Les fonctionnaires, s'ils peuvent être astreints à une discipline stricte, voient celle-ci se limiter aux exigences inhérentes à leurs fonctions. Cette logique interne de l'État moderne conduit à une émancipation croissante de la vie privée à l'égard des contraintes collectives. On comprend alors ce qu'affirme Maurice Hauriou quand il relève que le droit administratif est principalement limité par les « situations de la vie privée¹⁴¹³ » et ne vient pas prescrire une discipline de tous les instants. Le Doyen de Toulouse formule encore cette idée de la manière suivante :

Le principe fondamental, qu'il faut considérer comme étant de droit naturel et comme *la pierre angulaire de la liberté*, c'est que la vie publique est exceptionnelle par rapport à *la vie privée qui est la réalité première*¹⁴¹⁴.

La réglementation de police ne pénètre ni les cœurs, ni l'intérieur des maisons et ne peut s'illusionner en voulant régler la conduite de l'homme privé. En un certain sens, la théorisation d'un concept de vie privée comme un droit fondamental n'est donc que la manifestation visible d'un principe qui était déjà implicite dans la pensée juridique moderne. Comme les négatifs en photographie, la proclamation du droit à la vie privée vient révéler l'un des principes vitaux de la civilisation européenne qui permet au secret de préserver la vie de la conscience et les relations privées. La vérité de l'homme privé n'intéresse pas l'ordre public, les offenses secrètes à soi-même et celles qui ne violent pas directement les droits des citoyens sont chassées hors du droit pénal. La question de la protection de la vie privée connaît toutefois un tournant décisif dans le prolongement des développements de la presse qui rendent possible la diffusion de la vie privée auprès d'une masse toujours plus indéterminée de personnes.

¹⁴¹³ Maurice HAURIOU, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Sirey, 1927, p. 29 : « Les limites du droit administratif sont celles des pouvoirs que possède légitimement l'administration au regard des relations et *des situations de la vie privée*, limites qu'elle ne peut pas dépasser sans commettre une usurpation de pouvoir et sans rendre l'acte qu'elle effectue comme inexistant au point de vue administratif, ne lui laissant que la valeur qu'il peut avoir, soit au point de vue civil, soit au point de vue pénal. » [Nous soulignons].

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 550 [Nous soulignons].

Partie III- Le masque de l'honneur

La vie privée comme limite au tribunal médiatique

« C'est une chose évidente par elle-même que l'homme intérieur ou spirituel ne saurait être du ressort des lois ou des puissances humaines.

Si des tyrans ont entrepris de scruter les pensées les plus secrètes, et de punir les songes, les simples rêves comme des crimes, ces procédés détestables ont toujours paru aussi iniques qu'insensés¹⁴¹⁵. »

PORTALIS, *Rapport sur la liberté de la presse*, 26 germinal an V¹⁴¹⁶

« Notre sens du réel dépend entièrement de l'apparence, et donc de l'existence d'un domaine public où les choses peuvent apparaître en échappant aux ténèbres de la vie cachée. Le crépuscule lui-même qui baigne notre vie privée, notre vie intime, est un reflet de la lumière crue du domaine public. Mais il y a beaucoup de choses qui ne peuvent supporter l'illumination implacable¹⁴¹⁷. »

Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*

Le couple liberté-propriété et les garanties juridiques du secret préfigurent, on l'a vu, notre concept de droit à la vie privée avant le XVIII^e siècle, mais la formulation d'un véritable droit au respect de la vie privée est le produit d'un processus historique plus récent lié aux développements de la presse et des médias en général. Avec le développement des gazettes et des journaux, une partie de la vie de l'homme et de la petite société qui l'entoure peut se retrouver brutalement projetée à la connaissance d'un « grand public ». Il ne s'agit alors plus seulement de l'inviolabilité du secret mais aussi de la protection de la réputation des personnes dans l'espace public. Il est question de la soustraction de certains faits et de certaines conduites

¹⁴¹⁵ Guillaume LALLEMENT, *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune*, Paris, Eymery et Corréard, 1818, t. XVI, p. 97-98.

¹⁴¹⁶ 15 avril 1797.

¹⁴¹⁷ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 91.

éventuellement immorales au jugement de l'opinion¹⁴¹⁸. Les informations sur soi échappent en effet par nature à toute souveraineté, mais le sujet peut toutefois entendre préserver une partie de son existence du champ de vision commun de la société. Le mot « public » va alors désigner « ce qui paraît en public et peut être vu et entendu de tous¹⁴¹⁹ ». Il renvoie au domaine des apparences inhérentes à toute vie collective, par opposition aux affaires privées qui regroupent ce qui est considéré comme peu important et dont l'objet n'est pas jugé digne d'être vu ou entendu¹⁴²⁰. La publicité se comprend quant à elle comme le passage d'une information d'un cercle restreint de personnes à un public indéterminé. Par contraste, le privé peut être défini comme ce qui ne peut pas être écrit, ce qui ne doit pas être montré et dit, ce qui doit échapper à tout *canal médiatique*. L'usage de la notion de média pour ce que l'on nomme alors la « publicité » au XVIII^e siècle n'est pas anachronique si l'on entend par là l'ensemble des dispositifs de diffusion des informations à une collectivité. Or, l'exposition de la vie privée à grande échelle a tendance à la désagréger, car une partie de l'existence personnelle doit, pour émerger, croître et s'épanouir, jouir d'une discrétion. L'intimité nécessaire à l'intériorité et aux relations authentiques vient se heurter à l'extension du phénomène de la publication.

- Le phénomène de la médiatisation de la vie privée

Dans le célèbre texte de Kant sur les Lumières, l'humanité est décrite comme sortant collectivement de son état de minorité par l'usage *public* de la raison par la diffusion d'un savoir utile¹⁴²¹. Habermas a bien montré quant à lui comment l'émergence d'un domaine de discussion indépendant des institutions politiques a pris une dimension particulière à partir du XVIII^e siècle. Dans la « graphosphère¹⁴²² », s'échangent certes des raisonnements, des découvertes scientifiques et des idées politiques, mais aussi des informations sur les personnes, des calomnies et des injures. Projetées dans l'espace public, les accusations ne se glissent plus seulement à l'oreille de quelques particuliers mais deviennent « un cri général, un crescendo *public*, un chorus universel de haine et de proscription¹⁴²³ ». Le nouvel espace public littéraire (*Öffentlichkeit*) n'est ainsi pas seulement celui du discours rationnel mais aussi celui des passions, de la pulsion de connaissance sur les savoirs les plus anodins, les plus inutiles. Il est aussi propice à l'exhibition de soi, aux invectives, aux injures et à la curiosité publique à l'endroit de l'intimité des puissants. Le public est alors, selon l'expression de Gabriel Tarde, « une foule spiritualisée¹⁴²⁴ », une assemblée délibérante, dans laquelle un nombre croissant de spectateurs-lecteurs se réunit quotidiennement et crée en quelque sorte une communion entre absents. L'accélération de la circulation d'informations sur les personnes fait passer le système de représentation fondé sur la délégation à une participation permanente et diffuse de l'ensemble

¹⁴¹⁸ Mona OZOUF, « Le concept d'opinion publique au XVIII^e siècle » dans Paul BEAUD, Patrice FLICHY, Dominique Pasquier, Louis QUERE (dir.), *Sociologie de la communication*, Paris, Cnet, 1997, t. I, p. 349-365.

¹⁴¹⁹ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ C'est le fameux texte d'Emmanuel KANT, *Qu'est ce que les Lumières ?*, trad. Jean-François POIRIER et François PROUST, Paris, Flammarion, 2020, 128 p.

¹⁴²² Régis DEBRAY, *Introduction à la médiologie*, Paris, PUF, 2000, p. 45.

¹⁴²³ Pierre-Augustin DE BEAUMARCHAIS, *Le barbier de Séville*, Acte II, scène 10, dans *Œuvres complètes*, Paris, Laplace, 1876, p. 166 [Nous soulignons].

¹⁴²⁴ Gabriel TARDE, *L'opinion et la Foule* (1901), Paris, Sandre, 2008, p. 69.

de la communauté politique. En attendant le « village global¹⁴²⁵ », la sphère de l'imprimé revêt déjà, en elle-même et par sa forme, les aspects d'un « confessionnal collectif¹⁴²⁶ », dévoilant en temps réel ce qui était jusque-là caché et permettant aux hommes de se faire une opinion sur des personnes qu'ils ne connaissent pas. Le message étant sous l'emprise du médium, le commérage généralisé est inhérent à la presse périodique de masse qui doit sans cesse se nourrir de nouvelles informations.

Aux XVIII^e et XIX^e siècles, la liberté de ton des journaux tend à s'accroître du simple fait qu'il s'agit d'un moyen de communication de masse ; la diffusion est périodique, la production décentralisée ; les auteurs ont la possibilité de se cacher derrière des pseudonymes ou l'anonymat. Dans ce contexte, le risque d'atteinte à la personne dans ce qu'elle a de privée est décuplé. Mais pour que la question d'un espace préservé se pose, il faut certes un espace public, mais il faut aussi que se développe un certain intérêt pour la vie privée des personnes visées. En un certain sens, l'intérêt du public pour la vie privée et sa sacralisation vont de pair. La notion même de *célebrité*, comprise comme un type spécifique de « renommée étendue¹⁴²⁷ », est inventée au XVIII^e siècle. Selon l'expression de Chamfort, elle est « l'art d'être connu de ceux qui ne vous connaissent pas¹⁴²⁸ ». Elle suppose une médiation par laquelle le sujet est regardé par une masse d'hommes indistincts. Ainsi, avant le développement des médias modernes, l'imprimé opère déjà une extension du sens humain de la vue qui transforme certaines personnes en objets de curiosité. Par ailleurs, le dévoilement de la vie privée devient, à l'aube de la Révolution, une arme politique, et le droit de la presse apparaît comme étant l'instrument décisif par lequel le législateur tente d'établir un subtil équilibre entre les droits de la sphère publique littéraire et l'intégrité du domaine privé. Les hommes de lettres deviennent les magistrats de ce véritable tribunal de l'opinion devant lequel ils peuvent dresser leur réquisitoire.

Au XIX^e siècle, dans l'article fondateur de la *privacy* aux États Unis, les avocats Warren et Brandeis notent bien que l'amplitude du préjudice tiré de l'atteinte à l'intimité par voie de presse est liée à ce qu'ils nomment « l'effet de la publication¹⁴²⁹ ». L'acte répréhensible naît de la révélation publique d'informations privées. Publier signifie littéralement « confier au public », c'est-à-dire faire passer une information de la sphère privée à la sphère publique. La répression des abus de cette liberté d'imprimer est dépendante de la nature de l'instrument employé pour diffuser le message. L'atteinte à la vie privée suppose deux éléments cumulatifs : l'indécence de la divulgation en elle-même et l'étendue de sa propagation. C'est l'alliance de ces facteurs, l'un dépendant de la nature de l'information, l'autre du circuit de diffusion, qui appelle la vindicte de la foule sur un citoyen isolé. Or, devant le tribunal de l'opinion, l'accusation se confond souvent avec la condamnation et l'invective remplace l'enquête. Pour ces raisons, le souci de la dignité de la personne

¹⁴²⁵ Mashall McLuhan, *Pour comprendre les médias*, trad. Jean PARE, Seuil, Paris, 1977, p. 117.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 110.

¹⁴²⁷ VOLTAIRE et J.-F. MARMONTEL, « Gloire, Glorieux, Glorieusement » dans D. DIDEROT ET J. D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des arts et des métiers*, Paris, Briasson, 1757, t. VII. V^o « Gloire », p. 716. Comme le relèvent les Encyclopédistes : « La célébrité, une renommée étendue ; la gloire, une renommée éclatante ».

¹⁴²⁸ Sébastien-Roch CHAMFORT, *Maximes et Pensées*, Paris, G. Grès et C^{ie}, 1783, p. 201.

¹⁴²⁹ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 23.

appelle la protection des lois et conduit à consacrer l'honneur puis la vie privée comme des limites légales à la liberté d'expression.

- Le respect et l'honneur au fondement de la protection de la vie privée

L'obligation de respect d'autrui, avant d'être incorporée dans le droit, est cette bienséance qui est une marque de la civilisation et une condition de la liberté¹⁴³⁰. Comme le suggère Montesquieu, « les nations libres sont des nations policées¹⁴³¹ » et la civilité comme la politesse sont la marque d'une société réglée par les mœurs plutôt que par les lois¹⁴³². Le respect moral de la personne se traduit juridiquement dans l'incrimination des atteintes à l'honneur, qui peuvent survenir notamment par un dévoilement forcé de l'intime. La notion de diffamation sert alors de support à la protection de la vie privée. L'honneur est, selon la définition de Bossuet, « un jugement que les hommes portent sur le prix et sur la valeur de certaines choses¹⁴³³ ». Mais s'il peut être faux, le « véritable honneur est attaché par nécessité à la vertu seule¹⁴³⁴ ». Il est, selon la définition de Schopenhauer, « *objectivement* l'opinion qu'ont les autres de notre valeur, et, *subjectivement*, la crainte que nous inspire cette opinion¹⁴³⁵ ». Le droit intervient alors non pas pour garantir qu'une personne est honorée, mais pour s'assurer de la sûreté de la réputation acquise. Dans une société policée, le dévoilement au monde est codifié par les manières, les mœurs et, s'il le faut, par les lois. La protection contre ce type d'outrage concerne en premier lieu les personnes qui, par leur situation, sont naturellement soumises au jugement des autres. L'accroissement de la curiosité publique sur les questions de vie privée fait naître l'idée d'un rempart juridique protecteur de l'intimité. La protection de l'honneur s'adapte ainsi par différents mécanismes aux évolutions de la communauté politique et aux nouveaux modes de notoriété. La protection de la vie privée a dès lors rapidement été pensée comme l'une de ces rares limites légitimes à la liberté d'expression, une obscurité nécessaire contre toute exposition excessive de la vie des personnes. La consécration de cette liberté dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a ainsi rendu nécessaire une définition des infractions de la parole, c'est-à-dire de l'insulte, la calomnie, la diffamation et enfin la provocation à commettre des crimes et délits¹⁴³⁶. En droit de la presse, la protection de la vie privée se greffe sur la troisième catégorie qui réprime l'imputation d'un fait infamant à une personne. À ce titre, la pénalisation des dévoilements de la vie privée ne porte pas uniquement sur les fausses informations, mais aussi sur des faits véridiques dont la diffusion touche l'intimité de l'homme. Il

¹⁴³⁰ Antoine COGNON, « Un droit au respect ? La réparation juridique des atteintes à l'honneur des personnes à la fin de l'Ancien Régime », dans Thierry BONNEAU et Agathe LEPAGE (dir.), *Information, numérique et innovations. Mélanges de l'École doctorale de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 33-47.

¹⁴³¹ MONTESQUIEU, *Mes pensées*, Paris, Gallimard, 2014, (*Folio classique*), p. 206.

¹⁴³² Voir sur ce sujet : Philippe RAYNAUD, *La politesse des Lumières : Les lois, les mœurs, les manières*, Paris, Gallimard, 2013, (*L'esprit de la cité*), 304 p.

¹⁴³³ Jacques de BOSSUET, *Sermon sur l'honneur*, dans Antoine-Isaac SYLVESTRE DE SACY, *De Bossuet, de Bourdaloue et de Massillon*, Paris, Techener, 1859, t. I, p. 265.

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ Arthur SCHOPENHAUER, *Aphorisme de la sagesse dans la vie*, trad. J.-A. CANTACUZENE, Guy Heff, Paris, 2013, p. 80 [Nous soulignons].

¹⁴³⁶ François SAINT-BONNET, « L'épineuse conceptualisation des délits de presse sous la Révolution », *Presse et liberté d'expression pendant la Révolution française*, Journée d'étude à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 3 juin 2015, [ihf.univ-paris1.fr, consulté le 28 novembre 2018].

est en effet une partie de l'existence qui, sans être dissimulée, peut être soustraite à la curiosité du grand public. Le domaine privé comprend donc non seulement des faits susceptibles d'être diffusés à des fins calomnieuses, mais aussi des faits dont la publication en elle-même nuirait à une personne donnée.

La sanction de celui qui n'a fait que dévoiler un fait vrai mais privé se comprend à l'origine dans une logique de « dissimulation du déshonneur¹⁴³⁷ ». La preuve en est que le vocable de « vie privée » apparaît dans les discussions relatives à la protection de la réputation des particuliers dans le droit de la presse. Il s'agissait alors de distinguer le régime juridique entre les attaques qui atteignaient les actes publics d'une personne et celles qui attaquaient sa vie privée. Dans le contexte de la Révolution, l'idée d'un droit à l'honneur est dégagée pour contrebalancer les déconvenues liées à la libération de la critique. L'honneur, même s'il se fonde sur la conscience de chacun, ne dépend pas seulement de la personne mais suppose une protection pénale extérieure. Comme le remarque Émile Beaussire, la réputation et *a fortiori* celle de la vie privée se comprend comme un « droit au respect¹⁴³⁸ », c'est-à-dire une révérence envers la dignité entièrement présupposée¹⁴³⁹. Au travers de la notion d'honneur, la vie privée est donc devenue cette « ligne rouge », ce rempart absolu protégé par la loi pénale.

Cette idée est très présente chez les précurseurs de la protection de la vie privée, que ce soit dans l'ancien droit, puis à la Révolution, puis enfin lors des débats des lois sur la presse de 1819 et de 1881. Alors que les menaces qui pesaient sur la vie privée se concentraient traditionnellement sur les hommes en place, celles-ci ont en effet de plus en plus visé l'homme ordinaire, ce qui a généralisé son besoin de protection. La limite à la libre circulation des informations ne pouvant être totale, il a été nécessaire de circonscrire ce qui relevait de l'outrage et ce qui pouvait être diffusé licitement dans l'espace public. Par ailleurs, dans la mesure où il s'agit d'un délit pénal, l'outrage à la vie privée dans le cadre du délit de diffamation suppose l'intention de nuire qui, tout en étant souvent présumée, peut être écartée par l'invocation de la bonne foi.

À rebours de l'idéal des Lumières de mise en transparence de l'espace politique, le droit vient donc préserver l'opacité de la vie privée et l'anonymat. Si, comme le dit Carl Schmitt, « la publicité est devenue le critère décisif de la raison politique à la fin du XVIII^e siècle¹⁴⁴⁰ », la préservation de l'obscurité qui entoure les individus peut être vue comme une exception légitime à la transparence qui doit concerner les institutions mais non les personnes. À l'instar de la distinction entre la faute personnelle et le scandale, le droit au respect de la vie privée dans l'espace public assume cet écart entre la moralité privée, qui est du ressort de la liberté individuelle dont on ne doit compte qu'à ses proches, et les fautes publiques, qui peuvent être librement dénoncées par tous. Une telle protection de la réputation vient poser des bornes à nos devoirs envers la société en préservant une distance entre la vérité de l'homme privé et l'apparence inhérente à toute vie publique. Ce respect de la vie privée repose sur l'idée que quelle que soit la fonction occupée par une personne, celle-ci ne doit, ni pour un motif moral, ni pour un motif politique, rendre compte de toute son

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 57.

¹⁴³⁸ Émile BEAUSSIRE, *Les principes du droit*, Paris, éd. Félix Alcan, 1888, p. 51.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p. 51.

¹⁴⁴⁰ Carl SCHMIDT, *Le nomos de la terre*, Paris, PUF, 2012, p. 58.

existence à ses semblables. Dans cette perspective, l'honneur apparaît comme une fiction distincte de la vertu réelle qui importe peu à la société et à la conduite des affaires politiques. C'est dans cet esprit qu'à la suite des juristes de l'ancien droit, les révolutionnaires ont entendu ériger les premières protections spécifiques de la réputation de la vie privée (Chapitre 1). Les différents législateurs du XIX^e siècle ont ensuite, au moyen du délit de diffamation, protégé la vie privée en assumant cette limite à la liberté de publication (Chapitre 2.).

Chapitre I – La diffusion de la vie privée dans l'espace public : la genèse d'une question

La mise en scène de leur vie privée par ceux qui exercent un rôle politique oscille entre exhibition fière de son identité devant les inférieurs et usage habile de son image. L'homme qui se livre le plus aux regards d'autrui, la personne publique par excellence, est incontestablement celle du prince ou de l'homme en charge des affaires publiques. En dépit de cette exposition, il demeure cependant toujours un décalage entre l'homme qui se montre et l'être intime. Comme l'écrit Machiavel, dans le monde politique, le paraître précède l'être :

Les hommes jugent en général plus avec les yeux qu'avec les mains, parce qu'il échoit à chacun de voir, à peu de sentir ; *chacun voit ce que tu es*, peu sentent ce que tu es¹⁴⁴¹.

L'authenticité est ainsi hors de propos car impossible. Selon le diplomate florentin, en particulier quand les spectateurs sont nombreux, il existe une discordance fatale entre l'être visible et l'être caché. L'exercice du pouvoir suppose en effet le secret de choses qui doivent demeurer dissimulées au vulgaire. La conscience du fait que l'estime publique n'est pas liée à la vertu privée pousse ainsi le prince habile à sembler posséder les vertus qu'il n'a pas¹⁴⁴². La sphère publique est un théâtre et, en cela, elle est distincte de la sphère privée dans laquelle l'homme exprime librement ses pensées et ses sentiments¹⁴⁴³. La *virtus* décrite par Machiavel se défie de toute transparence, elle est une virtuosité qui doit permettre à l'homme d'accéder à l'espace public avec décence et habileté.

L'homme en société est souvent obscur, y compris à lui-même. Ce sens de l'ambiguïté est bien formulé par le moraliste François de La Rochefoucauld, pour qui « nos actions sont comme des bouts mimés que chacun fait rapporter à ce qu'il lui plaît¹⁴⁴⁴ ». L'abîme qui sépare les intentions intimes et le regard d'autrui recommande dès lors une véritable prudence dans ce que l'on montre et dans la formulation de son jugement sur les personnes. Une belle apparence peut cacher de sombres motifs. Comme le relève encore

¹⁴⁴¹ MACHIAVEL, *Le Prince* (1532), chap. 18, trad. Marie GAILLE-NIKODIMOV, Paris, Le livre de poche, 2000, p. 130. [Nous soulignons].

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 102 : « Il n'est donc pas nécessaire à un Prince d'avoir toutes les qualités dessus nommées, mais bien il faut *qu'il paraisse les avoir*. » [Nous soulignons].

¹⁴⁴³ Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 89.

¹⁴⁴⁴ François DE LA ROCHEFOUCAULD, *Les pensées, maximes et réflexions morales*, Paris, Nyon, 1777, p. 8.

le moraliste, l'honneur sert surtout à « percer dans le monde¹⁴⁴⁵ », il n'est pas un gage de droiture ni même un indice de sa corruption car même l'innocent n'est pas à l'abri des embûches de la mauvaise réputation. Dans la mesure où l'hypocrisie commence avec le jeu des apparences, peut-être même avec la vie sociale, le nier conduit à une hypocrisie encore plus grande. Comme le révèle l'étymologie, l'hypocrite est un comédien qui joue un rôle mais le décalage entre l'être profond et l'être réel n'est jamais aussi grand que lorsque l'hypocrite prétend ne pas l'être. Plus que tout autre, l'homme prétendument transparent porte le masque du Tartuffe ou de l'Alceste, dès lors qu'il proclame une vertu illusoire et donne en spectacle une sincérité cauteleuse. Le jeu de cet interprète ne commence pas tant avec la commission de fautes personnelles en décalage avec sa surface sociale qu'avec l'adoption de la posture de celui qui prétend faussement à la vertu¹⁴⁴⁶. La sournoiserie consiste pour celui-ci à se convaincre lui-même de son innocence, à en faire une profession de foi et s'en justifier sans cesse devant les autres. Celui qui argue ainsi de la clarté de sa conscience est un hypocrite, en ce qu'il entend faire faussement coïncider son être intime avec l'image qu'il cherche à renvoyer aux autres.

- La monarchie française comme avant-scène d'un théâtre

Les monarques français des XVII^e et XVIII^e siècles vivent sous un régime de prétendue transparence liée à l'étiquette, qui n'est que l'élaboration d'un cérémonial d'État¹⁴⁴⁷. Le roi évoluant dans une fonction permanente de représentation, il est celui par excellence qui doit se montrer le plus, jouer le rôle de celui qui n'a rien à cacher, et pourtant il ne s'agit pas d'un exercice d'authenticité. L'étiquette et les conventions exigent une maîtrise permanente de son apparition. Le roi est nu, mais chacun sait qu'il joue encore son rôle de roi. Cet exercice de mise en scène l'astreint tellement qu'il ne peut plus mener une vie « bourgeoise » avec la même sincérité dans ses relations. C'est ce que remarque La Bruyère quand il écrit : « il ne manque rien au monarque que les douceurs de la vie privée¹⁴⁴⁸ ». Il ne faut pas nier que cette position publique contraint son action et que le péché des grands est plus grave que celui des humbles, car leurs fautes sont connues de tous¹⁴⁴⁹. Fénelon relève en effet que prises par la force des choses dans une certaine exhibition où rien n'est

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 235.

¹⁴⁴⁶ Hannah ARENDT, *Essai sur la Révolution*, *op. cit.*, p. 147-149 ; Julie ALLARD, « Le personnage en politique. Secret et apparence chez Hannah Arendt », *Annales de l'Institut de philosophie*, Paris, Vrin, 2011, p. 1-14.

¹⁴⁴⁷ Sur le sujet : Norbert ELIAS, *La société de cour*, Paris, Flammarion, 2008, p. 50-89.

¹⁴⁴⁸ Jean de LA BRUYÈRE, *Les Caractères*, Paris, Flammarion, 1880, p. 211.

¹⁴⁴⁹ Thomas d'Aquin remarque que le péché des hommes ayant une situation importante est plus grave en tant qu'il est visible. S. T., Ia. IIae, q. 73, art. 7 : « La raison de l'exemple ou du scandale. Comme le fait remarquer saint Grégoire : « la faute déploie un exemple bien plus entraînant, quand la situation du pécheur le met à l'honneur » car les péchés des grands sont connus par plus de gens et l'on s'en indigne davantage. »

caché, « les fautes dans la vie privée sont d'une conséquence infinie pour la royauté¹⁴⁵⁰ ». L'évêque de Cambrai fait ainsi de l'absence de discrétion une invitation à la droiture :

Le public pénètre tout : et, souvent, pendant que le Prince se flatte que ses faiblesses sont ignorées, il est le seul qui ignore combien elles sont l'objet de la plus maligne critique¹⁴⁵¹.

L'omniprésence d'un regard scrutateur sert l'injonction de l'évêque à la bonne conduite morale. Ne se contentant pas de placer l'homme sous le regard de Dieu qui scrute les reins et les cœurs, Fénelon en appelle encore au regard du public pour appeler à conversion. Le discours qui entend entériner le spectacle du pouvoir sert déjà de prétexte à l'illusoire moralisation du domaine politique. Pourtant, le double jeu et le secret ne disparaissent pas, et loin d'être évacués, une certaine confidentialité se développe à la marge (secret du roi, antichambres) et certains gages officiels sont même donnés à l'intimité de la famille royale à la fin du XVIII^e siècle (le Trianon et le hameau de la Reine).

- La nouveauté du phénomène de la célébrité : l'intrusion du public dans l'intime

Les développements d'un espace public à la fois littéraire et démocratique exacerbent le dilemme ancien entre ce qui doit être caché et ce qui ne peut l'être. La discordance entre la conscience que l'homme a de lui-même et la perception que les autres ont de sa propre individualité s'accroît quand le regard scrutateur est médiatisé par la presse qui prend une place croissante dans la société de la fin du XVIII^e siècle¹⁴⁵². L'exhibition de soi apparaît à la même époque comme un genre littéraire et comme une pratique d'autojustification. Auparavant jugés sans intérêt, les détails de la vie privée prennent une importance nouvelle à la lumière du phénomène de la célébrité moderne qui suppose la mise en scène de sa singularité et de son intimité. Alors que Saint-Simon, dans ses *Mémoires*, parle beaucoup de Louis XIV, Chateaubriand disserte moins de l'époque que de lui-même. Le duc lève les masques des hommes de la cour mais n'enlève pas le sien. Il justifie son entreprise d'écriture par la nécessité de peindre ses contemporains, non seulement tels qu'ils se montrent, mais tels qu'ils sont :

Connaissions donc tant que nous le pourrons, la valeur des gens et le prix des choses : la grande étude est de ne s'y pas méprendre au milieu d'un monde la plupart si soigneusement masqué¹⁴⁵³.

À l'époque du mémorialiste, on distingue encore le genre littéraire des mémoires qui traitent des aspects publics d'une personne, de celui des confessions qui traitent de ses aspects intimes¹⁴⁵⁴. Durant le siècle des Lumières, le privé devient davantage public et l'intime se mue en un genre littéraire. La biographie prend alors un tournant intimiste. Le récit des existences quotidiennes intéresse le public et de multiples « vies privées » sont ainsi diffusées avec succès tout au long du XVIII^e siècle. Ces ouvrages livrent une description

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*

¹⁴⁵¹ FÉNELON, *Direction pour la conscience d'un roi, composé pour l'instruction de Louis de France*, La Haye, Jean Neaulme, 1748, p. 18-19.

¹⁴⁵² Marschall MACLUHAN, *La galaxie Gutenberg*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁵³ Louis de SAINT-SIMON, *Mémoires*, Paris, Gallimard, 1947, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. I, p. 10.

¹⁴⁵⁴ Marcel DE GREVE « L'autobiographie, genre littéraire ? », *Revue de littérature comparée*, t. 325/1 (2008), p. 23-31. [Les *Confessions* de saint Augustin sont un mauvais contre-exemple car il y a une certaine différence entre l'autobiographie religieuse et l'œuvre profane du récit de sa propre vie.]

plus ou moins démystificatrice de la partie non-exposée de la vie des hommes publics. Ce type de publication sur les personnes ni saintes ni héroïques est lié à l'invention de la célébrité et au développement du marché du spectacle. La notoriété, en tant que proximité fondée sur l'estime personnelle, se distingue de la renommée dont jouissent les personnes plus lointaines qui bénéficient d'admiration et de célébrité. Comme le relève l'encyclopédiste Marmontel, la célébrité ne se fonde pas tant sur la grandeur d'une individualité que sur l'étonnement de la multitude¹⁴⁵⁵. Elle est la rencontre entre le moi intime en quête d'une reconnaissance publique et des lecteurs ou spectateurs cherchant la proximité à distance avec une personne connue de tous. Cette conception de la célébrité apparaît particulièrement avec la « première révolution médiatique¹⁴⁵⁶ » du siècle des Lumières. Le spectateur étant pris par le « désir d'accéder à une intimité à distance¹⁴⁵⁷ », la publication de la vie privée devient le moyen par lequel une personne ordinaire se transforme en personnage célèbre. La notoriété des particuliers dans l'espace public n'est alors plus qu'une simple reconnaissance des mérites d'une personne mais repose davantage sur la capacité à attirer sur soi la curiosité du public. Cette notoriété populaire créée par la presse constitue une renommée qui repose non pas tant sur les exploits réels d'une personne mais sur une fascination pour la personne même. Plus une personne est connue d'un vaste public, plus celui-ci s'intéresse à sa vie privée, qui devient dès lors un objet d'attraction. Comme le dit François de Neuf-Château, alors que Voltaire vient d'être couronné par la foule en liesse dans le théâtre français le 30 mars 1778 :

La célébrité a surtout l'inconvénient de faire naître autour de l'homme célèbre une espèce d'espionnage de ses actions, de ses paroles et de ses pensées ; on les traduit ensuite dans le public¹⁴⁵⁸.

Si le genre des vies privées ne fait pas encore l'objet d'une réglementation spécifique, il n'est pas libre pour autant. Mademoiselle de Bonnafon, femme de chambre de la princesse de Montauban, restera ainsi enfermée douze ans pour avoir publié des rumeurs de la cour à propos du roi. Ce type de répression n'empêche pas un mouvement de fond qui fait qu'à partir du règne de Louis XV, la presse soumet de plus en plus les hommes politiques au tribunal de l'opinion, remettant en question la distinction entre sphère privée et sphère publique¹⁴⁵⁹. Dans les années 1770, la chronique des mœurs occupe le cœur des débats publics¹⁴⁶⁰. Le dévoilement de la vie quotidienne des personnes célèbres participe alors d'une logique égalitaire, amorcée dès la fin de l'Ancien Régime, qui abaisse les puissants de leurs trônes en les

¹⁴⁵⁵ Jean-François MARMONTEL, « Gloire », D. DIDEROT, J. D'ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des arts et des métiers*, éd. 1757, *op. cit.*, p. 716 : « La gloire est l'éclat de la bonne renommée. L'estime est un sentiment tranquille et personnel ; l'admiration, un mouvement rapide et quelquefois momentané ; la célébrité, une renommée étendue ; la gloire, une renommée éclatante, le concert unanime et soutenu d'une admiration universelle. L'estime a pour base l'honnête ; l'admiration, le rare et le grand dans le bien moral ou physique ; la célébrité, l'extraordinaire, l'étonnant pour la multitude ; la gloire, le merveilleux. »

¹⁴⁵⁶ Expression d'Antoine LILTI, *Figure publique, L'invention de la célébrité 1750-1850*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴⁵⁸ François DE NEUF-CHATEAU [Paris 2 avril 1778], *L'espion Anglais ou correspondance secrète entre Milord All'eye et Milord All'ear*, Londres, John Admson, t. VIII, p. 294.

¹⁴⁵⁹ Sarah MAZA, *Vie publique et affaires privées*, Paris, Fayard, 1997, p. 304 : « Enfin, il est évident que les drames judiciaires des années 1770 et 1780 et la publicité qui les entourait remettent en question la distinction entre sphère privée et sphère publique à laquelle nous sommes accoutumés. »

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

proportionnant au bourgeois moyen avec ses problèmes domestiques, ses vices et son bonheur privé¹⁴⁶¹. Le récit de la vie privée brise ainsi la transcendance des hommes publics pour ne rendre visible que la face ordinaire de la personne. L'intérêt n'est plus porté sur la personne en tant qu'elle est une personnalité hors du commun, mais en ce qu'elle est un individu comme les autres. En 1781, un auteur justifie ainsi sa publication d'une vie privée de Louis XV par la nécessité de « ne montrer que l'homme¹⁴⁶² ». Il faut, selon lui, un récit qui s'adapte à l'homme ordinaire pour que le lecteur puisse effectuer « un retour secret sur soi-même¹⁴⁶³ ». Cette littérature entend ainsi rabaisser l'homme public pour ne montrer que l'homme privé, en le dépouillant « de ses dignités et de ses grandeurs¹⁴⁶⁴ ». Le dévoilement est une force de nivellement et la description des grands vient rendre l'homme public proche. Cette révélation vise de multiples personnages, des figures de l'aristocratie d'Ancienne France comme la reine Marie-Antoinette¹⁴⁶⁵, des princes de sang¹⁴⁶⁶, des ecclésiastiques¹⁴⁶⁷, des ministres comme le cardinal Dubois ou Necker¹⁴⁶⁸, puis après la Révolution, les députés¹⁴⁶⁹, les généraux¹⁴⁷⁰, et en l'an III, les membres du Directoire¹⁴⁷¹. Elle vise aussi des savants, des artistes, des aventuriers et des bandits¹⁴⁷². Les lettres de Mirabeau à sa maîtresse, comme son bulletin de santé¹⁴⁷³, sont ainsi publiés dans les journaux¹⁴⁷⁴. Il semble que l'intérêt pour les publications de la vie privée s'inscrive dans cette mutation des goûts littéraires. L'homme démocratique décrit par Tocqueville n'étant habituellement occupé qu'à « contempler un très petit objet, qui est lui-même¹⁴⁷⁵ », il n'aperçoit rien au-dessus de lui que la société et le genre humain, et il attend donc qu'on lui fournisse non pas la description

¹⁴⁶¹ Voltaire se livre au même exercice à propos du roi de Prusse. VOLTAIRE, *Mémoires pour servir à la vie de M. de Voltaire* (1759), Paris, Mercure de France, 2007, 272 p.

¹⁴⁶² Bathélememy MOUFFLE D'ANGERVILLE, *Vie privée de Louis XV, ou principaux événements, particularités et anecdotes de son règne*, Londres, John Peter Lyton, 1781, t. I, p. 2 : « Au contraire, dépouillez-le de ses dignités et de ses grandeurs, ne montrez que l'homme ; nécessairement tous les ordres de citoyens, tous les individus s'entreprendront avec avidité de ses peines et de ses félicités domestiques, gémiront des unes, se réjouiront des autres : toutes leur deviendront, en quelque sorte, communes par la possibilité de les éprouver. »

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*

¹⁴⁶⁵ Charles-Joseph MAYER, *Vie privée libertine et scandaleuse de Marie-Antoinette d'Autriche*, Paris, 1792, 144 p. ; Auteur inconnu, *Les amours de Charlot*, Versailles, 1789, 8 p. D'autres pamphlets sont encore plus explicites dans leur prétention à l'avalissement : Auteur inconnu, *Fureurs utérines de Marie-Antoinette, femme de Louis XVI*, Paris, Au manège et dans tous les bordels de Paris, 1791, 58 p. On peut dénombrer des dizaines de libelles pornographiques s'en prenant à l'intimité de la reine. Emmanuel de WARESQUIEL, *Juger la reine*, Edition de Noyelles, p. 195.

¹⁴⁶⁶ Auteur inconnu, *Vie politique et privée de Louis-Joseph de Condé, prince de sang*, Paris, Les Marchands de Nouveauté, 1790, 79 p.

¹⁴⁶⁷ Jacques-Antoine DULAURE, *Vie privée des ecclésiastiques prélats, et autres fonctionnaires publics qui n'ont point prêté leur serment sur la Constitution civile du clergé*, Paris, Garnéry 1791-1792, 96 p.

¹⁴⁶⁸ James RUTLEDGE, *Vie privée Necker*, Genève, 1790, 96 p.

¹⁴⁶⁹ Auteur inconnu, *Vie privée du vicomte de Mirabeau, député du Limousin*, Londres, 1790, *Vie privée, impartiale, politique, militaire et domestique du Marquis de Lafayette*, Paris, Bastide, 1790, 88 p. ; L. DUPERRON L., *Vie secrète et curieuse de M.J. Maximilien Robespierre, député à l'Assemblée constituante en 1789, et à la Convention nationale jusqu'au 9 thermidor l'an deuxième de la République, veille de son exécution et celle de ses complices. Suivie de plusieurs anecdotes sur cette conspiration sans pareille*, Paris, Prévost, an II [1794]. ; Louis-Marin HENRIQUEZ, *Vie criminelle et politique de J.-P. Marat etc.*, Paris, Les Marchands de Nouveautés, 1795, 36 p.

¹⁴⁷⁰ François BARNABÉ-TISSET, *La vie privée du général Buonaparte*, 1798, 72 p.

¹⁴⁷¹ Joseph DESPAZE, *Vie privée des cinq membres du Directoire ou les puissants tels qu'ils sont*, 1796, 8 p.

¹⁴⁷² P. ONFROY, *Vie de Joseph Balsamo connu sous le nom de Comte Cagliostro*, Strasbourg, Treuttel, 280 p.

¹⁴⁷³ Carmela FERRANDES, « Le journal de la maladie et de la mort de Mirabeau de Pierre-Jean-Georges Cabanis », *Dix-huitième siècle*, t. 39/1 (2007), p. 201-209.

¹⁴⁷⁴ Auteur inconnu, *Lettres originales de Mirabeau*, Paris, Garnery, 1792, 414 p.

¹⁴⁷⁵ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II, op. cit.*, p. 755.

d'exploits héroïques mais des récits se proportionnant à sa propre existence. Pour un public démocratique, il ne faut pas des récits glorieux des ouvrages du passé, il faut dresser au contraire « le tableau du présent¹⁴⁷⁶ ».

- La dimension politique du dévoilement de la vie privée

À la fin du XVIII^e siècle, l'idée d'une magistrature des hommes de lettres pour désigner le rôle rempli par la presse est parfois prise très au sérieux. Louis-Sébastien Mercier relève ainsi l'importance de la mission politique des chroniqueurs :

Quelqu'un a appelé les gens de lettres estimables, les substitués de la Magistrature. Ce mot est très bien trouvé. Ils sont aussi la police, en frondant [critiquant] les vices et les abus ; en démasquant les vicieux, ils aident, ils aidaient sous un certain point de vue à rendre les hommes meilleurs et plus heureux ; ils guérissent des préjugés, dissipent des craintes, et rendent un service essentiel à l'Humanité¹⁴⁷⁷.

La vie politique elle-même a en effet progressivement acquis une dimension littéraire. Au cours du siècle des Lumières, les écrivains sont devenus des hommes politiques et les hommes publics ont été contraints de se faire écrivains, ou du moins d'acquérir par voie de presse une certaine notoriété. Dans le système politique intrinsèquement médiatique qui se met en place à cette époque, les grands hommes sont ceux qui touchent la masse par leur plume ou par leur renommée et n'hésitent plus à soumettre leur personne au tribunal de l'opinion¹⁴⁷⁸. Habermas remarque comment ce nouveau partage se retrouve dans l'architecture même : les chambres sont privatisées au sens où elles deviennent des espaces individuels et le salon un espace social au sein de la demeure où se retrouvent publiquement des individualités. Comme il le dit, la ligne de partage entre « sphère privée et domaine public traverse la maison en son centre même. L'espace de rencontre est placé à l'écart des lieux personnels et, en quelque sorte, les individus quittent l'intimité de leur chambre pour l'espace public du salon¹⁴⁷⁹ ». La notion de vie privée se présente ainsi comme une tentative de maintenir dans l'espace public de la publication ces cloisons protectrices de l'individu par l'établissement d'une juste corrélation entre ce qui relève du débat public et ce qui concerne la vie domestique ; entre la sphère publique de discussion gravitant autour de l'intérêt général et ce qui ne peut dépasser les conversations entre particuliers. Plus qu'une simple sphère des échanges rationnels, l'espace public est aussi celui des affects, de la curiosité et de la possibilité de diffamer l'intimité des hommes publics.

La diffusion élargie de l'intimité participe donc d'une culture de la célébrité dans laquelle l'échange d'anecdotes s'ajoute au débat d'idées et dans laquelle se tisse une relation quasi familière entre une individualité et un public anonyme. Le grand dévoilement n'est pas non plus anodin car il prend une signification politique dans le contexte de la Révolution. Ainsi, dès 1789, l'apologie des mœurs saines est un

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 103 : « Les peuples démocratiques n'ont qu'une estime médiocre pour l'érudition, et il ne se souviennent guère de ce qui se passait à Rome et à Athènes : ils entendent qu'on leur parle d'eux-mêmes, et c'est le tableau du présent qu'ils demandent. »

¹⁴⁷⁷ Louis-Sébastien MERCIER, *Tableau de Paris*, Amsterdam, Minard, 1783, t. VIII, p. 99 [Nous soulignons].

¹⁴⁷⁸ Expression empruntée à Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion publique. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Paris, Payot, 1993, 319 p.

¹⁴⁷⁹ Jürgen HABERMAS, *L'espace public, op. cit.*, p. 56.

argument anti aristocratique¹⁴⁸⁰. Le dévoilement républicain et l'avilissement sont utilisés comme un instrument de nivellement des conditions. Dans le cas de Marie-Antoinette, l'accusation par voie de presse se transforme en procès politique, de sorte que les allégations des journaux se retrouvent dans son acte d'accusation devant le tribunal révolutionnaire. La recherche d'épuration du champ politique conduit les hommes de la Terreur à confondre la fonction publique et la femme privée. La Reine doit être jugée non pas en tant que souveraine, mais en tant qu'elle est mère et épouse. Les fameuses accusations d'inceste d'Hebert lors du procès de cette dernière, qui s'appuient sur des années de calomnies relatives à sa vie privée, sont ainsi utilisées à des fins politiques¹⁴⁸¹. Sur un autre sujet, le journaliste Joseph Depaze commence une biographie des membres du Directoire en affirmant que ce genre remplit la fonction salutaire consistant à désacraliser le pouvoir en descendant ces détenteurs de leur piédestal. Tous les citoyens ont selon lui une légitimité à s'emparer de tous les moyens possibles pour « scruter le cœur de leurs premiers magistrats, [...] démêler leur caractère dans leurs habitudes, leurs systèmes dans leurs maisons, et [...] calculer ce qu'on doit attendre de chacun d'eux par ce qu'on connaît de leur vie privée¹⁴⁸² ». Dans cette approche, on perçoit la logique de la presse de masse qui tend à ramener la personne publique à sa condition commune, en n'hésitant pas à ironiser sur ses déboires privés.

Cette pratique du dévoilement du privé intervient au moment où la sphère restreinte du foyer est considérée comme devant être libérée de toute emprise extérieure de la société. La liberté du bourgeois occupé par ses intérêts est en effet vue comme le caractère propre des sociétés industrielles et commerçantes. La triade lockéenne (la vie, la liberté et les biens) donne ses lettres de noblesse à l'individualité tournée vers sa vie privée. Philippe Ariès remarque ainsi qu'à partir du XVIII^e siècle, le domaine familial est réputé être le refuge des sentiments à l'abri de l'hostilité de la société¹⁴⁸³. Contre le monde des apparences et des simulacres, ainsi qu'en réaction aux façades de la vie sociale et à l'anonymat des grandes villes, l'environnement privé apparaît plus que jamais comme le domaine de l'homme authentique, de la libre expression de soi, des sentiments et de la sincérité. Abritant la vérité de l'homme, la retraite permet le développement des vertus de spontanéité et d'honnêteté. La famille recentrée sur « le couple et les enfants¹⁴⁸⁴ », siège de la vie naturelle, est le nouveau « lieu de refuge¹⁴⁸⁵ ». Dans l'*Encyclopédie*, l'article intitulé « Bonheur » est consacré à la vie de famille, c'est-à-dire une existence limitée à la vie entre intimes. C'est aussi au XVIII^e siècle que Florian peut conclure sa fable par la morale épicurienne selon laquelle « pour

¹⁴⁸⁰ La levée des masques est l'un des grands thèmes de l'œuvre de Rousseau mais aussi d'autres auteurs des Lumières. Voir *infra* Section-1, §. 3, B- La critique du masque du courtisan et la formation du *continuum* vie privée/vie publique.

¹⁴⁸¹ Emmanuel de WARESQUIEL, *Juger la reine*, Paris, Edition de Noyelles, 2016, p. 195.

¹⁴⁸² Joseph DESPAZE (Journaliste), *Vie privée des cinq membres du Directoire ou les puissants tels qu'ils sont*, Paris, Imp. Du Bureau, 1796, p. 23. Sur ce sujet : Jean-Luc CHAPPEY, « Usage politique et sociaux de la biographie entre la convention et le directoire (1794-1799) », Olivier FERRET et Anne-Marie MERCIER-FAIVRE (dir.), *Biographe et politique, vie privée, de l'Ancien Régime à la Restauration* [en ligne], Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2014, p. 151-158.

¹⁴⁸³ Philippe ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, Paris, 2014, p. 18.

¹⁴⁸⁴ Robert MAUZI, *L'idée de bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIII^e siècle*, Slakin, Paris, 1979, p. 279-289.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*

vivre heureux, vivons cachés¹⁴⁸⁶ ». Le bonheur se conçoit ainsi comme une préservation vis-à-vis du monde extérieur. Le philosophe Julien Freund remarque comment, face au spectacle de la vie publique, le privé est devenu pour les Modernes le refuge que l'on connaît :

On regarde le privé comme constituant les relations de vraie réciprocité, au sein desquelles s'épanouiraient la joie et la sincérité et où régnerait le calme et la pudeur, le charme et la décence, l'originalité et l'imprévisibilité, la plénitude et la chaleur. Il s'opposerait au public qui ne serait que mensonge, dissimulation, spectacle déshonorant et dégradation de l'homme¹⁴⁸⁷.

Le rôle symbolique donné au foyer domestique culmine sûrement au XIX^e siècle, qui constitue un « âge d'or du privé¹⁴⁸⁸ » ou une « civilisation du privé¹⁴⁸⁹ », de sorte qu'il revêt une importance politique. Par conséquent, on peut dire que la vie privée est publiée pour les mêmes raisons qu'elle est sacralisée ; elle est dévoilée au public pour révéler l'homme authentique, l'homme réel qui se cache derrière ses simagrées. Le processus d'égalisation des conditions est aussi celui de la démocratisation de l'honneur. C'est pour cette raison que le préjugé favorable à la publicité n'est pas total lors de la Révolution, et que la préoccupation bourgeoise de protection de sa vie privée s'est imposée parmi les quelques limites à la liberté de publication. Durant cette période tumultueuse, la question de l'exposition de la vie privée des personnes publiques devient un enjeu non négligeable dans le droit de la presse naissant. Les traces de ces évolutions politiques et sociales à l'œuvre lors de la Révolution se retrouvent dans les débats relatifs aux délits de presse, dans lesquels sont exprimés le souhait de protéger non plus la position avantageuse de certaines personnes élevées dans la société et les institutions, mais surtout la réputation privée de tout un chacun. Aussi les révolutionnaires opèrent-ils le passage d'un escamotage général de ce qui est honteux au nom de l'interdiction de la médisance dans l'ancienne France (Section 1) à un système alternatif de libre critique des fonctionnaires publics, assorti d'une garantie de la tranquillité des particuliers, mais aussi des hommes publics dans leur vie cachée (Section 2).

Section 1 – La préférence de l'ancien droit pour la protection de l'honneur aristocratique

L'honneur n'est rien de moins que « l'un des aspects de la protection plus générale de la personnalité¹⁴⁹⁰ ». La défense de la vie privée visant à l'origine à ériger un rempart contre toutes les révélations humiliantes, elle se raccroche naturellement à cette notion vaste et tutélaire. Il est, dans le cadre du délit de diffamation, utilisé comme une fiction, comme une honorabilité présumée qui sert la protection de la personne. Si la défense de l'intimité a longtemps été abritée sous la seule notion d'honneur, elle a progressivement conquis une certaine autonomie sans jamais pouvoir se séparer complètement de cette

¹⁴⁸⁶ Jean PIESSE CLARIS de FLORIAN (1755-1794), *Le grillon* (successeur auto proclamé de Lafontaine). La fable conte l'histoire d'un petit papillon paradant publiquement qui, de mains d'enfants, se voit punir de son exhibition.

¹⁴⁸⁷ Julien FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 310.

¹⁴⁸⁸ Michelle PERROT, « Préface » *Histoire de la vie privée, tome 4- De la Révolution à la Grande guerre, op. cit.*, p. 9. On peut remarquer que cette expression est intéressante en ce qu'elle semble présupposer que nous sommes sortis de l'âge d'or du privé.

¹⁴⁸⁹ Yves LAVOINNE, « Presse et vie privée au XIX^e » dans Patrick BAUDRY, Claude SORBETS, André VITALIS (dir.), *La vie privée à l'heure des médias*, Presses universitaires de Bordeaux, 2002, p. 28.

¹⁴⁹⁰ Bernard BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1995, p. 57-70 : « Ce droit comporte le droit de protéger sa tranquillité et sa dignité. La vie privée est l'un des aspects de la tranquillité ; l'honneur en est un de la dignité. »

filiation originelle. En droit de la presse, la protection de la vie privée prend toujours appui sur ce sentiment à la frontière entre le jugement de la conscience et l'appréciation de la valeur des hommes par une communauté humaine¹⁴⁹¹. L'homme qui défend publiquement son honneur entend manifester aux yeux du plus grand nombre la rectitude de sa conduite. La poursuite devant les tribunaux présuppose ainsi le caractère déshonorant du fait imputé à la personne. Sous l'ancien droit, toutes les paroles mauvaises semblent mises sur le même plan que la calomnie, ce qui conduit à protéger de fait la vie privée des particuliers de toute révélation honteuse en écartant les débats sur la véracité des actes imputés (§. 1). Les auteurs d'Ancien Régime conçoivent ainsi l'honneur comme une fiction protectrice des personnalités (§. 2). Le XVIII^e siècle est néanmoins traversé par la volonté de restaurer la sincérité des mœurs au nom d'un impératif républicain, au risque de poursuivre l'utopie de la totale unicité de l'être et du paraître (§. 3).

§. 1 - La distinction ancestrale entre vertu et honneur

Le souci de sa réputation est souvent opposé à la vertu véritable qui ne s'épanouirait qu'à l'abri du regard des autres. Il est vrai que la quête de reconnaissance est par certains aspects opposée à la poursuite du bien moral, qui doit savoir être recherché pour lui-même. Platon reprend cette distinction. Dans sa cité idéale, ne doit régner que la vertu. Les gardiens de la *polis* ne doivent pas être animés par la recherche des honneurs, qui corromprait leur dévouement envers la cité. Si tel était le cas, la République courrait le risque de dégénérer, car lorsque la poursuite de la renommée devient l'objectif ultime du régime (timocratie), le domaine politique reste prisonnier des apparences. Dans un tel système, les citoyens ne sont pas véritablement vertueux mais se contentent de donner « l'impression d'être justes¹⁴⁹² ». L'homme préoccupé de bien paraître dans le monde réprime peut-être ses désirs honteux, mais c'est par souci de sa fortune et pour ne pas compromettre sa carrière. Le citoyen travaillé par l'incessante soif des honneurs est pris dans une discordance intérieure qui l'empêche d'accéder à la vertu véritable. Divisé en lui-même, il n'est plus intègre, il n'est plus « un mais, pour ainsi dire, double¹⁴⁹³ ». Platon passe l'homme d'un tel régime en jugement lorsqu'il fait dire à Socrate :

Je pense qu'un tel homme montrera *une apparence extérieure* plus respectable que nombre d'autres, mais la *vertu véritable*, celle qui est concorde et harmonie intérieure de l'âme, fuira bien loin de lui¹⁴⁹⁴.

Aristote se montre plus nuancé et n'oppose pas frontalement réputation et vertu. Si, selon lui, l'honneur (*timè*) est insuffisant pour fonder l'éthique, il est l'une des fins légitimes de la vie politique¹⁴⁹⁵. Le philosophe est peut-être en quête de vérité et de vertu, il n'en demeure pas moins que le monde politique est fondé sur le règne de l'opinion et des apparences. Comme le remarque Aristote, l'être loué est entre les

¹⁴⁹¹ James WHITMAN, « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity v. Liberty », *The Yale Law Journal*, t. 113 (2004), p. 1151-1221. L'auteur s'appuie sur le fait qu'en Europe, l'honneur a été un intérêt légalement protégé, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis. Voir aussi : ID., « Enforcing Civility and Respect: Three Societies », *The Yale Law Journal*, t. 109/ 6 (2000), p. 1279-1398.

¹⁴⁹² PLATON, *La République*, 554d.

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ PLATON, *La République*, 554e [Nous soulignons].

¹⁴⁹⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1095c.

moins de ceux qui le louent, car « l'honneur dépend de ceux qui honorent plutôt que de celui qui est honoré¹⁴⁹⁶ ». En tant qu'il ne se fonde que sur l'opinion des hommes, l'honneur est donc considéré comme trop fugace pour conduire le sage, mais il n'en demeure pas moins constitutif de l'homme comme animal politique. Premier des biens extérieurs, il se fonde bien souvent sur la vertu et lui demeure intimement lié¹⁴⁹⁷. Le Stagirite considère d'ailleurs dans sa *Rhétorique* que le crédit du discours de l'orateur repose en premier lieu sur son caractère moral, c'est-à-dire sur sa réputation¹⁴⁹⁸.

Pour Cicéron enfin, la vertu et l'honneur (*honos*) sont encore plus intimement liés lorsqu'il le définit comme « la récompense de la vertu déferée à quelqu'un par le jugement des citoyens¹⁴⁹⁹ ». Dans la langue romaine, l'*honor* a un caractère martial et renvoie au dieu de la guerre¹⁵⁰⁰ ou encore au poids énorme soulevé par les hommes valeureux qui occupent des charges au sein de la République¹⁵⁰¹. Il n'est pas séparable d'une appréciation sociale dans une société déterminée, est la vertu visible des grands hommes. Il est, selon les mots d'un juriste d'ancienne France, ce « sentiment fier de lui-même qui se nourrit de l'estime publique¹⁵⁰² ».

- Le divorce ancien entre honneur interne et externe, entre « conscience de soi » et réputation

Pour éclairer la notion d'honneur, les philosophes et les anthropologues ont l'habitude d'en décomposer le concept. Celui-ci comprend d'une part une dimension plutôt intérieure (conscience de soi ou versant subjectif de l'honneur), et d'autre part un aspect essentiellement extérieur (prestige social et charge politique ou versant objectif de l'honneur). L'honneur externe se rattache à une renommée ou à une fonction, alors que l'honneur interne réside dans le fait de jouir effectivement d'une vertu. L'*honor* désigne donc d'abord une dignité extérieure, c'est la reconnaissance sociale de la valeur d'une personne. Il est en cela synonyme de réputation. Dans la langue médiévale, il renvoie encore beaucoup à une valeur sociale éminente (reconnaissance des pairs, mais aussi un fief, une possession, un domaine). Le discours sur la chevalerie est venu intérioriser cette notion, en tendant à faire coïncider la valeur militaire avec la recherche de la perfection intérieure¹⁵⁰³. Suivant cette idée que, selon l'expression de saint Paul, « notre gloire réside

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, 1123b.

¹⁴⁹⁸ ARISTOTE, *Rhétorique*, Paris, Les Belles Lettres, 1968, I, 1., p. 56.

¹⁴⁹⁹ CICÉRON, *Brutus* 81, 181, « Paemium virtutis iudicio aut studio civium delatum ad aliquem », trad. Jean FOYER, cité dans Bernard BEIGNER, *L'honneur et le droit, op. cit.* p. 5. Sur le sujet : Jon E. LONDON, « Roman honor », *The Handbook of social Relations in the Roman World* éd. Michael FEACHIN, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 377-403.

¹⁵⁰⁰ Honos renvoie au « nom d'un dieu de la guerre qui donnait aux militaires le courage de se battre », Julian PITT-RIVERS, *Anthropologie de l'honneur. La mésaventure de Sichem*, trad. Jacqueline MER, Paris, Hachette, 1997, p. 1276 p ; Monique CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, t. I, V° « Honneur », p. 789.

¹⁵⁰¹ VARRON, *La langue latine*, trad. Pierre FLOBERT, Paris, Les Belles Lettres, 2004, OL, V, 73, t. II, p. 45, *Hono* d'après *onus* (charge) : c'est pourquoi est dit « honoré » ce qui est chargé, et on dit « C'est un poids que la charge de celui qui soutient la République. » Cité par Mathieu JACOTOT, *Question d'honneur, Les notions d'honos, honestum et honestas dans la République romaine antique*, Rome, École française de Rome, 2013, p. 34.

¹⁵⁰² François-Michel VERMEIL, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Paris, Demonville, 1781, p. 53 : « L'honneur est ce sentiment fier de lui-même, qui se nourrit de l'estime publique et qui veut la mériter. »

¹⁵⁰³ Yves ROBREAU, *L'honneur et la honte : leur expression dans les romans en prose du Lancelot Graal (XII^e-XIII^e siècles)*, Genève, Droz, 1981, p. 26- 30 ; F. H. STEWART, Honor, p. 44. J. PITT-RIVERS, « La maladie de l'honneur », p. 20 et 27 ; R. MUCHEMBLED, « Les humbles aussi », p. 61.

dans le témoignage de notre conscience¹⁵⁰⁴ », l'honneur est présenté comme l'expression d'une noblesse de l'âme auprès de l'opinion commune et correspond alors à une extériorisation réussie de la vertu. Dans une logique chevaleresque, l'honneur conscience de soi est donc placé au fondement de l'honneur prestige social, l'intérieur est considéré comme devant être la source de toute dignité extérieure. En tant qu'il est une vertu intérieure, il est une propriété des plus individuelles. Dans son testament à son fils, Louis IX lui enseigne « Aime *ton* honneur¹⁵⁰⁵ ». Le maréchal de Monluc pouvait quant à lui affirmer que « nos vies et nos biens sont à nos rois, l'âme est à Dieu et *l'honneur à nous ; car sur mon honneur, mon Roi ne peut rien*¹⁵⁰⁶ ».

Le paradoxe est le suivant : plus l'honneur est rattaché à la conscience, plus il devient individuel, et plus il échappe aux conventions sociales censées le définir¹⁵⁰⁷. Si personnel qu'il soit, l'honneur reste néanmoins social car lié aux exigences que la société fait peser sur les individus et les dictionnaires de l'Académie française d'avant la Révolution relèvent systématiquement sa dimension extérieure¹⁵⁰⁸. Le dictionnaire Furetière mentionne par exemple bien ses faces interne et externe¹⁵⁰⁹. Il apparaît à la fois comme un « témoignage d'estime¹⁵¹⁰ » et une « marque extérieure par laquelle on fait connaître la vénération et le respect qu'on a pour la dignité, ou pour le mérite de quelqu'un¹⁵¹¹ ». Il est aussi « le prix de la vertu et la récompense naturelle du mérite¹⁵¹² », ou encore l'« estime qui est due à la vertu et au mérite de la gloire et de la réputation¹⁵¹³ ».

- L'honneur externe comme masque de la conscience

L'individualisation de l'honneur n'est cependant pas sans poser question. En effet, un honneur qui se fonderait uniquement sur le jugement de la conscience serait-il encore un honneur et pourrait-il encore être garanti par des conventions sociales ? Comment quelque chose de public peut-il être qualifié de bien privé ou de propriété ? Montaigne remarque bien cette tension entre la vertu véritable et la notoriété. Selon lui, « toute personne d'honneur choisit de perdre plutôt son honneur que de perdre sa conscience¹⁵¹⁴ ». Cette sentence synthétise bien l'ambivalence de l'honneur à la fois public et privé, oscillant entre l'opinion du monde et le jugement intérieur. L'une des césures qui traverse les *Essais* se situe d'ailleurs dans le prolongement de l'opposition radicale qu'il situe entre l'asservissement de la vie publique et les bénéfices de

¹⁵⁰⁴ 2 Co, 1, 12, citée pour qualifier l'honneur chevaleresque par Bernard de CLAIRVAUX, *Éloge de la nouvelle chevalerie, Œuvres complètes*, XXXI, Paris, Sources chrétiennes, 1990, p. 127.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁵⁰⁶ Blaise DE MONLUC, *Commentaire* (1592), *Collection complète des mémoires relatifs à l'histoire de France*, Paris, Éd. Claude-Bernard PETITOT, 1822, t. XXII, p. 461 [Nous soulignons].

¹⁵⁰⁷ Arlette JOUANA, « Recherche sur la notion d'honneur au XVI^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 15/4 (1968), p. 597-623.

¹⁵⁰⁸ L'honneur est le sentiment social par excellence qui relie la conscience de soi au monde extérieur. *Dictionnaire de l'Académie Française*, éd. 1694 et 1762, V^o « Honneur », propose une définition en ce sens : « L'honneur désigne toute reconnaissance sociale d'une attitude vertueuse. L'honneur est le prix de la vertu et la récompense naturelle du mérite » ou encore « estime qui est due à la vertu et au mérite de la gloire et de la réputation ».

¹⁵⁰⁹ Antoine FURETIÈRE, *Dictionnaire universel*, Paris, Compagnie des libraires associés, 1771, t. IV, V^o « Honneur », p. 863.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ *Essais*, II. XVI.

la retraite dans la vie privée¹⁵¹⁵. La passion de la gloire n'est pas celle de la vertu, et « les actions de la vertu sont trop nobles par elles-mêmes » pour ne se fonder que sur « la vanité des jugements humains¹⁵¹⁶ ». Le « vrai honneur¹⁵¹⁷ » est intérieur, il repose sur le « cœur et en la volonté¹⁵¹⁸ ». Le regard sur soi anéantit le regard des autres, la primauté du jugement intérieur renvoie le jugement d'autrui à un artifice social. Ainsi, l'auteur des *Essais* ne se contente pas de relativiser les jugements extérieurs au profit du jugement de la conscience, mais il oppose ces deux instances :

Je ne me soucie pas tant de quel je suis pour autrui que de quel je suis en moi-même. Je veux être riche par moi, non par emprunt. Les étrangers ne voient que les événements et les apparences extérieures. Chacun peut faire bonne mine par le dehors tout en étant plein au-dedans de fièvre et d'effroi. *Ils ne voient pas mon cœur, ils ne voient que mes contenance*¹⁵¹⁹.

S'il récuse le jugement extérieur en faisant sien le commandement épicurien selon lequel il faut cacher sa vie, Montaigne ne refuse pas pour autant le dédoublement inhérent à la vie sociale. Le philosophe accepte de jouer le rôle que lui prêtent les circonstances avec toute la fourberie qu'il faut. Il reconnaît ainsi que « le bien public requiert qu'on trahisse, et qu'on mente¹⁵²⁰ », que de toute manière « la plupart de nos vacations sont farcesques¹⁵²¹ » et a la franchise d'admettre que « le maire et Montaigne ont toujours été deux¹⁵²² ». L'homme est inaccessible à ses semblables, la vie politique suppose donc un masque, « une distanciation intellectuelle¹⁵²³ » entre le rôle public de l'individu et l'homme privé qui se cache.

- Le compromis en faveur d'une protection superficielle de l'honneur

Le dilemme posé par la protection juridique de l'honneur résulte du fait paradoxal qu'il s'agit d'un bien *extérieur* fondé sur une réalité *intérieure*. La distinction entre la notion de vertu et celle d'honneur n'est que la manifestation du fait qu'il existe un décalage entre l'estime publique dont jouit une personne et sa rectitude morale effective. Le droit, qui repose sur des conventions entre les hommes, ne peut s'accorder que sur les parties visibles de l'honneur. De même que Pascal distingue les « grandeurs naturelles » des « grandeurs d'établissement¹⁵²⁴ », Loyseau sépare bien « l'honneur interne » et « l'honneur externe¹⁵²⁵ ». Le premier correspond selon lui à la vertu réelle de l'homme, quelle que soit sa fonction ; le second découle d'une dignité publique. Le premier dépend de la vertu commune, le second est attribué par l'institution. D'une manière assez proche, Pufendorf distingue « l'estime simple¹⁵²⁶ », relative à l'homme privé, et « l'estime de distinction¹⁵²⁷ » qui a rapport au corps politique. La première repose sur une certaine égalité

¹⁵¹⁵ Bénédicte BOUDOU, *La sphère privée à la Renaissance*, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 296-414.

¹⁵¹⁶ *Essais*, II, XVI.

¹⁵¹⁷ *Essais*, I, XXX.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ *Essais*, II, XVI.

¹⁵²⁰ *Essais*, III, I.

¹⁵²¹ *Essais*, III, X.

¹⁵²² *Essais*, III, X.

¹⁵²³ Bénédicte BOUDOU, *La sphère privée à la Renaissance*, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 333

¹⁵²⁴ Blaise PASCAL, *Trois grands discours sur la condition des grands*, dans *Œuvres complètes*, Paris, Hachette, 1858, t. II, p. 15-19.

¹⁵²⁵ Charles LOYSEAU, *Traité des ordres*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁵²⁶ Samuel VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, t. I, liv. II, ch. IV., p. 234.

¹⁵²⁷ *Ibid.*

et sur l'idée « commune que chacun est réputé homme de bien, tant qu'il n'est pas prouvé le contraire¹⁵²⁸ ». L'autre renvoie à la distribution nécessaire des honneurs au sein de la République. L'auteur allemand situe cet honneur naturel dans l'ensemble des hommes. Étant entièrement indépendant de la volonté du souverain, il ne peut en être déchu par lui. En cela, il est un droit naturel inhérent à l'homme. On peut cependant remarquer qu'en n'étant plus politique, l'honneur tend à rompre avec la logique aristocratique qui le constituait jusqu'alors, pour tendre vers une honnêteté bourgeoise, non pas une démonstration publique de sa propre valeur mais une tranquillité de la vie privée. À ce titre, Pufendorf précise d'ailleurs bien que cette estime simple ne se confond pas avec la gloire ou l'honneur public, dont il a tendance à se méfier, mais qu'elle correspond à « la réputation de l'honnête homme qui ne dépend absolument pas du souverain¹⁵²⁹ ».

L'ancienne France est imprégnée de ce que l'historien américain Charles Walton a pu appeler la « culture de l'honneur¹⁵³⁰ », matrice de la protection de la réputation des personnes¹⁵³¹. Ce zèle en faveur de l'honneur se retrouve chez les juristes. Héritiers de la philosophie antique et de la scolastique, les théologiens comme les jurisconsultes de l'époque classique rangent ce sentiment de sa propre dignité dans la catégorie des biens extérieurs. Domat retient ce type de présentation :

On peut considérer, *dans l'ordre extérieur de la société*, trois sortes de biens, dont l'usage est nécessaire, et sur lesquels les hommes ne peuvent attenter que par les crimes et par les délits. La première est la vie et l'usage libre de sa personne. La seconde est l'usage libre du bien temporel que Dieu donne aux hommes, pour les faire subsister dans cet usage de la vie et de leur personne. *Et la troisième est ce bien que l'on appelle l'honneur, et qu'on estime au-dessus des autres*¹⁵³².

Les juristes ont même tendance à faire de la réputation une propriété personnelle protégée au même titre que la vie, la liberté et la fortune. Du point de vue de la personne, l'honneur est préférable à la vie ; du point de vue du droit, la réputation ne figure qu'en troisième position des biens protégés. La société ne s'intéressant pas aux secrets de la conscience, elle ne cherche qu'une tranquillité publique toute relative¹⁵³³. La réparation juridique étant, pour certains, très insuffisante eu égard à certaines conceptions élevées de l'honneur, subsistent jusqu'au XX^e siècle des modes alternatifs de défense de sa dignité, tels que le duel. L'autre élément notable de cette culture de l'honneur sous l'Ancien Régime est la flétrissure de la considération sociale relative à l'état de chacun. La pénalisation des injures épouse la structure de la société et la préservation de l'ordre social et politique. De même que la faute d'un grand est plus grave que celle d'un homme ordinaire, la diffamation d'une personne haut placée est encore plus condamnable que celle

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 506 : « C'est le fondement de la maxime commune que chacun est réputé homme de bien, tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Ainsi tous ceux qui n'ont point commis d'action infâme sont égaux à cet égard, l'un n'est pas plus honnête homme que l'autre, de quelque condition qu'il se trouve d'ailleurs. »

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p. 235.

¹⁵³⁰ Charles WALTON, *La Liberté d'expression en Révolution. Les mœurs, l'honneur, la calomnie*, trad. de Jacqueline ODIN, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014 (*Histoire*), p. 65-79.

¹⁵³¹ Il faut rappeler qu'en ces temps là, la sauvegarde de l'honneur des familles va jusqu'à justifier l'enfermement de certains de ses membres. C'est l'une des principales utilités des lettres de cachet. Arlette FARGE, « Famille. L'honneur et le secret », dans *Histoire de la vie privée, tome 4, op. cit.*, p. 582-619.

¹⁵³² Jean DOMAT, *Du droit public, op. cit.*, tit. I, Des crimes et délits, p. 553 [Nous soulignons].

¹⁵³³ Domat raisonne bien à partir de la distinction entre intérieur et extérieur qu'il a posée. Voir Partie II- Chapitre II- L'émergence d'un ordre public désintéressé des secrets de la vie privée.

d'un particulier inconnu. Suivant ce raisonnement, la peine encourue pour la diffamation est relative à la « qualité des personnes¹⁵³⁴ ». L'avocat parisien Dareau¹⁵³⁵ considère ainsi que les injures sont d'une gravité différente selon qu'elles sont portées contre un ecclésiastique, un gentilhomme, un magistrat, un bourgeois ou un simple particulier. La gravité d'une offense se mesure en premier lieu en fonction de la qualité de la personne contre laquelle elle est proférée. Comme il le dit, l'insulte du maître par son domestique est sans commune mesure avec l'insulte du serviteur par son seigneur¹⁵³⁶. Certaines injures sont des blasphèmes sociaux qui viennent perturber une structure politique inégalitaire et avilissent ceux que Dieu et la nature ont placés au-dessus des autres hommes. Pour cela, il soulève bien les effets politiques de ces offenses :

Rien cependant de plus contraire à la félicité publique que les outrages, les insultes, et surtout les voies de fait entre citoyens. Si l'on remonte au principe de la formation des corps politiques, on peut s'apercevoir que leur premier objet a dû être de se soustraire aux injures de leurs voisins, et leurs premières loix entr'eux de prévenir les discordes, les querelles. Tout a dû se rapporter à cet article essentiel jusqu'aux loix même de propriété ; *tout dû avoir pour but qu'aucune offense n'altérât la tranquillité publique* (sic)¹⁵³⁷.

L'ancien droit vise donc particulièrement la protection non du particulier mais celle de l'homme qui s'expose, non de l'honneur privé mais de l'honneur public. Ce qu'il protège avant tout, c'est l'estime de distinction et l'honnêteté. La tranquillité n'est garantie qu'indirectement. Cette conception aristocratique de l'honneur repose sur l'idée selon laquelle la « bonne réputation¹⁵³⁸ » est avant tout « l'âme des grands hommes¹⁵³⁹ ». Dans un univers hiérarchique, la gravité de l'offense est intensément liée à la qualité de la personne offensée.

Si l'on simplifie à l'extrême, là où les Anciens faisaient coïncider l'honneur avec la distribution des dignités publiques, les chrétiens le fondent davantage sur la rectitude de la conscience. Or, ce qui particularise à l'extrême l'honneur en le faisant dépendre de l'instance cachée de la conscience n'est plus de la compétence du droit, qui ne peut que protéger la réputation. Celui-ci ne pouvant attester de la rectitude intérieure, la protection juridique de l'honneur ne peut se comprendre que comme une fiction indépendante de la vertu réelle des personnes. Le droit naturel à l'honneur ne peut que protéger une réalité préexistante, un état de fait, qui précède toute législation et, en définitive, lui échappe. Les tribunaux ne pouvant pas délivrer des certificats de vertu, le droit positif vient alors mettre le simple sujet « à l'abri de l'outrage¹⁵⁴⁰ » en défendant la probité de l'homme ordinaire.

¹⁵³⁴ Philippe-Antoine MERLIN DE DOUAI, « Libelle » *Répertoire de jurisprudence*, éd. J-N GUYOT, 1784, t. X, p. 486.

¹⁵³⁵ Olivier DESCAMPS, « François Dareau », *Dictionnaire historique des juristes français (XII^{ème} siècle-XX^{ème} siècle)*, Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPERIN, Jacques KRYNEN (dir.), Paris, PUF, 2007, V^o « DAREAU, François (1736-1783) », p. 305.

¹⁵³⁶ François DAREAU, *Traité des injures, op. cit.*, p. 391. Selon l'avocat, la gravité d'une offense se mesure en premier lieu à la qualité de la personne contre laquelle elle est proférée : « 1^o Relativement aux personnes ; l'injure d'un Domestique, par exemple, vis-à-vis de son Maître, est une injure grave, tandis que la même injure peut être rien de la part du Maître vis-à-vis de son Domestique ».

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 7 [Nous soulignons].

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 9 : « Après la réputation vient le soin de sa personne : *on est jaloux de vivre à l'abri de l'outrage*, on ne veut point offenser, on s'attend de même à n'être point offensé. On désire pareillement conserver en paix ses droits, ses possessions, on redoute l'injustice et l'injure sur ses biens comme sûr sa personne, en un mot, on ne se plaît dans le

§. 2 - Les privilèges de l'honneur sur la vérité dans l'ancien droit

Nos protections de la vie privée sont les héritières directes de la notion de diffamation telle qu'elle existe dans l'ancien droit. Si l'expression même de calomnie suppose l'intention perfide de tromper, le délit de diffamation pénalise plus largement toute amplification sociale de certaines fautes. La *diffamatio* est composée du préfixe *dis* et du suffixe *famare*, et l'union de ces deux termes désigne « l'action de divulguer, de répandre¹⁵⁴¹ ». Dans l'ancien droit, ce n'est donc pas tant en raison de la vérité des faits que du scandale social engendré par la médisance que la victime doit pouvoir poursuivre le délateur. Selon ces principes, il ne s'agissait pas seulement d'empêcher une représentation mensongère de l'honneur personnel mais aussi d'interdire qu'en soient décrits les plus sombres travers et qu'il soit instrumentalisé.

Il existe un débat ancestral concernant la question de savoir s'il faut imputer une faute à celui qui ne fait que rapporter des faits déshonorants mais avérés. En droit romain, l'injure (*injuria*) revêt un sens générique pour désigner les atteintes au droit ou à la personne, tant par un acte physique (*caedere*) que verbal par des insultes (*convicium*) ou par un outrage à l'honneur (*dignitas*)¹⁵⁴². L'*injuria* prétorienne du droit romain du début de la période républicaine a ensuite évolué pour ne viser plus seulement les atteintes physiques, mais aussi les clameurs qui portent atteinte à la réputation (*convicium*). Au fil de l'histoire romaine, l'injure s'est « dématérialisée graduellement jusqu'à ce que la sauvegarde de la réputation ait remplacé le souci de l'intégrité physique que protégeaient originellement les Douze Tables¹⁵⁴³ ». L'injure finit donc par désigner toutes les violations intentionnelles et illégales de l'honneur par un usage abusif du langage¹⁵⁴⁴. Les atteintes à la personne, notamment à la réputation, sont érigées en crime public au premier siècle avant notre ère par la *lex Cornelia de iniuriis*¹⁵⁴⁵.

- Les origines antiques de l'*exceptio veritatis*

Déjà présente dans les lois de Solon, la règle qui innocentise celui qui apporte la preuve de ses allégations publiques est reprise dans le droit romain. Le juriste Paul, dans une citation reprise dans le Digeste, considère ainsi qu'« il ne serait ni bon ni juste que celui qui a diffamé un coupable soit condamné pour cela : car, que les délits des coupables soient connus, cela est nécessaire et profitable¹⁵⁴⁶ ». Cette règle implacable est symptomatique d'un système de délation institutionnalisée. Dans les petites républiques, la différence entre le particulier et le magistrat agent de l'autorité est très faible, et il importe donc de savoir à quoi s'en tenir concernant la valeur morale des personnes. Montesquieu explique bien l'esprit d'une telle mesure qui, délivrant au citoyen un permis de diffamer, fait de chacun un surveillant de tout le monde au

commerce du monde qu'autant qu'on s'y croit sûr et tranquille. Tranquillité qui régnerait si l'on pouvait en bannir les injures. Ce sont elles qui rendent quelquefois l'état d'élevation insupportable au monarque lui-même et qui le font descendre du trône à la vie privée. » [Nous soulignons].

¹⁵⁴¹ CNRTL [consulté le 14 juin 2020], V° « Diffamation ».

¹⁵⁴² Yann RIVIERE, *Histoire du droit pénal romain*, Paris, Les Belles Lettres, 2021, p. 495.

¹⁵⁴³ François WACQUET, *Le délit privé des injures en droit romain*, mémoire de recherche, sous la direction de Philippe COCATRE-ZILGIEN, Université Paris II, 2015, p. 131.

¹⁵⁴⁴ Définition reprise par Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁴⁵ Yann RIVIERE, *Histoire du droit pénal romain*, *op. cit.* p. 508 ; Jacob GILAIJ, « The *Lex cornelia de iniuriis* and "hyperlinks" », *Roman law*, *Fundamina*, t. 24 (2018), p. 21-34.

¹⁵⁴⁶ PAUL, Lib. 55, *ad Edictum*, Dig. 47, 10, 19, 24.

nom du bien général de l'État¹⁵⁴⁷. Comme le remarque l'analyste attentif des mœurs romaines, l'impératif de vertu implique la constitution d'un corps « funeste de délateurs¹⁵⁴⁸ », dans lequel il n'y a que peu de place pour l'indépendance individuelle :

À Rome, il était permis à un citoyen d'en accuser un autre. Cela était établi selon l'esprit de la république, où chaque citoyen doit avoir, pour le bien public, un zèle sans bornes, où chaque citoyen est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains¹⁵⁴⁹.

Dans un système d'accusation populaire, n'importe quel citoyen peut s'ériger lui-même en défenseur de la communauté. Chaque membre de la cité étant amené à pouvoir jouer un rôle direct dans l'État, il faut que ses moindres actions puissent être mises en pleine lumière¹⁵⁵⁰. L'exception de vérité trouve ainsi sa raison d'être dans le système politique et juridique de la Rome antique. Le contrôle des mœurs (*regimen morum*) par les censeurs qui caractérise la Rome républicaine classe les citoyens, institutionnalise l'infamie et sanctionne le déshonneur par des blâmes publics¹⁵⁵¹. Cette politique d'assainissement des conduites mise en place au IV^e siècle avant Jésus-Christ est le pendant d'une logique égalitaire. Les hommes ne sont plus seulement jugés sur leur richesse et leur naissance mais aussi sur leur conduite personnelle. Le souci de la chose publique commande que les citoyens les plus honorés soient aussi les plus surveillés¹⁵⁵². Le spectacle du déshonneur étant intégré à la vie politique romaine, la dégradation des citoyens non vertueux se comprend comme un système d'assainissement des élites et d'épuration des mœurs dans tout le corps civique. Avec la surveillance immédiate des magistrats, le scandale de la dénonciation est l'une des trois sources d'information des censeurs. En instituant un tel contrôle, les romains exigeaient que les hommes publics fussent vertueux aussi bien dans leur vie publique que dans leur vie privée. À mesure que l'on s'élevait dans la hiérarchie sociale, l'exigence d'honorabilité devenait plus forte et l'inspection des censeurs devait être approfondie. Le système romain de régulation de l'honneur par la honte est un précieux mécanisme institué afin de « s'assurer que la cité fût gouvernée par les plus dignes et que les plus modestes respectassent les normes les plus importantes¹⁵⁵³ ». L'infamie est ainsi le pendant de la nature républicaine du régime servant à « discipliner l'aristocratie¹⁵⁵⁴ ». L'idée d'exception de vérité, réactivée au lendemain de la Révolution, s'inscrit dans cette logique de contrôle des élites sans considération pour quelque respect dû à leur vie privée. Peu importe l'intention de nuire, la vérité excuse l'offense car l'accusation est intégrée au système politique. La délation des coupables remplit une fonction d'utilité commune chassant les intérêts

¹⁵⁴⁷ Montesquieu fait du système d'accusation un trait caractéristique du régime républicain. Voir *infra* §. 3 A- L'honneur comme fiction protectrice de la liberté privée dans la pensée de Montesquieu.

¹⁵⁴⁸ E. L. VI, 8.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁵⁰ Paulin LIGNON, *Des injures et des libelles diffamatoires en droit romain et de la diffamation envers les particuliers en droit français*, Toulouse, imprimerie de Caillol, 1869, p. 58. Le juriste Paulin Lignon synthétise cette idée de cette manière : « Chez les Grecs et chez les Romains, dans ces républiques agitées, où chaque citoyen, voulant et pouvant jouer un grand rôle de l'État, pouvait devenir une puissance, il était de l'intérêt public que les moindres actions de chaque citoyen fussent connues. »

¹⁵⁵¹ Ce système de contrôle des mœurs au mépris de toute distinction du public et du privé est emblématique du fait que la pureté des mœurs est l'une des premières exigences de la république romaine. Voir *supra* Partie préliminaire-Section-1, §. 2 - La surveillance du censeur dans les affaires privées du citoyen romain.

¹⁵⁵² Clément BUR, *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J. C. – 96 apr. J.C.)*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 658.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*

particuliers qui pourraient s'emparer du bien public. Cicéron n'hésite pas à comparer les accusateurs (*delatores*) à des chiens de garde chargés de protéger la République :

Il est utile que les accusateurs soient nombreux dans l'État pour que la crainte puisse contenir l'audace ; mais l'utilité des accusateurs ne leur permet pas de nous outrager ouvertement. [...] Une adjudication publique fournit leur nourriture aux oies du Capitole, et des chiens sont entretenus au Capitole pour donner l'éveil si des voleurs s'y introduisent. [...] Que des chiens aboient en plein jour contre ceux qui viennent saluer les dieux, on leur brisera je pense, les jambes pour s'être montrés trop vifs à un moment où il n'y avait rien à soupçonner. Il en est exactement de même des accusateurs¹⁵⁵⁵.

La preuve de la vérité se comprend à l'aune d'un système politique dans lequel la multiplication des dénonciateurs est la marque d'une certaine démocratisation du mode de poursuite des infractions. Ce système ressemble à ce qu'avait déjà institué Solon quand il érigeait les citoyens en procureurs responsables de la vengeance publique. Si la justice n'est plus la propriété d'un corps restreint d'oligarques, il ne tarde pas à se former des corps de dénonciateurs professionnels qui s'enrichissent sur les infortunes d'autrui¹⁵⁵⁶. L'idée qu'à Rome les fautes morales doivent être dénoncées publiquement n'est pas sans lien avec l'existence d'un système pénal accusatoire de confrontation publique des preuves. Dans la société romaine, chaque particulier est ainsi tributaire d'une responsabilité dans l'administration de la justice. La prise en compte de la vérité offensante se comprend donc comme un instrument de régulation des élites politiques, mais aussi en relation avec le système pénal dans son ensemble.

La neutralisation de la répression de l'injure par la démonstration de la vérité n'est d'ailleurs pas seulement romaine et se retrouve par exemple dans la loi salique, quand la preuve est considérée déterminante pour l'ordre de la communauté politique. La loi des Francs formule ainsi cette règle :

Si un homme ou une femme, de condition libre, a appelé une femme courtisane, sans pouvoir établir la justesse de cette dénomination, le coupable sera condamné à payer 45 sous d'or¹⁵⁵⁷.

Dans ce cas-là, la justification du délateur par la démonstration de la vérité au sein de la législation franque traduit ici non pas un système de contrôle des magistrats et des citoyens, mais un souci clanique de surveillance de la vertu des femmes. L'exception de vérité est ainsi utilisée non pas à des fins civiques *stricto sensu* mais en vue de promouvoir certaines vertus morales liées à la vie domestique. La vérité ne vient pas seulement libérer l'expression mais devient un mécanisme de contrôle communautaire de l'individu. La sanction de l'infamie se comprend alors comme une vérification de la dignité des citoyens, comme un système de contrôle des élites voulant une adéquation entre la répartition des honneurs et l'honorabilité réelle des personnes¹⁵⁵⁸. Ces conceptions qui marquent le primat des mœurs sur la liberté individuelle

¹⁵⁵⁵ CICÉRON, *Discours tome I- 2^e partie, Pour Sextus Roscius d'Amérie*, trad. François HINARD, Paris, Les Belles Lettres, 2006, §. 55-57, p. 21 cité par Yann RIVIÈRE, *Les délateurs sous l'Empire Romain*, Rome, École française de Rome, 2002, p. 66. Le sage Cicéron considère que cette logique de dénonciation publique des vices ne doit pas être sans limites. Dans sa plaidoirie en faveur de Sextus Roscius, il laisse entendre que les fausses alertes qui relèvent de la calomnie ne doivent pas être laissées impunies.

¹⁵⁵⁶ La classe des citoyens accusateurs tend d'ailleurs souvent à se reconstituer : Danièle LOCHAK, « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », *Mélange en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 451-471.

¹⁵⁵⁷ François-André ISAMBERT, trad. Jean-François-Aymé PEYRE, *Loi des Francs contenant la loi salique et la loi ripuaire*, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 112.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 231.

rendent compte d'un certain état du droit romain. Toutefois, la règle qui a prévalu à partir des textes de la fin de l'Empire jusqu'aux auteurs d'ancien droit est celle d'un dispositif d'enquête institutionnelle et de preuve judiciaire interdisant de s'enquérir de la conduite d'autrui.

- **L'abandon de l'*exceptio veritatis* : la médisance mise sur le même plan que la calomnie**

L'ancien droit pénal ne connaît pas de véritable système d'exception de vérité. Il repose au contraire sur cette idée selon laquelle l'homme ne doit pas s'enquérir de la conduite de son prochain. Pour cela, il s'appuie sur une règle diamétralement opposée à celle formulée par le jurisconsulte Paul qui admet l'exception de vérité. Selon la règle inverse, la vérité n'excuse pas l'homme médisant (*Veritas convicii non excusat injuriam*). Commentant le principe formulé dans la loi de 1819 de protection de la vie privée, Désiré Dalloz situe sa conception de la diffamation dans le sillage de cette maxime qui veut que rien ne justifie que certains faits soient portés au grand jour¹⁵⁵⁹. Cette règle aux origines incertaines Les origines incertaines de cette règle fait l'objet de vives controverses au XIX^e siècle. Quelques auteurs l'attachent au dernier droit romain¹⁵⁶⁰, d'autres aux romanistes médiévaux ou aux juristes humanistes¹⁵⁶¹ ; d'autres enfin y voient un apport du droit canonique, plaçant la médisance sur le même plan que la calomnie¹⁵⁶². Le juriste savant Théodore Grellet-Dumazeau est de cet avis et contredit l'idée d'une origine romaine de la règle de l'indifférence de la vérité des propos injurieux¹⁵⁶³. Si l'on ne veut pas y voir une influence chrétienne, on pourrait peut-être trouver dans l'assimilation de la calomnie à une simple médisance le triomphe d'un certain stoïcisme prônant une morale individuelle et invitant au désintéret pour les comportements de son prochain. Dans ses pensées,

¹⁵⁵⁹ Édouard DALLOZ et Charles VERGE, *Code pénal annoté*, Paris, Dalloz, 1881, p. 213 : « Principe emprunté à la maxime romaine, *veritas convicii non excusat*, et suivi dans l'ancienne jurisprudence française, comme sous le code du 3 brumaire an IV ».

¹⁵⁶⁰ C'est l'opinion de Merlin de Douai, mais elle n'est pas fondée sur une véritable étude de droit romain : *Répertoire*, éd. P-A MERLIN DE DOUAI, 1827, t. XIV, V^o « Injure », p. 324.

¹⁵⁶¹ En ce sens : *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. XXXVI, V^o « Presse », p. 744 ; ou encore Jérôme DORMAND, *Des injures et du libelle diffamatoire en droit romain, De la diffamation envers les particuliers en droit français, Thèse pour le doctorat*, Paris, Durant et Pédone, 1867, p. 85.

¹⁵⁶² C'est notamment la position d'Henri DE LA CHASSAIGNE, *Essai sur la diffamation envers les particuliers en droit français et sur les injures en droit romain*, Paris, Remquet, 1861, 227 p. Ce dernier avance plusieurs arguments en ce sens. 1/ La règle selon laquelle la vérité n'est pas une excuse s'applique en premier lieu dans les pays de coutume, 2/ Le fait que celle-ci se retrouve explicitement dans certains textes de la refusait dans tous les cas.

¹⁵⁶³ Thomas GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, Paris, Leroyer, 1847, t. 1, p. 345. Position retenue aussi par Henri DE LA CHASSAIGNE, *Essai sur la diffamation, op. cit.*, p. 99.

Marc-Aurèle prône ainsi non seulement l'indifférence aux attaques contre sa personne mais aussi un certain désintéressement pour le vice d'autrui :

À mon libre choix, la liberté de choix de mon prochain est aussi indifférente que peuvent l'être et son souffle et sa chair. Si nous avons été créés le plus possible les uns pour les autres, le principe directeur *de chacun de nous n'en possède pas moins sa propre indépendance*. S'il en était autrement, le vice d'autrui deviendrait mon mal. Mais Dieu ne l'a pas voulu, afin qu'il ne fût pas au pouvoir d'un autre de causer mon malheur¹⁵⁶⁴.

Au XIX^e siècle, Grellet-Dumazeau ne doute pas quant à lui que cette règle trouve son fondement dans les principes moraux de la nouvelle religion :

La véritable origine de la règle *veritas convicii non excusat* doit être recherchée dans les interprètes du droit canonique, bien plus encore que dans ce droit lui-même, et c'est à l'esprit de charité dont le christianisme s'est inspiré que tout l'honneur doit en être attribué¹⁵⁶⁵.

Il est vrai que les enseignements chrétiens ont tendance à la confirmer en mettant sur un plan équivalent le faux témoignage et la médisance, la dénonciation calomnieuse et le dénigrement du prochain. L'exigence d'une langue bien réglée est aussi prescrite par la loi juive, qui vilipende violemment toute parole mauvaise (*Lashon Hara*¹⁵⁶⁶). Les accusateurs de Daniel finissent ainsi dans la fosse au Lion où ils l'avaient conduit, alors même que leurs allégations sont vraies¹⁵⁶⁷. Dans le Nouveau Testament, le Christ invite à s'enquérir de la « poutre qui est dans [son] œil avant de voir la paille qui est dans celle de son prochain¹⁵⁶⁸ ». Les écritures enseignent aussi l'essence satanique du regard accusateur. Satan n'est pas seulement le père du mensonge, mais aussi « l'accusateur de nos frères¹⁵⁶⁹ ». La vérité des imputations ne vient donc pas valider moralement la dénonciation publique, mais au contraire condamner le dénigrement d'autrui. Comme l'explique Thomas d'Aquin : « on diffame non en portant atteinte à la vérité, mais à une réputation¹⁵⁷⁰ ». La pénalisation de la médisance à l'origine d'une conception large de la notion de diffamation ne s'appuie donc pas sur une logique de dissimulation artificielle des vices, mais plutôt de dénonciation du mal objectif opéré par le dénigrement d'autrui, fut-il coupable de certains péchés secrets¹⁵⁷¹. Un tel principe rejoint la séparation entre le péché et le scandale, entre ce qui relève de la responsabilité personnelle et de la justice générale ou légale. D'un côté, une action morale parfois sans conséquence sociale, voire en elle-même innocente, de l'autre

¹⁵⁶⁴ MARC-AURÈLE, *Pensées pour moi-même*, trad. Mario MEUNIER, Paris, Flammarion, 1992, p. 127 [Nous soulignons]. L'empereur propose à celui qui est offensé de s'observer lui-même avant d'accuser son prochain : « Lorsque tu es offensé par une faute d'autrui, fais retour aussitôt sur toi-même et vois si tu n'as pas à ton actif quelque faute semblable, en regardant comme un bien par exemple, l'argent, le plaisir, la gloire et autres choses semblables » *Ibid.* p. 150.

¹⁵⁶⁵ Thomas GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation*, *op. cit.*, t. I, p. 340-341 ; ID., « La diffamation dans le droit romain », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1 (1846), p. 385-426.

¹⁵⁶⁶ Lev. 12, 19 ; Ex 20, 16. Sur ce sujet : Rabbi GOLINKIN, Prof DAVID, « To Tell or Not to Tell: Confidentiality vs. Disclosure in Jewish Law and Tradition », *Insight Israël : The View from Schechter*, Jérusalem, Leshon, 2006, p. 203-214. Exigence que l'on retrouve encore dans le Coran : « Dieu n'aime point qu'on publie le mal, à moins qu'on ne soit la victime de l'oppression (ch. IV, Sur les femmes) ; Dieu défend le crime, l'injustice et la calomnie (ch. XVI, Sur les abeilles). [trad. André CHOURAQUI].

¹⁵⁶⁷ Dn 6, 12-28.

¹⁵⁶⁸ Mt, 7, 3. L'exigence d'une langue bien réglée est aussi longuement développée dans l'épître de Jacques : Jc 3, 2-5.

¹⁵⁶⁹ Ap, 12, 10.

¹⁵⁷⁰ S. T. II-IIae q. 73, art. 3

¹⁵⁷¹ La médisance, aussi nommée contumélie, qualifie la diffusion de paroles contraires à l'honneur indifféremment de la vérité.

l'hybris d'un pécheur qui ne prend même plus la peine de se dissimuler. La sanction de celui qui colporte des informations infamantes sur son prochain repose encore sur le principe selon lequel la vérité n'est pas due indistinctement à tous.

E- L'accusation populaire remplacée par l'accusation judiciaire

La pénalisation de l'accusation par les particuliers s'accorde avec l'élaboration d'un système inquisitoire, qui veut que la mise en cause du suspect s'opère secrètement sous la conduite de l'institution judiciaire avant de se faire en public par les membres de la société. La discussion publique sur les affaires pénales ne doit en effet pas empiéter sur les règles du procès équitable. Le secret de la procédure qui s'est imposé au Moyen Âge vise ainsi non seulement l'intérêt de l'enquête, mais aussi la protection de la présomption d'innocence et de la réputation du prévenu. Il est vrai que les docteurs médiévaux qui enseignent cette discipline du secret ne font jamais allusion à la préservation de la *fama* pour justifier la discrétion qui doit entourer les premières étapes de l'instruction¹⁵⁷². Cela ne veut pas dire pour autant que cette préoccupation soit absente ; cela signifie juste que la recherche d'une efficacité répressive et la protection contre le scandale sont des motifs suffisants pour prescrire la règle du secret. Au XVI^e siècle, le magistrat angevin Pierre Ayrault, qui dresse une critique en règle de la discipline du secret, invoque quant à lui, au contraire, l'intérêt du public à se faire une idée sur les accusations formulées à l'encontre d'une personne avant l'issue du procès¹⁵⁷³. L'intérêt public à débattre de la valeur des hommes en amont de leur condamnation en justice n'est toutefois pas pris en compte par l'ancien droit. Le secret de l'instruction critiqué au XVIII^e siècle puis abandonné à la Révolution, est repris dans le code d'instruction criminelle de 1808. Outre le besoin d'éviter la concertation des témoins et la destruction des preuves, le secret est aussi défendu au XIX^e siècle comme un moyen de préserver la réputation des personnes poursuivies. C'est ce que soutient le pénaliste Faustin Hélie, qui relève que la publicité de l'instruction « pourrait porter atteinte à la réputation du prévenu¹⁵⁷⁴ ». Le principe de la présomption d'innocence lui-même recommande de pas répandre l'affaire dans l'espace public¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷² Sur ce sujet : Jean-Marie CARBASSE, « Secret et justice. Les fondements historiques du secret de l'instruction », *Clés pour le Siècle*, Université de Paris II et Dalloz, 2000, p. 1243-1269 ; Jean-Marie CARBASSE, « La place du secret dans l'ancien procès pénal », Jean-Pierre ROYER, Bernard DURAND (dir.), dans *Secret et Justice* (actes du colloque organisé par le Centre d'Histoire Judiciaire de Lille II, l'Institut d'Histoire du droit de Montpellier I et le Centre d'Étude d'Histoire Juridique de Paris II, Lille, 3-5 décembre 1998), Lille, L'Espace juridique, 2000, p. 207-224.

¹⁵⁷³ Cité par : Jean-Marie CARBASSE, « La place du secret dans l'ancien procès pénal », *op. cit.*, p. 223 : « La seconde raison était que le public a intérêt de savoir en quelle réputation l'accusé et l'accusateur s'en vont devant les juges ; cela est nécessaire au commerce, aux mariages, aux successions, aux honneurs. »

¹⁵⁷⁴ Faustin HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris, Hingray, 1853, t. V, p. 529.

¹⁵⁷⁵ Le souci d'éviter d'appeler sur le suspect l'opprobre publique durant l'enquête préliminaire se retrouve chez les défenseurs de la liberté de la presse en 1881. Henri CELLIEZ et Charles LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse accompagnée des travaux de rédaction*, Paris, Marescq, 1882, p. 455-456.

- L'honneur protecteur de la vie privée dans l'ancien droit

La réparation juridique de la diffamation s'impose d'autant plus que la réputation du plaignant est un bien précieux, parfois même placé au-dessus de la vie dans les échelles de valeur individuelle. L'action en justice permet ainsi non seulement de contenir la propension humaine à s'accuser en sanctionnant le diffamateur, mais elle soutient aussi la foule égarée par les propos qui avilissent surtout « ceux dont la vie doit servir de modèle¹⁵⁷⁶ ». Dans les deux cas, la protection de la réputation de la personne repose donc entièrement sur l'idée selon laquelle l'homme qui se montre en public est appelé à être imité par ses pairs. Pour cela, il doit se comporter selon la vie bonne et l'attaquer revient à s'en prendre à la société dans son ensemble. Les limites à la dénonciation de la conduite d'autrui sont donc moins la défense de l'hypocrisie que la protection de l'idée selon laquelle chacun est responsable de sa propre conduite. Le droit canon ne se présente pas non plus comme un bloc et les canonistes ne sont pas avarés en nuances. Certains auteurs estiment ainsi que la dénonciation du vice n'est légitime que lorsque celui-ci est notable et porte atteinte à la communauté¹⁵⁷⁷. À ce titre, le civiliste Andreas Fachin¹⁵⁷⁸ subordonne la preuve de la vérité aux circonstances qui peuvent ou non la légitimer et distingue les situations dans lesquelles les faits dénoncés intéressent l'ordre public et le for externe. Si ces deux conditions sont remplies, la preuve peut être admise¹⁵⁷⁹. Le pénaliste romain du XVI^e siècle Prospéro Farinacci conseille pour sa part de traiter différemment les allégations faites en justice ou hors de toute instance et celles effectuées par écrit ou à l'oral¹⁵⁸⁰. Ces considérations attestent du fait que la preuve de la vérité du fait diffamatoire n'est pas totalement exclue, mais qu'elle doit dépendre des mobiles et des circonstances de l'accusation publique.

Quel que soit le fondement ultime de cette règle, l'indifférence de la vérité des faits est largement entérinée par les juristes français d'avant la Révolution¹⁵⁸¹. Ils sont les héritiers de ces réserves vis-à-vis de la publication du mal moral, surtout quand celui-ci n'a des implications que dans le domaine privé. Il importe ainsi peu que la victime de l'outrage fût réellement vertueuse. La publication d'un propos portant atteinte à l'honneur est en soi considérée comme constitutive de l'offense. Le mécanisme de l'exception de vérité ne reçoit dès lors presque aucune application dans l'ancien droit. Au XVI^e siècle, la protection de l'honneur

¹⁵⁷⁶ S.T. IIa-IIae q. 73, art. 3 : « Cependant nous devons repousser les contumélies principalement pour deux raisons : 1/ Dans l'intérêt de celui qui se rend coupable, pour abaisser son audace et l'empêcher à l'avenir de faire de pareilles actions Proverbe 26 5 : *Répondez au fou selon sa folie, de peur qu'il ne se croit sage* 2/ Dans l'intérêt d'une foule d'individus dont les progrès spirituels peuvent être arrêtés par les contumélies faites contre nous. C'est ce qui fait dire à saint Grégoire : Ceux dont la vie doit servir de modèles aux autres sont obligés, s'ils le peuvent, d'imposer silence à ceux qui les dénigrent, de peur que ceux qui pouvaient les écouter ne ferment l'oreille à leur prédication et qu'en s'obstinant ainsi dans le dérèglement de leurs mœurs ils ne méprisent la vertu. Cette réponse doit être effectuée avec modération, Pro 26, 4 : « Ne répondez pas à l'insensé selon sa folie de peur que vous ne deveniez semblable à lui ».

¹⁵⁷⁷ Voir *supra*. Titre II- Chapitre III- La dépénalisation des mœurs privées dans le nouveau droit pénal.

¹⁵⁷⁸ Andreas FACHIN [Andreas FACHINEUS], juriste du XVI^e siècle, qui rédigea des controverses de droit civil et de droit pénal.

¹⁵⁷⁹ Andreas FACHIN [Andreas FACHINEUS], *Controversiarum iuri*, Agrippina, 1614, t. 3, Libris IX cap. 10, p. 994 cité par Théodore GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, *op. cit.*, t. I, p. 333

¹⁵⁸⁰ *Responsa criminalia*, Venise, Apud Geogium Variscum, 1606, t. III, quest. 105, n. 246, p. 474 cité par Henri DE LA CHASSAIGNE, *Essai sur la diffamation envers les particuliers en droit français et sur les injures en droit romain*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁸¹ Dareau mentionne quelques hypothèses dans lesquelles l'exception de vérité peut jouer. Il y a notamment le travestissement (par exemple en magistrat, en ecclésiastique ou en femme) et le consentement de la personne diffamée. François DAREAU, *Traité des injures*, *op. cit.*, p. 554.

prend une importance plus grande encore avec le développement conjoint des écrits placards passés sous presse et des discordes civiles. Les formulations du parlement de Paris concernant les libelles et autres délits liés à l'imprimerie incriminent indifféremment imprimeur, libraire et colporteur pour tout outrage, y compris « les convices ou contumélies, pétulant et ne tendant qu'à troubler l'État et le repos public¹⁵⁸² ». L'ordonnance de Moulins de 1566, qui entend contrôler la presse, vise explicitement la diffamation mais sans mentionner l'exigence de la fausseté des faits¹⁵⁸³. Les violents libelles de la ligue contre Henri III du XVI^e siècle et les mazarinades parisiennes du XVII^e siècle préfigurent déjà la diffusion massive d'informations sur les personnes publiques qui pourront circuler à grande échelle à partir du XVIII^e mais surtout au XIX^e siècle¹⁵⁸⁴.

- **Le consensus des juristes d'ancien droit autour de la règle de l'indifférence à la vérité des faits**

La prévention des juristes d'Ancien Régime à l'endroit des injures par voie de presse montre qu'ils sont bien conscients des effets particulièrement délétères des publications portant atteinte à l'honneur des particuliers. L'avocat Merlin relève par exemple que les libelles sont « beaucoup plus graves que les injures verbales, parce qu'elles se perpétuent bien davantage¹⁵⁸⁵ ». Il ne fait que suivre une tradition bien ancienne de pénalisation sévère des injures qui se diffusent dans l'espace public. L'article 99 d'un règlement portant sur l'imprimerie pris par le conseil du roi le 28 février 1723 vient ainsi sanctionner les « livres ou libelles¹⁵⁸⁶ » qui attentent à « la pureté des mœurs, l'honneur et la réputation des familles et des particuliers¹⁵⁸⁷ ». À côté de l'outrage des grands s'adjoint une catégorie plus vaste d'injures qui regroupe toutes les atteintes à la dignité des personnes, à leur probité et à la tranquillité de leur vie privée. Cette protection vise – avant tout – leur réputation et présuppose un délit de diffamation fondé sur l'indifférence de la vérité des faits relayés par l'accusé. Jousse mentionne certes l'*exceptio veritatis*, mais il l'évoque de manière marginale. Selon lui, la diffamation recouvre toute forme d'atteinte à l'honneur et à la réputation, même celles qui peuvent se prévaloir d'éléments de vérité. Dans cette catégorie, il classe aussi bien les charivaris que les caricatures ou la propagation de rumeurs dont, par définition, l'exactitude des informations alléguées importe peu¹⁵⁸⁸. Il n'est possible de colporter que ce qui est déjà connu de tous et, selon le juriste, « la vérité de l'injure, proférée par l'accusé, excuse lorsque cette vérité est notoire¹⁵⁸⁹ ». Muyart de Vouglans, quant à lui, souligne l'importance particulière de l'honneur dans le royaume de France qui, « préférable à tous les biens de la vie¹⁵⁹⁰ », veut que

¹⁵⁸² Barnabe BRISSON, *Code du Roy Henri III*, Paris, Mettayer, 1615, p. 242.

¹⁵⁸³ Article 77 Ordonnance de Moulins de 1566, *Isambert*, t. 14, p. 210.

¹⁵⁸⁴ Mathilde BERNARD, « Vox populi vox dei est, Procédés de la diffamation dans les libelles ligueurs du début de l'année 1589 », *Albiniana, Cahiers d'Aubigné*, t. 23, *Calomnie, rumeur et désinformation* (2011), p. 245-266. À cette époque, Gabriel Naudé formule alors la première théorie de la liberté d'expression ; Antoine COGNON, « La liberté de l'information au prise de la souveraineté de l'État » dans Thierry BONNEAU et Agathe LEPAGE, *Information, numérique et innovation, Mélange de l'École doctorale de droit privé*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2020, p. 33-47.

¹⁵⁸⁵ *Répertoire*, éd. P. A MERLIN DE DOUAI, 1813, t. XVII, V^o « Libelle », p. 435.

¹⁵⁸⁶ *Recueil général des anciennes lois françaises depuis 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, éd. Athanase JOURDAN, Paris, Belin-Leprieur, 1825-1830, t. XXI, p. 244.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁵⁸⁸ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle, op. cit.*, t. III, p. 593.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, t. I, p. 636.

¹⁵⁹⁰ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le Jeune, 1780, p. 832.

nous « naissions tous libres et citoyens¹⁵⁹¹ ». Comme il le dit encore, la réparation de l'honneur n'est pas le propre des personnes élevées dans la société car « loin d'être l'apanage des grands, l'honneur est un bien dont se réclament avec virulence les gens du peuple¹⁵⁹² ». Parmi les atteintes à l'honneur, il mentionne la calomnie mais aussi « la simple médisance, parce qu'en effet c'est [...] *la seule intention de diffamer* qui forme un délit en cette matière¹⁵⁹³ ». Le cœur du délit de diffamation n'est donc pas dans le mensonge, mais dans l'intention perverse de celui qui exhibe publiquement un fait.

Ce sont encore des principes similaires qui guident les positions de l'avocat Dareau sur la question des atteintes à l'honneur. Dans son *Traité sur les injures*, l'avocat parisien cartographie les différents outrages faits aux particuliers comme aux autorités. Les infractions qu'il mentionne ne se limitent pas à la calomnie, mais intègrent aussi les indiscretions¹⁵⁹⁴ et la médisance¹⁵⁹⁵ qui, bien que présentées comme moins graves, constituent toujours des injures. Selon lui, ce qu'il convient de protéger n'est pas seulement l'individu mais l'ordre social :

L'intérêt de la société exige donc que l'on demeure tranquille sur la conduite de son semblable et qu'on songe à sa propre réputation, sans déchirer celle d'autrui¹⁵⁹⁶.

Telle qu'elle est décrite dans son œuvre, l'injure n'est pas seulement un conflit privé, elle est un trouble à l'ordre social¹⁵⁹⁷. Il est clair que pour cet homme d'Ancien Régime, l'intérêt de la société n'exige pas la publication du vice. Dareau considère que chacun doit surtout s'occuper de sa propre conduite sans avoir à s'enquérir de celle de son prochain¹⁵⁹⁸. Dans son esprit, il est clair que la médisance, « sœur germaine de la calomnie¹⁵⁹⁹ », n'est pas plus excusable que les autres formes d'atteinte à l'honneur. Si l'avocat souligne

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 833 : « Le caractère dominant de notre Nation est, comme l'on sait, une extrême délicatesse sur le point d'honneur : délicatesse qui a pris vraisemblablement sa source dans cette maxime de notre Droit François, qui ne souffre point d'esclavage dans ce Royaume, et qui veut qu'en naissant sujets du Roi, nous naissions tous libres et citoyens. » [Nous soulignons].

¹⁵⁹² Arlette FARGUE, « L'honneur et le secret », Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 3 - De la renaissance aux Lumières*, op. cit. p. 581-618.

¹⁵⁹³ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 349. [Nous soulignons].

¹⁵⁹⁴ François DAREAU, *Traité des injures*, op. cit., p. 9 : Les domestiques peuvent « manquer par l'indiscrétion, en divulguant ce qui se passe dans l'intérieur de leur maison, et par l'inaction en demeurant indifférent lorsque leur maître est en danger et qu'il a besoin de secours. Dans tous ces cas, un domestique est sévèrement punissable, parce qu'il trahit essentiellement la confiance et le devoir. »

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 24 : « Ceux qui se plaisent à semer des propos dans le public, de ces propos qu'on sait ne pouvoir se répandre sans nuire à la personne qui en est l'objet, sont donc, à proprement parler, de ces pestes de société que tout le monde a en horreur, et que la justice ne saurait épargner. »

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁹⁷ Hervé PIANT, « La justice au service des justiciables, La régulation de l'injure à l'époque moderne. », *Rives Méditerranéennes*, t. 40 (2011), p. 67-85.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 20 : « L'intérêt de la société exige donc que l'on demeure tranquille sur la conduite de son semblable et qu'on songe à sa propre réputation, sans déchirer celle d'autrui. »

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*

néanmoins que la loi punit le délateur selon que « *la vérité en est plus ou moins apparente par elle-même*¹⁶⁰⁰ », il considère que celle-ci n'est pas pour autant une excuse pour attaquer la réputation des personnes :

Parce [...] *qu'il y a un surcroît d'injure d'offrir la preuve de la vérité du mal* que l'on dit, c'est si cette vérité pouvait servir d'excuse, tous les jours ce prétexte donnerait ouverture à de nouvelles injures qu'il est toujours prudent d'éviter¹⁶⁰¹.

La position de Dareau est claire : la preuve aggrave l'injure et encourage les accusations publiques. Cette position est symptomatique d'une protection de l'honneur qui ne requiert pas de débattre de la moralité privée des personnes. Peu importe que la réputation soit artificielle, ce qui est protégé par le droit relève de la fiction qui ne se confond pas avec la vertu effective de la victime. Dans l'article relatif à la diffamation du répertoire Guyot, Dareau insiste encore sur la proximité entre la médisance et la calomnie¹⁶⁰². Si seule la seconde repose sur le mensonge, la diffamation demeure pour lui une catégorie générique, un ensemble plus large qui englobe toutes les atteintes à l'honneur :

Le diffamateur est celui qui porte atteinte à l'honneur et à la réputation d'autrui. La diffamation est le trait injurieux qui est lancé contre la réputation ; et l'on appelle diffamatoire ce qui est dit ou ce qui est fait pour produire la diffamation. [...]. La médisance et la calomnie peuvent être l'une et l'autre la base de la diffamation, car on peut nuire à autrui en publiant le mal qu'on fait comme en publiant celui qu'on imagine. [...]. *N'importe que la Diffamation ait la vérité du fait pour principe : si sous prétexte qu'on ne dit pas la vérité, s'il était libre de divulguer ce qu'on fait sur le compte d'autrui, ce prétexte donnerait lieu à des injures et à des haines perpétuelles*¹⁶⁰³.

Selon cette définition, l'injure diffamatoire repose sur le trouble causé par la *publication du mal* qui est en elle-même nocive. La vérité des faits proférés est secondaire, elle n'a pas d'implication juridique sur la qualification de l'infraction. La diffamation est ainsi moins interprétée comme un mensonge que comme une atteinte caractérisée à l'honneur d'une personne¹⁶⁰⁴. L'idée que la preuve en justice de la vérité puisse disculper l'auteur de la *divulgateion* infamante est donc fermement écartée. Comme Jousse, Dareau reconnaît toutefois qu'il est possible d'alléguer des faits sur une personne mais à la seule condition que ceux-ci soient connus de tous :

Mais comme il n'y a que les faits fondés sur une *vérité bien notoire* qui puissent porter avec eux leur justification ; il s'en suit que si l'on en imputait d'autres que ceux dont le public serait instruit, on pourrait s'exposer à une réparation¹⁶⁰⁵.

Le droit devant contredire les commérages, il doit sanctionner les révélations scandaleuses. Il y a donc déjà une distinction implicite entre les actes *notoires*, qui ont leur place dans l'espace public, et l'allégation

¹⁶⁰⁰ *Ibid.* « La justice affecte sagement de regarder les imputations même les plus vraies comme autant de calomnies, et, sans s'expliquer davantage, [...], sans permettre à l'accusé, si ce n'est bien rarement de vérifier la réalité des imputations pour motif d'excuse »

¹⁶⁰¹ François DAREAU, *Traité des injures*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁰² *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, éd., J-N GUYOT, Paris, 1784, Visse, t. II, V° « Calomniateur », p. 612.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 663.

¹⁶⁰⁴ D. DIDEROT, J. D'ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie*, *op. cit.*, t. V, V° « Calomnie », p. 873 : La calomnie est expressément définie comme l'imputation d'un fait faux. Elle consiste à attribuer à quelqu'un « des défauts ou des vices qu'il n'a pas ». *Dictionnaire de l'Académie française*, éd. 1740, *op. cit.*, V° « Calomnie », p. 235 : « fausse imputation qui blesse la réputation et l'honneur ».

¹⁶⁰⁵ François DAREAU, *Traité des injures*, *op. cit.*, p. 21 : « Mais comme il n'y a que les faits fondés sur une vérité bien notoire qui puisse porter avec eux leur justification ; il s'en suit que si l'on en imputait d'autres que ceux dont le public serait instruit, on pourrait s'exposer à une réparation. » [Nous soulignons].

d'autres faits *cachés* qui pourrait en elle-même constituer une injure. Les faits qui ne sont pas connus de tous sont ceux qui ne sont perceptibles que par un petit nombre de personnes. Or, ce qui est trouble ne peut être démontré. Certaines actions n'étant pas publiques, elles doivent donc rester cachées.

Outre-Manche, on observe des positions similaires chez les juristes anglais. Blackstone, qui défend pourtant le principe de la liberté de la presse, assimile ainsi lui aussi la calomnie sur la conduite d'une autre personne à une injure. Comme il l'affirme, le libelle peut être vrai ou faux. Il cite Coke, qui n'hésite pas à soutenir que lorsque la vérité est plus provocante que le mensonge, « plus la vérité est grande, plus grande est la diffamation¹⁶⁰⁶ ». Cette formule paradoxale montre bien qu'il y a une opacité légitime garantie par le droit. Par ailleurs, dans le *Commentaire des lois anglaises* de Blackstone, la poursuite des écrits diffamatoires n'est pas classée dans le chapitre dédié aux offenses à la personne et aux droits individuels, mais dans celui qui porte sur les atteintes à la paix publique¹⁶⁰⁷. Ce point et la sévérité avec laquelle le juriste anglais traite des *libels* traduisent bien l'idée selon laquelle l'établissement de la vérité importe peu, et qu'au contraire elle est susceptible de générer un trouble social. À l'instar de l'honneur des Français, celui des Anglais est présumé, et il est défendu indifféremment de la vertu réelle de la personne.

L'honneur protège donc la vie privée en ce qu'il est la marque du décalage inéluctable entre la réputation d'une personne et son être profond. Devant la crainte du scandale causé par le triste spectacle du vice privé, la sanction de la diffamation vient épargner à certaines personnes le déshonneur public. L'honneur tel qu'il est défendu se comprend ainsi comme une fiction juridique protectrice de la personnalité. Les principes rigoureux de l'ancien droit et la société de la fin de l'Ancienne France n'empêchent toutefois pas la circulation des brochures et des gravures. Les libelles et attaques personnelles qui circulent sont bien souvent anonymes, et il n'existe pas encore clairement de mesures juridiques spécifiques sanctuarisant la vie privée. Il faut attendre les débats sur la liberté de la presse pour que l'exception de vérité soit de nouveau invoquée par les auteurs de doctrine et que soit admise la dénonciation légitime de certaines fautes. Avant de mesurer l'empreinte de la Révolution sur cette question, il convient d'approfondir la signification de la notion d'honneur et de comprendre comment elle est définie par les penseurs du siècle des Lumières.

¹⁶⁰⁶ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Georges Sharswood, Philadelphia, Lippincott, 1875, p. 111 : « Lord Coke has said, “[...] 5, Co. 125. Where truth is greater provocation than falsehood, and therefore has a greater tendency to produce a breach of the public peace, then it is certainly true that the greater truth, the greater libel. *Asperis facetiis inlusus, quae ubi multum ex vero traxere, acrem sui memoriam reliquunt* Tacite Ann. 15, c; 68. »

¹⁶⁰⁷ ID., *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. Nicolas-Maurice CHOPER, Paris, Bossange, 1822, t. V, p. 449 : « La tendance directe de ces libelles est une infraction à la paix publique, puisque c'est exciter à la vengeance, et peut être à verser le sang [...]. Par la même raison, il importe peu pour la nature du libelle que ce qu'il contient soit un véritable ou faux, puisque c'est la provocation, et non la fausseté, qui est punissable ou criminel ; quoique d'ailleurs il ne soit pas douteux que s'il y a calomnie, le libelliste en est plus coupable, et que la peine peut, en ce cas, être plus sévère. »

§. 3 - De l'hypocrisie civilisatrice à la vertu républicaine au siècle des Lumières

Pour comprendre le vif intérêt des hommes du XVIII^e siècle pour la question de l'honneur, il faut bien voir que celle-ci se greffe à un débat de philosophie politique. Montesquieu voit dans l'honneur le principe des monarchies, là où la vertu est le ressort des républiques et la crainte l'instrument des régimes despotiques. La recherche du prestige par les individus dans le premier de ces régimes n'est pas sans utilité, car elle conduit l'homme au bien commun par la poursuite de son intérêt privé. Le Baron de la Bède fournit une analyse démystificatrice de l'honneur, en y voyant un mécanisme de rétribution utile au fonctionnement de la société, mais bien distinct de la recherche désintéressée du bien public. Bien qu'il adopte la posture du spectateur savant, le philosophe valide ainsi le jeu des apparences. La dénonciation publique, marque des anciennes Républiques, serait en effet selon lui un remède pire que le mal. Quand bien même il couvre un hypocrite, le masque de l'honneur joue pourtant un rôle fondamental non seulement comme agrégat des volontés divergentes, mais aussi en ce qu'il distingue ce qui doit être montré de ce qui doit être caché. La notion de vie privée, en tant qu'elle suppose cette indifférence pour la conduite secrète de l'homme, s'inscrit dans cette tradition. L'impossible consensus sur la protection de la vie privée pendant la Révolution est ainsi lié à l'existence au sein du discours républicain de ce que Jean-Louis Halpérin a pu nommer un *continuum* « vérité et vertu » entre « vie publique et vie privée¹⁶⁰⁸ ». Montesquieu range en effet la vertu au fondement de la République, même s'il semble valider le rôle social civilisateur des artifices de l'honneur (A). D'autres auteurs, dont Rousseau au premier chef, s'opposent quant à eux aux dissimulations qu'ils observent dans les mœurs d'ancienne France (B).

A- L'honneur comme fiction protectrice de la liberté privée dans la pensée de Montesquieu

L'auteur de *l'Esprit des Lois* présente l'honneur non comme une notion morale mais comme un mécanisme au service de la cité. Ce qu'il qualifie de principe du gouvernement monarchique n'est pas seulement une notion éthique, mais surtout un concept descriptif qui lui sert à expliquer des mécanismes sociaux à l'œuvre dans la monarchie de son temps¹⁶⁰⁹. La séparation entre les régimes de Montesquieu repose en effet sur des ressorts fondamentaux qui guident les États en fonction de leur nature : l'honneur anime les monarchies, la vertu règle les républiques, la crainte mène les régimes despotiques¹⁶¹⁰. Aux différentes natures de régime se juxtapose une distinction des ressorts systémiques de l'action individuelle au sein de la communauté politique. La participation de l'âme individuelle à la communauté passe en effet par un certain type de rapport au souverain et à l'intérêt général. À ce sujet, le constat qui frappe le baron de la Brède est que la rigueur des mœurs spartiates et romaines est très éloignée du respect pour la tranquillité privée des grands États modernes.

¹⁶⁰⁸ Jean-Louis HALPÉRIN, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, *op. cit.*, p. 145-163 ; Remarque similaire de : Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p. 58.

¹⁶⁰⁹ Frederico BONZI, *L'honneur dans l'œuvre de Montesquieu*, Paris, Honoré Champion, 2016, p. 287-387.

¹⁶¹⁰ MONTESQUIEU, « Réponse à la faculté de théologie », *Œuvres Complètes*, Paris, Classiques-Garnier, 2011, t. VII, p. 255. Il n'hésite pas à formuler cette distinction qui est, selon Montesquieu, « d'une fécondité si grande qu'ils forment presque tout mon livre ». Voir aussi : Céline SPECTOR, *Dictionnaire Montesquieu*, *op. cit.*, V^o « Honneur ».

Dans un texte de jeunesse, il essaie de théoriser cette différence entre l'honneur public de réputation, bien souvent volatile et fondé sur de futiles apparences, et l'honneur privé lié à la vertu, qu'il nomme considération. Il suggère que la bonne réputation s'appuie sur des qualités visibles, des actions éclatantes ou sur le prestige de l'esprit ; la considération, quant à elle, dépend des qualités du cœur et de la droiture des intentions qui, comme les organes internes du corps, sont par nature cachées. Dans une dissertation prononcée en séance publique à l'Académie des Sciences, des Arts et Belles-Lettres de Bordeaux, le 25 août 1725, il affirme :

Il y a dans chaque siècle certains préjugés dominants dans lesquels la vanité se trouve mêlée avec la politique ou la superstition, et ces préjugés sont toujours embrassés par les gens qui veulent avoir de la réputation par des voies plus faciles que celles de la vertu¹⁶¹¹.

Cette différence décisive que relève Montesquieu entre l'être et le paraître, entre ce qui est perceptible par le public et la vertu effective de la personne, est présentée comme une nécessité civilisatrice liée à l'étendue des relations humaines :

*Nous obtenons la considération de ceux qui nous approchent, et la réputation de ceux qui ne nous connaissent pas. Le mérite nous assure l'estime des honnêtes gens, et notre étoile celle du Public*¹⁶¹².

La vertu suppose le petit nombre alors que l'honneur se déploie dans des grandes communautés politiques. Dans toutes les petites communautés humaines, les communautés familiales et les petites cités, la vie collective suppose le dévoilement des hommes les uns aux autres. C'est sans doute pour cette raison que dans les systèmes républicains, « la multitude veut avoir à deviner où est la vertu¹⁶¹³ ». Dans les grands États monarchiques, « le prince ne peut connaître ses sujets que par l'épreuve et par le témoignage public¹⁶¹⁴ ». Dans le système social des États monarchiques, l'apparence joue donc un rôle beaucoup plus important que l'appréciation de la vertu des hommes, qui s'avère bien plus difficilement saisissable.

Dans la mesure où il est du côté des Modernes, Montesquieu se montre dubitatif vis-à-vis du principe qui anime le gouvernement des républiques anciennes, affirmant que : « La vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible¹⁶¹⁵ ». Distant vis-à-vis de l'abandon de soi prôné à Rome, il présente l'honneur moderne comme une « limite de la vertu¹⁶¹⁶ », une préservation de la liberté individuelle. La vertu des Anciens est inséparablement morale et politique. Plus qu'un amour de la patrie, elle exige l'orientation de tout l'homme à la chose commune. Montesquieu relève toutefois qu'à son époque, la chose s'est inversée : « Autrefois, le bien des particuliers faisait le trésor public ; mais, pour lors,

¹⁶¹¹ MONTESQUIEU, *Deux opuscules de Montesquieu, [De la considération et de la réputation, Discours sur la différence qu'il y a de la réputation à la considération]*, Paris, J. Rouam, 1891, p. 56.

¹⁶¹² *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁶¹³ *Ibid.*

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

¹⁶¹⁵ E. L. IV, 5.

¹⁶¹⁶ E. L. XI, 4 : « La démocratie et l'aristocratie ne sont point des états libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les états modérés. Elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a un pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. *Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites.* » [Nous soulignons].

le trésor public devient le patrimoine des particuliers¹⁶¹⁷ ». À l'époque moderne, il ajoute que « nous ne parlons plus de cette vertu mais de manufacture, de commerce, de finance, de richesse, et de luxe même¹⁶¹⁸ ». L'auteur n'en appelle pas à un retour à l'ancien ordre des choses, mais il se contente de constater l'écart significatif entre ce qu'était la vertu pour les Anciens et celle qu'elle constitue pour les Modernes. Le fossé qu'il remarque entre la participation des hommes dans la cité antique et celle des sujets dans les États modernes apparaît comme infranchissable. Montesquieu semble ainsi parler des Titans de l'âge d'or quand il affirme :

La plupart des peuples anciens vivaient dans des gouvernements qui ont la vertu pour principe ; et, lorsqu'elle y était dans sa force, on y faisait des choses que nous ne voyons plus aujourd'hui, et qui étonnent nos petites âmes¹⁶¹⁹.

Il semble que le magistrat bordelais ne souhaite pas pour autant un retour aux principes des Anciens. Fervent admirateur de la monarchie anglaise, il ne voit pas dans ces républiques antiques autre chose qu'un passé révolu dont les restes ne sont pas désirables¹⁶²⁰. Les délateurs professionnels des républiques d'Italie paraissent dans son esprit aussi redoutable que l'arbitraire des gouvernements Turcs¹⁶²¹. La force prise par le système monarchique, la grandeur des États, le développement du commerce et la corruption des mœurs lui font penser qu'un système fondé uniquement sur la vertu n'est, de toute manière, plus d'actualité¹⁶²².

Les grands hommes des petites cités ont laissé la place aux petites âmes des grands États. L'extension des relations humaines qui s'y opèrent quand l'homme pénètre la sphère politique engendre un écart accru entre l'individu privé et son image publique. Les républiques supposent le dévoilement des hommes car il faut pouvoir s'assurer de leur vertu. Dans les grands États monarchiques, « le prince ne peut connaître ses sujets que par l'épreuve et par le témoignage public¹⁶²³ ». Dans les sociétés aristocratiques, l'apparence joue donc un rôle beaucoup plus important que l'appréciation de la vertu. Pour cette raison, à côté de cette description admirative mais méfiante de la vertu, Montesquieu défend la logique froide de l'honneur qu'il considère comme plus protectrice de la liberté individuelle. Telle qu'il la décrit, la recherche de la gloire, bien qu'elle ne corresponde pas à un amour désintéressé de la chose commune, est une avidité de l'ego utile aux États. Cet amour de soi aux dépens de celui que l'on porte à la cité vient pousser les hommes aux charges publiques en les amenant à se dépasser. Il est un « préjugé de chaque personne et de chaque condition¹⁶²⁴ » qui attache une noblesse particulière à un état, à une corporation ou à une fonction.

¹⁶¹⁷ E. L. III, 3.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, Guillaume BACOT, « Montesquieu et la question de la nature monarchique de la Constitution anglaise », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, t. 25/1 (2007), p. 3-31.

¹⁶¹⁹ E. L. IV, 4.

¹⁶²⁰ Patrice ROLLAND, « De la vertu politique chez Montesquieu, ou l'inaccessible perfection », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 88/1 (2010), p. 43-57.

¹⁶²¹ E. L. XI, 6.

¹⁶²² Édith FLAMMARION, V^o Jésuite, *Dictionnaire Montesquieu* Catherine VOLPILHAC-AUGER (dir.), ENS de Lyon, 2013 [dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr, consulté le 20 avril 2021]. Montesquieu mentionne comme système reposant sur la vertu celui des réductions d'Amérique du sud institué par les pères jésuites, pour lesquels il n'a pas de grande estime.

¹⁶²³ Auteur inconnu, « Éclaircissement, sur un passage du Livre de l'Esprit des loix », *Mercur de France*, Juillet 1751, p. 38 [Nous soulignons].

¹⁶²⁴ E. L. III, 6, p. 149.

Il s'agit d'un préjugé, car l'homme doit adhérer à des conventions attachées à un rôle déterminé dans la société sans nécessairement y adhérer intimement. Le besoin de reconnaissance, le souci de se distinguer par de belles et visibles actions et l'envie de plaire sont ainsi dans ce type de régime comme le ferment de la société. Plus que la logique du calcul qui guide les peuples commerçants, la quête de la reconnaissance conduit en effet les hommes à réaliser de grandes et belles choses. L'honneur, qui repose sur « des préférences et des distinctions¹⁶²⁵ », est le principe de recrutement d'une aristocratie qui ne se fonde pas sur la véritable vertu mais sur l'apparence. L'effet produit par ces artifices peut donc être faux sans perdre pour autant son utilité pour l'État. Cette fiction lie les hommes au bien commun dans la recherche de leur bien particulier. L'honorabilité extérieure, les manières et les bienséances ne résistent peut-être pas aux accusations d'hypocrisie, mais elles sont encore un « léger hommage que le vice rend à la vertu, on ne veut pas paraître meilleur qu'on n'est mais moins mauvais qu'on n'est¹⁶²⁶ ». En contentant « la vanité des hommes¹⁶²⁷ », les honneurs rendus sont le ressort de l'inégalité des conditions au service de la cité. Grâce à ce goût du prestige, les hommes sont alors inspirés par de nobles tâches, et le service du bien commun ne repose ainsi pas sur un dévouement oblatif mais sur la recherche par chacun de son intérêt particulier¹⁶²⁸. Il n'est plus un sentiment généreux par lequel l'homme se détache de son jugement propre pour s'en remettre au regard des autres, mais un motif intéressé guidé par l'ambition. Quoi qu'il en soit, en mettant l'honneur au premier plan, Montesquieu semble en quelque sorte valider la timocratie que dédaignait Platon. Les sujets des monarchies sont comme libérés de la vertu, sous le contrôle des lois de l'honneur, *plus puissantes que les lois positives*¹⁶²⁹.

Pour ce qui est de la valeur que Montesquieu prête à la notion d'honneur, l'interprétation est moins aisée. Dans les républiques, la rigueur des mœurs doit, selon lui, venir pallier l'insuffisance des lois. L'homme poursuivant la reconnaissance du prince doit savoir obéir, mais son obéissance ne peut jamais prescrire une action qui viendrait entacher la recherche de son prestige personnel¹⁶³⁰. Dans les républiques, le privé est politique ; dans les monarchies, les actions qui ne portent pas atteinte à la constitution de l'État peuvent être rendues à la liberté individuelle. Le vice importe donc peu dans les monarchies car « *une action qui se fait sans bruit y est en quelque façon sans conséquence*¹⁶³¹ ». L'homme ayant payé son tribut au prince en obéissant aux lois, il peut retourner – en toute quiétude – « à ses intérêts particuliers¹⁶³² ». Montesquieu ne se fait pas d'illusions

¹⁶²⁵ E. L. VI, 10 : « La nature de l'honneur est de demander des préférences et des distinctions ».

¹⁶²⁶ MONTESQUIEU, *Mes Pensées, op. cit.*, p. 210.

¹⁶²⁷ Céline SPECTOR, V^o « Honneur », *Dictionnaire Montesquieu*, Catherine VOLPILHAC-AUGER, *op.cit.*, [dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr consulté le 20 août 2020].

¹⁶²⁸ Montesquieu, fait preuve d'un certain soupçon envers la pureté d'intention des hommes au service de la chose commune, tend ainsi à rabattre l'honneur à un simple calcul utilitaire comme c'est le cas de d'autres auteurs des Lumières. Helvétius écrit par exemple : « nous n'aimons pas l'estime pour l'estime, mais uniquement pour les avantages qu'elle procure. » Claude-Adrien HELVETIUS, *De l'esprit*, Paris, Durant, 1758, p. 65.

¹⁶²⁹ E. L. IV, 2.

¹⁶³⁰ E. L. III, 5.

¹⁶³¹ E. L. III, 5 : Même les crimes publics, c'est-à-dire ceux poursuivis par l'État, sont davantage une question privée qu'une affaire politique : « Dans les républiques, *les crimes privés sont plus publics* ; c'est-à-dire, choquent plus la constitution de l'État, que les particuliers ; et dans les monarchies, *les crimes publics sont plus privés* ; c'est-à-dire, choquent plus les fortunes particulières, que la constitution de l'état même. » [Nous soulignons].

¹⁶³² E. L. III, 7.

sur la rectitude intérieure des hommes guidés par l'ambition et les honneurs dans les monarchies, mais il ne s'en étonne pas précisément parce que l'honneur ne se confond pas avec la vertu. Il choisit de définir l'honneur comme un « préjugé¹⁶³³ », c'est-à-dire comme une présomption superficielle de la valeur morale des personnes. Un commentateur de l'*Esprit des Loix* du XVIII^e siècle explique à ce propos que l'honneur dont parle Montesquieu ne désigne pas la valeur morale mais seulement le prestige apparent, car « l'honneur, c'est la *vertu connue*¹⁶³⁴ ». C'est une vue partielle de la réalité sur laquelle se fonde la réputation d'une personne qui lui permet de « s'avancer dans le monde¹⁶³⁵ ». Pour le dire autrement, l'homme honoré n'est pas nécessairement l'homme honorable, mais ce décalage est nécessaire sur le plan individuel et politique. En fervent lecteur de Machiavel, le Baron de La Brède admet parfaitement cette discordance entre la probité personnelle et le masque extérieur qui recouvre l'homme dans les affaires de la cité.

Prenant acte de la logique de l'honneur à l'œuvre à son époque, le président à mortier qu'est Montesquieu ne craint pas non plus de soulever les limites des systèmes aristocratiques et monarchiques de son temps. S'il ne semble pas remettre en cause le rôle essentiel de la noblesse dans la société politique, il en révèle néanmoins les vices. Mue par la démonstration de son prestige, l'aristocratie recherche en effet selon lui les honneurs et délaisse la vertu. Voici comment il dénonce l'hypocrisie et la corruption des castes qui, gravitant autour du monarque, ont perdu tout sens chevaleresque :

L'ambition dans l'oisiveté, la bassesse dans l'orgueil, le désir de s'enrichir sans travail, l'aversion pour la vérité, la flatterie, la trahison, la perfidie, l'abandon de tous ses engagements, le mépris des devoirs du citoyen, la crainte de la vertu du prince, l'espérance de ses faiblesses, et plus que tout cela, *le ridicule perpétuel jeté sur la vertu*, forment, je crois le caractère du plus grand nombre des courtisans, marqués dans tous les lieux et dans tous les temps¹⁶³⁶.

Il ne faut pas s'y tromper pour autant : en faisant ce constat implacable, Montesquieu ne fait pas que se lamenter de cet écart entre l'être profond et l'apparence prestigieuse. Il semble au contraire inviter à comprendre les raisons de cette différence inéluctable entre l'homme public et l'homme privé.

La leçon de Montesquieu peut se résumer ainsi : la recherche d'un prestige extérieur oriente l'existence humaine en direction de la chose commune sans aliéner son indépendance privée. Les formes politiques reposant sur la vertu sont considérées comme effrayantes et anachroniques. L'honneur est, dans les grands États, un masque qui ne se confond pas avec la vertu réelle. La sincérité suppose la proximité, elle s'inscrit dans une relation interpersonnelle et les apparences sont le lot commun de toute vie politique. D'ailleurs, sincère ou déshonnête, l'honneur est aussi utile et, pour ce disciple de Machiavel, dans les affaires politiques, l'utile prime sur le vrai¹⁶³⁷.

¹⁶³³ E. L., III, 6.

¹⁶³⁴ Auteur inconnu, « Éclaircissement, sur un passage du Livre de l'Esprit des loix », *Mercure de France*, op. cit., p. 39 [Nous soulignons].

¹⁶³⁵ *Ibid.*, p. 35 : L'honneur c'est la « vertu qui veut principalement s'attirer les hommages et s'avancer dans le monde ».

¹⁶³⁶ E. L. III, 5 [Nous soulignons].

¹⁶³⁷ Sur ce sujet : Daniel MANUY HUERTA, *Montesquieu lecteur de Machiavel, enquête sur les fondements de la liberté des Modernes*, thèse sous la direction de Philippe BENETON, Rennes, Université Rennes 1, dacty., 2012, 599 p. Dans ce domaine, Montesquieu se place dans le prolongement direct de Machiavel.

B- La critique du masque du courtisan comme source d'un *continuum* entre vie privée et vie publique

Plus encore que Montesquieu, Rousseau repère cet écart entre la vertu véritable et l'apparence. Il critique d'ailleurs la distinction du premier, car la vertu d'un homme se retrouve selon lui nécessairement dans l'opinion publique dont il perçoit les premiers linéaments¹⁶³⁸. L'institution de la propriété, le regroupement des hommes et l'avènement de la culture au sein des communautés humaines sont, selon le philosophe de Genève, les causes d'une rupture fondamentale entre l'être et le paraître¹⁶³⁹. Avec l'entrée en société, l'homme à l'état social est devenu « fourbe et artificieux¹⁶⁴⁰ ». Cette division est particulièrement visible dans les mœurs d'Ancien Régime, supposées reposer sur la dissimulation et le mensonge. Rousseau relève à ce titre que la civilité et les manières de son temps forment un masque hypocrite autour de la personne. Le double jeu constitue « l'essence même de la civilité¹⁶⁴¹ » et éloigne l'homme de sa franchise naturelle. La politesse consiste selon lui à « traiter les autres comme s'ils étaient des inconnus, à forger des liens sociaux en respectant cette distance première¹⁶⁴² ». Le citoyen de Genève montre bien que la sophistication de la civilité suit la naissance et l'accroissement des bourgs. Les petites cités de gens honnêtes aux vertus simples ont cédé la place aux grandes villes anonymes, pleines « d'intrigants » pour qui « l'honneur [n'est] rien¹⁶⁴³ ». Dans les grands ensembles, chacun peut fuir le regard des autres en « déroband aisément sa conduite aux yeux du public¹⁶⁴⁴ ». Dans l'*Émile*, il n'hésite pas à soutenir que la plus haute civilité, c'est-à-dire la politesse, n'est que « l'art de se passer des vertus qu'elle imite¹⁶⁴⁵ ».

Face aux façades qu'il dénonce, Jean Starobinsky décrit l'attitude de Rousseau comme une posture de « monstration de soi-même¹⁶⁴⁶ ». Le legs rousseauiste sur la question de la relation de l'individu à la société à l'âge des nouvelles médiations qu'offre l'imprimé est tel qu'il importe de bien saisir les raisons de la mise en scène de sa personne. Le philosophe n'hésite en effet pas à proclamer qu'il n'a rien à dissimuler et, dans les *Confessions*, à affirmer : « Mon cœur transparent comme le cristal n'a jamais su cacher durant une minute entière un sentiment un peu vif qui s'y fût réfugié¹⁶⁴⁷ ». Il se déclare dans « l'impossibilité totale » de ne rien tenir caché aux autres¹⁶⁴⁸. Pour sortir des simulacres de la société, la transparence est l'artifice ultime par lequel Rousseau peut manifester son état d'innocence. En levant les masques que la société met sur le visage

¹⁶³⁸ Céline SPECTOR, « Rousseau : l'honneur au tribunal de l'opinion publique », dans *Penser et vivre l'honneur à l'époque moderne*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 127-142.

¹⁶³⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours de l'origine de l'inégalité entre les hommes*, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1959, t. I, p. 174 : « Être et paraître devinrent deux choses tout-à-fait différentes ; et de cette distinction sortirent le faste imposant, la ruse trompeuse, et tous les vices qui en sont le cortège. »

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*

¹⁶⁴¹ Richard SENNET, *La tyrannie de l'intimité*, *op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *À Monsieur d'Alembert*, dans *Œuvres complètes*, *op. cit.*, t. V, p. 497.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

¹⁶⁴⁵ ID., *Émile*, dans *Œuvres complètes*, *op. cit.*, t. IV, p. 619.

¹⁶⁴⁶ Jean STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau, La transparence ou l'obstacle*, Paris, Gallimard, 1976, p. 58.

¹⁶⁴⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Les Confessions*, dans *Œuvres complètes*, *op. cit.*, t. I, II, XII, p. 446 : « Je me rappelle que dans le temps dont je parle, tout occupé de mes *Confessions*, j'en parlais très imprudemment à tout le monde, n'imaginant pas même que personne eût intérêt, ni volonté, ni pouvoir, de mettre obstacle à cette entreprise ; et, quand je l'aurais cru, je n'en aurais guère été plus discret, par l'impossibilité totale où je suis de tenir rien caché de ce que je sens et de ce que je pense. »

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 622.

des hommes, il déjoue d'emblée toute accusation d'hypocrisie et neutralise l'accusation d'avancer masqué, mais c'est au prix d'une comédie dans laquelle il joue le rôle de l'homme qui n'a rien à cacher. Or, c'est ce qu'il reproche aux hommes de son temps, qu'il accuse d'occulter dans leur vie privée ce qu'ils n'osent exposer d'eux-mêmes en public. Dans sa deuxième autobiographie, il projette cette entreprise démystificatrice sur le reste de la société :

Papistes, huguenots, grands, petits, hommes, femmes, robins, soldats, moines, prêtres, dévots, médecins, philosophes, *Tros Rutulusve fuat*, tout est peint, tout est démasqué sans jamais un mot d'aigreur ni de personnalité contre qui que ce soit, mais sans ménagement pour aucun parti¹⁶⁴⁹.

Avec l'émergence d'un espace public étendu, la tension entre dissimulation et publication du vice prend une dimension nouvelle à l'époque de l'écrivain. L'iconoclasme de Rousseau n'est cependant pas non plus une théorie de la transparence, dans le sens où le dévoilement supposerait de déchirer définitivement le voile des apparences, ce qu'il ne semble pas théoriser. Sensible à toute violation de son intimité, il l'écrit à son ami et éditeur Du Peyrou : « Je n'aime pas que les choses qui se sont passées dans le tête-à-tête se publient¹⁶⁵⁰ ». L'exposition de soi n'est en effet naturelle qu'en apparence, et elle est en réalité soigneusement maîtrisée par celui qui se montre. À ce titre, Rousseau est moins dans une ouverture radicale au regard des autres que dans une monstration scénarisée de soi. Plus qu'une simple dénonciation de l'esprit de cour, l'éloge de l'authenticité personnelle apparaît ainsi comme une réaction à sa propre célébrité¹⁶⁵¹. Voici comment il justifie la publication des *Confessions* dans la préface de ce livre :

Parmi mes contemporains, il est peu d'hommes dont le nom soit plus connu dans l'Europe et dont l'individu soit le plus ignoré. Mes livres couraient les villes tandis que leur auteur ne courait que les forêts. Tout me lisait, tout me critiquait, tout parlait de moi, mais dans mon absence ; j'étais aussi loin des discours que des hommes ; je ne savais rien de ce qu'on disait. Chacun me figurait à sa fantaisie, sans crainte que l'original vint le démentir. *Il y avait un Rousseau dans le grand monde, et un autre dans la retraite qui ne lui ressemblait en rien*¹⁶⁵².

Rousseau est célébré dans toute l'Europe mais Jean-Jacques professe être ignoré de tous. Prenant la plume, il entend réduire cet abîme entre son être profond et son image publique. Au lieu d'invoquer le secret, le célèbre auteur de *La Nouvelle Héloïse* se défend par l'exhibition de son intimité qui doit dès lors être approuvée par autrui. La posture du philosophe est emblématique de l'attitude encore très actuelle qui consiste à réclamer simultanément la protection de son intimité et la liberté de se livrer aux autres sans réserve tout en entendant se préserver de leurs jugements.

Le projet de restauration des vertus civiques et de l'authenticité des rapports humains n'est pas propre à Rousseau au XVIII^e siècle. De manière assez proche, on retrouve une revendication similaire chez ses ennemis de l'*Encyclopédie*. Le Baron d'Holbach, véritable chantre de ce qu'il nomme « éthocratie », entend ainsi restaurer un honneur fondé sur la vertu réelle des gouvernants, invoquant les bienfaits de la

¹⁶⁴⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Rousseau par Jean-Jacques*, dans *Œuvres complètes*, op. cit., t. v, p. 406.

¹⁶⁵⁰ « Lettre à Pierre-Alexandre Du Peyrou du 15 avril 1765 », dans *Correspondances complètes de Jean-Jacques Rousseau*, éd. R. A. LEIGH, Genève, Institut et Musée Voltaire, 1965, t. XXV, p. 105

¹⁶⁵¹ Antoine LILTI, *Figure publique, L'invention de la célébrité 1750-1850*, op. cit., p. 153-219.

¹⁶⁵² Jean-Jacques ROUSSEAU, *Les Confessions*, dans *Œuvres complètes*, op. cit., t. I, p. 59 [Nous soulignons].

dénonciation publique du vice. Intraitable avec les calomnieux, il évoque les bienfaits de la censure romaine :

La censure fut longtemps chez les Romains une barrière puissante contre le luxe et la corruption des mœurs. Comment les peuples modernes qui ont emprunté tant de règles de ces fameux législateurs, n'ont-ils pas adopté la plus sage de leurs institutions ?¹⁶⁵³

D'Holbach ne fait rien d'autre que de réactiver l'idée romaine qui place les bonnes mœurs au principe de la cité. Il cite aussi les lois de Dracon, de Solon et d'Égypte qui n'hésitaient pas à punir les oisifs¹⁶⁵⁴. La sanction du vice doit viser les puissants avant les humbles, les « vices effrontés » plutôt que ceux qui se dissimulent d'eux-mêmes, les vices dont on rit plutôt que ceux qui se cachent, et livrer l'homme puissant au jugement public :

La voix publique ne trompe guère ; elle ne peut être ni corrompue ni gagnée : les mœurs d'un homme le font bien mieux connaître que ses discours. Enfin si le méchant, si l'homme sans mœurs, cherche à se perdre dans la foule ou redoute l'examen, le citoyen innocent et vertueux ne rougit point d'être connu. *La vérité, dit un ancien, ne rougit que d'être cachée ; elle ne peut craindre la censure.* Enfin, rien n'est plus important pour le prince que d'être bien assuré de la probité de ceux qu'il fait agir : rien de plus important pour les sujets que d'être dirigés par des hommes dont *la conduite soit pure et sans reproche*¹⁶⁵⁵.

Le philosophe semble avoir une vision démocratique de l'honneur quand il le définit comme « *un droit* que nous avons, ou que nous croyons avoir à l'estime des autres¹⁶⁵⁶ ». Il n'est plus le privilège de quelques aristocrates qui se distinguent par de belles et grandes actions, mais il appartient de droit à tous les membres du corps social et doit être débarrassé « des préjugés¹⁶⁵⁷ », des « conventions folles¹⁶⁵⁸ » et « des caprices de la mode¹⁶⁵⁹ ». L'honneur, notion relative au lieu et au temps, est toutefois bien souvent chimérique pour D'Holbach, qui lui préfère l'honnêteté et la vertu. Le philosophe athée ne recule devant aucun discours moralisateur quand il affirme que « l'hypocrisie se démasque tôt ou tard » et que « la politique la plus sûre est d'être vrai¹⁶⁶⁰ ». Si la vanité est ombrageuse, l'homme qui prétend à la grandeur doit s'assurer de sa bonne conscience et savoir se faire aimer par l'incandescence de sa vertu.

Lorsque la morale est mise au premier plan de la vie politique, la vie privée devient nécessairement politique. Lors de la Révolution, certains révolutionnaires, au nom de la vertu, cherchent à rétablir cette continuité entre le citoyen et le simple particulier¹⁶⁶¹. La rénovation de ces principes républicain exige que les hommes investis des affaires de l'État s'y livrent sans réserve et sans faux-semblants. Ils doivent abandonner les apparences de l'ancien monde ; en ce sens, ils doivent être transparents, littéralement *trans*

¹⁶⁵³ Baron D'HOLBACH, *Éthocratie ou Le gouvernement fondé sur la morale* (1776), *op. cit.*, p. 176.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 177.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁶⁵⁶ ID., *Système social* (1783), Paris, Fayard, 1994, p. 172 [Nous soulignons].

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 176.

¹⁶⁶¹ Marisa LINTON, « Les racines de la vertu politique et ses significations au XVIIIe siècle », dans Michel BIARD et Philippe BOURDIN (dir.), *Vertu et politique, Les pratiques des législateurs (1789-2014)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 50.

parere, c'est-à-dire apparaître au-delà en manifestant publiquement une continuité entre la morale qu'ils adoptent en privé et les personnages qu'ils jouent en public. L'idée, selon laquelle il n'y a plus de distinction légitime entre l'être et le paraître, lorsqu'elle s'érige en norme, menace la liberté de pouvoir mener une vie propre et, au lieu d'être une condition de la démocratie, devient un prétexte justifiant la violation de l'autonomie morale la plus élémentaire. L'idée de transparence conduit ainsi à mettre au premier plan la vertu privée aux dépens des qualités spécifiques de l'homme politique. Elle tend à asseoir le paralogisme qui veut que « ce qui est bon à l'échelle individuelle est bon à l'échelle collective¹⁶⁶² ». Or, comme d'autres auteurs, Machiavel montre que les vertus de l'homme politique débordent celles de l'homme ordinaire. La *virtus*, qui fait, selon lui, les qualités propres des hommes d'État, se situe largement au-delà de la sympathie et de la cordialité qui font les qualités des relations de personne à personne.

Une certaine interprétation de cette recherche de pureté conduit à exiger de l'homme un cœur sans partage, et à accepter des immixtions des plus intrusives pour s'en assurer. Si, comme nous l'avons vu, Montesquieu ne propose pas un retour aux mœurs antiques et si Rousseau n'a jamais formulé de véritable théorie de la transparence, Robespierre se réfère néanmoins à ces auteurs pour proposer un retour à la vertu et ériger les journalistes en sentinelles vigilantes de l'action des hommes publics¹⁶⁶³. Cette restauration du système républicain le conduit à réclamer des hommes la probité totale contre l'honneur qui dissimule les vices. Au final, celui qu'on surnomma l'incorruptible oppose le dévouement à la patrie aux corruptions de la monarchie, la vérité de son camp aux mensonges perfides de ses adversaires. Cette position exige dès lors la subordination en tous points de la vie privée aux intérêts publics. La vertu dont parle Robespierre n'est

¹⁶⁶² Guillaume ERNER, *La souveraineté du peuple*, Paris, Gallimard, 2016, p. 236.

¹⁶⁶³ Céline SPECTOR, « La vertu politique comme principe de la démocratie. Robespierre lecteur de Montesquieu », dans *Vertu et politique : Les pratiques des législateurs (1789-2014)*, Michel BIARD, Philippe BOURDIN, Hervé LEUWERS et Alain TOURRET (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 61-70 ; Lucien JAUME, « Le public et le privé chez les Jacobins (1789-1794) », *Revue française de science politique*, t. 2 (1987), p. 230-248 ; Rhétorique qui ne s'étend pas qu'aux droits de la presse mais aussi par exemple à l'éducation : « fait voler toute barrière entre le privé et le public », dans Mona OZOUF, École de la France, *Essais sur la Révolution utopie et enseignement*, Paris, Gallimard, 1984, p. 125.

pas seulement privée, mais elle englobe tout l'homme. Dans son célèbre discours sur le rôle de la vertu en république, l'avocat s'exclame :

Nous voulons substituer dans notre pays la morale à l'égoïsme, la probité à *l'honneur*, les principes *aux usages*, les devoirs *aux bienséances*, l'empire de la raison à la tyrannie *de la mode*, le mépris du vice au mépris du malheur, la fierté à l'insolence, la grandeur d'âme à *la vanité*, l'amour de la gloire à l'amour de l'argent, les bonnes gens à la bonne compagnie, le mérite à *l'intrigue*, le génie au bel esprit, *la vérité à l'éclat*, le charme du bonheur aux ennuis de la volupté, la grandeur de l'homme à la petitesse des grands, un peuple magnanime, puissant, heureux, à un peuple aimable, frivole et misérable, c'est-à-dire toutes les vertus et tous les miracles de la République à *tous les vices et à tous les ridicules* de la monarchie¹⁶⁶⁴.

Dans le discours robespierriste, l'honneur est l'une des marques de l'hypocrisie de l'ancien monde. Le ridicule est, selon l'expression de Louis-Sébastien Mercier, « l'arme légère et perçante du beau monde¹⁶⁶⁵ ».

Les journalistes révolutionnaires ne doivent pas, selon Robespierre, se contenter de moquer les actions visibles mais doivent surtout révéler les actions cachées. Pour fonder la République, il n'hésite ainsi pas à prétendre faire coïncider la presse avec le triomphe de la vérité de l'homme dans l'espace public. L'argumentaire de Robespierre oscille entre « autocélébration narcissique¹⁶⁶⁶ » de sa vertu et dénonciation des hypocrites¹⁶⁶⁷. La vertu, c'est-à-dire « l'âme de la République », « l'amour de la patrie, le dévouement magnanime qui confond tous les intérêts privés dans l'intérêt général¹⁶⁶⁸ », exige des garanties et des contrôles. Dans cette logique, vertu privée et vertu publique ne font qu'une et l'homme doit manifester publiquement son désintéressement, son héroïsme intégral au service de la République. Le règne de la vertu conduit pourtant à une abolition de l'espace public, qui présuppose la distinction entre la sphère privée et les affaires communes¹⁶⁶⁹. Une telle position conduit en outre à systématiser le procès d'intention et les enquêtes publiques de moralité.

Section 2 – L'impossible consensus sur la protection de la vie privée des hommes publics pendant la Révolution française

Le passage d'un système d'autorisation préalable des publications à une liberté sous contrôle suppose en contrepartie l'élaboration d'une nomenclature précise d'infractions. La protection de l'honneur des particuliers, figure ainsi parmi les premières limites invoquées à la liberté d'expression¹⁶⁷⁰. C'est lors de

¹⁶⁶⁴ Maximilien DE ROBESPIERRE, « Sur les principes de la morale politique qui doivent guider la convention nationale dans l'administration intérieure de la République, 17 pluviôse [5 février 1794] », dans *Oeuvre de Maximilien de Robespierre*, Marc BOULOISEAU, Albert SOBOUL (dir.), Paris, Société des études robespierristes, 2007, t. X, p. 356-357.

¹⁶⁶⁵ Louis-Sébastien MERCIER, *Tableau de Paris*, Amsterdam, 1783, t. VI, p. 144 [Nous soulignons].

¹⁶⁶⁶ Marcel GAUCHET, *Robespierre, L'homme qui nous divise le plus*, Paris, Gallimard, 2018, p. 244.

¹⁶⁶⁷ Voir *supra*. Section I- §. 3- B- La critique du masque du courtisan et l'établissement du *continuum* vie privée et vie publique.

¹⁶⁶⁸ Maximilien DE ROBESPIERRE, *Œuvres*, Paris, Faubourg Saint-Denis, 1840, t. II, p. 90.

¹⁶⁶⁹ Fabrice HADJADJ, « La terreur par la pitié : Hannah Arendt et la Révolution », Renaud ESCANDE (dir.), *Le livre noir de la Révolution Française*, Paris, Cerf, 2008, p. 142-194.

¹⁶⁷⁰ Sur le sujet des délits de presse sous la Révolution : Paul BLAIN, *Penser le délit de presse (1789-1794)*, mémoire de recherche sous la direction de François SAINT-BONNET, Université Paris II-Panthéon Assas, dacty., 2016, 133 p. ; Alma SÖDERHJELM, *Le Régime de la Presse pendant la Révolution Française*, Helsingfors, Imprimerie Hufvudstadsbladet, 1900, t. I 192 p. et t. II 286 p. ; Jérémy POPKIN, *La presse de la Révolution, Journaux et journaliste (1789-1799)*, Paris, Odile

ces débats la libre communication des opinions qu'est soulevé le problème des outrages qui atteignent l'homme public dans ce qu'il a de plus intime. Contrairement à ce qui est souvent avancé, l'idée qu'il faille « armer la loi¹⁶⁷¹ » contre les abus de la liberté de la presse n'est pas postérieure à la Révolution mais est déjà présente dans l'œuvre de ceux-là mêmes qui réclament en 1789 l'instauration de la liberté de la presse. Le journaliste Thiebault n'hésite ainsi pas à inventorier les maux qui accompagnent un régime de liberté illimitée :

Mais la haine et la vengeance, la jalousie et la rivalité oublieront elles d'abuser aussi de la liberté de la presse ? Quel Citoyen pourra se flatter de conserver la bonne réputation qu'il aura acquise ? Le méchant, l'ingrat, le fourbe, l'homme atrabilaire, manquera-t-il de *troubler l'honnête homme dans la jouissance de ce qu'il a de plus cher* ? Non ; on verra la médisance perpétuer les fautes, la calomnie supposer les fautes, la calomnie supposer les crimes, la légèreté les répandre et s'en repaître. Et qui pourra échapper à ce genre cruel de désolation ?¹⁶⁷²

Le député soutient que s'il faut dénoncer les méfaits de « l'homme puissant¹⁶⁷³ », il convient en revanche d'interdire la dénonciation et l'outrage portés à l'honneur des particuliers. Il faut en effet selon lui empêcher les journaux et les livres d'avilir les personnes dans ce qui a trait à leur conscience et à leur vie privée¹⁶⁷⁴. S'il est nécessaire de permettre la critique démocratique, il ne faut pas troubler le simple citoyen qui n'exerce aucun mandat. À l'orée de l'Ancien Régime, constatant la place prise par l'imprimé dans la vie politique, les révolutionnaires sont lucides sur le phénomène nouveau de la publication d'écrits périodiques et de brochures à grande échelle, sur ses bienfaits providentiels et les risques que celle-ci fait courir. Ils sont cependant tiraillés entre deux injonctions qui tendent à devenir contradictoires, d'une part la volonté de libérer la critique démocratique des élites et d'autre part la reconnaissance au profit de tous, y compris ceux exerçant des mandats publics, d'un droit à l'honneur (§. 1). La difficile conciliation de ces deux objectifs explique sans doute la longue gestation du principe de protection de la vie privée à cette époque et les débats que cette question soulève (§. 2). Si la réaction thermidorienne est l'occasion d'un retour des questions des limites à la délation publique (§. 3), le code pénal napoléonien ne comporte toujours aucune disposition protégeant explicitement la vie privée des citoyens, ni aucune formulation d'un droit au respect de la vie privée en tant que tel (§. 4).

§. 1 - Le double impératif des révolutionnaires : libérer la presse en protégeant les particuliers

Conscients des différentes dérives liées aux abus de la parole publique, certains hommes de la Révolution posent les premiers fondements de la notion de vie privée en droit de la presse. L'optimisme libéral des premiers temps et la confiance dans l'esprit public devant venir policer la presse n'empêchent en effet pas certains révolutionnaires de concevoir des limites à la liberté d'expression. Dans ses réflexions sur

Jacob, 2011, 250 p. ; C. BELLANGER, J. GODECHOT, P. GUIRAL, F. TERROU (dir.), *Histoire générale de la presse française*, Paris, PUF, 1969, t. 1, p. 167.

¹⁶⁷¹ Dieudonné THIEBAULT, *Mémoire sur la liberté de la presse*, Paris, 1789, p. 68.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 55.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*

les délits de presse qui précèdent largement les troubles de la Révolution, Condorcet considère que la diffamation peut consister indifféremment dans l'allégation d'un fait faux mais cru vrai, dans celle d'un fait dont la vérité n'a pu être prouvée, ou encore dans un fait prouvé¹⁶⁷⁵. Il existe donc bien des cas dans lesquels la vérité est légitime et d'autres où elle doit être écartée. Quel doit alors être le critère de distinction ? Le philosophe propose la solution suivante : il faut limiter l'exception de vérité d'une part *aux faits pénalement répréhensibles* et d'autre part *aux faits notoires*¹⁶⁷⁶. Pour le reste, c'est-à-dire les agissements légaux mais non publics, ceux-ci doivent être, selon lui, maintenus hors du domaine de la publication.

Dans un régime où la liberté de la publication est la règle, la protection de la part privée de l'homme semble d'autant plus justifiée que la dénonciation frappe comme la foudre et le démenti par la preuve de la véracité des faits déshonorants est quasiment impossible. De même, le défenseur de la liberté Malesherbes considère aussi que la libération de la presse doit s'accompagner d'une protection des personnes. En effet, il déclare craindre particulièrement les « satyres personnelles¹⁶⁷⁷ », qu'il dit avoir en horreur. Le principe qui veut que la liberté fasse éclore la vérité ne reçoit aucune application dans son esprit. Aussi refuse-t-il le principe de la défense par la preuve de la véracité des faits :

Le Citoyen insulté n'a presque jamais de moyen d'administrer la preuve de la calomnie, parce que les faits négatifs ne se prouvent point, et la satire est une blessure cruelle dont la cicatrice ne s'efface jamais. *D'ailleurs, quand les injures seraient des vérités, c'est toujours un crime de les publier.* Il est cruel de révéler au public les fautes et les faiblesses particulières, et il n'y a aucun motif de bien public pour autoriser cette cruauté¹⁶⁷⁸.

L'ancien responsable de la censure de Louis XV montre bien en quoi certaines révélations sont d'autant plus condamnables en raison de leur exactitude. Conformément aux principes de l'ancien droit en matière de diffamation, cet ami de la famille royale soutient fermement que toutes les vérités ne sont pas bonnes à dire et que la dénonciation ne doit être possible que pour les cas « fort rares » pour ce qui touche aux intérêts de l'État¹⁶⁷⁹. Hormis quelques hypothèses qu'il ne mentionne pas, les attaques contre les personnes ne portent pas sur une « vérité dont il faille instruire le public¹⁶⁸⁰ ». Cette position, qui entend protéger l'honneur des particuliers aux dépens de la libération totale de la presse, est encore partagée par Brissot. Dans un mémoire de 1789, l'avocat parisien estime que « la liberté de la presse, qui est le grand boulevard des libertés, doit permettre de discuter des actions *publiques* des hommes *publics*¹⁶⁸¹ ». En conséquence, la protection proposée distingue bien deux situations : les jugements portés sur les personnes publiques légitimement soumises à la critique et ceux concernant la personne privée, dont les actions importent peu.

¹⁶⁷⁵ Nicolas CONDORCET, *Fragments sur la liberté de la presse*, dans *Œuvre de Condorcet*, Paris, Didot, 1847, p. 273.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ Chrétien-Guillaume de LAMOIGNON DE MALESHERBES, *Mémoires sur la librairie et la liberté de la presse*, éd. Antoine-Alexandre BARBIER, Paris, H. Agasse, 1809, p. 276-277.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ René-Charles VATAR, *L'ombre de J.-P. Brissot, aux législateurs français, sur la liberté de la presse ou Extrait fidèle d'un imprimé ayant pour titre : Mémoire aux États Généraux sur la nécessité de rendre dès ce moment la presse libre, et surtout pour les journaux politiques*, 1798, p. 15 [Nous soulignons].

La volonté de protéger la réputation se retrouve dans les revendications formulées par les députés lors des États Généraux. Si de nombreux cahiers de doléances réclament l'abolition de la censure préalable, un nombre non négligeable demande que soit mieux protégé l'honneur des particuliers¹⁶⁸². La revendication d'une protection égale de la réputation de tous les citoyens se retrouve par exemple dans le cahier de la noblesse d'Étain, qui demande :

Que la vie et l'honneur des citoyens soient placés sous la sauvegarde des lois tellement que les attentats des méchants et les excès des dépositaires de l'autorité qui se rendraient coupables de voies de fait ou de calomnies graves ne puissent demeurer impunis¹⁶⁸³.

L'idée selon laquelle la liberté de la presse est d'un grand bienfait mais qu'elle doit être accompagnée de solides protections de l'honneur des particuliers semble donc profondément ancrée. La culture de l'honneur, loin d'être abandonnée, est reprise par plusieurs révolutionnaires. L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sur la liberté de communication de ses pensées fait d'ailleurs déjà référence aux abus de la liberté d'expression. Dans le projet de déclaration de Mounier, l'article qui proclame cette liberté mentionne encore la nécessaire répression des « calomnies contre les particuliers¹⁶⁸⁴ ». Targuet considère quant à lui que « la vie de l'homme, son corps, sa liberté, son honneur » sont des propriétés qu'il convient de protéger. Il formule ainsi un article de cette manière :

Art. 14. Tous les hommes ont droit à l'honneur, *c'est-à-dire à l'estime de leurs semblables*, s'ils n'ont pas mérité de la perdre ; et les lois doivent les garantir des effets de la calomnie et des outrages¹⁶⁸⁵.

L'idée d'un droit reposant sur une égale protection de tous induit que l'honneur soit présumé également réparti entre les hommes. Qu'est-ce alors qu'un droit à l'honneur, si ce n'est l'interdiction de toute délation quelle qu'elle soit ? En effet, si le droit ne peut forcer le respect, il peut en revanche interdire l'outrage en sanctionnant la diffamation.

La préférence pour la protection de l'honneur du simple particulier avant celui des aristocrates est vue comme un retournement des principes de l'Ancien Régime. Là où l'ancien droit est présenté par les révolutionnaires comme conduisant à une certaine idolâtrie de l'homme public, la nouvelle législation entend faire l'inverse : elle laisse la critique converger vers l'homme public, tout en protégeant l'homme privé. Le 20 janvier 1790, lorsque l'Abbé Sieyès soumet un projet de loi sur la presse, il souligne l'importance d'un régime distinct pour les attaques qui portent sur les « opérations publiques¹⁶⁸⁶ » des fonctionnaires et celles qui ont pour objet leur « personne individuelle, ou des prévarications personnelles¹⁶⁸⁷ ». Cette séparation voulue entre la protection des particuliers et celle du citoyen fonctionnaire s'inscrit dans le prolongement du partage entre le domaine de l'État et celui de la société. Elle est bien le signe que, comme le disait Isaac

¹⁶⁸² Charles Walton évoque la revendication d'un droit à l'honneur. Charles WALTON « La liberté de la presse selon les cahiers de doléances de 1789 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 53 (2006), p. 63-87.

¹⁶⁸³ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 2, p. 219.

¹⁶⁸⁴ Alma SÖDERHJELM, *Le Régime de la Presse pendant la Révolution Française*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁸⁵ *A. P.*, 2^e série, t. 8, séance du 27 juillet 1789, p. 288 [Nous soulignons].

¹⁶⁸⁶ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 11, séance du 20 janvier 1790, p. 262.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

Le Chapelier, dans le nouveau régime, « il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu et l’intérêt général¹⁶⁸⁸ ».

S’il faut attendre 1791 pour que les premiers délits de presse soient juridiquement définis, la question de la protection des particuliers consécutive à la suppression de la censure apparaît dès 1789. L’historien Charles Walton et le juriste James Whitman ont tous deux bien remarqué la différence entre la libération de la presse en France et aux États-Unis, où la protection de l’honneur n’est pas clairement posée comme limite à la liberté d’expression¹⁶⁸⁹. Une fois n’est pas coutume, les révolutionnaires français ont su faire preuve de davantage de modération que les rédacteurs du premier amendement de la Constitution américaine. Dans l’article 10 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, ils ont ainsi intégré dans la proclamation de la liberté d’expression le principe même de ses limites :

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme et tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement *sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.*

La libération de la parole et la démocratisation de l’honneur conduisent par suite à la création d’un délit d’outrage envers les particuliers. Le débat public est nécessaire, mais il ne justifie pas n’importe quelle publication. Condorcet, Sieyès et Malesherbes usent tous trois de cette idée selon laquelle l’imprimerie moderne est l’équivalent de ce qu’était la place publique dans les anciennes républiques¹⁶⁹⁰. Malgré leurs divergences, ils s’accordent sur cette même nécessité de protection des particuliers. La presse doit servir l’établissement d’une communauté de vision, elle est l’occasion de mettre « toutes les vérités en commun¹⁶⁹¹ », mais cette mise en lumière de l’espace politique, si légitime qu’elle soit, doit respecter les individualités privées.

¹⁶⁸⁸ Emmanuel SIEYÈS, *Qu’est-ce que le tiers État ? (1789)*, Paris, PUF, 2001, p. 30. Sieyès, qui réaffirmait l’importance du partage entre sphère publique et privée, souligne le fait que dans le nouvel état des choses, il n’y a plus d’ordre mais des professions *publiques* et des professions *privées*. « Si le clergé n’était qu’un ordre, il ne serait rien de réel. Il n’y a dans une société politique que des professions privées et des professions publiques. Hors de là, ce ne sont que billevesées ou dangereuses chimères. »

¹⁶⁸⁹ Charles WALTON, *La liberté d’expression en révolution- Les mœurs, l’honneur, la calomnie*, trad. Jacqueline ODIN, PU Rennes, 2014, 315 p. ; James Q. WHITMAN, « Enforcing Civility and Respect : Three Societies », *The Yale Law Journal*, t. 109 (2000), p. 1279-1398.

¹⁶⁹⁰ Philippe MÜNCH, « Révolution française, opinion publique et transparence : les fondements de la démocratie moderne », *Appareil*, t. 7 (2011), p. 1-7.

¹⁶⁹¹ Jérôme PÉTION, *Discours sur la liberté de la presse*, Paris, Imprimerie nationale, 1791, p. 30. *A. P.*, 1^{ère} série, t. 24, séance du 23 août 1791, p. 652 : « La liberté de la presse met toutes les vérités en commun, étend les connaissances de l’homme, perfectionne ses institutions, est le plus ferme rempart de la liberté publique, avertit, en sentinelle vigilante, des attaques des ennemis qui conspirent contre elle, protège les faibles, et fait trembler les tyrans : cette liberté doit donc être entière et illimitée. »

§. 2 - La difficile gestation du délit d'outrage envers les particuliers

Dans l'attente d'une loi pénale sur la presse, le débat s'opère en premier lieu hors de l'Assemblée par voie de brochures et de mémoires interposés puis par voie de propositions de lois. Dans un rapport sur la liberté de la presse, Sieyès suggère ainsi un système d'exception de vérité au champ d'application restreint. La vérité des faits pourrait, selon lui, être apportée seulement lorsque les allégations imputées seraient susceptibles de poursuites pénales¹⁶⁹². Dans la lignée de Condorcet, le député considère que la condamnation de la médisance s'arrête là où commence la loi. Il ne juge le dévoilement légitime que lorsque celui-ci collabore avec le bras de la justice. Dans le cas contraire, la vérité n'intéresse pas le public. Le député auvergnat Lanthenas s'approche plus encore d'un système protecteur de la vie privée lorsqu'il propose la constitution, dans chaque tribunal, d'un jury composé « d'hommes éclairés¹⁶⁹³ », chargés de veiller au principe de la liberté de la presse. Pour ce futur Girondin, le droit de critique peut porter sur le fonctionnaire public qui « se soumet à toute censure », mais non sur « les particuliers, les citoyens vivant d'un état industriel », lorsqu'est attaquée « leur vie privée¹⁶⁹⁴ ». Ceux-là seuls pourront poursuivre leurs adversaires devant les tribunaux, pour obtenir plus ample satisfaction. La protection proposée par le député ne vise que les particuliers, compris comme tous ceux qui sont occupés à leurs affaires et dont la conduite est jugée indifférente à la société. La vie publique, quant à elle, concerne la surface sociale de chaque individu. Tout ce qui engage sa notoriété individuelle, son mérite, sa distinction individuelle et ses opinions politiques, peut être publiquement débattu.

La définition des bornes de la liberté d'expression est considérée comme une question politique de premier rang qui mérite d'être insérée dans la Constitution. Ainsi, le 22 août 1791, le débat sur les délits de presse est porté devant la Constituante. L'idée d'une limite à la liberté de publication est intégrée dans le texte adopté par l'Assemblée, qui reconnaît la pénalisation de la provocation à la désobéissance et à l'avilissement des pouvoirs constitués, les calomnies contre la probité des fonctionnaires publics et enfin « les calomnies ou injures contre quelque personne que ce soit, relatives aux actions de leur vie privée¹⁶⁹⁵. L'article 17 du titre III consacré à l'organisation des pouvoirs publics de la Constitution de 1791 précise que les

¹⁶⁹² *A. P.*, 1^{ère} série, t. 11, séance du 20 janvier 1790, p. 262. Article 8 du projet.

¹⁶⁹³ *Ibid.*

¹⁶⁹⁴ *Ibid.* [Nous soulignons] Position reprise à la Convention : *A. P.* 1^{ère} série, t. 13, séance du 10 mai 1793, p. 523. Cette position avait déjà été préalablement défendue par le député dans un opuscule sur la liberté de la presse. François-Xavier LANTHENAS, *De la liberté indéfinie de la presse, et de l'importance de ne soumettre la communication des pensées qu'à l'opinion publique*, Paris, Visse, 1791, p. 27-28.

¹⁶⁹⁵ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 19, séance du 23 août 1791, p. 646 : Article 1 : « Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier, si ce n'est qu'il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l'avilissement des pouvoirs constitués, et la résistance à leurs actes, ou quelque une des actions, crimes ou délits désignés par la loi. Les calomnies volontaires contre la probité des fonctionnaires publics, et contre la droiture de leurs intentions dans l'exercice de leurs fonctions, pourront être dénoncées et poursuivies par ceux qui en font l'objet. Les calomnies ou injures contre quelque personne que ce soit, relatives aux actions de leur vie privée, seront punies sur leur poursuite. » [Nous soulignons].

injures contre les particuliers doivent être poursuivies *sur leurs poursuites*¹⁶⁹⁶. La protection de son honneur relève ainsi d'une prérogative personnelle, de sorte que l'idée d'un droit à faire respecter sa vie privée est déjà bien présente¹⁶⁹⁷. Cela étant, une telle idée, et surtout celle d'une protection de la vie privée des personnes publiques, ne fait toutefois pas consensus. Dans l'esprit des révolutionnaires, la personne qui remplit une fonction politique doit en effet rendre compte au public de ses actes. Lors d'un des premiers débats sur la question, les révolutionnaires se scindent ainsi entre ceux qui refusent en bloc le principe de la séparation entre vie privée et vie publique chez les fonctionnaires publics (A) et le camp des modérés, regroupant les partisans d'une protection étendue de la vie privée, y compris celle des individus qui exercent des fonctions politiques (B).

A- L'option robespierriste : libérer la critique pour dévoiler le véritable visage de l'ennemi

À rebours de toutes les prétentions à la liberté illimitée, le texte présenté par le juriste modéré Thouret est plutôt protecteur de l'honneur des particuliers¹⁶⁹⁸. Les défenseurs de cette formulation soutiennent que s'il faut « appeler l'opinion publique sur les actes d'administration¹⁶⁹⁹ », il convient aussi de protéger l'« honneur et la probité¹⁷⁰⁰ » de ceux qui sont à son service. La trame de l'équilibre subtil entre protection de l'individu et intérêt général est donc posée : les actes publics relèvent du public, la question de la rectitude morale d'une personne n'a pas à pénétrer l'espace commun. Si cette position semble s'appuyer sur un consensus fixé en amont des débats, le texte sur la protection du fonctionnaire public est combattu sur deux fronts. D'un côté, certains considèrent qu'il ne faut pas protéger la vie privée des fonctionnaires publics ; de l'autre, il est soutenu que le texte est mal formulé et ne protège pas explicitement la probité morale de ceux-ci. Pétion, qui fait partie du premier camp, prononce un long discours dans lequel il rappelle le rôle historique de la presse pour empêcher les faux semblants en matière politique :

Un des plus grands bienfaits de la liberté de la presse est de *surveiller sans cesse* les hommes en place ; d'éclairer leur conduite, de démasquer leurs intrigues, d'avertir la société des dangers qu'elle court ; c'est une sentinelle vigilante qui *jour et nuit* garde l'État¹⁷⁰¹.

Le révolutionnaire réfute ainsi catégoriquement l'idée d'interdire par principe toute révélation de faits privés des hommes publics, considérant qu'il s'agirait là d'un empiètement excessif sur le droit de critiquer les hommes en place. Pour Pétion, la transparence doit en effet viser non seulement le

¹⁶⁹⁶ Article 17 du titre III de la Constitution de 1791 : « - Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier sur quelque matière que ce soit, si ce n'est qu'il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l'aviilissement des pouvoirs constitués, la résistance à leurs actes, ou quelques-unes des actions déclarées crimes ou délits par la loi. - La censure sur les actes des Pouvoirs constitués est permise ; mais les calomnies volontaires contre la probité des fonctionnaires publics et *la droiture de leurs intentions* dans l'exercice de leurs fonctions pourront être poursuivies par ceux qui en sont l'objet. - *Les calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit relatives aux actions de leur vie privée seront punies sur leur poursuite.* » [Nous soulignons].

¹⁶⁹⁷ C'est d'ailleurs toujours le cas : l'article 49 de la loi du 29 juillet 1881 dispose que le ministère public ne peut engager des poursuites sans plainte pour ce type de délit. Le désistement du plaignant met fin aux poursuites engagées.

¹⁶⁹⁸ Faruk BILICI, « Thouret : sa vie, ses idées, son procès », *Hommage à Jacques-Guillaume Thouret, 1746-1794*, Rouen, 1990, p. 43-53.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*

¹⁷⁰¹ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 19, séance du 23 août 1791, p. 374 [Nous soulignons].

fonctionnement des institutions, mais aussi les personnes qui y contribuent. La position du député est symptomatique de la volonté de certaines personnalités de laisser s'introduire une moindre séparation entre vie publique et vie privée. Le député girondin estime qu'il doit être possible de s'en prendre non seulement aux opinions de ceux qui sont engagés dans la conduite et le service de l'État, mais aussi d'enquêter sur la droiture de leurs intentions. Les hommes qui entrent dans le domaine public doivent avoir la virilité suffisante pour s'exposer à la calomnie et sacrifier, s'il le faut, leur réputation sur l'autel de la patrie¹⁷⁰². Il considère aussi que par leur position, ils sont placés suffisamment haut pour ne pas se sentir attaqués par les bas outrages. Dans cette logique, l'homme qui ne veut pas s'exposer publiquement est soit un lâche, soit un traître :

Quel est celui qui redoute la publicité, qui tremble à la première attaque ? L'homme pervers et corrompu qui voudrait cacher ses propres pensées, qui n'ose pas se montrer tel qu'il est, et qui ne peut trouver l'impunité de ses vices et de ses crimes que dans le mystère ; l'homme intrigant, pénétré de sa nullité, qui ne soutient son crédit que par des artifices honteux, qui sent que sa réputation peut se dissiper comme un souffle, qui craint les regards pénétrants des gens instruits et courageux ; *l'homme faible et pusillanime qui chérit son repos, que l'agitation tourmente, qui aime la gloire sans avoir le courage de la défendre, et qui la croit flétrie, aussitôt qu'elle est touchée*. Mais je le demande : des hommes de cette trempe doivent-ils prendre en main le gouvernail de l'État, et *n'est-ce pas rendre un service à la chose publique que de les en éloigner* ¹⁷⁰³ ?

La sentence de Pétion est lapidaire : l'homme qui « redoute la publicité », c'est-à-dire la parole libre, est au mieux un courtisan qui se cache, au pire l'artisan d'un complot. Le citoyen vertueux, le patriote, est celui qui se présente devant tous sans artifice, sans fard et sans masque. Cette position semble exiger de tous un dévoilement rousseauiste des cœurs, voire l'exhibition de la rectitude de sa propre conscience. La presse apparaît donc comme l'instrument d'une morale sincère et d'une totale bonne conduite :

Mais celui qui se mettra sur les rangs, ce sera l'homme fier et vertueux, qui, fort de ses œuvres et de sa conscience, loin de redouter, invoque l'opinion publique, recherche la lumière autant que le méchant la fuit et voudrait que tous les hommes puissent lire au fond de son cœur¹⁷⁰⁴.

L'idée selon laquelle l'activité journalistique ou, plus largement, médiatique, ne doit être soumise à aucun filtre est aussi défendue par Robespierre. Ce jacobin et le girondin Pétion, hostiles à toute limite à la discussion publique, font ainsi de la totale liberté d'expression une condition de la vie publique. Pour eux, les journaux sont détenteurs d'une mission politique d'accusation en ayant pour rôle de dévoiler le caractère et la morale de ceux qui exercent des fonctions publiques. Partisans d'une « liberté indéfinie » de la presse, ils considèrent que ce n'est pas seulement l'homme public qui doit rendre des comptes mais l'individu tout entier, y compris l'homme privé¹⁷⁰⁵. Pour être juste, cette censure doit viser non seulement les apparences du pouvoir mais aussi ses arcanes.

¹⁷⁰² *Ibid.*, p. 375 : « L'homme qui accepte un poste élevé doit savoir qu'il s'expose aux tempêtes, qu'il va appeler les regards sur lui, que les rigueurs de la censure poursuivront toutes ses actions : c'est à lui à interroger son caractère, et à sentir s'il est capable de soutenir les attaques qui lui seront portées, s'il est supérieur aux revers, et même aux injustices. L'homme vertueux, qui a la passion du bien et l'amour de ses devoirs, doit ce sacrifice à sa patrie, ou pour mieux dire, ce n'en est pas un pour lui : il n'a rien à redouter de l'opinion publique ; elle peut s'égarer un instant, mais pour revenir plus forte que jamais l'entourer de toutes ses faveurs. Que peut une calomnie passagère contre une vie entière consacrée à la vertu, contre des actions pures, contre des services importants ? »

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 19, séance du 23 août 1791, p. 657.

Avec l'avancement de la Révolution, cette position ne tend qu'à être radicalisée, comme l'écrit plus tard Saint-Just dans son projet d'ouvrage sur les *Institutions républicaines* : « là où l'on censure les ridicules, on est corrompu. Là où l'on censure les vices, on est vertueux¹⁷⁰⁶ ». Or, si le vice est bien souvent caché, le ridicule, lui, est visible. La critique ne doit pas se contenter de ce qui est notoire, mais elle doit être plus radicale, en démasquant les comportements cachés et les convictions secrètes. Prenant la parole après Pétion, Robespierre refuse la distinction entre l'injure et la diffamation :

Je dis Messieurs, que par la nature des choses, l'intention de faire le mal est ici intimement liée au mal que l'on fait ; qu'il y a une connexité si nécessaire entre *commettre un crime et être un scélérat*, que c'est une absurdité de dire : vous aurez le droit de dire qu'un fonctionnaire public a commis un acte contraire à ses devoirs, et non le droit de dire que le fonctionnaire public est un traître, un prévaricateur¹⁷⁰⁷.

Le député Robespierre critique également le souci exprimé par certains de protéger la vie privée des fonctionnaires. Il voit encore la discrétion des affaires privées comme une attitude aristocratique, et considère l'homme vertueux comme étant celui qui accepterait de vivre dans une maison de verre¹⁷⁰⁸. La préoccupation visant à tenir à l'écart les intérêts privés conduit donc paradoxalement à effacer les frontières entre le public et le privé¹⁷⁰⁹. Pour lui, les vertus républicaines et la sincérité vont de pair, elles sont des ingrédients du régime représentatif moderne. La presse constitue l'instrument providentiel qui permet de mettre fin à cette rupture entre l'être et le paraître qui corrompait les anciennes aristocraties. La censure ne doit donc plus être du côté de l'État mais de la société, par l'intermédiaire des journaux. Comme les oies du Capitole, les journalistes sont les sentinelles vigilantes de l'espace public. Les citoyens ne doivent pas ménager « des magistrats corrompus¹⁷¹⁰ » mais doivent au contraire ne pas hésiter à dénoncer le mal sur « simple indice¹⁷¹¹ ». Cette exigence de vérité épargne toutefois les simples particuliers qui, par la force des choses, attirent moins l'attention sur leur personne. Comme le remarque Pétion, les actions de l'homme privé « se concentrent en lui-même, ou ont des rapports peu étendus¹⁷¹² » et n'intéressent de toute manière pas autrui. Pour protéger ce dernier, il propose la formulation suivante au cas où il serait malgré tout attaqué :

III. Les particuliers calomniés pourront, si bon leur semble, recourir à la justice pour réclamer les satisfactions et indemnités résultant des torts qu'ils auraient soufferts¹⁷¹³.

Cette proposition traduit bien le changement de perspective et l'abandon de la logique de l'honneur compris comme un masque au profit d'un système de suspicion patriotique. L'usage du terme de calomnie traduit d'ailleurs un abandon de la notion de diffamation, laissant penser que le texte qu'il projette n'entend

¹⁷⁰⁶ « Fragment des institutions républicaines » dans Louis Antoine de SAINT-JUST, *Œuvres complètes*, Paris, éd. Vellay, 1908, t. II, p. 516.

¹⁷⁰⁷ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 19, séance du 23 août 1791, p. 657.

¹⁷⁰⁸ Walter BENJAMIN, « Le surréalisme, le dernier instantané de l'*intelligentsia* européenne (1929) » dans *Œuvres*, Paris, Gallimard, t. II, p. 118 : « Vivre dans une maison de verre est par excellence une vertu révolutionnaire. C'est une ivresse, un exhibitionnisme moral dont nous avons grand besoin. La discrétion sur les affaires privées, jadis vertu aristocratique, est devenue de plus en plus le fait de petits bourgeois arrivés. »

¹⁷⁰⁹ Lynn HUNT, « Révolution française et vie privée », dans Philippe ARIÈS et Georges DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 4, De la révolution à la grande guerre, op. cit.*, p. 22.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² *A. P.*, 1^{ère} série, t. 24, séance du 23 août 1791, p. 651.

¹⁷¹³ Jérôme PÉTION, *Discours sur la liberté de la presse, op. cit.*, p. 33.

réprimer que l'imputation de faits faux, de sorte que même les particuliers ne seraient pas à l'abri de certaines divulgations touchant leur vie privée.

Le régime proposé par Robespierre et Pétion suppose de partager la population en deux catégories : d'un côté les hommes publics, relevant entièrement du « tribunal de l'opinion¹⁷¹⁴ », de l'autre les simples particuliers, qui peuvent quant à eux déposer plainte pour diffamation. Pour ce qui est des personnes exerçant des responsabilités politiques (c'est essentiellement dans ce sens que les révolutionnaires semblent entendre le terme « fonctionnaire public »), il faut laisser libre carrière aux écrivains et journalistes, en mandatant l'opinion publique du droit de juger des mœurs des représentants. La presse met en effet utilement en relation l'homme public avec la Nation. L'homme en place n'a à redouter aucun juge pour la seule raison qu'il doit être intègre :

Ce ne sont pas ces hommes incorruptibles, qui n'ont d'autres passions que celles de faire le bonheur et la gloire de leur patrie, qui redoutent l'expression publique des sentiments de leurs concitoyens. Ils sentent bien qu'il n'est pas si facile de perdre leur estime, lorsqu'on peut opposer à la calomnie une vie irréprochable et les preuves d'un zèle pur et désintéressé ; s'ils éprouvent quelquefois une persécution passagère, elle est pour eux le sceau de leur gloire et le *témoignage éclatant de leur vertu* ; il se reposent avec une douce confiance sur le suffrage d'une conscience pure, et sur la force de la vérité qui ramène bientôt ceux de leurs concitoyens¹⁷¹⁵.

Même s'il ne le formule pas et si la calomnie de l'homme public ne lui semble pas punissable, le modèle de la République romaine en arrière-fond du discours de Robespierre laisse présager qu'il serait sans doute en faveur d'un mécanisme de défense par la preuve de la vérité des faits. Mais dans son esprit, seuls les particuliers peuvent recourir aux tribunaux pour demander la restitution de leur honneur si celui-ci a été injustement écorné. Pétris de l'idéal des vertus antiques, Pétion et Robespierre refusent ainsi de reconnaître une protection particulière aux élites. L'homme libre ne craint pas ses juges, il sait se défendre et n'a pas peur de s'exposer à la calomnie qu'il peut démentir de sa simple autorité. Leur position tend à restaurer le rôle public des dénonciateurs dont parle Montesquieu et à exiger de tous la même sincérité que l'auteur des *Confessions*.

La dénonciation du vice ressemble toutefois davantage à une arme de guerre qu'à un dispositif servant effectivement à moraliser la vie publique. Saint-Just reconnaît d'ailleurs dans son commentaire de la Constitution de 1791 que la publication des fautes cachées est nécessaire mais ne sert pas à corriger la personne :

Il est une autre espèce de mœurs, les mœurs privées, déplorable tableau que la plume se refuse quelque fois à tracer ; elles sont l'inévitable suite de la société humaine, et dérivent de la tourmente de l'amour-propre et des passions. *Les cris des déclamateurs ne cessent de les poursuivre sans les atteindre : les peintures qu'ils en font ne servent qu'à achever de les corrompre*. Elle se cachent souvent sous le voile de la vertu, et *tout l'art des lois est de les repousser sans cesse sous ce voile*. Voilà ce qui nous est resté des sacrés préceptes de la nature dont nous reverrons encore l'ombre civilisée¹⁷¹⁶.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 652.

¹⁷¹⁵ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 24, séance du 23 août 1791, p. 658 [Nous soulignons], publié aussi dans dans ROBESPIERRE, *Œuvre de Robespierre*, Paris, Vermorel, 1866, p. 162-185.

¹⁷¹⁶ Louis-Antoine DE SAINT-JUST, *Esprit de la Révolution et de la constitution de France*, Paris, Beuvin, 1791, p. 56.

L'aveu est de taille : la peinture du vice ne permet pas de corriger l'homme mais, au contraire, ne fait que renforcer encore plus le degré de dissimulation. L'injonction brutale à la vertu divise aussi la population en deux, entre ceux qui ont fait leur conversion républicaine en sacrifiant leurs intérêts privés et le camp des égoïstes, des intrigants et des corrompus.

L'identification de la vie publique et de la vie privée est, pour une partie des révolutionnaires, un obstacle de taille à la protection de l'intimité. Le vice comme la faiblesse et le préjugé sont les « chemins de la Royauté », et « ce qui est immoral est impolitique, ce qui est corrompue est contre-révolutionnaire¹⁷¹⁷ ». Comme le remarque Lucien Jaume, pour « Robespierre et Saint-Just, la *probité* est le *témoignage visible de la vertu* », elle relève de la société et « implique la transparence des actes, la justesse de l'intention, la responsabilité assumée devant tous¹⁷¹⁸ ». Lorsque l'action politique est vue comme le sommet de l'existence humaine, il n'y a plus de place pour la subjectivité ni pour la faute personnelle. Dans un discours du 29 septembre 1791 sur les droits des clubs, Robespierre défend l'idée selon laquelle les opposants, considérés comme des ennemis, n'ont pas le droit de se plaindre des injures personnelles dont ils font l'objet :

Est-ce un si grand malheur que dans les circonstances où nous sommes, l'opinion publique, l'esprit public se développent aux dépens même de la réputation de quelques hommes qui, après avoir servi la cause de la patrie en apparence, ne l'ont trahie qu'avec plus d'audace¹⁷¹⁹?

Le 7 Thermidor, deux jours avant sa chute, Robespierre renouvelle sa profession de foi dans la presse qui « protège l'espace public et le public, fait tomber les masques, révèle l'hypocrisie et dévoile les trahisons¹⁷²⁰ ». Dans ce climat de guerre civile, seul l'homme « régénéré » peut à la rigueur être laissé en repos dans sa sphère privée. Pour les autres, ils doivent pouvoir être surveillés en permanence et par n'importe quel moyen¹⁷²¹. La clameur populaire remplace témoignage de la conscience, elle est la preuve publique de son engagement dans le camp du bien.

B- L'option de La Rochefoucauld : sanctuariser la vie privée pour garantir à tous son droit à l'honneur

Sur la question de la vie privée comme sur tant d'autres, la Révolution n'est pas faite d'un seul bloc et les révolutionnaires ne sont pas unanimes¹⁷²². Une partie de l'Assemblée ne s'accorde ainsi pas avec l'idée

¹⁷¹⁷ Discours du 17 pluviôse an II [5 février 1794], *Œuvre de Robespierre, op. cit.*, t. III, p. 545.

¹⁷¹⁸ Lucien JAUME, « Robespierre chez Machiavel ? : Le culte de l'Être suprême et le "retour aux principes" », *Droit*, t. 13 (2013), p. 220 [Nous soulignons].

¹⁷¹⁹ Discours publié dans Slavoj ŽIŽEK, *Robespierre : entre vertu et Terreur [Les plus beaux discours de Robespierre]*, Paris, Stock, 2007, p. 111 [Nous soulignons].

¹⁷²⁰ « Discours du 25 juillet 1794 », ROBESPIERRE, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. X, p. 570.

¹⁷²¹ Discours de Robespierre : « Discours du 18 floréal », dans *Œuvres complètes, op. cit.*, t. X, p. 446 : « Sous la monarchie, les vertus domestiques ne sont que des ridicules, mais les vertus publiques sont des crimes [...]. Sous la monarchie, il est permis d'aider sa famille, mais non la patrie ; il est honorable de défendre ses amis, mais non les opprimés. La probité de la monarchie respecte toutes les propriétés, excepté celles du pauvre ; elle protège tous les droits, excepté ceux du peuple ».

¹⁷²² Sur l'existence au sein des révolutionnaires d'une césure entre un courant radical anti aristocratique voulant en découdre avec toutes les marques de l'ancienne France et un courant modéré admirateur de l'Angleterre : Jonathan ISRAEL, *Idees révolutionnaires*, Paris, Éditions de la rue d'Ulm, 2019, 930 p.

que la presse reçoive cette mission de contrôle des mœurs privées et des intentions. Le député La Rochefoucauld est de ceux-ci, s'inscrivant en faux contre tout impératif de transparence. Le duc défend une position modérée reposant sur une séparation stricte entre les actions de la vie privée et celles de la vie publique :

Je crois qu'il faut laisser à la censure la plus grande latitude à l'égard des choses relatives à l'exercice des fonctions, *mais à l'égard des actions de leur vie privée, les fonctionnaires publics sont dans la classe des autres citoyens*¹⁷²³.

La ligne de La Rochefoucauld est la suivante : la liberté de la presse ne justifie pas l'exposition publique des déboires privés, y compris pour les fonctionnaires publics. Ainsi, le député soutient qu'il convient de séparer ce qui relève de la vie privée de ce qui touche à la vie publique. Comme il le dit encore, il faut laisser « à la censure la plus grande latitude¹⁷²⁴ » mais sanctionner dès que cela est possible les injustifiables procédés et révélations. Le domaine politique n'est pas celui de la guerre et, chez les peuples policés, les affaires humaines ne se règlent pas par voie de calomnie. Dès lors que le fonctionnaire s'est dévoué pour occuper certaines fonctions, il n'est pas légitime d'exiger de lui un héroïsme démesuré et il est convenable de protéger sa vie privée. La position de La Rochefoucauld repose ainsi sur un refus de la logique de la médecine homéopathique : la présence du remède de l'autojustification ne légitime pas la libre circulation du poison de la calomnie. La possibilité de se défendre en invoquant sa propre probité par voie de presse ne répare pas totalement le mal causé par la publication des faits. Il propose ainsi d'inscrire la Constitution la formulation suivante :

Tout homme a le droit d'imprimer et de publier son opinion sur tous les actes des pouvoirs publics, et sur tous les actes des fonctionnaires publics relatifs à leurs fonctions ; mais la calomnie *contre quelque personne que ce soit*, sur les actions de sa vie privée, pourra être jugée sur sa poursuite¹⁷²⁵.

Derrière cette position se trouve l'idée selon laquelle pour que la vie privée soit garantie, la presse doit admettre que lui soient opposées des limites. Pour le révolutionnaire modéré Duport, si cette dernière se situe au principe du gouvernement représentatif, encore faut-il que la transmission entre les représentants et les représentés ne soit pas anarchique, que le lien entre eux soit relayé par un cordon fidèle et que se forme un esprit public qui vienne policer les débats pour éviter que la liberté ne dégénère en licence. Selon le député de la noblesse, il faut protéger l'homme privé :

*Toutes les fois que [on] le calomnie [...] qu'on l'injurie gratuitement, [car] aucune intention publique, aucun intérêt patriotique, aucun bon motif ne pouvant porter un écrivain à tirer un homme obscur de son obscurité pour le traduire devant le tribunal du public et l'y calomnier ; par cela seul, l'écrivain peut et doit être puni*¹⁷²⁶.

La distinction entre l'attaque gratuite et la dénonciation utile requiert la séparation entre, d'un côté, l'outrage à la personne en tant qu'elle exerce une fonction publique et, de l'autre, l'atteinte à l'homme privé, en tant qu'il n'est qu'un simple particulier. Une telle formulation conduit nécessairement à une scission entre

¹⁷²³ *A. P.*, 1^{ère} série, t. 19, séance du 23 août 1791, p. 653 [Nous soulignons].

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 658.

l'évaluation de l'homme en tant qu'il est comme les autres et la critique liée à l'exercice d'une fonction sociale. Il s'agit ainsi de protéger en priorité l'homme ordinaire, ou la probité ordinaire de chaque homme.

La proposition défendue par La Rochefoucauld et reprise par le député Thouret se retrouve *in fine* dans la Constitution de 1791. Là où Robespierre et Pétion confondaient volontairement l'évaluation politique d'une personne et l'appréciation de son caractère moral, quelques révolutionnaires modérés font la part des choses entre les révélations légitimes et celles qui visent certains aspects de sa vie de simple particulier. Ils pointent ainsi les dangers de la critique illimitée des personnes. Les conduites privées, la probité et la droiture des intentions n'ont par nature pas leur place devant le tribunal de l'opinion qui, comme les autres juridictions, hormis celle de la conscience, ne peuvent juger les hommes que pour ce qu'ils font, et non pour ce qu'ils sont. La distinction vie publique/vie privée opérée dans le texte de la Constitution de 1791 permet de ne pas confondre deux types de délits qui sont depuis lors traités séparément, à savoir l'outrage de l'homme public et l'attaque à l'homme en tant qu'il est un simple particulier. L'atteinte à la tranquillité de l'homme privé s'entend alors dans un sens large comme l'évocation de tout ce qui ne se rattache pas à l'exercice de certaines fonctions au service de la collectivité.

À l'issue du premier débat opposant les partisans des droits de la critique à ceux du droit à l'honneur, l'idée selon laquelle doivent être établis deux régimes de protection distincts pour la vie privée et pour la vie publique est entérinée par le constituant. Marat, se rangeant dans la première catégorie, tempête contre cette disposition qui vient poser des bornes au rôle de censeur du journaliste :

Atroces légistes, vous prétendez que la censure ne morde pas sur vous : soyez intègres, soyez des gens de biens, de vrais amis de la patrie : c'est le seul moyen convenable d'imposer le silence à la calomnie, de mettre vos noms en bonne odeur, et de vous faire respecter même des méchants¹⁷²⁷.

Le journaliste récrimine contre le fait que l'on puisse attaquer l'homme public sans pouvoir s'en prendre à l'homme privé. Comment un « fripon fiéffé dans sa conduite privée (sic)¹⁷²⁸ » peut-il en effet, selon lui, être « un homme pur dans sa conduite publique ?¹⁷²⁹ » La sentence est limpide, la dénonciation du vice privé n'est que le prolongement naturel du droit de critique inhérent à la liberté de la presse. Les désaccords ne doivent néanmoins pas effacer un certain consensus de fond sur la sanction des calomnies portées contre les simples particuliers. Même Robespierre et Pétion, qui défendent la liberté d'attaquer par tous les moyens possibles les fonctionnaires publics, admettent ainsi la nécessité de prohiber les injures et les calomnies adressées au simple citoyen.

¹⁷²⁷ *L'Ami du peuple*, t. 538, 26 août 1791, p. 8.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, p. 6-7 : « Dispositions ridicules et contradictoires, dont la première suppose que les agents de l'autorité sont des saints qui malversent toujours, sans le vouloir, et sans y songer, dont la dernière suppose qu'un fripon fiéffé dans sa conduite privée est toujours un homme pur dans sa conduite publique, et qui toutes deux rendent parfaitement illusoire la liberté d'écrire, par l'extrême difficulté, ou plutôt la presque impossibilité de la preuve juridique des crimes des coupables des agents du pouvoir. »

¹⁷²⁹ *Ibid.*

§. 3 – La recherche des limites à la délation publique sous le Directoire

À la suite de la réaction thermidorienne, la recherche d'un équilibre entre liberté de la presse et protection des particuliers est de nouveau mise à l'ordre du jour. Pour ce qui est de la protection des particuliers, Boissy d'Anglas propose de lever l'équivoque et suggère que soit rétabli le principe selon lequel la vérité n'est pas une excuse. Dans un discours du 19 frimaire an IV¹⁷³⁰ de présentation d'une nouvelle loi sur la presse, il défend ainsi que :

Un homme privé s'est, en quelque sorte, mis hors du jugement de l'opinion ; il n'y a que le magistrat qui ait le droit de s'enquérir de la conduite qu'il tient ; si vous adoptiez le principe qui veut qu'on puisse publier tout ce qui est vrai dans la vie d'un homme privé, et qu'on ne fût responsable qu'en cas de mensonge, vous établiriez chaque citoyen accusateur public de tous les autres¹⁷³¹.

La passion républicaine pour démasquer l'hypocrisie des hommes semble s'être affaiblie, de sorte que la nécessité de la protection de la vie privée peut de nouveau être avancée. Si l'affirmation de *L'Émile* selon laquelle « le bon fils, le bon mari, le bon père font de bons citoyens¹⁷³² », reprise explicitement dans la Déclaration des devoirs de 1795, repose sur l'idée d'une continuité entre vertu publique et vertu privée¹⁷³³, il semble néanmoins que les thermidoriens aient une conscience plus grande que Robespierre et Pétion de l'importance de la séparation entre les deux domaines.

Lorsque la question de la liberté de la presse est remise sur le devant de la scène, les révolutionnaires essayent de donner à la liberté d'expression non pas un sauf-conduit illimité, mais, selon l'expression de Boissy d'Anglas, « un acte de garantie¹⁷³⁴ » qui permette d'interdire certaines attaques. Partisan d'une pénalisation des outrages à l'honneur, ce membre du Conseil des Cinq-Cents propose d'exclure toute discussion publique sur la vertu personnelle, quelle que soit la fonction de la personne. Aussi Boissy d'Anglas commence-t-il par récuser la logique antique fondatrice du permis de diffamer, en estimant que le citoyen ne doit pas être « l'accusateur public de tous les autres¹⁷³⁵ » et que l'opinion publique — « le tribunal le plus terrible¹⁷³⁶ » — n'a pas de droit d'enquête sur toutes les turpitudes. Ce révolutionnaire modéré défend ici moins l'autonomie de la vie privée qu'un retour à une saine protection de la réputation. L'honneur n'est pas

¹⁷³⁰ 10 décembre 1795.

¹⁷³¹ *Collection complète du Moniteur universel de Paris*, éd. Jean-Pierre GIEGLER, Milan 1804, t. IV p. 274 : «[...] et vous instaureriez, en faveur de la haine de l'intérêt particulier, la plus redoutable magistrature dont il soit possible de concevoir l'idée ; et, comme la cicatrice des plaies que la calomnie fait rester toujours, vous livreriez la vertu paisible aux atteintes de l'imposture audacieuse. »

¹⁷³² Jean-Jacques ROUSSEAU, *Le contrat social*, dans *Œuvres complètes, op. cit.*, t. III, p. 302 : « Le contrat ne peut fonctionner que s'il se greffe sur les sentiments naturels de l'homme. Ce qui fait la force de la société, c'est que l'amour que l'on a pour ses proches est le principe de celui que l'on a pour l'État. C'est par la petite patrie de la famille que le cœur s'attache à la grande. Le bon fils, le bon mari, le bon père font de bons citoyens ». On retrouve cette affirmation dans la Constitution de l'an II.

¹⁷³³ Article 4 de la Constitution de 5 fructidor an III [22 août 1795] : « Nul n'est bon citoyen s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux. »

¹⁷³⁴ *Collection complète du Moniteur universel de Paris*, éd. Jean-Pierre GIEGLER, Milan, 1804, t. IV., p. 260.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ *Ibid.*

un principe à abattre mais correspond pour lui à la « première propriété de l'homme de bien¹⁷³⁷ » contre les effets irréversibles de la dénonciation publique, car « les plaies de la calomnie restent toujours¹⁷³⁸ ».

Le masque de l'honneur doit avant tout protéger l'homme public contre toutes les attaques portées à sa vie privée. Il vise à défendre non pas le préjugé qui s'attache à certaines conditions, mais la probité qui s'attache à toutes. Fidèle à ce qu'il proposait déjà en 1791 lorsqu'il déplorait les funestes effets de la liberté illimitée de la presse, Lanthenas soutient lui aussi à nouveau la nécessité de ménager une protection aux particuliers. Dans un discours au Conseil des anciens du 4 Germinal an IV¹⁷³⁹, il déclare ainsi :

Mettez l'homme paisible et heureusement obscur à l'abri des calomnies et des vexations d'un ennemi ; donnez au fonctionnaire des moyens de combattre avec avantage celles dont il sera l'objet¹⁷⁴⁰.

Lors des discussions qui entourent la rédaction du code pénal de l'an V¹⁷⁴¹, Portalis, qui ne fait sans doute que rappeler les règles de l'ancien droit, définit la diffamation comme la « promulgation de choses infamantes », avec intention de nuire, qu'elles soient vraies ou fausses. Il note donc que, pour qu'il y ait injure, il faut qu'il y ait en premier lieu un « esprit d'injure¹⁷⁴² », c'est-à-dire un avilissement voire une intention de porter atteinte à autrui. Pour distinguer les attaques légitimes et les outrages condamnables, le parlementaire dresse un partage subtil entre ce qui ne doit pas selon lui être évoqué publiquement et ce qui peut l'être :

Un citoyen a trois espèces de réputation à conserver : la réputation de probité, la réputation de vertu, et la réputation de talent et de mérite. *L'injure la plus grave est celle qui attaque la probité* d'un citoyen, parce que la réputation de probité est la plus importante à un homme qui vit avec les autres hommes. *La réputation de vertu étant moins rigoureusement nécessaire*, les injures qui l'attaquent ont moins de gravité. Il est même une sorte de censure que l'on doit tolérer : les lois se sont chargées de punir les crimes : mais, ne pouvant se charger de flétrir tous les vices, elles ont supposé que les hommes se feraient justice eux-mêmes en punissant les coupables par la honte et par le mépris. Cependant, la censure dont nous parlons doit avoir des bornes ; elle dégénère en délit quand, par l'atrocité des faits et par la fureur des déclamations, on annonce plutôt le dessein de nuire que celui de corriger. *Quant à la réputation de talent et de mérite*, on peut l'attaquer avec liberté ; c'est l'objet de la critique, très distincte de la satire. Mais les nuances entre ces deux choses sont si délicates, souvent même si imperceptibles, *qu'on est obligé de s'en rapporter uniquement au jugement du public*¹⁷⁴³.

Portalis propose ainsi un régime de protection graduée qui va de la défense de la moralité privée au mérite et au talent. Pour ce qu'il nomme « la réputation de probité », elle doit être inviolable en tant que « propriété sacrée¹⁷⁴⁴ ». Il y a donc un certain nombre d'attaques qui ne sont jamais justifiables, même si la

¹⁷³⁷ *Ibid.*

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ 24 mars 1796.

¹⁷⁴⁰ *Réimpression de l'ancien Moniteur, : Directoire exécutif*, Paris, Plon, 1863, p. 28.

¹⁷⁴¹ Discours du 5 frimaire an V [25 novembre 1796].

¹⁷⁴² « Discours du 26 germinal an IV [15 avril 1796] », Guillaume LALLEMENT, *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale*, Paris, Emery, 1820, t. XVI, p. 99.

¹⁷⁴³ Guillaume LALLEMENT, *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale*, Paris, Emery 1821, t. XVI, p. 102 [Nous soulignons].

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 100 : « L'honneur est une propriété sacrée ; les âmes grandes et généreuses le préfèrent à la fortune, à la vie même : pourquoi donc serait-il permis d'attenter à l'honneur d'un citoyen plus qu'à toute autre propriété ? Il faut

loi ne peut protéger les personnes que « jusqu'à un certain point¹⁷⁴⁵ ». Les injures portées contre la vertu sont celles qui remettent en cause le caractère moral d'une personne mais dont la légèreté rend les poursuites bien souvent superfétatoires. La critique publique, quant à elle, est parfaitement légitime lorsqu'elle porte sur le mérite et le talent d'une personne. Nul n'est en effet propriétaire de l'estime des autres et, pour Portalis, il doit être possible de questionner ce qui fait la renommée de quelqu'un lorsqu'elle se fonde sur un art ou des qualités particulières. Les attaques portées contre le mérite n'avalissent donc pas celui qui en est l'objet, elles ne sont qu'un « obstacle à la gloire¹⁷⁴⁶ ». Ainsi, la critique doit pouvoir s'étendre au-delà de ce qui relève d'une fonction étatique. Ce triptyque traduit bien le souci de soumettre à un régime différent les actions qui appartiennent au public (le talent, le mérite et la gloire) et ce qui ne le concerne pas (la rectitude de la conscience, la probité, l'intégrité morale). Le partage entre la critique légitime et ce qui porte atteinte à ce qu'il y a de plus intime est bien saisi par les hommes du Directoire. Pris de cours par les événements du coup d'État du 18 fructidor avant celui du 18 brumaire, ce régime n'accouche d'aucune véritable loi sur la presse.

§. 4 – La restauration de l'exception de vérité dans le code pénal de 1810

Au lendemain de la Révolution, malgré l'abondance des débats sur les délits de presse, la protection de la vie privée ne fait encore l'objet d'aucune protection bien claire. Le climat politique instille une tension très forte entre la protection de l'honneur des particuliers et l'exigence de mise en lumière de l'espace politique. Ne parvenant pas à s'accorder sur un délit d'outrage aux personnes publiques, le législateur se résout du moins à reconnaître quelques garanties aux particuliers. Pour ce qui est des fonctionnaires publics, les hommes de l'Empire semblent plutôt convaincus que la presse ne doit se focaliser que sur les actions publiques des hommes titulaires de l'autorité de l'État ou de ceux exerçant certaines professions. La restauration discrète et progressive de la censure rend par ailleurs inutile tout dispositif légal de sanction des délits de presse¹⁷⁴⁷. Entre la fin du Consulat et la fin du règne de Napoléon, le verrouillage de la presse rend en effet la question de ses abus sans objet. C'est sans doute pour cette raison que la définition des délits de presse sous l'Empire ne fait pas l'objet de grands débats. Le codificateur de 1810 ne mentionne ainsi pas la

que les lois vengent l'injure ou qu'elles se rechargent à tolérer toutes les vengeances privées, et dès lors il n'y a plus de paix publique ; nous rentrons dans l'état de nature, et la société est dissoute. »

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 102.

¹⁷⁴⁷ Patricia SOREL, *Napoléon et le livre, La censure sous le Consulat et l'Empire*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, p. 58.

diffamation, mais retient toutefois l'expression de calomnie, c'est-à-dire l'imputation de faits faux. L'article 367 définit le délit de manière assez stricte :

Sera coupable du délit de calomnie celui qui, soit dans des lieux ou réunions publiques, soit dans un acte authentique et public, soit dans un écrit imprimé ou non qui aura été affiché, vendu ou distribué, aura imputé à un individu quelconque des faits qui, *s'ils existaient*, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à *des poursuites criminelles ou correctionnelles*, ou même l'exposeraient seulement au mépris ou à la haine des citoyens¹⁷⁴⁸.

Si cette infraction ne trouve pas sa place dans une législation spécifique à la presse, le texte insiste toutefois bien sur la publicité inhérente au délit. La protection de l'honneur est donc assez légère, puisque l'imputation doit être mensongère et le fait imputé doit être susceptible de donner lieu à des sanctions pénales. Le législateur impérial opère par ailleurs une rupture avec la logique d'Ancien Régime qui tendait à fonder la calomnie et la médisance dans la catégorie générale des injures en instituant la vérité comme motif de relaxe. L'article 367 du code pénal entérine ainsi explicitement le principe de la dénonciation de certains actes :

La présente disposition n'est point applicable aux faits dont la *loi autorise la publicité*, ni à ceux que l'auteur de l'imputation était, par la nature de ses fonctions ou de ses devoirs, obligé de révéler ou de réprimer¹⁷⁴⁹.

Par cette disposition, le code napoléonien n'entérine rien de moins que la restauration de l'*exceptio veritatis*, c'est-à-dire du mécanisme permettant de justifier l'auteur de la dénonciation d'un fait s'il s'avère exact. Mais si l'on s'attarde davantage sur le texte, rien n'est moins sûr. Les distinctions entre la calomnie et la révélation d'un fait vrai ne semblent pas coïncider avec l'instauration d'une logique de transparence aux dépens de toute protection des particuliers. La formulation semble sous-entendre que la publicité n'étant justifiée que pour certains faits, d'autres doivent rester dans l'ombre. La preuve demandée à l'auteur de la révélation semble par ailleurs très difficile, voire quasiment impossible, à établir. Les dispositions du code instituent en effet un système de preuve légale qui ne peut être apportée que par jugement ou par acte authentique. Une telle disposition semble établir un compromis assez trouble entre la volonté de prendre en considération la vérité du fait imputé dans des circonstances exceptionnelles et l'ancien droit, qui mettait sur le même plan la calomnie et la médisance. Comme le remarque un commentateur, le législateur a avancé dans une direction et, « comme effrayé de son principe¹⁷⁵⁰ », il semble reculer dans le même temps, en rendant quasi impossible la preuve de la vérité des faits litigieux. La législation intermédiaire retenue par les rédacteurs du code pénal est donc ambivalente : elle ressuscite l'exception de vérité pour permettre à la personne accusée de diffamation de se défendre, mais la vie privée reste protégée en ce que la preuve de la vérité de la faute alléguée est rendue quasiment impossible¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁸ Article 367 du *Code pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois, précédé de l'exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'État*, Paris, Belin, 1812, p. 375 [Nous soulignons].

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

¹⁷⁵⁰ Denis SERRIGNY, *Traité du droit public des Français*, Paris, Joubert, 1846, t. II, p. 75.

¹⁷⁵¹ Jean-Louis HALPÉRIN, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944, op. cit.*, p. 146.

Si l'on dresse un bilan des premiers débats sur la question de la pénalisation des outrages faits aux particuliers, le jugement ne peut être qu'en demi-teinte. L'ancien droit protégeant l'honneur ne semblait pas faire la part des choses entre le public et le privé. Face aux outrages à la vie privée, il protégeait de fait cette dernière mais en interdisant rigoureusement toute publication médisante. La Révolution vient changer ce système, en reconnaissant à la presse la faculté de discuter plus librement des affaires publiques, spécialement s'agissant de ceux qui doivent légitimement comparaître devant le « tribunal du public ». L'héritage de cette culture de l'honneur ne disparaît donc pas lors de la Révolution. La revendication d'un droit à la réputation au sens d'une protection de la dignité des particuliers reste présente chez certains députés et dans la doctrine pénale du droit de la presse. La vie privée du simple citoyen, mais aussi des personnes publiques, n'est toutefois encore garantie par aucun système pénal efficace. Pourtant, le refus de la distinction entre vertu privée et vertu politique au nom du *continuum* implacable entre vie publique et vie privée légitime la thèse de la surveillance de la moralité individuelle des hommes publics. De nombreux députés soutiennent en effet toujours que les représentants de l'intérêt collectif doivent être, par leur état, soumis à la vigilance des représentés, et ce par l'intermédiaire de la presse. Il faut attendre la Restauration, c'est-à-dire l'avènement d'un régime qui entend réconcilier le passé et le présent, pour que l'idée d'un masque de l'honneur et donc d'une protection dont chacun peut se prévaloir, quelle que soit sa fonction, soit durablement établie par la loi.

Chapitre II- La protection de la vie privée au moyen de l'honneur : l'histoire d'une solution

À l'instar des révolutionnaires, les libéraux du début du XIX^e siècle font de la presse l'une des composantes des États libres. Chateaubriand en discourt ainsi dans ses *Mémoires d'Outre-Tombe* comme d'« une force autrefois inconnue », et la compare à « l'électricité sociale » qui met « la parole à l'état de foudre¹⁷⁵² ». Avec la presse, c'est la direction des affaires publiques qui est rendue accessible aux sens de chacun. Comme le relève Stendhal, « voir et juger était pour les Romains ce que lire le journal est aujourd'hui pour nous¹⁷⁵³ ». Guizot n'hésite pas non plus à écrire que la presse est « l'expansion de la vapeur dans l'ordre intellectuel¹⁷⁵⁴ ». Le témoignage de ces auteurs montre bien qu'ils sont parfaitement conscients du fait que l'imprimé définit les nouvelles modalités de notre expérience du monde politique et de notre relation individuelle à la vie publique. Ce premier système médiatique tend ainsi à être compris comme le prolongement du régime parlementaire et le nouvel arbitre des notoriétés. Dans les *Illusions Perdues*, Balzac décrit bien le chantage à la réputation imposé par les journalistes aux notables qui s'empressent de trouver

¹⁷⁵² François-René de CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, Liège, Lardinois, 1850, t. IV, p. 205.

¹⁷⁵³ STENDHAL, *Promenade dans Rome*, dans *Voyage en Italie*, Paris, Gallimard, 1973, p. 764.

¹⁷⁵⁴ François GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, Paris, Lévy, 1858, t. I, p. 176.

des moyens d'échapper à la critique. Voici comment s'exprime le journaliste Lousteau qui enseigne au personnage principal, le jeune Lucien, son métier :

C'est la bourse ou l'honneur. [...]. Ce chantage relatif à la vie privée est ce que craignent le plus les riches Anglais, il entre pour beaucoup dans les revenus secrets de la presse britannique, infiniment plus dépravée que ne l'est la nôtre. Nous sommes des enfants ! En Angleterre, on achète une lettre compromettante cinq à six mille francs pour la revendre¹⁷⁵⁵.

Tout au long de la Restauration, les différentes lois sur la presse sont l'occasion de limiter l'empire des gazettes qui font l'opinion publique. Les lois du 17 mai, du 26 mai et du 9 juin 1819 entendent restaurer le rôle politique de la publication tout en fixant des limites aux attaques personnelles. Présentées par le ministre de la justice Hercule de Serre, ces lois sont conçues comme les franchises royales d'Ancien Régime qui toléraient des libertés tout en les plaçant sous bonne garde. Elles préfigurent néanmoins par bien des aspects la loi de 1881. Comme dans celle-ci, il n'est pas seulement question de l'imprimé ou même de la seule presse périodique, mais de tous les moyens par lesquels les informations sont rendues publiques. Le Garde des sceaux relève bien à ce titre qu'il faut assimiler à la presse « tous les autres moyens de publication par lesquels un homme peut agir sur l'esprit des hommes¹⁷⁵⁶ ». La loi pose ainsi plus nettement que le code de 1810 une différence entre le régime pénal des infractions de la parole dans l'espace public et celles qui ont lieu dans un cadre strictement privé¹⁷⁵⁷. Pour que la publicité soit moindre, elle prévoit en outre que les délits d'injure et de diffamation envers les particuliers ne relèvent pas de la compétence de la cour d'assises mais des tribunaux correctionnels¹⁷⁵⁸.

Les parlementaires de la Restauration parachèvent le travail conceptuel de réflexion sur la nature particulière des délits de presse dans un système où sa liberté est recherchée. Dans la loi du 26 mai 1819, les termes de l'actuel délit de diffamation sont clairement fixés. Celui-ci est défini comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé¹⁷⁵⁹ ». Comme le remarque le pénaliste René Garraud, « l'élément de gravité prédominant de l'injure et de la diffamation est celui de la *publicité* qui leur est donnée¹⁷⁶⁰ ». C'est donc bien le passage d'une information injurieuse d'un groupe restreint de personnes à un ensemble social élargi qui est constitutif de ce type d'infraction spécifique. En outre, l'adjectif « toute » traduit la volonté du législateur de

¹⁷⁵⁵ Honoré DE BALZAC, *Illusions perdues*, Paris, Le livre de poche, 2006, p. 527.

¹⁷⁵⁶ *A. P.*, 2^e série, t. 23, p. 317. La presse n'est pas le seul instrument par lequel puisse avoir lieu le délit, elle ne sera pas même sous ce point de vue, l'objet d'une législation particulière : *on lui assimilera tous les autres moyens de publication par lesquels un homme peut agir sur l'esprit des hommes*, car ici encore, c'est dans le fait de la publication et non dans le moyen que réside le délit » [Nous soulignons].

¹⁷⁵⁷ Les jurys sont pourtant un élément essentiel de la législation libérale. François SAINT-BONNET, « Le jury et la liberté d'expression. La manifestation démocratique d'une aspiration libérale », *Droit et philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, t. 4 (2012), p. 1-12.

¹⁷⁵⁸ *Moniteur universel*, 18 avril 1819 : « Art. 13 : Les délits d'injure et ceux de diffamation verbale entre les particuliers seront jugés par les tribunaux de police correctionnelle, sauf, etc. [...] Art 14 : Les délits de diffamation verbale ou d'injure verbale contre toute personne, et ceux de diffamation ou d'injure par voie de publication quelconque contre des particuliers, seront jugés par les tribunaux de police correctionnelle, sauf les cas attribués aux tribunaux de simple police. »

¹⁷⁵⁹ Jean-Anatole GARNIER, *Code de la presse, ou Recueil complet des lois, décrets, ordonnances et règlements actuellement en vigueur sur cette matière*, Paris, Nève, 1822, p. 123 [Nous soulignons].

¹⁷⁶⁰ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, Larose, 1881, p. 748.

retenir une définition de la diffamation la plus englobante possible. Refusant la distinction entre l'allégation mensongère et la médisance, les rédacteurs de la loi préférèrent le terme de diffamation à celui de calomnie. Comme l'exprime le ministre Hercule de Serre dans son rapport devant la Chambre, une telle infraction « n'implique pas nécessairement la fausseté des faits¹⁷⁶¹ ». Il y a dès lors un changement de la règle inscrite dans le code pénal napoléonien et un retour aux principes de l'ancien droit. L'honneur n'est plus défendu contre la seule calomnie, mais contre tout propos infamant, vrai ou faux. La vérité n'est donc pas systématiquement sans effet sur l'infraction. L'article 20 de la loi du 26 mai 1819 dispose à ce titre que l'auteur de la diffamation peut, dans certaines conditions bien spécifiques, échapper à la condamnation en apportant la preuve de l'exactitude de ses propos. L'exception de vérité n'est toutefois possible que lorsqu'il s'agit d'actes rattachable à des fonctions publiques¹⁷⁶². Prudent, le législateur de la Restauration proroge ainsi le mécanisme de l'*exceptio veritatis* restauré en 1810, tout en le rendant inoffensif pour toutes les allégations et imputations de faits purement privés.

Les artisans de la loi de 1819 justifient leur réticence à étendre trop largement l'exception de vérité par leur préoccupation pour l'honneur, spécialement celui des familles et de la vie privée. Hercule de Serre plaide ainsi en faveur de la prorogation des principes qui animaient l'ancien droit sur cette question. Il reprend l'ancien argument selon lequel la vérité n'est pas une excuse, car ce n'est pas le mensonge qui fait le délit, mais l'avilissement qu'il produit. Pour lui, ce point semble aller de soi :

Tous les législateurs ont senti qu'il est impossible d'autoriser tout individu à publier, sur le compte d'un autre, des faits dont la publication causerait à ce dernier un dommage réel, fussent-ils vrais¹⁷⁶³.

La transparence doit ainsi viser les institutions mais ne doit pas concerner les personnes. Soucieuse de contrebalancer les droits de l'opinion publique par une solide protection des individus, la loi limite l'exception de vérité au champ des affaires publiques et au strict domaine des vérités utiles. En 1856, Désiré Dalloz relève encore que le fondement de cette règle qui fait obstacle au principe de liberté de la défense est « fort complexe¹⁷⁶⁴ » mais juste, en cherchant à garantir « la tranquillité des citoyens contre les attaques souvent injustes » qui sont « presque toujours uniquement inspirées par de mauvais sentiments¹⁷⁶⁵ ». Cet équilibre repris dans les lois de 1881 sera abandonné par l'ordonnance du 6 mai 1944, qui étend le mécanisme d'exception de vérité à *toutes les diffamations*, à l'exception des allégations relatives à la vie privée, à des faits anciens de plus de dix ans ou à des faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou encore à ceux

¹⁷⁶¹ *A. P.*, 2^e série, t. 23, p. 319 : « La diffamation n'implique pas nécessairement la fausseté des faits, elle dénote, d'une part l'intention de nuire, de l'autre, le dommage causé ! »

¹⁷⁶² C'est pourquoi on peut parler d'une définition a contrario ou en négatif de la sphère privée. Voir *infra*, Section 1-§- 2- Le choix d'une définition *ex negativo* de la vie privée.

¹⁷⁶³ *A. P.*, 2^e série, t. 23, p. 319.

¹⁷⁶⁴ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. XXXVI, Vis « Presse. Outrage publication », p. 744 : Le principe de liberté de la défense cède le pas à « la nécessité de garantir la tranquillité des citoyens contre les attaques souvent injustes, et presque toujours uniquement inspirées par de mauvais sentiments. Ce qui aggrave encore la difficulté, c'est que l'intérêt public semble devoir protéger des révélations qui, bien que présentées sous une forme blessante pour celui qu'elles atteignent dans son honneur, n'en peuvent pas moins servir à avertir et à diriger les magistrats chargés de veiller à l'ordre public. »

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*

qui ont donné lieu à une condamnation effacée par réhabilitation ou révision¹⁷⁶⁶. Pourtant, le principe de l'indifférence à la vérité, tempéré par l'admission partielle de l'*exceptio veritatis*, était le génie propre de cette loi, dont les défenseurs vantaient les gages qu'elle offrait tant à la liberté de la presse qu'à la protection de l'honneur et de la vie privée.

Lors des débats de la Restauration, la question de la préservation de la vie privée demeure en arrière-fond des discussions sur le délit de diffamation. Au XIX^e siècle, Schopenhauer insiste sur la distinction fondamentale entre ce qu'il nomme l'« honneur bourgeois¹⁷⁶⁷ », celui de l'homme ordinaire, et l'« honneur de la fonction¹⁷⁶⁸ ». La valeur morale d'une personne ne se confond pas, selon lui, avec l'éthique spécifique liée à une mission particulière au sein de la société. Dans la société de la monarchie restaurée, malgré l'apparat monarchique, les modestes vertus du bourgeois ont remplacé les passions pour les grandes et belles actions. Les valeurs familiales sont à l'honneur et se substituent aux honneurs factices de l'Ancien Régime et à la vertu politique des révolutionnaires¹⁷⁶⁹. Dans ce contexte, la protection de la vie privée semble être une idée qui rassemble aussi bien les partisans de la Restauration que les libéraux qui entendent donner des gages à la liberté des Modernes. Dans un chapitre consacré à la question de l'honneur en Amérique, Tocqueville reprend le thème libéral selon lequel dans le système des grands États, la vie publique étant déléguée à quelques-uns, les autres hommes peuvent davantage se consacrer à leur vie privée. L'individu des sociétés démocratiques peut aisément abandonner la « grande société¹⁷⁷⁰ » pour « une petite société à son usage¹⁷⁷¹ ». Avec les progrès de la démocratie, l'égalisation des conditions atténue la dimension aristocratique de l'honneur qui donnait vie à cette notion. La distribution du blâme et de la louange ne repose plus sur la démonstration de son prestige et sur la primauté de l'apparence. Dans les temps aristocratiques, l'honneur prescrit des actions pleines de « grandeur et d'éclat¹⁷⁷² ». Dans les temps démocratiques, le sentiment du semblable diminue l'importance de cette parure. Ce qui était au principe de l'ancienne société réside

¹⁷⁶⁶ Article de 35 de la loi de du 29 juillet 1881 depuis le 6 mai 1944. Voir *infra*. Chapitre 2- Section 5 – Remarque sur les évolutions contemporaines de la loi de 1881 : la vie privée à l'épreuve des développements du droit à l'information.

¹⁷⁶⁷ Arthur SCHOPENHAUER, *Aphorisme de la sagesse dans la vie*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*

¹⁷⁶⁹ Voici comment Guillaume Bertier de Sauvigny, grand historien de la Restauration, décrit cette époque : « La Restauration apparaît comme une époque où les vertus familiales, même si on leur fait entorse, ont été à l'honneur plus qu'à bien d'autres moments. Réaction sociale naturelle après les années où les guerres avaient arraché les époux et les fils aux foyers ; ambiance favorable d'un régime qui aime à se parer d'un caractère paternel et familial ; le roi c'est le père, par opposition au maître impitoyable qu'était l'Empereur. » Guillaume BERTHIER DE SAUVIGNY, *La Restauration*, Paris, Flammarion, 1974, p. 244.

¹⁷⁷⁰ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II*, *op. cit.*, p. 705

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² *Ibid.*, p. 749.

désormais dans des lois de l'honneur que l'on suit « mollement¹⁷⁷³ ». L'honneur ne disparaît pas, il se transforme avec l'arrivée d'une société d'égaux. Comme l'observe le philosophe libéral :

Toutes les fois que les hommes se rassemblent en société particulière, il s'établit aussitôt parmi eux un honneur, c'est-à-dire un ensemble d'opinions qui leur est propre sur ce qu'on doit louer ou blâmer ; et ces règles particulières ont toujours leur source dans les habitudes spéciales et les intérêts spéciaux de l'association¹⁷⁷⁴.

Dans les anciennes sociétés, il reposait sur des dissemblances et des valeurs militaires ; dans une société d'égaux fondée sur le commerce et l'industrie, l'honneur prend d'autres formes. N'étant plus le puissant vecteur de la société dont parlait Montesquieu, il s'appuie désormais sur quelques maximes communes à tous les hommes¹⁷⁷⁵. Pour le dire autrement, si la sauvegarde de sa propre réputation ne dicte plus un code détaillé de conduite, l'honneur se confond toujours plus avec la vertu de l'homme ordinaire. Aussi pour Tocqueville, dans les temps démocratiques, le développement des valeurs bourgeoises génère un type d'honneur moins démonstratif, moins codifié mais davantage fondé sur la probité individuelle et des vertus ordinaires de l'homme privé.

Le concept d'honneur ne désigne peut-être plus totalement la même chose dans les temps démocratiques, mais il demeure ce masque qui maintient une distinction décisive entre le monde politique et ce que chacun possède de plus individuel. Le constat que Tocqueville a dressé en Amérique semble pouvoir s'appliquer en France. Dans les débats des lois de 1819, 1868 et 1881, il est question des moyens de réparer pleinement l'honneur mais surtout d'empêcher le dévoilement de la vie privée. L'honneur de chacun doit, du moins en apparence, s'accorder avec les « standards établis par rapport à un sentiment général¹⁷⁷⁶ ». Dans une société dans laquelle la liberté individuelle commence à prendre de l'importance, la protection de la vie privée permet cet écart entre la conduite individuelle et le jugement dominant. La pénalisation des atteintes à l'honneur privé est, comme l'affirment de nombreux auteurs du XIX^e siècle, liée à une sensibilité accrue qui supporte moins que jamais les atteintes à la liberté individuelle. Le législateur de 1819 intègre cette exigence lorsqu'il entend libérer la critique démocratique en couvrant d'un voile la conduite de l'homme privé, fût-il par ailleurs un homme public (Section 1). Ce choix est renouvelé lorsqu'est instituée une protection directe de la vie privée en 1868 (Section 2). Il est encore repris dans la loi de 1881, qui préfère néanmoins réintégrer la protection de la vie privée dans le délit de diffamation (Section 3).

¹⁷⁷³ *Ibid.*, p. 755 : « Chez les nations démocratiques, l'honneur étant mal défini est nécessairement moins puissant : car il est difficile d'appliquer avec certitude et fermeté une loi qui est imparfaitement connue. L'opinion publique, qui est l'interprète naturel et souverain de la loi de l'honneur, ne voyant pas distinctement de quel côté il convient de faire pencher le blâme ou la louange, ne se prononce qu'en hésitant sans arrêt. Quelquefois, il lui arrive de se contredire ; souvent elle se tient immobile, et laisse faire. »

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 706 [Nous soulignons].

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 746.

¹⁷⁷⁶ Bernard BEIGNER, *L'honneur et le Droit*, *op. cit.*, p. 160.

Section 1 - La loi de 1819 : la protection de la vie privée dans le cadre du délit de diffamation

Selon Pierre Rosanvallon, si les journaux sont pour les partisans de la monarchie limitée un contre-pouvoir essentiel, ils sont aussi le « catalyseur de l'unification intellectuelle de la société¹⁷⁷⁷ ». Pour le jeune Guizot, qui commence sa carrière politique sous le règne de Louis XVIII, la presse est la condition d'une véritable vie publique à l'échelle du pays. Dans ses mémoires, il n'hésite pas à écrire que « les journaux font assister la France entière » aux débats de la Chambre¹⁷⁷⁸. Les deux lois prises sous la conduite du Garde des sceaux Hercule de Serre entendent à ce titre accompagner la naissance d'un système représentatif apaisé. À travers elles est fixé le cadre juridique de la discussion dans l'espace public. Lors des débats de 1819, sont ainsi posés les principes qui nourriront les débats de la loi de 1881, notamment sur la question des attaques portées contre les personnes. Leur esprit général est le suivant : la publication des pensées doit être libre car elle participe de la vie intellectuelle et politique, mais il faut poser des garanties pour ne pas faire revivre les déléteres dénonciations de la période révolutionnaire.

Instrument de la vie publique, la presse doit toutefois se plier aux mœurs politiques qui commandent de séparer le public et le privé. Ainsi, si les mots de « vie privée » ne se retrouvent pas explicitement dans le texte de la loi de 1819, sa protection demeure en arrière-fond des mesures limitant le champ d'application de l'exception de vérité¹⁷⁷⁹. Le retour du thème de la protection de la vie privée après l'intermède de la Terreur et de l'Empire s'inscrit donc dans une volonté de donner des gages solides et sincères à l'opinion publique, tout en plaçant les fonctionnaires publics à l'abri des invectives et des attaques personnelles. Le constat qui oriente la loi de 1819 est donc celui-ci : la libération du débat public ne doit pas faire l'économie de garanties fermes contre l'injure et la diffamation, notamment à partir de faits tirés de la vie privée. Voici par exemple comment s'exprime le ministre doctrinaire Pasquier :

Sans doute il est une opinion publique qui mérite toute notre estime et tout notre respect ; c'est celle qui naît de *l'examen réfléchi des choses et des hommes*, qui se forme avec le temps, le plus souvent dans le silence, loin du tumulte des passions, de l'effervescence des partis, et qui n'en est que plus puissante le jour où elle vient à éclater¹⁷⁸⁰.

Afin d'éviter les scandales, les lois de 1819 cantonnent l'exception de vérité aux actes des fonctionnaires. Le législateur considère en effet que la discussion publique ne justifie pas les attaques personnelles. La preuve des faits objets de la diffamation est ainsi exclue, sauf pour les « dépositaires ou agents de l'autorité mais encore contre toute personne ayant agi dans un caractère public lorsqu'il s'agit de faits relatifs à ses fonctions¹⁷⁸¹ ». La loi est donc bien plus précise que les dispositions révolutionnaires, puisqu'elle assume le fait de protéger la vie privée des personnes au service de l'intérêt général et devant

¹⁷⁷⁷ Pierre ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 71.

¹⁷⁷⁸ François GUIZOT, *Histoire parlementaire de France*, Paris, Michel Lévy, 1863, p. 7.

¹⁷⁷⁹ Le code pénal de 1810 n'allait pas jusque-là, et l'article 368 était formulé ainsi : « L'auteur de l'imputation ne sera pas admis pour sa défense à demander que la preuve en soit faite, il ne pourra pas non plus alléguer comme moyen d'excuse que les pièces ou *les faits sont notoires*, ou que les imputations qui donnent lieu à la poursuite sont copiées ou écrites de papier étranger ou d'autre écrits imprimés. » [Nous soulignons].

¹⁷⁸⁰ *A. P.*, 2^e série, t. 25, séance du 24 décembre 1819, p. 773.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*

rendre des comptes de leur action lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur mission¹⁷⁸². Par un amendement, la commission des députés chargée d'examiner la loi circonscrit bien le champ de l'exception de vérité aux « personnes ayant agi dans un caractère public¹⁷⁸³ ». Si les mots de « vie privée » n'apparaissent pas expressément dans le texte de loi, ils sont pour autant sur toutes les lèvres dans les débats des lois de 1819. Une soigneuse séparation entre la vie publique et la vie privée des personnes exerçant des fonctions ou s'exposant publiquement est donc opérée dans le droit de la presse (§. 1). Le choix est alors fait de protéger la vie privée comme une dissimulation du déshonneur. Ainsi, est privé et donc non publiable tout ce qui n'est pas directement rattachable à une fonction ou une activité publique (§. 2). En tant que masque protecteur de l'honneur personnel et domestique, il ne s'agit donc pas tant d'interdire toute référence à la vie privée, mais surtout d'éviter la condamnation publique de ce qui est de la responsabilité des personnes privées (§. 3).

§. 1 - La volonté de rendre la vie privée indisponible à la réprobation sociale

Le législateur de la Restauration adopte une position nouvelle par rapport aux dispositions du code pénal de 1810 : il interdit toute discussion ayant pour objet de mettre intentionnellement en cause la vertu privée d'une personne. Cette disposition, reprise en 1881, est solidaire du principe excluant la preuve de la vérité. Dans le conflit entre liberté de la presse et préservation de la vie privée, les législateurs du XIX^e siècle se positionnent ainsi clairement en faveur de la défense du privé, lieu par excellence de la liberté individuelle et des bonnes mœurs. La valeur morale des personnes revêt un caractère indicible et sacré. En accord avec l'ancien adage *veritas convicii non excusat injuriam*, l'article 20 de la loi du 26 mai 1819 dispose ainsi que « nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans les cas d'imputations contre des dépositaires ou agents de l'autorité ou contre toute autre personne ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à la fonction¹⁷⁸⁴ ». Dans l'esprit des rédacteurs de la loi, il n'y a pas de doute : l'exception de vérité doit être cantonnée aux actions commises dans l'exercice de fonctions publiques. Pour Hercule de Serre, le motif de cette disposition est simple : « la loi sépare soigneusement la vie privée de la vie publique du fonctionnaire », pour que la première soit « mise à couvert comme celle de tout citoyen », et qu'elle demeure impénétrable¹⁷⁸⁵. Il n'est donc pas question de légitimer tout contrôle public de la vertu des hommes. Dans l'esprit des lois de 1819, l'honneur sert à protéger la personne *comme si* elle était vertueuse.

¹⁷⁸² Ce critère est examiné strictement au XIX^e siècle : Ne sont pas chargés d'un service public : Les membres des commissions administratives des hospices (CA Bourges, 31 mai 1888), les médecins des hôpitaux (CA Riom, 30 janvier 1854), les internes (CA Paris, 16 septembre 1886), les secrétaires de mairie (C. cass., 4 février 1886), les membres de conseil de fabrique, les avocats, les avoués, les huissiers, les notaires, les syndics de faillite, les liquidateurs judiciaires, les adjudicateurs, les experts, les caissiers et administrateurs.

¹⁷⁸³ *A. P.*, 2^e série, t. 23, séance du 17 avril 1819, p. 667. Le rapport du député Cassaignolles, qui examine les arguments en faveur d'une admission généralisée de l'exception de vérité (pour la repousser au nom de l'expérience depuis le code pénal), insiste sur le fait que dans le « gouvernement représentatif », la « vie publique des dépositaires du *puvoir appartient au public* ».

¹⁷⁸⁴ Article 20 loi du 26 mai 1819. François-Antoine PIC, *Code des imprimeurs*, Paris, Croby, 1826, p. 360.

¹⁷⁸⁵ *Moniteur*, séance 29 avril 1819, *op. cit.*, p. 3 : « La loi sépare soigneusement la vie privée de la vie publique du fonctionnaire : sa vie privée est mise à couvert comme celle de tout citoyen, elle est impénétrable ; mais tous ses actes publics sont présumés purs, et, loin d'appeler sur eux le mystère et les ténèbres, son honneur applaudit à tout ce qui peut leur donner de l'éclat et de la publicité. »

Pour le législateur, il n'est pas la marque de la pureté des mœurs, il est une fiction protectrice de la personnalité qui interdit de scruter la morale privée. Ce sont ces principes qui vont fonder le régime de la diffamation dans le droit de la presse du XIX^e siècle (A). C'est également l'avis de Benjamin Constant, fervent défenseur du mur de la vie privée, qu'il conçoit comme une des premières limites légitimes à la liberté de la presse (B).

A- Le motif essentiel de l'article 20 : prohiber toute diffamation de la vie privée

Au soutien de l'article 20 de la loi de 1819, plusieurs types d'arguments sont avancés. Le premier est d'ordre moral et consiste à affirmer que cette limite à l'exception de vérité est conforme à la décence commune, nécessaire à la sauvegarde des bonnes mœurs dans l'espace public et à la paix des familles dans le domaine privé. En cela, la loi se place dans la tradition de l'ancien droit qui, par prévenance envers certains scandales, interdisait de révéler les méfaits commis par le prochain. La publication du vice ne rend service ni à la communauté, ni à la personne qui se retrouve avilie. Le député Jacquinet Pampelune rappelle ainsi l'ancienne jurisprudence pénalisant toute médisance¹⁷⁸⁶. Dans l'exposé des motifs, lorsqu'il est question de l'exception de vérité, le ministre de Serre invoque quant à lui « le sens de l'honneur¹⁷⁸⁷ » et « la haine du scandale¹⁷⁸⁸ ». Réfutant les bénéfices de la logique de la preuve de la vérité des faits privés, le ministre avance encore les méfaits de la dénonciation publique du vice :

Supporterions-nous l'idée de mettre au jour notre vie privée, de dévoiler nos relations les plus intimes, souvent nos plaies les plus douloureuses et les plus secrètes, à la première parole offensive ? Ne verrions-nous pas là un appât présenté à la médisance, une arène ouverte à la licence et à la malignité ?¹⁷⁸⁹

Cette disposition est qualifiée d'« heureuse et rassurante pour la société¹⁷⁹⁰ » par le marquis de Catellan, rapporteur de la loi sur les délits de presse devant la Chambre des pairs, en ce qu'elle permet d'éviter les scandales. Comme le remarque Benjamin Constant, la valeur de la vie domestique d'une personne ne peut être appréciée du grand public car elle ne peut être véritablement jugée que par « nos proches » et les « spectateurs habituels » de nos « existences¹⁷⁹¹ ». L'honneur sert de rempart pour protéger les hontes secrètes et préserver la paix des foyers contre le dommage inhérent à la révélation des « plaies cachées¹⁷⁹² »

¹⁷⁸⁶ *Moniteur*, séance 29 avril 1819, *op. cit.*, p. 3. Le code pénal de 1810 ne vise ni la diffamation, ni l'injure, mais bien la calomnie.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

¹⁷⁸⁹ *A. P.*, 2^e série, séance du 22 mars 1819, t. 23, Paris, 1873, p. 321.

¹⁷⁹⁰ Jean DE CATELLAN, « Rapport fait au nom de la commission spéciale » dans François-Antoine PIC, *Code de la presse, op. cit.*, p. 739.

¹⁷⁹¹ Benjamin CONSTANT, *A. P.*, 2^e série, t. 24, séance du 21 avril 1819, p. 31 : « Un homme calomnié dans sa vie privée ne peut obtenir justice complète que là où sa vie privée est connue. Sortez-le de cette sphère, vous le livrez à des juges, à des jurés qui ne le connaissent pas, qui sont étrangers aux éléments moraux sur lesquels leur décision doit être appuyée ; ces éléments sont la conduite antérieure de cet homme, la réputation dont il jouit, le bien qu'il a fait ; toutes ces choses, sans lesquelles il est impossible de juger du dommage que la diffamation lui a causé, ne peuvent être appréciées que par des hommes vivant rapprochés, et spectateurs habituels de son existence. »

¹⁷⁹² *Ibid.*

et des « hontes secrètes¹⁷⁹³ ». La sauvegarde de l'honneur des personnes et des familles n'est toutefois pas l'unique but de la loi. Cet argument peut en effet être jugé insuffisant car la défense des personnes pourrait aussi passer par l'établissement de la vérité des faits par la personne diffamée. Cependant, en posant le principe d'indifférence à la vérité des faits, le législateur poursuit aussi un but d'intérêt général : éviter l'étalage des déboires privées dans l'espace public.

L'inviolabilité de la vie privée est encore justifiée par l'argument selon lequel il serait absurde de remplir les prétoires de ce que l'on veut cacher. Le remède que serait la défense publique de l'honneur privé s'avérerait en effet inefficace, puisque le mal réside dans la révélation elle-même. Il ne convient donc pas qu'une affaire d'exhibition de l'intime soit livrée en spectacle. Le débat judiciaire, bien loin de soigner le mal, l'accroît en donnant l'occasion à l'accusateur de fournir une démonstration solennelle par voie d'avocat de propos qui n'étaient peut-être jusque-là que des allégations sans intérêt. Au lieu d'éteindre la médisance, il transforme l'affaire en scandale. Pour éviter d'user d'un remède pire que le mal, il convertit la chronique des mœurs en chronique judiciaire sans soigner la maladie. Le seul remède efficace consiste donc à interdire tout simplement de débattre de certains faits privés en prohibant d'emblée toute discussion sur la véracité des allégations combattues. Commentant la loi, le juriste Adolphe de Grattier énonce aussi cette raison en sa faveur : le remède du procès en diffamation ne doit pas être un prétexte pour permettre de juger de la vérité ou non des prévarications personnelles¹⁷⁹⁴.

Outre ces arguments assez classiques, certains députés soutiennent l'idée selon laquelle le privé n'a pas de pertinence politique et que sa révélation ne remplit pas le rôle d'intérêt général assigné à l'exception de vérité. Dès lors, ils refusent catégoriquement tout système d'accusation publique des personnes pour ce qui relève de leur vie privée. S'arrimant aux principes fixés dans l'ancienne France, ces hommes de la Restauration considèrent ainsi que quelle que soit la qualité de la personne, sa conduite ne doit pas pouvoir être remise en cause publiquement. Pour eux, il n'y a pas de droit à la vérité, et personne ne peut revendiquer la connaissance des détails d'une existence personnelle. Royer-Collard s'exclame ainsi à la chambre :

Il n'est pas permis de dire la vérité de la vie privée. *Voilà la disposition principale*, le reste est une exception. Ainsi, en admettant le principe de l'article, nous déclarerons qu'il n'est pas permis de dire la vérité sur les particuliers¹⁷⁹⁵.

Le législateur de la Restauration ne fait donc que réactiver le principe selon lequel la vérité n'est pas une excuse. En face de « cette vieille question qui se débat depuis le commencement du monde¹⁷⁹⁶ », le législateur fait le choix d'une protection de la vie privée dans la continuité de l'ancien droit.

¹⁷⁹³ « Irréprochable, c'est qu'il est des plaies cachées, des hontes secrètes et que la loi a dû défendre absolument toute recherche indiscrete à cet égard. », *A. P.*, 2^e série, t. 24, séance du 28 avril 1819, p. 93.

¹⁷⁹⁴ Adolphe DE GRATTIER, *Commentaire sur les lois de la presse et des autres moyens*, Paris, Videcoq, 1839, t. 1, p. 231 : « Il importait de concilier la liberté de la défense avec le respect dû aux actes de la vie privée ; d'assurer à chacun la faculté de faire valoir, pour soutenir ses droits en justice, toutes les circonstances, toutes les considérations morales qui militeraient en sa faveur, et d'empêcher en même temps que le temple de la justice ne devint une arène ouverte aux passions et à tous les genres de scandale : tel est l'objet de l'article 23. »

¹⁷⁹⁵ *A. P.*, 2^e série, t. 23, séance du 23 mars 1819, p. 320 [Nous soulignons].

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*

Après avoir défendu l'opacité de la vie privée, Royer-Collard s'exprime de manière radicalement différente quand il s'agit de libérer la critique démocratique sur les questions d'intérêt général :

La vie privée des fonctionnaires n'appartient qu'à eux-mêmes : leur vie publique appartient à tous. C'est le droit, c'est souvent le devoir de chacun de leurs concitoyens de leur reprocher publiquement leurs fautes publiques¹⁷⁹⁷.

C'est dans ce discours que le chef de file des doctrinaires use de la métaphore du mur qui vient fonder une différence radicale de régime entre les vérités accessibles à tous et les affaires privées visibles uniquement par quelques spectateurs privilégiés :

Voilà donc la vie privée murée, si je puis me servir de cette expression ; elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons. Maintenant, la question est de savoir si vous murez de la même manière la vie publique, et si vous la déclarez également invisible¹⁷⁹⁸.

Les schèmes spatiaux font écho au « droit de se clore » du code civil. Ce qui n'est pas abandonné au public est une propriété composée non seulement d'un *usus* et d'un *fructus*, mais aussi d'un *abusus*. Dans le code civil, les articles 675 à 680 viennent apporter des restrictions « aux vues sur la propriété de son voisin ». La protection de la vie privée, qui poursuit un objectif similaire de limitation des intrusions oculaires extérieures, s'inscrit dans un processus juridique plus vaste encore qui entend laisser aux individus la capacité de fixer le périmètre de leur espace privé, et ce qu'ils entendent montrer de leur intimité à autrui. De même, ce que l'homme n'a pas exposé à la vue de tous ne peut entrer dans la conversation publique. À l'inverse, le fonctionnaire est celui qui laboure le champ commun et qui, dans ce travail, « appartient » et se montre à la société¹⁷⁹⁹.

Le consentement à se montrer est donc déjà l'un des critères utilisés pour distinguer le public du privé. Pour ce qui est des faits de la vie privée, Royer-Collard préfère d'ailleurs ce critère individuel aux droits de l'opinion publique. La personne exerçant certaines responsabilités a en effet choisi librement de s'exposer, elle est sortie de la vie privée et ne peut donc plus invoquer la protection de la loi pour les actes rattachables à son activité dans la sphère publique. Les grands principes qui animent les lois de 1819 sont donc d'une part le refus catégorique de la logique d'un contrôle public des mœurs privées, mais aussi l'affirmation du caractère public de certaines professions censées agir sous le contrôle de tous. Il y a ainsi une réelle volonté d'attirer l'attention du public sur les personnes devant s'occuper de ses intérêts. Il convient par ailleurs de souligner que le principe de la séparation entre les professions d'intérêt général et l'activité industrielle privée semble passer à cette époque pour une évidence. Le législateur de 1819 ne prend toutefois pas le risque de donner une liste des personnes exerçant des professions publiques, de sorte qu'il reviendra à la jurisprudence de déterminer les fonctions qui méritent d'attirer sur elle le contrôle de l'opinion.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 321.

¹⁷⁹⁸ *A. P.*, 2^e série, t. 24, séance du 27 avril 1819, p. 71 [Nous soulignons] :

¹⁷⁹⁹ *Ibid.* : « Il suit du principe de l'article que si vous muriez dans la vie publique qu'un fonctionnaire public a fait ce qu'il a fait, a dit ce qu'il a dit en tant qu'homme public, vous reconnaîtrez que la puissance publique lui appartient comme *la vie privée appartient à chaque particulier* ; que la puissance publique est son domaine, son champ, [...]. Messieurs, il s'agit véritablement de savoir si la société appartient aux fonctionnaires ou si les fonctionnaires appartiennent à la société. »

Ce qui caractérise aussi les lois de 1819, c'est que même pour les personnes exerçant ce type de fonctions, la protection de la vie privée doit venir tempérer les attaques dont elles sont susceptibles d'être victimes concernant ce qu'elles font en-dehors de leur exercice. Ce principe passe aussi pour une évidence dans les chambres de la monarchie restaurée. Le député Pierre Joseph Bedoch n'hésite ainsi pas à affirmer que « le citoyen ne doit aucun compte à la presse de sa vie privée ; *cela est incontestable*¹⁸⁰⁰ ». Le raisonnement du législateur fait aussi écho à la pensée de Benjamin Constant. Dans l'esprit de ce dernier, il y a en effet une certaine cohérence à défendre simultanément la liberté de la presse et la protection de la vie privée, qui limite pourtant la première.

B- L'aspiration libérale à la protection de la vie privée : l'empreinte de Benjamin Constant

Dès 1814, alors que la presse s'extrait à peine de l'état napoléonien, Benjamin Constant prend radicalement position pour la défense de la vie privée dans le droit de la presse et affirme que la poursuite judiciaire de la calomnie présente le triple inconvénient d'être longue, chère et d'accroître la visibilité de ce que la victime entendait ne pas exposer¹⁸⁰¹. En 1819, si les chambres ne sont pas *stricto sensu* des disciples de ce député, la pensée de Constant offre toutefois une clef de lecture intellectuelle de l'idée de protection de la vie privée dans un système représentatif soucieux de l'accord harmonieux des libertés entre elles. Comme l'affirme le spécialiste de la Restauration Joseph Barthélémy, cet homme d'opposition joue un rôle décisif dans « l'éducation parlementaire de la France libérale¹⁸⁰² ». Sans être à l'origine de la loi, la position du philosophe n'est sans doute pas pour rien dans la consécration durable de la vie privée dans le droit français. Le débat sur la Loi de Serre est d'ailleurs contemporain du discours de Benjamin Constant sur la liberté des Modernes. Il semble donc qu'il ne faille pas séparer les vues d'ensemble du philosophe politique avec celles du parlementaire qui défend à la Chambre l'inviolabilité de la vie privée comme limite à la liberté de la presse. Dans son esprit, la protection de la vie privée contre les révélations opérées par voie de presse et les garanties d'un État libéral vont de pair. Il voit ainsi l'interdiction de mentionner dans la presse le moindre fait de la vie privée comme une garantie contre la régulation sociale des mœurs qui risque toujours de s'imposer au sein de la cité. Aussi, pour comprendre en quoi la liberté d'expression doit s'arrêter aux portes du sanctuaire domestique, il faut revenir sur les vues de ce célèbre auteur qui place la protection de la liberté individuelle au fondement de sa pensée politique. Pour lui, la protection de la vie privée est le moyen de rendre possible la vie civique dans une société préoccupée par la recherche des libertés individuelles. La protection de la vie privée contre toute interférence sociale (1.) s'inscrit en effet dans une tradition ancienne qui refuse la dénonciation publique des fautes privées (2.), sans pour autant qu'il y ait de contradiction avec sa défense de la liberté de la presse (3.).

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, séance du 28 avril 1819, p. 78 [Nous soulignons].

¹⁸⁰¹ Benjamin CONSTANT, *De la Liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, Paris, H. Nicolle, 1814, p. 35-39.

¹⁸⁰² Joseph BARTHÉLÉMY, *L'introduction du régime parlementaire en France*, Paris, Giard et Brière, 1904, p. 184.

1- Le primat de la liberté individuelle contre la société

À la suite de son compatriote suisse Sismondi¹⁸⁰³, Constant revient sur le malentendu existant entre les conceptions antiques de la liberté et celles qui ont pris le pas dans les mœurs modernes. Il explique que l'asservissement de l'individu au projet collectif a laissé place dans notre civilisation à un sens de la liberté individuelle qui reconnaît un écart entre les exigences politiques d'une société et sa vie personnelle. L'originalité de la pensée politique de Constant est que selon lui, un régime libéral doit donc instituer des limites non seulement envers l'autorité politique, mais plus largement envers tout autre type d'autorité :

Il y a [...] une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante et qui est, *de droit, hors de toute compétence sociale*. La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commencent l'indépendance et l'existence individuelle s'arrête la juridiction de cette souveraineté. Si *la société* franchit cette ligne, elle se rend aussi coupable que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur ; *la société* ne peut excéder sa compétence sans être usurpatrice, la majorité, sans être factieuse¹⁸⁰⁴.

L'écrivain libéral montre qu'il est conscient du fait que les menaces contre la liberté individuelle n'émanent pas nécessairement de l'État mais de la société dans son ensemble. Il écrit encore : « par liberté j'entends le triomphe de l'individualité, tant sur l'autorité qui voudrait gouverner par le despotisme que sur les masses qui réclament le droit d'asservir la minorité à la majorité¹⁸⁰⁵ ». Si la liberté coïncide avec la jouissance de ses droits, la presse peut donc elle aussi constituer une menace contre l'indépendance des personnes privées.

Benjamin Constant est attaché à une hiérarchie au sein des droits individuels. Les libertés intérieures et intellectuelles, « propriété la plus sacrée de l'homme¹⁸⁰⁶ », préexistent selon lui aux libertés politiques. Si certains droits comme la propriété existent « de par la société¹⁸⁰⁷ », d'autres, comme les droits de la conscience, lui sont antérieurs¹⁸⁰⁸. Le droit à la vie privée, en tant que celle-ci est pour lui une liberté de l'âme, appartient à cette deuxième catégorie. Dans son esprit, elle n'est pas tant un droit parmi d'autres que la source de tous les autres qui ne prospèrent qu'à l'abri de toute « autorité sociale¹⁸⁰⁹ ». De même, les droits individuels, sources de l'autonomie de la sphère privée (liberté de conscience, propriété, liberté d'enseignement), sont antérieurs aux droits politiques (droit de vote, liberté de la presse, droit de pétition)¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰³ Jacques de SAINT VICTOR, « Sismondi. Du Republicanisme au Risorgimento », *Revue française d'Histoire des Idées politiques, Risorgimento*, dir. Éric DESMONS, t. 30 (2009), p. 251-274.

¹⁸⁰⁴ Benjamin CONSTANT, « Principes politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs (1806) », *Œuvres complètes de Benjamin Constant, op. cit.*, t. I, p. 4 [Nous soulignons].

¹⁸⁰⁵ ID., *Mélange de littérature et de politique*, Louvain, Michel, 1830, t. I, p. 6.

¹⁸⁰⁶ ID., *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, 1861, t. II, p. 143 : « Erreur ou vérité, la pensée de l'homme est sa propriété la plus sacrée : erreur ou vérité, les tyrans sont également coupables lorsqu'ils l'attaquent. »

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ ID., *Principes politiques*, Paris, Eymery, 1815, p. 220 : « Les citoyens (possèdent) des droits individuels, indépendants de toute autorité sociale. Ces droits sont la liberté individuelle, indépendante de toute autorité sociale, ces droits sont la liberté personnelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, la garantie contre l'arbitraire, et la jouissance de la propriété. »

¹⁸⁰⁹ ID., *Principe politique, op. cit.*, p. 58.

¹⁸¹⁰ Philippe RAYNAUD, « Un romantique libéral, Benjamin Constant », *Esprit*, t. 75 (3) (1983), p. 49-66., p. 63 : « La société moderne, qui réalise une nouvelle figure de la liberté, ne sera donc elle-même que si elle laisse hors d'atteinte le domaine qui définit la sphère privée. » Voir Partie I. Chap III. La liberté comme *dominium* privé, du jusnaturalisme aux Révolutions modernes.

En dégageant bien ces libertés non politiques, Constant s'en prend à demi-mot aux révolutionnaires français, à leur culte supposé de l'Antiquité et à leur passion pour Rousseau. Pour lui, l'homme doit avant tout être laissé « dans une indépendance parfaite sur tout ce qui a rapport à [ses] occupations, à [ses] entreprises, à [sa] sphère d'activité, à [sa] fantaisie¹⁸¹¹ ». La division interne de l'individu entre sa propre introspection et le regard d'autrui se prolonge dans une séparation entre son indépendance privée et sa participation aux institutions qui le représentent. La conférence « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », entend ainsi non pas encourager un certain repli de l'individu sur sa sphère privée, mais au contraire « montrer comment [...] maintenir une certaine forme de civisme à une époque où prédomine la recherche de la liberté des individus¹⁸¹² ». La protection de la vie privée s'inscrit donc dans la volonté de préserver le citoyen en évitant que sa participation à la vie publique n'aliène ses libertés que Constant juge les plus élémentaires.

2- Le refus catégorique de la logique de la dénonciation publique des fautes privées

Le jugement de Benjamin Constant sur la question de l'opacité des affaires de la vie privée prolonge les intuitions tracées par Montesquieu et son refus implicite de la tyrannie supposée de la vertu des régimes républicains. La liberté politique ne peut pas faire l'impasse sur ce domaine privé inhérent à l'homme et en exiger le sacrifice au profit de la chose commune. Plus encore que le Baron de la Brède, le philosophe libéral s'appuie sur l'« autorité de l'irréversibilité¹⁸¹³ » pour bien écarter l'idée selon laquelle l'homme privé devrait renoncer à une liberté pour une autre. L'homme veut être libre tout entier, en participant à la vie publique, mais aussi en disposant d'une vie privée indépendante. Il veut prendre part à la vie politique et à la vie de la société en publiant ses opinions et ses pensées, mais cet engagement dans les affaires humaines n'est pas sans limites et ne doit pas compromettre son semblable sans motif. Cette argumentation exposée dans ses écrits politiques se retrouve dans ses discours à la Chambre, où il affirme que :

La preuve contre les personnes privées ne serait de nul intérêt pour le bien général ; elle ne serait qu'un aliment à la malignité ; une source de désordre. Qu'importe au public de savoir si tel homme a des mœurs plus ou moins pures ?¹⁸¹⁴

Pour Constant, le système représentatif requiert certes « une surveillance active et constante¹⁸¹⁵ » de la personne des représentants et des affaires dont ils s'occupent, mais la moralité privée ne devant relever d'aucune contrainte sociale, sa divulgation doit donc être châtiée comme crime de lèse-liberté individuelle. Cette position n'est pas nouvelle puisqu'en 1814, il affirmait déjà :

On regarde une loi précise sur la calomnie très difficile à rédiger. Je crois que le problème peut se résoudre d'un mot. Les actions des particuliers n'appartiennent point au public¹⁸¹⁶.

¹⁸¹¹ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸¹² Philippe RAYNAUD, « Benjamin Constant, heurs et malheurs de la liberté des modernes », *Commentaire*, t. 172, 2020, p. 47.

¹⁸¹³ Pierre MANENT, *Les libéraux*, Paris, Gallimard, 2001, p. 461.

¹⁸¹⁴ Benjamin CONSTANT, *A. P.*, 2^e série, t. 24, p. 30 : « La sécurité des citoyens est de beaucoup plus nécessaire à la société que la preuve que l'un de ses membres est vicieux et corrompu. »

¹⁸¹⁵ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 34.

En 1819, Benjamin Constant réitère cette proposition en considérant que la vie privée ne peut être attaquée dans les journaux. Il n'hésite pas à insister sur le pouvoir de maîtrise dont dispose chaque individu sur les informations de sa vie privée : « La vie privée de tout citoyen est sa propriété. Nul n'a le droit de pénétrer dans ce sanctuaire¹⁸¹⁷ ». Si la peine de l'infamie entre les mains de l'opinion peut légitimement châtier l'homme public qui manquerait à ses devoirs, les droits de la critique ne doivent pas être illimités. Pour comprendre le refus de Constant d'accorder au journaliste le droit de se défendre en excipant de la véracité des faits, il faut peut-être se souvenir de la position ferme qu'il défendait dans une fameuse controverse avec Kant contre l'impératif catégorique de dire toute vérité. Voici ce que soutenait alors le jeune Constant contre le vieux maître de Königsberg :

Le principe moral de dire que la vérité est un devoir, s'il était pris de manière absolue et isolée, *rendrait toute société impossible* [...]. Dire la vérité est un devoir. Qu'est-ce qu'un devoir ? L'idée de devoir est inséparable de celle de droit : un devoir est ce qui, dans un être, correspond aux droits d'un autre. Là où il n'y a pas de droit, il n'y a pas de devoirs. Dire la vérité n'est donc un devoir qu'envers ceux qui ont droit à la vérité. *Or nul n'a droit à la vérité qui nuit à autrui*¹⁸¹⁸.

Loin d'être impressionné par les demi-mensonges qui ne valent pas mieux que les demi-vérités, Constant n'hésite pas à emprunter le vocabulaire du droit des biens pour qualifier le droit dont dispose chaque citoyen de ne pas être livré au regard d'autrui. Ce ne semble plus être l'honneur, mais c'est directement la vie intime du citoyen qui est assimilée à une propriété. Il y a un quelque-chose de l'individu qui n'a pas à pénétrer l'espace public, car sa révélation ne sert pas l'utilité commune. Pour ces raisons, la question de l'honorabilité de telle ou telle action est aussi hors de propos. Constant, si libéral sur tant de questions, propose donc une défense radicale de la vie privée. En la matière, il réclame tout simplement une loi « purement répressive¹⁸¹⁹ ». Il vante ainsi la loi britannique qui, selon ses propos, sévit à l'instant même où le nom d'un particulier apparaît dans la presse. Comme il le dit alors, la dénonciation ne doit porter que sur l'action publique des hommes publics et non des individus privés : « Ce mode de désigner les individus ne peut jamais avoir un but légitime, le punir n'a aucun inconvénient pour la liberté¹⁸²⁰ ». L'inviolabilité de la vie privée est justement le moyen d'éviter aux victimes des attaques et d'avoir à se justifier publiquement :

Si ma femme ou ma fille sont calomniées, a-t-on dit, les ferai-je sortir de leur modeste obscurité pour poursuivre le calomniateur devant un tribunal ? Parlerai-je de leur honneur outragé, devant ce public léger et frivole qui rit toujours de ces sortes d'accusations, et qui répète sans cesse que les femmes les plus vertueuses sont celles qu'il ne connaît pas ? Si je suis calomnié moi-même, irai-je me plaindre, pendant six mois, devant des juges qui ne me connaissent point, et courir le risque de perdre mon procès après avoir perdu beaucoup de temps et dépensé beaucoup d'argent pour payer des avocats ?¹⁸²¹

Si les tribunaux ne peuvent rétablir *a posteriori* l'honneur d'une personne, ils doivent toutefois sanctionner le dénonciateur trop zélé. Devant les juridictions, toute révélation concernant la vie privée doit être

¹⁸¹⁷ *A. P.*, 2^e série, t. 24., p. 30. Il répète à un autre moment du même discours « vie privée de tout citoyen qui n'aspire à aucune influence politique est sa propriété ».

¹⁸¹⁸ Benjamin CONSTANT, *Des réactions politiques*, Paris, 1797, p. 74 [Nous soulignons].

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸²⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸²¹ *Ibid.*

davantage muselée que débattue. La justification publique de l'homme étant impossible, l'homme privé doit être défendu derrière le masque infalsifiable de l'honneur. Il ne faut pas discuter de la vérité des faits, ni du procédé utilisé par le journaliste poursuivi (insinuation ou rapprochement), mais il faut un système de sanction systématique. Dans le même temps, Benjamin Constant va réclamer vivement la preuve en cas de diffamation des actes publics de fonctionnaires publics qui « n'ont rien à craindre de la vérité », dans la mesure où leur état leur commande de demeurer irréprochables dans ce qui a trait à leur fonction¹⁸²². Si la fermeté de la position du philosophe, pourtant grand défenseur de la liberté de la presse, peut surprendre au premier abord, elle n'est pourtant pas contradictoire avec le reste de sa pensée.

3- La presse au service de la liberté des Modernes

La liberté d'expression n'est pas, pour Benjamin Constant, une raison suffisante pour renoncer à mettre en cause l'obscurité de la vie privée. Pour comprendre cela, il faut revenir au lien entre la presse et le régime représentatif. Dans la lignée de Montesquieu, le philosophe fait découler la libération du sujet moderne des grands États et des progrès du commerce. Dans ces systèmes, les hommes qui se recentrent sur les jouissances de la vie privée sont jaloux de leur indépendance. L'avènement d'un régime politique représentatif permet à chacun de demeurer à part et de déléguer les questions politiques à des intendants compétents. Le principe même de la représentation est ainsi relié par Benjamin Constant à la préservation de la vie privée. Aussi, si dans l'ancien monde il importait que « les moindres actions fussent connues de tous¹⁸²³ », tel n'est désormais plus le cas puisque les hommes vivent désormais séparés les uns des autres. Or, avec la presse, n'est plus seulement médiatisée l'action publique, mais aussi l'image que les hommes ont les uns des autres. Les journaux ne sont pas tant des instruments de transparence que d'utiles médiations qui filtrent les informations qu'ils choisissent de relayer. Cette situation spécifique à la période moderne est entièrement le produit des développements de l'imprimerie :

Dans chaque petit État, il y a une publicité en quelque sorte matérielle ; chacun, voisin de l'autre, est instruit de ce qui arrive à son voisin. À Rome, Collatin montrait le corps de Lucrece au peuple assemblé ; le débiteur plébéien découvrait ses cicatrices aux regards indignés de ses frères d'armes ; toute la cité connaissait le crime. De nos jours, l'immensité des Empires met obstacle à ce mode de réclamation¹⁸²⁴.

L'avènement d'une vie publique à grande échelle est corrélatif de l'invention de l'imprimé, c'est-à-dire d'un dispositif de médiatisation du débat. L'écrivain du XIX^e siècle devient en effet ce que l'orateur était dans les anciennes cités. En mettant en lumière l'espace public, il maintient une distance entre les différents membres d'une entité politique. Une telle situation est avantageuse, en ce que la mise en lumière opérée par

¹⁸²² Benjamin CONSTANT, *Discours prononcé à la Chambre*, Paris, Ambroise Dupont, t. I, p. 54 : « Séance du 28 avril 1819 : [...] Je viens plaider la cause des fonctionnaires publics car c'est plaider leur cause que de prétendre qu'ils n'ont rien à craindre de la vérité. Plus j'envisage cette question, plus je me persuade que ceux qui les outragent sont ceux qui prétendent qu'on ne peut, sans les déconsidérer, dire ce qu'ils font et le prouver ; il sait que l'immense majorité des fonctionnaires est irréprochable. En admettant la preuve dans le projet de loi, il leur rend un noble et un juste hommage. »

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ Benjamin CONSTANT, *Discours prononcé à la chambre des députés*, 1828, Paris, Ambroise Dupont, p. 84.

la presse est aussi, selon l'expression de Madame de Staël, une « garantie de l'obscurité¹⁸²⁵ ». Caché dans la foule, l'homme est libre, délié des contraintes des petites communautés, il peut alors se ménager un espace privé. Laissés seuls ou avec leur famille, les particuliers ont le loisir de mener leur destinée à l'abri des troubles de la vie publique¹⁸²⁶. La médiation de l'imprimé, en permettant une exposition limitée au regard d'autrui, ne livre pas tout l'individu à la politique, elle lui laisse son indépendance et sa retraite propice à l'introspection¹⁸²⁷. Cette situation inédite permet de séparer plus que jamais vie privée et vie publique. La presse n'est donc pas seulement ce qui révèle mais aussi ce qui cache. Elle doit être libre non seulement pour permettre les progrès de l'esprit mais aussi pour sauvegarder les biens fondamentaux de la société que sont la sûreté, la propriété et la liberté personnelle¹⁸²⁸. En tant qu'elle est « le seul moyen de publicité¹⁸²⁹ » inhérent au système politique, la presse peut donc aussi être regardée comme « l'unique sauvegarde de nos droits¹⁸³⁰ ». Le comportement moral de l'homme lui appartient et « toute vexation contre le moindre des citoyens est un attentat contre le corps social tout entier¹⁸³¹ ».

Au final, dans l'esprit de Benjamin Constant, gouvernement consenti et autonomie de l'existence personnelle doivent aller de pair. Loin d'être contradictoires, la défense conjointe de la liberté de la presse et celle de l'opacité totale de la vie privée participent pour lui d'un même progrès de l'indépendance individuelle. Dans le système des grands États, la vie privée est sauve car la présentation de soi est médiatisée mais aussi contrôlée par celui qui s'expose. Le besoin d'une liberté politique qui n'empiète pas sur la vie privée permet d'expliquer la position de Constant qui réclame une liberté raisonnable de la presse, pour que « la pensée soit libre et les individus en repos¹⁸³² ». Le philosophe avait compris qu'en devenant médiatique par les développements des journaux, le système politique se transformait en un nouveau spectacle réunissant les hommes dans leur séparation. Les projecteurs braqués sur les hommes en quête de notoriété permettent alors à ceux qui cherchent l'obscurité de s'y terrer avec plus de facilité, le public se voyant accaparé par le spectacle des premiers. Le principe de la protection de la vie privée s'inscrit ainsi dans cette tentative de concilier la libre participation à la vie publique, la libre-expression de ses opinions et l'indépendance privée. L'interdiction de la publication de la vie privée se comprend dès lors comme une condition de la vie civique. Comme le dit Benjamin Constant, en interdisant la publication de faits tirés de

¹⁸²⁵ Germaine DE STAËL, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution*, *op. cit.*, p. 109 : « Les citoyens d'un État peu nombreux, tous individuellement connus, étaient soumis à chaque instant aux volontés d'un peuple délibérant sur la place publique. La célébrité était comme de nos jours, dangereuse, mais la garantie de l'obscurité n'existait point, et les calculs personnels ne pouvaient jamais être indépendants. Il n'y avait pas comme dans nos États une masse d'hommes paisiblement égoïstes et se moquant des insensés qui font parler d'eux et pouvant à l'aide de tous les moyens individuels, de l'étendue du pays et de l'organisation actuelle du commerce et de la propriété, faire leur destinée à part des événements publics ».

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ Pierre MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸²⁸ Benjamin CONSTANT, *Discours prononcé à la Chambre des députés*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸²⁹ *Ibid.*

¹⁸³⁰ ID., *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, 1861, Guillaumin, t. I, p. 259 : « Dans les grandes associations des temps modernes, la liberté de la presse étant le seul moyen de publicité, est par là même, quelle que soit la forme du gouvernement, l'unique sauvegarde de nos droits. »

¹⁸³¹ ID., *Discours prononcé à la chambre des députés*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸³² ID., *Œuvres politiques*, Paris, Charpentier, 1874, p. 233.

la vie privée, « le public et les écrivains y gagneront parce qu'il y aura dans les journaux des idées au lieu d'anecdotes, et des discussions sages au lieu de faits inutiles et défigurés¹⁸³³ ». La presse est une chose trop importante pour s'attacher à colporter des commérages sur la vie privée des personnes. La critique de l'homme privé n'ayant aucune utilité sociale, elle n'est pas justifiable et peut être systématiquement sanctionnée. La fonction politique de la presse justifie sa liberté mais l'oblige également à accepter certaines limites. Ce sont sans doute ces raisons qui conduisent Benjamin Constant à soutenir le principe posé par les lois de 1819 d'une exception de vérité limitée au domaine politique.

§. 2 - Le choix d'une définition *ex negativo* de la vie privée

Dans la loi de 1819, la notion d'exception de vérité repose entièrement sur le présupposé selon lequel il existe des situations exceptionnelles dans lesquelles l'intérêt public légitime la publication de certaines informations. Dans ces conditions, la liberté d'expression est jugée supérieure au droit à l'honneur. Le partage entre les droits de la critique et la protection de l'honneur des particuliers se fait plutôt en faveur des seconds. À cette époque, le fait justificatif de la bonne foi du journaliste n'avait pas encore été dégagé par la jurisprudence, de sorte que la défense des journalistes était « enserrée dans des conditions de forme et de fond strictes¹⁸³⁴ ». La vie privée était ainsi encore largement englobée dans la protection de l'honneur. En 1819, malgré l'arrivée des termes de « vie privée » dans les débats, ceux-ci n'apparaissent pas explicitement dans le texte de loi. La vie privée se déduit encore plus qu'elle ne se définit, et le privé est tout simplement conçu comme la part de l'existence qui *n'est pas* publique¹⁸³⁵. Cette vaste qualification fait ainsi correspondre le privé à « un très grand domaine résiduel¹⁸³⁶ ». La vie publique est quant à elle comprise comme l'activité des détenteurs de l'autorité et de ceux qui remplissent des fonctions étatiques. À cela s'ajoutent tous ceux qui entrent dans l'espace public sans remplir une mission d'intérêt général : ce sont les écrivains, les comédiens et les artistes. Ces figures publiques n'ont pas de fonction particulière mais agissent pourtant au-delà des bornes de leur vie privée. En l'absence de critère évident permettant de fixer ce qui relève ou non de la vie publique, les auteurs de doctrine préconisent de se reporter au critère plus large du « caractère public » de leur action. Le juriste Chassan, spécialiste des délits de presse, se réfère pour cela à la distinction entre le jugement sur la conduite et l'appréciation de l'œuvre. Pour lui, le critique littéraire ne peut « suivre l'auteur dans sa vie privée et censurer ses actions, ce n'est plus de la critique, c'est de la diffamation, c'est un libelle¹⁸³⁷ ». Il est possible de censurer l'œuvre, mais pas les comportements privés de l'artiste ou de l'écrivain. Cette distinction fondamentale entre ce qui relève de la conscience personnelle et ce qui est relatif au mérite est similaire à celle déjà opérée par Portalis entre la probité morale et la

¹⁸³³ *Ibid.*

¹⁸³⁴ Bérénice HAHN DE BYKHOVETZ, *Les faits justificatifs de la diffamation*, thèse sous la direction du Professeur Agathe LEPAGE, Université Paris II-Panthéon-Assas, dacty., 2018, p. 44.

¹⁸³⁵ Ainsi, l'article 20 de la loi du 26 mai 1819 prévoyait que la vérité des imputations pouvait être démontrée contre des « dépositaires et agents de l'autorité et contre « toute personne ayant agi dans un caractère public ».

¹⁸³⁶ Bérénice HAHN DE BYKHOVETZ, *Les faits justificatifs de la diffamation*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁸³⁷ Joseph Pierre CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Paris, Hoffmann, 1837, t. I, p. 381-383.

reconnaissance sociale. Si la protection de l'honneur interdit d'évaluer publiquement la valeur de l'homme privé, rien ne prohibe en effet de juger ce dernier lorsqu'il appelle sur lui le jugement des autres. Pour le reste de son existence, spécialement ce qui relève de la moralité privée, il doit être laissé libre de sa conduite personnelle. L'idée de vie privée repose sur l'idée forte selon laquelle on ne peut *en principe* pas remettre en cause publiquement le mode de vie d'une personne. Dans le cas des individus exerçant des missions publiques, le lien avec l'intérêt général est interprété strictement et la preuve de la vérité n'est possible que si les faits présentent un lien « direct et immédiat¹⁸³⁸ » avec une fonction déterminée. Pour le législateur de 1819, il semble que les détenteurs de l'autorité ou ceux qui œuvrent dans l'intérêt public désignent presque uniquement des fonctionnaires ou des hommes politiques¹⁸³⁹. Selon les mots de Royer-Collard, il ne s'agit pas seulement du sommet de l'État mais plus largement des personnes qui agissent dans la sphère publique :

Une classe immense de personnes publiques, qui ne sont pas positivement dépositaires de l'autorité, mais sortent néanmoins de la vie privée et qui n'en peuvent réclamer le privilège¹⁸⁴⁰.

Il s'agit donc non seulement de ceux qui remplissent des fonctions administratives ou politiques, mais aussi les membres de l'administration, des professeurs d'université, des enseignants, des personnels des collèges et lycées, des aumôniers, etc. Ces personnes qui forment l'armature d'un État sont, selon le chef de file du parti des doctrinaires, autant d'acteurs n'agissant pas en simples particuliers et contre lesquels la vérité des faits peut être invoquée. Commentant les dispositions de la loi de 1819, Désiré Dalloz définit les fonctions à caractère public comme celles « qui tiennent du gouvernement un emploi institué dans un *intérêt public*¹⁸⁴¹ ». L'exception de vérité concerne donc aussi bien les fonctionnaires que les médecins, professeurs, proviseurs, agents diplomatiques, etc. La jurisprudence exclut néanmoins de cette catégorie les officiers publics ministériels, qui ne sont pas considérés comme ayant une vie publique, ainsi que les avoués, les prêtres, les conseillers municipaux et les candidats à la députation¹⁸⁴².

Dans la loi de 1819, la vie privée est surtout conçue en relation avec la vie publique comprise comme participation plus ou moins directe à l'action de l'État. Ce qui ne se rattache pas à un certain nombre de fonctions déterminées relève donc de la vie privée¹⁸⁴³. Si l'on regarde des exemples de jurisprudence, il faut toutefois reconnaître que la séparation de certains actes d'avec une fonction est souvent très artificielle. Ainsi, dans la jurisprudence du XIX^e siècle, l'accusation d'un député d'avoir assassiné l'un de ses collègues en duel est étrangère à ses fonctions¹⁸⁴⁴. De même, l'accusation d'un

¹⁸³⁸ CA Paris, 13 mars 1847 : *Dr. pén.*, 47, 2, 41 ; *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. XXXVI, V^o « Diffamation », p. 757.

¹⁸³⁹ Jean DE CATELLAN, « Rapport fait au nom de la commission spéciale, 19 mai 1819 », dans F. A. PIC, *Code des imprimeurs, des libraires, écrivains et artistes, ou recueil et concordance des dispositions législatives qui déterminent leurs obligations et leurs droits*, Paris, Chez Corby, 1826, p. 739 et s.

¹⁸⁴⁰ *A. P.*, 2^e série, t. 14, séance du 27 avril 1819, p. 73.

¹⁸⁴¹ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. XXXVI, p. 755.

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ *Ibid.*, p. 757 : « Pour déterminer avec justesse le sens des mots “personnes ayant un caractère public”, il suffit de jeter un regard sur les discussions qui ont précédé la promulgation des lois de la presse de 1819, et sur l'esprit politique dans lequel elles ont été conçues. » Une telle logique sera reprise par la loi de 1881 (section 3- §-2).

¹⁸⁴⁴ CA de Lyon, 5 mars 1849, *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. XXXVI, p. 758.

conseiller général d'avoir détourné des fonds¹⁸⁴⁵, ou le reproche fait à un curé de coucher avec sa servante ont peut-être un lien avec leur fonction, mais les juridictions d'alors ont considéré que le lien n'était pas suffisamment immédiat¹⁸⁴⁶. Le rattachement à la vie publique est donc interprété très strictement, de sorte que suivant cette méthode indiquée par la loi de 1819, les juges se montrent très protecteurs de la vie privée.

§. 3 - Les limites du mur de la vie privée : l'impossible maîtrise totale de la publication de soi

La diffamation est définie en 1819 comme « toute imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération » de la personne à laquelle le fait est imputé¹⁸⁴⁷. En tant que la loi ne prévoit aucune condition quant à l'honorabilité de la victime, celle-ci est entièrement présupposée et la personne ainsi visée n'a pas à prouver en amont de tout procès une moralité particulière. Il faut toutefois noter qu'il ne s'agit pas pour autant de donner à la personne outragée les moyens d'une justification intégrale, qui est de toute manière bien souvent illusoire. L'opacité protégée au travers de la notion d'honneur n'est de mise que lorsqu'il y a une nécessité légitime de cacher certains faits. Le critère décisif est le suivant : les faits anodins de la vie privée peuvent être révélés, mais seul ce qui est dévoilé avec une intention de nuire doit être sanctionné. Dans la mesure où il n'est pas possible de maîtriser toute publication sur sa vie personnelle, la loi vise implicitement les hontes secrètes et les faits dont la révélation est de nature à causer un véritable préjudice à la personne. Elle ne pose donc pas un principe d'autodétermination par chaque individu de l'acceptabilité ou non d'une publication à son sujet, mais ne fait qu'en sanctionner les abus. Pour le dire autrement, il ne s'agit pas tant d'un pouvoir subjectif de maîtrise de toute information à son sujet que d'une immunité générale contre les révélations malveillantes (A). L'opportunité d'une telle protection de la vie privée ne semble toutefois pas aller de soi pour les juristes spécialistes de la presse, qui ne s'accordent pas sur l'étendue de ce principe (B).

A- Le droit à la dissimulation de ses vices privés

Le législateur de la Restauration s'inscrit dans la lignée de la législation révolutionnaire en ce qu'il admet le principe de la liberté de la presse, c'est-à-dire l'absence d'imposition d'un régime d'autorisation préalable à toute publication. Il reprend néanmoins le principe de l'ancien droit qui interdit au diffamateur de se défendre en invoquant la preuve de la vérité des faits. Hercule de Serre relève à ce titre que la Nation n'a pas des mœurs publiques suffisamment « mâles » pour pouvoir admettre la preuve des faits en cas d'attaque de la vie privée¹⁸⁴⁸. La vie civique doit donc être conciliée avec le respect de la liberté des personnes. La distinction public/privé entre le monde des proches et celui de la cité sert alors de matrice au droit de la presse. Les affaires non-publiables recouvrent ainsi les « écarts de la vie privée [qui] n'importent pas

¹⁸⁴⁵ C. cass., crim., 15 mai 1875.

¹⁸⁴⁶ C. cass., crim., 25 janv 1883.

¹⁸⁴⁷ Article 13 de la loi de 1819.

¹⁸⁴⁸ *A. P.*, 2^e série, t. 23, p. 319.

directement à la marche des *pouvoirs de la société*¹⁸⁴⁹ ». L'interdit ne vise donc pas n'importe quel élément de la vie privée, mais la discussion des fautes et des vices en relation avec la morale personnelle et domestique. L'homme en tant que père, époux, frère ou ami ne doit rendre aucun compte à la société dans son ensemble¹⁸⁵⁰. Le principe sous-tendu par la loi de 1819 est que les fautes privées doivent, par leur nature même, être soustraites au jugement du semblable et demeurer cachées au regard du public. Elles doivent être placées hors de portée de toute réprobation populaire. La diffamation telle que présentée dans la loi se comprend donc moins comme un mécanisme de défense de l'honneur que comme la reconnaissance d'une présomption incontestable d'honorabilité. En un sens, une telle mesure est justifiée par une certaine miséricorde pour les manquements qui n'ont pas d'incidence sociale. Lors des débats de 1819, le parlementaire Catellan l'affirme : « le fonctionnaire, rentrant dans la vie privée, va redevenir irresponsable¹⁸⁵¹ ». Il s'agit donc de reconnaître dans le droit de la presse la séparation que nous avons vue entre la faute personnelle et la faute sociale. En un sens aussi, à la suite de Machiavel et de Montesquieu, le législateur de 1819 va admettre la logique des apparences inhérentes à toute la vie politique. Comme le soutient encore le rapporteur de la loi Catellan, l'homme au service de l'État peut être critiqué dans une certaine mesure, car il doit être honnête ou « forcé au moins de *paraître* honnête¹⁸⁵² ». En instituant cette dualité entre vie publique et vie privée et en ne sommant pas l'homme de se justifier sur sa conduite morale, la loi sur la presse pose ainsi une limite assumée à la liberté d'expression. Elle rappelle à la presse que son rôle principal est le débat sur la chose commune, et non sur les détails des existences particulières. Commentant les dispositions de la loi sur la presse de 1819, l'avocat Louis Nachet revient sur ce point dans l'un de ses plaidoyers. Les actes publics sont ceux qui « aboutissent à un intérêt général¹⁸⁵³ ». Les affaires non-publiables recouvrent les « *écarts de la vie privée* [qui] n'importent pas directement à la marche des *pouvoirs de la société*¹⁸⁵⁴ ». L'interdit ne vise donc pas n'importe quel élément de la vie privée mais la discussion des fautes et des vices qui tournent autour du cercle du foyer domestique, qui doivent échapper à toute emprise de la société. L'homme, en tant que père, en tant qu'époux, en tant que frère et en tant qu'ami, ne doit pas de compte à la société dans son ensemble¹⁸⁵⁵.

À plusieurs reprises, le législateur de la monarchie restaurée confirme sa volonté de cantonner la protection de la vie privée au cadre des poursuites du délit de diffamation. Il faut préserver celle-ci, mais

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 7 : « L'homme privé, c'est le père, l'époux, le fils, le frère, l'ami ; c'est encore l'homme placé au milieu d'actes et de pensées se rapportant à lui-même comme à un centre unique. »

¹⁸⁵¹ Jean-Antoine DE CATELLAN, *Rapport fait au nom de la commission spéciale*, 19 mai 1819, F. A. PIC, *Code des imprimeurs, des libraires, écrivains et artistes, ou recueil et concordance des dispositions législatives qui déterminent leurs obligations et leurs droits*, Paris, Chez Corby, 1826, p. 739 et s. [Nous soulignons].

¹⁸⁵² *Ibid.*, p. 740 : « le fonctionnaire, rentrant dans la vie privée, va redevenir irresponsable ; mais quant aux faits commis pendant qu'il agissait avec un caractère public, le droit de se plaindre reste à l'offensé, au particulier qu'il a lésé ou primé pendant qu'il était en place. »

¹⁸⁵³ Expression qu'emploie l'avocat Nachet dans une plaidoirie de 1838. Louis NACHET, *Plaidoyer de Me Nachet pour M. Victor Mangin, gérant du "National de l'Ouest"*, prononcé devant la chambre criminelle de la Cour de cassation le 25 mai 1838, Paris, Cordier, 1838, p. 4-5. Voir annexe 9.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 7 : « L'homme privé, c'est le père, l'époux, le fils, le frère, l'ami ; c'est encore l'homme placé au milieu d'actes et de pensées se rapportant à lui-même comme à un centre unique. »

seulement contre les injures. Lors d'un débat de 1822, le député Jacques Mestadier dépose toutefois un amendement dans lequel il propose une défense de la vie privée hors du délit de diffamation. Il suggère ainsi d'interdire plus explicitement *toute publication* d'un fait de la vie privée, indépendamment de son caractère infamant. Selon ses mots, la vie privée est une « propriété sacrée¹⁸⁵⁶ [...] que personne n'a le droit de rendre publique sans son consentement¹⁸⁵⁷ ». Comme le soutient le défenseur de la proposition, les rigueurs de la loi en matière de protection de la vie privée sont nécessaires pour se prémunir des inquisitions journalistiques :

Il est de telle action indifférente en apparence, tel fait peu important dont la révélation peut cependant causer un grand préjudice. Que chacun descende dans son cœur, que chacun cherche les exemples de faits personnels non répréhensibles, louables même, dont la publication lui causerait un dommage réel, ou serait au moins très affligeante pour lui, pour les siens, ou pour ses amis¹⁸⁵⁸.

Pour l'auteur de cette proposition, la loi de 1819 permet encore de révéler des faits qui, sans avoir un aspect manifestement injurieux ou diffamatoire, ont encore « un caractère désobligeant¹⁸⁵⁹ ». Il est possible selon lui de violer le « secret des familles¹⁸⁶⁰ » sans révéler aucun méfait. Réfutant cette conception extensive de la protection de la vie privée, le député et magistrat Pardessus récuse l'idée que l'on puisse prétendre fonder la protection de la vie privée sur le seul critère du consentement :

Comment un écrivain, un journaliste, pourraient-ils être coupables parce qu'ils auraient raconté une action tout à fait indifférente à l'honneur d'un particulier ? par exemple, pour avoir dit : *Tel s'est promené dans le bois de Boulogne !* [...] Les lois civiles elles-mêmes n'obligent à des réparations que ceux dont le fait nuit à autrui¹⁸⁶¹.

Toutes les mesures radicales de protection du privé sont donc refusées par les parlementaires au motif qu'une telle législation introduirait un déséquilibre en défaveur de la liberté d'expression. Seule la souillure mérite une protection et non le fait de relater une information anodine sur une personne.

La question est de nouveau posée en 1827 dans le projet de loi sur la presse Peyronnet, surnommée par ironie « loi de justice et d'amour ». Une nouvelle fois, le législateur refuse de voter une loi interdisant *toute publication* sur la vie privée. Sans remettre en cause le principe de la liberté de la presse de la loi de 1819, les ultras tentent en vain d'utiliser les délits de presse pour contenir les assauts de la presse libérale¹⁸⁶². La protection de la vie privée semble en effet instrumentalisée par le gouvernement ultraroyaliste pour durcir le régime pénal de la presse. L'article 20 du projet de loi prévoit ainsi expressément de sanctionner d'une amende de 500 francs n'importe quelle publication d'un fait de la vie privée¹⁸⁶³. À la tribune, Royer-Collard

¹⁸⁵⁶ *A. P.*, 2^e série, t. 24, Paris, 1876, p. 323.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 323.

¹⁸⁵⁸ F. A. PIC, *Code des imprimeurs, libraires, écrivains et artistes*, Paris, Corby, 1826, p. 999.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.* [M Ollivier de la Drome].

¹⁸⁶⁰ *Ibid.* [M Ollivier de la Drome].

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 1001. Il faut noter qu'en ces temps-là, cette affirmation n'est porteuse d'aucune connotation.

¹⁸⁶² Arnaud DE SOLMINIHAC, *Le droit de la presse et du culte sous le ministère Villèle (1822-1827), Les ultras et les libertés*. Mémoire sous la direction du Professeur François Saint-Bonnet, Université Paris II-Panthéon-Assas, dacty., 2017, p. 59-70.

¹⁸⁶³ *A. P.*, 2^e série, séance du 7 mars 1827, t. 1, p. 415 : Lors du cinquième débat sur la presse de la Restauration Article 20 : « Toute publication sur les actes de la vie privée de tout Français et de tout étranger résidant en France pourra être poursuivie par le ministère public, et sera punie d'une amende de 500 francs. »

est contraint de relativiser sa propre métaphore du mur de la vie privée en soutenant que la cloison en question a vocation à être érigée contre les diffamations et non contre la publication de faits honorables ou indifférents¹⁸⁶⁴. Il doit selon lui être possible de louer les vertus privées d'une personne et d'évoquer des faits anodins de son existence sans être poursuivi en justice. Selon le chef de file des doctrinaires, ce que le droit pénal punit, c'est avant tout la remise en cause publique du comportement légal d'une personne. Pour cette raison, la question du caractère infamant du fait privé révélé et de l'intention de nuire doit, selon lui, être placée au cœur du délit. La protection de la vie privée doit surtout permettre d'éviter la confusion des genres. Les personnes publiques doivent être « défendues contre les rapports et les allusions qu'on pourrait établir entre certains actes de leur vie privée et de leur vie publique¹⁸⁶⁵ ».

À partir de ce débat de 1827, il semble qu'il ne puisse plus y avoir d'équivoque sur les intentions réelles des défenseurs de la loi de 1819. Ce que le législateur protège, ce n'est pas un droit de propriété sur les informations à son sujet ni un droit à l'anonymat, c'est l'honorabilité privée en plaçant celle-ci à l'abri de l'hostilité du public. Il s'agit d'établir une juste frontière entre ce que le public peut légitimement connaître et les vérités offensantes. Considéré par la majorité parlementaire comme poussant trop loin l'idée d'une maîtrise par chacun de la publication de soi, le projet de loi de 1827 est rejeté, de sorte que le mur de la vie privée n'est pas transformé en muraille infranchissable paralysant systématiquement tout propos sur la vie des personnes. Sous la Restauration, certains partisans d'un durcissement du régime de la presse avançaient l'idée selon laquelle il faut préserver « la faculté de vivre inconnu¹⁸⁶⁶ ». Les artisans de la loi de 1819 rétorquent qu'il faut et qu'il suffit d'empêcher que les vices privés puissent être étalés dans l'espace public. Pour préserver la faculté de vivre tranquille, le législateur doit se contenter d'interdire la publication de ce qui est potentiellement honteux. Cette nuance n'est pas sans conséquences. L'analogie du mur n'avait en effet pas pour vocation de devenir une muraille qui interdirait de parler d'une personne sans son accord explicite. Dans l'esprit de la loi sur la presse de 1819, fondatrice de la protection de la vie privée en tant que telle dans notre droit, c'était donc bien la diffamation, c'est-à-dire seulement l'imputation d'*un fait déshonorant* *proféré avec intention de nuire*, qui devait être condamnée. Ce que la loi protégeait, ce n'était pas toute révélation de faits quelconques, mais l'humiliation publique des personnes de sorte que le mur de la vie privée devait être compris comme une « dissimulation du déshonneur¹⁸⁶⁷ ». Le dommage d'honneur est en effet ce qui avilit l'homme, ce qui le rabaisse en détruisant sa réputation et ses relations avec ses proches. Par deux fois, le législateur de la Restauration a ainsi refusé de détacher la protection de la vie privée de celle de l'honneur. Le régime de l'exception de vérité, réduit aux simples actes rattachables à l'exercice d'une fonction particulière, laisse néanmoins demeurer un hiatus dans l'esprit des commentateurs de la loi. S'il s'agit de donner des gages à l'honneur privé de l'homme public, pourquoi interdire la preuve des faits allégués ? Si

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 145, Pierre-Paul ROYER-COLLARD : « La vie privée doit être murée ; mais contre quoi ? Contre ce qui lui est ennemi apparemment, c'est-à-dire contre la diffamation ; mais contre ce qui ne lui est pas ennemi, contre la publication des actes indifférents ou même honorables, pourquoi serait-elle murée ? »

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ Bernard BEIGNER, *L'honneur et le droit*, *op. cit.*, p. 58.

L'objectif du législateur est de protéger plus largement le diffamé au nom de la « paix domestique¹⁸⁶⁸ » et de l'anonymat, pourquoi ne pas formuler des dispositions plus explicites ?

B- La protection de la vie privée : progrès de la civilisation ou signe de la faiblesse des mœurs ?

Les incertitudes autour de la portée réelle des lois de Serre sont exploitées par les juristes du XIX^e siècle qui s'accordent différemment sur l'étendue des principes qu'elle pose. Le pénaliste Faustin Hélie voit dans ce souci de protection de la vie privée une concession secondaire appelée à disparaître. Selon cette interprétation, le principe dominant qui découle de la loi de 1819 réside dans la liberté de publier, en devant, s'il le faut, apporter la preuve de la vérité des faits. Commentant cet aspect dans un article sur la question, il écrit en 1844 :

Dans une société forte et pure, *la vie privée devrait être ouverte aux regards aussi bien que la vie publique*, car les actions de chaque membre de la cité appartiennent à tous, puisque d'une manière directe ou indirecte, elles influent sur le bonheur et la sécurité de la cité entière¹⁸⁶⁹.

Selon le juriste, l'assainissement des mœurs et une défense complète de l'honneur devraient faire admettre plus largement le mécanisme de l'exception de vérité. Dans son esprit, la protection de la vie privée n'est en rien un principe d'ordre public, mais elle n'est qu'un ménagement sollicité « par nos habitudes, par nos susceptibilités, par notre faiblesse¹⁸⁷⁰ ». Elle n'est pas une avancée du droit mais la marque de nos « mœurs timides ou corrompues¹⁸⁷¹ ». Cette « fiction légale » est d'ailleurs parfois contrainte de céder la place à la preuve de la vérité des faits, considérée comme légitime par principe¹⁸⁷². Le professeur de droit public Denis Serrigny partage cette opinion. Sous la Monarchie de Juillet, il peut ainsi écrire :

L'incrimination faite par la loi du 17 mai 1819 de l'imputation des faits vrais, mais déshonorants, lorsqu'ils entrent dans la vie privée, ne prouve qu'une chose : *la mollesse de nos mœurs, et le peu d'usage que nous avons de la liberté de discussion*¹⁸⁷³.

Selon ce juriste, le cadre strict de l'exception de vérité est encore un obstacle de trop à la liberté de la presse, elle n'est qu'une *concession* qui ne peut être comprise comme un véritable principe voulu pour lui-

¹⁸⁶⁸ Expression de Jean-Baptiste DE MARTIGNAC, *A. P.*, 2^e série, t. 1, séance du 8 mars 1827, p. 154.

¹⁸⁶⁹ Faustin HÉLIE, *Recueil de la revue de législation et de jurisprudence*, Paris, Vidécoq, 1844, t. XVIII, p. 206 [Nous soulignons].

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*

¹⁸⁷¹ *Ibid.* : « Il est donc permis de penser que la prohibition de la preuve destinée à protéger les mœurs timides ou corrompues, et dont l'effet est plutôt d'énervier que de former la morale publique, n'est qu'une exception, sollicitée par nos habitudes, par nos susceptibilités, par notre faiblesse peut-être, au véritable principe de la matière qui placerait la preuve à côté de la plainte de la défense, et ne punirait que la calomnie et l'injure, car le fait diffamatoire non calomnieux n'est qu'une injure. »

¹⁸⁷² *Ibid.*, p. 226 : « Chacun sent instinctivement que la vérité des faits imputés efface au moins la moitié du délit, et que quelquefois même comme en cas de notoriété certaine, le supprime tout entier. La loi a voulu dépacer la question ; elle l'a mise dans la publicité seulement, et non dans la vérité des faits injurieux : mais la force des choses la ramène sans cesse et la *fiction légale est trop faible pour résister* » [Nous soulignons].

¹⁸⁷³ Denis SERRIGNY, *Traité du droit public des Français*, Paris, Joubert, 1846, t. II, p. 563 [Nous soulignons].

même. En comparaison avec le droit américain, la protection de la vie privée dans les droits français et anglais passe pour la marque d'une société corsetée :

[La loi française] prive la société d'un des plus puissants véhicules pour le bien et des plus grands obstacles au mal qui soient en son pouvoir ; *et je ne doute pas qu'un jour la loi n'étende à la vie privée le système répressif admis pour la vie publique*¹⁸⁷⁴.

Il faut reconnaître qu'une partie de la jurisprudence postérieure à la loi de 1819 semble donner raison à ceux qui prétendent étendre le champ de l'exception de vérité. La Cour de cassation considère ainsi que si la victime ne peut restreindre son action aux seuls faits de la vie privée et « s'il n'y a pas de divisibilité entre les deux ordres d'imputation¹⁸⁷⁵ », c'est-à-dire si les faits sont indissociablement publics et privés, il faut laisser agir le mécanisme de l'exception de vérité qui découle du principe de la liberté de la défense. Bien qu'il approuve le principe de la loi, Désiré Dalloz se range derrière les juges en considérant qu'en cas d'indivisibilité des faits, « l'intérêt social qui a fait admettre la preuve relativement aux fonctions du plaignant doit l'emporter sur les considérations qui ont fait protéger la vie privée contre des investigations indiscrètes¹⁸⁷⁶ ». La vie privée étant présentée comme un principe subalterne, il faut, lorsque les circonstances l'exigent, faire primer la preuve de la vérité des faits sur toute autre considération.

Le magistrat Théodore Grellet-Dumazeau, fin connaisseur du droit de la presse n'est pas de l'avis de Faustin Hélie et de Désiré Dalloz. Dans son *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, il tente, avec une grande acribie, d'expliquer en quoi la protection de la vie privée ne repose pas sur un compromis précaire lié à l'état des mœurs mais sur des considérations éminemment morales et sur une véritable nécessité sociale. Le législateur a, selon lui, entendu positivement tracer « une ligne de démarcation profonde [...] entre les faits de la vie privée et les faits de la vie publique¹⁸⁷⁷ ». La publication des méfaits individuels répand dans l'esprit public des faits peu louables et provoque la contagion du vice par le spectacle du scandale. La sauvegarde des mœurs veut donc que l'interdiction de la publication de la vie privée soit retenue comme le *principe dominant* de la loi. Comme il le dit, « les bonnes mœurs font la force des États et les bonnes mœurs ont tout à perdre de la publicité des scandales¹⁸⁷⁸ ». La morale publique ne peut ainsi souffrir de la dénonciation publique du vice privé. Ces considérations ne sont pas sans implications

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ C. cass. Crim., 4 juillet 1851, *affaire Séguin*, *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1857, t. XLV, p. 32 [Nous soulignons].

¹⁸⁷⁶ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1856, t. XXXVI, p. 758 : « Il a été également jugé que lorsqu'aux actes d'un fonctionnaire se lient plus ou moins des faits de la vie privée qui ont donné lieu à un outrage commis contre lui, et qui peuvent influencer sur la culpabilité du prévenu d'outrage, ces faits peuvent être prouvés par témoins ; et spécialement l'individu accusé d'avoir outragé publiquement un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions. »

¹⁸⁷⁷ Thomas GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation*, *op. cit.*, t. I, p. 353.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

pratiques, puisqu'en cas de doute sur le caractère public de l'acte, ce spécialiste de la diffamation préconise de privilégier le secret sur la preuve du fait objet de la diffamation¹⁸⁷⁹.

L'honneur est cette fiction légale qui sert à protéger, du même coup, le repos des familles et la bienséance des mœurs. Il faut bien comprendre que, pour reprendre les termes de Grellet-Dumazeau, le dommage réside dans l'opération de la « révélation elle-même » presque autant que dans la nature du fait révélé. En préambule de ses observations sur le mécanisme de l'exception de vérité, il affirme :

En thèse absolue, nous pensons donc que la prohibition de la preuve, lorsqu'il s'agit des actes de la vie privée, est tout à la fois morale et utile, et qu'à ce titre elle devrait constituer la règle dans la loi¹⁸⁸⁰.

Une telle lecture de la loi de 1819 replace la protection de la vie privée au centre de la notion de diffamation. Dans l'esprit de Grellet-Dumazeau, les limites à la preuve de la vérité ne sont pas une marque de la faiblesse des mœurs, mais constituent au contraire un sain rempart contre le scandale, une garantie de la liberté individuelle et un principe de protection de la morale privée. Ce n'est donc plus le caractère infamant de l'acte publié qui constitue le cœur de l'infraction, mais le simple fait de procéder à une telle révélation¹⁸⁸¹. Le souci de la protection de la vie privée l'emporte encore en 1848 lorsqu'est débattu à l'Assemblée Nationale le renvoi systématique des délits de presse, considérés comme des infractions politiques, devant des jurys populaires. Afin d'éviter que les affaires touchant à la protection de la vie privée soient débattues devant une telle juridiction, l'avocat Odilon Barrot explique, devant l'Assemblée Nationale, en quoi cela se heurterait à l'esprit revanchard et à la susceptibilité des français quand il en va de leur honneur¹⁸⁸².

Si l'on synthétise, la question qui se pose aux interprètes de la loi est la suivante : la protection de la vie privée est-elle une concession liée à une préoccupation démesurée des bonnes mœurs, ou bien est-elle la marque d'un respect ancien et légitime pour l'honneur ? Les débats de la loi de 1819 et la valorisation du privé au XIX^e siècle, notamment dans le discours libéral, semblent laisser entendre que la pénalisation des atteintes à la vie privée est voulue pour elle-même. Avant qu'au Second Empire le législateur ne consacre la première protection directe des atteintes à la vie privée, le secret de la vie domestique est invoqué pour lui-

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 27 : « Il est quelquefois très difficile de reconnaître la ligne de démarcation qui sépare le fonctionnaire public du simple particulier, de signaler le caractère dominant qui distingue l'acte de la vie publique et l'acte de la vie privée : s'il y a doute sur la qualité de la personne diffamée ou sur la nature du fait imputé, on comprend qu'il soit prudent de se référer au principe qui rejette la preuve, moins encore parce qu'il constitue la règle, que parce qu'il serait injuste d'infliger à un citoyen les conséquences d'une responsabilité qui n'est pas établie. La raison d'utilité, qui a fait admettre la preuve, n'étant pas constatée, la présomption que toute diffamation est publiée *maliis non est indulgendum*. » C'est en ce sens seulement qu'on peut voir dans l'article 20 une règle et une exception.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸⁸¹ Thomas GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation*, *op. cit.*, t. I, p. 351 : « En thèse absolue, nous pensons donc que la prohibition des actes de la vie privée est tout à la fois morale et utile et qu'à ce titre, elle devrait constituer la règle dans la loi. »

¹⁸⁸² *Compte-rendu des séances de l'Assemblée Nationale*, Paris, 1850, t. 5, séance du 4 novembre 1848, p. 302 : « Messieurs, les conséquences d'une pareille législation pourraient bien être une perturbation profonde dans les mœurs de notre pays ; elles pourraient altérer cette noble susceptibilité du caractère français, ou plutôt elles lui donneraient une autre direction, elles fortifieraient cette disposition déjà trop grande dans notre caractère d'abandonner le recours aux lois, pour chercher ailleurs une protection de l'honneur. »

même indépendamment du délit de diffamation. Une loi du 10 juillet 1850 vient par exemple limiter la publicité du contrat de mariage par égard pour l'intimité des familles¹⁸⁸³. S'il n'y a pas encore de droit à la vie privée en tant que tel, celle-ci est donc déjà protégée par ce mur qui entoure l'existence personnelle et domestique.

Section 2 - La loi de 1868 : la protection de la vie privée hors du délit de diffamation

Pour les législateurs de 1819, si la vie privée doit être protégée, elle ne doit l'être que par le truchement de l'honneur, considéré comme une fiction protectrice de la personne et de la famille. Ce choix n'est pas partagé par tous les législateurs de l'époque. La législation Suisse du Canton de Vaud de 1832 prévoit par exemple un article 19 sanctionnant directement toute révélation de la vie privée :

La divulgation, par l'un des moyens énoncés [...], de faits relatifs à la vie intérieure et domestique d'un citoyen sera punie d'une amende de 4 à 100 francs, si cette divulgation a eu lieu dans une intention évidemment malveillante, et alors même qu'il n'y aurait ni diffamation ni injure¹⁸⁸⁴.

Les dispositions vaudoises franchissent ici le pas que le législateur français n'avait pas voulu faire sous la Restauration en consacrant une protection immédiate de la vie privée en la sortant du délit de diffamation. Chez les Suisses, la simple révélation est punie, de sorte que le cœur de l'infraction n'est plus tant la volonté de nuire que la simple divulgation de faits, honorables ou non, considérés comme privés.

En 1868, suite à un amendement du député bonapartiste Adhémar de Guilloutet, est instituée en droit français une contravention sanctionnant toute publication de faits relatifs à la vie privée. Invoquant à son tour les développements d'une presse intrusive, le législateur français franchit le Rubicon que le législateur de 1819 refusait de traverser par cette première tentative de protéger la vie privée de manière directe et autonome. Depuis la Monarchie de Juillet, le nombre des analphabètes a en effet chuté à proportion que les impressions de journaux ont augmenté. De plus, contrairement à 1819, il existe, en cette fin de Second Empire, une véritable presse populaire à gros tirages qui peut être diffusée rapidement dans l'ensemble du territoire, rendant les atteintes à la vie privée par voie de presse bien plus fréquentes et leurs conséquences plus dommageables, par le public élargi qu'elles touchent. Fermement contenue par un décret-loi du 17 février 1852, la presse voit toutefois son régime s'assouplir durant la deuxième moitié du règne de Napoléon III, et l'état juridique qui pesait sur elle se desserrer progressivement¹⁸⁸⁵. La loi du 11 mai 1868, plutôt libérale dans son esprit, revient ainsi sur le régime d'autorisation préalable à la création d'un nouveau journal, la remplaçant par une simple déclaration. Elle retire aussi aux journalistes un certain nombre de contraintes

¹⁸⁸³ Art. 1394 du code civil, modifié par une loi du 10 juillet 1850.

¹⁸⁸⁴ Polydore FABREGUETTE, *Traité des diffamations de la parole, de l'écriture et de la Presse*, Paris, Maresque, 1884, t. II, p. 511-512.

¹⁸⁸⁵ Claude BELLANDER, Jacques GODECHOT, Pierre GUIRAL (dir.), *Histoire générale de la presse française, tome II, De 1815 à 1871*, Paris, PUF, 1969, p. 10 ; François SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire », *Jus politicum*, t. 5 (2010), p. 1-19 ; Benoît HABERT, *La garantie des libertés. 1852-1870*, thèse sous la direction François SAINT-BONNET, Université Paris II- Panthéon-Assas, dacty., 2017, 425 p.

administratives et fiscales¹⁸⁸⁶. Quelques limites sont pourtant fixées à cette libération relative de la presse. Pour contenir ce qu'ils considèrent être une perversion des journaux et un attentat à la liberté individuelle, certains parlementaires vont ainsi obtenir que, sur la plainte de l'intéressé, puisse être sanctionnée légèrement mais fermement *toute publication* portant sur des faits de la vie privée¹⁸⁸⁷. Cette mesure, qui n'est pas sans retentissement dans l'invention d'un droit générique à la vie privée à long terme, fait qu'entre 1870 et 1880, la France a plus que jamais cherché à contenir l'introduction d'informations sur la vie privée des particuliers dans l'espace public¹⁸⁸⁸. Une protection aussi absolue de la vie privée (§. 1) vient cependant poser la question de ses contours (§. 2) et soulève la critique d'être aussi excessive qu'inefficace (§. 3).

§. 1 – La première protection directe de la vie privée en droit français

Il semble que cette incrimination portant sur les « faits de la vie privée » dans un « écrit périodique¹⁸⁸⁹ » ne soit pas le fruit d'une volonté particulière du gouvernement de l'empereur ni d'une grande théorie juridique. Cette nouvelle contravention de presse se glisse lors des discussions parlementaires dans un amendement proposé par le député bonapartiste Adhémar de Guilloutet. En détachant la protection de la vie privée de la diffamation, la loi de 1869 instaure une infraction vidée de l'élément intentionnel au nom d'un droit à l'anonymat. La description de la vie des particuliers dans les journaux semble ainsi totalement muselée, dès lors que sur la demande de la personne en question, la publication peut être interdite. Il faut aussi noter que la répression par voie de simple contravention permet d'éviter à la personne prétendument outragée de rapporter la preuve d'une intention de nuire. Cette mesure, radicale dans son principe, est, si l'on excepte le texte vague de la Constitution de 1791, la première disposition explicite en matière de protection de la vie privée en droit français. Cette mesure n'est pas sans retentissement mondial, puisque les avocats américains Louis Brandeis et Samuel Warren se réfèrent expressément aux dispositions françaises dans leur formulation d'un *right to privacy* en 1890¹⁸⁹⁰.

Quels sont les arguments qui conduisent à renforcer la protection de la vie privée ? S'érigeant en héraut de la liberté individuelle, Adhémar de Guilloutet déplore le non-respect dans la pratique des principes de la loi de 1819 et se réclame des opinions de Benjamin Constant pour exiger de nouvelles mesures plus efficaces¹⁸⁹¹. La commission chargée d'examiner l'amendement invoque notamment l'intérêt de supprimer le critère de la malveillance, qui est bien souvent difficile à caractériser. L'argument du mur est de nouveau avancé pour muscler les protections reconnues aux particuliers. Il faut, selon le député Morin, ne pas se

¹⁸⁸⁶ *Loi annotée du 11 mai 1868 etc., op. cit.*, p. 3 : « Article 1 : Tout Français majeur et jouissant de ses droits civils et politiques peut, sans autorisation préalable, publier un journal ou écrit périodique paraissant soit régulièrement et à jour fixe, soit par livraisons et irrégulièrement. ».

¹⁸⁸⁷ « Art 11 : Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents franc. La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée. » *Loi annotée du 11 mai 1868 sur la presse*, éd. Félix BRAYER, Paris, Durand, 1868, p. 4.

¹⁸⁸⁸ James Q. WHITEMAN, « The tow western culture of Privacy, Dignity versus Liberty », *The Yale Law Journal*, t. 113/6 (2004), *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁸⁹ *Loi annotée du 11 mai 1868, op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁹⁰ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée, op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁹¹ Compte rendu d'audience : *Le temps*, 9 mars 1868, séance du 8 mars 1868.

contenter de punir les outrages et les invectives mais aussi « toute mention relative à la vie privée¹⁸⁹² ». Au soutien de cette loi, le député Josseau invoque une similitude avec l'inviolabilité du domicile :

Le droit est aussi clair et aussi solidement établi que possible ; il est dans les principes mêmes qui régissent le domicile. Le domicile est inviolable. Or, qu'est-ce que la vie privée, si ce n'est au point de vue moral le domicile de l'homme ? Est-ce qu'il peut être plus permis de s'intégrer dans les actes de votre vie privée que d'entrer chez vous malgré vous, que de violer votre domicile ? Il y a non seulement analogie, *il y a en passant du monde physique au monde moral, similitude complète, absolue !*¹⁸⁹³

Théodore Morin, député de la Drôme, prétend revenir à l'esprit des lois de Serre et aux principes formulés à l'époque par Jacquinet de Pampelune selon lequel l'homme n'était tributaire de « ses actions privées qu'à Dieu et aux lois de son Pays¹⁸⁹⁴ ». L'identification de la vie privée à un espace clos induit donc une maîtrise individuelle de toutes les publications à son sujet. L'homme a sur les renseignements qui le concernent la même puissance que celle par laquelle il peut régner sur les choses ; il dispose d'un véritable droit de propriété similaire à celui protégé par l'article 544 du code civil. La perspective propriétaire est reprise par le Commissaire du gouvernement Jolibois qui défend ainsi une protection inconditionnelle de la vie privée :

Je suis propriétaire d'un champ, je n'ai pas besoin de le clore, il suffit de ma volonté pour en interdire l'entrée au public quand bien même il n'y en aurait à cela pour moi aucun dommage, je le défends en vertu de mon droit, cela suffit. Eh bien, quand il s'agit de la vie privée, de la famille, de l'épouse, des enfants, de ces biens cent fois plus précieux qu'une pièce de terre, est-il admissible qu'un journaliste, sans mission, sans autorité, ait le droit, *par cela seul qu'il est journaliste, de franchir le seuil du foyer domestique, de scruter la vie intime, les actes, les habitudes d'une famille tout entière, de les livrer à la publicité, de les exposer à la malignité publique, en d'autres termes, de s'emparer du bien le plus précieux*¹⁸⁹⁵ ?

Le député assimile ainsi explicitement la vie privée à un terrain entouré de bornes fixes qui, si elles ne sont pas apparentes, interdisent néanmoins toute intrusion extérieure. S'il faut un mandat au policier pour pénétrer dans le domicile, il en faut un *a fortiori* pour le journaliste pour publier certaines informations. Or, cette identification de la vie privée à une propriété foncière est d'une valeur rhétorique imparable mais déforme comme on l'a vu l'intention du législateur de 1819. Une telle perspective conduit aussi à faire l'impasse sur les nombreuses hypothèses dans lesquelles la vie privée d'une personne peut légitimement être mise en lumière au nom des intérêts supérieurs de la liberté d'expression¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹² Compte rendu d'audience : *Le temps*, 9 mars 1868, séance du 8 mars 1868. Au grand dam de M. Morin : « La loi actuelle punit déjà l'invective, l'injure, la diffamation quand elle s'applique aux actes de la vie privée, sans même admettre la preuve des faits diffamatoires. M. de Guilloutet a proposé d'y ajouter la simple énonciation malveillante des faits relatifs à la vie privée. La commission supprime même l'intention malveillante et interdit toute mention relative à la vie privée. »

¹⁸⁹³ *Ibid.*

¹⁸⁹⁴ *Ibid.* « C'étaient les principes exprimés dans les discussions de 1827. M. Jacquinet de Pampelune déclarait qu'un citoyen ne devait être comptable de ses actions privées qu'à Dieu et aux lois de son Pays ; que nul n'avait le droit de les publier et de s'attribuer, par cette publication, les bénéfices qui ne peuvent lui appartenir. Selon le ministre des finances, la vie privée ne peut être à la discrétion de l'écrivain, et il est juste qu'en publiant l'acte privé, l'écrivain en subisse les conséquences. »

¹⁸⁹⁵ Séance du 6 mars 1868, *Annales du Sénat et du corps législatif*, Paris, 1868, t. V, p. 208 [Nous soulignons].

¹⁸⁹⁶ Voir *infra* §. 3- Les critiques des conceptions rigides du mur de la vie privée.

Dès le débat parlementaire de 1868, ces objections sont formulées. Si elles n'empêchent pas la loi d'être adoptée à une légère majorité, elles nourrissent néanmoins la réflexion sur la tentative vaine d'établir une muraille artificielle entre vie publique et vie privée¹⁸⁹⁷. Sans remettre en cause l'idée d'une protection de l'homme privé, le système de la loi de 1819 lui-même commence à être pointé du doigt comme une limite à l'exposition sociale de certaines personnes auxquelles l'opinion tend pourtant à vouloir demander des comptes. Les opposants à l'amendement Guilloutet remettent en cause ce cloisonnement radical des informations, qui serait nuisible aussi bien à la morale publique qu'à la victime de l'offense. Les artisans de la loi eux-mêmes invitent d'ailleurs à la circonspection, en ce qu'ils préconisent la prudence dans son usage. Le Garde des sceaux de l'Empereur met lui aussi en garde les parquets contre toute application « inintelligente d'un principe excellent en soi¹⁸⁹⁸ ». Selon ses propos, cette loi est essentiellement dirigée contre une « presse avide¹⁸⁹⁹ » et la protection ne vise pas l'homme qui s'expose lui-même, mais celui « qui n'a pas expressément ou indirectement *provoqué ou autorisé* l'attention, l'approbation ou le blâme¹⁹⁰⁰ », que ce « soit par le rôle qu'il s'attribue dans l'industrie, les arts, le théâtre, etc.¹⁹⁰¹ ».

§. 2 – L'impossibilité pratique de murer la vie privée

L'article 11 de la loi de 1868 qui prohibe « toute publication » relative à la vie privée ayant un caractère extensif fut une cause de perplexité évidente pour les juridictions chargées d'appliquer la loi. Son imprécision contraignit les juges à définir eux-mêmes ce qui relève de la vie privée, ou du moins à donner des critères de détermination de ce que le législateur s'est bien gardé de circonscrire. Les juridictions doivent ainsi déduire d'un faisceau d'indices que le fait contesté est bien privé au regard de critères politiques, sociaux, et même topographiques. En 1869, dans son *Code de la presse*, le magistrat Gustave Rousset s'essaie à une définition :

D'après les idées exposées au cours de la discussion au Corps législatif, [l'expression de vie privée] me semblent devoir se restreindre au seul *acte ou fait de la vie domestique*, de la vie du *domicile inviolable*, à partir du seuil jusqu'aux choses intimes de la vie de la famille, vie privée est ainsi synonyme de *vie intérieure*¹⁹⁰².

Cette première position comprend la notion de vie privée dans un sens restrictif. Elle est alors synonyme de vie intérieure et antonyme de vie extérieure. A l'inverse de la vie privée, la « vie du monde appartient à tout le monde » et se déroule dans la rue, dans les fêtes publiques, dans les opéras, les concerts, les courses, les cirques, les théâtres à la mode et les lieux de culte¹⁹⁰³. Cette conception qui centre le privé sur les actes de la conscience est reprise par certains arrêts de la Cour de cassation (A). Une autre tendance de la doctrine et de la jurisprudence a plutôt tendance à définir l'atteinte à sa vie privée en retenant en premier lieu le critère de l'intention de la prétendue victime de la publication non voulue (B).

¹⁸⁹⁷ L'article est adopté à 135 voix contre 105 sur 241 votants. Compte rendu d'audience : *Le temps*, 9 mars 1868.

¹⁸⁹⁸ « Circulaire du Garde des sceaux du 4 juin 1868 », Gustave ROUSSET, *Code général des lois sur la presse*, Paris, Cosse, 1869, p. 71.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ *Ibid.*

¹⁹⁰² *Ibid.* [Nous soulignons].

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 72.

A- L'affaire Notre-Dame d'Étang : la tentative de rattacher la vie privée au domaine de la vie intérieure

Dans cette affaire, le journal régional *L'Écho de l'Auxois* avait révélé la participation de quelques notables en vue à une procession religieuse. Par un arrêt de 1874, le juge de cassation, au visa de la loi de 1868, invoque « la liberté de conscience » et le « for intérieur » pour confirmer l'interdiction faite au journal de publier le nom d'un des protagonistes ayant assisté à ce rassemblement au milieu de 15 000 autres personnes¹⁹⁰⁴. C'est bien ici la vie privée en tant que telle, indépendamment du délit de diffamation, qui est en cause et c'est bien la divulgation en elle-même qui est condamnée sans que soit prise en considération ni l'intention, ni le préjudice¹⁹⁰⁵. On peut en effet douter que le fait d'assister à une procession pieuse en plein Ordre moral fût en soi un acte honteux. Pour la Cour de cassation, il semble néanmoins que les protections de la vie privée ne servent non pas à protéger l'honneur mais à préserver de manière inconditionnelle un espace moralement indifférent laissé aux mouvements de la conscience individuelle. Il s'agit de garantir l'opacité de la vie domestique mais aussi la protection de la vie intérieure de chacun, qui peut s'exprimer dans les manifestations de sa foi. La haute juridiction esquisse ainsi une définition positive de la vie privée en considérant que la participation à un pèlerinage est en tant que tel un acte devant être considéré comme intime :

La vie privée s'étend non seulement aux actes accomplis au sein du domicile des citoyens, mais encore aux actes *qui se révèlent extérieurement s'ils sont du domaine du for intérieur et s'ils intéressent la liberté de conscience*. [...] Attendu que l'arrêt attaqué déclare en fait que les pèlerins, en se rendant au pèlerinage de Notre-Dame-d'Étang, n'agissaient que comme de simples particuliers et n'entendaient remplir qu'un *devoir de dévotion essentiellement intime et personnel*; qu'ils ont quitté Semur à une heure matinale, *sans bruit, sans bannière, sans signe de ralliement*, et qu'ils sont rentrés à la nuit dans les mêmes conditions [...] ¹⁹⁰⁶.

La Cour d'appel de Dijon, qui avait statué en deuxième instance, avait déjà relié la vie privée à l'expression de ses convictions personnelles, et donc à des actes qui sont, selon elle, par nature non publics. Le fait de considérer l'acte de foi comme éminemment personnel conduit les juges à considérer sa révélation comme une infraction, peu importe l'intention des journalistes¹⁹⁰⁷. Les deux conditions requises pour entrer en voie de condamnation sont donc celles-ci : l'information en question doit être qualifiée de privée et les éléments litigieux ne doivent pas avoir été mis en avant par la personne en question. Cette interprétation de la vie privée entend la rattacher à deux réalités bien déterminées : la vie intérieure et la vie domestique.

Dans son rapport auprès de la Cour, le conseiller Georges Barbier, une autorité à son époque en droit de la presse, se réfère aux travaux préparatoires de la loi de 1868 et souligne bien que ce qui touche à

¹⁹⁰⁴ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1874, t. I, p. 273. La publication de l'arrêt est accompagnée d'extraits du rapport indiquant que la liberté de conscience est « le plus précieux des droits » (la période était celle de l'Ordre moral) et d'une annotation opposant les points de vue d'Antoine Giboulot (pour une conception élargie de la vie privée) et de Rousset (pour une restriction à la vie domestique) : ont droit au silence absolu ceux qui n'ont point expressément ou indirectement provoqué ou autorisé l'attention du public », la protection de la vie privée devant s'étendre non seulement « au sein du domicile des citoyens », mais aux faits « du domaine du for intérieur » et de la « liberté de conscience ».

¹⁹⁰⁵ Bernard Perbal parle même d'étape essentielle dans Bernard PERBAL, *Les données personnelles et la propriété de soi. Droit*, thèse de droit sous la direction de Fabrice SIIRAINEN, Nice, Université Côte d'Azur, dacty., 2018, p. 97-98.

¹⁹⁰⁶ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1874, t. I, p. 273 [Nous soulignons].

¹⁹⁰⁷ C. Cass., 1^{ère} Civ., 28 février 1874.

la conscience « est inviolable et n'appartient ni à l'examen ni à la discussion du public¹⁹⁰⁸ ». La publication est indésirable car ce dont il est question est *par nature privé*. La participation à ce pèlerinage reposait sur une adhésion personnelle et la publication de ce fait conduit à lui faire perdre « son caractère d'acte de conscience, c'est-à-dire d'un acte qui est *essentiellement* de la vie privée¹⁹⁰⁹ ». Selon lui, si la participation à une telle cérémonie n'implique pas une nécessaire dissimulation, il n'est pas permis en revanche « d'appeler les regards du public¹⁹¹⁰ » sur ce qui touche « aux intimités de la conscience¹⁹¹¹ ».

Cette décision est dénoncée à l'Assemblée Nationale par le député républicain Ricard, qui, mentionnant cette affaire, s'offusque de la condamnation et des atteintes disproportionnées qu'elle porte à la liberté d'expression :

Savez-vous pourquoi a été frappé *L'Échos de l'Auxois* ? Pour une seule cause : ce journal avait, à l'occasion du pèlerinage de Paray-le Monial, publié le nom des personnes pieuses qui avaient cru pouvoir se rendre à ce lieu de pèlerinage ; on le poursuivit devant le tribunal et il fut condamné à 100 Franc d'amende¹⁹¹².

La tentative de déterminer d'autorité, l'étendue de ce qui relève du privé indépendamment de la protection de l'honneur s'expose ainsi à la critique de verrouiller trop radicalement toute discussion relative aux faits de la vie privée, fussent-ils vertueux ou simplement insignifiants. La circulaire du 4 juin 1868 devant guider l'interprétation de l'amendement Guilloutet comprenait cette indication : la publication de n'importe quel fait de la vie privée est interdite, sauf si elle a été « sciemment envisagée¹⁹¹³ » par l'intéressé. Le Garde des sceaux semble ainsi sous-entendre qu'est nécessairement privé tout ce qu'une personne n'a pas entendu publier à son propos. En réalité, ce qu'il y a derrière ce type d'argumentation, c'est la considération selon laquelle les frontières du privé ne dépendent *in fine* que du bon vouloir de l'individu. Plusieurs arrêts vont recourir à ce critère subjectif. Selon ces décisions, ce qui doit être déterminant, c'est le *consentement à s'exposer* publiquement et la détermination par soi-même de l'usage de toute information à son propos.

¹⁹⁰⁸ *Répertoire*, éd. D. DALLOZ, 1874, t. I, p. 274-275 : « La liberté de conscience est la plus précieuse de toutes. Quelles inconséquences n'y aurait-il pas à vouloir, au nom de la libre pensée, interdire à un citoyen la faculté de rendre un culte à Dieu, en suivant les inspirations de sa foi et sans être justiciable de l'opinion ? Il s'agit, dit-on d'actes extérieurs et publics. Mais le culte ne se compose que d'une série d'actes extérieurs dictés par un sentiment religieux. Un regard indiscret n'a point à pénétrer des actes qui sont du domaine de la foi. Ce que l'on appelle pratique superstitieuse sera considérée par un autre comme l'accomplissement d'un devoir de conscience, comme un acte de dévotion que ses croyances religieuses lui commandent. Pourquoi ce dernier serait troublé dans l'accomplissement de cet acte par les retentissements ou seulement la perspective d'une publicité ou moins inutile ? »

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 275.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹¹ *Ibid.*

¹⁹¹² Séance du 21 janvier 1874, *Annales de l'Assemblée Nationale*, Paris, 1874, t. 29, p. 226.

¹⁹¹³ *Loi annotée du 11 mai 1868, op. cit.*, p. 10 : « Celui qui saisit les tribunaux de ses discussions de fortune ou de famille ne peut pas non plus interdire une publicité qu'il a sciemment envisagée, et le compte rendu d'un procès judiciaire contemporain ne sera pas un empiétement illicite sur la vie privée, s'il est loyal et sincère, à moins que les tribunaux n'aient usé du droit absolu que leur confère l'article 17 du décret du 17 février 1832 d'interdire la publication des débats civils et criminels. »

B- L'affaire du journal le « Bien public » : la prévalence du critère de l'intention de la victime

En 1876, le journal le *Bien public* s'était vu reprocher d'avoir publié l'assistance d'un membre d'un conseil général à un spectacle de cirque. L'acte était en soi insignifiant, et l'article ne faisait que relater la participation d'élus locaux à une manifestation populaire. Les protagonistes se trouvaient d'ailleurs dans un espace public, puisque la représentation se déroulait dans un environnement ouvert à une large audience. Malgré cela, la juridiction a toutefois considéré qu'il ne pouvait être publié, dès lors que l'intéressé ne cherchait pas explicitement à attirer sur lui les regards du public. Il faut bien comprendre la subtilité du raisonnement des juges qui ne font alors plus référence à la nature *essentiellement* privée de l'acte en question, mais qui invoquent l'*intention* de ne pas se montrer de la partie plaignante. Sur le fondement de l'article 11 de la loi de 1868, la juridiction considère en effet que cette publication n'était pas légitime car elle avait été effectuée *sans l'assentiment de l'auteur*. Comme le relèvent les juges du droit, l'importance de l'acte publié n'est « pas un élément constitutif de l'infraction¹⁹¹⁴ », et le critère décisif n'est pas le caractère intrinsèquement privé ou non de l'acte révélé, mais le fait que la personne n'a pas *volontairement attiré sur elle le regard du public*.

En l'espèce, les juges de la Cour de cassation considèrent que la simple participation à un spectacle ne prouve pas une volonté particulière d'attirer les yeux du public. La loi de 1868 conduit donc à délaisser le critère objectif de la relation entre une action et une fonction pour se replier sur le critère subjectif et insaisissable qu'est l'intention de la victime. Cette référence à la volonté, bien loin de renforcer le mur de la vie privée, a plutôt tendance à la faire reposer intégralement sur l'individu et donc à rendre ces protections potentiellement moins fortes. La presse ne peut, selon cette conception, s'intéresser qu'aux actes que chacun est présumé abandonner explicitement au regard des autres. Selon un commentateur de la loi, les comportements publics sont alors :

Ceux qui ont été accomplis dans de telles circonstances que leur auteur eut été réputé avoir entendu *les livrer lui-même à la publicité*. Tel sera, par exemple, tout acte ayant le caractère d'une manifestation publique, toute démonstration bruyante d'approbation ou de blâme, etc¹⁹¹⁵.

Les commentateurs de l'époque considèrent ainsi que le consentement doit être présumé lorsque sont concernées certaines professions ou la production d'un art particulier. Est présumé publiable, tout ce que fait une personne en attirant sur elle les regards du public, c'est-à-dire potentiellement un grand nombre de choses.

¹⁹¹⁴ *Recueil périodique*, éd. D. DALLOZ, 1877, t. 1, p. 438.

¹⁹¹⁵ Jules et Paul GODIN et Édouard SAUVEL, *Journal de droit criminel*, Paris, Marchal-Billard 1877, p. 67 [Nous soulignons].

Avant cette décision, le critère de l'intention de la victime était déjà mis en avant par un certain nombre d'auteurs. La vie publique contient en effet ce qu'une personne fait lorsqu'elle attire sur elle « le blâme ou la louange¹⁹¹⁶ ». C'est donc la mise en avant de sa propre personne qui permet la critique. C'est le cas non seulement dans « la vie politique ou publique », mais aussi dans la « vie artistique¹⁹¹⁷ ». Ainsi, les comédiens, peintres et écrivains appartiennent au public pour tout « ce qui concerne leurs œuvres¹⁹¹⁸ ». La Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du printemps 1877, suit encore le même raisonnement : la vie privée correspond à tout ce qu'accomplit une personne « comme homme privé et non comme homme public¹⁹¹⁹ ». Le critère de distinction entre les faits publiables et ceux qui ne le sont pas au nom de la protection des particuliers est donc toujours l'intention de la personne objet de la publication d'accéder à une vie publique, qu'elle soit politique, littéraire ou artistique :

Attendu que les actes de la vie publique sont au contraire ceux qui, par *l'intention qui les dirige, le but qu'il se proposent*, se rapportent directement ou indirectement aux fonctions ou aux pouvoirs publics, à leur exercice, *aux élections politiques, à la gestion de la chose publique* ; et encore *les actes et les œuvres* que les écrivains ou les artistes livrent eux-mêmes à la critique du public, soit pour faire une spéculation, soit pour rechercher *la célébrité ou la gloire*¹⁹²⁰.

Après avoir renoncé à définir positivement ce qui relève de la vie privée, la jurisprudence ne se réfère ainsi encore qu'au critère de l'intention de s'exposer publiquement.

Quel est le bilan de cette première protection directe de la vie privée ? La volonté de protéger au mieux la vie privée se heurte toujours à la question de la détermination de ce domaine vaste et imprécis. L'usage d'une définition par la négative est encore de mise : les affaires de la vie privée sont « tous les actes qu'une personne accomplit sans agir avec un caractère public¹⁹²¹ ». Il peut donc s'agir non seulement de la vie privée intérieure, c'est-à-dire des affaires matériellement privées telles que la vie du foyer, mais aussi de la vie privée extérieure, c'est-à-dire de tous les actes qui ont été faits dans un espace accessible à tous mais *sans chercher à attirer l'attention du public*. Le critère qui se substitue à la protection objective de sa réputation est ainsi la volonté du sujet de passer certaines informations de l'ombre à la lumière. Cette prétendue maîtrise de l'exposition sociale de sa vie privée ressemble à une certaine compréhension de notre droit à la vie privée comme d'une « capacité individuelle à soustraire à la connaissance d'autrui des informations¹⁹²² ». La place de l'intention dans notre droit contemporain à l'autodétermination informationnelle se retrouve notamment dans le débat sur la protection des données dans le monde du numérique¹⁹²³. L'idée d'une totale mainmise de chaque individu sur sa vie

¹⁹¹⁶ Armand RAVELET, *Code manuel de la presse*, 2^e éd., Paris, Didot, 1872, p. 133. Antoine GIBOULOT, *Commentaire théorique et pratique de la loi de 1868*, Paris, Pichon, 1869, t. 200 et suiv, p. 565.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*

¹⁹¹⁸ *Ibid.*

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ Antoine GIBOULOT, *Code complet de la presse*, Paris, Cosse, 1872, p. 80

¹⁹²² Bénédicte REY, « Les intelligences numériques des informations personnelles. Vers un changement de perspective pour garantir le droit à la vie privée ? », *Les Cahiers du numérique*, t. 10/1 (2014), p. 9-18.

¹⁹²³ Thomas BIZET, « L'ambition individualiste de l'autodétermination informationnelle », *International Journal of Digital and Data Law*, août 2017, p. 49-60. Ce concept a été forgé par la cour constitutionnelle allemande. Le

privée dans l'espace public demeure toutefois bien souvent insatisfaisante, dès lors que la personne peut très bien être dépassée par son propre consentement et la liberté d'information doit parfois pouvoir se passer de l'assentiment des personnes.

§. 3 - Les critiques des conceptions rigides du mur de la vie privée

En 1868, la loi sur la répression de toute publication de faits tirés de la vie privée, loin de faire l'unanimité, soulève deux types de contradictions. La première est qu'elle s'en prend au principe même de la protection de la vie privée des personnes publiques. La seconde porte sur la pertinence de la sanction systématique de toute publication de faits relevant de la vie privée. En défenseur de la vertu républicaine, Jules Simon se range dans la catégorie de ceux qui considèrent que la protection de la vie privée est le rempart de l'hypocrisie des élites.

- La remise en cause du principe même de la protection de la vie privée des personnes publiques

Cette position radicale rappelle celles de Pétion et de Robespierre lors de la Révolution, qui défendaient, au nom de la vertu républicaine, la possibilité d'interroger, *sans cause légitime* et *dans les détails*, la vie et les mœurs de ceux qui gouvernent. Une telle idée a conduit à remettre en cause l'idée même de diffamation de la vie privée de certaines personnes au nom de la liberté de critiquer ceux qui sont au service de la chose commune. En 1868, le député de la frange gauche de l'Assemblée affirme ainsi que :

Quiconque détient dans ses mains une portion quelconque des pouvoirs publics est obligé à être et à paraître honnête, et doit répondre de tous les actes de sa vie privée de la même façon et au même titre que des actes de sa vie publique¹⁹²⁴.

Le retour de la République réactive les débats classiques sur la protection de l'honneur. À l'instar de Pétion et Robespierre sous la Révolution, Jules Simon dénonce la trop grande protection des secrets privés conçue comme un voile hypocrite qui interdit de lever les apparences au sein des affaires politiques. Il accuse le législateur de vouloir non seulement emmurer les gens, mais aussi de boucher les fenêtres et de fermer la porte à clef aux dépens de la transparence de la vie publique :

La vie privée ne doit pas être murée. C'est une doctrine d'abaissement et d'énervation (Très bien ! à la gauche de l'orateur. Rumeur à sa droite.). *Ce que veut la morale*, ce n'est pas que nous puissions cacher quelque chose ; c'est, au contraire, *que nous ne puissions rien cacher* (très bien sur les bancs à gauche de l'orateur.). *Ce que veut la morale*, c'est que nous soyons et que nous nous sentions responsables de tous nos actes à tous les instants ; c'est que notre vie, loin d'être une vie d'isolement et de mystère, soit une vie de lutte virile, de responsabilité, de dévouement¹⁹²⁵.

Comme les censeurs à Rome, les journalistes doivent, selon lui, être les agents intouchables de la dénonciation du vice. Ils sont l'instrument providentiel moderne qui vient rendre possible le contrôle des élites et la participation de tous à la vie publique :

« Selbstbestimmungsrecht » est le « pouvoir de l'individu de décider lui-même sur base du concept d'autodétermination quand et dans quelle mesure une information relevant de la vie privée peut être communiquée à autrui »

¹⁹²⁴ *Annales du Sénat et du corps législatif, op. cit.*, t. VI, p. 203 [Nous soulignons].

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 204.

Vous songez aux scandales causés par la publicité ; mais songez aussi au frein salutaire qu'impose à un citoyen l'obligation de vivre toujours sous les yeux du public¹⁹²⁶.

Le député républicain semble ainsi défendre une totale transparence en nourrissant la croyance dans les bienfaits d'une transmission sans filtre des informations de la vie privée au public. Cette critique du mur de la vie privée au nom des plus précieux intérêts du peuple se retrouve encore chez Proudhon. Celui-ci ne craint pas la contradiction quand il réclame pour lui-même la défense de son « *habeas animam*¹⁹²⁷ », mais ne s'abstient pas pour autant de dénoncer publiquement les lois sur la presse qui ne tentent, selon lui, qu'à « préserver l'impunité, au profit des influences du moment¹⁹²⁸ ». La remise en cause de toute protection de la vie privée au nom d'arguments démocratiques semble toutefois inviter à une perpétuelle monstration de soi, preuve ultime de sa propre vertu, et au final à tendre vers une parade hypocrite d'individus qui prétendent n'avoir rien à cacher.

- La critique des partisans d'une protection modérée de la vie privée

Certains libéraux du Second Empire, soucieux des droits de la presse sans toutefois adhérer aux bienfaits de la dénonciation populaire, formulent eux aussi des réserves sur les prétentions du législateur à ériger un mur infranchissable de la vie privée. Selon leur analyse, soutenue par la droite modérée de l'Assemblée, il est évident que certains éléments de la vie privée peuvent, selon les circonstances, relever d'un débat d'intérêt général. Il est des cas dans lesquels « la vie privée doit cesser d'être inviolable et [...] il faut que le mur qui l'entoure puisse tomber quelquefois¹⁹²⁹ ». Dans certaines situations, il faut selon eux tolérer certaines entorses minimales à la vie privée pour ne réprimer que les atteintes majeures à l'honneur privé. Le député Josseau fait partie de ceux qui plaident pour replacer les outrages à la vie privée parmi les atteintes à l'honneur :

La loi ne peut évidemment tout prévoir, tout empêcher et tout punir. Il faut laisser aux mœurs le soin de faire quelque chose. Les atteintes à l'honneur, à la considération des personnes, sont punies et réprimées par la législation actuelle. Quant aux atteintes légères, à celles qui tiennent à certains incidents de la vie privée, aux petits travers, aux petits ridicules de la personne, c'est aux mœurs qu'il faut laisser le soin d'en faire justice. [...]. Sachons accepter virilement cette situation, attachons-nous à fortifier les mœurs publiques et à épurer les mœurs privées¹⁹³⁰.

L'idée sous-jacente est que la révélation des choses minimales de la vie privée ne doit pas relever du droit pénal. Il ne faut sanctionner que l'outrage caractérisé pour que la révélation s'apparente à une diffamation. Comme le dit encore le député Morin devant le corps législatif, il n'est pas opportun d'interdire toute publication portant sur les affaires privées tout simplement parce qu'une telle mesure est impossible et reviendrait à empêcher le travail des journalistes. Le député de la majorité bonapartiste Auguste de

¹⁹²⁶ *Ibid.*, p. 205 [Nous soulignons].

¹⁹²⁷ Pierre-Joseph PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans L'Église*, Paris, Garnier, 1858, t. I, p. 97.

¹⁹²⁸ ID., *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, Bruxelles, Schnée, 1860, t. II, p. 88- 89 : « Ces lois, toutes de réaction, ont été rendues dans l'intérêt des hauts personnages que chaque gouvernement se fait un devoir de protéger contre le reproche des citoyens. Elles intéressent peu les masses, et la latitude qu'elles laissent dégoûte d'y recourir tout homme qui ne se sent pas l'ami du pouvoir. Une pareille manière de couvrir la vie privée, de réprimer la calomnie et d'éteindre les haines, n'est autre chose qu'une réserve d'impunité, au profit des influences du moment. »

¹⁹²⁹ *Ibid.*, p. 200.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, p. 201.

Beauverger repère quant à lui le piège de l'analogie avec la propriété et disqualifie d'entrée de jeu l'identification entre l'inviolabilité du domicile et les frontières informationnelles, entre la vie privée et la vie publique. C'est l'évidence même, il n'y a aucune commune mesure entre « quelque chose d'immatériel et quelque chose de matériel¹⁹³¹ », et la norme induite par la métaphore est donc fautive. Le député libéral Émile Ollivier critique quant à lui l'article 11 qui prône une protection totalement détachée de toute notion d'honneur. Ce qu'il qualifie de « système de Benjamin Constant¹⁹³² » a peut-être des vertus, mais il ne pose aucune garantie contre le péril « le plus grave¹⁹³³ », celui contre lequel il convient de se prémunir, qui est le « scandale déshonorant¹⁹³⁴ ».

La loi du Second Empire est d'autant plus critiquée que certains États libéraux comme les États-Unis n'ont, à cette époque, aucun véritable dispositif de protection de la vie privée permettant de prohiber certains abus de la presse. Comparant les deux côtés de l'Atlantique, Édouard de Laboulaye, dans un essai satirique publié sous le pseudonyme de René Lefebvre, relève la rigidité des lois françaises en matière de presse. Par la bouche d'un Américain défenseur de la liberté qu'il baptise du nom explicite de Vérité (*Truth*), le libéral ironise : « Est-ce qu'on est un coquin dans la vie privée et un Fabricius dans la vie publique ?¹⁹³⁵ » ou encore « C'est l'honneur de la vie privée qui nous répond de la vertu publique. Autrement, la politique est une comédie où chacun porte un masque, joue un rôle et s'amuse à parler de conscience, de droit et de devoirs, sans croire un mot de ce qu'il dit¹⁹³⁶ ». *In fine*, les critiques de l'amendement du Second Empire mettent en avant le caractère vain et douteux d'une telle législation. Elles montrent comment l'interdiction totale de toute publication portant sur la vie privée n'est pas seulement illusoire, mais nuit à la liberté d'expression en interdisant, lorsque cela est pourtant nécessaire à la société toute entière, d'évaluer la sincérité des hommes politiques.

Le philosophe Émile Beaussire défend lui aussi une conception de la protection de la vie privée moins sévère que les mesures radicales adoptées sous le règne de Napoléon III. Le juriste voit dans l'outrage à la vie privée une atteinte volontaire à l'honneur. Le dilemme entre ce qui doit selon lui être tu pour préserver la liberté individuelle et les libertés publiques de la presse est donc replacé chez lui dans le cadre classique de la diffamation. Cela étant, il va plus loin que la loi de 1819 lorsqu'il considère que la preuve de la vérité des faits doit être rapportée dans certaines des affaires privées, lorsque dans les rares cas où les

¹⁹³¹ *Ibid.*, p. 210.

¹⁹³² *Ibid.*, p. 215 : « Le délit de diffamation n'existe en réalité que s'il y a intention coupable et préjudice causé. Sur cela, il y a matière à plaidoirie ; en plaidant, l'avocat de l'accusé envenimera le mal, aggravera, ou tout au moins renouvellera la diffamation. »

¹⁹³³ *Ibid.*

¹⁹³⁴ *Ibid.*

¹⁹³⁵ René LEFEBVRE [pseudonyme utilisé par Édouard LEFEBVRE de LABOULAYE], *Paris en Amérique*, Charpentier, Paris, 1865, p. 104 : « Votre grand métaphysicien a dit une sottise, répondit Himbug. Est-ce qu'on coupe un homme en deux ? Est-ce qu'on est un coquin dans la vie privée et un Fabricius dans la vie publique ? Qu'est-ce que la vie privée ? Où commence t'elle, où finit-elle ? Crier au chien enragé est une attaque contre la vie publique ? Si notre marine est volée par d'impudents fournisseurs, est-ce la vie privée qu'on attaque en dénonçant le voleur ? Si l'honorable M. Little, riche des millions d'autrui, veut une fois encore dépouiller les simples au profit de son insatiable cupidité, dire, M. Little, qu'il est un fripon, est-ce attaquer sa vie privée ? »

¹⁹³⁶ *Ibid.*

circonstances l'exigent¹⁹³⁷. En effet, dans certains cas, la vie privée d'une personne prend une dimension politique. Dans ces occasions, la dénonciation parfois nécessaire doit pouvoir être permise mais il souligne qu'un tel procédé doit demeurer « exceptionnel¹⁹³⁸ ». En avilissant les personnes, la publication du vice opère en effet bien souvent plus de mal que de bien. Le fonctionnaire ne devant pas être absorbé par sa fonction, la révélation peut anéantir une personne sans servir le bien public¹⁹³⁹. La critique de l'homme public doit être possible lorsque l'acte reproché est directement mis en relation avec ce que l'on peut légitimement exiger de l'individu au service de l'État. En d'autres termes, il faut que la révélation remette en cause sa capacité à remplir les fonctions qui lui sont imparties¹⁹⁴⁰. Émile Beaussire explique ce qu'il y a d'excessif à vouloir assimiler les informations de la vie privée à une propriété inviolable. Selon lui, nul ne peut se dire ni le propriétaire, ni le tributaire d'un droit exclusif et sans partage sur sa réputation. L'honneur est par définition social et il est dès lors impossible et peu souhaitable de prétendre le verrouiller comme on clôt un champ. Le juriste affirme à ce titre :

La vie privée est, en même temps, la vie de la société. Elle est largement ouverte à toutes les relations, non seulement d'amitié, mais de convenance. Les plus solitaires ne peuvent tellement s'emurer qu'ils échappent à tout regard indiscret et à toute révélation maligne¹⁹⁴¹.

Lucide, Beaussire rejoint les rangs de ceux qui considèrent qu'il est illusoire de prétendre octroyer à chaque individu une entière maîtrise de la publication de faits de son existence. S'il est des cas dans lesquels la révélation ne peut être évitée, l'objectif du législateur ne doit pas tant placer un voile impénétrable sur tous les éléments de la vie privée que protéger ce qu'il nomme « l'honneur privé¹⁹⁴² ». Le bien-fondé de la révélation dépend donc non seulement des éléments révélés mais aussi des modalités de la publication. Pour qu'elles soient pénalisées, les allégations doivent d'une part ne pas être fondées de sorte que la question de la vérité n'est pas systématiquement hors de propos, et d'autre part ne pas être formulées de bonne foi, de sorte que l'intention de nuire doit alors être prise en compte. L'ombre est nécessaire pour que chacun puisse vivre comme il l'entend, et hors des cas de dénonciation légitime, « l'honneur privé, *quelle qu'en soit la valeur en lui-même et dans son origine*, doit être à l'abri de toute atteinte¹⁹⁴³ ». En d'autres termes, la proposition d'Émile Beaussire peut se résumer ainsi : il faut protéger la probité de l'homme privé, il ne faut pas permettre au public d'en juger la valeur. Hors des cas où il est question de ce qu'il nomme nos

¹⁹³⁷ Émile BEAUSSIRE, *Principes du droit*, *op. cit.*, p. 372.

¹⁹³⁸ *Ibid.*

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 313 : « Le service que je rends est petit et indéterminé. Le mal que je fais est immense. Je détruis le bonheur de toute une famille. Je fais plus : je retire au père de famille l'autorité dont il a besoin pour ennobler ses devoirs envers ses enfants, car je lui dérobe leur respect, sans lequel l'autorité paternelle n'est rien. Je mets, enfin, à néant, pour une tache unique, tous les titres que la victime a pu conquérir, par une longue série d'actions mses honorables, à l'estime de nos concitoyens. Qu'importe ? dira-t-on : il ne s'agit ici que des intérêts d'un seul individu ou d'une famille ? Le devoir fait abstraction des raisons d'utilité. Fais ce que tu dois, adviene que pourra. »

¹⁹⁴⁰ Émile BEAUSSIRE, *Principes du droit*, *op. cit.*, p. 167-168. Voir *supra* Titre II-chapitre II, section 4, §. 2 – Le secret comme condition de la liberté du fonctionnaire.

¹⁹⁴¹ ID., « La protection légale de l'honneur », *La revue des Deux Mondes*, t. 84 (1887), p. 672. Voir Annexe 12.

¹⁹⁴² ID., *Principes du droit*, *op. cit.*, p. 377 : « En-dehors de ces cas qui sont exceptionnels, l'honneur privé, *quelle qu'en soit la valeur en lui-même et dans son origine*, doit être à l'abri de toute atteinte. On a pu railler ce qu'il y a d'excessif dans la maxime que « la vie privée doit être murée. »

¹⁹⁴³ *Ibid.*

« devoirs précis envers la société¹⁹⁴⁴ », les affaires privées ne doivent pas être mises en lumière. La moralité d'une conduite ne peut devenir publique que lorsqu'elle porte atteinte à la société dans son ensemble. N'étant d'aucune utilité, la preuve de la véracité des allégations faites à l'encontre de la morale personnelle ne « les rendrait pas plus légitimes¹⁹⁴⁵ ».

La position tout en nuance d'Émile Beaussire reconnaît donc davantage de droits à la presse que ne le proposait le législateur de 1819, sans toutefois renoncer au principe fondamental consistant à placer la conduite des particuliers à l'abri de la dénonciation publique. Admettant quelques rares cas dans lesquels la moralité privée peut être publiquement débattue, le libéral assume une opinion mesurée, prenant acte des développements de la presse de masse de son temps. À rebours de la loi de 1868, certains arrêts de la Cour de cassation admettent à demi-mot la publication de faits de la vie privée en exigeant malgré tout que soit prouvée l'existence d'une intention malveillante. Pour la haute juridiction, le reproche adressé à un individu de n'avoir accepté la succession de son père que sous bénéfice d'inventaire n'est sanctionnable que si le dévoilement de ce fait est accompagné de réflexions blessantes, de rapprochements injurieux et d'interprétations malveillantes¹⁹⁴⁶. Pour constituer un outrage, il faut que le propos dénature le caractère de l'acte, le représente comme un manque de générosité et une méconnaissance des devoirs de piété filiale, en bref qu'il mette en avant le caractère infamant du fait relaté¹⁹⁴⁷. Ces arrêts traduisent une volonté de réintégrer la protection de la vie privée dans le délit de diffamation. C'est ce que fera le législateur de 1881 qui semble ainsi avoir intégré un certain nombre des critiques formulées à l'endroit de la loi de 1868.

Section 3 – La loi de 1881 : le retour de la protection de la vie privée dans le cadre du délit de diffamation

La loi sur la presse de 1881 a une portée symbolique qui ne se dément pas jusqu'à nos jours. Selon les mots de son rapporteur, le député républicain Lisbonne, elle entendait « laisser libre carrière aux opinions¹⁹⁴⁸ » en ne sanctionnant que « les actes inspirés par l'intention de troubler l'ordre social, c'est-à-dire de nuire à la sécurité de la collectivité des citoyens, de porter atteinte à l'intérêt privé¹⁹⁴⁹ ». Pour cette raison, la loi n'a donc pas bouleversé la définition des délits de presse relatifs à la protection des personnes en reprenant des dispositifs tirés des précédentes lois¹⁹⁵⁰. L'injure (art. 29), la diffamation (art. 30) et l'outrage (art. 37) reprennent les catégories délictuelles traditionnelles réprimant les atteintes morales causées aux individus dont la répression est à nouveau entérinée. Le législateur s'efforce de maintenir le difficile équilibre entre liberté d'expression et protection de l'honneur contre *toutes* sortes de diffamation. Avec les

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 378.

¹⁹⁴⁶ Affaire du Journal *L'avenir de la Haute Saône*, C. cass., 14 Janvier 1875, *bull.*, 1976, n°11, p. 23.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁹⁴⁸ « Rapport d'Eugène Lisbonne du 5 juillet 1880 », dans *JO*, 18 juillet 1880, p. 2865.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 8291. Sur le sujet : Nathalie DROUIN, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, Paris, Fondation Varenne, 606 p.

développements de l'industrie littéraire et le recul de l'illettrisme, la multitude lit et la foule attentive cherche dans la lecture toujours plus de divertissement, d'émotion et donne davantage de poids à l'opinion¹⁹⁵¹.

Soucieuse, comme les lois précédentes d'accorder le débat public avec le droit à l'honneur et les libertés publiques avec les libertés individuelles, la loi de 1881 sanctionne toujours la diffamation en tant qu'elle constitue un trouble *objectif* causé à une personne avec une intention de nuire. La question de la vérité des faits privés divulgués importe moins que l'offense liée à leur diffusion. Dans la discussion relative au régime de ce délit, le rapporteur Lisbonne rappelle expressément ce point :

La diffamation exige que *le fait imputé soit vrai ou faux* ; elle est punissable *en principe*, parce qu'elle suppose, de la part de l'auteur de l'imputation, l'intention de nuire à la personne diffamée. *Monsieur de Serre n'avait fait que rajennir l'opinion de Dareau, [...]1952.*

Le principe d'indifférence à la vérité des faits qui préfère un mensonge par omission et la bienséance de la discussion à un commérage généralisé est repris tel quel dans la loi de 1881 dans sa version originale. Sur ce point, le rapporteur républicain inscrit volontairement sa position dans une tradition juridique qui remonte à l'Ancienne France. La loi prohibitive de la preuve vue comme une garantie de la vie privée est en effet l'expression d'une position équitable, qui combine à la fois un esprit de miséricorde pour les fautes privées et un certain pragmatisme en acceptant le décalage inéluctable entre l'être et le paraître. Lors des débats, le député libéral Agénor Bardoux, défenseur de la loi de 1881, rappelle le bien-fondé de la règle de l'indifférence à la vérité des faits imputés :

Ce fut une vraie conquête que celle qui fut faite en 1819. Le code de 1810, vous le savez, ne punissait que la calomnie. M. de Serres crut qu'il était nécessaire de substituer à ce principe un autre : il voulut que, quelle que fut la vérité ou la fausseté du fait, la diffamation fût punie. On supprima le système du code de 1810 et on introduisit le droit nouveau qui nous régit aujourd'hui1953.

En plaçant la protection de la vie privée sous les auspices de l'honneur, la loi sur la liberté de la presse de 1881 ne fait que retourner aux principes des lois de Serre. À l'instar de celles-ci, le législateur de 1881 cherche à protéger la personne comme si elle n'avait rien à se reprocher. Pour l'avocat général Georges Barbier, qui décrypte la loi de 1881, celle-ci assume ainsi toujours un écart entre la « vérité morale¹⁹⁵⁴ » et la « vérité juridique¹⁹⁵⁵ ». L'honneur reste cette fiction protectrice de la personne. Selon le magistrat, lors des débats devant le tribunal, le juge chargé de diriger ces derniers doit veiller à ce que la vérité des faits ne soit pas évoquée, afin que la « loi prohibitive de la preuve¹⁹⁵⁶ » ne soit pas violée. L'esprit du texte commande donc bien que chacun ne s'enquière pas de la vie de son prochain, sauf si l'inconduite est rattachable à l'exercice d'une fonction déterminée. Ce principe est « d'ordre public¹⁹⁵⁷ » et, dès lors, ne saurait fléchir

¹⁹⁵¹ Phénomène déjà décrit par Charles MAURRAS, *L'avenir de l'intelligence*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale, 1917, p. 45-71.

¹⁹⁵² *Annales du Sénat et de la Chambre des députés*, t. 9, op. cit. p. 325 ; Henry CELLIEZ, Charles LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse*, op. cit., p. 434 [Nous soulignons].

¹⁹⁵³ Henri CELLIEZ et Charles LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse*, op. cit., p. 455-456. Voir Annexe 13.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 149.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 99.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 159.

¹⁹⁵⁷ Georges BARBIER, *Code expliqué de la presse*, Paris, Marchal et Billard, 1887, p. 102.

devant les juridictions civiles pour ne céder que devant les actions des personnes possédant un « mandat public¹⁹⁵⁸ » s'agissant des actes rattachables à leur fonction.

Les débats parlementaires révèlent que le législateur républicain s'est montré attentif au fait de ne pas étendre la liberté de publication aux faits privés, même si les termes de « vie privée » n'apparaissent plus expressément dans la loi. Comme dans celle de 1819, la loi de 1881 définit encore la vie privée par rapport à certaines fonctions déterminées et au travers de la notion d'honneur. Les auteurs de la loi sur la liberté de la presse reprennent ainsi les deux principales caractéristiques de la loi de Serre en matière de diffamation : la protection du privé dans le cadre du délit de diffamation et le cantonnement de l'exception de vérité à une seule finalité politique. En faisant cela, ils reprennent les principes posés lors de la Restauration selon lesquels la défense de l'honneur devant les tribunaux doit surtout permettre de dissimuler le déshonneur de ses vices privés. Le législateur manifeste ainsi son attachement à la vie privée en refusant que celle-ci soit débattue lors des procès, même avec le consentement de la personne diffamée (§. 1), en refusant d'étendre l'exception de vérité aux infractions pénales (§. 2) et aux accusations faites à l'encontre des candidats aux élections (§. 3).

§. 1 - Le refus de la preuve de la vérité des faits malgré le consentement de la victime

Depuis le Second Empire, le professeur de droit public Édouard Laferrière et le journaliste Eugène Pelletan proposent d'admettre l'exception de vérité à la demande de la personne diffamée. Ils considèrent que lorsque « l'imputation diffamatoire porte sur les faits de la vie privée, le plaignant doit avoir la faculté de déférer la preuve au prévenu¹⁹⁵⁹ » pour démentir publiquement les imputations faites à son encontre. Lors des débats de la loi de 1881, le député Sylvestre Hérisson défend un amendement en ce sens en estimant qu'avec une telle arme, le plaignant peut contre-attaquer en devenant le « champion de la vérité¹⁹⁶⁰ ». Disposant d'un pouvoir d'autojustification, celui qui a été accusé de faits déshonorants dans sa vie privée pourrait venir laver en public son honneur privé. Les artisans de cette proposition soulignent bien que l'interdiction de la preuve peut avoir un effet négatif pour la victime, qui ne peut arrêter les commérages à son encontre. Certains arrêts de jurisprudence avaient d'ailleurs déjà pris les devants et allaient dans ce sens, en considérant que la preuve de la fausseté des faits découlait de l'exercice du droit naturel de chacun de pouvoir défendre son honneur¹⁹⁶¹. Comme le remarque un commentateur, le refus de la preuve malgré le consentement de la personne attaquée soustrait d'office l'homme public « aux réflexions désobligeantes de l'opinion¹⁹⁶² », mais en sacrifiant l'homme irréprochable qui aspire à une « justification complète¹⁹⁶³ ».

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 103.

¹⁹⁵⁹ Édouard LAFERRIERE et Eugène PELLETAN, *La censure et le régime correctionnel*, Paris, Amand Le Chevalier, 1868, p. 278.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ CA de Toulouse, 17 juin 1881, §. 557, Georges BARBIER, *Code expliqué de la presse : traité général de la police de la presse*, 1886, Marchal et Billard, p. 99.

¹⁹⁶² Georges BARBIER, *Code expliqué de la presse : traité général de la police de la presse*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁶³ *Ibid.*

L'argument de la liberté de la défense ne convainc toutefois pas les parlementaires, qui refusent explicitement de faire de l'exception de vérité la règle générale. La moralité privée ne doit pas pénétrer les débats judiciaires tout simplement parce que la question de la rectitude de l'honneur privé ne concerne ni les juges, ni le public, et encore moins l'ordre public. Pour l'Assemblée, le plaignant doit être présumé honorable et cette question ne relève pas des tribunaux. Lisbonne rappelle ainsi les risques de chantage à la vérité, relevant qu'avec un système qui permettrait d'introduire la vérité dans les débats, la victime pourrait se sentir *moralement obligée* de défendre publiquement sa vie privée¹⁹⁶⁴. Les partisans de la loi soulignent en outre que les faits allégués peuvent concerner des personnes autres que le seul plaignant. La dénonciation d'un adultère ou d'un problème familial par exemple, implique plusieurs personnes. Défendre la vérité du fait allégué reviendrait ainsi à pouvoir exposer l'intimité de tiers qui n'ont pas sollicité l'introduction d'une telle procédure. En refusant de céder face à l'exigence de vérité, le législateur limite donc l'action des tribunaux en leur interdisant de se prononcer sur ce qui se passe réellement au sein des foyers. Lisbonne rappelle enfin que dès lors que l'exception de vérité doit servir une logique civique et non être mise au service d'un débat sur l'honneur des particuliers. Selon Lisbonne, seul l'honneur public a intérêt à être lavé publiquement, et les particuliers ne doivent pouvoir demander que la condamnation pure et simple de leur accusateur¹⁹⁶⁵. Pour le dire autrement, l'homme attaqué dans sa vie privée ne doit pas confondre ses accusateurs, il doit simplement les faire taire. Si les tribunaux protègent une réputation présumée, ils n'ont pas à participer à toute entreprise d'autojustification publique pour des faits qui relèvent de la vie privée.

§. 2 - Le maintien du principe du mécanisme du sursis à statuer en cas de dénonciation d'infractions

Dans bien des cas, les faits imputés sont non seulement déshonorants mais aussi pénalement répréhensibles. Comme la loi actuelle, la loi de 1819 prévoit dans ces cas-là un mécanisme de sursis à statuer. Le juge ne peut condamner le diffamateur tant que la justice ne s'est pas prononcée sur la véracité des faits dans une autre instance. Le législateur de 1881 hésite à reconduire ce mécanisme quel que soit la longueur de la procédure principale. La proposition d'autoriser la preuve de la vérité sans attendre l'issue d'un procès pénal distinct, déjà formulée au XVIII^e siècle par Condorcet, se retrouve dans le projet de loi avant que celui-ci ne soit amendé par la Chambre. Dans la version initiale de la loi de 1881, l'*exceptio veritatis* devait être admise lorsque le fait imputé était non seulement passible de poursuites mais aussi lorsque le prévenu pouvait se déclarer lésé par le fait imputé. Il s'agissait d'autoriser la preuve en justice lors du procès de presse, sans attendre la condamnation pénale de la personne mise en cause publiquement¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶⁴ Henry CELLIEZ, Charles Étienne LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse, op. cit.*, p. 447 : « Elle a obéi à cette considération qu'autoriser la preuve du fait diffamatoire, quand le plaignant la requiert, c'était l'obliger moralement à la requérir toujours, et c'était faire de l'exception de vérité la règle générale. Il y a d'ailleurs telles circonstances où le demandeur en diffamation n'aurait pas la liberté de son initiative, quand, par exemple, le fait diffamatoire ne lui est pas exclusivement personnel. »

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 482 : Il faut sanctionner les atteintes à l'homme privé quand les « faits imputés portent atteinte à sa considération ». Ce simple motif doit lui assurer « qu'il soit sûr d'obtenir une condamnation ». Le fonctionnaire peut laver son honneur en public car cela peut offrir « plus de garanties à l'opinion publique ».

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 454.

Après les débats parlementaires, le rapporteur de la loi justifie la reconduite du mécanisme de sursis à statuer par trois raisons principales : 1/ La règle inverse serait contraire au secret de l'instruction, et l'autorisation de prouver les faits en justice court-circuiterait le procès pénal. 2/ L'intérêt général commande de se saisir des tribunaux avant d'avertir l'opinion. Eugène Lisbonne relève à ce propos que s'il y a une infraction, elle doit être portée en justice avant même de jeter les informations « au vent de la renommée, de les livrer en pâture à l'animadversion ou à la malignité publique¹⁹⁶⁷ ». 3/ La preuve d'une infraction est difficile devant la juridiction chargée d'évaluer les délits de presse qui doit laisser cela à la juridiction compétente. La possibilité de débattre d'une infraction non encore jugée laissait craindre pour certains parlementaires une trop grande généralisation de l'exception de vérité, un événement de ce qui relevait encore de l'enquête pénale. La loi de 1881 améliore néanmoins le mécanisme du sursis de la loi de 1819, en soumettant la suspension du jugement à l'existence d'une plainte préalable. Selon les artisans de la loi de 1881, en l'absence de poursuite pénale, l'honneur doit donc demeurer intact et les débats à son sujet n'ont pas leur place dans l'espace public. L'argumentation convainc la Chambre des députés et l'amendement est voté. L'article 35, dont le principe n'a pas varié depuis 1881, suspend donc le jugement à la condition qu'il y ait déjà une plainte déclenchant effectivement une procédure d'enquête.

§. 3 - Le refus d'intégrer les candidats aux élections à la liste des personnes publiques

Le bénéfice de l'*exceptio veritatis* est réclamé par certains députés lors des débats de 1881 dans le cas des diffamations proférées à l'encontre des candidats aux élections. Le législateur de la III^e République, plus précis que celui de 1819, donne une liste des personnes devant rendre compte de leurs fonctions, c'est-à-dire des personnes pour lesquelles la surveillance démocratique et la dénonciation publique sont opportunes. L'article 35 dispose ainsi que « la vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires¹⁹⁶⁸ » lorsqu'elle concerne des membres des ministères, des élus à la Chambre des députés ou au Sénat, des fonctionnaires publics, des dépositaires ou agents publics, des ministres de l'un des cultes salariés par l'État, des citoyens chargés d'un mandat public temporaire ou permanent, des jurés et témoins à raison de leur déposition¹⁹⁶⁹. Cette liste s'étend non seulement aux membres exerçant une fonction publique, aux personnes chargées d'un mandat ou d'un service public mais aussi aux dirigeants de sociétés faisant un appel public à l'épargne¹⁹⁷⁰. Si le législateur élargit ainsi les droits de « censure de l'opinion¹⁹⁷¹ », il refuse explicitement de débrider la critique en période électorale et d'intégrer les candidats aux élections à cette liste.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ Articles 31 et 35 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁹⁷⁰ Henry CELLIEZ, Charles-Étienne LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse, op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁷¹ André HEURTEAU, *Droit romain : De injuriis et famosis libellis – Droit français : De la Diffamation, de l'injure, de l'outrage, et de l'offense*, Paris, 1881, Faculté de droit de Paris, p. 144 : « La preuve de la vérité des faits diffamatoires doit être autorisée en tous cas et à l'égard de toute personne. Nous reviendrons ainsi à la rude franchise des temps antiques, on verra renaître les jours lointains où toutes les maisons étaient de verre, au moins par métaphore. »

- Le droit de critique des candidats déjà justifié par la bonne foi

Dans le système représentatif qui se met en place en France à partir de la Révolution, le choix des représentants est le processus décisif de formation d'une « aristocratie démocratique¹⁹⁷² ». L'argument de la liberté électorale avancé par le défenseur de l'amendement visant à ajouter les candidats parmi les personnes soumises à la libre critique pour les actes de vie publique n'est pas considéré comme étant suffisant par le député Paul de Cassagnac. Il estime qu'une telle disposition n'aurait que pour effet de renforcer la violence du débat politique en légitimant les attaques personnelles¹⁹⁷³. Comme le relève le philosophe Bernard Manin, le processus de sélection des élites politiques ne suppose pas de connaître l'intégralité des qualités des candidats, ni d'estimer tous leurs traits de caractère, mais uniquement de savoir leurs idées et leur réputation d'homme public. Il est ainsi jugé que dans les affaires humaines, le jugement sur les « qualités *d'ensemble*¹⁹⁷⁴ » se forme d'après une « supériorité *perçue*¹⁹⁷⁵ » à partir de la connaissance de ce qui est « politiquement pertinent¹⁹⁷⁶ », le reste étant censé importer peu.

En période électorale, si les journalistes ne peuvent invoquer le fait justificatif de l'exception de vérité, ils peuvent toutefois se réfugier derrière celui de la bonne foi dégagée par la jurisprudence. Dès la Monarchie de Juillet, les juges avaient en effet pris en considération ce critère pour protéger des journalistes attaqués pour avoir opéré des révélations jugées utiles formulées à l'encontre d'un candidat¹⁹⁷⁷. La démonstration de l'absence d'intérêt de nuire et la volonté de servir le bien commun sont donc autant de circonstances qui transforment un potentiel délit en accomplissement d'un devoir citoyen. En 1843, la Cour de cassation, dans une affaire opposant le prince de la presse Émile de Girardin, candidat aux élections dans le Tarn-et-Garonne, et le journal Toulousain *L'Émancipation*, avait admis qu'au nom de l'intérêt général et de la liberté électorale, il devait être possible d'informer les électeurs sur ceux qui briguaient un mandat politique¹⁹⁷⁸. La poursuite de l'intérêt général, l'investigation sérieuse et l'absence d'animosité sont donc considérées comme des critères suffisants pour permettre aux journalistes d'enquêter sur la personne des candidats.

¹⁹⁷² Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2019, (*Champs essai*), p. 187. Sur le sujet également : Marcel GAUCHET, *La révolution des pouvoirs, La souveraineté, le peuple et la représentation*, Paris, Gallimard, 1996, p. 102.

¹⁹⁷³ Henry CELLIEZ, Charles-Étienne LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse, op. cit.*, p. 449-454. Les trois arguments du rapporteur Lisbonne contre cette proposition sont : 1/ l'impossible définition de la vie privée, 2/ l'hypothèse du candidat involontaire, 3/ le décalage entre le temps électoral et le temps de la justice.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 187.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 187.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 190.

¹⁹⁷⁷ Le fait justificatif de la bonne foi trouve sa première expression dans une décision de la Cour royale de Paris du 4 mars 1837 cité dans : *Journal du palais, Recueil de la jurisprudence Française*, éd. LEDRU-ROLLIN, Paris, Bureau du Journal du Palais, t. XXVIII, p. 223

¹⁹⁷⁸ C. cass., 11 mai 1843, *Recueil*, éd. J.-B. SIREY, 1843, t. XLIII, p. 459 : « Que les considérations d'intérêt général, prises de l'utilité qu'il peut y avoir à éclairer les électeurs sur le compte de ceux qui briguent leurs suffrages, pouvaient influencer sur la décision des juges du fait chargé d'apprécier les intentions. » En l'espèce, la révélation de la pratique religieuse personnelle d'un candidat fut qualifiée de légitime dès lors que l'information était avancée avec une expression prudente et sans esprit d'injure. »

Au début de la III^e République, la jurisprudence semble d'ailleurs admettre encore au nom de la bonne foi l'enquête sur la personne des candidats. La Cour d'appel de Chambéry invoque ainsi le droit de reprocher à des candidats « d'affecter des sentiments qu'ils n'éprouvent pas, de tromper et de mentir¹⁹⁷⁹ » sans intention de diffamer. L'enquête prudente doit, selon la juridiction, permettre d'assurer la « sincérité de l'élection¹⁹⁸⁰ » en mesurant s'il le faut un éventuel écart entre les convictions privées et la posture publique. L'homme qui défend la religion à la tribune et mène en même temps une vie impie n'est ainsi pas à l'abri de la critique, tout simplement car ses positions publiques engagent certains aspects de sa vie privée. Lorsqu'elles sont instrumentalisées, les convictions personnelles prennent donc une dimension d'intérêt général qui, dès lors, fait qu'elles deviennent l'objet d'une discussion légitime dans l'espace public. Comme le relève la Cour de cassation, ce droit de critique ne dépend pas de la vérité des faits mais de l'« intention et de la moralité de l'attaque¹⁹⁸¹ » dont l'appréciation de la bonne foi doit être laissée au juge du fait.

- Le refus d'étendre l'*exceptio veritatis* en matière électorale

En 1881, le député libéral Ludovic Trarieux propose d'intégrer la personne des candidats à la liste des personnes pouvant faire l'objet d'investigations journalistiques. Les défenseurs de l'*exceptio veritatis* en période électorale invoquent la nécessité d'une protection supplémentaire pour les journalistes qui ne font qu'examiner la personnalité des candidats¹⁹⁸². Ils remarquent qu'avant tout suffrage, il est bon de s'assurer de l'intégrité des hommes, de sonder les intentions qui sont par nature cachées et de s'assurer éventuellement des bonnes mœurs d'une personne. Comme le remarque un député, la « liberté électorale » doit permettre de discuter au grand jour le choix de ses mandataires¹⁹⁸³. Le sénateur de gauche Jean Bozérian estime que l'honneur de l'homme public doit s'appuyer sur l'honnêteté privée, il faut que « le livre des hommes qui aspirent à devenir des hommes publics [soit] ouvert et visible pour tout le monde¹⁹⁸⁴ ». L'avocat Trarieux avance encore l'avantage que pourrait tirer un candidat outragé en se servant des tribunaux pour laver son honneur en public. L'arme de l'*exceptio veritatis* permettrait ainsi de « produire la lumière » et de « confondre le mensonge et la calomnie¹⁹⁸⁵ ».

Soumise par deux fois devant les deux Chambres, la proposition est toutefois refusée au motif qu'elle ne donne pas suffisamment de garanties à la vie privée. Le rapporteur Lisbonne souligne d'ailleurs que dans le cas du candidat, la vie privée ne peut être définie qu'*a contrario*, en relation avec une fonction déterminée et ne peut donc être convenablement protégée¹⁹⁸⁶. Au regard de l'impossibilité de tracer une frontière nette

¹⁹⁷⁹ Cour d'appel de Chambéry 10 avril 1976 *Recueil*, éd. J.-B SIREY, 1877, p. 138.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁹⁸¹ *Gazette des tribunaux*, Vendredi 12 mai 1843, p. 740.

¹⁹⁸² Les auteurs des amendements, le député Ludovic Trarieux et le sénateur Gaston Bozérian, proposaient d'intégrer les candidats aux élections parmi les personnes publiques.

¹⁹⁸³ Charles CELLIEZ, Charles Étienne LE SENNE, *Loi sur la presse de 1881 ; accompagnée des travaux de rédaction*, Paris, Marescq, 1882, p. 449.

¹⁹⁸⁴ *JORF*, séance 12 juillet 1881, p. 1114.

¹⁹⁸⁵ *JORF*, séance du 1^{er} février 1881, p. 123.

¹⁹⁸⁶ Charles CELLIEZ, Charles Étienne LE SENNE, *Loi sur la presse de 1881, op. cit.*, p. 451.

entre morale publique et morale privée, le législateur prend donc des précautions pour éviter de libérer le flot des attaques personnelles. Le décalage entre le temps électoral et le temps judiciaire et le refus d'étendre démesurément les bornes du commérage peuvent sans doute expliquer la méfiance instinctive du législateur vis-à-vis de la judiciarisation des débats politiques. La justice et le journalisme ont des règles, des temporalités et des finalités différentes, de sorte qu'il n'est pas jugé opportun de mélanger les genres. Comme le souligne encore le parlementaire et journaliste Paul de Cassagnac, la masse des invectives et la rapidité des campagnes sont peu propices aux batailles judiciaires et la justification advient toujours trop tard¹⁹⁸⁷. L'attachement des élus républicains à la protection de leur propre vie privée va d'ailleurs au-delà du droit de la presse. Dans le droit parlementaire, la procédure de vérification des pouvoirs, c'est-à-dire le contrôle de la personne des candidats aux fonctions représentatives, s'incline elle-même devant ce secret. Le député et avocat au Conseil d'État Corentin Guyho relève par exemple que les procédures de contrôle des élus ne peuvent permettre de s'enquérir de ce qui relève de la vie privée du candidat. L'homme politique n'est pas contraint de dévoiler toute sa vie, il est protégé par « l'inviolabilité des secrets qui appartiennent non seulement au chef, mais à tous les membres d'une famille en tous cas innocente¹⁹⁸⁸ ». Pour que l'autorité des élus ne soit pas remise en cause sans raison valable, les parlementaires considèrent que leur probité ne doit pas être discutée publiquement. Une telle règle limite même la parole à la Chambre. En 1878, le président de la Chambre des députés Gambetta peut ainsi rappeler à tous les députés :

C'est une règle que je maintiendrai tant que la Chambre me maintiendra moi-même à ce poste – qu'on puisse, alors que toute réfutation immédiate est impossible à la tribune, sortir du domaine des faits politiques pour entrer dans le domaine des faits qui appartiennent à la vie privée¹⁹⁸⁹.

Ce dernier aspect permet de souligner qu'au-delà du droit de la presse, la séparation de la vie privée et du débat public s'inscrit dans les mœurs politiques. Si absolu qu'ils soient, les pouvoirs de la Chambre sont tenus de respecter les secrets de la conscience et l'honorabilité des candidats et des élus. En un sens, le respect de la vie privée est à la vie publique de l'époque ce que la transparence est à la nôtre, c'est-à-dire une exigence du droit politique. Ces remarques montrent bien que ce principe n'est pas seulement vu comme une question individuelle qui occupe quelques pénalistes amateurs de spéculations sur la question de l'*exceptio veritatis*. Le respect des « secrets d'honneur privé¹⁹⁹⁰ » occupe en effet largement les publicistes, qui voient dans ce principe la marque d'un régime représentatif équilibré.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 45 : « Paul de Cassagnac : Il n'y a pas parmi nous un seul candidat, quelle que soit la loyauté quelle que soit la pureté de sa vie publique et privée, qui ne puisse être exposé pendant la période électorale à voir poser sur sa vie, sur son existence une calomnie ou un mensonge de nature à modifier complètement les résultats du suffrage universel, et la répression à laquelle on peut avoir recours arrive toujours trop tard, c'est-à-dire après l'élection. » La généralisation de l'exception de vérité par l'ordonnance du 6 mai 1944 s'accompagne d'ailleurs rapidement de la mise en place d'un dispositif de citation directe au profit des candidats aux élections.

¹⁹⁸⁸ Émile PIERRE, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 2^e éd., Paris, Librairie imprimeries réunies, 1902, p. 1056 : La souveraineté de la Chambre, si légitime qu'elle soit en matière de vérification de pouvoir, rencontre cependant quelques bornes : elle est limitée par le respect nécessaire d'un droit individuel, sacré, celui de l'inviolabilité des secrets qui appartiennent non seulement au chef, mais à tous les membres d'une famille en tous cas innocente. »

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 423 : « S'il s'agit de choses de la vie privée, le droit souverain, le pouvoir absolu de la Chambre en matière de vérification de pouvoir rencontre tout de suite une limite : l'inviolabilité des secrets d'honneur privé. »

Que retenir de l'œuvre du législateur de 1881 en matière de protection de la vie privée ? Les parlementaires de la III^e République se montrent plus que circonspects à l'idée que l'on puisse publiquement mettre en question la moralité privée d'une personne. S'il abroge l'amendement Guilloutet, le législateur républicain manifeste très nettement son attachement à la notion de vie privée par son refus d'admettre la preuve de la vérité dans des cas où celle-ci semblait pouvoir être reçue. Comme le dit un député lors des débats, il ne faut ouvrir aucune brèche au « célèbre mur de la vie privée que Royer-Collard avait proclamé indestructible¹⁹⁹¹ ». Ils manifestent ainsi leur attachement au principe selon lequel la diffamation recouvre « toute allégation ou imputation », peu importe la véracité des faits. En demeurant sous la tutelle du délit de diffamation, la protection de la vie privée reste alors liée aux atteintes à l'honneur. Dans le cas d'une indivisibilité inextricable entre l'acte à caractère public et le fait de la vie privée, la loi de 1881 intègre toutefois la jurisprudence issue de la loi de 1819 qui admettait, dans certains cas, la preuve de la vérité. Le législateur semble ainsi admettre sans le dire qu'il existe des situations dans lesquelles la vie privée devient une question publique. Si la loi de 1881 maintient le mur de la vie privée, elle ne fait donc pas de celle-ci une sphère opaque qui interdirait toute publication sans le consentement de l'intéressé. En ce sens, la loi nouvelle conduit aussi à l'abrogation de la pénalisation par contravention de toutes les atteintes à la vie privée créée en 1868. Le rapporteur Lisbonne reconnaît dans les dispositions du Second Empire une intention loyale et généreuse, tout en relevant que ces règles n'ont « pas été accréditées par la pratique¹⁹⁹² ». S'il convient que la vie privée doit être protégée, il ne peut s'agir selon lui d'une pure interdiction de toute publication portant sur des faits « insignifiants et inoffensifs¹⁹⁹³ ». Dans le sens d'un certain assouplissement du mur de la vie privée, la loi de 1881 entérine enfin le fait justificatif de la bonne foi, qui avait été dégagé par la jurisprudence pour permettre aux journalistes de se défendre dans certaines situations. L'atteinte à la vie privée trouve ainsi son sens dans le délit de diffamation, et le dommage causé puise sa source dans l'esprit d'injure, c'est-à-dire dans la formulation d'imputations déshonorantes, avancées avec une intention de nuire et non par simple imprudence¹⁹⁹⁴. En l'absence de diffamation, le magistrat Polydore Fabreguettes suggère que les victimes d'une révélation puissent toujours invoquer la responsabilité civile délictuelle pour obtenir réparation du trouble qu'elles ont subi « à la tranquillité de [la] vie privée¹⁹⁹⁵ ». C'est ce qu'ont fait les juridictions civiles à partir des années 1850, en inventant un droit de chacun sur sa propre image au nom de la protection de l'honneur personnel.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 141 ; *Loi de 1881 sur la presse : accompagnée des travaux de rédaction*, *op. cit.*, p. 455 : « Agénor Bardoux : Elle fait la brèche la plus profonde dans le célèbre mur de la vie privée que Royer Collard avait proclamé indestructible dans les débats de la même loi de 1819. Y a-t-il eu, depuis cinquante ans, des modifications assez grandes dans les mœurs publiques pour que l'on puisse porter atteinte à un principe protecteur du repos de la vie intime et fermée ? »

¹⁹⁹² « Rapport d'Eugène Lisbonne du 5 juillet 1880 », *JO*, 18 juillet 1880, p. 8291.

¹⁹⁹³ *Ibid.* p. 3299.

¹⁹⁹⁴ Yves MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁹⁹⁵ Polydore FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole*, *op. cit.*, t. I, p. 409 : « L'article 11 de la loi (Guilloutet) du 11 mai 1868 est sans doute abrogé, et par conséquent il n'y a pas lieu à poursuite devant les juridictions répressives, mais l'article 1382 du code civil permet aux particuliers de réclamer des dommages, et en dehors même de toute imputation diffamatoire, ils peuvent se plaindre du trouble apporté à la tranquillité de leur vie privée et solliciter des tribunaux civils une réparation pécuniaire et l'application de l'article 1036 du Code de procédure civile. »

Section 4 – Le rôle des notions d’honneur et de vie privée dans l’invention du droit à l’image

La circulation des représentations de personnes célèbres dans l’espace public vient poser la question du droit des personnes sur leur image et de la capacité qu’elles ont de faire respecter leur vie privée. Alors que la gloire suppose « une renommée *éclatante*¹⁹⁹⁶ », la célébrité moderne implique surtout une « renommée *étendue*¹⁹⁹⁷ » qui passe très vite par la diffusion de la représentation de la personne connue. Ce procédé est constitutif de la mise en scène de l’intimité des personnes. De même que l’idole suppose la représentation, la célébration de certaines individualités induit une « théâtralisation » de la vie privée avec notamment la diffusion de scènes tirées de l’intimité domestique. L’une des personnes les plus populaires de la fin de l’Ancien régime, Benjamin Franklin, écrit ainsi à sa fille restée en Amérique :

Les peintures, les bustes et les gravures (dont des copies de copies sont diffusées partout), ont rendu le visage de votre père aussi bien connu que la face de la Lune¹⁹⁹⁸.

La littérature pamphlétaire de la fin du XVIII^e siècle use aussi abondamment de la représentation comme support de la diffamation. Les estampes injurieuses et les caricatures permettent de nouvelles formes de satire personnelle¹⁹⁹⁹. La nudité et la représentation de scènes de l’intimité sont ainsi exploitées par la basse presse afin d’avilir aussi bien la Reine Marie-Antoinette que La Fayette ou Condorcet. Avec l’arrivée de la photographie entre la fin de la Restauration et la III^e République, les questions de la vérité des faits et de la sincérité de la représentation cèdent la place à celle du consentement de la personne représentée.

Par son caractère reproductible, la photographie supprime l’unicité de l’œuvre d’art et satisfait le besoin des masses de connaître le visage des personnes publics. Par leur diffusion massive, les images participent quant à elles de la logique moderne de la célébrité en ce qu’elles permettent en quelque sorte de « posséder l’objet d’aussi près que possible dans l’image, ou, plutôt, dans sa reproduction²⁰⁰⁰ ». Le portrait est le moyen par excellence de diffuser dans le public une présence artificielle et le sentiment d’une proximité malgré la distance des personnes représentées. La compréhension du contexte matériel (progrès technique, évolutions sociales, mutations politiques) est indispensable pour appréhender l’éclosion de la protection juridique de l’image. Après l’estampe, la simple photographie dévoile les hommes publics aux foules comme ils n’ont jamais pu l’être auparavant.

Le droit à l’image tel qu’il naît à cette époque est peut-être conçu comme la faculté donnée à chacun de disposer d’une certaine maîtrise dans la publication de soi, mais il n’est à l’origine pas détachable de la protection de l’honneur et de la vie privée. Ce concept, pensé comme un droit sur son image, a ceci de

¹⁹⁹⁶ Jean-François MARMONTEL, « Gloire », D. DIDEROT, J. D’ALEMBERT (dir.), *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des arts et des métiers*, éd. 1757, *op. cit.*, p. 716.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁹⁸ Lettre du 3 juin 1779, citée et traduite par Antoine LITI, *Figure publique, L’invention de la célébrité*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹⁹⁹ Dorothée LANNO, *Les scènes de l’intimité domestique dans les arts figurés en France (1780-1815)*, thèse sous la direction de Martial GUÉDRON, Strasbourg, Université de Strasbourg, dacty., 2017, p. 276-280.

²⁰⁰⁰ Walter BENJAMIN, *L’œuvre d’art à l’époque de sa reproductibilité technique*, Paris, Allia, 2007, p. 20 : « Rendre les choses spatialement et humainement "plus proches" de soi, c’est chez les masses d’aujourd’hui un désir tout aussi passionné que leur tendance à déposséder tout phénomène de son unicité au moyen d’une réception de sa reproduction. »

commun avec le droit d'auteur qu'il établit une relation spécifique entre un sujet de droit et un bien immatériel. Ce droit, reconnu indépendamment de toute convention, est opposable à tous²⁰⁰¹. Il faut néanmoins remarquer que ce dont il est question n'est pas tant le pouvoir de l'homme sur lui-même qu'un moyen de protéger la tranquillité de sa sphère privée. Cela s'observe dans les conditions de naissance du droit à l'image, dans lesquelles on s'aperçoit que ce qui est protégé n'est pas seulement la libre-disposition de son image mais bien la personne, au travers de celle-ci. Dans le contexte du XIX^e siècle, elle est rapprochée des protections de la tranquillité de sa vie privée par la limitation de la liberté de la publication. L'image n'est donc bien souvent qu'un moyen pour protéger la vie privée et la dignité personnelle²⁰⁰².

L'interdiction de la libre diffusion de son image est, dès cette époque, rapprochée de la question de la propriété intellectuelle²⁰⁰³. La gémellité profonde entre les droits de la propriété intellectuelle et le droit à l'image découle essentiellement du fait que, dans les deux cas, il s'agit de reconnaître un droit qui ressemble à un droit réel sur un secret industriel ou une œuvre d'art. Mais le parallèle s'arrête là, dès lors que leurs objets et leurs finalités ne sont pas les mêmes. Si l'on examine en détail la notion de droit à l'image, on s'aperçoit en effet que celui-ci se rapproche davantage d'un droit à l'honneur que d'un droit de propriété. Cela est d'autant plus vrai que durant les premières décennies qui suivent l'invention de la photographie, la critique considère que cette technique nouvelle n'opérant qu'un pur fac-similé de la nature, elle doit être écartée des Beaux-Arts²⁰⁰⁴. Dès lors, si le photographe se voit refuser l'octroi de droits de propriété littéraire et artistique sur ses clichés, à plus forte raison, on ne voit pas pourquoi la personne représentée serait titulaire d'un droit d'une telle nature sur son image.

Dans les commencements de la photographie, la libre reproduction des images et la circulation des portraits ne semble pas aller de soi pour bien des personnes célèbres²⁰⁰⁵. Maupassant souligne ainsi la maîtrise individuelle qu'il entend conserver de son image au nom de la protection de son intimité :

Nos œuvres appartiennent au public mais pas nos figures. Vous remarquerez que je ne laisse même pas vendre ma photographie²⁰⁰⁶.

La diffusion de sa figure au public semble constituer pour l'écrivain une prérogative personnelle. Avant que les juges ne prennent position sur la question, le juriste Jules Bozérián affirmait que sans consacrer une véritable « propriété de sa propre figure », les reproductions des images des personnages publics s'opéraient

²⁰⁰¹ Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand sur le droit à l'image*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 839 p.

²⁰⁰² Bernard BEIGNER, *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 153.

²⁰⁰³ Chistianne DEROBERT-RATEL, « Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* I, t. 1 (2005), p. 80.

²⁰⁰⁴ Sur la question des droits d'auteur du photographe : Laurent PFISTER, « *Ut pictura photographia*, Les photographes en quête d'une propriété artistique », *Mélange en l'honneur de Jean-Louis Harouel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 686-706.

²⁰⁰⁵ Yvant LECLERC, « Portraits de Flaubert en photophobe » *Romantisme*, t. 105 (1999), p. 97-106. Lamartine à un caricaturiste : « Je vous l'ai dit, ma figure appartient à tout le monde, au soleil comme au ruisseau, mais je ne veux pas la laisser profaner, car elle représente un homme, et elle est un présent de Dieu ... ». Et Flaubert, dans une lettre à Louise Colet : « Le public ne doit rien savoir de nous. Qu'il ne s'amuse pas de nos yeux, de nos cheveux, de nos amours ».

²⁰⁰⁶ Note manuscrite, Bibliothèque municipale de Rouen, cité dans Isabelle DIU, Élisabeth PARINET, *Histoire des auteurs*, Paris, Perrin, 2013, p. 58.

en vertu d'une simple tolérance du sujet représenté²⁰⁰⁷. Une série d'arrêts vient conforter cette idée selon laquelle l'image de la personne repose dans ses seules mains. Les juridictions considèrent ainsi qu'une congrégation peut s'opposer à la diffusion d'un portrait d'une religieuse de son ordre²⁰⁰⁸. De même, la famille d'une personne décédée peut interdire la reproduction du portrait du défunt²⁰⁰⁹. Cela étant, l'expression même de « droit à l'image », qui semble induire un pouvoir sur celle-ci, n'apparaît qu'au début du XX^e siècle. Auparavant, l'interdiction du libre usage de la représentation des particuliers se comprenait surtout comme une protection de l'honneur et un souci de préservation de l'intimité des familles. Mais l'argument de la prérogative personnelle est bien souvent insuffisant. Lorsqu'une personne est célèbre, il faut en effet encore distinguer les usages légitimes et illégitimes de l'image d'autrui. C'est le cas dans l'affaire O'Connell, où est surtout mis en avant le caractère intrinsèquement intime de l'image en question. Dans ce cas de jurisprudence, les juges ont interdit l'exposition d'un portrait de la tragédienne Rachel peint par la peintre O'Connell sur son lit de mort sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, au motif de l'illégitimité de l'exposition de l'actrice dans cette situation d'une intimité extrême. La juridiction consacre ainsi un droit à voir réparer le préjudice né des atteintes à sa vie privée (§. 1). Dans l'affaire Alexandre Dumas, la même question se pose au sujet de la circulation d'une photographie de l'écrivain avec sa maîtresse. L'argumentation de la Cour enseigne alors que l'embryon de droit à la vie privée invoqué dans ces décisions revêt les caractères d'un droit moral qui ne peut être aliéné par aucun consentement préalable (§. 2). Ces approches jurisprudentielles sont reprises par plusieurs analyses doctrinales, en droit allemand puis français (§. 3), mais aussi par les juristes américains qui théorisent le concept de *privacy* (§.4).

§. 1 - L'affaire O'Connell : la protection de l'image sur le fondement de « l'honneur des familles »

Dans l'affaire Rachel, il s'agissait de la diffusion, sans l'autorisation de sa famille, d'un portrait mortuaire de l'actrice, grande célébrité de la France du Second Empire, peinte d'après une photographie²⁰¹⁰. Deux éléments notables doivent être soulignés : d'une part, la personne titulaire du droit était décédée ; d'autre part le portrait dont la diffusion est contestée avait été pris dans l'intimité, ce point qui est mis en avant par le tribunal. Dans sa plaidoirie, le bâtonnier Gustave Chaix-d'Est-Ange fait valoir la distinction qui existe

²⁰⁰⁷ Opinion du juriste Jules Pataille dans *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, éd. Jules PATAILLE, 1856, t. I, p. 204. Même position de : Eugène POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal et Billard, 1879, p. 183-184.

²⁰⁰⁸ Tribunal civil de la Seine, 11 avril 1855, *Sœur Mélanie*, *Annales de la propriété littéraire*, 1860, p. 167.

²⁰⁰⁹ Tribunal civil de la Seine, 14 mars 1860, *Mickiewicz*, *Annales de la propriété littéraire*, 1860, p. 170 :

²⁰¹⁰ Voir annexe 15.

entre l'activité publique de la comédienne et sa représentation dans un cadre strictement privé. Voici comment s'exprime le conseil de la famille :

Dans tous ses rôles, elle vous appartient comme elle appartient au public ; ainsi, la famille n'aura ni la pensée, ni le droit de se plaindre, car ce sont là de nouveaux hommages que vous lui rendrez, même après sa mort ; de nouvelles couronnes que vous tresserez à son talent. Mais son cadavre ne vous appartient pas. *Lorsqu'elle est descendue de la scène et rentrée dans sa maison, elle ne vous appartient plus et l'artiste redevient la femme privée ; elle ne vous appartient plus lorsque la mort est venue s'asseoir au seuil de sa maison, lorsque la mort l'a touchée, la mort qui a sa pudeur et à laquelle on doit tant de respect !*²⁰¹¹

L'avocat de la peintre, Maître Desmarest, pour justifier la circulation du portrait privé, invoque quant à lui le caractère sacré des « droits du public²⁰¹² » sur l'image de la grande tragédienne romantique. Le juriste dénie à l'artiste défunte toute propriété intellectuelle sur son image, dès lors qu'elle avait selon lui consenti à sa célébrité. Le défenseur en appelle à la liberté de l'art, aux droits de la science, et fustige la « haine pour la publicité²⁰¹³ » attisée par cette affaire. La renommée imposant une dépossession de soi, l'actrice « appartient à tous ceux qui l'ont admirée²⁰¹⁴ ». Devant payer la rançon de la gloire, celle qui a été connue du public durant sa vie doit l'être dans sa mort. Ainsi, les débats tournent bien autour de cette différence qui doit être faite entre la représentation dans un cadre public et celle dans un cadre privé. L'opinion qui prévaut pour les juges est que lorsque l'actrice reprend son rôle de femme ordinaire, elle ne s'offre plus volontairement au regard des autres et doit pouvoir vivre dans l'obscurité. Dans son réquisitoire, le procureur Ernest Pinard désigne le procédé consistant à peindre d'après une photographie :

Madame O'Connell a-t-elle peint Rachel morte avec son imagination, ses souvenirs ou la mémoire du passé ? Non, elle l'a peinte morte sur une photographie de famille qu'une main indiscrete lui avait livrée, et sans laquelle elle n'eût pas voulu rendre Rachel ainsi. Eh bien ! Ce modèle indiscretement livré, la famille n'avait-elle pas le droit absolu, exclusif, de le garder pour elle²⁰¹⁵ ?

Le représentant du ministère public, qui ne fait aucune référence à la propriété de son image, semble plutôt avoir à l'esprit d'un nouveau type de droit au respect de l'intimité. Il est ainsi fait allusion au mur de la vie privée évoqué par Royer-Collard dans les débats sur l'étendu de la notion de diffamation²⁰¹⁶. Selon le magistrat, la protection de l'intimité doit être transposée en droit civil au moyen de la protection de sa

²⁰¹¹ Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, aff. *Rachel*, Dalloz 1965. 5. 318 ; *API*, 1958 ; *Gazette des tribunaux, Journal de jurisprudence*, Paris, Jeudi 10 juin 1858, p. 2 [Nous soulignons].

²⁰¹² *Gazette des tribunaux, Journal de jurisprudence*, Paris, Jeudi 10 juin 1858, p. 2 : « Les droits du public sont d'autant plus sacrés que ses regrets sont plus désintéressés. / N'essayez pas aujourd'hui, en prétextant je ne sais quelle haine pour la publicité, haine nouvelle chez vous, de porter atteinte à un droit qui ne saurait être méconnu et que protégera la décision du tribunal. »

²⁰¹³ *Ibid.*, p. 3.

²⁰¹⁴ *Ibid.*

²⁰¹⁵ Ernest PINARD, *Œuvre judiciaire, Réquisitoires, conclusions, discours juridiques, Plaidoyers*, Paris, Durand, 1885, p. 275 [Nous soulignons].

²⁰¹⁶ Affaire Félix O'Connell, Tribunal civile de la Seine, 18 juin 1858, *Répertoire*, éd. D. DALLOZ 1858, t. XIV, p. 62.

représentation. Il s'inscrit donc dans cette tradition qui s'attache à bien distinguer les actes de la vie publique de ceux de la vie privée :

Quelque grande que soit une artiste, quelque historique que soit un grand homme, *ils ont leur vie privée distincte de la vie publique, leur foyer domestique séparé de la scène et du forum* ; ils peuvent vouloir mourir dans l'obscurité, quand ils ont vécu, ou parce qu'ils ont vécu dans le triomphe. Ils ont le droit de cacher à tous les yeux ces derniers moments de la vie, ces dernières faiblesses ou ces dernières grandeurs, ces larmes de la famille, ces attendrissements suprêmes qui n'appartiennent qu'à eux. *L'homme célèbre, messieurs, a le droit de mourir caché* ; et si la famille après le dernier soupir veut faire reproduire ses traits pour elle seule, non, vous ne pouvez pas, au nom de la célébrité qui sert à la mort, toucher à ces choses²⁰¹⁷.

La dimension d'ordre public de la protection de la vie privée est aussi bien mise en avant par l'avocat de la famille de la tragédienne, Maître Chaix-d'Est-Ange, quand il relève qu'il s'agit d'une question d'« honnêteté » et de « décence publique²⁰¹⁸ ». Sans viser un texte précis, le tribunal civil de la Seine donne raison à la famille de l'actrice et interdit la présentation au public de la représentation de l'artiste dans le cadre privé. Dans son arrêt, il ne se réfère à aucun droit de propriété mais au « respect que commande la douleur²⁰¹⁹ » et à la nécessaire préservation des « sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature²⁰²⁰ ». La référence au respect rejoint l'idée d'une protection de la réputation des personnes. Une telle décision entérine bien le fait que le droit sur son image n'est pas un bien patrimonial, mais relève plutôt d'un droit d'une autre nature qui vient limiter les intrusions malveillantes dans la vie privée.

§. 2 - L'affaire Alexandre Dumas : le droit à la protection de son honneur privé comme prérogative incessible

L'idée selon laquelle les protections de la vie privée ne doivent reposer que sur le consentement est battue en brèche dans une autre affaire emblématique des débuts du droit à l'image, mais aussi du droit à la vie privée. L'écrivain Alexandre Dumas avait consenti à être photographié dans des positions suggestives avec sa maîtresse, la comédienne Miss Adah Menken²⁰²¹. Cette image circulait dans Paris et était mentionnée dans les journaux qui tournaient l'affaire en ridicule. Voici ce que l'on pouvait lire dans le Figaro du début d'année 1867 : « Hier, au foyer de l'Odéon, on se passait les divers exemplaires du couple Alexandre Dumas et Menken. Ces portraits photographiques ont beaucoup égayé les entr'actes²⁰²² ». Soutenant que cette représentation était exclusivement destinée à la sphère privée, l'écrivain porte plainte contre le photographe. En première instance, le Tribunal de la Seine refuse de la retirer de la circulation au motif qu'un contrat synallagmatique entre l'écrivain et le photographe obligeait le premier²⁰²³. L'affaire est portée devant la Cour d'appel de Paris laquelle infirme la décision des premiers juges au motif que la protection de la vie privée

²⁰¹⁷ Ernest PINARD, *Ceuvre judiciaire, Réquisitoires, conclusions, discours juridiques, Plaidoyers*, Paris, Durand, 1885, p. 275 [Nous soulignons].

²⁰¹⁸ *Gazette des tribunaux, Journal de jurisprudence*, n°9732, jeudi 10 juin 1858 p. 2.

²⁰¹⁹ *Ibid.*

²⁰²⁰ *Ibid.*

²⁰²¹ Voir annexe 16.

²⁰²² *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, éd. Jules PATAILLE, 1867, p. 249.

²⁰²³ Tribunal civil de la Seine, Delaporte, 1^{er} janvier 1860, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, éd. Jules PATAILLE, 1867, p. 174.

peut permettre d'anéantir le consentement donné par la victime. Selon l'avocat du photographe, Alexandre Dumas n'est pas fondé dans ses prétentions car il est un homme public qui aime « mettre le public dans ses confidences²⁰²⁴ ». Mû par un « insatiable besoin de publicité²⁰²⁵ », il joue avec sa célébrité et, en se présentant volontairement devant le public avec cette femme, il espérait montrer au public « cette intimité secrètement flatteuse pour son amour-propre²⁰²⁶ ». Les magistrats de première instance ont ainsi considéré qu'en exhibant volontairement son intimité, Alexandre Dumas avait perdu le droit d'interdire la circulation de sa photographie. L'avocat général Oscar de Vallée renverse cette argumentation en considérant que l'attitude douteuse d'Alexandre Dumas ne lui retirait pas le droit de se plaindre des désagréments liés à la diffusion de son image :

Ce qui est certain, et qu'on peut dire sans excès, c'est que M. Dumas n'a pas travaillé à relever cette *religion éteinte* [celle du respect dû à la vie privée]. *Il n'est pas de ceux qui, s'associant à la belle pensée des législateurs de 1819, ont soutenu que la vie privée devait être murée et ont respecté cette admirable loi.* Néanmoins, il vient aujourd'hui invoquer *ce beau dogme*, et c'est encore, messieurs, une des beautés de la loi, qu'elle ne regarde ni ce qu'a été M. Dumas, ni ce qu'il a fait ; elle l'accueille comme si elle n'avait pas de reproches à lui adresser. Pardonnez-moi d'insister sur ce rôle de la justice ; *elle est prête à protéger contre une chose faite au détriment de sa vie privée* M. Dumas lui-même, qui paraît avoir cherché pour ses moindres actions la plus éclatante publicité²⁰²⁷.

Pour le magistrat, le respect dû à la vie privée est un principe d'ordre public que n'anéantit pas le contrat de cession de son image signée par Alexandre Dumas. La logique de la célébrité exploitée par l'écrivain n'est pas un obstacle dirimant à la protection de sa vie privée, et ce droit lui est reconnu même s'il semblait y avoir renoncé par anticipation. Ainsi, quand bien même il y aurait un contrat, « il faudrait anéantir cette convention comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁰²⁸ ». Les mœurs sont ainsi encore convoquées pour exiger que la vie privée soient protégée contre les exhibitions malsaines. L'aliénation de son image ne peut donc faire « être l'objet d'un contrat²⁰²⁹ », et la question de la protection de son image mais aussi du droit à la vie privée n'est pas soluble dans la doctrine du consentement. Quand bien même l'écrivain s'est volontairement donné en spectacle, il ne perd donc pas pour autant tout droit au respect de sa vie privée.

²⁰²⁴ *Le Figaro*, Lundi 27 mai 1867.

²⁰²⁵ *Ibid.*

²⁰²⁶ *Ibid.*

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ *Ibid.*

²⁰²⁹ *Ibid.*

Allant à l'encontre du principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes, la Cour d'appel tranche dans ce sens en interdisant la vente des photographies malgré le consentement formulé dans un premier temps par la victime :

Considérant que mille circonstances peuvent rendre impossible la continuation de cette tolérance ; que l'effet même de la publication peut avertir celui qui l'a permise qu'il a oublié, en l'autorisant, le soin de sa dignité, lui rappeler que *si la vie privée doit être murée dans l'intérêt des individus, elle doit l'être aussi dans l'intérêt des mœurs et du respect que chacun doit à l'opinion publique*²⁰³⁰.

Le public est par ailleurs lui aussi considéré, d'une certaine manière, comme victime des effets de la publication, car il n'aurait pas dû être exposé à ces d'images dont le juge considère qu'elles lui sont nuisibles. Sans doute ne faut-il pas voir dans ces formules la seule expression d'une pudibonderie dix-neuviémiste, dès lors que la limitation de la circulation de certaines images est liée plus profondément à la protection de l'honneur. Cet arrêt se fonde donc moins sur le caractère révocable du consentement donné au droit à l'image que sur la nullité des conventions opérant un dévoilement du privé. Comme en matière de secret, la protection de l'intimité est encore justifiée par « l'intérêt des mœurs » et est considérée comme un bien commun qui exige le respect de tous, comme un principe d'ordre public. Alors que la notion n'existe pas encore, la protection de la vie privée agit donc comme un droit de la personnalité, un droit moral incessible parce qu'*extra patrimonial*, mais aussi inamissible en tant qu'il est indissolublement attaché à son titulaire. Au regard de cette affaire, il est possible d'affirmer que la protection de la vie privée est pensée comme une opacité légitime d'ordre public.

Face à la question de la protection de l'image, de nombreux juristes de cette époque sont conscients que le droit de propriété littéraire et artistique est un fondement insatisfaisant pour protéger les atteintes à la vie privée. L'avocat Albert Vaunois propose ainsi que dans les affaires impliquant la reproduction de son image :

Ce n'est pas aux règles sur la propriété, soit matérielle, soit artistique, qu'il faut recourir, mais au droit que chaque homme a de faire respecter sa personnalité, au principe dont les textes sur la diffamation sont une application particulière. On pourrait s'opposer à toute exhibition publique d'un portrait non autorisé, mais seulement dans la mesure nécessaire pour empêcher d'altérer la réputation et de fausser la personnalité²⁰³¹.

L'auteur attentif aux nouvelles questions soulevées en cette fin de siècle par la publication de masse et les nouveaux procédés de diffusion de la représentation personnelle perçoit bien la question de la vie privée dans son ensemble. Il relève que la protection de sa propre figure se rattache moins à un hypothétique droit de propriété qu'à l'ancienne défense de l'honneur, considéré comme un bien également partagé entre les hommes. L'usage de l'image est limité en raison du respect dû à la personnalité de chacun. Comme dans le délit de diffamation tel qu'il était anciennement compris, peu importe que le fait révélé soit

²⁰³⁰ CA de Paris, 25 mai 1867, *Journal du Palais, Société de jurisconsultes et de Magistrats*, Paris, 1868, n°78, p. 218 [Nous soulignons].

²⁰³¹ Albert VAUNOIS, dans *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, éd. Jules PATAILLES, 1888, p. 285 [Nous soulignons]. Il décrit ainsi la nature de la protection de la vie privée : « On ne le trouve pas dans la propriété de l'homme sur lui-même, qu'on invoque en général dans la cause. En effet, cette propriété n'est pas atteinte, ni diminuée par un portrait, soit caché, soit exposé au public, et le droit de propriété n'emporte pas nécessairement le droit de s'opposer aux reproductions. Le droit de reproduction n'est réglementé chez nous que par le décret de 1793, et cette loi ne vise que la production consciente de l'intelligence, l'effort créateur dans le domaine des beaux-arts. »

vrai ou faux, l'outrage naît de la diffusion de l'image comme il résulte de la diffusion d'une information infamante. Le droit à sa propre image ne peut donc être invoqué que lorsqu'il y a une atteinte à l'honneur, et ce nonobstant le consentement régulièrement donné.

§. 3 - L'honneur dans l'avènement du concept de droit à l'image

Dans la lignée du droit romain des injures, l'atteinte à sa représentation est classée par le juriste allemand Ihering parmi les atteintes à l'honneur, c'est-à-dire parmi les atteintes à sa dignité personnelle. Selon son analyse, il ne s'agit pas d'une lésion de la personne dans ce qu'elle possède, c'est-à-dire dans sa propriété, mais d'un outrage dans son image, dans ce qu'elle est. Il s'agit d'une offense qui l'affecte dans « ses relations avec le monde extérieur, c'est-à-dire dans tous les rapports qui existent hors d'elle²⁰³² ». Le droit de l'homme sur son image n'équivaut ainsi pas à un droit de propriété sur celle-ci mais se voit intégré à la catégorie des droits de la personnalité²⁰³³. L'existence d'un droit réel supposerait en effet une chose appropriable et un sujet de droit. Henri Fougerol, qui importe en France l'expression allemande de droit à l'image (*Bildrecht*), insiste bien sur ce point :

À la vérité, le droit sur sa physionomie est un droit opposable *erga omnes*, un *absolute Recht* comme disent les Allemands, mais là se borne sa ressemblance avec le droit de propriété [...]. Notre corps, c'est nous-même, et il est contradictoire de prétendre que l'objet du droit de propriété sera non seulement une chose extérieure, mais le sujet même du droit, que l'ensemble étant un, le propriétaire sera précisément la chose possédée²⁰³⁴.

Cette affirmation s'accorde avec la tradition civiliste française selon laquelle le corps ne peut faire l'objet d'un droit de propriété, car il n'existe pas cette distinction nécessaire qui permette à l'homme de pouvoir disposer d'un pouvoir sur lui-même²⁰³⁵. L'assimilation du droit de l'homme sur son image à une propriété opérant une « dangereuse confusion²⁰³⁶ », la protection de l'image doit trouver un autre fondement.

Les origines de la protection de l'image des particuliers attestent ainsi du fait qu'initialement, la notion de droit de la personnalité ne procédait pas uniquement d'un droit patrimonial au libre usage d'informations personnelles, mais aussi d'un délit pénal chargé de protéger l'honneur des personnes. Cette protection peut se comprendre comme une espèce de diffamation et non comme une souveraineté du sujet quant à l'usage de certains éléments de sa personnalité, ce que pourrait laisser entendre une protection de son image fondée sur le seul consentement de la victime supposée²⁰³⁷. Le droit à l'image repose ainsi sur

²⁰³² Rudolf VON IHERING, *Actio injuriam, des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, trad. Olivier DE MEULENARE, Paris, Maresq, 1888, p. 24.

²⁰³³ Henri PERREAU, « Des droits de la personnalité », *Rev. Trim dr. Civ.*, 1909, p. 109.

²⁰³⁴ Henri FOUGEROL, *La figure humaine et le droit*, Paris, Rousseau, 1913, p. 19.

²⁰³⁵ C'est ce que nous remarquons. Voir *supra* : Titre I, Chapitre IV – Section 2 - Les doutes des juristes du XIX^e siècle quant à la notion de propriété de soi.

²⁰³⁶ *Ibid.*, p. 17 : « C'était, vers le milieu du siècle dernier, une tendance presque universelle de la part des juristes d'élargir à l'excès le concept de propriété et de l'étendre à tous les droits non définis dont l'analyse révélait le caractère absolu. C'est à cette tendance que nous devons l'expression propriété artistique et littéraire et les dangereuses confusions qui se sont greffées sur cette mauvaise terminologie. »

²⁰³⁷ Pour une critique d'un droit à l'image fondé sur la théorie du consentement tacite : Jacques RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, LGDJ, 1978, p. 163-178. Il y a en effet de nombreuses situations dans lesquelles la personne ne peut s'opposer à la publication de son image, de sorte que l'explication tirée de l'autonomie de la volonté est insuffisante. Pierre KAYSER, « Le droit dit à l'image » dans *Mélange Roubier*, t. II, 1969, p. 73 et s.

une mise en balance entre l'« honneur du particulier et l'intérêt légitime du public²⁰³⁸ », entre la protection de la dignité personnelle et l'utilité commune. Comme le dit le tribunal civil de la Seine dans l'affaire O'Connell, elle est un « droit de s'opposer²⁰³⁹ » au mésusage d'une représentation. Les énoncés retenus lors de ces affaires montrent que le juge n'entend pas protéger une puissance subjective de disposer de son image mais qu'il cherche à sanctionner l'usage abusif qui pourrait être fait de celle-ci. La jurisprudence dessine ainsi un nouveau type de droit *au respect* de la personne dans la continuité des anciennes protections de l'honneur. Malgré la proximité très forte entre les deux notions, le droit de la personne sur son image ne vise ainsi pas le seul respect de la vie privée. Il entre plus largement dans une protection de la réputation, car l'usage d'une photographie hors d'un cadre ou d'un contexte privé peut aussi – plus rarement, il est vrai – causer un trouble qui mérite réparation. En ce sens, en 1882, le tribunal commercial de la Seine interdit par exemple la reproduction de la photographie d'une actrice dans son costume de théâtre, c'est-à-dire dans la sphère publique²⁰⁴⁰. L'affaire O'Connell qui statue sur une des personnalités les plus célèbres de cette époque, constitue une étape décisive dans la formalisation du droit à la vie privée en France et aux États-Unis, dès lors qu'elle est citée dans l'article fondateur de la *privacy* américaine²⁰⁴¹. Cette limitation au libre usage de l'image des personnes au XIXe siècle joue un rôle dans l'invention américaine d'un concept autonome de *privacy*.

§. 4 - Le rôle de la protection de l'honneur dans l'invention de la *privacy* américaine

Lorsqu'aux États-Unis, les deux avocats associés Warren et Brandeis théorisent une notion unifiée de droit à la vie privée, ils mentionnent bien les inventions modernes qui rendent nécessaire la formation d'un *right to privacy* (photographie instantanée, presse à scandale, etc.). Les juristes conçoivent ce droit comme une immunité personnelle que le juge américain Colley nomme « le droit d'être laissé tranquille » (« right to be let alone »). Heurtés par la violence de la presse de commérage outrageant l'intimité domestique, ils exigent une protection spécifique qui ne découle ni *stricto sensu* d'un droit de propriété sur sa propre figure, ni d'un accord contractuel préalable sur l'usage de celle-ci, mais d'une plus vaste garantie contre toutes des injures faites à la personne. Le juriste américain James Whitman a soutenu que le sens français de la vie privée serait né de la culture de l'étiquette et de l'honneur propre aux pays européens²⁰⁴². Selon lui, la vie privée se serait

²⁰³⁸ Jacques RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, LGDJ, 1978, p. 176.

²⁰³⁹ Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} chambre, *Félix c. O'Connell*, D. 1858. Dans une autre affaire la cour d'appel de Paris sanctionne « l'exhibition de son portrait » CA de Paris, 1^{ère} chambre, 8 juillet 1887, *Romain c. Chalot*.

²⁰⁴⁰ Tribunal commercial de la Seine, 18 juin 1882, Bonnet Société Olibet, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1891, t. 1, p. 247.

²⁰⁴¹ Megan RICHARDSON, *The right to privacy, Origins and influence of a Nineteenth-century Idea*, London, CUP, 2017, p. 66.

²⁰⁴² James WHITMAN, « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity versus Liberty », *The Yale Law Journal*, *op. cit.*, p. 1151-1221.

développée en France sur la notion de dignité personnelle opposable aux tiers, là où la *privacy* américaine serait, dans la lignée du IV^e amendement à la constitution, un droit essentiellement tourné contre l'État²⁰⁴³.

Ce n'est pas ce qui ressort de l'article de Warren et Brandeis, qui fait découler la protection de la vie privée d'un droit plus large à une personnalité inviolée, c'est-à-dire ce qui s'approche le plus en droit américain de la notion d'honneur²⁰⁴⁴. Par ailleurs, les deux juristes américains montrent dans leur article qu'ils sont, pour une large part, les héritiers des débats continentaux sur l'honneur. Ils se réfèrent ainsi à la loi de 1819 pour expliquer la différence entre ce qui relève de la discussion d'intérêt général et de la révélation illégitime, et font référence à la loi de 1868 pour relativiser le critère de la malveillance. Ils actent en outre le fait que la protection de la vie privée n'est pas une faiblesse liée à nos mœurs ni une atteinte irraisonnée à la liberté de la presse, mais bien une réponse pénale face aux attaques portées à l'encontre de l'intégrité morale de l'individu outragé :

L'intensité et la complexité de la vie, liées au progrès de la civilisation, ont rendu indispensable un certain retrait du monde et l'homme, raffiné par la culture, est devenu plus sensible à la publicité de sorte qu'il est maintenant plus essentiel pour l'individu de pouvoir s'isoler et d'avoir une vie privée ; cependant, l'activité et l'inventivité modernes, en s'immisçant dans sa vie privée, lui ont infligé une souffrance et une détresse morale beaucoup plus grandes que n'aurait pu le faire la blessure physique à elle seule²⁰⁴⁵.

À l'instar du droit français, les auteurs de cet article fondateur de la vie privée ne font rien d'autre qu'incorporer le respect dans le droit comme l'avait fait le constituant français de 1791. Ainsi, la vie privée américaine doit être cette protection qui préserve l'individu non seulement contre l'État, mais aussi contre la société et les atteintes à la réputation commises par ses membres

Outre le droit français, Warren et Brandeis se réfèrent aussi à la *common law* anglaise. Les deux américains mentionnent ainsi le cas fondateur en matière de protection de la vie privée en droit anglais dans lequel était en jeu une représentation de la famille royale anglaise (*Prince Albert vs Strange*)²⁰⁴⁶. À partir du règne de Victoria, ils expliquent que les Anglais ont pris l'habitude de relier la vie privée du souverain à leur propre vie personnelle et familiale. Dès 1849, la *High court of chancery* pose toutefois des limites à ce phénomène de médiatisation, en interdisant la diffusion d'une image dont le principal défaut était de représenter une scène de la vie privée de la famille royale²⁰⁴⁷. Le lord-chancelier Charles Pepys, magistrat de la haute cour, considère ainsi que le propriétaire d'une image ne peut se prévaloir de son droit de propriété pour la diffuser

²⁰⁴³ Nous avons déjà développé cet aspect de la *Privacy*. Voir *supra* Titre I-Chapitre IV- Section 3- La référence à la *property* dans l'invention américaine d'un concept autonome de *privacy*.

²⁰⁴⁴ Samuel D. WARREN et Louis BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 28 : La répression des atteintes à la vie privée se comprend ainsi comme une protection large de toute la personnalité. Warren et Brandeis puisent cette vision dans le droit romain : « *L'injuria*, dans le sens étroit, est toute violation intentionnelle et illégale de l'honneur, c'est-à-dire de la personnalité toute entière d'un autre. [...] Maintenant, un outrage est commis non seulement quand un homme est frappé avec le poing, disons, ou avec un gourdin ou encore fouetté, mais aussi lorsqu'un langage injurieux a été utilisé à son égard. »

²⁰⁴⁵ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁴⁶ *Prince Albert v. Stange* (1849), *Reports or cases Argued determined in the high-court, London, Benning and Booksellers*, Paris, 1850, pt. 42. Sur le sujet : Megan RICHARDSON, *The right to privacy, origins and influence of a Nineteenth-Century idea*, Cambridge, CUP, 2020, p. 39-61. Voir Annexe 14.

²⁰⁴⁷ Voir annexe 15.

librement lorsqu'elle a été prise pour un usage privé. La haute cour statue en ce sens non pas au nom d'un droit de propriété sur son image, mais sur le fondement d'un abus de confiance, c'est-à-dire de ce qui s'approche davantage en droit français de la responsabilité civile délictuelle. Il s'agit de protéger la réputation du monarque contre le dommage causé par une intrusion inconvenante et non d'assurer à la victime, fût-elle le roi d'Angleterre, une maîtrise totale de l'usage de son image²⁰⁴⁸.

Les développements de la photographie instantanée et notamment de la faculté de capturer la figure de quelqu'un indépendamment de sa volonté apparaissent comme une menace qui appelle en réaction l'élaboration d'un principe d'interdiction de toute intrusion du regard du public dans la sphère privée. Les deux juristes américains soulignent bien à ce titre que la protection ne peut être le pur produit d'un contrat :

Aussi longtemps, par exemple, que l'état de l'art photographique était tel que son image pouvait rarement être prise sans que l'on se soit consciemment « assis dans ce but », le droit des contrats et de la confiance pouvait offrir à l'homme prudent des garanties suffisantes contre la circulation improprie de son portrait ; mais dès lors que *les avancées les plus récentes* dans l'art de la photographie ont rendu possible la prise de photographies à l'insu de la personne photographiée, *les doctrines du contrat de confiance sont devenues inadéquates comme support à la protection requise et la responsabilité civile doit entrer en jeu*. Le droit de propriété au sens large, couvrant toutes les possessions, y compris tous les droits et privilèges et dès lors embrassant le droit à une personnalité inviolée, est le seul à fournir la base sur laquelle la protection que l'individu demande peut reposer²⁰⁴⁹.

À l'instar du tribunal de la Seine dans l'affaire Rachel, les juristes américains ne font pas reposer l'interdiction de la libre diffusion de son image sur un quelconque droit d'auteur ou un droit de propriété, ni sur une maîtrise absolue de l'homme sur les informations qui le concernent, mais sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, c'est-à-dire de la réparation d'un dommage mesurable subi par une personne en raison de la circonstance précise dans laquelle elle a pu être photographiée. Ils remarquent bien ce qu'il y a d'artificiel dans le recours au contrat et la propriété pour protéger la dignité outragée des personnes et c'est précisément pour cela qu'il faut, selon eux, créer un nouveau droit à la protection de sa vie privée en elle-même²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*

²⁰⁴⁹ *Ibid.* [Nous soulignons].

²⁰⁵⁰ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 12 : « Nous devons donc conclure que les droits ainsi protégés, *quellse que soient leurs natures exactes*, ne sont pas des droits qui naissent du contrat ou d'une confiance spéciale, mais que ce sont *des droits contre tous* ; et, comme indiqué plus haut, le principe qui a été appliqué pour protéger ces droits n'est *pas en réalité le principe de la propriété privée*, sauf à prendre cette expression dans un *sens élargi et inhabituel*. » [Nous soulignons].

Section 5 – Remarques sur les évolutions contemporaines de la loi de 1881 : la vie privée à l'épreuve des développements du droit à l'information

Le législateur français de 1881, suivant les mêmes intuitions que les lois de Serre, avait refusé d'étendre l'exception de vérité pour éviter de protéger les colporteurs de ragots. Comme sous la Restauration, il s'attachait à une protection ferme de la vie privée. Il contournait astucieusement la difficulté extrême de la définition de ce qui est privé, en considérant que l'atteinte à la vie privée commençait lorsqu'un fait honteux de nature privée était révélé. La loi de 1819 reposait elle aussi sur l'idée que l'exception de vérité ne concernait qu'un domaine restreint. Dans l'esprit des lois du XIX^e siècle, le débat d'intérêt général était essentiellement compris en relation à des *fonctions déterminées* (fonctionnaires, élus, magistrats etc.) ou à ceux dont la *profession exigeait de se présenter au public* (comédiens, écrivains, artistes etc.). Comme le remarquait le Garde des sceaux en 1881, s'il convient que « les personnes qui exercent ces fonctions répondent de la sincérité et de la fidélité de leur gestion²⁰⁵¹ », il faut dans le même temps punir « l'intention de porter atteinte à leur propre considération²⁰⁵² ». Les journaux pouvaient relater les actes d'une personne si leur publication participait du droit de critique démocratique des élites et permettait l'établissement de vérités utiles dont le domaine était clairement circonscrit. La discussion légitime ne devant pas s'apparenter à une chronique des prévarications personnelles, il n'était pas jugé nécessaire d'étendre davantage la liberté d'expression. Actuellement, la notion de vie privée est devenue plus difficile à saisir. En effet, elle n'est plus comprise en relation à des fonctions ou des professions spécifiques, mais plutôt en lien avec la notion souple et évanescence de controverse d'intérêt général, conçue comme n'importe quel débat de société. Le changement de définition qu'a subi la notion de diffamation remonte à l'ordonnance du 6 mai 1944, qui réforme l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 et qui change en profondeur la nature de ce délit. Il y a ainsi un renversement des principes de l'ancien droit repris dans les grandes lois sur la presse du XIX^e siècle. La vérité qui ne pouvait excuser, par principe, le diffamateur, justifie depuis lors toute dénonciation, sauf si les faits en cause se rapportent à la vie privée. La vie privée n'est donc plus tout ce qui ne se rattache pas à une fonction ou une profession publique, mais tout ce qui renvoie à un domaine qu'il revient au juge de définir (§. 1). Le fait justificatif de la bonne foi, de plus en plus excipé au nom du débat d'intérêt général, restreint par ailleurs les contours de la diffamation, rendant encore plus incertaine la protection de la vie privée (§. 2).

²⁰⁵¹ « Circulaire du 9 novembre 1881 » dans Henry CELLIEZ, Charles-Étienne LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse*, *op. cit.*, p. 724.

²⁰⁵² *Ibid.*

§. 1 - Le choix de la définition de la diffamation comme l'imputation d'un fait faux

Hormis dans la loi sur le divorce de 1886, dans laquelle le législateur a interdit expressément la révélation dans la presse des débats relatifs à une instance en séparation, les législateurs de la III^e République restaient prudents face à l'idée d'une protection directe de la vie privée²⁰⁵³. Ce choix est partagé par d'autres systèmes juridiques. La loi brésilienne sur la presse de 1830, par exemple, dispose que les auteurs de diffamations « n'auront pas le droit de rapporter la preuve de la vérité des injures concernant les faits de la vie privée²⁰⁵⁴ ». La notion de diffamation telle qu'elle ressort des lois de 1819 et de 1881 protège l'honneur des personnes en partant du présupposé qu'à quelques exceptions près, rien n'impose que le particulier doive publiquement se justifier de ses fautes²⁰⁵⁵. Les seules actions qui peuvent amener à comparaître devant le tribunal de l'opinion étant celles relatives à l'exercice de certaines fonctions publiques et les infractions constatées par un juge, les autres sont réputées non publiables.

Le retournement des principes de la loi de 1881 a principalement été opéré par l'ordonnance du 6 mai 1944 qui, en admettant par principe l'exception de vérité, ne fait rien de moins qu'abandonner l'idée selon laquelle la vérité n'absout pas l'auteur de l'outrage. La loi ne réprime plus tant la diffamation, c'est-à-dire *toute atteinte à l'honneur*, mais la seule calomnie. Elle admet par principe la dénonciation publique des fautes personnelles, *sauf si celles-ci se rattachent à la vie privée*. Comme le relève Bérénice Hahn de Bykhovetz, avec l'ordonnance de 1944, l'exception de vérité n'est ainsi plus « réservée à l'accomplissement d'une noble mission » de contrôle des seules « personnes supposées agir dans leur intérêt²⁰⁵⁶ ». Perdant l'utilité qui l'avait fait accepter au XIX^e siècle, elle est désormais « réduite à permettre *le dévoilement de n'importe quelle infamie, quelle que soit l'utilité sociale de cette révélation* »²⁰⁵⁷.

Une telle mesure doit toutefois se comprendre dans le contexte de la Libération et de l'épuration. Durant cette période propice au manichéisme, des listes de bons et de mauvais citoyens sont publiées dans la presse. L'affirmation du principe selon lequel la vérité des faits justifie la dénonciation semble admettre des procédés de dégradation civique tels qu'il en existait sous la République romaine ou encore sous le

²⁰⁵³ Art. 239 du code civil tel que modifié par la loi du 18 avril 1886.

²⁰⁵⁴ Loi brésilienne du 20 septembre 1830. De même, le législateur serbe est encore plus ferme en considérant que « jamais, et dans aucun cas, la vérité du fait diffamatoire ne pourra être établie, lorsque ce fait se rapporterait à la vie privée des personnes. Cité par Polydore FABREGUETTE, *Traité des diffamations de la parole*, *op. cit.*, t. II, p. 501.

²⁰⁵⁵ C. cass. *crim.*, 1^{er} juillet 1874.

²⁰⁵⁶ Bérénice HAHN DE BYKHOVETZ, *Les faits justificatifs*, *op. cit.*, p. 108.

²⁰⁵⁷ *Ibid.* [Nous soulignons].

régime de la loi des suspects du 17 septembre 1793²⁰⁵⁸. L'exposé des motifs de l'ordonnance du Gouvernement d'Alger justifie ainsi ce bouleversement silencieux de la notion de diffamation :

La liberté de la presse ne doit pas permettre de jeter le trouble dans les foyers, sous le prétexte *de rendre service au pays*. Elle ne doit pas permettre de raviver constamment des accusations anciennes, de rappeler des faits sur lesquels les lois elles-mêmes ont commandé de jeter l'oubli. Ces réserves faites, il doit être loisible à ceux qu'inspire le *juste intérêt de l'État de porter par voie du journal des accusations méritées* contre ceux qui, par les actes de leurs fonctions ou *par leur gravité personnelle*, compromettent la politique ou l'économie du pays. Aussi leur sera-t-il permis *dans des cas plus nombreux* de prouver la vérité de leurs allégations et ils devront être renvoyés des fins de la poursuite s'ils y réussissent²⁰⁵⁹.

À la faveur de l'ordonnance du 6 mai 1944, les journalistes ont conquis le droit de dénoncer publiquement des comportements personnels. Pour le gouvernement de la France Libre, le motif d'intérêt général semblait devoir se comprendre dans un sens restreint. L'exception de vérité devait permettre d'accuser ceux qui avaient manqué à leurs obligations patriotiques. Corrélativement à cette extension de la liberté de discussion des actions personnelles, trois limites notables sont par ailleurs explicitement posées : la révélation d'infractions datant de plus de 10 ans est interdite, de même que la référence à des infractions amnistiées ou prescrites et enfin toutes les imputations portant sur la « vie privée » sont proscrites. Chassée du texte de la loi en 1881, l'expression de « vie privée » refait donc surface dans l'ordonnance du 6 mai 1944. À partir de cette date, cette notion ne désigne plus un domaine résiduel mais redevient, comme après la loi de 1868, un concept à part entière, dont les contours restent difficilement définissables²⁰⁶⁰.

L'ancien système avait le mérite de décourager les accusations hasardeuses en partant du principe que celles-ci n'étaient que rarement légitimes. Après l'ordonnance de 1944, le critère de la vérité du fait diffamatoire n'est pas le seul à venir vider de sa substance l'ancienne notion de diffamation. L'imputation litigieuse étant bien souvent invérifiable, le fait justificatif de la bonne foi, parfois réduit à la simple absence de mauvaise foi, s'avère bien souvent suffisant pour absoudre le diffamateur, affaiblissant ainsi nettement la protection dévolue au particulier. L'admission généralisée d'allégations honteuses semble ainsi rendre illusoire toute protection de l'honneur et de la vie privée, mais met aussi en cause « le droit du public à une information fiable, exacte et de qualité²⁰⁶¹ ». Les conceptions extensives de la notion de débat d'intérêt général, dont les bornes sont difficiles à fixer, altèrent l'efficacité de la sanction de la violation de la vie privée.

²⁰⁵⁸ Anne SIMONIN, *Le déshonneur dans la République, une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Bernard Grasset, 2008, p. 382-415.

²⁰⁵⁹ JORF, n° 42, 20 mai 1944, p. 402 [Nous soulignons].

²⁰⁶⁰ Bérénice HAHN DE BYKHOVETZ, *Les faits justificatifs*, *op. cit.*, p. 89 : « Sous l'empire de la loi du 29 juillet 1881, la vie privée était simplement appréhendée dans sa dimension *a contrario*. Elle représentait un très grand domaine résiduel, et il n'était pas nécessaire de la caractériser plus avant dans la loi, ou même de s'y référer. Or, en inversant le principe, et en édictant une exception pour préserver cette sphère de la preuve de la vérité diffamatoire, le législateur de 1944 fit émerger la notion même de vie privée. D'ailleurs, l'ordonnance du 6 mai 1944 fut le premier texte législatif à y faire référence. En somme, la vie privée devint un concept à part entière, dont il fallait désormais fixer les contours. »

²⁰⁶¹ Emmanuel DERIEUX, « Affaire Joxe : la diffamation excusée par l'absence de mauvaise foi » [*actu-juridique.fr*, le 27 avril 2021, consulté le 15 mai 2021].

§. 2 - La difficile détermination du privé face à une vision imprécise de la notion de débat d'intérêt général

L'excuse de la bonne foi et l'argument du débat d'intérêt général ont supplanté l'exception de vérité dans les moyens de défense invoqués par les personnes accusées de diffamation. Les critères de ce fait justificatif sont le but légitime, l'absence d'animosité personnelle et l'enquête sérieuse, reposent sur une logique proche de l'*exceptio veritatis* en faisant valoir d'une manière plus subtile l'argument du bienfondé des révélations opérées. Étant donné l'empire croissant du droit à l'information, il est ainsi souvent difficile de se défendre dès lors que l'adversaire peut toujours exciper du vaste motif du débat d'intérêt général. En soumettant l'exception de vérité à ce seul critère, son régime peine à trouver des limites objectives et se rapproche sensiblement de celui de la bonne foi, qui requiert la preuve de la finalité légitime de l'information apportée. L'imprécision de ce critère et son caractère artificiel ont toutefois souvent été remarqués. Il risque de permettre ou d'encourager, en toute impunité, des allégations qui cumulent le double vice d'être à la fois attentatoires à l'honneur et à la vérité²⁰⁶². L'avocat spécialiste en droit de la presse Guillaume Lécuyer montre ainsi que selon une telle approche, « tous les actes déshonorants ayant leur prolongement dans la société civile peuvent être dénoncés²⁰⁶³ ».

Lorsque que le domaine privé n'est plus défini en relation à certaines fonctions déterminées, il tend donc à être un principe évanescent. Cela a été remarqué dès les années 1950 par le magistrat Maurice Patin, qui regrettait l'ancien système et la contrainte dans laquelle nous place le droit issu de l'ordonnance du 6 mai 1944 de recourir à ce « critérium imprécis et que personne ne peut définir²⁰⁶⁴ ». Dans la mesure où la vie privée et la vie publique sont « pratiquement inséparables²⁰⁶⁵ » dans les faits, comment un juge peut-il déterminer arbitrairement si telle ou telle publication est légitime ou non ? Yves Mayaud relève encore que « les faits de la vie privée relèvent donc de la chose publique dès qu'ils intéressent la collectivité²⁰⁶⁶ ». Ne pouvant fournir de définition générale, la doctrine et la jurisprudence raisonnent toujours comme les juristes le faisaient sous l'empire de la loi de 1819 et la première version de la loi de 1881 en définissant le privé par la négation. Le privé correspond à tout ce qui ne participe pas de l'établissement d'une « vérité d'intérêt général²⁰⁶⁷ ». Cette tentative de définition par soustraction d'une notion imprécise qu'est le débat d'intérêt

²⁰⁶² Dans un arrêt du 14 avril 2021, la Cour d'appel de Paris a par exemple considéré que les accusations *via* les réseaux sociaux d'un homme ayant accosté crûment une femme s'inscrivaient « dans un débat d'intérêt général » et que cette diffusion participait du mouvement spontané de libération de la parole des femmes. CA Paris, 14 avril 2020, n° 19/19448. Sur les décisions qui ont suivi le mouvement de libération de la parole dit « Balance ton porc » : Christophe BIGOT, « Intérêt général contre intérêts particuliers : comment appréhender la libération collective de la parole ? », Yves MAYAUD, « Le « name and shame », bûcher des temps modernes », 25 avril 2021, Marie BURGUBURU, « La consécration d'un " permis de diffamer " ? » 25 avril 2021, [blog.leclubdesjuristes.com.]

²⁰⁶³ Guillaume LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2006, p. 324. Comme il le remarque, la preuve doit rester l'exception, car « seul le comportement de l'homme ayant une résonance sociale justifie que le public en connaisse la teneur. Le but de cette disposition n'est pas de protéger la vie privée, *il est de fortifier l'honneur*. » [Nous soulignons].

²⁰⁶⁴ Maurice PATIN, « La répression des délits de presse », *RSC*, 1954, p. 445.

²⁰⁶⁵ *Ibid.* : « La vie publique et la vie privée sont étroitement unies l'une à l'autre et pratiquement inséparables [...], les arrêts de la Cour de cassation se bornent à résoudre des cas d'espèce en se gardant de toute formule générale. »

²⁰⁶⁶ Yves MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, *op. cit.*, p. 153-158.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*

public n'est toutefois pas convaincante. Définir la vie privée par le seul détour de la vie publique et de l'intérêt général revient en effet, selon Bernard Beigner, à « vouloir définir l'incertain par le flou²⁰⁶⁸ ». Cela conduit à faire entièrement dépendre la protection de l'intimité de la notion fluctuante de droit à l'information, dont on perçoit mal quelles peuvent être les limites. Voici par exemple comment peut s'exprimer la Cour de cassation :

N'est pas de la vie privée *tout fait qui a un retentissement* politique, économique ou social, qui touche aux intérêts matériels ou moraux du public et *suscite une réaction collective d'approbation ou de désapprobation*²⁰⁶⁹.

En somme, si l'on suit la directive fixée par la haute juridiction, n'est plus privé tout fait qui emporte un jugement moral de la part de la société. Il semble ainsi y avoir un renoncement à cette séparation entre la moralité privée et les actes strictement publics qui animait les législations de 1819 et de 1881. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, très protectrice de la liberté d'expression, n'est pas non plus d'un grand secours pour garantir le respect de la vie privée lorsque celle-ci est diffusée dans l'espace public. À l'instar du juge français, elle la définit de manière vague comme toute information sur les personnes ne contribuant pas à l'établissement de vérités utiles²⁰⁷⁰. Or, le malentendu actuel est que n'importe quelle information tend à devenir un sujet d'intérêt général sans que soit rappelée la séparation fondatrice entre morale privée et faute publique, entre prévarication personnelle et scandale.

Plus trouble que jamais, la notion de vie privée est ainsi considérée par les différentes générations de juristes qui s'intéressent à cette question depuis 1944 comme une notion « vague²⁰⁷¹ », « indéterminée²⁰⁷² », dont les contours sont « incertains²⁰⁷³ », « flous²⁰⁷⁴ », « difficiles à déterminer²⁰⁷⁵ », « éminemment variables²⁰⁷⁶ », voire « aléatoires²⁰⁷⁷ ». Ne pouvant être définis en relation à une fonction ou une activité publique clairement circonscrites, les contours du privé sont entièrement laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il sont souvent conduit par la force des choses à une définition tautologique: « le privé est ce qui est privé » sans que l'on sache vraiment où s'arrête la vie sociale de l'individu²⁰⁷⁸. Face aux évolutions rapides des frontières entre sphère publique et sphère privée, une telle définition semble ainsi

²⁰⁶⁸ Bernard BEIGNER, *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, 1992, (*Que sais-je ?*), p. 53.

²⁰⁶⁹ C. cass., *crim.*, 2 juin 1980, *Bull.* Pourvoi n°78-93.482 [Nous soulignons].

²⁰⁷⁰ Benjamin DANLOS « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à la liberté d'expression », *LEGICOM*, t. 58/1 (2017), p. 13-18.

²⁰⁷¹ Yves MAYAUD, *Le mensonge et le droit pénal*, *loc. cit.*, p. 153-158.

²⁰⁷² Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, *op. cit.*, p. 338.

²⁰⁷³ Alain BERNARD parle de : « flou du droit ». Alain BERNARD, « La protection de l'intimité par le droit privé, éloge du ragot ou comment les vices exposés engendrent vertu » dans Claudine HAROCHE, *Le for intérieur*, Paris, PUF, p. 155. D'autres parlent de « contours incertains ». Roger NELSON, « La protection de la vie privée en droit positif français » dans *Mélanges Falletti*, Paris, Dalloz, 1971, p. 471.

²⁰⁷⁴ Guillaume LECUYER, *La liberté d'expression et responsabilité, étude de droit privé*, Paris, Dalloz, 2006, p. 79.

²⁰⁷⁵ Jean PRADEL, « Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *Revue Dalloz*, 1971 chron. 111, p. 3 : « Le domaine concret de la vie privée est difficile à déterminer pour plusieurs raisons. Il est d'abord fluctuant au gré de l'évolution des mœurs. Il dépend de la personnalité des individus, comme le rappelle parfois la jurisprudence. »

²⁰⁷⁶ Delphine CHAUVET, *La vie privée : étude de droit privé*, *op.cit.*, p. 309.

²⁰⁷⁸ Si la vie publique n'est autre que la vie sociale, elle commence dès que l'individu n'est plus seul. Guillaume Lecuyer, *Liberté d'expression et responsabilité, Liberté d'expression et responsabilité*, *op. cit.*, p. 325.

inopérante pour protéger l'intégrité morale des personnes face à l'explosion des techniques d'information et de communication.

Aujourd'hui, les protections de l'exposition de la vie privée dans l'espace public ont plutôt tendance à se développer hors de la loi de 1881. La loi du 17 juillet 1970 consacre ainsi le principe général et autonome selon lequel chacun a droit à sa vie privée. Dans le même temps, le législateur érige un délit pénal lié à l'usage d'images *prises dans un lieu privé et sans le consentement* de la personne en cause au moment de la captation²⁰⁷⁹. Malgré ces précisions, la question de la définition des contours de la vie privée se pose toujours. Le tribunal de grande instance de Paris a pu proposer un partage entre les actes d'informations censés aider le lecteur à « former leur réflexion » et leur « opinion » et ceux qui ne satisfont que des « intérêts commerciaux²⁰⁸⁰ ». Mais là encore, le critère de l'intérêt intellectuel de la publication semble assez flou. La loi pour une République numérique promulguée le 7 octobre 2016 ayant pour objectif de contrer le phénomène de *revenge porn* va dans ce sens, en érigeant un nouveau délit de diffusion de l'image d'une personne sans son consentement si celle-ci présente un caractère sexuel²⁰⁸¹. Dans ce texte, le caractère privé est déduit du contenu même de la photographie ou de la vidéo dont la diffusion dégrade la personne. La multiplication des dispositifs de protection dans divers domaines du droit atteste donc là encore qu'il est possible d'ajouter des mesures parcellaires, mais qu'il demeure aussi toujours nécessaire de s'interroger en profondeur sur les fondements de la protection du privé. Malgré ce phénomène de sortie des protections de la vie privée du strict champ du droit de la presse, il faut sans doute, pour comprendre l'essence des protections de la vie privée, ne pas perdre de vue ce qui a entendu être protégé lorsque furent inventées les premières barrières à la libre diffusion de l'intimité dans l'espace public, c'est-à-dire l'inviolabilité de l'honneur privé ou de l'honnêteté personnelle.

Pour mieux définir les bornes de la vie privée, peut-être faudrait-il alors circonscrire davantage la notion d'intérêt général. Pour cela, comme le proposait le journaliste Jean Lacouture, il faut distinguer ce qui relève de *l'intérêt public* et de *l'intérêt du public*. Le public peut en effet avoir un intérêt insatiable pour la vie de certaines personnes, mais l'intérêt public commande d'éviter que les regards se focalisent sur les détails des existences individuelles. Ainsi, on peut se demander s'il est opportun de rendre licite la révélation de fautes personnelles sans que puisse être formellement établi un lien avec la nécessité du juste exercice d'un mandat ou d'une profession, qui appelle quant à lui la vigilance de tous.

²⁰⁷⁹ Article 226-1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° *En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* ; 2° *En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé*. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé. » [Nous soulignons]

²⁰⁸⁰ TGI de Paris 28 avril 1998, Affaire dite *Lady Di. Et Al Fayd*, dans *Légipresse*, t. 156 (1998), p. 158.

²⁰⁸¹ La loi du 7 octobre 2016 modifie le code pénal en insérant un article 226-2, un article ainsi rédigé : « Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1. »

Conclusion Partie III – L'impossible maîtrise individuelle de la diffusion de sa vie privée dans l'espace public

La « première révolution médiatique²⁰⁸² » intervenue dès le XVIII^e siècle entraîne, en réaction, la formation des premières protections de la vie privée contre le spectateur indiscret. La mise en lumière de l'espace politique avec l'avènement d'un système représentatif, la publication des débats et l'exigence de contrôle de l'intégrité des gouvernants a fait émerger dans le droit de la presse la délicate question des outrages à la vie privée. Les débats autour du respect de la vie privée ont pris dès le début une dimension politique. Selon une partie des Révolutionnaires, l'homme de presse, censeur des démocraties représentatives modernes, est détenteur d'une mission à laquelle il ne faut pas mettre de frein. Les adversaires de la notion de vie privée et leurs héritiers, toujours enclins à justifier l'animosité personnelle, dénoncent ce qu'ils estiment être une institutionnalisation de l'hypocrisie et un mécanisme d'autoprotection des élites. Cette position est à la fois libertaire, en ce qu'elle veut supprimer toute entrave à la mission supposée providentielle de la presse ou des médias en général ; égalitaire, en ce qu'elle permet d'abaisser l'homme public en le ramenant aux déboires de sa vie privée ; moralisante, en ce qu'elle exige des personnes une cohérence illusoire dans toutes les dimensions de leur existence, et en définitive liberticide, en ce qu'elle anéantit la fiction protectrice de l'honneur au profit des sentences de la masse.

Le mythe d'une presse totalement autorégulée n'a cependant jamais véritablement prospéré en France et, depuis la Révolution, les lois encadrant les journaux n'ont cessé de se succéder. À côté de la libération de la presse, le législateur français s'est fait, depuis la Constitution de 1791 et durant tout le XIX^e siècle, le relais d'un droit à l'honneur au profit de n'importe quel citoyen. Cette protection se greffe sur l'ancienne notion de diffamation telle qu'elle était comprise sous l'Ancien Régime, c'est-à-dire comme un outrage qui porte moins atteinte à la vérité qu'à la réputation d'une personne. Partant du principe qu'il y a chez chaque homme une part d'« immontrable », certains révolutionnaires, soucieux non seulement des libertés publiques mais aussi des libertés individuelles, ont posé les jalons de notre droit à la vie privée. Il s'agit alors de protéger non seulement les particuliers, mais aussi les personnes publiques, qui disposent des mêmes droits que les simples citoyens.

Après les controverses de la Révolution, il faut attendre le calme de la Restauration pour que des gages sérieux et durables soient donnés. Pour Benjamin Constant, la vie civique ne doit pas effacer les frontières entre le public et le privé. La presse doit donc respecter l'obscurité et la tranquillité nécessaires au déploiement de la liberté individuelle. C'est pour lui le grand fondement de la prohibition de la publication de faits infamants arrachés à la vie privée. Reprenant le vieil adage selon lequel la preuve de la vérité n'est pas une excuse (*Veritas convicii non excusat injuriam*), les lois françaises sur la presse de 1819 et 1881 ont posé le principe général selon lequel la vérité des faits allégués n'efface pas l'offense de la diffamation. Il ne s'agit pas d'une omerta généralisée, puisque la vérité – reconnue comme fait justificatif de ce délit – est considérée quelquefois comme nécessaire à l'opinion publique, mais d'établir un équilibre entre liberté individuelle et liberté politique. Dans l'esprit de ces deux lois, avant la bonne foi, l'exception de vérité peut

²⁰⁸² Antoine LILTI, *Figure publique, L'invention de la célébrité 1750-1850*, *op. cit.*, p. 75.

ainsi être utilisées par ceux qui avancent des connaissances utiles à la société. La notion même d'exception de vérité en droit français part en effet du présupposé que si la preuve de la vérité n'intervient qu'à titre d'exception elle est parfois nécessaire.

En situant la protection de la vie privée de plus en plus à l'extérieur du délit de diffamation, il devient encore plus difficile de définir un partage clair entre ce qui doit être caché et ce qui peut être montré. Dans l'esprit du législateur de 1819, partagé par celui de 1881, la vie privée recouvre avant tout le « non public » ou du moins le « non publiable », c'est-à-dire un certain nombre de faits qui, sans être secrets, ne peuvent, sous peine de sanction pénale, accéder aux canaux de diffusion de l'information à grande échelle. Lorsqu'elle est étalée en public, la vie privée est instrumentalisée et devient une cible facile. Les choix subjectifs ne se prêtent que mal au jugement d'autrui et peuvent ainsi être sources de scandales inutiles pour l'intérêt public.

À l'évidence, toute protection de la vie privée en droit de la presse repose sur un équilibre éternellement instable entre le droit à l'information et la liberté individuelle, entre les droits de la vérité et la nécessité des ombres. À défaut d'offrir une définition précise de la vie privée, les débats doctrinaux autour de la protection du privé permettent d'éclairer les choix faits par les rédacteurs de notre loi sur la presse. Ce débat du XIX^e siècle est toujours intéressant, car il permet de saisir juridiquement la notion d'atteinte à l'intimité de l'individu. L'interdiction de la publication de tout élément de la vie privée oscille ainsi entre séparation radicale et séparation souple. La solution choisie par les juristes de l'ancien droit, fait peser sur la liberté de la presse une perpétuelle menace. L'atteinte à la vie privée prend alors tout son sens dans l'économie du délit de diffamation, assimilé à toute atteinte à l'honneur indépendamment de la véracité des faits et des circonstances de la révélation. Cette solution n'étant pas prorogable en tant que telle dans un système démocratique en raison des droits de la libre critique, il a fallu séparer le public du privé. C'est tout le sens de la proposition du député La Rochefoucauld, pour qui aucune publicité ne peut ni ne doit lever toutes les ambiguïtés qui entourent le mystère de la personne. La critique peut porter sur ce qui est rattachable à la fonction, mais non sur ce qui relève de la vie ordinaire.

Parmi les défenseurs de la vie privée, il existe une tendance à l'essentialiser en en faisant une propriété dont chacun aurait seul les clés. Il s'agirait dès lors moins de protéger l'honneur que de garantir l'anonymat, une tranquillité privée absolue et la paix des familles. L'idée d'une totale maîtrise des informations à son sujet est ainsi formulée en 1822 et en 1827, lorsqu'est proposée à l'Assemblée, sans succès, la pénalisation de *toute publication* portant sur la vie privée. Elle se retrouve pourtant dans la loi de 1868, qui repose sur des principes abandonnés sciemment par le législateur de 1881. Il est vrai qu'en face de la publication de certains faits, la preuve de l'intention malveillante, qui caractérise « l'esprit d'injure » cher à Portalis, est parfois difficile à caractériser. Pourtant, l'élévation d'un mur infranchissable de la vie privée soulève plusieurs questions : 1/ qu'en est-il de la publication de faits indifférents ? ; 2/ peut-on créer un délit totalement dépourvu d'intention de nuire ou dans lequel celle-ci est entièrement présumée ? ; 3/ où situer alors la frontière entre le public et le privé, si l'on part du principe qu'elle ne dépend que de l'intention de la personne en cause ? ; 4/ il est des cas où des éléments de la vie privée ont

une pertinence politique ; doivent-ils eux aussi être interdits de publication ? ; 5/ étant donné l'extension du développement des différents types de médias, l'ambition cyclopéenne d'empêcher la publication de tout fait de la vie privée sans le consentement de son auteur n'est-elle pas illusoire ? Dans ce contexte, peut-on véritablement défendre l'idée d'une maîtrise de la diffusion d'informations relatives à sa vie privée ? Les conceptions rigides de la vie privée se retrouvent aujourd'hui dans la prétention d'octroyer à chacun une totale mainmise de toutes les informations à son sujet. Force est cependant de constater qu'une telle ambition semble dans la pratique inopérante.

Les législateurs français de 1819 et de 1881 ont ainsi fait le choix prudent d'une protection souple de la vie privée, c'est-à-dire d'une répression des atteintes à la vie privée dans le cadre du délit de diffamation. Ces lois tolèrent les révélations, qui, bien que déshonorantes, sont utiles pour ne sanctionner que les attaques jugées infâmes. Une telle solution donne davantage de garanties à la liberté d'expression, en ne sanctionnant que le mésusage d'informations tirées de la vie privée. Ce qu'il s'agit de défendre, ce n'est pas l'anonymat, mais seulement la probité lorsqu'elle est attaquée par des révélations nuisibles et sans justification sociale. Les sanctions des révélations de la vie privée viennent ainsi prévenir les irrémédiables blessures de l'honneur et le détournement de certaines informations intimes sans utilité publique. Devant le tribunal médiatique, une comparution équivaut bien souvent à une condamnation et les droits de la défense sont inexistantes. La marque de la très grande fragilité des réputations dans l'espace public, due à la croyance farouche en l'immutabilité du caractère moral, exige que soient reconnus quelques droits de la défense à l'homme exposé au scandale. Outre le fait que le mécanisme du procès médiatique enferme l'homme dans une responsabilité sans pardon, la dénonciation publique des fautes privées met par ailleurs souvent à jour la vie privée de personnes qui, jusque-là, menaient une existence anonyme. C'est dans ce contexte que la protection de la vie privée s'impose comme la protection d'une ombre légitime jetée sur certaines fautes personnelles sans véritable incidence sociale.

Le choix d'intégrer la protection de la vie privée dans le cadre du délit de diffamation permet de ne pas empiéter outre mesure sur le droit fondamental à la liberté d'expression. Face au phénomène de la publication de masse, le droit ne peut pas promettre un *droit à la vie privée* dans le sens où une telle formulation induirait une maîtrise absolue de tout ce qui serait publié à propos de sa personne, mais un *droit au respect de sa vie privée*, ou plus précisément une protection de l'intégrité de la personne au moyen de la notion d'*honneur*. Cette solution coïncide avec la défense de l'estime simple dont parle Pufendorf, de « l'honneur privé » ou de « l'honnêteté commune » évoqués par Boissy d'Anglas et Beaussire. Il s'agit de rendre indisponible à la réprobation sociale ce que les Romains nommaient l'*honestas* pour désigner la considération morale et la probité dont parle Portalis. Il ne s'agit pas pour autant d'un droit à l'estime publique, ce qui serait dénué de sens, mais d'une protection de la dignité personnelle lorsqu'elle est attaquée. Le journalisme doit pouvoir enquêter sur les personnes mais il ne peut faire l'économie de la distinction du public et du privé. La presse peut s'interroger sur l'art d'une personne, sur son talent, sur son activité sociale et sa vie professionnelle, mais il ne faut pas pour autant que soit mise en cause publiquement la valeur de sa conduite privée. Royer-Collard avait bien compris ce point quand il précisait qu'il n'entendait

pas séparer la protection de la vie privée du délit de diffamation. Ce qu'il faut réprimer, ce n'est pas tant toute description de la vie privée, mais c'est son détournement à des fins nuisibles. Ce qui requiert la sanction, c'est l'outrage qui naît d'une certaine disproportion entre l'insignifiance de l'information révélée et le scandale qu'il cause. Warren et Brandeis paraissent assez modérés dans leur prétention à cet égard. Soucieux de la liberté de la presse, ils semblent avoir bien compris ce point lorsqu'ils affirment que « le droit à la vie privée n'interdit pas la communication de quoi que ce soit, qui, par sa nature, est de l'ordre du privé²⁰⁸³ », dès lors que la publication peut, selon les situations, parfois se justifier. L'atteinte à la vie privée suppose donc un dénigrement de la dignité de la personne. L'esprit d'injure, c'est-à-dire l'intention criminelle, est nécessaire au délit, même s'il ne se déduit pas seulement d'une volonté de nuire mais aussi des circonstances, d'un irrespect manifeste pour l'intimité et le libre-arbitre d'autrui.

La prétention à vouloir déchirer totalement le voile des apparences n'a pas disparu au lendemain de Thermidor. Transportée dans un univers technologique, la volonté d'effacer toutes les ombres semble plus prégnante que jamais. L'immédiateté des transferts d'informations sur les personnes a diminué la place des canaux médiatiques traditionnels qui pouvaient encore faire la part des choses entre la dénonciations inutiles et les informations d'utilité générale. Face à cela, la protection de la vie privée s'impose plus que jamais, sans quoi la liberté des Modernes deviendrait une chimère du passé et rendrait illusoire la démocratie elle-même. La protection de la vie privée est la condition d'un cadre nécessaire à un débat serein sur les questions relevant de l'utilité commune. C'est ce que conclut Guy Carcassonne dans un article consacré à la transparence, lorsqu'il affirme qu'elle « se généralise à l'excès, n'est plus la quintessence de la démocratie, mais plutôt son antipode²⁰⁸⁴ ». Peut-être une saine transparence devrait-elle distinguer la mise en lumière du fonctionnement des institutions de celle qui vise les personnes. La première est pleinement légitime, la seconde apparaît plus douteuse et semble conduire à la tyrannie de la vertu, intolérante et illusoire²⁰⁸⁵. La protection souple de la vie privée jouait bien cette fonction de contrepois raisonnable à cette prétention à faire disparaître toutes les ombres. En faisant la part des choses entre l'information utile et la curiosité malsaine, elle n'est pas une simple protection de l'impunité mais une véritable condition de la vie publique.

²⁰⁸³ Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁸⁴ Guy CARCASSONNE, « Trouble de la transparence », *Pouvoirs*, t. 97 (2001), p. 23.

²⁰⁸⁵ Jean-Denis BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, *loc. cit.*, p. 15.

Conclusion générale

À partir de l'époque moderne, de manière plus nette que durant la période médiévale, outre la vie commune, l'individu s'est vu reconnaître une deuxième vie, une vie intérieure, une vie privée. Du XVI^e au XVII^e siècle, les juristes ont fourni un travail conceptuel conséquent pour bien séparer ce qui relevait de la puissance privée et du domaine public. Le droit à la vie privée prolonge l'idée d'un pouvoir de droit naturel sur son domaine privé qui est l'une des premières revendications de la modernité. Cette sphère indépendante n'est pas seulement matérielle mais aussi spirituelle, intellectuelle et informationnelle. La notion de confidentialité a été incorporée au droit afin de protéger certaines relations privilégiées et par respect pour l'indépendance psychologique des individus. Ce domaine privé est aussi protégé au travers du domicile et de la correspondance, qui sont les deux premiers « supports fonctionnels de la vie privée²⁰⁸⁶ ». À partir du XVIII^e siècle, le droit de la presse a ensuite institué les premières protections spécifiques de la vie privée pour limiter la diffusion d'informations personnelles dans l'espace public en gestation. Nos conceptions de la vie privée sont héritières de ces limites juridiques qui s'imposent non seulement à l'État en général mais aussi au juge, à certaines professions et à la société dans son ensemble.

1- Le droit à la vie privée contre la société : le droit d'être laissé seul

Pour décrire la vie privée, la métaphore de la sphère qui entoure le sujet s'est imposée à tous les esprits. On la retrouve dès le XIX^e siècle dans l'œuvre de John Stuart Mill qui, dans son ouvrage sur la liberté, décrit le domaine privé comme un contenant abstrait, un ensemble vide qu'il présuppose, sans pour autant le définir. Il fournit ainsi une définition de la vie privée qui ressemble beaucoup à celle que l'on trouve aujourd'hui :

Il y a une *sphère d'action dans laquelle la société, comme distincte de l'individu, n'a qu'un intérêt indirect, si même elle n'en a aucun. Nous voulons parler de cette portion de la conduite et de la vie d'une personne qui n'affecte qu'elle-même, ou qui, si elle affecte également les autres, ne le fait qu'avec leur consentement et leur participation libre, volontaire et parfaitement éclairée*²⁰⁸⁷.

Comme Benjamin Constant, il considère que la protection de la vie privée doit constituer une immunité *erga omnes*, dès lors que la vie privée de l'individu s'oppose non seulement à l'État mais aussi à toutes sortes d'intrusions sociales et médiatiques qui viendraient empêcher l'homme d'être seul. Au-delà d'une seule opposition entre l'État et l'individu, les libéraux plaident également pour une autre séparation entre la sphère privée et la société dans son ensemble. Héritier d'une tradition libérale subjectiviste, John Stuart Mill considère ainsi les affaires privées comme la « région propre de la liberté humaine²⁰⁸⁸ ». Il semble déjà voir

²⁰⁸⁶ Louis FAVOREU, Aurélie DUFFY-MEUNIER, Idris FASSASSI, Patrick GAÏA, *Droit des libertés fondamentales*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2021, § 225-6., p. 270.

²⁰⁸⁷ *Ibid.* [Nous soulignons].

²⁰⁸⁸ John Stuart MILL, *De la liberté* (1859), trad. Charles DUPONT-WHITE, *op. cit.*, p 78. [Nous soulignons].

dans les violations de la vie privée un danger spécifique aux sociétés modernes. En lecteur attentif de Tocqueville, le penseur libéral songe sans doute aux dérives de la société démocratique. Il est en effet des cas dans lesquels la dynamique des sociétés de masse menace l'individualisme lui-même. Avec l'égalisation des conditions, l'autorité, si ce n'est la tyrannie de la majorité, risque de persécuter l'homme soumis aux commandements implicites de la société²⁰⁸⁹. La privation de toute maîtrise de ses affaires privées, l'anéantissement de l'individualité par un contrôle social permanent et l'asservissement de l'homme par des indiscretions finissent par anéantir son indépendance de manière bien moins immédiate mais, en définitive, tout aussi efficace qu'une contrainte par corps. Le développement de l'égalité dans les sociétés démocratiques conduit à un certain conformisme au détriment des différences légitimes. Les immixtions fouillent, gênent et finalement annihilent l'homme en l'empêchant de déployer son esprit et de poser ses propres choix. Dans ce contexte, la recherche de la liberté privée vient au secours de l'*individualité*²⁰⁹⁰. Elle garantit cette *tranquillité* qui permet à l'homme d'exprimer son identité véritable en se mettant à part. Contre la foule, le droit à la vie privée préserve donc la *singularité* de chacun ; contre le conformisme des caractères, il libère une part d'*authenticité* et d'*originalité*.

2- La dimension collective de la vie privée

Sans remettre en cause l'importance des protections de la personne, il faut reconnaître que dans les sociétés libérales, l'individu est partagé entre, d'un côté, le petit domaine privé dans lequel il est censé être protégé des interférences ainsi que des nuisances extérieures, et de l'autre, le vaste empire du social face auquel il se trouve désarmé. Une conception de la vie privée reposant sur le seul présumé d'un pouvoir individuel sur soi, sur ses secrets et sur toutes les informations personnelles ne permet toutefois pas de protéger convenablement la vie privée elle-même. En effet, l'idée selon laquelle est privée toute information personnelle dont l'usage et la diffusion ne sont pas passés au filtre du consentement libre et éclairé est remise en cause par l'exploitation massive des informations personnelles et par le caractère incontrôlable de leur diffusion²⁰⁹¹. À un système reposant sur la patrimonialisation des données s'oppose alors une conception de la vie privée comprise comme un « bien collectif », un « bien commun plutôt qu'un droit individuel²⁰⁹² ». Pour mieux comprendre ce qui est protégé par cette notion, peut-être faut-il alors retrouver la dimension relationnelle de ce que l'on nomme vie privée pour ne pas vouloir trop rapidement la protéger au moyen du

²⁰⁸⁹ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique II, op. cit.*, p. 259. L'éthique des droits individuels elle-même n'est d'aucun secours contre d'autres types de normes de comportements découlant des attentes de la société à l'endroit de l'individu. Sur ce sujet : Mark HUNYDI, *La tyrannie des modes de vie, sur le paradoxe moral de notre temps*, Lormond, Le Bord de l'eau, 2014, 109 p.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 162.

²⁰⁹¹ C'est ce que remarque le Comité consultatif national d'éthique [CCNE], *AVIS* 103 du 29 mai 2019, p. 7 : « La notion même de consentement libre et éclairé, exigée a priori comme assurant la protection d'une personne face à une décision la concernant, est remise en cause par les conditions mêmes d'exploitation des données massives (finalités incertaines et incompréhension, voire inaccessibilité, du processus d'analyse). La nécessité d'une protection de la personne doit être réaffirmée et ses modalités doivent être redéfinies ».

²⁰⁹² Danièle BOURCIER, Primavera de FILIPPI, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *Revue de droit sanitaire et social*, t. 3 (2018), p. 456.

contrat et du droit de propriété. Dès lors que la vie privée est éminemment politique, le droit à la vie privée ne peut donc se concevoir que sous un angle collectif.

Si l'on essaye de décomposer ce que nous entendons lorsque nous invoquons la vie privée, on s'aperçoit en effet que celle-ci suppose deux niveaux : le domaine de l'individu, qui est secret par nature, et un autre, qui suppose la présence de tiers en ce qu'il est supra-individuel. Pour les Anciens, le microcosme du privé est encore un cosmos, c'est-à-dire un ordre cohérent reçu de la nature qui échappe à la toute-puissance individuelle. Dans un rapport de cercles concentriques, le domaine privé est alors un moyen terme naturel entre le sujet/citoyen, la société étendue de ses semblables et la *Res publica* proprement dite, où se déploient des valeurs communes à une communauté politique. À la période moderne, il existe une tradition de pensée qui, refusant d'opposer la liberté individuelle aux libertés sociales, entend défendre les libertés collectives du domaine privé. Montesquieu s'est ainsi attaché aux « lois domestiques », qui ne se confondent pas avec les « lois civiles²⁰⁹³ ». Selon lui, l'homme est libre non seulement si sa personne est protégée, mais également si ses relations privées le sont. La liberté des Modernes de Montesquieu semble aussi être celle de la famille, de sorte qu'elle dépasse la perspective individualiste et volontariste d'une certaine philosophie libérale²⁰⁹⁴. Pour Tocqueville, la liberté de la vie privée est aussi celle du groupe privé, et peut ainsi se comprendre comme le maintien des conditions nécessaires aux rapports interpersonnels. Elle permet le déploiement d'échanges singuliers qui ne sont pas forcément rattachables à une profession déterminée. La liberté des relations privées peut ainsi également concerner la liberté d'association privée dont parle Tocqueville quand il affirme qu'« après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de *combinaison ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun*²⁰⁹⁵ ». Dans ses réflexions sur les fondements naturels de la liberté, Émile Beaussire suggère également ce lien entre les libertés modernes et les libertés primitives de la maison :

La famille telle que l'ont constituée les mœurs modernes *est la principale base des droits indépendants que la vie intellectuelle et morale revendique au sein de la société* : la liberté d'enseignement, la liberté religieuse, le droit de propriété lui-même, considérés comme les signes visibles de l'union et de la perpétuité des familles. *Ces droits ne sont posés dans leur inviolabilité en face de ceux de l'État que depuis que l'homme a cessé de se laisser envahir par la vie publique pour placer dans la vie privée ses premiers et ses plus précieux intérêts*²⁰⁹⁶.

Cette tradition de défense des libertés collectives du privé se retrouve chez des auteurs très différents. Défendant les soubassements de ce qu'il considérait comme étant au fondement de la société française, l'anthropologue Frédéric Le Play s'alarmait ainsi de la disparition de la petite propriété agricole qu'il voyait comme une atteinte à l'écosystème de la famille souche, et s'offusquait de l'école obligatoire qui opérait,

²⁰⁹³ E. L. XXVI, 19 : « Qu'il ne faut pas décider par des lois civiles les choses qui doivent l'être par les lois domestiques. »

²⁰⁹⁴ E. L. XXIII, 6 : « Dans les petites Républiques ou institutions singulières dont nous avons parlé, il peut y avoir des lois qui donnent aux magistrats une inspection sur les mariages des enfants des citoyens, que la nature avait déjà donnée aux pères ». Sur le sujet : Gabrielle RADICA, « La famille dans *L'Esprit des lois* », Catherine VOLPIHAC-AUGER, Luigi DELIA, (*Re*)lire *L'Esprit des lois*, Paris, Édition de la Sorbonne, 2014, p. 47-61.

²⁰⁹⁵ Alexis DE TOCQUEVILLE, « De la démocratie en Amérique II », dans *Œuvres complètes, op. cit.*, t. II, p. 39 [Nous soulignons].

²⁰⁹⁶ Émile BEAUSSIRE, *La liberté dans l'ordre intellectuel et moral : études de droit naturel*, Paris, Didier et Compagnie, 1878, p. 4 [Nous soulignons]. Voir Annexe 2.

selon lui, un « envahissement de la vie privée par les pouvoirs publics²⁰⁹⁷ ». L'évêque de Mayence, Monseigneur Ketteler²⁰⁹⁸, considéré comme un précurseur de la doctrine sociale de l'Église, relevait lui aussi que si la liberté est avant tout individuelle et implique le droit de « se déterminer soi-même²⁰⁹⁹ », il ne faut jamais perdre de vue sa dimension sociale. La liberté individuelle ne se restreint en effet pas aux « affaires qui regardent personnellement et immédiatement l'individu », elle se prolonge dans l'ensemble des « relations sociales où se déploie son activité²¹⁰⁰ ». Comme il le remarque encore :

Il se passe dans la vie humaine un phénomène semblable à celui que produit dans l'eau le jet d'une pierre : on y voit se former aussitôt un grand nombre de cercles tous renfermés les uns dans les autres²¹⁰¹.

Dans son esprit, il ne peut en effet y avoir de vie hors de la société sans qu'il y ait en même temps un privé collectif reposant sur des déterminations objectives. Les deux aspects individuel et collectif du privé ne s'opposent donc pas.

Ce double niveau du privé se retrouvent dans le droit à la vie privée. L'intime donne en effet une respiration en empêchant que le social prenne le dessus sur l'intériorité, et l'ordre concret du privé fournit une assise à l'intime en lui offrant un cadre. Le souci particulier de la protection conjointe de la personne et de ses relations élémentaires constitue une spécificité de l'ère culturelle occidentale, ce qui se retrouve dans les législations des pays européens²¹⁰². Même pour les juristes américains Warren et Brandeis, la vie privée intègre ainsi les liens de famille, les amitiés électives et même plus largement toutes les relations avec des tiers de confiance. Les inventeurs du *right to privacy* mentionnent bien cet aspect :

Les relations de famille d'un homme en sont venues à faire partie de la conception juridique de sa vie et l'aliénation de l'affection de sa femme a été tenue pour susceptible d'un recours²¹⁰³.

Le domaine privé suppose donc un enchevêtrement de relations intimes et l'homme peut se trouver en privé sans être seul. Un même droit au respect de la vie privée garantit ainsi les relations *privées*, les confidences faites *en privé*, les correspondances *privées* et l'innocuité de la société contre les fautes commises en *privé*. Le juriste américain Daniel Solove rappelle encore que « si la vie privée (*privacy*) protège l'individu,

²⁰⁹⁷ Frédéric LE PLAY, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparé des peuples européens, tome II, L'association- Les rapports privés*, Paris, Mame, 1874, p. 365.

²⁰⁹⁸ Wilhem Emmanuel FREIHERR VON KETTELER (1811-1877) est un évêque allemand engagé politiquement en faveur de la classe ouvrière. Il est considéré comme l'un des principaux précurseurs de *Rerum Novarum* et de la doctrine sociale de l'Église.

²⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 35. Voir annexe 3.

²¹⁰⁰ *Ibid.*

²¹⁰¹ *Ibid.*

²¹⁰² Malek CHEBEL, « Sexualité, pouvoir et problématique du sujet en islam », *Confluence Méditerranée*, t. 41 (2002), p. 47-62 : « Alors qu'elle a été indispensable à l'émergence de l'individu occidental, la vie privée est vidée de son contenu au profit d'une inflation de la vie publique. » ; Redissi HAMADI, « Dynamique des mœurs et de la politique dans la culture islamique », *Public et privé en Islam : Espace autorité et liberté*, Tunis, Institut de recherche sur le Maghreb contemporain, 2002, p. 34. L'exigence de cohésion du groupe privé au détriment de l'individualité se retrouve pour sa part par exemple dans les sociétés traditionnelles orientales. Dans ces cultures, s'il existe un sens très fort de la sainteté du foyer, la notion de vie privée au sens d'intimité – c'est-à-dire d'un sens aigu du secret de la personne qui ne se confond pas avec la simple pudeur des corps – est bien plus faible.

²¹⁰³ Samuel WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *op. cit.*, p. 201 : « Man 's family relations became a part of the legal conception of his life, and the alienation of a wife's affections was held remediable. » Ils citent ainsi un cas relatif à la relation entre un homme et son épouse [*Winsmore v. Greenbank*, Willes, 577 (1745)]. »

cela ne veut pas nécessairement dire qu'elle soit un droit individuel²¹⁰⁴ ». Les différentes atteintes à la vie privée que nous avons catégorisées (liberté, secret et réputation) ne peuvent en effet que rarement être comprises comme la simple violation d'une propriété personnelle. Au-delà des relations familiales, la vie privée est avant tout « un réseau institutionnalisé de relations de confiance véritable entre des personnes²¹⁰⁵ ». Les garanties données à la vie privée viennent ainsi préserver non seulement la personne, mais aussi tout un écosystème social de relations privées qui dessinent la trame d'un authentique domaine personnel. C'est encore la piste suivie par les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ont pris le soin de préciser qu'il ne s'agissait pas de protéger un simple droit individuel, mais bien la vie privée *et familiale*. La vie d'une personne n'étant pas une simple propriété, elle est donc aussi une liberté collective. Une conception uniquement individualiste de la vie privée nuirait ainsi à sa protection et la défense des libertés collectives du privé, loin de porter atteinte à la liberté individuelle, la soutient. Les relations singulières de la vie privée (amicales, amoureuses et filiales) participent de l'émancipation du sujet. le faisant échapper à la vulnérabilité inhérente à l'homme seul face aux institutions et perdu dans la masse.

Les grands ensembles sociaux, qu'ils soient capitalistes ou administratifs, ont ceci de commun qu'ils requièrent de renoncer aux relations qui ne sont pas orientées vers la société dans son ensemble. Poussé à son extrême dans une logique totalitaire, l'empêchement de l'isolement nécessaire à toute vie humaine sans pour autant renforcer les liens d'amitié entre les membres de la communauté politique annoncerait alors la disparition de la vie privée. Les puissances menaçant cette dernière n'empêchent en effet pas seulement l'homme d'être seul et tranquille (*alone*), mais le placent dans un état d'esseulement (*loneliness*), c'est-à-dire un état dans lequel les relations personnelles les plus élémentaires ne sont plus possibles. L'homme qui ne peut être seul mais sans amitiés est alors, selon la description d'Hannah Arendt, placé dans un état de désolation. Cet individu empêché de nouer des relations intersubjectives est pris dans la masse et « se trouve entouré d'autres hommes avec lesquels il ne peut établir de contact²¹⁰⁶ ». C'est sans doute pour ces raisons, qui témoignent du caractère éminemment politique de la vie privée, que celle-ci ne peut être appréhendée comme un simple titre de propriété dont le principe et la fin ne seraient que la réalisation de l'individu.

²¹⁰⁴ Daniel SOLOVE, *Understanding privacy*, *op. cit.*, p. 92: « Although privacy certainly protects individuals, this not means that privacy is an individualistic right. » [Notre traduction].

²¹⁰⁵ Marc-André Weber propose d'ailleurs cette définition : « La vie privée est un réseau institutionnalisé de relations de confiance véritable entre personnes *de jure*. » Max-André WEBER, *L'opposition public-privé*, *op. cit.*, p. 90.

²¹⁰⁶ Hannah ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, tome III, *Le système totalitaire* (1951), *op. cit.*, p. 308.

Annexes

Annexe 1 – La défense du domicile et des lettres privées par Cicéron

- *Sur la maison,*

CICÉRON, *Discours, tome XIII Au Sénat- Au peuple -Sur la maison*, trad. Pierre WUILEUMIER, Paris, Les Belles Lettres, 1952, p. 149 et p. 168-169.

Ta belle liberté a-t-elle pu chasser mes dieux pénates et mes lares domestiques pour prendre place elle-même comme en terrain conquis ? Qu'y a-t-il de plus sacré, de mieux protégé par toute religion que la maison de chaque citoyen ? C'est là que se trouvent ses autels, ses foyers et ses dieux pénates, c'est là qu'ont lieu de ses sacrifices, ses pratiques et ses cérémonies ; c'est un asile si sacré pour tous que l'on a pas le droit d'en arracher personne.[...] En effet, mon retour, pontifes, et mon rétablissement consistent à récupérer ma demeure, mes autels, mes foyers et mes dieux pénates ; et si cet individu a renversé de ses mains scélérates l'abri et la résidence de ces dieux et, sous la conduite des consuls, comme dans une ville prise, a cru devoir détruire précisément la maison de celui qu'il regardait comme leur plus intrépide défenseur, voici que mes dieux pénates et mes dieux domestiques auront été avec moi dans ma maison rétablis par vos soins.

- *Sur le secret des correspondances*

CICÉRON, *Discours, Philippique I à IV tome XIX*, trad. Pierre WUILLEUMIER, Paris, Les Belles Lettres, 1963, p. 92.

De plus, il a donné lecture d'une lettre, qu'il prétendait que je lui avais adressée, étranger qu'il est au savoir vivre et ignorant des règles de la vie sociale. Car a-t-on jamais vu un homme, tant soit peu initié aux usages des honnêtes gens, prendre prétexte d'un froissement, pour rendre publique et lire devant tous une lettre reçue d'un ami ? N'est-ce pas supprimer la vie de l'esprit de la société, supprimer toute conversation entre les amis séparés ? Que de plaisanteries, qui sont de mise dans la correspondance, paraîtraient déplacées si on les rendait publiques ! que de choses sérieuses, qui cependant ne sont faites en aucune façon pour être divulguées !

Annexe 2 – Les racines de la liberté des Modernes comme produit du principe monarchique

Émile BEAUSSIRE, *La liberté dans l'ordre intellectuel et moral : études de droit naturel*, Paris, Didier, 1878, p. 24.

Dans les sociétés antiques, où la civilisation se montre à peu près inséparable de l'état républicain et de la participation de tous les hommes libres au gouvernement de la cité, la vie privée est abandonnée et quelquefois sacrifiée à la vie publique. On songe d'autant moins à restreindre l'action de la loi que chaque citoyen participe à cette action comme législateur et comme juge. Si l'on peut moins comme individu et comme père de famille, on se dédommage par l'influence plus étendue que l'on exerce comme citoyen. Les sociétés modernes, au contraire, se sont généralement élevées à la civilisation sous l'état monarchique : c'est en dehors de la vie publique, au sein de la vie privée, que les individus ont eu à se développer. De là, pour cette dernière, un prix plus grand, un besoin d'indépendance que connaissaient à peine les républiques anciennes. Or la vie privée, ce n'est pas seulement l'exercice d'une profession matérielle en vue des besoins du corps ; c'est la vie morale au sein de la famille, ce sont toutes les relations sociales qui procurent au cœur les plus pures jouissances ou qui favorisent la culture de l'esprit : la liberté qu'elle revendique, ce sont les droits même de l'âme [...]. La femme réclame aussi la liberté, mais intérieure et concentrée, en quelque sorte, le droit de suivre en paix, dans la pratique de tous les devoirs auxquels elle se sent ou se croit soumise, la décision de la conscience, de ses sentiments, de ses préjugés même, en un mot la loi idéale qu'elle trouve dans son cœur [...]. Ce n'est que dans les temps modernes que les femmes ont pu avoir une influence décisive sur l'affranchissement de la vie privée. Il ne faut pas sans doute exagérer, comme on le fait trop souvent, leur rôle dépendant et servile dans la société païenne. [...]. La famille telle que l'ont constituée les mœurs modernes est la principale base des droits indépendants que la vie intellectuelle et morale revendique au sein de la société : la liberté d'enseignement, la liberté religieuse, le droit de propriété lui-même, considéré comme le signe visible de l'union et de la perpétuité des familles. Ces droits ne sont posés dans leur inviolabilité en face de ceux de l'État que depuis que l'homme a cessé de se laisser envahir par la vie publique pour placer dans la vie privée ses premiers et ses plus précieux intérêts. L'instinct moral de la femme s'y était déjà attaché, comme à la garantie nécessaire de ses devoirs ; la raison de l'homme a fini par les comprendre et les a peu à peu réclamés formellement, comme la condition de sa dignité et de son indépendance.

Annexe 3 – L’interdiction absolue de violer le secret des correspondances dans l’ancienne France

Arrêt du Conseil du Roi, 17 août 1775, *Recueil général des lois anciennes françaises*, éd. F.-A ISAMBERT, Paris, 1826, Belin-Leprieur, n° 261, p. 229.

Le roi s’étant fait représenter en son conseil la dénonciation faite, le 27 mars dernier, au conseil supérieur du Cap, en l’île de Saint-Domingue, par le substitut du procureur général, de deux lettres ; l’arrêté dudit conseil, même jour, 27 mars, par lequel il a été ordonné que lesdites lettres seraient déposées au greffe et annexées au registre des délibérations secrètes, et qu’il en serait envoyé des copies au secrétaire d’État ayant le département de la marine ; ensemble lesdites copies ; Sa Majesté, considérant que ces lettres ne sont parvenues que par l’abus d’une interception commise sur le navire auquel elles avaient été confiées, abus d’autant plus grave qu’il y a moins de moyens de le prévenir dans la correspondance du royaume et des colonies ; que cette voie odieuse ne laissait d’autre parti à prendre que celui du silence et du renvoi des lettres interceptées à la personne à laquelle elles appartenaient ; considérant encore, Sa Majesté, que les lettres interceptées ne peuvent jamais devenir matière d’une délibération ; que tous les principes mettent la correspondance secrètes des citoyens au nombre des choses sacrées dont les tribunaux, comme les particuliers, doivent détourner leur regards, et qu’ainsi le conseil supérieur devait s’abstenir de recevoir la dénonciation que lui était faite ; Sa Majesté aurait jugé nécessaire, pour le maintien de l’ordre public, autant que pour la sûreté du commerce et des citoyens, d’ordonner que les auteurs et complices de l’interception seraient poursuivis selon la rigueur des ordonnances, et de ne laisser en même temps subsister aucune trace de la dénonciation et de l’arrêt du conseil supérieur du Cap ; à quoi voulant pourvoir, oui le rapport :

Le roi, étant en son conseil, a cassé et annulé, casse et annule l’arrêté du conseil supérieur du Cap du 27 mars dernier ; ordonne que ledit arrêté et la dénonciation qui lui a donné lieu seront rayés ; et fait défense audit conseil supérieur du Cap de recevoir à l’avenir de pareilles dénonciations et de faire de pareils arrêts ; ordonne Sa Majesté que, sur la plainte et à la diligence de son procureur au siège de l’amirauté du Havre, il sera informé et procédé extraordinairement par devant les officiers dudit siège contre les auteurs, fauteurs et complices de l’interception desdites lettres, et de toutes autres, jusqu’au jugement définitif, sauf l’appel au Parlement ; attribuant à cet effet Sa Majesté toute cour et juridiction auxdits officiers de l’amirauté du Havre, ainsi qu’au parlement de Rouen, et icelles interdisant à tous ses autres cours et juges ; ordonne en outre Sa Majesté que le présent arrêt sera imprimé au nombre de cent exemplaires, et qu’il sera transcrit sur les registres du conseil supérieur du Cap, etc. »

Annexe 4 – Discours de Mirabeau du 25 juillet 1789 sur la liberté des « plus secrètes communications de l'âme »

Honoré-Gabriel RIQUETI DE MIRABEAU, Séance du 25 juillet 1789, A. P., 1^{ère} série, t. 8, p. 293

Un procédé si coupable n'aurait pas même une excuse, et l'on dirait de nous dans l'Europe : en France, sous prétexte de la sûreté publique, on prive les citoyens de tout droit de propriété sur les lettres qui sont les productions du cœur et le trésor de la confiance. Ce dernier asile de la liberté a été impunément violé par ceux-là mêmes que la nation avait délégués pour assurer tous ses droits. Ils ont décidé par le fait que les plus secrètes communications de l'âme, les conjectures les plus hasardées de l'esprit, les émotions d'une colère souvent mal fondée, les erreurs souvent redressées le moment d'après pouvaient être transformées en déposition contre des tiers que le citoyen, l'ami, le fis, le père deviendraient ainsi les juges les uns des autres sans le savoir, qu'ils pourront périr un jour l'un par l'autre, car l'Assemblée nationale a déclaré qu'elle ferait servir de base à ses jugements des communications équivoques et surprises, qu'elle n'a pu se procurer que par un crime.

Annexe 5 – La confidentialité comme convention implicite entre les épistoliers, Affaire des lettres de Benjamin Constant et Juliette Récamier

Cour d'appel de Paris, 1^{er} décembre 1850, Recueil général de jurisprudence éd. Désiré DALLOZ, 1851, t. I, p. 2-3

Considérant qu'une lettre confidentielle n'est pas une propriété pure et simple dans les mains de celui à qui elle a été écrite ; que le secret qu'elle renferme est un dépôt dont ce dernier ne peut disposer seul ; qu'en livrant sa pensée à un tiers dans une correspondance, une personne peut mettre pour condition à cet acte de confiance *qu'il restera renfermé dans le domaine de l'intimité* ; que cette condition à tous les caractères d'un pacte véritable, qu'elle est *virtuellement renfermée* dans toute lettre missive d'une nature *confidentielle* ; que si, contre le vœu de cette convention tacite, le secret d'une lettre était divulgué, ce serait non seulement manquer aux engagements naturels de ce genre de rapports, mais porter l'inquiétude dans le commerce privé et briser un des liens de la société des hommes ;

Considérant que ces principes ne reçoivent pas d'exception alors même que l'auteur d'une correspondance confidentielle aurait rempli un rôle public ; que quelque étendu que soient les droits de l'histoire sur les personnages qui relèvent d'elle, il doivent s'arrêter devant le sanctuaire du for intérieur ; qu'il peut y avoir, dans la vie privée des hommes publics, des sentiments, des affections, des épanchements que le respect de soi-même et des autres leur fait ensevelir dans le mystère ; que l'intérêt des familles a le droit de veiller sur ce domaine inaccessible et de défendre contre les empiètements d'une indiscrete publicité.

Annexe 6 – Liberté, égalité, surveillance. Document du 27 messidor an VII [15 juillet 1799]- Archives départementales du Maine-et-Loire.



Annexe 7- Le secret comme religion de la France

Discours d'Eugène Pelletan, Séance du corps législatif du 22 février 1867, Moniteur du 23 février 1867, *Annales du Sénat et du Corps législatif*, Paris, Imprimerie nationale, 1867, t. I, p. 34.

« Il y a un point sur lequel nous sommes tous d'accord ici : c'est l'inviolabilité du secret des lettres ; non pas parce que cette inviolabilité est inscrite dans le code pénal et qu'elle est entourée de garanties, de peines sévères, mais parce que l'inviolabilité du secret des lettres, ne fut-elle pas inscrite dans le code pénal, elle n'en serait pas moins gravée en caractères ineffaçables au fond de la conscience, dans la morale publique, et aucun Code ne pourrait s'empêcher de la respecter.

Et, en effet, le secret des lettres, pour tout homme d'honneur, n'est pas moins sacré que le secret de la profession. Notre législation déclare que la vie privée doit être murée : elle va même jusqu'à mettre la vie privée sous la protection de la loi sur la diffamation, qui ne permet pas de faire la preuve des faits diffamatoires. Or si la vie privée doit être murée, à plus forte raison la pensée privée doit être respectée : violer le sanctuaire de la pensée privée, c'est commettre en quelque sorte un attentat contre la pudeur de l'âme humaine (assentiment sur plusieurs bancs) ; c'est frapper ce que nous avons de plus intime et de plus personnel, ce que nous disons à Dieu ou à un seul homme digne de notre confiance. » (nouvelles approbations sur les même bancs).

Aussi, messieurs, à toutes les époques, sous tous les régimes, même les régimes antérieurs à la Révolution, le secret a été regardé dans cette France, cette terre classique de la loyauté, comme la seconde religion, et je dois dire que les parlements, si sévères que fut leur code d'instruction criminelle, puisqu'il allait jusqu'à employer la torture, n'ont jamais permis que des lettres saisies à la poste pussent servir de texte de base à une accusation. J'en ai les preuves authentiques dont je pourrais vous donner lecture, si je ne tenais à ménager vos instants. Et d'ailleurs quelques-uns d'entre vous ont pu lire l'arrêt du parlement, de 1775, qui condamne un officier à restituer une lettre saisie à son bord, et à faire amende honorable de cet abus de confiance.

La constituante, héritière de cette noble tradition du parlement français, a eu plus d'une fois l'occasion de se prononcer sur le secret des lettres. Vous connaissez tous l'admirable discours de Mirabeau, et je croirais faire injure à votre mémoire si je le rapportais. Je vous rappellerai seulement que dans une circonstance critique, où le roi venait de fuir pour Varennes, on saisit aux Tuileries deux lettres décachetées, et l'Assemblée refusa d'en prendre lecture, bien qu'elles fussent ouvertes : elle les fit cacheter et remettre à leur destinataire [...] ».

Annexe 8 – Le régime de liberté des actes contraires aux bonnes mœurs fluctuant en fonction du caractère public ou privé

Adolphe CHAUVEAU, Faustin HÉLIE, *Théorie du code pénal*, 3^e éd, Paris, Gosse, 1852, t. IV, p. 241

Les différents faits que nous venons de parcourir [l'inceste, la sodomie, la bestialité] quelque honteux et coupable qu'ils soient, ont cessé de figurer dans notre législation pénale. Écartés des tribunaux de répression par les lois des 19-22 juillet et 25 septembre-6 octobre 1791, notre Code les a également rejetés de ses dispositions ; le législateur s'est borné à incriminer les actes contraires à la décence qui se *produisaient en public*, les faits de corruption pratiqués sur les mineurs, et les violences commises sur les personnes. Ces actes, en effet, que son action doit se retréindre : ceux-là seuls portent à autrui un dommage visible et appréciable ; seuls ils se manifestent aussi avec un fait matériel que la justice peut saisir. Les autres accomplis dans le secret, couverts la plupart d'un voile épais ne troublent point ouvertement la société qui les ignore, et ne portent dommage qu'à leurs auteurs qu'ils dégradent. C'est à ces actes, en effet, que son action doit se retréindre : ceux-là seuls portent à autrui un dommage visible et appréciable ; seuls ils se manifestent aussi avec un fait matériel que la justice peut saisir. Les autres accomplis dans le secret, couverts la plupart d'un voile épais, ne troublent point ouvertement la société qui les ignore, et ne portent dommage qu'à leurs auteurs qu'ils dégradent. La justice, d'ailleurs, pourrait-elle les poursuivre sans péril ? Quels scandales ne jailliraient pas de ces poursuites ! Ou serait le bien de dévoiler tant de turpitudes cachées, tant de honteux mystères ? La morale est intéressée à ces infâmes révélations ? Le silence de la loi devrait être approuvé, qu'il ne serait dicté que par le sentiment de respect pour la pudeur publique ; c'est assuré que la justice soit forcée de proclamer le délit en le punissant quand le scandale a été public, ou quand la liberté des personnes a été atteinte. Et puis, quelles seraient les conséquences de cette intervention de l'action publique ? Ne serait-ce pas consacrer l'inquisition du magistrat dans la vie privée des citoyens, soumettre à des investigations leurs actions intimes, ouvrir en un mot, le sanctuaire du foyer domestique ?

Annexe 9 – La diffamation de la vie privée selon Nchet

Plaidoyer de Maître Nchet pour M. Victor Mangin, gérant du "National de l'Ouest", prononcé devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 25 mai 1838, Nchet, J., p. 4-5

D'accord avec les faiblesses morales de notre civilisation, la loi divise la vie de ses sujets en deux parts : dans l'une, se rangent tous les actes du foyer domestique, tous ceux qui s'accomplissent dans l'ombre de la vie privée. Les fautes, les vices qui se pratiquent dans ce cercle, n'ont point à redouter que la vérité les saisisse pour les traduire au tribunal de l'opinion. Le mystère qui les enveloppe ne saurait être pénétré sans crime. La loi ne permet pas qu'on les flétrisse à haute voix ; ils n'ont à craindre que les condamnations muettes de la conscience individuelle. Ce n'est pas assurément la sympathie qu'ils inspirent, qui les sauve d'une censure publique, c'est le danger possible d'une pareille censure ; c'est surtout la pensée que la connaissance des écarts de la vie privée n'importe pas directement à la marche des pouvoirs de la société, et qu'elle semble plutôt recherchée pour la satisfaction d'une malignité condamnable que pour le besoin d'un intérêt public et légitime.

Dans l'autre part, sont compris tous les actes de la vie publique, tous ceux qui aboutissent à un intérêt général ou procèdent en son nom ; tous ceux qui se consomment sur la place publique, devant tous ceux qui se consomment sur la place publique, devant tous et pour tous ; tous ceux dont le caractère et la portée influent nécessairement sur le sort du pays et ne sauraient être indifféremment bons ou mauvais ; tous ceux enfin qu'il importe à l'opinion de connaître, parce qu'ils sont de nature à modifier la direction qu'elle doit imprimer au pouvoir. Pour tous ceux-là, la publicité, avec son éclat et ses orages. Dérivant d'un mandat exprès ou tacite, ces actes soumettent leurs auteurs à la nécessité de rendre compte à l'opinion. Ainsi, la diffamation, c'est-à-dire l'imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération, est interdite, si ce fait appartient à la vie privée. Elle est permise, au contraire, si ce fait appartient à la vie publique. Dans le premier cas, elle constitue une infraction à cette loi du silence qui ne permet pas à la vérité de se faire entendre sur la vie domestique ; dans le second cas, elle est toujours l'exercice d'un droit, et souvent l'accomplissement d'un devoir. Voilà la règle telle qu'elle ressort de la discussion des lois de 1819, telle que la prescrivait l'intelligence du gouvernement constitutionnel duquel elle découle comme une garantie nécessaire pour les citoyens dont les écarts des agents de la souveraineté.

A côté des personnes physiques susceptibles d'une double existence, comme homme et comme citoyen, se placent des êtres collectifs, purement intellectuels, créés par la loi dans un intérêt social. Étrangers aux sentiments comme aux actions individuels, ne pensant et n'agissant que d'une façon collective, ces êtres sont incapables de vie privées. La vie privée ! mais c'est ce qu'il y a de plus intime dans les rapports de l'homme à l'homme, c'est sur les sentiments, les affections, les besoins les plus personnels qu'elle repose. Ce qui la constitue, ce sont les relations d'affaires, d'amitié, de famille, toutes choses qui ne peuvent se comprendre appliquées à un être manquant de personnalité, et conséquemment de conscience et de sensibilité. L'homme privé, c'est le père, l'époux, le fils, l'ami ; c'est encore l'homme placé au milieu des actes et de pensées se rapportant à lui-même comme à un centre unique. Conçoit-on la vie privée d'un être incorporel, d'un corps poétique, administrative ou judiciaire ; mais il est au-dessus de sa puissance de réunir en lui les éléments d'une vie privée, car tous ces éléments procèdent de la conscience, et la conscience est une émanation de Dieu, qu'il n'est pas plus donné à l'être légal de recevoir qu'à la loi de communiquer. »

Annexe 10 – Plaidoyer contre l'exception de vérité dans les affaires de la vie privée par Grellet-Dumazeau

Thomas GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, Paris, Joubert, 1847, t. I, p. 350-352

Maintenant est-il bien certain qu'une société pure eut quelque chose à gagner à la publication des actes honteux, imputables aux citoyens qui la composent ? Le scandale est souvent un malheur social ; il est toujours un danger, surtout lorsqu'il n'est pas accompagné d'une répression qui le flétrisse. Or, quels sont les faits de la vie privée sur lesquels la loi a voulu jeter un voile ? Des faiblesses, des ridicules, des vices, quelquefois des malheurs, rien de plus. Pour les crimes, pour les délits, pour les contraventions, la voie de la dénonciation ou de la poursuite directe est ouverte : que voulez-vous révéler à la société qu'elle ait un si grand intérêt à connaître ? Des chroniques de boudoir, des divisions de famille, des revers de fortune amenés par l'inconduite ou par l'incurie, des travers de l'esprit, des difformités cachées ? Mais quels enseignements profitables pourraient jaillir de ces accidents, futiles ou vulgaires pour la plupart, et accomplis sous la sauvegarde du foyer domestique ? Et s'il s'en trouve par hasard, ne suffirait-il pas, pour propager, de ces mille voies où se précipite la médisance sans avoir à craindre de se rencontrer face-à-face avec la loi ? Proclamons-le en toute sûreté de conscience : en donnant libre cours à la révélation des actes de la vie privée, à la publication du scandale, une société pure ne tarderait pas à se corrompre car l'exemple du vice, on le sait, est plus contagieux que l'exemple de la vertu.

Le système que nous combattons serait-il en harmonie avec une société fortement constituée ? Nous ne le croyons pas davantage, et par les mêmes raisons. Les bonnes mœurs font la force d'un État, et les bonnes mœurs ont tout à perdre à la publicité du scandale. Nous ne connaissons qu'un peuple ancien qui ait autorisé la preuve du fait diffamatoire d'une manière absolue, c'est le peuple athénien : or, à Athènes, la diffamation altéra profondément la morale publique, déconsidéra tous les pouvoirs, flétrit toutes les gloires, suscita les guerres civiles et fit périr Socrate. Lorsque Septime Sévère parvint à l'Empire, il trouva trois mille accusations d'adultère inscrites sur les rôles publics : pense-t-on que nos mœurs soient plus corrompues que celles des Romains, parce que notre législation a voulu jeter un voile sur ce crime domestique ?

En thèse absolue, nous pensons donc que la prohibition de la preuve, lorsqu'il s'agit des actes de la vie privée, est tout à la fois morale et utile, et qu'à ce titre elle devrait constituer la règle dans la loi. Ce qui nous paraît vrai en vue d'une société hypothétique nous l'est a fortiori en face de la réalité de nos sociétés modernes, attaquées par les vices que la civilisation traîne fatalement à sa suite. Dans un pareil état de chose, la prohibition de la loi est une relève bien loin d'être un mal.

Annexe 11 – La protestation libérale contre les protections rigides de la vie privée

Débat de 1868, intervention à la Chambre d'Émile Ollivier à propos de l'amendement Guilloutet, Compte-rendu d'audience, *Le temps*, 9 mars 1868

Émile Ollivier : « [...] Après avoir mûrement réfléchi, (mouvement divers), j'ai compris que le perfectionnement le plus urgent à apporter à notre système sur la diffamation était d'une toute autre nature. En effet, le péril le plus grave auquel nous soyons exposés n'est pas dans les nouvelles à la main qui se glissent dans les petits journaux. Il est dans ces accusations avec, déshonorantes, qui s'étalent impunément dans certains grands journaux. Que faire contre ces actes coupables. ? La loi interdit la preuve de la fausseté des faits. De sorte que votre système protecteur qui rejetait le fripon est une calamité pour l'honnête homme qu'il laisse désarmé (vive approbation sur un certain nombre de bancs.) Oui messieurs, supposez qu'on porte contre vous une accusation ridicule de vénalité de trahison, vous serez réduits à courber la tête ou à vous adresser à la police correctionnelle et rien ne pourra protéger votre honneur, car au seuil même on vous dira : Nous ne pouvons nous prononcer sur la vérité ou sur la fausseté des faits. Voilà où est le mal véritable, et à ce mal l'article 11 n'apporte aucun remède.

Annexe 12 – L'impossibilité de limiter de manière absolue la diffusion de la vie privée dans l'espace public

Émile BEAUSSIRE, « La protection légale de l'honneur », *Revue des deux mondes*, t. 84 (1887), 3^e période, p. 672

À la différence des particuliers, les hommes publics ne sont guère attaqués par pure vengeance et d'ailleurs, il faut supposer qu'il n'y aurait pas d'acquiescement dans ce cas. Il a pu agir légèrement, mais il semble en premier lieu que la loi de 1819 ait le souci excessif de la vie privée. Il est excellent de murer la vie des particuliers, quoique certaines législations étrangères en disposent autrement, mais il serait bon d'ouvrir la vie privée des hommes publics dans certains cas, au moins dans tous ceux où les imputations qui la concernent ont un rapport direct avec la vie publique comme il arrive en cas d'indivisibilité et de connexité. Il y a déjà, en cas d'indivisibilité, impossibilité de séparer les imputations touchant la vie privée de celles qui touchent la vie publique. L'intérêt social le demande. Réduire à la vie publique les limites de la diffamation politique, c'est dans beaucoup de cas lui assigner des limites trop étroites. On ne peut séparer la moralité privée de la moralité publique : tout se tient pour composer un homme. Il y a un grand intérêt social à pouvoir dire et démontrer qu'un homme ayant le maniement des deniers publics a commis des indécidables dans sa vie privée ; il y a un grand intérêt social à démontrer qu'un tel candidat à une fonction électorale a commis des actes qui entachent l'honneur. Seule la vie intime, la vie du foyer devrait être murée. Peut-être importe-t-il au salut d'un pays, dans l'état de démocratie surtout, que l'honneur des hommes public soit au grand jour.

Annexe 13- La défense par le républicain Agénor Bardoux de l'indifférence de la vérité au nom du mur de la vie privée (Discussion de loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881)

Charles CELLIEZ, Charles-Étienne LE SENNE, *Loi sur la presse de 1881 ; accompagnée des travaux de rédaction*, Paris, Marescq, 1882, p. 455-456.

- Séance du 1^{re} février 1881

Député Agénor BARDOUX : Vous savez, messieurs, que le parti libéral s'était donné rendez-vous pendant de longues années, n'étant point au pouvoir, sur le terrain de la discussion de la presse ; et parmi toutes les dispositions, il en est peu qui aient donné lieu à un débat plus complet et plus intéressant que celle qui est relative à l'admissibilité de la preuve en cas de diffamation. Ce fut une vraie conquête que celle qui fut faite en 1819. Le code de 1810, vous le savez, ne punissait que la calomnie. M. de Serres crut qu'il était nécessaire de substituer à ce principe un autre : il voulut que, quelle que fut la vérité ou la fausseté du fait, la diffamation fût punie. On supprima le système du code de 1810 et on introduisit le droit nouveau qui nous régit aujourd'hui.

Une grosse question se posait : celle de savoir si la preuve des faits pourrait être admise vis-à-vis de tous les citoyens. La science était d'accord avec la jurisprudence pour l'écarter. Le projet que vous discutez propose une innovation grave. Il n'admet pas en principe dans l'exposé des motifs la preuve vis-à-vis de tous, et pourtant, il l'accepte dans le second paragraphe. C'est contre ce second paragraphe que je viens essayer de défendre, en peu de mots, les idées qui jusqu'ici ont triomphé au nombre du bon sens et de la raison publique.

Je ne parle pas de l'admissibilité de la preuve des faits diffamatoires, lorsqu'il s'agit de fonctionnaires, d'agents de l'autorité, ou de toute personne qui, à une heure donnée, est déléguée de la puissance publique. L'opinion de la Chambre est faite à cet égard. La commission s'est conformée, dans le paragraphe 1^{er}, à cette opinion. Je m'associe absolument à cette opinion. Je m'associe absolument à cette disposition ; mais le second paragraphe, pour moi, ne répond aucunement à la vérité de notre état social.

On aurait compris qu'elle essayât de développer un système logique et se tenant tout d'une pièce. Mais la commission n'a pas voulu cela. Elle a essayé de faire une distinction, et cette distinction ne repose sur aucun principe. Vous allez en être juges. La vérité du fait diffamatoire pourrait être établie à l'égard de toute personne, à une double condition : lorsque le fait est passible, en le supposant prouvé, d'une peine quelconque, et que ce prévenu aura été lésé par le fait imputé.

Eh bien, messieurs, je considère que si la Chambre venait à admettre cette disposition, elle jetterait une grande perturbation, non seulement dans les principes du droit – ce qui pourrait lui être indifférent, – mais dans le repos des familles, et sans bénéfice quelconque pour la liberté de la presse.

N'est-il pas vrai que cette double condition se réalisera quand le diffamateur le voudra ? Et n'est-ce pas, d'une façon indirecte, faire la brèche la plus profonde dans le célèbre mur de la vie privée que Royer-Collard avait proclamé indestructible dans les débats de la loi même de 1819 ?

Lorsque M. de Serre eut à examiner cette question, il se demanda si les mœurs publiques étaient suffisamment mâles et fortes pour qu'on pût admettre la preuve d'un fait diffamatoire concernant la vie privée ; il se demanda si, avec le tempérament de la nation, avec l'éducation que sa littérature et son passé lui avaient donnée, il n'y avait pas dans l'amour du scandale de redoutables périls qui devaient interdire cette preuve à tout jamais.

Il conclut résolument, alors même que le fait serait punissable par la loi, et que le diffamateur eût été lésé, - il conclut au rejet de la preuve par le diffamateur. Depuis cinquante ans, y-a-t-il eu dans les caractères et dans l'état social des modifications assez grandes, un relèvement assez notable dans les mœurs publiques pour que nous puissions porter atteinte à un principe protecteur du repos de la vie intime et fermée ?

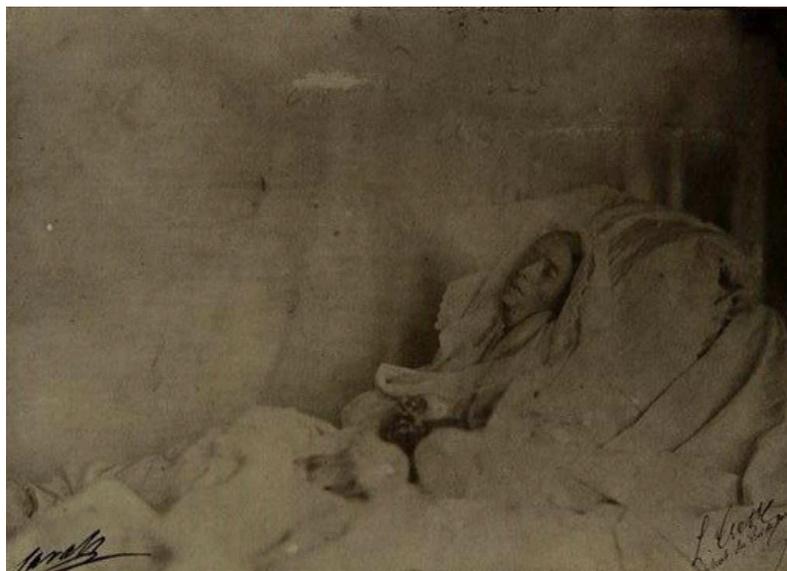
L'intérêt n'existe pas, et le droit ici naît de l'intérêt ; par conséquent, vous ne pouvez pas admettre une dérogation semblable à des traditions que le bon sens a conservées. Vous troubleriez la sécurité des familles. Je vous demande de voter mon amendement, qui n'est que la reproduction, à quelques mots près, de la loi de 1819. Cette loi admettait seulement une dérogation lorsqu'il y avait eu dénonciation et poursuites à la requête du ministère public ; un sursis était alors prononcé avant de statuer sur le délit de diffamation. Nous avons substitué à la dénonciation la plainte ; nous trouvons que c'est beaucoup plus équitable, et nous donnons ainsi satisfaction à quelques-unes des observations de M. Le rapporteur. (très bien 8 très bien ! à gauche et au centre.)

Annexe 14- Prince Albert vs. Strange, Haute cour, du Royaume-Uni 1849

Dessin représentant la princesse Victoria, fille aînée de la reine Victoria.



Annexe 15 – Portrait litigieux de l'actrice Rachel sur son lit de mort par le peintre Frédérique O'CONNELL, 1858



Annexe 16 – Portrait d'Alexandre Dumas avec Ada Menken (vers 1865)



Sources et bibliographie

Étant donné le caractère protéiforme de la notion étudiée ainsi que les références à l'Antiquité et à la période médiévale, il a semblé opportun de répartir les sources et la bibliographie en divers sous-ensembles.

3- Ouvrages généraux

Sources générales, usuelles, législatives et jurisprudentielles

Annales du Sénat et du Corps législatif, Paris, 1862-1871, 8 vol.

AULARD Alphonse (dir.), *Recueil des actes du comité de salut public avec la correspondance officielle des représentants en mission*, Paris, Imprimerie Nationale, 1890-1910, 20 vol.

BAILLIÈRE, Jean-Baptiste, *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1829-1922, Paris, 191 vol.

BEQUET, Léon, *Répertoire de droit administratif*, Paris Paul Dupont, 1893, 27 vol.

BRILLON, Pierre-Jacques, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Paris, Guillaume Cavelier, 1727, 6 vol.

CARTERET, Charles, SÉBIRE, François, *Encyclopédie du droit et répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale*, Paris, Coulon, 1836-1847, 7 vol.

Code pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois, précédé de l'exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'État, Paris, Belin, 1812, 378 p.

DALLOZ, Désiré, *Recueil périodique et critique de Jurisprudence, de législation et de doctrine*, Paris, Gabon, 1845-1940, 35 vol.

DALLOZ, Désiré, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, Paris, Bureau de législation, 1845-1870, 47 vol.

DENISART, Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1766-1771, 5 vol.

Digeste, [Digesta Justiniani], éd. Paul KRÜGER et Théodore MOMMSEN, trad. Henri HULOT, [1^{ère} éd. Metz, 1803], 2^e éd., Berlin, 1893, 957 p.

DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil d'État (depuis 1789 par ordre chronologique)*, Paris, Guyot, 1838, 38 vol.

GODIN, Jules et SAUVEL, Édouard, *Journal de droit criminel, ou Jurisprudence criminelle du Royaume*, Paris, 1833, [60 années disponibles sur Gallica].

GUYOT, Joseph-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Visse, 1784, 17 vol.

GIEGLER, Jean-Pierre, *Collection complète du Moniteur universel de Paris*, Milan, Servi, 1802-1803, 20 vol.

ISAMBERT, François (dir.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution Française*, Paris, Belin-Plon, 1821-1833, 30 vol.

JOURDAN, Athanase, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1825-1830, 29 vol.

La Bible, Traduction officielle liturgique, Paris, Mame Desclée, 2014, 2 100 p.

Le Coran, éd. et trad. André CHOURAQUI, Paris, Robert Laffont, 1990, 1434 p.

- LEDRU ROLLIN Alexandre, *Journal du palais : recueil de la jurisprudence française*, 3^e éd., Paris, 1837-1842, 27 vol.
- LE HIR, Louis, RAOULT, Jean-Louis, *Annales de la science et du droit commercial et maritime*, Paris, Rue de la Chaussée d'Antin, 1845- 1878, 120 vol.
- MERLIN DE DOUAI, Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5 éd, Garnery, 1827, 1830 17 vol.
- MORIN, Achille, *Journal du droit criminel ou Jurisprudence criminel de la France*, Paris, Durand, 1833-1889, 60 vol.
- PANCKOUCKE, Charles-Joseph (éd.), *Gazette nationale ou Moniteur universel, série. 1. 1787-1810, sér. 2. 1811-1901*, 200 vol.
- PAPON, Jean, *Recueil d'arrêt notables des cours souveraines de France*, Genève, Jacques Stoer, 1648, 1367 p.
- PATAILLE, Jules, *Annales de la propriété industrielle, Artistique et littéraire*, Paris, Maresq et Dujardin, 1855-1939, 44 vol.
- PERRIER, François, *Arrêts notables du parlement de Dijon*, Dijon, Jean-Baptiste Augé, 1735-1738, 2 vol.
- PLON, Henri, *Réimpression de l'ancien moniteur (1789-1799)*, Paris, Plon, 1847-1863, 32 vol.
- RAOULT, Jean-François, *Annales de la science et du droit commercial*, éd. Paris, Gannier, 1845-1878, 24 vol.
- RONDONNEAU, Louis, *Collection générale des lois, décret, arrêté, sénatus-consulte, avis du conseil d'État et règlement d'administration, publiés depuis 1789*, Paris, Declée, 1817-1820, 28 vol.
- ROULAND, Gustave et WOLOWSKI, Louis, *Revue critique de législation*, Paris, Cotillon, Librairie du Conseil d'État, 1871-1939, 95 vol.
- SIREY, Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Bachelier, éd. 1843-1945, 63 vol.
- WOLOWKI, Louis, *Revue de législation et de jurisprudence*, Paris, Videcoq, 1834, 52 vol.

Dictionnaires

- ANDRANTSIMBAZAVINA Joël, GAUDIN, Hélène, MARGUENAUD, Jean-Pierre, RIALS, Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, 1120 p.
- ALLAND, Denis et RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, (*Grands dictionnaires*), 2003, 1649 p.
- ARABEYER, Patrick, HALPÉRIN, Jean-Louis, KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français. XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015 (*Quadrige*), 1136 p.
- BENVENISTE, Émile, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969, 2 vol.
- BLAY, Michel (dir.), *Grand dictionnaire de la Philosophie*, Paris, Larousse, 2012, 1152 p.
- CANTO-SPERBER, Monique, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, 2080 p.
- CHANTRAINE, Pierre, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque, Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, éd. 2009, 1450 p.
- CORNU, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2020, 1136 p.
- DU CANGE, Charles DU FRESNE, *Glossarium Mediae et Infimae Latitatis*, t. VIII, Niort, Faavre, 1840, [ducange.enc.sorbonne.fr]
- ERNOU, Alfred et MEILLET, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4^e éd., Paris, Klincksieck, 2001, 833 p.
- FURETIÈRE, Antoine, *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, La Haye, Arnout Reinier, 1690, 2 vol.
- LITTRÉ, Émile, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1864 à 1873, 4 vol.

- MÉNAGE, Gilles, *Dictionnaire étymologique ou origines de la langue française*, Paris, Anisson, 1694, 2 vol.
- NAZ, Raoul, *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, Letouzey et Ané, 1965, 7 vol.
- NICOT, Jean, *Thésor de la langue française*, Paris, David Douceur, 1606, 190 p.
- RAYNAUD, Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, 928 p.
- RIALS, Stéphane et ALLAND, Denis, *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1680 p.
- The Oxford Dictionary of English Etymology*, C. T. Onions (éd.), 1966, 1042 p.
- AMANN, Émile, MANGENOT, Eugène, VACANT, Alfred (dir.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, Letouzey et Ané, 1931, 24 vol.
- ZINK, Michel (dir.), *Dictionnaire du français médiéval*, Paris, Les Belles Lettres, 2015, 3520 p.

Bibliographie générale

- ÀCASILI, Antonio, TUBARO, Paola, SARABI, Yasaman, *Against the hypothesis of end of Privacy : An agent-Based Modelling Approach to social Media*, New York, Springer, 2014, 68 p.
- ANDERS, Günther, *Obsolescence de l'homme, Sur la destruction de l'âme à l'époque industrielle tome I*, trad. Christophe DAVID, 1^{ère} édition, Paris, Éditions de l'Encyclopédie des Nuisances, 2002, 360 p.
- ANDERS, Günther, *Obsolescence de l'homme, Sur la destruction de l'âme à l'époque industrielle tome II.*, trad. Christophe DAVID, 1^{ère} édition, Paris, éd. Fario, 2012, 428 p.
- BEIGNER, Bernard, « Vie privée et vie publique », *Arch. Phil. Droit*, t. 41 (1997), p. 163-180.
- BEIGNER, Bernard, *Les droits de la personnalité*, Paris, PUF, 1992, 128 p.
- BEIGNER, Bernard, « La protection de la vie privée », *Libertés et droits fondamentaux*, dir. Rémi CABRILLAC, 26^e éd., Paris, Dalloz, n°253 (2020), p. 204-225.
- BOURCIER, Danièle, FILIPPI, Primavera, DE, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *Revue de droit sanitaire et social*, t. 3 (2018), p. 444-456.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Les personnes*, Paris, PUF, 1980, 408 p.
- CHAGNOLLAUD, Dominique et DRAGO, Guillaume (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, 750 p.
- CHAUVET, Delphine, *La vie privée, étude de droit privé*, thèse sous la direction de Emmanuel DREYER, Université Paris-Saclay, dacty., 2014, 464 p.
- CHICHPORTICH, Mathias, OLIVENNES, Denis, *Mortelle transparence*, Paris, Albin Michel, 2018, 198 p.
- CORNU, Gérard, *La rénovation du code civil. L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil (1971)*, éd. Panthéons-Assas, 2017, (*Les introuvables*), 475 p.
- DUGAIN, Marc, *L'homme nu, la dictature invisible du numérique*, 2016, Robert Laffont, Plon. 200 p.
- FAVOREU, Louis, « Vie privée », *Le Monde*, 5 décembre 1998.
- FAVOREU, Louis, DUFFY-MEUNIER, Aurélie, FASSASSI, Idris, GAÏA, Patrick, *Droit des libertés fondamentales*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2021, 978 p.
- FOESSEL, Michaël, *La Privation de l'intime*, Paris, Seuil, 2008, 160 p.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Introduction au droit*, Paris, 2^e éd., Dalloz, 2019, 348 p.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, « L'essor de la "privacy" et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société*, t. 61/3 (2005), p. 765-782.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, t. 48/3 (2015), p. 59-68.

- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ?*, 2010, ENS, [HAL consulté le 20 mai 2020].
- HARCOURT, Bernard, *La société d'exposition-Désir et désobéissance à l'ère numérique*, Paris, Seuil, 2019, 336 p.
- KAYSER, Pierre, *La protection de la vie privée par le droit*, préf. Henri Mazeaud, 3^e éd., Paris, Economica, 1995, 457 p.
- KUNDERA, Milan, *Les Testaments trabis*, Paris, Gallimard, 1993, 367 p.
- MANENT, Pierre, *La raison des Nations*, Paris, Gallimard, 2006, 112 p.
- MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparé*, t. 44/4 (1992), p. 767-794.
- MILL, John Stuart, *De la liberté* (1859), trad. Charles DUPONT-WHITE, Paris, Gallimard, 1990, 256 p.
- Pape FRANÇOIS, *Fratelli Tutti*, Paris, Éditions de l'Emmanuel, 2020, 336 p.
- LE CLAICHE, Julien, LE METAYER, Daniel, « Données personnelles, vie privée et non-discrimination : des protections complémentaires, une convergence nécessaire », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, t. 90 (2013), p. 80-94.
- PEYRON-BONJAN, Christiane, « Force et logique du discours- Pour un essai méthodologique de lecture critique », *Revue de la Recherche Juridique*, t. 46 (1991), p. 769-775.
- PINGEOT, Mazarine, *La dictature de la transparence*, Paris, Robert Laffont, 2016, 182 p.
- RAWLS, John *Théorie de la justice* (1971), trad. Catherine AUDARD, Paris, Seuil, 2009, 672 p.
- RIBES, Didier, « Atteintes publiques et atteintes privées au droit au respect de la vie privée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, t. 48 (2015), p. 35-46.
- RIGAUX, François, « L'élaboration d'un "Right of Privacy" par la jurisprudence américaine », *Revue internationale de droit comparé*, t. 32 (1980), p.701-730.
- RIGAUX, François, *La vie privée, une liberté parmi d'autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992, 317 p.
- RIVERO, Jean, *Les libertés publiques*, 4^e éd, Paris, PUF, 1991, 2 vol.
- ROUVROY, Antoinette, « Le droit à la protection de la vie privée comme droit à un avenir non préoccupé, et comme condition de survenance du commun. » dans *Petits entretiens de la vie privée : expérience quotidienne sur le web*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2016, p. 81-96
- SAINT-BONNET, François, « Regards critique sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum*, t. 2 (2009), p 1-13.
- SAINT-BONNET, François « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, t. 32 (2001), p. 7-20
- SCHOEMAN, Ferdinand-David, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge, CUP, 1992, 240 p.
- SCHOEMAN, Ferdinand-David (dir.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge, CUP, 1984, 426 p
- SOLOVE, Daniel J., *Understanding Privacy*, Harvard, Harvard university press, 2009, 272 p.
- SOLOVE, Daniel J., Blog du professeur Solove. [teachprivacy.com]
- TERRE, François (dir.), « Le privé et le public. », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1997, 585 p.
- VELU, Jacques et ERGEC, Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme, Extrait du Répertoire pratique de Droit Belge*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 1252 p.
- WACHSMAN, Patrick, *Libertés publiques*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2021, 927 p.

4- Antiquité

Sources

- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. Jules TRICOT, Paris, Vrin, 1990, 540 p. [Usage de la pagination de Stephanus].
- ARISTOTE, *Les Politiques*, trad. Pierre PELLERIN, Paris, Flammarion, 2015, 592 p. [Usage de la pagination de Stephanus]
- ARISTOTE, *Rhétorique I*, trad. Médéric DUFOUR, Paris, Les Belles Lettres, 1968, 218 p.
- CICÉRON, *Académiques*, trad. Pierre PELLEGRIN, Paris, Flammarion, 2010, 325 p.
- CICÉRON, *Discours, tome XIII, Au Sénat, Au peuple, Sur la maison*, trad. Pierre WUILLEUMIER, Paris, Les Belles Lettres, 2017, 294 p.
- CICÉRON, *Discours, tome XIX, Philippiques I-V*, trad. Pierre WUILLEUMIER, Paris, Les Belles Lettres, 320 p.
- CICÉRON, *Les devoirs*, trad. Maurice TESTARD, Paris, Les Belles Lettres, 2014, 526 p.
- DENIS D'HALICARNASSE, *Antiquités romaines*, trad. Sylvie PITTIA, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 6 vol.
- EURIPIDE, *Les suppliantes*, dans *Théâtre*, trad. Nicolas ARTAUD, Paris, Charpentier, 1842, t. I, p. 445-494.
- HÉSIODE, *Les travaux et les jours*, Paris, Folio, 2001, 416 p.
- HÉRODOTE, *Histoire*, trad. Pierre-Henri LARCHER, Paris, 1850, 3 vol.
- HOMÈRE, *L'Illiade*, trad. Paul MAZON, Paris, Gallimard, 1970, 512 p.
- HOMÈRE, *L'Odyssée*, trad. Médéric DUFOUR et Jeanne RAISON, Paris, Flammarion, 2017, 528 p.
- PLATON, *Œuvres complètes*, trad. Léon ROBIN, Paris, Gallimard, 1942, 2 vol. [Usage de la pagination de Stephanus].
- SÉNÈQUE, *Lettre à Lucilius*, trad. Cyril MORANA, Paris, Mille et une Nuit, 2002, 112 p.
- SÉNÈQUE, *Des bienfaits tome I, Livre I-IV*, trad. François PRECHAC, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 284 p.
- TACITE, *La Germanie*, trad. Patrick VOISIN, Paris, Arléa, 2009, 115 p.
- THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse*, trad. Denis ROUSSEL, Paris, Gallimard, 2000, 912 p.
- VARRON, *La langue latine*, trad. Pierre FLOBERT, Paris, Les Belles Lettres, 2004, 228 p.
- XÉNOPHON, *Mémoires*, trad. Louis André DORION, Paris, Les Belles Lettres, 2015, 567 p.
- XÉNOPHON, *Œuvres complètes*, trad. Eugène TABLOT, Paris, Hachette, 1873, 2 vol.

Bibliographie

- ARENDR, Hannah, *Condition de l'homme moderne*, trad. Georges FRADIER, Paris, Calmann-Lévy, 1994, 406 p.
- ARIÈS, Philippe et DUBY, Georges (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 1 : de l'empire romain à l'an mil*, Paris, Seuil, 2000, 672 p.
- BÉNÉTON, PHILIPPE, *Introduction à la politique*, Paris, PUF, 2018, 416 p.
- BREGI, Jean-François, *Droit Romain, Les biens et la propriété*, Paris, Ellipses, 2009, 234 p.

- BIZET, Thomas, « L'ambition individualiste de l'autodétermination informationnelle », *International Journal of Digital and Data Law*, août 2017, p. 49-60.
- BRUDNY, Michelle-Irène, « La sphère privée selon Hannah Arendt », *Champ psychosomatique*, n° 27, t. 3 (2002), p. 9-12.
- BUR, Clément, *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J. C. – 96 apr. JC)*, Rome, École française de Rome, 2018, 704 p.
- CHAMPEAUX, Jacqueline, « "Pietas" : piété personnelle et piété collective à Rome », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, t. 3 (1989), p. 263-279.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum*, t.7 (2012), p. 1-22.
- COCATRE-ZILGIEN, Philippe, « La *pietas* chez les Prudents romain », dans Manuel DE SOUZA (dir.), *Le sacré dans tous ses états : catégorie du vocabulaire religieux et société, de l'Antiquité à nos jours*, Publications de l'université de Saint-Etienne, Travaux du CERHL, 10, 2012, p. 57 et s.
- CORIAT, Jean-Pierre, *La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble*, Dans *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Rome, École Française de Rome, 1995. p. 17-26.
- DELSOL, Chantal, *Essai sur le pouvoir occidental : démocratie et despotisme dans l'Antiquité*, Paris, PUF, 1985, 252 p.
- DONNET, Véronique, PIERART, Marcel, (éd). *Ἰδίαι καὶ δημοσίαι. Les cadres « privés » et « publics » de la religion grecque antique*, Actes du IX^e colloque du Centre International d'Études de la Religion Grecque Antique (CIERGA), tenu à Fribourg du 8 au 10 septembre 2003, *Revue belge de philologie et d'histoire*, t. 87 (2009), p. 149-151.
- EFFENTERRE, Henri, VAN, « Les degrés de la liberté dans les cités grecques », *L'individu face au pouvoir, 1. Antiquité (Congrès Athènes Delphes, 1981)*, *Recueil de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, 1989, p. 97-104.
- EFFENTERRE, Henri VAN, *La cité grecque. Des origines à la défaite de Marathon*, Paris, Hachette, 1985, 339 p.
- ELLUL, Jacques, *Histoire des institutions*, Paris, PUF, 1999, 3 vol.
- FARTZOFF, Michel, *Famille et Cité Dans L'Orestie d'Eschyle*, Paris, Les Belles Lettres, 2018, 392 p.
- FARTZOFF, Michel, « *Oikos* et polis dans l'*Orestie* : quelques considérations », *Ktéma : civilisation de l'Orient, de la Grèce et de Rome antique*, t.9 (1984), p. 171-184.
- FAVORY, François, *L'arpentage romain. Histoire des textes, Droit, Techniques*, Paris, éd. Errance, 2001, 494 p.
- FINLEY, Moses I., *L'invention de la politique*, Paris, Flammarion, 2011, 224 p.
- FREUND, Julien, *L'essence du politique*, Paris, Dalloz, 2003, 870 p.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *La Cité antique*, Paris, Flammarion, 2009, 676 p.
- GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle, *Droit privé romain*, LGDJ, Paris, 2009, 426 p.
- GAUDEMET, Jean, « *Dominium – Imperium* Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, t. 22 (1995), p. 3-17.
- GAUDEMET, Jean, *Les communautés familiales*, Paris, Marcel Rivière, 1963, 195 p.
- HELMER, Étienne, « Le lieu controversé de l'économie antique, Entre *oikos* et polis », *Philosophie antique*, t. 15 (2015), p. 179-204.
- HELMER, Étienne, *Oikonomia, Philosophie grecque de l'économie*, Paris, Classiques Garnier, 2021, 200 p.
- ISMARD, Paulin, « De Périclès à Lycurgue : naissance d'un contrôle civique sur les associations », *La cité des réseaux : Athènes et ses associations, VI^e-I^{er} siècle av. J.-C* [en ligne], Paris, Éditions de la Sorbonne, 2010, p. 122-139.
- JACOB, Robert, *Les formes premières du droit en occident*, Paris, PUF, 2020, 2 vol.
- LACROIX, Jean-Yves, *Platon et l'Utopie, L'être et l'existence*, Paris, Vrin, 2014, 424 p.

- LEVY-BRUHL, Lucien, *L'Âme primitive* (1927), PUF, Paris, 2007, 424 p.
- LÉVY, Edmond, *Sparte, Histoire politique et sociale jusqu'à la conquête romaine*, Paris, Seuil, 2003, 370 p.
- MACDOWELL, Douglas, « The *Oikos* in Athenian Law, », *The Classical Quarterly*, t. 39/1 (1989), p. 13-15.
- MANENT, Pierre, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Fayard, 2004, 352 p.
- MARROU, Henri-Irénée, *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité, tome 2- Le monde romain (1948)*, Paris, Seuil, 1981, 256 p.
- MC KEON, Michael, *The secret History of domesticity, Public, Private, and the division of knowledge*, Baltimore, John Hopkins university press, 2005, 873 p.
- MOATTI, Claudia, « *Respublica* et droit dans la Rome républicaine. », *Mélanges de l'École française de Rome*, Rome, École française de Rome, 2001, p. 811-837.
- NICOLET, Claude, *Le Métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, Gallimard, 1989, 556 p.
- PATAULT, Anne-Marie, *La terre dans le monde romain. Anthropologie, droit, géographie*, collection d'archéogéographie de l'Université de Coimbra, Paris, éd. Errance Actes-Sud, 2010, 352 p.
- PROUDHON, Pierre-Joseph, *Théorie de la propriété*, Paris, Verboekhover et Cie, 1866, 308 p.
- PELLEGRIN, Pierre, « De l'amitié politique chez Aristote », dans *Wisdom, Love, and Friendship in Ancient Greek Philosophy*, éd. Georgia SERMAMOGLU-SOULMAIDI, Evan Robert KEELING, Berlin, De Gruyter, 2021, p. 285.
- RIVIERE, Yan, *Histoire du droit pénal romain*, Paris, Les Belles Lettres, 2021, 1020 p.
- RUDHARDT, Jean, « Quelques remarques sur la notion d'*aidôs* », dans Édouard DELRUELLE (dir.), *Mélange offert à André Motte*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2001, p. 1-21.
- THERIAULT, Jocelyne, « De l'utilité de la distinction moderne privé/public », *Politique*, t. 21 (1992), p. 37- 69.
- THOMAS, Yan, « Droit domestique et droit politique à Rome. Remarques sur le pécule et les honores des fils de famille » dans *Mélanges de l'École française de Rome*, Rome, École française de Rome, 1982, p. 527-580.
- THOMAS, Yan, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard, 2011, 384 p.
- THOMAS, Yan, *Vitae necique potestas. Le père, la cité, la mort*, Rome, École française de Rome, 1984, p. 499-548.
- THOMAS, Yan, *La mort du père*, Paris, Albin Michel, 2017, 304 p.
- VERNANT, Jean-Pierre, *Sur l'individu : Contributions au colloque de Royaumont*, Paris, Seuil, 1985, 122 p.
- VEYNE, Paul, *La vie privée des romains*, Paris, Seuil, 2015, 272 p.
- VILATTE, Silvie, *Espace et temps : la cité aristotélicienne de la Politique*, Annales littéraires de l'université de Besançon, Paris, Les Belles Lettres, 1995, 428 p.
- WALLON, Henri, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, Paris, Dezobry, 1847, 3 vol.
- WEBER, Max-André, *L'opposition public-privé*, thèse sous la direction du Professeur Daniel SCHULTHESS, Université de Neufchatel, dacty., 2015, 553 p.

5- Période médiévale

Sources

- AUGUSTIN (Saint), *Confessions*, trad. Robert ARNAULD D'ANDILLY, Paris, Mayer, 1993, 598 p.
- AUGUSTIN (Saint), *La Cité de Dieu*, trad. Louis MOREAU et Jean-Claude ESLIN, Paris, Seuil, 2004, 426 p.
- AUGUSTIN (Saint), *La foi chrétienne, (De vera religione, De utilitate credendi, De fide rerum quae non videntur, De fide et operibus)*, trad. Joseph PEGON, « Bibliothèque augustinienne », Paris, Desclées de Brouwer, 1951, 524 p.

- AUGUSTIN (Saint), *Œuvre de Saint Augustin*, [De magistro, De libero arbitrio], trad. Goulven MADEC, Paris, Desclées de Brouwer, 1976 (*Bibliothèque augustinienne*), 606 p.
- ECKART (Maître), *Les sermons*, trad. Pierre-Jean LABARRIERE, Gwendoline JARCZYK, Paris, Albin Michel, 2009, 800 p.
- ISIDORE DE SÉVILLE, *Les étymologies*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, 19 vol.
- LÉON LE GRAND, *Sermon* [Sermon 50 cap 23], trad. René DOLLE, Paris, Cerf, 1976, 4 vol.
- Thomas D'AQUIN (Saint), *Somme Théologique* [*Summa theologiae*] (1274), Paris, Cerf, 1984-1986, 4 vol.
- Yves DE CHARTRES, *Prologue*, trad. Jean WERCKMEISTER, Paris, Cerf, 1997, 158 p.

Bibliographie

- ARIÈS, Philippe et DUBY, Georges (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 2 : De l'Europe féodale à la Renaissance*, Paris, Seuil, 2000, 655 p.
- ARNOUX, Mathieu, *Le temps des laboureurs. Travail, ordre social et croissance en Europe (XIe-XIVe siècle)*, Paris, Albin Michel (*L'évolution de l'humanité*), 2012, 393 p.
- BERNOS, Marcel, « Le concile de Trente et la sexualité », dans ID., *Sexualité et religion*, Paris, Cerf, 1988, p. 217-239.
- BERGEL, Jean-Louis, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255-272.
- BIOY, Xavier, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *Revue internationale de droit comparé*, t. 55/1 (2003), p. 123-147.
- BOULNOIS, Olivier (dir.), *Généalogie du sujet, De saint Anselme à Malebranche*, Paris, Vrin, 2007, 320 p.
- CHIFFOLEAU, Jacques, « Ecclesia de occultis non iudicat », *Micrologus. Nature, Sciences and Medieval Societies, L'Église, le secret et l'occulte du XII^e au XV^e siècle*, Université de Lausanne, éd Sismel, 2006, t. 13, (*Il segreto nel Medioevo*), p. 359-481.
- COUJOUX, Jean-Paul, *Philosophie politique et ontologie*, Paris, L'Harmattan, 2006, 2 vol.
- DAGUET, François o. p., *Du politique chez Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 2015, p. 116-126 et 354-385.
- DALARUN, Jacques, *Modèle monastique : un laboratoire de la modernité*, CNRS Éditions, 2019, 320 p.
- DE KONINCK, Charles, *La primauté du bien commun*, Laval, Presses universitaires de Laval, 2010, 458 p.
- DE LIBERA, Alain, *Archéologie du sujet*, Paris, Vrin, 2007, 448 p.
- DUMONT, Louis, *Essais sur l'individualisme*, Paris, Seuil, 1983, 305 p.
- DURKHEIM, Émile, *Les intellectuels et l'individualisme (1898)*, Paris, Mille et une nuits, 2002, 70 p.
- ECKERT, Raphaël, « Peine judiciaire, pénitence et salut, entre droit canonique et théologie (XIIe siècle – Début du XIII^e siècle) », *Revue d'histoire des religions*, t. 4 (2011), p. 483-508.
- ELDERS, Léo J., *Aristote et Thomas d'Aquin, Les commentaires sur les œuvres majeurs d'Aristote*, Paris, Presses universitaires de l'Institut de Philosophie Comparée, 2018, 648 p.
- ELIAS, Norbert, *La civilisation des mœurs*, Paris, Pocket, 2002, 512 p.
- ELIAS, Norbert, *La Dynamique de l'Occident*. Paris, Pocket, 2003, 320 p.
- FAIVRE, Rémi, « Le concept de propriété dans le droit romano-canonique (XII^e-XV^e siècle) », *Association française des jeunes historiens du droit, Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat. Actes du colloque organisé par l'Association française des jeunes historiens du droit à l'Université Panthéon-Assas, 6-7 juin 2013*, éd. Nicolas LAURENT-BONNE, Nicolas POSE, Victor SIMON, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 103-117.

- GANDILLAC, Maurice, DE, *Genèse de la modernité*, Paris, Cerf, 1992, 670 p.
- GAUDEMET, Jean, *Les communautés familiales*, Paris, Marcel Rivière, 1963, 195 p.
- GOYARD-FABRE, Simone, « La propriété dans la philosophie de Locke », *Archives de philosophie*, t. 55 (1992), p. 607-630.
- GUERRA MEDICI, Maria Teresa, « Women in the medieval city », dans Giovanna CASAGRANDE (dir), *Donne tra Medioevo ed Età Moderna in Italia Ricerche*, Perugia, Molrlacchi editore, 2004, p. 23-39.
- HABERMAS, Jürgen, « L'individuation par la socialisation. La théorie de la subjectivité de Georges Herbert Mead » dans *La pensée post-métaphysique*, Paris, Armand Colin, 1993, p. 23-58.
- ILICH, Ivan, *Du lisible au visible, Sur l'art de lire de Hugues de Saint Victor*, Paris, Cerf, 1991, 150 p.
- LE GOFF, Jacques, *La civilisation médiévale*, Paris, Flammarion, 2008, 374 p.
- LEYTE, Guillaume, « Imperium et dominium chez les glossateurs », *Droit*, Paris, 1995, p. 19-26.
- LIBERA, Alain, DE, *Archéologie du sujet*, Paris, Vrin, 2007, 448 p.
- LOTTIN Odon, o. p., « La syndérèse chez Albert le Grand et saint Thomas d'Aquin [article] », *Revue Philosophique de Louvain*, t. 17 (1928), p. 18-44.
- MANGIN, Éric, « Maître Eckart et l'expérience du détachement, Dire l'intime indicible », *Études*, t. 411 (2009), p. 65-76.
- MOOS, Peter, VON, « Le bien commun et la loi de conscience (*lex privata*) à la fin du Moyen Âge », *Entre histoire et littérature. Communication et culture au Moyen Âge*, Florence, Sismel, 2005, p. 471-510.
- MURALT, André, DE, *L'unité de la philosophie politique de Scot, Ockham et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris, Vrin, 2002, 220 p.
- NEMO, Philippe, *Histoire des idées politiques de l'Antiquité au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1998, 1136 p.
- SALAMITO, Jean-Marie, « Saint-Augustin et la définition du peuple. Aux Antipodes de l'augustinisme politique » *Les études philosophiques*, Paris, PUF, t. 137/2 (avril 2021), p. 27-52.
- THÉRY, Julien, « "public" et "Privé" à la fin du Moyen Âge. Le bien commun et la loi de la conscience », *Studi medievali*, t. 41/2 (2000), p. 505-578.
- VALLANÇON, François, *Domaine et propriété. Glose sur la somme théologique de Saint Thomas d'Aquin. Ila-IIae qu. 66 art. 1 et 2*, thèse de droit sous la direction de Michel Villey, Université Paris II-Panthéon-Assas, dacty., 1985, 2 vol.
- VAUCHEZ, André, *La spiritualité du Moyen Âge occidental, (1975)*, Paris, Point, 2015, 224 p.
- WHITMAN, James Q., « Droit romain et droit féodal », *Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, t. 21 (1995), p. 19-32.

I- Liberté individuelle, Droit naturel et *dominium*

Sources

- ACOLLAS, Émile, *Cours élémentaire de droit : manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, Thorin, 1869, 2 vol.
- ACOLLAS, Émile, *Manuel de droit civil : commentaire philosophique et critique du code civil*, Paris, Germer, 1874, 3 vol.
- AHRENS, Heinrich, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, Leipzig, Brockhaus, 7eme éd., 1875, 2 vol.
- ALTHUSIUS, Johannes, « Politica methodice digesta » dans DEMELEMESTRE, Gaëlle, *Introduction à la Politica methodice digesta de Johannes Althusius*, extraits traduits et commentés, Paris, Cerf, 2012, 112 p.
- ANTRAIQUES, Emmanuel, D', *Mémoire sur le rachat des droits féodaux*, Versailles, Baudouin, 1789, 77 p.

- AUBRY, Antoine, BARBE, Charles, RAU, Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Cosse, 1869, 2 vol.
- BAÑEZ, Domingo, *Decisiones de Iure et Iustitia*, Pampelune, Ediciones universidad de Navarra, 2008, 244 p.
- BAROLE DE SASSOFERRATO [BARHOLDUS], *Commentaria, In primam Digesti novi partem commentaria*, Venetiis, 1526, reimpr. Anast., Roma, Istituto giuridico Bartolo da Sassoferrato, 1998, (*Il Cigno Galileo Galilei*), 388 p.
- BEAUSSIRE, Émile, *La liberté dans l'ordre intellectuel et moral : études de droit naturel*, Paris, Didier et Compagnie, 1878, 500 p.
- BLACKSTONE, William, *Commentaires sur les lois anglaises* (1765), trad. Nicolas-Maurice CHOMPRÉ, Paris, Bossange, 1822-1823, 6 vol.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Georges Sharswood, Philadelphia, Lippincott, 1875, 2 vol.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws on the Laws of England* (1765-1769) Oxford, Clarendon press, 1753-1769, 4 vol. [avalon.lam.yale.edu]
- BODIN, Jean, *Exposé du droit universel* (1578), trad. Lucien JERFAGNON, commentaire Simone GOYARD-FARBE, notes par René-Marie RAMPELBERG, Paris, PUF, 1985, 172 p.
- BODIN, Jean, *La méthode de l'histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 1941, 58 p.
- BODIN, Jean, *Les six livres de la République* (1576), Paris, Fayard, (*Corpus des œuvres de philosophie en langue française*), 1986, 6 vol.
- BODIN, Jean, *Les Six Livres de la République, De Republica libri sex, Livre premier*, éd. Mario TURCHETTI, Paris, Classiques Garnier, 2013, 828 p.
- BODIN, Jean, *Œuvres philosophiques* [comprenant notamment : *Discours sur l'éducation de la jeunesse prononcé devant le sénat de Toulouse* (1559)], Paris, PUF, 1952, 479 p.
- BOISTEL, Alphonse, *Cours de philosophie du droit professé à la Faculté de droit de Paris*, Paris, A. Fontemoing, 1899, 454 p.
- BOISTEL, Alphonse, *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit, suivant les principes de Rosmini*, Paris, éd. Thorin, 1870, 461 p.
- CAMPANELLA, Tommaso, *Œuvres choisies de Campanella*, trad. Jules ROSSET, Paris, Lavigne 1844, 342 p.
- CHAUVAUX, Adolphe et HÉLIE, Faustin, *Théorie du code pénal*, 3^e éd., Paris, Gosse, 1852, 6 vol.
- COFFINIÈRES, Antoine Siméon Gabriel, *Traité de la liberté individuelle*, Paris, Videcoq, 1840, 2 vol.
- COOLEY, Thomas *Treatise on the law of tort*, Chicago, Callaghan and company, 1879, 421 p.
- COKE, Edward, *Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, London, Liberty Fund, 2004, 3 vol.
- CONSTANT, Benjamin, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* (1819), Paris, Fayard, 2010, 80 p.
- COUSIN, Victor, *La philosophie sensualiste au XVIII^e siècle*, 3^e éd., Paris, Librairie Nouvelle, 1856, 360 p.
- COVARRUBIAS, Diego, DE, *Opera omnia*, Genève, Gabriellis de Tournes et Filiorum, 1724, 2 vol.
- COVARRUBIAS, Diego, DE, *Regulae Peccatum, dereuli juiris*, Lugduni, Apud sebast honostatium, 1560, 374 p.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de code civil : Édition Augmentée de la législation et de la jurisprudence*, Bruxelles, Stienon, 1847, 2 vol.
- DIDEROT, Denis, et D'ALEMBERT, Jean, *Encyclopédie*, 1^{ère} éd., Paris, Jaucourt, 1751, 17 vol.
- DONELUS, Hugo, [Hugues DONEAU], *Commentariorum de jure civili, Opera omnia*, Florentiae, Osualdi Hilligreri, 1840, 6 vol.
- DU HAUSSET, Nicole, *Mémoires de Madame du Hausset* (1824) Paris, Firmin, 1846, 313 p.
- DUGUIT, Léon, *Études de droit public*, Paris, Albert Fontemoing, 1901, 1397 p.

- FICHTE, Johann Gottlieb, *La doctrine du droit de 1812*, Paris, Cerf, 2005, 192 p.
- FOUILLÉE, Alfred, « Les erreurs sociologiques et morales des démocraties », *Revue des deux mondes*, t. 54 (1909), p. 315-346.
- GIERKE, Otto, VON, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895, 897 p.
- GROTIUS, Hugo, *De la liberté des mers (1609)*, trad. Antoine DE COURTIN, Centre de Philosophie politique et juridique, Caen, Presses universitaires de Caen, 1990, 82 p.
- GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix (1625)*, trad. Jean BARBEYRAC, éd. 1759, Caen, Presses universitaires de Caen, 2011, 2 vol.
- GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, (1625), trad. Paul Louis Ernest PRADIE, 1867, rééd. Paris, PUF, 2012, 888 p.
- HAURIOU, Maurice, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *RGDJ*, t. 1 (1898), p. 119-140.
- HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, 828 p.
- HEPP, Edgar, *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, Strasbourg, Berger-Levrault, 1864, 156 p.
- HUGO, Victor, *Rhin, Lettre à un ami (1842)*, dans *Œuvres complètes*, Paris, Ollendorf, 1906, 35 vol.
- IHERING, Rudolf, VON, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Olivier de MEULENAERE, 2^e éd., Paris, Maresq, 1880, 4 vol.
- JELLINECK, Georg, *L'État moderne et son droit (1911-1913)*, trad. Georges FARDIS, Paris, Panthéon-Assas, 2005, 2 vol.
- KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, trad. Alain RENAUT, Paris, Flammarion, 1994, 411 p.
- KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. Vincent DELBOS, Paris, Delagrave, 1978, 252 p.
- LABICHE, Gustave, *De l'innolabilité du domicile*, Paris, Maresq, 1893, 274 p.
- LE BON, Gustave, *Psychologie des foules*, Paris, PUF, 2013, 144 p.
- LE BRET, Cardin, *De la souveraineté du Roy (1632)*, éd. *Les œuvres de Messire Cardin Le Bret*, Paris, Toussaint du Bray, 1643, 1160 p.
- LE CLERC, Nicolas-Gabriel, *La boussole morale et politique des hommes et des empires, dédiée aux nations*, Boston, [s.n.d.] 1779, 145 p.
- LE MERCIER DE LA RIVIERE, Pierre-Paul, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Paris, Fayard, 2001, 543 p.
- LE TROSNE, François, *De l'ordre social*, Paris, Debure, 1777, 728 p.
- LEFEBRE DE LAPLANCHE, *Traité du domaine*, Paris, Saillant, 1764, 3 vol.
- LESSIUS, Léonardo, *De iustitia et iure*, Anverpiae, Ex officina Plantiniana, 1609, 908 p.
- LOCKE, John, *Lettre sur la tolérance*, trad. Raymond POLIN, Paris, PUF, 2006, 208 p.
- LOCKE, John, *Traité du gouvernement civil*, trad. David MAZEL, Paris, Flammarion, 1992, 381 p.
- MACHON, Louis, *Apologie pour Machiavelle*, (1668), Paris, Honoré Champion, 2016, 740 p.
- MARX, Karl, *La question juive*, trad. Jean-François POIRIER, Paris, La Fabrique Éditions, 2006, 188 p.
- MARX, Karl, *Œuvres*, éd. et trad. établie par M. RUBEL (dir.), Paris, Gallimard, 1982, (*Bibliothèque de la Pléiade*), 4 vol.
- MAZARIN, Jules, *Bréviaire des politiciens*, trad. François DUPONT, Paris, Café Climat, 1984, 144 p.
- MILL, John Stuart, *Sur la liberté (1859)*, trad. Charles DUPONT-WHITE, Paris, Gallimard, 1990, 242 p.

- MOLINA, Ludivico, DE, *De iustitia et iure*, Venetiis, Apud Seffas, 1612, 6 vol.
- MONCHRESTIEN, Antoine, DE, *Traité d'économie politique*, Genève, Slatkine Reprints, 1970. 389 p.
- MONTESQUIEU, Louis, DE, *Considération sur les causes de la grandeur et décadence des Romains* (1736), Paris, Gallimard, 2008, 416 p.
- OVERTON, Richard, *An arrow against all tyrants* (1646), London, Canbury Press, 2020, 64 p.
- PERRAU, Ernest-Etienne-Hippolyte, « Des droits de la personnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501-536.
- PINOT DUCLOS, Charles, *Considérations sur les mœurs de ce siècle*, Paris, Pault, 1751, 67 p.
- PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français, tome III, Les biens*, Paris, LGDJ, 1952, 1035 p.
- PORTALIS, Jean-Étienne, *Discours préliminaire du code civil*, Bordeaux, Confluence, 2004, 78 p.
- PUFENDORF, Samuel, VON, *Droit de la nature et des gens* (1672), trad. Jean BARBEYRAC, Caen, Presses universitaires de Caen, 2010, 2 vol.
- Remontrance du parlement du Dauphiné concernant les Lettres de cachet du 5 janvier 1788*, Bibliothèque municipale de Lyon, 1788, 12 p.
- RIPERT, Georges, *Notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, Sirey, 1931, 202 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *La nouvelle Héloïse*, Paris, Charpentier, 1845, 854 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, (*Bibliothèque de la Pléiade*), 1959-1995, 5t.
- SAINT-JUST, Antoine, DE, *Fragment sur les institutions républicaines* dans *Œuvres complètes*, Paris, éd. Vellay, 1908, p. 492-535
- SAVIGNY, Friedirch Carl, VON, *Traité de droit romain*, trad. Charles-Jacques GUENOUX, Paris, Didot, 1855, 8 vol.
- SEPULVEDA, Juan Ginés, DE, *De justis causis belli apud indium, Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*(1544), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 179 p.
- SERPILLON, François, *Code criminel ou Commentaire sur l'Ordonnance de 1670*, Lyon, Périsse, 1772, 893 p.
- SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Des manuscrits de Sieyès*, éd. Christine FAURE, Paris, Honoré Champion, 2007, 2 vol.
- SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Préliminaire de la Constitution française : reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1789, 50 p.
- SISMONDI, Jean Simonde, DE, *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Âge* (1818), Paris, Treuttel et Würtz, 1826, 15 vol.
- SOTO, Dominique, DE, *Relección « de dominio » (Quaestio De dominio) ou De dominio*, éd. Jaime BRUFAU PRATS, Granada, Universidad de Granada, 1964, 229 p.
- SOTO, Dominique, DE, *De justitia et jure*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 2 vol.
- STENDHAL, Henri Beyle, *Voyage en Italie*, Gallimard, Paris, 1973, 1920 p.
- Thomas D'AQUIN (Saint), *Commentaire du livre des sentences de Pierre Lombard, [Scriptum super Sententiis]*, trad. Jacques MENARD, éd. Numérique, 2005-2014, [/docteurangelique.free.fr].
- Thomas D'AQUIN (Saint), *Scriptum super libros Sententiarum Tomus 2*, [Commentaire aux Sentences de Pierre Lombard], Paris, éd. Pierre MANDONNET o.p., Paris, Lehielleux, 1929, 1115 p.
- THOMASIIUS, Christian, *Fundamenta juris naturae et gentium etc.*, Lipsiae, Chrisophori Salfeldii, 1708, 200 p.
- TOCQUEVILLE, Alexis, DE, *Œuvres complètes*, Paris, Lévy, 1866, 3 vol.
- VITORIA, Francisco, DE, *La justice*, trad. Jean Paul COUJOU, Paris, Dalloz, 2014, 428 p.

- VITORIA, Francisco, DE, *Leçon sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, 1980, 84 p.
- VITORIA, Francisco, DE, *De la loi, commentaire de la Somme théologique Ia-IIae, q. 90-108*, trad. Gaëlle DEMELEMESTRE, Paris, Cerf, 2013, 192 p.
- VITORIA, Francisco, DE, *Comentarios a la Secunda secundae de santo*, trad. Vincente BEITRAN DE HEREDIA, Salamanque, Spartado, 1934, 6 vol.
- Francisco DE VITORIA, *La leçon sur les indiens*, trad. Jacques MIGNON, Paris, Cerf, 1997, 162 p.
- VITORIA, Francisco, DE, *Leçon sur l'homicide*, trad. Jean-Paul COUJOU, Paris, Dalloz, 2009, 100 p.
- VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique* (1775), Paris, Gallimard, 1994, 560 p.
- WARREN, Samuel D. et BRANDEIS, Louis D., *Le droit à la vie privée*, trad. Françoise MICHAUD, *Themis*, t. 3 (2010), [[/www.cliothemis.com/](http://www.cliothemis.com/)].
- WARREN, Samuel et BRANDEIS, Louis D., « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, t. 4 (1890), p. 193-220.

Bibliographie

- ARENDRT, Hannah, *Les origines du totalitarisme* (1951), trad. Jean-Loup BOURGET, Robert DAVREU et Patrick LEVY, Paris, Point, 2005, 3 vol.
- AUDARD, Catherine, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris, Gallimard, 2009, 843 p.
- BACH, Reinhard, « Les Physiocrates et la science politique de leur temps », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, t. 20/2 (2004), p. 5-35.
- BARANGER, Denis, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Jus politicum*, t. 9 (2012), p. 259-308.
- BARBIER, Maurice, « La notion de *dominium* chez Vitoria », *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, t. 68/2 (2006), p. 241-251.
- BARBIER, Maurice, « La notion de *jus gentium* chez Vitoria », *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, t. 69/1 (2007), p. 7-19.
- BARBIER, Maurice, « Pouvoir et propriété chez Thomas D'Aquin : la notion de *dominium* », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 94/4 (2010), p. 655-670.
- BARBIER, Maurice, *La modernité politique*, Paris, PUF, 2000, 272 p.
- BARBIER, Maurice, *La pensée politique de Marx*, Paris, L'Harmattan, 1992, 447 p.
- BARNAUD-MEYER, Sarah, *Marx et la question de la démocratie*, Paris, thèse sous la direction de Alain RENAUT, Université Paris IV, dacty., 2008, 651 p.
- BAUD, Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée ; une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, 243 p.
- BAUD, Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, (*Léviathan*), 1994, 512 p.
- BERN, Thomas, *Gouverner sans gouverner, une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009, 168 p.
- BORRILLO, Daniel, *Rapport génération libre. La libre-disposition de soi : un droit fondamental*, Paris, Génération libre, 2015, 31 p. [en ligne].
- BIOY, Xavier, *Le droit à la personnalité juridique*, dans Xavier BIOY (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse I Capitole, 2013, p. 97-113.
- BORRILLO, Daniel, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Paris, LGDJ, 2019, 160 p.
- BRAGUE, Rémi, *La loi de Dieu*, Paris, Gallimard, 2005, 592 p.
- BRAVANT-GAUDEMET, Brigitte, *Aux origines de l'État moderne : Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1977, (*Études juridiques : histoire du droit*), 342 p.

- BRUFAU PRATS, Jaime, « La noción analogica del *dominium* en Sancto Tomàs, F. de Vitoria y D. de Soto », *Salmanticensis*, t. 4 (1957), p. 96-136.
- BUCKLE, Stephen, *Natural Law and the theory of property, Grotius to Hume*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 340 p.
- CASTELNAU-L'ESTOILE, Charlotte, DE, *Un catholicisme colonial. Le mariage des Indiens et des esclaves au Brésil, XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 2019, 560 p.
- COLLET, Philippe *L'acte coercitif en procédure pénale*, thèse de doctorat sous la direction de Didier REBUT, Université Paris II- Panthéon-Assas, dacty., 2014, Université Paris II- Panthéon-Assas, 2014, 976 p.
- CHAUNU, Pierre, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Paris, Flammarion, 2010, 430 p.
- CHESTERTON, Gilbert Keith, *Plaidoyer pour une propriété anticapitaliste*, trad. Gérard JOULIE, Paris, Éditions de l'Homme Nouveau, 2009, 240 p.
- COLLET, Philippe, *L'acte coercitif en procédure pénale*, thèse de doctorat sous la direction de Didier REBUT, université Paris II- Panthéon-Assas, dacty., 2014, 969 p.
- CONTI ODORISIO, Ginevra, *La famille et l'État dans la République de Jean Bodin*, Paris, L'Harmattan, 2007, 140 p.
- COURTINE, Jean-François, *Nature et empire de la loi*, Paris, VRIN, 1999, 190 p.
- CUDDIHY, William J., *The fourth amendment Origins and Original meaning, (602-1791)*, Orford, Oxford university presse, 2009 800 p.
- DELACHAMBRE-GRIFFON, Albane, *La liberté de la vie privée dans la jurisprudence de la Cour suprême des États Unis, réflexions comparatives sur les enseignements de l'expérience américaine*, thèse sous la direction de Guy Scoffoni, université d'Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 488 p.
- DEMELEMESTRE, Gaëlle, « *Dominium* et *ius* chez Francisco de Vitoria, Domingo de Soto et Domingo Bañez », *Laval théologique et philosophique*, t. 71/3 (2015), p. 473-492.
- DEMELEMESTRE, Gaëlle, « L'humanisme rationnaliste de Diego de Covarrubias », dans Xavier PREVOST et Luigi-Alberto SANCI (dir.), *L'humanisme juridique. Aspects d'un phénomène intellectuel européen*, Paris, Classiques Garnier, 2022, p. 363-392.
- DEMELEMESTRE, Gaëlle, « Les Dominicains et les Indiens », *Clio-Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 16 (2019), p. 1-24.
- DEMELEMESTRE, Gaëlle, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e-XVIII^e)*, thèse sous la direction de Chantal DELSOL, université Paris-Est, dacty., 2009, 556 p.
- DESJARDINS, Albert, *Les cahiers des États Généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, Durand, 1883, 286 p.
- DIJON, Xavier, *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, (*Droit et religion*), 401 p.
- DUNN, John, *La pensée politique de John Locke*, trad. Jean-François BAILLON, Paris, PUF, 1991, (*Léviathan*), 288 p.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'étude juridique*, Bruxelles, Université Saint-Louis, t. 58/1 (2007), p. 1-30.
- FABRI, Éric, « De l'appropriation à la propriété : John Locke et la fécondité d'un malentendu devenu classique », *Philosophiques*, t. 43/2 (2016), p. 343-369.
- FOUCAULT, Michel, *Sécurité, territoire, population*, Paris, Gallimard – Le Seuil, 2004, (*Hautes études*), 448 p.
- GAUCHET, Marcel, *La condition historique*, Paris, Stock, 2003, 350 p.
- GOYARD-FABRE, Simone, *Philosophie politique du XVI^e-XX^e*, Paris, PUF, 1987, 544 p.
- GROSSI, Paolo « La proprietà nel sistema privatistico della Seconda scolastica », Paolo GROSSI (ed.), *La Seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè, 1972, p. 117-222.
- GROSSI, Paulo, *Il dominio e le cose*, Milan, Giuffrè, 1992, 748 p.

- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2012, 392 p.
- HAMILTON, Bérénice, *Political Thought in sixteenth century Spain*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 188 p.
- HAZARD, Paul, *La crise de la conscience européenne*, Paris, Gallimard, 1994, 348 p.
- KATHARINE, Gillespie, *Domesticity and dissent in the seventeenth century*, Cambridge, CUP, 2004, 286 p.
- KERVEGAN, Jean-François (dir.), *Raison pratique et normativité chez Kant : Droit, politique et cosmopolite*, Paris, École Normale Supérieure, 2010, 250 p.
- KRAMER, Matthew H., *John Locke and the Origins of Private Property. Philosophical Explorations of Individualism, Community, and Equality*, Cambridge, Cambridge university press, 1997, 364 p.
- LABBÉE, Xavier, *Condition juridique du corps humain : Avant la naissance et après la mort*, Lille, Septentrion, 2012, 448 p.
- LAE, Jean-François, « L'intimité : une histoire longue de la propriété de soi », *Sociologie et sociétés*, 2003, p. 139-147
- LATOUCHE, Serge, « L'ordre naturel comme fondement imaginaire de la science sociale » dans *Ordre, nature, Propriété*, Études coordonnées par G. KOTZ, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985, 291 p.
- LEMAIRE, Élina, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, 416 p.
- LEMENNICIER, Bertrand, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], t. 15 (2017), p. 27-44.
- LEVY, Leonard W., « Origins of the Fourth Amendment », *Political Science Quarterly*, t. 114 (1999), p. 79-101.
- LEYDEN, Wolfgang, VON, et PASQUIER, Marie-Claire, « La loi, la liberté et la prérogative dans la pensée politique de John Locke », *Revue Philosophique de la France et de L'étranger*, t. 163 (1973), p. 187-203.
- LEYTE, Guillaume, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XIIème-XVème siècle)*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, 445 p.
- LIBERA, Alain, DE, *Archéologie du sujet*, Paris, Vrin, 2007, 448 p.
- MACNALLY, David, « Locke, Levellers and liberty : property and democracy in thought of forst whiggs », *History of Political Thought*, t. 10/1 (1989), p. 17-40.
- MACPHERSON, C. B., *La théorie de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. M. FUCHS, Paris, Gallimard, 2004, 352 p.
- MANENT, Pierre, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, 272 p.
- MANENT, Pierre, *Naissances de la politique moderne : Machiavel, Hobbes, Rousseau (1977)*, Paris, Gallimard, 2007 (Tel), 294 p.
- MARITAIN, Jacques, *La personne et le bien commun*, Paris, Desclée de Brouwer, 1947, 93 p.
- MARX, Karl, *Critique de la philosophie politique de Hegel*, dans *Œuvres III*, éd. M. RUBE, Paris, Gallimard, 1982, (*Bibliothèque de la Pléiade*), p. 904-905.
- MERGEY, Anthony, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, 586 p.
- MEUNIER, Charles, « Dominium et proprietas chez les canonistes et les moralistes du XVI^e et XIX^e siècle, Etude de droit contemporain », *Travaux et recherche de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, t. 23 (1962), p. 125-132.
- MUHLMANN Géraldine, PISIER, Eveline, CHATELET, François, DUHAMEL, Olivier, *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 656 p.
- NEMO, Philippe, *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, 1998, 717 p.
- PARAISO, Véronique, *Pouvoir paternel et pouvoir politique, réflexion théorique et réponses institutionnelles du XVI^e siècle*, Paris, Connaissance et Savoir, 2005, 459 p.

- PASQUINO, Pasquale, « Emmanuel Sieyès, Benjamin Constant et le “gouvernement des modernes” ». Contribution à l'histoire du concept de représentation politique. » *Revue française de science politique*, t. 2 (1987), p. 214-229.
- PASQUINO, Pasquale, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, 262 p.
- PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Nancy, PUF, 1989, 336 p.
- PFISTER, Laurent, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale de droit*, t. 38 (2008), p. 303–338.
- PICQ, Ceslas, « La notion analogique de *dominium* et de droit de propriété », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 1 (1931), p. 52-76.
- POLIN, Raymond, ALLAIS, Maurice, AMOUROUX, Henri, CLUZEL, Jean (dir.) *L'ordre public* [actes du colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques à Paris, 22 et 23 mars 1995], Paris, PUF, 1996, 116 p.
- POUGHON, Jean-Marie, « L'individu propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique ? », *L'Europe des libertés*, t. 11 (2003), [[/leuropedeslibertes.u-strasbg.fr](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr)]
- PREVOST, Xavier, « *Mos gallicus jura docendi*. La réforme humaniste de la formation des juristes », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 89 (2011), p. 491-513.
- PUGLIESE, Giovanni, « *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo* », *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, t. 3 (2018), p. 63-81.
- PUTALLAZ, François-Xavier, SCHUMMACHER, Bernard, (dir.), *Le suicide – Regards croisés*, Paris, Cerf, 2019, 573 p.
- RECHT, Pierre, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, LGDJ, 1969, 338 p.
- REIBTEIN, Ernst, *Johannes, Althusius alsfortsetzer der schule Salamanca*, Karlsruhe, Müller, 1955, 240 p.
- RENAUT, Alain, SOSOES, Lukas K., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, 484 p.
- RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, *Les origines théologiques de la propriété*, Paris, Droz, 1987, 399 p.
- RENET, Thierry, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 587-612.
- REY, Olivier, *Quand le monde s'est fait nombre*, Paris, Stock, 2016, 328 p.
- RIALS, Stéphane, « Le mystère des origines », *Droit, Revue française de théorie juridique*, t. 8 (1988), p. 3-22.
- RIALS, Stéphane, « Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux Origines de la pensée juridique moderne », *Commentaire*, t. 34 (1986), p. 281 et s.
- RIALS, Stéphane, BOUDON, Julien, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, LGDJ, 2017, (*Que sais-je ?*), 128 p.
- RIALS, Stéphane, *La Déclaration des droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1989, 761 p.
- ROUGEMONT, Martine, DE, « L'Invention de l'intimité au siècle des Lumières. » *Dix-huitième Siècle*, t. 29 (1997), p. 674-675.
- ROYNIER, Céline, « *My home is my own Castle*, Protection de l'intérieur et bien public », *Droit et philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey*, t. 7 (2015), p. 1- 8.
- RYAN, Alan, « Self-Ownership, Autonomy and Property Rights », *Social Philosophy and Policy*, t. 11 (1994), p. 241-258.
- RYAN, Alan, *The Making of Modern Liberalism*, Princeton, Princeton university press, 2012, 680 p.
- SAINT-VICTOR, Jacques, DE, BRANTHOME, Thomas, *Histoire de la République*, Paris, Économica, 2018, 1120 p.
- SAINT-BONNET, François et SASSIER, Yves, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, LGDJ., (*Domat droit public*), 2015, 495 p.

- SAINT-BONNET, François, « La liberté des Modernes et la partition de l'espace », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, t. 7 (2015), p. 1-15.
- SALLES, Damien « Droit Royal d'imposer, consentement et mazarinades », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 88/3 (2010), p. 365-396.
- SEN, Amartya, *L'idée de justice*, trad. Paul CHEMLA, Paris, Flammarion, 2010, 560 p.
- SIMON, Françoise, « À la recherche des prémices d'une culture de l'intime », *Itinéraires*, t. 4 (2009), p. 39-62.
- SKINNER, Quentin, « Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté », *Citoyenneté, démocratie, république*, trad. Sylvie COURTINE DENAMY, *Rue Descartes*, janv. 1992, p. 125-144
- SKINNER, Quentin, *Les fondements de la pensée politique moderne*, (1998), trad. Jérôme GROSSMAN et Jean-Yves POUILLOUX, Paris, Albin Michel, 2009, 928 p.
- STOLLEIS, Michael, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2018, 264 p.
- SUPIOT, Alain, *Le travail n'est pas une marchandise*, Paris, Éditions du Collège de France, 2019, 72 p.
- THÉVENIN, Pierre, « Situer la possession. Du droit romain de l'appartenance aux nouveaux modèles propriétaires », *Cléo-Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 14 (2018), 12 p.
- THOMAS, Yves, *Essai sur le consentement à l'impôt aux derniers siècles de l'Ancien Régime (XV^e-XVIII^e)*, Paris, Université-Paris II- Panthéon Assas, thèse dacty., 1974, 750 p.
- THOLOZAN, Olivier, « Le contrat de Travail, révision du concept de louage de service ? », *Revue de recherche juridique*, t. 5 (2014), p. 2199-2211.
- TODESCAN, Franco, « From the "Imago Dei" to the "Bon sauvage": and the Natural Law School, in at the origine of modernity », *At the origin of modernity*, éd. Georges MARTYN, Mortimer SELLER, New York, Springer, 2017, p. 21-43.
- TODESCAN, Franco, « Michel Villey et la Seconde Scolastique », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, t. 8 (2016) [En ligne].
- TORRIONE, Henri, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique ? », dans Gavric ANTO, Sienkiewicz W. GRZEGORZ (éd.), *État de bien commun, Perspective historique et enjeux ético-politiques- Colloque en hommage à Roger Berhousoz*, Berne, Peter Lang, 2007, p. 47-48.
- TORRIONE, Henri, « Philosophie des droits de l'homme et républicanisme, Une autre perspective sur les origines intellectuelles des déclarations des droits », dans Jean-Baptiste ZUFFEREY, Jacques DUBEY, Adriano PREVALI (éd.) *Mélange en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg, Université de Fribourg, 2011, p. 561-590.
- TOURNEUX, Odile, *La souveraineté à l'ère du néolibéralisme*, Paris, Classiques Garnier, 2022, 348 p.
- TULLY, James, *Locke, droit naturel et propriété*, Paris, PUF, (*Léviathan*), 1992, 264 p.
- VILLEY, Michel *Formation de la pensée juridique*, Paris, PUF, 2013, 636 p.
- VILLEY, Michel, « La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique », *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Fierenze, 1972, p. 53-71.
- VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, 176 p.
- VILLEY, Michel, « Les origines de la notion de droit subjectif », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 221-250.
- WALDRON, Jérémy, *The Right to Private Property*, Oxford, Oxford university press, 1988, 480 p.
- WEBER, Max, *Économie et société, Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, 410 p.
- XIFARAS, Mikail, *La propriété - Étude de philosophie du droit*, Paris PUF, 2004, 416 p.
- ZAPPERI, Roberto, « Sieyès et l'abolition de la féodalité en 1789 », *Annales historiques de la Révolution Française*, t. 44/209 (1972), p. 321-351.

II - Secret, intimité et conscience

Sources

- ABADIE, M.G., *De la propriété des lettres missives et de leur utilité au point de vue juridique : thèse pour le doctorat*, Paris, Université de Paris, Fournier, 1882, 164 p.
- AGUESSEAU, Henri François, D', *Œuvres de M. le chancelier d'Aguesseau*, Paris, Libraires Associés, 1789, 694 p.
- Alain DE LILLE, *Liber Poenitentialis*, trad. Jean LONGERE, Louvain, Neuwelarts, 1965, 2 vol.
- ARGENSON, René, D', *Rapports inédits du lieutenant de police René d'Argenson, 1697-1715* : publ. d'après les ms. conservés à la Bibliothèque nationale (Reprod. en fac-sim.) / introd., notes et index par Paul COTTIN, Lichtenstein, Nendeln, 1972, 418 p.
- BARROT, Odilon, *Consultation sur l'inviolabilité du secret des lettres*, Paris, Brière, 1853, 31 p.
- BAYLE, Pierre, *Dictionnaire Historique et critique*, éd. 3, Rotherdam, Michel Bohm, 1720, 4 vol.
- BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. Faustin HÉLIE, Paris, Guillaumin, 1856, 238 p.
- BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Dumont, 1823, 2 vol.
- BENTHAM, Jeremy, *Traité de législation civile et pénale : précédés de principes généraux de législation, et d'une vue complète de droit*, Paris, Masson, 1802, 3 vol.
- BERNIER, Jean, *Essais de médecine*, Paris, Simon Langronne, 1689, 134 p.
- BLOCK, Maurice, *Dictionnaire de l'administration française*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1877, 3 vol.
- BLOY, Léon, *Exégèse des lieux communs [1902]*, Paris, Rivage, 2005, 410 p.
- BOUCHEL Laurent, *Decreta ecclesiae, gallicanae, Parisiis Sebastianis Cramoisy, 1609-1621*, 8 vol.
- BRISSOT DE WARVILLE, Jacques-Pierre, *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, Paris, Desauges, 1781, 10 vol.
- BRISSOT DE WARVILLE, Jacques-Pierre, *Théorie des lois criminelles*, Neufchâtel, Desauges, 1781, 3 vol.
- CALVIN, Jean, *Traité des scandales*, éd. Olivier FATIO, Genève, Droz, 1984, 251 p.
- CARDIN LE BRET, *Traité de la souveraineté du Roi*, Paris, Jacques Quesnel, 1632, 709 p.
- CARNOT, Joseph-François, *Commentaire sur le code pénal*, Paris, Nève, 1836, 2 vol.
- CARNOT, Joseph-François, *Commentaire sur le code pénal*, Paris, Warée, 1824, 2 vol.
- CASTELLION, Sébastien, *De l'impunité des hérétiques*, trad. Marius-François VALKHOFF, Genève, Droz, 1971, 785 p.
- ÉRASME, *L'éducation du prince chrétien*, Paris, Les Belles Lettres, 2016, 254 p.
- FARINACIUS, Prosperus, *Responsa criminalia, Venetiis, Apud Geogium Variscum, 1606-1620*, 3 vol.
- FOUCHÉ, Joseph, *Mémoires de Joseph Fouché, duc d'Otrante, ministre de la police générale (1824)*, Osnabrück, Biblio-Verlag, 1964, 418 p.
- PIC, F. A., *Code des imprimeurs, des libraires, écrivains et artistes, ou recueil et concordance des disposition législatives qui déterminent leurs obligations et leurs droits*, Paris, Chez Corby, 1826, 1127 p.
- CHAMFORT, Sébastien-Roch, *Maximes et Pensées*, Paris, Les éditions G. grès et C^{ie}, 1783, 196 p.
- CHARRON, Pierre, *De la sagesse*, Paris, Amaury Duval, 1827, 3 vol.

- CHASSAIGNE, Henri, DE LA, *Essai sur la diffamation envers les particuliers en droit français et sur les injures en droit romain*, Paris, Remquet, 1861, 227 p.
- CHOBHAM, Thomas, DE, *Summa confessorum*, F. Broomfield éd., Louvain, Nauwelaerts, 1968, 722 p.
- CICÉRON, *Pour sextus roscius [Pro Roscio]*, trad. François HINARD, Paris, Les Belles Lettres, 2009, 178 p.
- CLERMONT-TONNERRE, Stanislas, DE, « Rapport de M. le comte de Clermont-Tonnerre, contenant le résumé des cahiers du point de vue de la Constitution », lors de la séance du 27 juillet 1789, *A. P.* 1^{ère} série, t. 8, p. 283-285.
- COFFINIÈRES, Antoine Siméon Gabriel, *Traité de la liberté individuelle*, Paris, Videcoq, 1840, 2 vol.
- COLLET, Pierre, *Abrégé du Dictionnaire des cas de conscience de M. Pontas*, Paris, Libraires associés, 1764, 2 vol.
- COQUILLE, Guy *Institutions au droit français*, Paris, 1607, 364 p.
- CORLIEU, Auguste, *L'ancienne faculté de médecine de Paris*, Paris, Delahaye, 1877, 281 p.
- COSSON, Émile, « De la publication des lettres missives, Question de propriété littéraire », dans Charles CONSTANT (dir.), *La France judiciaire*, Paris, Durand et Pedone, 1889, p. 100-118.
- DELAMARE, Nicolas, *Traité de la Police*, Paris, Pierre Cot, 1710, 4 vol.
- DOMAT, Jean, *Le droit public et Legum delectus* (1697), Paris, Hericourt, 1745, 2 vol.
- DOMAT, Jean, *Traité des lois* (1689), dans *Œuvres complètes*, Paris, Didot, 1828, p. 1-75.
- DOMAT, Jean, *Les quatre livres du droit public* (1697), Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, 588 p.
- DUPUY, Pierre, *Commentaire sur le Traité des Libertez de l'Église Gallicane de Maistre Pierre Pitbou*, 3^e éd., Paris, Cramoisy, 1652, 4 vol.
- DURAND DE MAILLANE, Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Lyon, Duplain, 1776, 5 vol.
- DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Code pénal annoté*, Paris, Guyot, 1833, 100 p.
- FOUCHÉ, Joseph, *Mémoires de Joseph Fouché, duc d'Otrante, ministre de la police générale*, Osnabruck, Verlag, 1824, 418 p.
- GARÇON, Émile, *Code pénal annoté*, Paris, Larousse, 1901, 3 vol.
- GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique de droit français*, 1^{ère} éd., Paris, Larose et Forsel, 1888-1894, 5 vol.
- GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1898-1902, 6 vol.
- GASPAR, Juénin, *Théorie et pratique des sacrements, des censures, des monitoires et des irrégularités*, Paris, Roulland, 1713, 2 vol.
- GENET, François (par ordre de Mgr Le Camus, évêque de Grenoble), *Théologie morale ou résolution des cas de conscience selon l'Écriture sainte, les canons, et les saints Pères*, Rouen, Ch. Ferrand, 1739, 8 vols.
- GENET, François, *Théologie morale ou résolution des cas de conscience selon l'Écriture sainte, les canons, et les saints Pères*, nouv. éd. Rouen, Vve Ch. Ferrand, 1739, 8 vol.
- GENY, François, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Larose et Tenin, 1911, 2 vol.
- GIBERT, Jean-Pierre, *Consultations canoniques sur le sacrement de pénitence*, Paris, Mariette, 1725, 8 vol.
- GIESKER, Hans, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten*, Dissertation inaugurale à l'université de Zurich, 1904, 192 p.
- GRACIAN, Baltasar s. j., *L'homme de cours* (1647), Paris, Champs Libre, 1983, 192 p.
- GRATIEN [Gratianus], *Decretum Gratiani* (1150), éd. Emil Friedberg, Leipzig, Tauchnitz, 1879-1881, 2 vol.

- Grégoire LE GRAND, *Règle pastorale*, I, 1, trad. Charles MOREL S. J., intr. et notes Bruno JUDIC, Paris, Cerf, 1992 (*Sources chrétiennes*, 381), 564 p.
- Grégoire LE GRAND, *Homilia in Hiezechielem prophetam*, éd. Marc ADRIAEN, Turnhout, Brepols, 1971, 461 p.
- GUILLAUTÉ, Alexandre, *Mémoire sur la réformation de la police de France, soumis au Roi en 1749 par M. Guillauté, officier de la Maréchaussée de l'Ile de France*, éd. Jean SEZNEC, Paris, Editions Hermann, 1974, 116 p.
- HABERT, Louis, *Pratique du sacrement de pénitence ou Méthode pour l'administrer utilement*, Paris, Alix, 1729, 539 p.
- HABERT, Louis, *Pratique du sacrement de pénitence*, Paris, Alix, 1729, p. 182-184.
- HALLAYS, André, *Droit romain : les comices à Rome : Droit français : le secret professionnel*, Paris, Rousseau, 1890, 274 p.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, 1150 p.
- HEGEL, Georg-Wilhelm, *Principe de la philosophie du droit*, trad. Jean-Louis VIELLARD-BARON, Paris, Flammarion, 1999, 444 p.
- HEPP, Edgar, *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, Strasbourg, Berger-Levrault, 1864, 156 p.
- HIPPOCRATE, *Œuvres complètes d'Hippocrate*, trad. Émile LITTRÉ, Paris, Baillière, 1844, 10 vol.
- HOBBS, Thomas, *Léviathan or the Matter Forme, and Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, London, Andrew Crooke, 1651, 445 p.
- HOBBS, Thomas, *Léviathan*, trad. Gérard MAIRET, Paris, Gallimard, 2000, 1024 p.
- HOBBS, Thomas, *Behemoth or the long parlement*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, 212 p.
- HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Venetiis, Ad candenti Salamandrae insigne, 1570, 512 p.
- JOLY DE CHOIN, Louis-André, *Instructions sur le rituel*, Lyon, Frères Périsse, 1780, 3 vol.
- JOUSSE, Daniel, *Traité de justice criminelle de la France*, Paris, Debure, 1771, 4 vol.
- JUENIN Gaspard, *Théorie et pratique des sacrements, des censures, des monitoires et des irrégularités*, Paris, Roulland, 1713, 2 vol.
- L'HOSPITAL, Michel, DE, « Harangue prononcée à l'ouverture de la session des États Généraux le 13 décembre 1560 » dans *Œuvres complètes*, Paris, P. J. S. Dufey, 1824, p. 343-413.
- L'HOSPITAL, Michel, DE, « Harangue devant l'assemblée des États Généraux de Saint Germain en Laye le 26 août 1561 » dans *Œuvres complètes*, Paris, Boulland, 1832, p. 441-458.
- LA BRUYÈRE, Jean, DE, *Les caractères (1688)*, Paris, Flammarion, 1880, 376 p.
- LA MOTHE LE VAYER, François, DE, *Dialogue fait à l'imitation des anciens, De la vie privée*, Paris, Honoré-Champion, 2015, 624 p.
- LAFFORGUES, Jules, *Du secret professionnel en médecine, en droit français*, Thèse pour le doctorat, université de Toulouse, 1888, 162 p.
- LANFRANC DU BEC, *De celandā confessione ibellus* [1089], dans *Œuvres*, éd. Dom L. D'ACHÉRY, Paris, 1648, p. 379-382.
- LE POIX DE FREMINVILLE, Edme, *Dictionnaire ou traité de la police*, Paris, Gissey, 1771, 620 p.
- LENGLET DU FRESNOY, Nicolas (licencié en théologie), *Traité historique et dogmatique du Secret inviolable de la confession* (1708), 2^e éd., Paris, J. Musier, 1715, 437 p.
- LENGLET DU FRESNOY, *Traité historique et dogmatique du secret inviolable de la confession, où l'on montre quelle a toujours été à ce sujet la doctrine et la discipline de l'Église, avec résolution de plusieurs difficultés qui surviennent sur cette matière*, Paris, Jean Musier, 1708, 459 p.
- LENOIR, Jean-Charles Pierre, « Mémoires », Titre 12, De la police judiciaire et administrative, Médiathèque d'Orléans fond anciens, Mss. 1400, fol. 859.

- LEMESLE, Bruno, « Corriger les excès. L'extension des infractions, des délits et des crimes, et les transformations de la procédure inquisitoire dans les lettres pontificales (milieu du XII^e siècle-fin du pontificat d'Innocent III) », *Revue historique*, n° 660 (2011/4), p. 747-779.
- LEYSER, Augustin, VON, *Meditationes ad Pandectas*, Wittemberg, Beyer, 1772, 3 Vol.
- LIGNON, Paulin, *Des injures et des libelles diffamatoires en droit romain et de la diffamation envers les particuliers en droit français*, Toulouse, imprimerie de Caillol, 1869, 172 p.
- LIPSIENSIS, *Summa « Omnis qui juste judiciat » sive Lipsiensis*, éd. Peter LANDAU et alii, Città del Vaticano, Biblioteca apostolica vaticana, 2014, 3 vol.
- LOCHON, Étienne, *Traité du secret de la confession, pour servir d'instruction aux confesseurs et pour rassurer les pénitents*, Bruxelles, Antoine Lemmens, 1708, 120 p.
- LOCKE, John, *Lettre sur la tolérance* (1690), trad. Jean Le Clerc et Jean Fabien SPITZ, Paris, Flammarion, 2007, 72 p.
- LOUIS XIV, *Ceuvre de Louis XIV*, Paris, Treuttel et Würtz, 1806, 6 vol.
- LUTHER, Martin, *De l'autorité temporelle et dans quelle mesure on lui doit obéissance* (1523), trad. Joël LEFEBRE, Paris, Aubier-Montaigne, 1973, 329 p.
- LUTHER, Martin, *De la liberté du chrétien* (1520), trad. Jean François GILMONT, Paris, Seuil, 1996, 163 p.
- LUTHER, Martin, *Les grand écrits réformateurs – la noblesse chrétienne de la nation allemande – la liberté du chrétien*, trad. Maurice GRAVIER, Paris, Flammarion, 1997, 265 p.
- LUTHER, Martin, *Ceuvres choisies*, Genève, Labor et Fides, 1957-2015, 19 vol.
- MADISON, James, *Letters and Other Writings of James Madison: Fourth President of the United State*, Philadelphia, 1865, t. I, p. 163
- MAILLEFAUD, Abel, *De l'outrage public à la pudeur*, Thèse pour le doctorat, Université de Lyon, 1896, 169 p.
- MALDERUS, [MALDEREN], Jean, VAN, *Tractatus de Sigillo Confessionis Sacramentalis [Traité du sceau de la confession]* Antwerpen, ex officina Plantiniana, 1626, 208 p.
- MANUEL, Pierre, *La police dévoilée*, Paris, Garnery, 1793, 2 vol.
- MONTAIGNE, *Les essais*, Nouvelle édition sous la direction de Bernard COMBEAUD, Paris, Robert Laffont, 2019, 1124 p.
- MONTAIGNE, *Les essais*, éd. Jean BALSAMO, Michel MAGNIEN, Catherine MAGNIEN-SIMONIN, Paris, Gallimard, 2007, (*Bibliothèque de la Pleïade*), 1969 p.
- MONTESQUIEU, Louis, SECONDAT, DE, *De l'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1993, 2 vol.
- MUTEAU, Charles, *Du secret professionnel*, Paris, Marescq, 1870, 565 p.
- PASQUIER, Étienne, *Exhortation aux princes et seigneurs du Conseil privé du Roy pour obvier aux séditions qui occultement semblent nous menacer pour le fait de la Religion*, Paris, 1561, 47 p.
- PENAFORT, Raymond, DE, *Summa de Paenitentia et matrimonio*, Avinione, Francisci Mallard, 1715, 850 p.
- PÉTION, Jérôme, *Discours sur la liberté de la presse*, Paris, Imprimerie nationale, 1791, 33 p.
- PILLET aîné (éd.), *Commission de la propriété littéraire, Collection des procès-verbaux*, Paris, Impr. de Pillet aîné, 1826, 442 p.
- PIONIN, Charles, *Dictionnaire de police et théorie sur la constatation des crimes délits et contraventions*, Paris, A. Marescq et Dujardin, 1855, 436 p.
- RANCHIN, François, *Opuscules ou traités divers et curieux en médecine*, Lyon, Ravaud, 1640, 824 p.
- RENOUARD, Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteurs*, Paris, Renouard, 1839, 2 vol.
- ROUX, L. « Les médecins », dans Léon CURMER, *Les Français peints par eux-mêmes, Encyclopédie morale du XIX^e siècle*, Paris, Cumer, 1840, t. I, p. 105-117.

- SARTORIS, Jean-Pierre, *Éléments de la procédure criminelle suivant les ordonnances de France, les constitutions de Savoie, et les Édits de Genève*, 1773, 2 vol.
- SERVANT, Michel, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, Barbier, 1767, 2 vol.
- SPINOZA, Bachuch, *Traité théologico-politique*, [Tractatus theologico-politicus], trad. Jules Gustave PRAT, Paris, Allia, 2015, 416 p.
- STRAUSS, Léo, *Spinoza's critique of Religion*, New York, Schocken Kooks, 1965, 351 p.
- TERTULLIEN, *Œuvres complètes*, Paris, Les Belles Lettres, 2017, 1170 p.
- Thomas D'AQUIN (Saint), *Du Secret*, trad. Charles DUYCK, 2004 [/docteurangelique.free.fr/].
- Thomas DE VIO [CAJETAN CARDINALE], *De sigilo confessionis*, dans *Opuscula omnia*, Lugduni, Philippi Florentini, 1548, p. 132-134.
- TISSOT, Joseph, *Le droit pénal dans les principes, dans les usages et dans les lois des différents peuples du monde*, Paris, Cotillon, 1860, 2 vol.
- TRÉBUCHET, Adolphe, *Jurisprudence de la médecine et de la chirurgie*, Paris, Baillière, 1834, 756 p.
- TRÉBUTIEN, Eugène, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Durand, 1854, 2 vol.
- VERDIER, Jean, *Essai sur la jurisprudence de la médecine en France*, Paris, Malassi, 1763, 383 p.
- VERDIER, Jean, *La jurisprudence de la chirurgie en France*, Paris, Didot, 1764, 2 vol.
- VIVIEN DE GOUBERT, Alexandre-François, *Études administratives*, 1^{ère} éd., Paris, Guillaumat, 1845, 2 vol.
- VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance* (1761), Paris, Flammarion, 2016, 190 p.
- WALRAS, Auguste, *Réfutation de la doctrine de Hobbes sur le droit naturel de l'individu*, Évreux, Ancelle fils, 1835, 74 p.
- ZACCHIA, Paolo, *Quaestiones medico-legales*, Amsterdam, Blaeve, 1651, 9 vol.

Bibliographie

- ALLAZ, Camille, *Histoire de la poste dans le Monde*, Paris, Pygmalion, 2013, 686 p.
- ARIÈS, Philippe et DUBY, Georges (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 3 : De la Renaissance aux lumières*, Paris, Seuil, 2000, 635 p.
- BAUD, Jean-Pierre, « Du secret de la maison au secret de l'hôpital », *Cités*, t. 26-2 (2006), p. 15-25.
- BAUDOIN, Jean-Louis, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la Common Law*, LGDJ., 1965, 250 p.
- BEAUVERD, Jean (dir.), *Intime, intimité, intimissime*, Lille, Société d'études romantiques de l'université de Lille, 1976, 224 p.
- BÉLY, Lucien, *La France moderne, 1498-1789*, Paris, PUF, 1994, 670 p.
- BENABOU, Erica-Marie, *La prostitution et la police des mœurs au XVIII^e siècle*, Paris, Librairie Académique Perrin, 1987, 547 p.
- BERGEL, Pierre, MILLOT, Vincent, *La ville en ébullition : Sociétés urbaines à l'épreuve*, Rennes, PUR, 2014.
- BERGOGNAN-ESPER, Claudine, SARGOS, Pierre, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 2020, 900 p.
- BERNOS, Marcel, *Les sacrements dans la France des XVII^e et XVIII^e siècles : Pastorale et vécu des fidèles*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2007, 348 p.
- BIGOT, Grégoire *Introduction au droit administratif*, Paris, PUF, 2002, 392 p.

- BIGOT, Grégoire, *L'administration française*, Paris, LGDJ., 2014, 2 vol.
- BINOCHE, Bertrand, *Religion privée, opinion publique*, Paris, Vrin, 2012, 232 p.
- BLANC, Olivier (dir.), *Les Espions de la Révolution et de l'Empire*, Paris, éd. Perrin, 1995, 371 p.
- BONELLO, Yves-Henri, *Le Secret*, Paris, PUF, 1998, 127 p.
- BOUDOU, Bénédicte, *La Sphère privée à la Renaissance*, Paris, Garnier, 2021, 483 p.
- BRAECKMANS, Louis, *Confession et communion au Moyen Âge et au concile de Trente*, Paris, Duculot, 1971, 221 p.
- BURDEAU, Georges, *Histoire de l'administration française, du 18^e au 20^e siècle*, Paris, Montchrestien, 2014, 377 p.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, *Histoire du droit canonique et des institutions de l'Église latine (XV^e-XX^e siècle)*, Paris, Economica, 2013, 700 p.
- CAPLAN, Jane et TORPEY, John (dir.), *Documenting individual identity: the development of state practices in the modern world*, Princeton, Princeton university press, 2001, 415 p.
- CARBASSE, Jean-Marie, « La place du secret dans l'ancien procès pénal » dans Jean-Pierre ROYER, Bernard DURAND (dir.), *Secret et justice* (actes du colloque organisé par le Centre d'Histoire Judiciaire de Lille II, l'Institut d'Histoire du droit de Montpellier I et le Centre d'Étude d'Histoire Juridique de Paris II, Lille, 3-5 décembre 1998), Lille, L'Espace juridique, 2000, p. 207-224.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, 544 p.
- CARBASSE, Jean-Marie, LEYTE, Guillaume, SOLEIL, Sylvain, *La Monarchie française du milieu du XVI^e siècle à 1715. L'esprit des institutions*, Paris, SEDES, 2000, 278 p.
- CASTAGNINO, Florent « Critique des *surveillances studies*, Éléments pour une sociologie de la surveillance », *Déviance et Société*, t. 42/ 1 (2018), p. 9-40.
- CAVANAUGH, William, *Le mythe de la violence religieuse*, Paris, Éditions de l'Homme Nouveau, 2009, 382 p.
- CHELINI-PONT, Blandine, MOSE, Grégory, « La laïcité américaine aujourd'hui ou la bataille du Premier Amendement », *Revue du droit des religions*, t. 4 (2017), p. 83-103
- CHRÉTIEN, Jean-Louis, *L'espace intérieur*, Paris, Éditions de Minuit, 2014, 272 p.
- CHRISTIN, Olivier, *Confesser sa foi. Conflit confessionnels et identités religieuses dans l'Europe moderne (XVI^e-XVII^e siècle)*, Paris, Champ Vallon, 2009, 210 p.
- CONTIS, Maïalen, *Secret médical et évolution du système de santé* [thèse de droit sous la direction du Professeur Claire Neirinck], Université de Pau et des Pays de l'Adour, 608 p.
- CORVISIER, André, *Les contrôles de troupe de l'ancien régime*, Paris, CNRS, 1968, 144 p.
- COTTRET, Bernard, *Histoire de la Réforme Protestante*, Paris, Tempus Perrin, 2010, 640 p.
- COTTRET, Bernard, *La Révolution américaine*, Paris, Tempus Perrin, 2004, 528 p.
- COTTRET, Bernard, *La Révolution anglaise*, Paris, Tempus Perrin, 2018, 735 p.
- COUDREUSE, Anne, et SIMONET-TENANT, Françoise (dir.), *Pour une histoire de l'intime et de ses variations*, Paris, l'Harmattan, 2009, (*Itinéraires*), 201 p.
- DAMIEN, André, *Le secret nécessaire*, Paris, Desclée de Brouwer, 1989, 140 p.
- DANIÉLOU, Jean, *L'Église des premiers temps* (1963), Paris, Seuil, 1985, 284 p.
- DENIS, Vincent et MILLIOT, Vincent, « Police et identification dans la France des Lumières », *Genèses*, t. 54/1 (2004), p. 4-27.
- DENIS, Vincent, *Une histoire de l'identité en France, 1715-1815*, Paris, Champ Vallon, 2008, 462 p.
- DEPAUW, Jacques, « Pauvres, pauvres mendiants, mendiants valides ou vagabonds ? Les hésitations de la législation royale... », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 21/3 (1974), p. 401-418.

- DEPRAU, Alexis, *Renseignement public et sécurité nationale*, thèse sous la direction d'Olivier FORCADE, université Paris II Panthéon-Assas, dacty., 2017, 778 p.
- DEROSIÈRE, Alain, *La Politique des grands nombres : Histoire de la raison statistiques*, Paris, La Découverte, 2010, 462 p.
- DRUWÉ, Wouter, *Sanctum in the early Bolognese decretistic ans papal decretals 1140-1234*, Levin, Spicilegium sacrum Laovaniense, 2018, 110 p.
- ELOI, Clément, « Le Droit selon BECCARIA », *Revue juridique de l'Ouest*, t. 4 (2014), p. 41-62.
- EPRON, Quentin, « Le gallicanisme a-t-il connu l'idée d'un ordre juridique ? », *Droit*, t. 35 (2002), p. 3-24.
- FANTINI, Bernardino, D. GRMEK Mirko, (dir.), *Histoire de la pensée médicale en Occident*, trad. Maria-Laura BARDINET-BROSO, Satu MARJAANA HALLE, Louise L. LAMBRICHS, etc., Paris, Seuil, 1995-2014, 4 vol.
- FOA, Jérémie, « Ils mirent Jésus Christ aux faubourgs ». Remarques sur la contribution des guerres de Religion à la naissance d'un « espace privé », *Histoire urbaine*, t. 19/2 (2007), p. 129-143.
- FOA, Jérémie, *Le tombeau de la paix, Une histoire des édits de pacification (1570-1572)*, Limoges, PULIM, 2015, 546 p.
- FOA, Jérémy, « Marques et contremarques : la dimension spatiale des conflits entre protestants et catholiques au début des Guerres de Religion (1560-1574) », *Travaux de l'Institut Géographique de Reims*, t. 121 (2005), p. 103-117.
- FOA, Jérémie, « Remarques sur la contribution des guerres de Religion à la naissance d'un espace privé », *Histoire urbaine*, t. 19 (2007), p. 129-143.
- FORLEN, Antonin, *La dimension historique de la notion d'ordre public (XVI^e-XIX^e siècles)*, thèse sous la direction de Yves JEANCLOS, Strasbourg, Université Strasbourg, dacty., 2016, 632 p.
- FOSSIER, Arnaud-Vivien, « La contagion des péchés (XI^e-XIII^e siècles) : Aux origines canoniques du biopouvoir ? » *Revue de Sciences Humaines*, ENS Éditions, 2011, p. 23-39.
- FOSSIER, Arnaud-Vivien, « *Propter vitandum scandalum*. Histoire d'une catégorie juridique (XII^e-XV^e siècles) », *Mélanges de l'École française de Rome*, Rome, École française de Rome, 2009, p. 317-348.
- FOSSIER, Arnaud-Vivien, « Scandale, vérité et gouvernement de l'Église (XII^e-XIV^e siècles) », dans *La vérité : Vérité et crédibilité : construire la vérité dans le système de communication de l'Occident (XIII^e-XVII^e siècle)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2015, p. 365-377.
- FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, tome 1- La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, 211 p.
- FOUCAULT, Michel, *Les anormaux, Cours au Collège de France*, Paris, Gallimard, 1999, 356 p.
- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 2004, 360 p.
- FOSTER, Stephen, *The Long Argument : English Puritanism and the Sharpening of New England Culture, 1570-1700*, Williamsburg, Omohundro Institute, 2012, 415 p.
- FRANÇOIS, Etienne, *Identité et pluralisme, Augsburg 1648-1806*, Paris, Albin Michel, 1993, 400 p.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Secret professionnels*, Paris, Autrement, 1999, 255 p.
- GABRIEL, Frédéric, « Qu'est-ce que dévoile l'intime ? Individu, internalisation et ecclésiologie (XVI^e-XVII^e siècle) ». *L'expression de l'intériorité : vivre et dire l'intime à l'époque moderne*, Centre Interlangues, non paginé, 2012. Certaines traductions utilisent : « point de partage de l'âme et de l'esprit. »
- GAUCHET, Marcel, *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985, 336 p.
- GILLES, David, « Jean Domat et les fondements du droit public », *R.H.F.D.*, n. 25-26 (2006), p. 93-119.
- GIRAUD, Alfred, « De la surveillance de la haute police et de la réhabilitation », *Revue historique de droit français et étranger*, éd. Édouard LEFEBVRE DE LABOULAYE, Rodolphe DARESTE, Eugène DE ROZIERE, Charles GINOULHIAC, Paris, Auguste Durand, 1861, t.VII, p. 525- 578.
- GRANGE, Ninon, « Le secret, un partage baroque du politique », *Rue Descartes*, t.98 (2020), p. 14-41.

- GRMEK, Mirko Drazen, « Le secret médical du serment d'Hippocrate au code pénal de Napoléon », *Internationaler Kongress für Geschichte der Medizin*, Basel, Karger, 1966, p. 604-611
- GUIAS, Rachel, *La prise en compte de l'intention dans le procès romano-canonique médiéval : Du for interne au crime public*, Mémoire de Master 2, Université Paris II, dacty., 2013, 212 p.
- GY O. P., Pierre-Marie, « Le précepte de la confession annuelle (Lafran IV. ca. 21) et la détection des hérétiques : S. Bonaventure et S. Thomas contre S Raymond de Peñafort », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, t. 58 (1974), p. 444-450.
- HAROCHE, Claudine, CAVAILLE, Jean-Pierre, « De la construction des apparences au culte de la transparence. Simulation et dissimulation entre le XVII^e et le XVIII^e siècle. », *Littératures classiques*, t. 34 (1998), p. 73-102.
- HILL, Christopher, *Society and Puritanism in Pre-Revolutionary England*, London, Verso, 2018, 464 p.
- HONORÉ, Léon, « Le Secret de la Confession, étude historico-canonique », *Revue des Sciences Religieuses*, t. 5 (1925), p. 143-144.
- HUGON, Alain, « Le secret, nouvelle frontière entre la sphère privée et la sphère publique à l'âge baroque ? » dans Sylvain ANDRE, Philippe CASTEJON et Sébastien MALAPRADE, *Arcana imperii. Gouverner par le secret à l'époque moderne (France, Espagne, Italie) Les Indes savantes*, 2019, p. 141-156.
- IACUB, Marcela, *Par le trou de la serrure, Une histoire de la pudeur publique XIX^e-XXI^e siècle*, Paris, Fayard, 2008, 360 p.
- IMBERT, Antoine, LE NOAN, Erwan, « James Madison, la liberté religieuse et la laïcité », *Société, droit et religion*, t. 2/1 (2012), p. 97-112.
- JOUANNA, Arlette, *La France du XVI^e siècle, 1483-1598*, Paris, PUF, 2012, 720 p.
- JEAN PIERRE, Didier, *L'Éthique du fonctionnaire civil son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles française*, 1999, LGDJ., 547 p.
- KANTOROWICZ, Ernst H., « Mysteries of state. An absolutist concept and its late medieval origins », *Harvard Theological Review*, XLVIII-1, 1955, p. 65-91 (trad. Ernst H. KANTOROWICZ, *Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris, PUF, 1984, p. 75-103).
- KAPLAN, Benjamin, « Fictions of Privacy: House Chapels and the Spatial Accommodation of Religious Dissent in Early Modern Europe », *The American Historical Review*, t. 107 (2002), p. 1031-1064.
- KOSELLECK, Reinhart, *Le règne de la critique*, trad. Hans Hidenbrad, Paris, Éditions de Minuit, 1979, 192 p.
- LE CLERC, Nicolas-Gabriel, *La boussole morale et politique des hommes et des empires, dédiée aux nations*, Boston, [s.n.d.] 1779, 145 p.
- LECLERC, Joseph, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Paris, Albin Michel, 1994, 853 p.
- LECU, Anne, *Le secret médical, vie et mort*, Paris, Cerf, 2016, 320 p.
- LEGENBRE, Pierre, « Domat, théoricien de l'État-Gendarme », *Mélanges Émile Giraud*, 1966, p. 247-258.
- LEVELEUX-TEIXEIRA, Corinne, « Le droit canonique médiéval et l'horreur du scandale », *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, t. 25 (2013), p. 193-211.
- LÉVY SOUSSAN, Pierre, *Éloge du secret*, Paris, Fayard, 192 p.
- LUBAC, Henri, DE, *La postérité spirituelle de Joachim de Flore*, Paris, Cerf, 2014, 960 p.
- LUNEL, Alexandre, *L'organisation des professions médicales sous l'Ancien Régime : entre corporatisme et autorité royale : XV^e siècle-XVIII^e siècle*, thèse sous la direction de Jean-Louis HAROUEL, Université Paris II-Panthéon-Assas, dacty., 2005, 2 vol.
- MALANDAIN, Gilles, « Les mouches de la police et le vol des mots. Les gazetins de la police secrète et la surveillance de l'expression publique à Paris au deuxième quart du XVIII^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1995, p. 376-404.

- MANENT, Pierre, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Pluriel, 2017, 252 p.
- MANENT, Pierre, *Montaigne, l'homme sans loi*, Paris, Flammarion, 2021, 372 p.
- MANENT, Pierre, *Naissances de la politique moderne : Machiavel, Hobbes, Rousseau (1777)*, Paris, Gallimard, (Tel), 2007, 294 p.
- MANLIO, Sodi et SARACO, Alessandro, *Confession et communion au moyen âge et au concile de Trente*, Louis Braeckmans, Duculot, 1971, 221 p.
- MANSFIELD, Mary, *The humiliation of Sinners : Public in Therteenth-Century France*, Cornell, Cornell university press, 320 p.
- MARROT, Pierre-Yves, « Fonctions et mutations des fichiers de police (surveiller, enquêter et punir) », *AJ Pénal*, t. 2 (2007), p. 61-64.
- MAYEUR, Jean-Marie, PIETRI, Luce, VAUCHEZ, André, VENARD, Marc (dir.), *Histoire du christianisme, tome 8 Le temps des confessions (1530-1620)*, Paris, Desclée, 1992, 1236 p.
- MERLY, Benoît, « Confession, direction spirituelle, ouverture de conscience et gouvernement dans les sociétés de vie apostolique : un équilibre toujours délicat. » 2019, HAL. 31 p.
- MILLET, Olivier, « Sphère publique et sphère privée dans l'œuvre et la pensée de Calvin », *School of sociology journal*, t.89 (2001), p. 41-51.
- MILLIOT, Vincent, « L'œil et la mémoire : réflexions sur les compétences et les savoirs policiers à la fin du XVIII^e siècle, d'après les « papiers » du lieutenant général Lenoir », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, t. 19, t. 2 (2008), p. 51-73.
- MILLIOT, Vincent, « L'admirable police », *Tenir Paris au siècle des lumières*, Paris, Champ Vallon, 2016, 384 p.
- MILLIOT, Vincent, « Police et identification dans la France des Lumières », *Genèses*, t. 54/1 (2004), p. 4-27.
- MOREAU, Pierre-François, *Hobbes : philosophie, science, religion*, Paris, PUF, 1989, 128 p.
- NAPOLI, Paolo, « Police : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, PUF, t. 20 (1994), p. 183-196,
- NAPOLI, Paolo, *La naissance de la police moderne*, Paris, La Découverte, 2003, 312 p.
- NEMO-PEKELMAN, Capucine, « Scandale et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XII^e-XIII^e siècles) », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 85/4 (2007), p. 491-504.
- NIETSCHE, *Aurore* (1881), trad. Éric BLONDEL, Paris, Flammarion, 2012, 420 p.
- NOIRIEL, Gérard, *L'identification. Genèse d'un travail d'Etat*, Paris, Belin, 2007, (*Socio-histoires*), 271 p.
- OLIVIER-MARTIN, François, *Le régime des cultes en France du Concordat de 1516 au Concordat de 1801*, Paris, éd. Loysel, 1988, 455 p.
- PARDAILHE-GALABRUN, Annick, *La naissance de l'intime, 3 000 foyers parisiens XVII^e-XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1988, 528 p.
- PASTORELLO, Thierry, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, t. 112-113 (2010), p. 197-208.
- PELTIER, Virginie, *Le secret des correspondances*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 732 p.
- PINET Marcel (dir.) *Histoire de la fonction publique*, Paris, Nouvelle librairie de France, 1993, 3 vol.
- PINGUE, Danièle, ROTHOT Jean-Paul, GODINEAU, Dominique et JOLLET Anne (dir.), *La surveillance révolutionnaire dans l'ouest en guerre*, Paris, Société d'études robespierristes, 2017, 159 p.
- PINTAR, René, *Le libertinage érudit dans la première moitié du XVII^e siècle*, Paris, Boivin, 1943, 767 p.
- PIONIN, Charles, *Dictionnaire de police et théorie sur la constatation des crimes délits et contraventions*, Paris, A. Marescq et Dujardin, 1855, 436 p.

- POULLET, Yves et ROUVROY, Antoinette, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », dans *État de droit et virtualité*, Éditions Karim BENYEKHEF et Pierre TRUDEL, *Thémis*, Montréal, 2009, p. 157-222.
- PORTES, Louis, *À la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson, 1964, 210 p.
- PRADEL, Jean, « L'incidence du secret médical sur les cours de la justice pénale », *J.C.P.*, 1969 I, 2234.
- PRÉLOT, Pierre-Henri, « L'ordre public des religions : un itinéraire », *Revue de droit des religions*, t. 9 (2020), p. 59-72
- PRODI, Paolo, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Mulino, 2015, 499 p.
- PUY-MONTBRUN, Bernard, DU, *La détermination du secret chez les ministres du culte : le secret pastoral en droit canonique et en droit français* [préface de Jean Pradel], Dijon, L'échelle de Jacob, 2012, 477 p.
- RAYNAUD, Philippe, « Un nouvel âge du droit », *Archive de philosophie*, Paris, t. 64 (2001), p. 41-56.
- RAYNAUD, Philippe, *La laïcité. Histoire d'une singularité française*, Paris, Gallimard, 2019, 256 p.
- ROUILLARD, Philippe, *Histoire de la pénitence des origines à nos jours*, Paris, Cerf, 1998, 210 p.
- SAINT-BONNET, François, « La Restauration de la religion de l'État et la liberté des cultes », *Jus politicum*, t. 16 (2014), p. 1-16.
- SALVI, Élisabeth (dir.), *Cesare Beccaria : la controverse pénale, XVIII^e-XXI^e siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015, 350 p.
- SARACO Alessandro, *Penitenza e penitenziaria nel « secolo » del concilio di Trento, Prassi e dottrine in un mondo piu largo (1517-1614)*, Roma, Libreria editrice Vaticana, 288 p.
- SAVATIER, René, AUBY, Jean-Marie, PEQUIGNO, Henri, SAVATIER, Jean, *Traité de droit médical*, Paris, Librairie technique, 1956, 574 p.
- SCHLANGER, Jacques, « Le philosophe et son masque », dans *Gestes de philosophes*, éd. Jacques SCHLANGER (dir). Paris, Aubier (*programme Relire*), 1994, p. 39-60.
- SELZNER, Cyril, *Conscience, Réforme et Révolution, Les transformations de la conscience morale dans la Réforme et le puritanisme anglais aux XVI^e et XVII^e siècles*, thèse sous la direction de Laurent JAFFRO, Université-Paris I, dacty., 2010, 694 p.
- SILD, Nicolas, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, thèse sous la direction de Stéphane RIALS, Université Paris II, dacty. 2015, 679 p.
- SIMMEL, Georges, *Les grandes villes et la vie de l'esprit* (1903), trad. J.L. Veillard-Baron, Paris, Payot, 2013, 112 p.
- SIMMEL, Georges, *Le secret et société secrète*, Paris, Circé, 1998, 119 p.
- SPITZ, Jean-Fabien, *La liberté politique essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, 1995, (*coll. Léviathan*), 509 p.
- SUPIOT, Alain, *Homo juridicus, Essais sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009, 317 p
- SUPIOT, Alain, *La Gouvernance par le nombre, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, 512 p.
- SYNDER, Jon R., *Dissimulation and the Culture of Secrecy in Early Modern Europe*, Berkeley, University of California Press, 2012, 280 p.
- TALLON, Alain, *La France et le concile de trente (1518-1563)*, Rome, École française de Rome, 1997, 969 p.
- TALLON, Alain, *Le concile de Trente*, Paris, Cerf, 2000, 135 p.
- TARANTO, Domenico, « La métamorphose du privé, Réflexion sur l'usage de la catégorie et sur son usage par Le Vayer », dans *Libertinage et philosophie au XVII^e siècle : Le public et le privé*, éd. Ed. Anthony McKenna, Université de saint Étienne, t. 1 (2007), p. 44-66.
- THÉRY, Julien, « Atrocitas/enormitas. Pour une histoire de la catégorie de "crime énorme" du Moyen Âge à l'époque moderne. », *Clio-Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, t. 11 (2011), p. 1-76.

THÉRY, Julien, « Fama : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII^e- XV^e siècles) », dans *La Preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Bruno LESMELE (dir.), Rennes, PUR, 2003, p. 144-145.

THÉRY, Julien, « Justice inquisitoire et construction de la souveraineté : le modèle ecclésial (XII^e-XIV^e s.). Normes, pratiques, diffusion », dans *Annuaire de l'École des hautes études en sciences sociales. Comptes rendus des cours et conférences 2004-2005*, Paris, 2006, p. 593-594.

THORAL, Marice-Cécile, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires de bureau, du Consulat à la Monarchie de Juillet. Le cas de l'Isère. », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, t.32 (2006), p. 93-110.

TIEMANN, William Harold, BUSH, John Christobald, *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law*, 2^e éd., Nashville, Abingdon Press, 1983, p. 34-36.

TORRIONE, Henri, *Le bien commun dans le projet Aristotélicien de fonder sur l'expérience les principes régissant les structures de base des communautés politiques*, Université de Fribourg, dacty., 2007, dacty., 50 p.

TURCHETTI, Mario, « Concorde ou tolérance ? Les Moyenneurs à la veille des guerres de religion en France », *Revue de théologie et de philosophie*, t. 118/3 (1986), p. 255-267.

VAILLEE, Eugène, *Cabinet noir*, Paris, PUF, 1950, 411 p.

VERDIER, Pierre, « Secret professionnel et partage des informations », *Journal du droit des jeunes*, t. 269/9 (2007), p. 8-21.

VILLEY, Raymond, *Histoire du secret médical*, Paris, Seghers, 1986, 240 p.

VINCENT, Jean-Yves, « L'obligation de réserve des agents publics », *La Revue administrative*, t. 153 (1973), p. 272-281

WAUQUIER, Jean-Paul, « La procédure disciplinaire », *La gazette des communes, des départements et des régions*, Paris, L'action municipale, 2006, (*Cahier détaché*), p. 230-293.

WARESQUIEL, Emmanuel, DE, *Le silences de la pierre*, Paris, Tallendier, 2014, 832 p.

WEBER, Max, *La domination*, trad. Isabelle KALINOWSKI, Paris, La Découverte, 2015, 427 p.

WEBER, Max, *Le Savant et le politique*, trad. Julien FREUND, Paris, Plon, 1959, 224 p.

WITTE, John, « Religion and the American Constitutional Experiment : Essential Rights and Liberties », *Notre Dame Law Review*, t. 71 (1999), p. 372-445.

WOIMBEE, Grégory, « Interprétation de la liberté de conscience : la guerre des paysans (1525) », dans *En 500 après Martin Luther. Réception et conflits d'interprétation (1517-2017)*, Paris, Bibliothèque de la Revue d'Histoire Ecclésiastique, n°104 (2018), p. 57-77.

ZOLLER, Élisabeth, « La laïcité aux États-Unis, ou la séparation des églises et de l'État dans la société pluraliste », dans Élisabeth ZOLLER (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Paris, Dalloz, 2005, p. 120-158.

III- Presse, Honneur et vie privée

Sources

Archive du journal, *Le temps* 1861-1942.

Auteur inconnu, « Éclaircissement, sur un passage du Livre de l'Esprit des lois », *Mercure de France*, Juillet 1751, p. 33-39.

Auteur inconnu, *Vie politique et privée de Louis-Joseph de Condé, prince de sang*, Paris, les Marchands de Nouveauté, 1790, 80 p.

- Auteur inconnu, *Vie privée du vicomte de Mirabeau, député du Limousin*, Londres, 1790, 50 p.
- Auteur inconnu, *Vie privée, impartiale, politique, militaire et domestique du Marquis de Lafayette*, Paris, Bastide, 1790, 88 p.
- BALZAC, Honoré, *Illusions perdues*, Paris, Le livre de poche, 2006, 859 p.
- BARBIER, Georges, *Code expliqué de la presse*, Paris, Marchal et Billard, 1887, 2 vol.
- BARNABE-TISSET, François, *La vie privée du général Buonaparte*, 1798, 72 p.
- BEAUSSIRE, Émile, « La protection légale de l'honneur », *La revue des Deux Mondes*, t. 84 (1887), p. 664-680.
- BEAUSSIRE, Émile, *Les principes du droit*, Paris, éd. Félix Alcan, 1888, 427 p.
- BRAYER, Félix (éd.), *Loi annotée du 11 mai 1868 sur la presse, ou Manuel complet renfermant par ordre alphabétique de matières toutes les dispositions en vigueur sur la presse périodique, l'imprimerie, la librairie, l'affichage, le colportage, etc.* éd., Paris, Durand, 1868, 80 p.
- BRISSON, Barnabé, *Code du Roy Henri III*, Paris, Mettayer, 1615, 1396 p.
- BRISSOT DE WARVILLE, Jean-Pierre, *Mémoire aux États Généraux sur la nécessité de rendre dès ce moment la presse libre, et surtout pour les journaux politiques*, Paris, 1789, 76 p.
- CELLIEZ, Henry, LE SENNE, Charles, *Loi de 1881 sur la presse, accompagnée, des travaux de rédaction*, Paris, Chevalier-Marescq, 1882, 753 p.
- CHARMA, Antoine, *Condorcet, sa vie et ses Œuvres*, Caen, Hardei, 1863, 82 p.
- CHASSAIGNE, Henri, DE LA, *Essai sur la diffamation envers les particuliers en droit français et sur les injures en droit romain*, Paris, Remquet, 1861, 227 p.
- CHATEAUBRIAND, François-René, DE, *Mémoires d'outre-tombe*, Paris, Eugène et Victor Penaud, 1849-1850, 12 vol.
- CONDORCET, Nicolas, *Fragments sur la liberté de la presse*, dans *Œuvre de Condorcet*, Paris, Didot, 1847, p. 256-314.
- CONSTANT, Benjamin, *De la liberté de Anciens comparée à celle des Modernes*, discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris (1819), *Œuvres complètes de Benjamin Constant*, Genève, éd. De Gruyter, 2017, t. XV, 899 p.
- CONSTANT, Benjamin, *Mélange de littérature et de politique*, Louvain, Michel, 1830, 2 vol.
- CONSTANT, Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin, 1861, 2 vol.
- CONSTANT, Benjamin, *De la Liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, Paris, H. Nicolle, 1814, 80 p.
- CONSTANT, Benjamin, *Discours prononcés à la Chambre des députés*, Paris, Ambroise Dupont, 1827-1828, 2 vol.
- CONSTANT, Benjamin, *Œuvres complètes*, Genève, De Gruyter-Mouton, 1998-2013, 28 vol.
- CONSTANT, Benjamin, *Œuvres politiques*, Paris, Charpentier, 1874, 433 p.
- CONSTANT, Benjamin, *Principes politiques*, Paris, Eymery, 1815, 321 p.
- DALLOZ, Édouard et VERGE, Charles, *Code pénal annoté*, Paris, Dalloz, 1881, 393 p.
- DAREAU, François, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Paris, Prault, 1775, 542 p.
- DESPAZE, Joseph, *Vie privée des cinq membres du Directoire ou les puissants tels qu'ils sont*, Paris, 1796, 8 p.
- DORMAND, Jérôme, *Des injures et du libelle diffamatoire en droit romain. De la diffamation envers les particuliers en droit français*, Thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, Toulouse, Durant et Pédone, 1867, 175 p.
- DULAURE, Jacques-Antoine, *Vie privée des ecclésiastiques prélats, et autres fonctionnaires publics qui n'ont point prêté leur serment sur la Constitution civile du clergé*, Paris, Garnéry 1791-1792, 96 p.
- EUDES DE MEZERAY, François, *Histoire de France*, Paris, Édition populaire, 1839, 962 p.

- FABREGUETTES, Polydore, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse : renfermant, avec le dernier état de la jurisprudence, le commentaire général et complet des lois du 29 juillet 1881, 2 août 1882*, Paris, Marescq, 1884, 2 vol.
- FACHINEUS, Andreas, *Controversiarum iuri*, Roma, Satorii, 1614, 3 vol.
- FÉNELON, *Direction pour la conscience d'un roi, composé pour l'instruction de Louis de France*, La Haye, Jean Neaulme, 1748, 295 p.
- FOUGEROL, Henri, *La figure humaine et le droit*, Paris, Arthur Rousseau, 1913, 237 p.
- GARRAUD, René, *Précis de droit criminel*, Paris, Larose, 1881, 11049 p.
- GENET, Jean-Philippe, « L'État moderne : un modèle opératoire ? », *L'État moderne, genèse*, Paris, CNRS édition, 1990, 352 p.
- GIBOULOT, Antoine, *Commentaire de la loi de 1868*, Paris, Pichon-Lamy, 1869, 336 p.
- GRATTIER, Adolphe, DE, *Commentaire sur les lois de la presse et des autres moyens de publication*, Paris, Videcoq, 1839, 2 vol.
- GRELLET-DUMAZEAU, Thomas, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, Paris, Leboyer, 1847, 2 vol.
- GUIZOT, François, *Histoire parlementaire de France*, Paris, Michel Lévy, 1863, 5 vol.
- GUIZOT, François, *Mémoires pour servir à notre temps*, Paris, Michel Lévy, 1958, 8 vol.
- GUYOT, Jean-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Visse, 1784, 17 vol.
- HENRIQUEZ, Louis-Martin, *Vie secrète et curieuse de M.J. Maximilien Robespierre, etc*, Paris, Prévost, an II [1794]. 36 p.
- HENRIQUEZ, Louis-Martin, *Vie criminelle et politique de J.-P. Marat etc.*, Metz, Paris, chez les Marchands de Nouveautés /Prévost, s.d. [1795] 38 p.
- HEURTEAU, André, *Droit romain : De injuriis et famosis libellis – Droit français : De la Diffamation, de l'injure, de l'outrage, et de l'offense*, Paris, Faculté de droit de Paris, 1881, 267 p.
- HOLBACH, Paul-Henri, D', *Ethocratie ou Le gouvernement fondé sur la morale*, Paris, Coda, 2008, 203 p.
- HOLBACH, Paul-Henri, D', *Système social* (1783), Paris, Fayard, 1994, 569 p.
- IHERING, Rudolf, VON, *Actio injuriam, des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, trad. Olivier DE MEULENARE, Paris, Maresq, 1888, 184 p.
- ISAMBERT, François-André, PEYRE, Jean-François-Aymé (éd. et trad.), *Loi des Francs contenant la loi salique et la loi ripuaire*, Paris, Firmin Didot, 1828, 432 p.
- KANT, Emmanuel, *Qu'est ce que les Lumières ?*, trad. Jean-François POIRIER et François PROUST, Paris, Flammarion, 2020, 128 p.
- LA BRUYÈRE, *Les caractères*, Paris, Flammarion, 1880, 376 p.
- LAFERRIÈRE, Édouard et PELLETAN, Eugène, *La censure et le régime correctionnel*, Paris, Amand Le Chevalier, 1868, 322 p.
- LALLEMENT, Guillaume, *Choix de rapports, opinions et discours : prononcés à la Tribune*, Paris, Eymery et Corréard, 1818, 20 vol.
- LAMOIGNON DE MALESHERBES, Chrétien-Guillaume, DE, *Mémoires sur la librairie et la liberté de la presse*, éd. Alexandre-Antoine BARBIER, Paris, H. Agasse, 1809, 435 p.
- LANTHENAS, François-Xavier, *De la liberté indéfinie de la presse, et de l'importance de ne soumettre la communication des pensées qu'à l'opinion publique*, Paris, Visse/Desenne, 1791, 37 p.
- LEFEBVRE, René, [pseuonyme d'Edouard LEFEBVRE DE LABOULAYE], *Paris en Amérique*, Paris, Charpentier, 1865, 450 p.
- LOISEL, *Institute Contumères*, éd ; Paris, Abel l'Angelier, 1607, 80 p.

- LOYSEAU, Charles, *Traité des ordres*, Paris, Abel Angelier, 1610, 139 p.
- MACHIAVEL, *Le Prince*, trad. Marie GAILLE-NIKODIMOV, Paris, Le livre de Poche, 2000, 178 p.
- MANUEL, Pierre-Louis, *Lettres originales de Mirabeau, Écrites du donjon de Vincennes, Pendant les années 1777, 78, 79, et 80 : Contenant tous les détails sur sa vie privée*, Paris, Garnery, 1792, 3 vol.
- MAYER, Charles-Joseph, *Vie privée libertine et scandaleuse de Marie-Antoinette d'Autriche*, Paris, 1792, 144 p.
- MERCIER, Louis-Sébastien, *Tableau de Paris*, Amsterdam, Minard, 1781-1789, 12 vol.
- MONLUC, Blaise, DE, *Commentaire* (1592), dans *Collection complète des mémoires relatifs à l'histoire de France*, Paris, éd. Claude-Bernard PETITOT, 1822, 1^{ère} série, t. XXI et t. XXIII.
- MONTESQUIEU, Louis Secondat, DE, *Deux opuscules de Montesquieu, [De la considération et de la réputation, Discours sur la différence qu'il y a de la réputation à la considération]*, Paris, J. Rouam, 1891, 95 p.
- MONTESQUIEU, *Mes Pensées*, Paris, Folio, 2014, 544 p.
- MONTESQUIEU, *Réponse à la faculté de théologie, Œuvres complètes*, Paris, Voltaire Foundation, 2010, t. VII, p. 217-290.
- MOUFFLE D'ANGERVILLE, Bathélemy-François, *Vie privée de Louis XV, ou principaux événements, particularités et anecdotes de son règne*, Londres, John Peter Lyton, 1781, 4 vol.
- MUYART DE VOUGLANS, Pierre-François, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le Jeune, 1780, 883 p.
- NACHET, Louis-Isidore, *Plaidoyer de Me Nacet pour M. Victor Mangin, gérant du "National de l'Ouest", prononcé devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 25 mai 1838*, Paris, Cordier, 1838, 28 p.
- NEUF-CHATEAU, François, DE, [Paris 2 avril 1778], *L'espion Anglais ou correspondance secrète entre Milord All'eye et Milord All'ear*, Londres, John Admson, 10 vol.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Par-delà le bien et le mal*, trad. Angèle KREMER-MARIETTI, Paris, L'Harmattan, 2006, 284 p.
- ONFROY, P., *Vie de Joseph Balsamo connu sous le nom de Comte Cagliostro*, Strasbourg, Treuttel, 1791, 280 p.
- PASCAL, Blaise, « Trois grands discours sur la condition des grands », dans *Œuvres complètes*, Paris, Hachette, 1858, t. II, p. 15-19.
- PERREAU, Henri, « Des droits de la personnalité », *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1909, p. 601 et s.
- PETION de VILLENEUVE, Jérôme, *Discours sur la liberté de la presse*, Paris, Imprimerie nationale, 1791, 33 p.
- PIC, François-Antoine, *Code des imprimeurs, libraires, écrivains et artistes*, Paris, Corby, 1826, 1127 p.
- PIERRE, Émile, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 2^e éd. Paris, Librairie imprimeries réunies, 1902, 1432 p.
- PROUDHON, Pierre-Joseph, *De La Justice Dans la Révolution et Dans L'Église*, Paris, Garnier, 1858, 3 vol.
- PUFENDORF, Samuel, VON, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Jean BARBEYRAC, Londres, Jean Nour, 1740, 2 vol.
- RAVELET, Armand, *Code manuel de la presse*, 2^e éd., Paris, Didot, 1872, 243 p.
- ROBERSPIERRE, Maximilien, DE, *Sur les principes de la morale politique qui doivent guider la convention nationale dans l'administration intérieure de la République*, 17 pluviôse, 5 février 1794, dans *Œuvre de Maximilien Robespierre*, Marc BOULOISEAU, Albert SOBOUL (dir.), Paris, Société des études robesperristes, 11 vols, 1910-2007, t. X, p. 356-357.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Confession*, Paris, Livre de Poche, 1998, 2 vol.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours de l'origine de l'inégalité entre les hommes, Discours sur les sciences et les arts*, Paris, Flammarion, 1992, 282 p.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l'économie politique* (1755), éd. *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. III, p. 239-278.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. III, p. 109-237.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. III, p. 279-470.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *La nouvelle Héloïse*, dans *Œuvre complètes*, Paris, Gallimard, n. 169, 1964, (*Bibliothèque de la Pléiade*), t. II, p. 32-794.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Lettres écrites de la montagne* (1764), dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, (*Bibliothèque de la Pléiade*), n. 169, 1969, t. III, p. 683-897.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques « Lettre à Pierre-Alexandre Du Peyrou du 15 avril 1765 », dans *Correspondance complète de Jean-Jacques Rousseau*, éd. R. A. LEIGH, Genève, Institut Voltaire, 1965, t. XXV, p. 105-115.
- ROUSSET, Gustave, *Code général des lois sur la presse*, Paris, Marchal et Cie, 1869, 339 p.
- RUTLEDGE, James, *Vie privée de Necker*, Genève, 1790, 96 p.
- SAINTE-JUST, Louis Antoine, DE, *Œuvre complète*, Paris, éd. Vellay, 1908, 2 vol.
- SAINTE-SIMON, Louis, DE, *Mémoires*, Paris, Gallimard, 1947, (*Bibliothèque de la Pléiade*), 7 vol.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *Aphorisme de la sagesse dans la vie*, trad. J.-A. Cantacuzène, Guy Heff, Paris, PUF, 2012, 234 p.
- SERRIGNY, Denis, *Traité du droit public des Français*, Paris, Joubert, 1846, 2 vol.
- SIEYÈS, Emmanuel, *Qu'est-ce que le tiers État ?* (1789), Paris, PUF, 2001, 188 p.
- STAËL, Germaine, DE, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution*, Paris, Fischbacher, 1906, 352 p.
- THIEBAULT, Dieudonné, *Mémoire sur la liberté de la presse*, Paris, 1789, 124 p.
- VATAR, René-Charles, *L'ombre de J.-P. Brissot, aux législateurs français, sur la liberté de la presse ou Extrait fidèle d'un imprimé ayant pour titre : Mémoire aux États Généraux sur la nécessité de rendre dès ce moment la presse libre, et surtout pour les journaux politiques*, Paris, 1798, 22 p.
- VERMEIL, François-Michel, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Paris, Demonville, 1781, 262 p.
- VOLTAIRE, *Mémoires pour servir à la vie de M. de Voltaire* (1759), Paris, Mercure de France, 2007, 272 p.

Bibliographie

- ALLARD, Julie, « Le personnage en politique. Secret et apparence chez Hannah Arendt », *Annales de l'Institut de philosophie*, Paris, Vrin, 2011, 14 p.
- ARENDT, Hannah, *De la Révolution* (1967) trad. Michel CHRESTIEN, Paris, Gallimard, 1985, 490 p.
- ARIÈS, Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, Paris, 2014, 320 p.
- ARIÈS, Philippe et DUBY, Georges (dir.), *Histoire de la vie privée, tome 4 : De la Révolution à la Grande Guerre*, Paris, Seuil, 2000, 620 p.
- BACOT, Guillaume, « Montesquieu et la question de la nature monarchique de la Constitution anglaise », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, t. 25/1 (2007), p. 3-31.
- BAKER, Keith Michael, *Au tribunal de l'opinion publique. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Paris, Payot, 1993, 319 p.
- BARTHE, Roland, *La chambre claire*, Paris, Gallimard, 1980, 200 p.

- BARTHÉLÉMY, Joseph, *L'introduction du régime parlementaire en France*, Paris, Giard et Brière, 1904, 323 p.
- BEIGNIER, Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ., 2014, 614 p.
- BEIGNER, Bernard, « Vie privée et vie publique », *Arch. Phil. Droit*, t. 41 (1997), p. 163-180.
- BEIGNIER, Bernard, DREYER, Emmanuel, LAMY, Bertrand, DE, *Traité du droit de la presse et des médias*, Paris, Lexis Nexis, 2009, 1100 p.
- BELLANDER Claude, GODECHOT, Jacques, GUIRAL Pierre, TERROU, Fernand (dir.), *Histoire générale de la presse française, tome II, De 1815 à 1871*, Paris, PUF, 1969, 472 p.
- BELLANGER, Claude, GODECHOT, Jacques, GUIRAL, Pierre, TERROU, Fernand (dir.), *Histoire générale de la presse française, tome 1. Des origines à 1814*, Paris, PUF, 1969, 652 p.
- BELLANGER, Claude, GODECHOT, Jacques, GUIRAL, Pierre, TERROU, Fernand (dir.), *Histoire générale de la presse française, tome 2. De 1815 origines à 1871*, Paris, PUF, 1969, 504 p.
- BENJAMIN, Walter, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, Paris, Allia, 2007, 96 p.
- BENJAMIN, Walter, *Œuvres*, trad. Mauric DE GANDILLAC, Rainer ROCHITZ, Pierre RUSCH, Paris, Gallimard, 2000, 3 vol.
- BIARD, Michel et BOURDIN, Philippe (dir.), *Vertu et politique, Les pratiques des législateurs (1789-2014)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, 436 p.
- BIGOT, Christophe, « Intérêt général contre intérêts particuliers : comment appréhender la libération collective de la parole ? », 25 avril 2021, [/blog.leclubdesjuristes.com/]
- BIGOT, Christophe, « Les désordres de la notion d'intérêt général », *LEGICOM*, t. 1 (2017), p. 27-31.
- BILICI, Faruk, « Thouret : sa vie, ses idées, son procès », dans *Hommage à Jacques-Guillaume Thouret, 1746-1794*, Rouen, Imprimerie administrative de la Seine Maritime, 1990, p. 43-53.
- BIZET, Thomas, « L'ambition individualiste de l'autodétermination informationnelle », *International Journal of Digital and Data Law*, t. 3 (2017), p. 49-60.
- BLAIN, Paul, *Penser le délit de presse (1789-1794)*, Mémoire pour le Master II d'histoire du droit sous la direction du Monsieur le Professeur François SAINT-BONNET, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016, 133 p.
- BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », dans *Le droit l'État et la constitution démocratique*, [textes réunis par Olivier JOUANJAN], Paris, LGDJ., 2000, p. 256-257.
- BONZI, Frederico, *L'honneur dans l'œuvre de Montesquieu*, Paris, Honoré Champion, 2016, 432 p.
- BREDIN, Jean-Denis, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, t.97 (2001), p. 5-15.
- CARCASSONNE, Guy, « Trouble de la transparence », *Pouvoir*, t.97 (2001), p. 17-23.
- CHAPPEY, Jean- Luc, « Usage politique et sociaux de la biographie entre la convention et le directoire (1794-1799) », dans Olivier et Anne-Marie MERCIER-FAIVRE, *Biographe et politique, vie privée, de l'Ancien Régime à la Restauration* [en ligne], Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2014.
- CHARLET, Louis, GUIRAL, Pierre, LEBRE, Charles, RANC, Robert, TERROU, Fernand, TUDESQ, André-Jean, *Histoire générale de la presse française, tome II- De 1815 à 1871*, Paris, PUF, 1970, 472 p.
- COGNON, Antoine, « Un droit au respect ? La réparation juridique des atteintes à l'honneur des personnes à la fin de l'Ancien Régime », dans Thierry BONNEAU et Agathe LEPAGE (dir.), *Information, numérique et innovations. Mélanges de l'École doctorale de droit privé*, Paris, Édition Panthéon-Assas, 2020, p. 33-47.
- COGNON, Antoine, « La liberté de l'information au prise de la souveraineté de l'État » dans Thierry BONNEAU et Agathe LEPAGE, *Information, numérique et innovation, Mélanges de l'École doctorale de droit privé*, Paris, Édition Panthéon-Assas, 2020, p. 33-47.
- CORDIER, François, « L'atteinte à l'intimité de la vie privée en droit pénal et les médias », *LEGICOM*, t. 20/4 (1999), p. 85-93.
- COUSIN, Victor, *La philosophie sensualiste au XVIII^e siècle*, 3^e éd., Paris, La librairie nouvelle, 1856, 360 p.

- DANLOS, Benjamin, « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à la liberté d'expression », *LEGICOM*, t. 58/ 1 (2017), p. 13-18.
- DERIEUX, Emmanuel, « Affaire Joxe : la diffamation excusée par l'absence de mauvaise foi », *Actu-juridique* 27 avril 2021 [*Actu-juridique.fr*, consulté le 8 mai 2021].
- DEROBERT-RATEL, Chistianne, « Le droit de la personne sur son image à l'aube de la photographie », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif I*, t. 1 (2005), p.79-104.
- DIU, Isabelle, PARINET, Élisabeth, *Histoire des auteurs*, Paris, Perrin, 2013, 536 p.
- DROUIN, Nathalie, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, Paris, Fondation Varenne, 2011, 606 p.
- ELIAS, Norbert, *La société de cour*, Paris, Flammarion, 2008, 338 p.
- ERNER, Guillaume, *La souveraineté du peuple*, Paris, Gallimard, 2016, 272 p.
- FERRANDES, Carmela, « Le journal de la maladie et de la mort de Mirabeau de Pierre-Jean-Georges Cabanis », *Dix-huitième siècle*, t. 39 (2007), p. 201-209.
- GAUCHET, Marcel, *Robespierre, L'homme qui nous divise le plus*, Paris, Gallimard, 2018, 278 p.
- GILAIJ, Jacob, « The *Lex cornelia de injuriis* and "hyperlinks" » *Roman law, Fundamina*, t. 24 (2018), p. 2134.
- GLANCY, Dorothy J., « The Invention of the Right to Privacy », *Santa Clara University School of Law*, t. 1 (1979), p. 23-38
- GOLINKIN, Rabbi Prof DAVID, « To Tell or Not to Tell: Confidentiality vs. Disclosure in Jewish Law and Tradition », *Insight Israël : The View from Schechter*, 2006, p. 203-214.
- GRÈVE, Marcel, DE, « L'autobiographie, genre littéraire ? », *Revue de littérature comparée*, t. 325/1 (2008), p. 23-31.
- HADJADJ, Fabrice, « La terreur par la pitié : Hannah Arendt et la Révolution », dans Renaud ESCANDE (dir.), *Le livre noir de la Révolution Française*, Paris, Cerf, 2008, p. 142-194.
- HABERMAS, Jürgen, *L'espace public*, trad. Marc DE LAUNAY, Paris, Payot, 1978, 322 p.
- HABERT, Benoît, *La garantie des libertés. 1852-1870*, thèse sous la direction François Saint-Bonnet et Brigitte BRASDEVANT-GAUDEMET, Université Paris-Saclay, dacty., 2017, 425 p.
- HAHN DE BYKHOVETZ, Bérénice, *Les faits justificatifs*, thèse sous la direction du Professeur Agathe LEPAGE, Université Paris II, dacty., 2018, 580 p.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et culture*, n°65 (2013), p. 145-163.
- HOFFMANN, Etienne, *Les principes de Politique de Benjamin Constant (1806)*, Genève, Droz, 1980, 2 vol.
- ISRAEL, Jonathan, *Idées révolutionnaires*, Paris, Éditions de la rue d'Ulm, 2019, 930 p
- JACOTOT, Mathieu, *Question d'honneur, Les notions d'honos, honestum et honestas dans la République romaine antique*, Rome, École française de Rome, 2013, 818 p.
- JAUME, Lucien, « Le public et le privé chez les Jacobins (1789-1794) », *Revue française de science politique*, t. 2 (1987), p. 230-248.
- JAUME, Lucien, « Robespierre chez Machiavel ? : Le culte de l'Être suprême et le "retour aux principes" », *Droit*, t. 13 (2013), p. 177-188.
- JAUME, Lucien, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, 508 p.
- JOUANNA, Arlette, « Recherche sur la notion d'honneur au XVI^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 15/4 (1968), p. 597-623.
- KAYSER, Pierre, « Le droit dit à l'image », *Mélange en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Les Cahiers du Droit, 1969, t. II, p. 73 et s.

- LANNO, Dortothée, *Les scènes de l'intimité domestique dans les arts figurés en France (1780-1815)*, thèse sous la direction de Martial GUEDRON, Université de Strasbourg, dacty., 2017, 430 p.
- LAVOINNE, Yves, « Presse et vie privée au XIXe », dans BAUDRY, Patrick, SORBETS, Claude, VITALIS, André (dir.), *La vie privée à l'heure des médias*, Presses universitaires de Bordeaux, 2002, 200 p.
- LÉCUYER, Guillaume, *Liberté d'expression et responsabilité*, Paris, Dalloz, 2006, (*Nouvelle bibliothèque de thèse*), 611 p.
- LENDON, Jon E., « Roman honor », *The Handbook of social Relations in the Roman World* éd. Michael FEACHIN, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 377-403.
- LILTI, Antoine, *Figure publique, L'invention de la célébrité 1750-1850*, Paris, Fayard, 2014, 436 p.
- LINDON, Raymond, « La presse et la vie privée », JCP, 1965, I. 1887.
- LOCHAK, Danièle, « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », dans *Mélange en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 451-471.
- LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 2 vol.
- MANENT, Pierre, *Les libéraux*, Paris, Gallimard, 2001, 896 p.
- MANIN, Bernard *Principe du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, (*Champs Essai*), 2019, 368 p.
- MANUY HUERTA, Daniel, *Montesquieu lecteur de Machiavel, enquête sur les fondements de la liberté des Modernes*, thèse sous la direction de Philippe BENETON, Université de Rennes, dacty., 2012, 599 p.
- MAUSS, Marcel, « Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi" », 1^{er} éd., 1938 dans ID., *Sociologie et anthropologie*, PUF, 2013, p. 350-354.
- MAUZI, Robert, *L'idée de bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIII^e siècle*, Paris, Skalin, 1979, 725 p.
- MAYAUD, Pierre-Yves, *Le mensonge en droit pénal*, Paris, Hermes, 1977, 440 p.
- MAYAUD, Yves, « Le « name and shame », bûcher des temps modernes », 25 avril 2021, [blog.leclubdesjuristes.com]
- MAZA, Sarah, *Vie privée, affaires publiques. Les causes célèbres de la France pré-révolutionnaire*, Paris, Fayard, 1997, 384 p.
- MCLUHAN, Mashall, *La Galaxie Guttenberg*, Paris, Gallimard, 1977, 2 vol.
- MCLUHAN, Mashall, *Pour comprendre les médias*, trad. Jean PARE, Paris, Seuil, 1977, 404 p.
- MÜNCH, Philippe, « Révolution française, opinion publique et transparence : les fondements de la démocratie moderne », *Appareil*, 11 avril 2011, [journals.openedition.org/appareil, consulté le 30 juillet 2020].
- OZOUF, Mona, *L'école de la France, Essais sur la Révolution utopie et enseignement*, Paris, Gallimard 1984, 415 p.
- OZOUF, Mona, « Le concept d'opinion publique au XVIII^e siècle » dans Paul BEAUD, Patrice FLICHY, Dominique Pasquier, Louis QUERE (dir.), *Sociologie de la communication*, Paris, Cnet, 1997, t. I, p. 349-365.
- PATIN, Maurice, « La répression des délits de presse », *RSC*, 1954, p. 56-78.
- PETITFILS, Jean-Christian, *Louis XV*, Paris, Éditions France Loisir, 2015, 940 p.
- PEYRE, Jean-François, *Loi des Francs*, trad. Jean-François PEYRE, Paris, Firmin Didot, 1828, 427 p.
- PFISTER, Laurent, « *Ut pictura photographia*, Les photographes en quête d'une propriété artistique », dans *Mélange en l'honneur de Jean-Louis HAROUEL*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 686-706.
- PIANT, Hervé, « La justice au service des justiciables, La régulation de l'injure à l'époque moderne », *Rives Méditerranéennes*, t. 40 (2011), p. 67-85.
- POPKIN, Jérémy, *La presse de la Révolution, Journaux et journaliste (1789-1799)*, Paris, Odile Jacob, 2011, 250 p.

- PRADEL, Jean, « Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *Revue Dalloz*, t. 1 (1971), p. 3-10.
- QUIVIGER, Pierre-Yves, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Paris, Garnier, 2013, 190 p.
- RAVANAS, Jacques, *La protection de la vie privée contre la réalisation de leur image*, Paris, LGDJ., 1978, 612 p.
- RAYNAUD, Philippe, *La politesse des Lumières : Les lois, les mœurs, les manières*, Paris, Gallimard, (*L'esprit de la cité*) 2013, 304 p.
- RAYNAUD, Philippe, « Un romantique libéral Benjamin Constant », *Esprit*, t. 75 (1983), p. 49-66.
- RAYNAUD, Philippe, « Benjamin Constant, heus et malheurs de la liberté des modernes », *Commentaire*, t. 172, 2020, p. 28-49.
- RENOUX-ZAGAME, Marie-France, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, (*Léviathan*), 2003, 336 p.
- REY, Bénédicte, « Les intelligences numériques des informations personnelles. Vers un changement de perspective pour garantir le droit à la vie privée ? », *Les Cahiers du numérique*, t. 10/1 (2014), p. 9-18.
- RICHARDSON, Megan, *The right to privacy, Origins and influence of a Nineteenth-century Idea*, London, CUP, 2017, 185 p.
- RIVIÈRE, Yann, *Les délateurs sous l'Empire Romain*, Rome, École française de Rome, 2002, 578 p.
- ROBREAU, Yves, *L'honneur et la honte : leur expression dans les romans en prose du Lancelot Graal (XIIeXIIIe siècles)*, Genève, Droz, 1981, p. 26-30.
- ROLLAND, Patrice, « De la vertu politique chez Montesquieu, ou l'inaccessible perfection », *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*, t. 88/1 (2010), p. 43-57.
- ROSENVALLON, Pierre, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, 424 p.
- SAINT VICTOR, Jacques, DE, « Sismondi. Du Republicanisme au Risorgimento », *Revue française d'Histoire des Idées politiques*, t. 30 (2009), p. 251-274.
- SAINT-BONNET, François, « L'épineuse conceptualisation des délits de presse sous la Révolution », *Presse et liberté d'expression pendant la Révolution française*, Journée d'étude à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 3 juin 2015, [ihrf.univ-paris1.fr/].
- SAINT-BONNET, François, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire », *Jus politicum*, t. 5 (2010) p. 1-19.
- SAINT-BONNET, François, « Le jury et la liberté d'expression. La manifestation démocratique d'une aspiration libérale », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, t. 4 (2012), p. 1-12.
- SCHMIDT, Carl, *Le nomos de la terre*, Paris, PUF, 2012, 368 p.
- SENNET, Richard, *La tyrannie de l'intimité* [« The fall of public man »], trad. Antoine BENMAN et Rebecca FOLKMAN, Paris, Seuil, 2021, 384 p.
- SIMONIN, Anne, *Le déshonneur dans la République, une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Bernard Grasset, 2008, 770 p.
- SÖDERHJELM, Alma, *Le régime de la presse pendant la Révolution française*, Genève, Slatkine reprints, 2 vol.
- SÖDERHJELM, Alma, *Le régime de la presse pendant la Révolution française*, Helsingfors, Imprimerie Hufvudstadsbladet, 1900, 2 vol.
- SOLMINIHAC, Arnaud, DE, *Le droit de la presse et du culte sous le ministère Villèle (1822-1827), Les ultras et les libertés*, Mémoire sous la direction du Professeur Saint-Bonnet, Université Paris II,- Panthéon Assas, dacty., 2017, 93 p.
- SOREL, Patricia, *Napoléon et le livre, La censure sous le Consulat et l'Empire*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, 194 p.
- SOULEZ LARIVIERE, Daniel, *La transparence et la vertu*, Paris, Albin Michel, 2014, 186 p.

- SPECTOR, Céline (dir.), *Dictionnaire Montesquieu* [en ligne] sous la direction de Catherine Volpilhac-Auger, ENS Lyon, 2013, [dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr].
- SPECTOR, Céline, « La vertu politique comme principe de la démocratie. Robespierre lecteur de Montesquieu », dans *Vertu et politique : Les pratiques des législateurs (1789-2014)*, Michel BIARD, Philippe BOURDIN, Hervé LEUWERS et Alain TOURRET (dir.), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 61-70.
- SPECTOR, Céline, « Rousseau : l'honneur au tribunal de l'opinion publique », *Penser et vivre l'honneur à l'époque moderne*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 127-142.
- STAROBINSKI, Jean, *Jean-Jacques Rousseau, la transparence ou l'obstacle*, Paris, Gallimard, 1976, 457 p.
- TARDE, Gabriel, *L'opinion et la Foule* (1901), Paris, Sandre, 2008, 224 p.
- TREGUER, Félix, *Pouvoir et résistance dans l'espace public : une contre-histoire d'Internet (XVII^e-XXI^e siècle)*, thèse de doctorat sous la direction de Marcela Iacub, Paris, EHESS, dacty., 2017, 598 p.
- VÆLTZEL, René, « Le secret professionnel pastoral », *Revue d'histoire et de philosophie religieuses*, t. 3 (1956), p. 232-247.
- WACQUET, François, *Le délit privé des injures en droit romain*, mémoire de recherche sous la direction de Philippe COCATRE-ZILGIEN, Université Paris II, 2015, 169 p.
- WALTON, Charles, « La liberté de la presse selon les cahiers de doléances de 1789 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 53 (2006), p. 63-87.
- WALTON, Charles, *La Liberté d'expression en Révolution. Les mœurs, l'honneur, la calomnie*, trad. de Jacqueline ODIN, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014 (*Histoire*), 320 p.
- WARESQUIEL, Emmanuel, DE, *Juger la reine*, Paris, Éditions de Noyelles, 2016, 368 p.
- WHITMAN, James Q., « Enforcing Civility and Respect : Three Societies », *The Yale Law Journal*, t. 109 (2000), p. 1279-1398.
- WHITMAN, James, « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity v. Liberty », *The Yale Law Journal*, t. 113 (2004), p. 1151-1221.
- WILLIAMS, Bernard, *La honte et la nécessité*, trad. Jean LELAIDIER, Paris, PUF, 1997, 263 p.

Index Nominum

A

Arendt, (Hannah), 14, 15, 20, 29, 32, 48, 88, 95, 118, 235, 236, 241, 366, 379, 386, 404
Augustin d'Hippone (Saint), 4, 19, 42, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 129, 184, 193, 243, 381, 382

B

Blackstone (William), 23, 123, 124, 125, 265, 383

C

Cicéron, 34, 38, 40, 55, 157, 184, 249, 257, 367, 378, 391, 413
Constant (Benjamin), 12, 13, 23, 26, 40, 103, 107, 168, 169, 299, 300, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 316, 318, 326, 358, 369, 383, 388, 392, 401, 406, 407, 413, 414
Covarrubias (Diego, DE), 62, 63, 64, 71, 85, 384, 387

D

Dareau (François), 132, 254, 262, 263, 264, 265, 330, 401
Delamare (Nicolas), 180, 199, 212, 392
Domat (Jean), 147, 152, 195, 196, 197, 198, 253, 255, 389, 392, 397

G

Grellet-Dumazeau (Théodore), 258, 259, 261, 315, 316, 371, 401, 414
Grotius (Hugo), 23, 39, 61, 72, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 99, 100, 122, 184, 384, 386, 412

H

Hauriou (Maurice), 14, 48, 118, 127, 198, 205, 208, 234, 384, 393
Hélie (Faustin), 149, 163, 165, 220, 223, 228, 231, 261, 314, 315, 383, 391
Hobbes, (Thomas), 4, 11, 23, 27, 47, 60, 76, 92, 93, 96, 129, 175, 181, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 252, 388, 393, 395, 398

J

Jousse, (Daniel), 97, 103, 152, 153, 156, 157, 180, 263, 265, 393

K

Kant (Emmanuel), 4, 23, 56, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 120, 229, 238, 305, 327, 384, 387, 402, 412

L

Locke (John), 4, 23, 57, 60, 72, 81, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 99, 100, 104, 105, 107, 114, 122, 124, 125, 126, 186, 202, 238, 362, 382, 385, 387, 388, 390, 393, 412
Luther (Martin), 23, 94, 141, 173, 174, 186, 393, 394, 400

M

Machiavel (Nicolas), 60, 189, 241, 269, 271, 275, 285, 311, 388, 398, 402, 406
Montesquieu (Charles-Louis, DE), 4, 14, 23, 98, 155, 156, 220, 221, 222, 225, 255, 256, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 275, 285, 304, 306, 311, 364, 385, 394, 402, 404, 405, 406, 407, 408, 413

P

Platon, 21, 31, 32, 55, 75, 133, 182, 249, 269, 379, 380, 411
Pufendorf (Samuel von), 23, 85, 99, 184, 185, 252, 253, 360, 385, 403

R

Rousseau (Jean-Jacques), 20, 39, 112, 132, 148, 189, 201, 246, 266, 271, 272, 273, 274, 275, 304, 346, 385, 388, 392, 393, 398, 401, 403, 408
Royer-collard (Pierre-Paul), 21, 167, 301, 302, 305, 309, 312, 313, 338, 360, 373

S

Saint-Just (Antoine, DE), 27, 283, 284, 285, 385
Soto (Dominique, DE), 60, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 385, 386, 387

T

Thomas d'Aquin (Saint), 4, 42, 46, 47, 49, 50, 52, 55, 56, 61, 62, 63, 67, 69, 71, 73, 85, 86, 139, 141, 148, 184, 220, 242, 259, 381, 382, 390, 394
Tocqueville (Alexis, DE), 7, 41, 58, 101, 245, 295, 296, 362, 364, 385

V

Voltaire, 96, 156, 223, 237, 244, 386, 395, 402, 404

W

Warren (Samuel), 23, 123, 125, 126, 130, 203, 238, 255, 318, 340, 347, 348, 355, 356, 360, 365, 366, 386

Index Rerum

C

Confidentialité, 135, 396, 411, 412
Conscience, 3, 12, 13, 14, 19, 24, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 51,
53, 60, 70, 73, 87, 93, 94, 95, 110, 116, 129, 132, 139,
141, 142, 143, 144, 150, 166, 169, 172, 173, 174, 175,
176, 177, 178, 179, 180, 181, 185, 188, 189, 190, 191,
192, 193, 194, 199, 200, 201, 202, 203, 208, 212, 219,
220, 224, 226, 230, 233, 234, 240, 241, 242, 248, 250,
251, 253, 254, 274, 282, 283, 286, 303, 304, 308, 320,
321, 322, 401, 412, 413, 415

D

Diffamation de la vie privée, 261, 264, 266, 292, 309, 334,
402, 406, 412
Droit subjectif, 16, 114, 118, 119, 120, 121, 125, 146, 347,
361, 412

F

For interne, 24, 45, 135, 166, 193, 218, 219, 234, 412

M

Mœurs, 222, 227, 273, 299, 315, 316, 336, 370, 412

O

Oikos, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 49, 51, 52, 79,
80, 81, 84, 132, 380, 412
Outrage, 295

P

Propriété de soi, 412
Puissance absolue, 4, 11, 23, 27, 47, 60, 76, 92, 93, 96, 129,
175, 181, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 252,
388, 393, 412

R

Réputation, 45, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143,
145, 153, 195, 218, 219, 382, 392, 399, 411, 412

S

Scandale, 45, 137, 138, 218, 219, 355, 396, 398, 412
Surveillance, 40, 78, 160, 210, 216, 217, 256, 267, 281, 282,
286, 325, 412

Table des matières

AVERTISSEMENT	5
REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	9
ABREVIATIONS BIBLIOGRAPHIQUES ET USAGES.....	11
ABREVIATIONS EDITORIALES	12
INTRODUCTION	17
I- <i>Position du problème : la vie privée, entre disparition et consécration</i>	21
II- <i>Considérations lexicales autour de la vie privée</i>	27
A- Le privé comme antonyme d'étatique et synonyme de « non politique ».....	27
B- Le privé comme une séparation de l'intime avec la société.....	28
C- Le privé comme tout ce qui doit être préservé de la vue	30
III- <i>Méthode, historiographie et sources</i>	32
IV- <i>Position de thèse proposée et annonce de plan</i>	34
CHAPITRE PRELIMINAIRE : L'ORDRE PRIVE D'AVANT LE DROIT A LA VIE PRIVEE	36
Section 1 – <i>La différence radicale entre sphère publique et domaine privé dans l'Antiquité</i>	37
§. 1 - La place éminente de l' <i>oikos</i> dans la culture et la pensée des inventeurs de la politique.....	37
A- L' <i>oikos</i> , support de la liberté des Grecs	39
B- La conceptualisation de la distinction du public et du privé.....	41
§. 2 – Le domaine privé du citoyen romain	46
- La distinction romaine entre le <i>dominium</i> privé et l' <i>imperium</i> politique.....	47
- La surveillance du censeur dans les affaires privées du citoyen romain	50
Section 2 – <i>La conservation d'un ordre spécifiquement privé dans le monde médiéval</i>	52
§. 1 – Le privé comme domaine invisible de la conscience.....	53
A- Le caractère intime du commandement religieux	53
B- La distinction entre péché privé et crime public.....	54
C – L'équilibre instable entre primauté de la loi privée et suprématie du bien commun	57
§. 3 – Le maintien de la distinction entre domesticité et domaine politique	59
A- La tendance indéniable à l'amalgame entre domaine privé et affaires publiques	59
B- La place de la sphère domestique dans la pensée politique médiévale.....	61
PARTIE I – LA PUISSANCE DU DOMINIUM PRIVE	65
CHAPITRE I – LA SECONDE SCOLASTIQUE : LE DOMINIUM PRIVE COMME FACULTE INHERENTE A LA NATURE HUMAINE	71
Section 1 - <i>Le postulat d'un pouvoir privé dans la nature de l'homme</i>	73
Section 2 - <i>Le dominium comme support de l'indépendance de l'homme privé</i>	77
§. 1 - Le pouvoir privé comme une liberté d'action dans son domaine propre	78
§. 2 – Le caractère rationnel et limité du <i>dominium</i> privé.....	80
Section 3 - <i>La pluralité des dominium au sein de la sphère privée</i>	81
CHAPITRE II – LES AMBIVALENCES DE LA RES PRIVATA MODERNE A PARTIR DE L'ŒUVRE DE JEAN BODIN.....	84
Section 1 – <i>La distinction ambiguë entre pouvoir privé et souveraineté</i>	85
Section 2 - <i>La famille bien conduite, vraie image de la République</i>	89
CHAPITRE III – LA LIBERTE COMME DOMINIUM PRIVE, DU JUSNATURALISME AUX REVOLUTIONS MODERNES.....	93
Section 1 - <i>La vie comme première propriété individuelle dans l'œuvre de Grotius</i>	97
Section 2 - <i>La property de Locke : la « seigneurie de sa personne » au fondement des institutions</i>	99
§. 1 - La vie et la liberté comme les premières composantes du « domaine propre » de chaque individu.....	100
§. 2 - La <i>property</i> de Locke : un pouvoir intrinsèquement limité	104
Section 3 - <i>La propriété comme faisceau de droits dans le XVIII^e siècle français</i>	108
§. 1 - Le lien intrinsèque entre propriété et liberté des sujets du roi dans l'ancienne France	108
§. 2 – Les garanties révolutionnaires de la sphère privée.....	114

CHAPITRE IV – LES FORMULATIONS EQUIVOQUES DU « DOMINIUM SUR SOI » DEPUIS LE XIX ^E SIECLE.....	121
<i>Section 1 - Les difficultés liées à la réduction de la vie privée à un principe d'autonomie personnelle</i>	122
§. 1 – L'absence de « droit à l'autonomie » dans l'œuvre de Kant	123
§. 2 - Les premiers germes de la notion de droit à l'autonomie au XIX ^e siècle	127
<i>Section 2 – Les doutes des juristes du XIX^e siècle quant à la notion de propriété de soi</i>	131
<i>Section 3 - La référence à la property dans l'invention américaine d'un concept autonome de privacy</i>	135
<i>Conclusion partie I - L'étendue de la sphère de la propriété.....</i>	139
PARTIE II- LA LIBERTE PAR LE SECRET	143
CHAPITRE I – LES ORIGINES DE LA PROTECTION PUBLIQUE DE LA CONFIDENTIALITE PRIVEE	148
<i>Section 1 - Le secret de la confession : la postérité séculière d'un secret théologique</i>	150
§. 1 - Le fondement ecclésial et théologique du secret	151
§. 2 – La protection séculière du secret de la confession.....	156
<i>Section 2 – La transposition de l'archétype des confidants nécessaires au bénéfice de professions profanes</i>	161
§. 1 – Les développements de la confidentialité du savoir médical	162
A- Le recours à l'analogie du prêtre pour fonder l'obligation juridique des médecins	162
B- Le secret médical comme nouvel archétype d'une confidentialité d'ordre public	165
§. 2 - Les juristes assimilés à des <i>confidants nécessaires</i>	167
<i>Section 3 - La protection publique de la correspondance privée</i>	171
§. 1 – Le principe d'inviolabilité des correspondances : entre libre communication des pensées et protection des relations privées.....	172
A- Le droit naturel de communiquer secrètement ses pensées par lettre dans l'ancienne France	172
B- La proclamation formelle du secret des correspondances lors de la Révolution	175
§. 2 - L'épineuse question de la publication de la correspondance privée	183
CHAPITRE II – L'EMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC DESINTERESSE DES SECRETS DE LA VIE PRIVEE	189
<i>Section 1 – Le secret de l'homme privé dans l'ordre politique moderne</i>	192
§. 1 - La dissimulation et la tolérance dans la France du XVI ^e siècle	192
§. 2 – Le secret comme marque de la souveraineté du sujet moderne	198
§. 3 - Le secret comme condition de la liberté au sein de l'État-Léviathan	202
A- La puissance despotique de la volonté individuelle et l'impossible gouvernement des lois	203
B- La séparation entre conscience publique et conscience privée	206
C- L'insurmontable inimitié des consciences étrangères les unes aux autres	209
<i>Section 2 - La définition d'un ordre public indifférent de la vie privée des citoyens.....</i>	210
§. 1 – Le partage décisif entre le gouvernement <i>extérieur</i> du culte et les affaires <i>purement spirituelles</i>	212
§. 2 – L'ordre public de l'État distinct des déterminations intérieures et des mœurs privées des sujets.....	213
<i>Section 3 - La définition de la liberté religieuse comme une liberté de la vie privée.....</i>	216
<i>Section 4 – La naissance du conflit entre discipline extérieure et liberté intérieure des fonctionnaires de l'État.....</i>	222
§. 1 - Le principe de la solidarité de la vie privée et de la fonction	223
§. 2 - Le secret comme condition de la liberté du fonctionnaire.....	225
<i>Section 5 – Le secret de la vie privée face à l'acuité nouvelle de l'œil de l'État.....</i>	228
CHAPITRE III- LA DEPENALISATION DES MŒURS PRIVEES DANS LE NOUVEAU DROIT PENAL.....	237
<i>Section 1 – La condamnation des crimes moraux « imaginaires » dans la doctrine pénale des Lumières.....</i>	240
<i>Section 2 - L'affranchissement des actes immoraux de la vie privée dans le nouveau droit pénal.....</i>	246
<i>Conclusion partie II – Le secret de la vie privée : une composante de l'ordre public ?</i>	253
PARTIE III- LE MASQUE DE L'HONNEUR	255
CHAPITRE I – LA DIFFUSION DE LA VIE PRIVEE DANS L'ESPACE PUBLIC : LA GENESE D'UNE QUESTION	260
<i>Section 1 – La préférence de l'ancien droit pour la protection de l'honneur aristocratique.....</i>	267
§. 1 - La distinction ancestrale entre vertu et honneur.....	268
§. 2 - Les privilèges de l'honneur sur la vérité dans l'ancien droit.....	274
- L'accusation populaire remplacée par l'accusation judiciaire.....	279
§. 3 - De l'hypocrisie civilisatrice à la vertu républicaine au siècle des Lumières.....	285
A- L'honneur comme fiction protectrice de la liberté privée dans la pensée de Montesquieu.....	285
B- La critique du masque du courtisan comme source d'un <i>continuum</i> entre vie privée et vie publique	290
<i>Section 2 – L'impossible consensus sur la protection de la vie privée des hommes publics pendant la Révolution française.....</i>	294
§. 1 - Le double impératif des révolutionnaires : libérer la presse en protégeant les particuliers	295
§. 2 - La difficile gestation du délit d'outrage envers les particuliers	299
A- L'option robespierriste : libérer la critique pour dévoiler le véritable visage de l'ennemi.....	300
B- L'option de La Rochefoucauld : sanctuariser la vie privée pour garantir à tous son droit à l'honneur	304
§. 3 – La recherche des limites à la délation publique sous le Directoire.....	307
§. 4 – La restauration de l'exception de vérité dans le code pénal de 1810	309
CHAPITRE II- LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE AU MOYEN DE L'HONNEUR : L'HISTOIRE D'UNE SOLUTION ...	311
<i>Section 1 - La loi de 1819 : la protection de la vie privée dans le cadre du délit de diffamation</i>	316

§. 1 - La volonté de rendre la vie privée indisponible à la réprobation sociale.....	317
A- Le motif essentiel de l'article 20 : prohiber <i>toute diffamation</i> de la vie privée.....	318
B- L'aspiration libérale à la protection de la vie privée : l'empreinte de Benjamin Constant.....	321
1- Le primat de la liberté individuelle contre la société.....	322
2- Le refus catégorique de la logique de la dénonciation publique des fautes privées.....	323
3- La presse au service de la liberté des Modernes.....	325
§. 2 - Le choix d'une définition <i>ex negativo</i> de la vie privée.....	327
§. 3 - Les limites du mur de la vie privée : l'impossible maîtrise totale de la publication de soi.....	329
A- Le droit à la dissimulation de ses vices privés.....	329
B- La protection de la vie privée : progrès de la civilisation ou signe de la faiblesse des mœurs ?.....	333
<i>Section 2 - La loi de 1868 : la protection de la vie privée hors du délit de diffamation.....</i>	<i>336</i>
§. 1 - La première protection directe de la vie privée en droit français.....	337
§. 2 - L'impossibilité pratique de murer la vie privée.....	339
A- L'affaire Notre-Dame d'Étang : la tentative de rattacher la vie privée au domaine de la vie intérieure.....	340
B- L'affaire du journal le « Bien public » : la prévalence du critère de l'intention de la victime.....	342
§. 3 - Les critiques des conceptions rigides du mur de la vie privée.....	344
<i>Section 3 - La loi de 1881 : le retour de la protection de la vie privée dans le cadre du délit de diffamation.....</i>	<i>348</i>
§. 1 - Le refus de la preuve de la vérité des faits malgré le consentement de la victime.....	350
§. 2 - Le maintien du principe du mécanisme du sursis à statuer en cas de dénonciation d'infractions.....	351
§. 3 - Le refus d'intégrer les candidats aux élections à la liste des personnes publiques.....	352
<i>Section 4 - Le rôle des notions d'honneur et de vie privée dans l'invention du droit à l'image.....</i>	<i>357</i>
§. 1 - L'affaire O'Connell : la protection de l'image sur le fondement de « l'honneur des familles ».....	359
§. 2 - L'affaire Alexandre Dumas : le droit à la protection de son honneur privé comme prérogative incessible.....	361
§. 3 - L'honneur dans l'avènement du concept de droit à l'image.....	365
§. 4 - Le rôle de la protection de l'honneur dans l'invention de la <i>privacy</i> américaine.....	366
<i>Section 5 - Remarques sur les évolutions contemporaines de la loi de 1881 : la vie privée à l'épreuve des développements du droit à l'information.....</i>	<i>369</i>
§. 1 - Le choix de la définition de la diffamation comme l'imputation d'un fait faux.....	370
§. 2 - La difficile détermination du privé face à une vision imprécise de la notion de débat d'intérêt général.....	372
<i>Conclusion Partie III - L'impossible maîtrise individuelle de la diffusion de sa vie privée dans l'espace public.....</i>	<i>375</i>
CONCLUSION GENERALE.....	379
- Le droit à la vie privée contre la société : le droit d'être laissé seul.....	379
- La dimension collective de la vie privée.....	380
ANNEXES.....	384
Annexe 1 - La défense du domicile et des lettres privées par Cicéron.....	384
Annexe 2 - Les racines de la liberté des Modernes comme produit du principe monarchique.....	385
Annexe 3 - L'interdiction absolue de violer le secret des correspondances dans l'ancienne France.....	386
Annexe 4 - Discours de Mirabeau du 25 juillet 1789 sur la liberté des « plus secrètes communications de l'âme ».....	387
Annexe 5 - La confidentialité comme convention implicite entre les épistoliers, Affaire des lettres de Benjamin Constant et Juliette Récamier.....	387
Annexe 6 - Liberté, égalité, surveillance. Document du 27 messidor an VII [15 juillet 1799]- Archives départementales du Maine-et-Loire.....	388
Annexe 7 - Le secret comme religion de la France.....	389
Annexe 8 - Le régime de liberté des actes contraires aux bonnes mœurs fluctuant en fonction du caractère public ou privé.....	390
Annexe 9 - La diffamation de la vie privée selon Nachet.....	391
Annexe 10 - Plaidoyer contre l'exception de vérité dans les affaires de la vie privée par Grellet-Dumazeau.....	392
Annexe 11 - La protestation libérale contre les protections rigides de la vie privée.....	392
Annexe 12 - L'impossibilité de limiter de manière absolue la diffusion de la vie privée dans l'espace public.....	393
Annexe 13- La défense par le républicain Agénor Bardoux de l'indifférence de la vérité au nom du mur de la vie privée (Discussion de loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881).....	393
Annexe 14- Prince Albert vs. Strange, Haute cour, du Royaume-Uni 1849.....	395
Annexe 15 - Portrait litigieux de l'actrice Rachel sur son lit de mort par le peintre Frédérique O'CONNELL, 1858.....	395
Annexe 16 - Portrait d'Alexandre Dumas avec Ada Menken (vers 1865).....	396
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE.....	397
- Ouvrages généraux.....	397
Sources générales, usuelles, législatives et jurisprudentielles.....	397
Dictionnaires.....	398
Bibliographie générale.....	399

- Antiquité	401
Sources	401
Bibliographie	401
- Période médiévale.....	403
Sources	403
Bibliographie	404
I- Liberté, Droit naturel et <i>dominium</i>	405
Sources	405
Bibliographie	409
II - Secret, intimité et conscience	414
Sources	414
Bibliographie	418
III- Presse, Honneur et vie privée.....	424
Sources	424
Bibliographie	428
BEIGNIER, BERNARD, DREYER, EMMANUEL, LAMY, BERTRAND, DE, <i>TRAITE DU DROIT DE LA PRESSE ET DES MEDIAS</i> , PARIS, LEXIS NEXIS, 2009, 1100 p.	429
TABLE DES MATIERES.....	436