

La protection posthume des droits de la personnalité

Générosa Bras Miranda*

1. Introduction : le décès, un trouble qu'il faut gérer 797
2. La survie des droits de la personnalité : pourquoi
faut-il l'assurer ? 799
3. La survie des droits extrapatrimoniaux : pourquoi
est-elle difficile à assurer ? 803
 - 3.1 Semi-personne juridique !. 804
 - 3.2 Distinction des droits attachés à la personnalité
physique / morale 806
 - 3.3 Mise en œuvre de la protection *post mortem*. 806
 - 3.4 Fondement du droit d'agir en justice *post mortem*. . . 807
4. La survie des droits extrapatrimoniaux : comment
est-elle assurée ? 808
 - 4.1 Une succession morale ? 809
 - 4.1.1 La jurisprudence 809

© Générosa Bras Miranda, 2007.

* Docteur en droit.

4.1.2	La législation : correction de l'article 35 du <i>Code civil du Québec</i>	809
4.2	L'action <i>compensatoire</i> , en réparation pécuniaire . . .	811
4.3	L'action <i>satisfactoire</i> en prévention, interdiction, cessation de l'atteinte (<i>actio ex persona defuncti</i>) . . .	813
4.3.1	Protection de l'intégrité physique	815
4.3.2	Protection de l'intégrité morale	816
4.4	Le droit <i>subjectif</i> des proches à l'intimité de leur propre vie privée (action <i>ex persona sua</i>).	817
5.	Conclusion : l'empreinte juridique du défunt	819

1. INTRODUCTION : LE DÉCÈS, UN TROUBLE QU'IL FAUT GÉRER

La mort. Quel phénomène plus naturel que celui-là ?

Tout être vivant est mortel puisque la Vie porte la mort en elle¹. C'est une réalité qui s'inscrit dans l'ordre naturel des choses et devant laquelle nous n'avons d'autre choix que de nous incliner. La matière inerte demeure ; la matière vivante meurt. La vie est donc un état *provisoire*, un *mouvement* vers l'inertie, état définitif de toute matière.

Le décès en tant que tel, c'est-à-dire la transition de l'état vivant à l'état inerte est un mouvement, une évolution que le législateur n'a d'autre choix que de constater. En la matière, pas de contournement possible : la matérialité du corps mort s'impose avec brutalité.

Ce passage, dans toute société, est traité comme un fait invincible, incontournable, que l'on ne peut qu'admettre et qu'il faut gérer.

Invariablement, lorsqu'une personne décède, il faut constater ce décès² et disposer de la dépouille. Des règles, écrites ou non, établissent sur quels critères poser le constat du décès et de quelle façon il faut disposer du corps.

Par bien des aspects, le droit successoral traite ce mouvement que provoque le décès, comme un *accident* ; un *désordre matériel* auquel il faut remédier. Il s'évertue à atténuer les effets du vide laissé par la personne défunte sur la gestion de ses affaires. Il s'agit de faire en sorte que la survenance du décès ne trouble pas l'ordre social : les créanciers devront être désintéressés et les biens devront intégrer un autre patrimoine.

1. Voir Christine LESCA-D'ESPALUNGUE, *La transmission héréditaire des actions en justice*, (Paris, P.U.F., 1992).

2. Voir les règles relatives aux personnes portées disparues.

L'objectif le plus ostensible du droit successoral est effectivement de régler le sort de biens soudain laissés sans maître et de créances, sans débiteur.

Mais est-ce là réellement la pleine philosophie du droit successoral ? Le droit civil perçoit-il la mort d'une personne uniquement comme la disparition d'un « propriétaire-débiteur », c'est-à-dire d'un simple titulaire de patrimoine ?

Admettre une telle proposition serait adopter une vision misérablement réductrice de la personne humaine. Ce serait accorder plus d'importance aux biens matériels qui entourent les hommes qu'aux hommes eux-mêmes.

Une telle conception ne cadre pas avec la philosophie humaniste du droit civil qui, depuis l'époque de la révolution française, a érigé la personne humaine au centre de toute préoccupation. De son vivant, l'homme n'est pas réduit seulement à un propriétaire-débiteur ; il ne doit pas et *ne peut pas* l'être non plus après sa mort.

Par conséquent, le règlement de sa succession ne peut se limiter à la liquidation de biens, comme elle est pratiquée lors de la dissolution de personnes morales³.

Le décès d'une personne n'est pas le passage de « l'être » au « ne pas être », mais celui de « l'être » au « ne plus être », ce qui est sensiblement différent⁴. Avoir vécu une vie, certes, éphémère, reste un fait incontournable, qui s'inscrit dans l'éternel et que rien, pas même la mort, ne peut effacer.

Le grand philosophe russe Vladimir Jankélévitch, dans son ouvrage intitulé *La mort*, nous dit très justement :

La mort détruit le tout de l'être vivant, mais elle ne peut nihiliser le fait d'avoir été : ce je-ne-sais-quoi d'invisible, d'impal-

3. Qui n'ont de personne que le substantif et de moral, trop souvent que le qualificatif.

4. Voir E.H. PERREAULT, « Des droits de la personnalité », [1909] *R.T.C.D.* 528 : « Quoique par la mort la personnalité d'un homme s'éteigne, il en demeure cependant des vestiges suffisamment importants pour mériter une protection juridique. Ce sont principalement, sa dépouille mortelle, sa mémoire et ses œuvres artistiques et littéraires. Lorsqu'une atteinte leur est portée, la morale et l'ordre public exigent qu'elle soit réprimée » ; SÈNÈQUE, *L'éthique*, livre Voir « L'Âme humaine ne peut pas être absolument détruite avec le corps, mais il en demeure quelque chose qui est éternel ».

pable, de simple et de métaphysique que nous appelons quod-dité, échappe à la nihilisation.⁵

Toute sa vie, cet « être » a été protégé pour ce qu'il était. Il n'a pas seulement été considéré comme un simple titulaire de patrimoine, il était aussi une personne humaine, titulaire de droits extrapatrimoniaux protégeant sa personnalité même. Une fois la mort survenue, le droit civil ne peut faire fi de cette réalité et se restreindre à résoudre le seul désordre patrimonial que provoque le décès, car un pan entier des droits dont le défunt était titulaire s'évanouirait sans justification.

Qu'en est-il de ces droits dont, vivant, le défunt était titulaire en vertu de sa simple, mais puissante, personnalité juridique⁶ ? Qu'en est-il, plus spécifiquement au Québec, de ces droits qui lui ont été reconnus par le *Code civil du Québec* et la *Charte des droits et libertés* sous l'appellation de *droits de la personnalité* ?

En premier lieu, il faut souligner la nécessité sociale d'assurer la survie des droits protégeant la personnalité. Mais les entraves théoriques au prolongement de cette protection sont substantielles. Comme souvent, la jurisprudence a dû composer avec l'augmentation du nombre et du type d'atteintes *post mortem* portées à ces droits et le raffinement des exigences sociales.

2. LA SURVIE DES DROITS DE LA PERSONNALITÉ : POURQUOI FAUT-IL L'ASSURER ?

Le second alinéa de l'article 3 C.c.Q. semble confirmer ce que l'on conçoit aisément : les droits fondamentaux, protecteurs de la personne humaine, sont des droits *extrapatrimoniaux*. En ce sens, ils sont nécessairement incessibles⁷. Ils devraient également être intransmissibles. Or, l'alinéa 2 reste muet sur cet aspect de la transmissibilité.

5. Vladimir JANKÉLÉVITCH, *La mort* (Paris, Flammarion, 1977), p. 458.

6. La question de la transmission des droits extrapatrimoniaux se pose également à la dissolution des personnes morales car celles-ci sont titulaires de certains droits extrapatrimoniaux, tels le droit au nom, le droit à la réputation, etc.

7. Notons néanmoins qu'il est possible de renoncer à poursuivre l'auteur de l'atteinte ; cette pratique est courante pour les artistes dont la profession consiste précisément en l'exploitation de l'un de ces droits. Il s'agit essentiellement d'utiliser leur image et leur voix. Mais cela ne constitue pas une aliénation de leur droit, qui reste total. La renonciation aux poursuites n'entame pas la substance du droit. D'ailleurs, le fait d'avoir largement permis la diffusion de son image par les médias ne présuppose pas une renonciation perpétuelle.

Mais si les droits de la personnalité ont pour fonction de protéger l'épanouissement de la personne dans sa dimension sociale et morale⁸, il est difficilement concevable que la protection prenne fin avec la vie.

L'incessibilité a pour rôle de *maintenir* l'efficacité de cette protection tout au long de la vie du titulaire. Cette incessibilité empêche le titulaire de se départir de ces droits et d'ainsi détourner les droits extrapatrimoniaux de leur objet : celui de protéger les attributs moraux de la personnalité.

Par contre, l'intransmissibilité entraînerait le phénomène inverse : elle *anéantirait* cette protection. C'est pourquoi, *seule* l'incessibilité est prescrite au second alinéa, sans qu'aucune mention ne soit faite de l'intransmissibilité de ces droits.

Ce silence, d'autant plus surprenant que l'incessibilité et l'intransmissibilité vont souvent de pair, signifie-t-il que ces droits soient *transmissibles* ?

L'étonnement que suscite l'absence de déclaration d'intransmissibilité après celle d'incessibilité est dû simplement à la représentation que l'on se fait de ces attributs comme découlant uniquement du caractère patrimonial ou non des droits.

Dès lors que la transmissibilité à cause de mort, tout comme la cessibilité entre vifs, est une caractéristique majeure de la patrimonialité des droits, il est permis, il est vrai, de se demander si les droits de la personnalité sont réellement exempts de toute patrimonialité, c'est-à-dire de toute *valeur quantifiable*.

En la matière, les économistes du droit (les Allemands puis les Suisses, avant les autres) s'entendent généralement pour reconnaître que les droits sont des biens légalement protégés lorsqu'ils acquièrent une valeur et qu'ils s'organisent en marché⁹.

8. C'est bien le but de la Charte, qui ressort de l'intitulé du préambule : « Considérant que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, *destinés à assurer sa protection et son épanouissement* » (nos italiques).

9. Voir Frantz WERRO, « La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge », dans *La protection de la personnalité – bilan et perspectives d'un nouveau droit – Contribution en l'honneur de Pierre Tercier* (Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1993), p. 15.

En matière de droits de la personnalité, la reconnaissance est l'aboutissement d'une évolution au terme de laquelle l'ampleur de l'exploitation des droits de la personnalité conférerait à ces intérêts protégés une véritable *valeur, les détournant considérablement de leur trajectoire initiale*. L'exploitation de ces droits représente désormais une source substantielle de profit pour son titulaire, comme parfois pour autrui¹⁰.

Il suffit de penser aux acteurs, vedettes, éditeurs, agents de presse et autres agents de publicité, qui tirent leurs revenus de l'exploitation de leur droit sur leur image, de leur voix (et, ... faut-il l'espérer, de leur talent...).

Dès lors, se crée un *conflit* entre le titulaire de ces droits qui veut les préserver (pour maintenir une bonne qualité de vie, s'il s'agit d'un *quidam* ou pour en tirer lui-même tout le profit, s'il s'agit d'un personnage public) et les auteurs d'atteintes qui puisent dans l'exploitation de cette valeur, créée par d'autres, pour s'enrichir.

Bon nombre de droits de la personnalité ont donc été clairement détournés et ont acquis une véritable valeur, au sens économique du terme. Ils sont devenus source potentielle de profit à la fois pour leur titulaire et pour autrui¹¹.

Le XX^e siècle fut le grand théâtre de ces détournements des droits de la personnalité. Les moyens de diffuser l'information se sont considérablement développés au sein de nos immenses sociétés de loisirs et de spectacles, multipliant par cent les occasions de porter une atteinte et par mille l'ampleur du préjudice. Les appareils photographiques, les caméras-vidéo, les téléobjectifs, les écouteurs, les ordinateurs et autres gadgets électroniques sont désormais des biens courants qui permettent d'attenter facilement à l'image, à la réputation ou à l'intimité d'autrui sans que la vigilance de la victime

10. Les circonstances du décès de la Princesse de Galles, Lady Diana, illustrent parfaitement cette réalité.

11. Voir l'étude très éclairante de Jean-Baptiste ZUFFEREY, « Droits de la personnalité : quelques éléments d'une analyse économique », dans « La protection de la personnalité – Bilan et perspectives – Contribution en l'honneur de Pierre Tercier » (Fribourg, éditions universitaires de Fribourg, 1993), p. 211 : « Selon une approche généralement retenue en droit suisse, la personnalité peut se définir comme l'ensemble des biens de la personnalité, soit tous les biens inhérents à chaque personne de par cette seule qualité de personne. Une telle approche est en fait *économique* : chaque bien de la personnalité est un bien économique, une ressource, un produit à partir du moment où elle a une valeur ».

ne puisse s'y opposer immédiatement et éviter que le préjudice ne soit amplifié.

La diffusion des images et des textes peut facilement atteindre en seulement quelques minutes une dimension nationale, voire internationale, aggravant incommensurablement le préjudice, le rendant souvent irréparable.

L'affirmation des droits de la personnalité aux alentours des années 1980, au Québec, n'est que la reconnaissance du caractère irréversible de ces détournements. Ils ne constituent plus de simples attributs de la personnalité ne se rapportant qu'à leur titulaire et n'intéressant que celui-ci. Il ne s'agit plus du *droit objectif* à la vie privée que l'on reconnaît par principe. Les droits de la personnalité ont évolué pour devenir des *droits subjectifs* qui se posent en véritable obstacle à la liberté d'autrui.

En énonçant des droits de la personnalité, la *Charte des droits et libertés* et le *Code civil du Québec* ont « subjectivisé » ce qui autrefois n'étaient que des droits objectifs. Ils ont élevé ces attributs au rang d'*intérêts légitimement protégés*¹². Ce faisant, le législateur admet, d'une part, qu'ils constituent une véritable *valeur*, source de convoitise, et d'autre part, il reconnaît la légitimité de ces droits et de leur exploitation en créant une *exclusivité*¹³ au profit du titulaire. Dans ce contexte, il serait illogique d'admettre que le décès efface cette exclusivité et permet aux tiers d'envahir un espace jus-

12. Voir Jean DABIN, *Le droit subjectif*, (Paris, Dalloz, 1952).

13. Elle doit néanmoins être relative et céder sous l'intérêt public supérieur. Ainsi, par exemple, en vertu de son droit à la vie privée, toute personne peut s'opposer à ce que soient rendus public des faits de sa vie personnelle. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de faits ayant des liens directs avec des événements historiques, l'intérêt public servi par le droit à l'information du public et à la liberté d'expression de l'auteur qui relate de tels faits dans un but explicatif (sans diffamation ou injure) prévaut sur l'intérêt privé que protège le droit de la personnalité. Voir en ce sens, J.B. ZUFFEREY, *loc. cit.*, note 11, p. 217 : « La protection de la personnalité ne doit pas créer des situations de *monopole* compte tenu de leurs effets en général néfastes sur le marché et par conséquent sur l'allocation optimale des ressources. Il se justifie donc qu'on puisse invoquer le droit à l'information, la liberté d'opinion et d'expression ou l'intérêt public lorsqu'il serait inadmissible qu'un élément devenu "bien public" soit à la disposition arbitraire d'un propriétaire déterminé. [...] L'analogie est ici possible avec les situations d'*expropriation* : l'ordre public crée pour la collectivité une possibilité de passer outre le droit de propriété d'un particulier lorsque la société supporterait des coûts prohibitifs s'il lui fallait acquérir cette propriété au prix fixé par le propriétaire ou renoncer au projet ».

qu'alors si précautionneusement protégé¹⁴. La mort d'une personne ne devrait pas faire tomber sa personnalité dans le domaine public.

La survie des droits extrapatrimoniaux est donc nécessaire mais elle est juridiquement difficile à assurer.

3. LA SURVIE DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX : POURQUOI EST-ELLE DIFFICILE À ASSURER ?

On s'accorde à admettre que les droits de la personnalité¹⁵ (droit au respect de la vie privée, droit à son image, droit à l'honneur) s'éteignent au décès, puisque leur titulaire perd la personnalité juridique nécessaire à la jouissance de tout droit¹⁶. Les morts n'ont pas de droits ! L'auteur Planiol a pu dire : « les morts ne sont pas des personnes, ils ne sont plus rien ! »¹⁷. « Mais cette réalité est si affreuse », poursuit J. Carbonnier, « que l'on s'efforce de la dissimuler. Ainsi, le droit admet-il un certain prolongement de la personnalité au-delà de la mort, une certaine protection posthume de la personne »¹⁸.

En effet, depuis plusieurs décennies, une jurisprudence relativement constante (bien qu'évolutive) fait en sorte que la protection de certains droits de la personnalité¹⁹ persiste après la mort²⁰.

14. Voir J.-B. ZUFFEREY, *loc. cit.*, note 11, p. 213 : « Il est nécessaire que les ressources de premier ordre soient *attribuées* en exclusivité car si chacun pouvait en user librement, elles seraient dilapidées et perdraient rapidement toute valeur. Ainsi, nos pâturages seraient gaspillés si certains paysans pouvaient en user indûment ; personne ne supporterait les coûts engendrés par les animaux additionnels, les excellents endroits seraient surchargés et perdraient de leur valeur en proportion de ce que leurs utilisateurs officiels ne seraient plus prêts à payer. Il en va de même en matière de personnalité : les images de l'actualité courante n'ont guère de « valeur » ; elles appartiennent à tout le monde et les publicitaires ne sont pas prêts à payer pour les utiliser ».

15. Droits fondés sur l'existence même de la personne ayant pour objet de protéger ses attributs physiques et moraux.

16. Edith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 75, n° 72.

17. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, 17 éd., (Paris, P.U.F., 1990), n° 14, p. 28.

18. Jean CARBONNIER, précité.

19. On distingue traditionnellement trois catégories de droits fondamentaux, les droits de la personnalité physique (droit à la vie, droit à l'intégrité corporelle), ceux de la personnalité sociale (vie privée) et ceux de la personnalité affective.

20. Pierre BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, (Paris, L.G.D.J., 1969).

Socialement, cette tangente se justifie aisément par des considérations morales. Qui approuverait l'exploitation de l'image d'une dépouille, eût-elle été celle d'un personnage public²¹ ?

Mais, *juridiquement*, comment assurer la survie des droits de la personnalité alors que leur titulaire n'est plus ? Quelles sont les techniques juridiques alors mises en œuvre ?

Plusieurs méthodes juridiques s'offrent à nous. Une première est directe et franche. Mais, à peine énoncée, elle fut rejetée avec dédain et fracas. De façon majoritaire, les juristes ont préféré emprunter des chemins détournés ; ceux, en l'occurrence, qui passent le plus loin possible du ravin de la mort, que le juriste, tout humain qu'il est, ne saurait voir de trop près, sans craindre le vertige ... « Cachez cette mort que je ne saurais voir !.. », aurait peut-être pu écrire Molière...

3.1 Semi-personne juridique !

De rares juristes ont évoqué cette méthode abrupte : celle qui consiste à admettre que les morts soient considérés comme des *semi-personnes juridiques*²². L'idée date du début du siècle. Mais récemment encore, le conseiller à la Cour de cassation française, Jean-Pierre Gridel, la reprenait sous le vocable de la *personne résiduelle*²³.

L'affaire fait sourire mais à bien y réfléchir, et en regardant en parallèle à l'autre bout de la vie, la protection des enfants conçus

21. Raymond LINDON, « La presse et la vie privée », J.C.P. 1965. I. 1887 : « Rien ne relève plus de la vie privée que la dépouille mortelle ».

22. C. LESCA-D'ESPALUNGUE, *op. cit.*, note n° 1, p. 3-4, n° 2-3 : « De fait, il ne peut y avoir d'actions ou de bien en général sans un sujet qui les transmette, donc sans la reconnaissance en droit de la survivance de l'être du *de cujus*. [...] En continuant à régir les relations de la personne au-delà de sa réalité physique, on peut dire que le droit constitue une métaphysique, c'est-à-dire une science qui s'intéresse à ce qui existe logiquement, mais aussi en cette matière, à ce qui vient chronologiquement après le physique. [...] La mort ne saurait être un obstacle à la croyance en l'immortalité de l'âme ; elle ne saurait non plus être un obstacle à la survie juridique de l'être « relationnel » de la personne, à la réalisation de situations dont aurait pu bénéficier ou qu'aurait dû subir le défunt. C'est la conception que le droit a adoptée en consacrant le principe de la continuation de la personne du défunt par les héritiers ».

23. Jean-Pierre GRIDEL, « L'individu juridiquement mort », dans *Quelques aspects du droit de la mort*, 3^e journée de Paris V, 1999. D. 2000, suppl. au n° 16, p. 266-267. François RINGEL et Emmanuel PUTMAN, « Après la mort », *D. chr.* XLVII. 1991.241.

mais non encore nés, ces propositions méritent plus le qualificatif d'« audacieuses » que celui de « ridicules ». Songeons au droit de tester qui permet à l'homme d'étendre la puissance de sa volonté au-delà de sa mort.

Ajoutons le droit de décider des modalités de ses funérailles, fussent-elles jugées totalement ridicules et provoquassent-elles le désarroi de toute la famille. Ajoutons encore la disposition de parties de son corps, par l'acceptation du prélèvement et du don d'organes et de tissus ; et voilà que la volonté (antérieurement exprimée, certes) d'une personne décédée s'impose à tous. Et avec quelle force, sinon celle du sacré, pour régir les conséquences tant patrimoniales et extrapatrimoniales que funéraires de son décès !

Pour la volonté humaine, la mort est loin d'être le gouffre sans fond que l'on craint tant. Seule la fréquentation ordinaire du droit des successions et des obligations nous empêche de percevoir l'extraordinaire audace de telles propositions qui accordent à la volonté humaine une portée si puissante,... *au-delà même de la mort*²⁴.

La notion proposée, de semi-personne juridique a le grand mérite de refléter assez bien une réalité incontestable et incontournable : les empreintes sociales, morales, artistiques, épistolaires, et *donc* juridiques, ne disparaissent pas au jour du décès.

Elles ne s'effacent pas, c'est une évidence, dans la mémoire de ceux qui demeurent²⁵. Elles s'étiolent peu à peu sous la friction du temps qui passe, par l'extinction de chacune des protections juridiques qui en assurent la pérennité²⁶.

Mais cette avenue est restée lettre morte. Eût-elle été choisie, elle aurait permis la conception d'un système de protection des droits de la personnalité *post mortem* clair et franc. À la place, comme souvent, on a préféré emprunter les chemins détournés.

24. Voir Henri AUFRROY, *L'évolution du testament en France des origines au XIII^e siècle* (Paris, Rousseau, 1899).

25. Tout comme l'enfant non encore né a déjà inscrit son existence – son aura – dans la mémoire et le cœur de ses proches.

26. Sur ce point, voir Christine LESCA-D'ESPALUNGUE, *La transmission héréditaire des actions en justice*, (Paris, P.U.F., 1992), p. 7 et s., n^o 6 et s.

3.2 Distinction des droits attachés à la personnalité physique / morale

Il faut ici mettre à part les droits qui protègent la *personne* dans sa dimension exclusivement *corporelle* et ceux qui protègent ses activités sociales, familiales et professionnelles ; activités qui nécessitent que l'on soit vivant pour les mener.

Dans ce cas, l'intransmissibilité, parfois dite « essentielle », paraît inévitable, car ces prérogatives ou ces droits n'ont plus aucune raison de subsister après le décès de leur titulaire²⁷. Elles n'ont plus d'objet, ni même de sujet pour les soutenir.

Par contre, d'autres droits entendent protéger les caractéristiques *morales* de la personnalité ; par exemple, l'image que les autres se sont faite de la personne, sa réputation, l'intégrité de ses œuvres. Ces prérogatives doivent demeurer vives et continuer à jouer leur rôle de protection.

Mais, puisque l'on recule devant l'idée trop simple, trop violente, d'une personnalité qui perdurerait après la mort, comment alors assurer la protection nécessaire ?

3.3 Mise en œuvre de la protection *post mortem*

Concrètement, on a choisi de mettre en œuvre la protection *post mortem* en accordant le droit à certaines personnes *d'agir en justice* après le décès de celui dont le droit de la personnalité a été violé. L'article 625 alinéa 3 C.c.Q. édicte que ces personnes peuvent agir, soit pour obtenir *réparation* du dommage, soit pour *faire cesser le trouble*.

Après le décès de leur titulaire, on ne s'étonnera pas que la protection des droits fondamentaux se réduise à son seul aspect judiciaire. Le titulaire de ces droits étant décédé, plus personne ne peut

27. Sont par essence intransmissibles, les facultés (options qui confèrent un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et une certaine latitude dans la gestion du patrimoine, comme par exemple, l'option du légataire, la faculté de demander une attribution préférentielle), les libertés individuelles (latitude laissée aux personnes de faire tout ce qui leur plaît qui n'est pas interdit par la loi, comme par exemple les libertés relatives aux funérailles). Voir Pierre BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Collection Bibliothèque de droit privé (Paris, L.G.D.J., 1969), aux n^{os} 60 à 63.

en jouir. Ne restent alors plus que des prérogatives défensives. Ne reste plus qu'un droit de guerre, de demande et d'action en justice.

3.4 Fondement du droit d'agir en justice *post mortem*

Mais quel est donc le fondement de ce droit d'autrui d'agir en justice ? Les héritiers sont-ils ici admis à agir parce que le droit leur a été transmis par succession ?

En principe, la détermination de la survie ou non des actions en justice résulte de l'idée du juste qu'un système juridique soutient²⁸.

De lege ferenda, selon que l'on considère, pour chaque action donnée, que l'oubli – moyen naturel de résolution des conflits – ou, au contraire, que la poursuite des conflits – moyen discursif de résolution des conflits – est le mode d'extinction des conflits préférable, on déclarera que l'écoulement du temps éteint plus ou moins rapidement telle ou telle action²⁹.

Mais *de lege lata*, lorsqu'il s'agit de déterminer si une action doit survivre au titulaire du droit subjectif, ces considérations sont supplantées par celles relatives à la qualification du droit subjectif lui-même : patrimonial ou extrapatrimonial.

Sont patrimoniales les actions relatives à un droit positif patrimonial et sont extrapatrimoniales celles relatives à un droit extrapatrimonial.

Ainsi posée, la question du devenir *post mortem* des droits de la personnalité serait donc vite réglée : par définition, ils sont *extrapatrimoniaux*, étant des attributs de la personnalité, et donc *intransmissibles*. Point à la ligne : il n'y aurait plus rien à dire sur le sujet.

Mais comment alors justifier cet article 615 alinéa 3 du C.c.Q. qui accorde aux héritiers le droit d'agir en justice ?

Simplement en relevant que le classement simpliste *droit patrimonial transmissible/droit extrapatrimonial non transmissible* ne

28. C. LESCA-D'ESPALUNGUE, *op. cit.*, note n° 1, à la p. 7, n° 6 : « Juridiquement, l'arrêt des conflits au décès se traduit par l'intransmissibilité de l'action et leur poursuite par la transmission de l'action. Il y a donc un choix à faire, et selon l'idée que le législateur ou le juge se fait de ce qui est juste, telle action sera déclarée transmissible ou intransmissible ».

29. C. LESCA-D'ESPALUNGUE, précité.

prend pas en compte la dualité qui subsiste au sein des actions dont la *cause et l'objet* parfois se distinguent³⁰.

Ce classement ne tient pas compte qu'une action peut être portée sans que celui qui l'exerce ne soit titulaire d'un droit subjectif préexistant. Il oublie le contentieux objectif. Détourné de son rôle de protecteur de l'ordre public, ce contentieux objectif sera ici mis à contribution pour venir en aide au civiliste en peine de solution aux problèmes qu'il s'est lui-même imposés : celui résultant du fait qu'il faut être une personne (...vivante) pour jouir d'un droit et celui qui résulte du fait que seuls les droits patrimoniaux sont transmissibles par voie de succession.

4. LA SURVIE DES DROITS EXTRAPATRIMONIAUX : COMMENT EST-ELLE ASSURÉE ?

Lorsqu'un droit de la personnalité est violé et qu'une action en compensation ou en réparation matérielle est intentée par la victime, l'article 625 du Code civil admet que les héritiers puissent poursuivre l'instance advenant le décès du demandeur. Mais lorsque l'atteinte au droit de la personnalité est portée *après* le décès, on ne saurait invoquer ni la transmission du droit subjectif, ni même celle du droit d'action, puisque la cause d'action est postérieure au décès. Mais le législateur admet alors spécifiquement qu'une *action en rétablissement de la légalité* puisse être exercée par autrui.

Pour ceux qui se voient accorder ce droit d'action, la protection à assurer devient un poids, un austère devoir moral de veiller au respect de la mémoire de la personne décédée. Une sorte d'intérêt familial, que l'on pourrait dire semi-public, prend la place de l'intérêt autrefois strictement personnel du titulaire du droit de la personnalité.

Concrètement, les actions susceptibles d'être exercées après le décès sont alors au nombre de trois : l'action compensatoire, l'action satisfaisante et l'action personnelle des proches.

30. Par exemple, la *cause* de l'action est la violation d'un droit extrapatrimonial et l'*objet* de l'action est une demande en justice de nature patrimoniale : une demande en dommages-intérêts.

4.1 Une succession morale ?

4.1.1 La jurisprudence

Dans un premier temps, la Cour supérieure ne s'est pas embarrassée de ces distinctions. Elle a purement et simplement considéré que les droits extrapatrimoniaux étaient transmis à leurs héritiers, par le biais d'une véritable *succession morale* ! Dans la célèbre affaire *B. T. c. Fondation Lise T.*³¹, elle énonça, en effet, que les parents d'une enfant décédée « jouissaient des droits que l'enfant possédait à l'égard de sa vie privée, de l'usage de son nom, de son image, et le reste », puisque sa succession leur était dévolue. Probablement peu certaine de ce motif aussi imprécis que surprenant, la cour souligna également le droit des parents à la protection de leur propre vie privée pour justifier l'injonction interlocutoire enjoignant aux intimés de ne pas faire usage du nom ou de l'image de l'enfant décédée, sans l'autorisation préalable de ses parents. Heureusement, la référence à la succession morale n'a pas fait jurisprudence.

4.1.2 La législation : correction de l'article 35 du Code civil du Québec

Dans une telle hypothèse de succession morale, le choix des héritiers comme seules personnes susceptibles de renoncer valablement, plutôt que celui des proches, se comprend : *il y aurait transmission successorale*.

C'est ce que semblait impliquer l'article 35, ancienne version, accordant aux héritiers le droit de renoncer au bénéfice de la protection contre la violation de la vie privée. Ce faisant, le législateur restreignait le champ d'application de la protection *post mortem* : loin de devoir veiller au respect de la mémoire de leurs proches défunts, les héritiers pouvaient au contraire, jusqu'en 2002, y renoncer... éventuellement contre rémunération ! Circonstances, on en convient, susceptibles d'en faire faillir plus d'un !

En 2002, le législateur a supprimé la proposition « ou ses héritiers » à l'article 35 du Code civil du Québec permettant à toute personne de consentir à une atteinte portée à son droit à la vie privée³².

31. *B.T. c. Fondation Lise T. pour le respect du droit à la vie et à la dignité des personnes lourdement handicapées*, [1995] R.D.F. 429 (C.S. Qué.).

32. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* (L.Q. 2002, c. 19, art. 2).

Cela signifie simplement que chacun est libre de renoncer à exercer son droit d'agir en justice pour faire valoir son droit à la vie privée.

Mais permettre, de plus, aux héritiers de renoncer au droit à la vie privée, tel que le faisait l'article 35 du Code civil du Québec, *ancienne version*, implique beaucoup plus : les héritiers exerceraient véritablement ce droit de la personnalité. Celui-ci leur serait véritablement transmis !

Cette logique de droits subjectifs qui semblent être transmis par voie successorale s'oppose à celle du contentieux objectif mis en place à l'article 625 C.c.Q., visant à assurer le respect de la légalité et celui de la mémoire des personnes décédées. Elle heurte violemment aussi le principe selon lequel les droits extrapatrimoniaux ne sont pas transmissibles par voie de succession³³.

Il faut donc grandement se féliciter de la correction qui a récemment été apportée à cet article bancal, supprimant le droit des héritiers de renoncer au droit au respect de la vie privée de leur auteur décédé, ... même si cette suppression n'est que le résultat de l'action pragmatique de groupes de pressions, plutôt que l'aboutissement d'une réflexion juridique.

Au lendemain de l'affaire *Michaud c. Turgeon*³⁴, les journalistes ont craint de devoir systématiquement courir après une cohorte d'héritiers dispersés et négocier la renonciation de chacun d'entre eux, avant de risquer de porter atteinte à la vie privée de l'un de leurs parents, lors d'un reportage historique, par exemple. La fédération des journalistes et d'autres groupes de représentants du milieu

33. Pour un exemple fâcheux de confusion, voir l'arrêt *B.T. c. Fondation Lise T. pour le respect du droit à la vie et à la dignité des personnes lourdement handicapées*, [1995] R.D.F. 429 (C.S.Qué.), juge Barbeau : « En l'espèce, la succession de l'enfant décédée est dévolue à ses parents, les requérants ; ces derniers jouissent donc des droits que l'enfant possédait à l'égard de sa vie privée, de l'usage de son nom, de son image, et le reste (a. 653-35 C.C.) ». Un arrêt, au contraire, très clair et juste sur ce point, *Coulombe c. Montréal (Ville)*, [1996] A.Q. 721, juge Lagacé : « [...] il existe des droits extra-patrimoniaux qui n'ont pas une valeur pécuniaire, et par conséquent ne sont pas transmissibles. Ils s'éteignent avec la mort et ne font pas partie du corps ou de la masse de la succession qui s'ouvre. On peut véritablement dire que les biens pour lesquels le titulaire ne pouvait réclamer en son vivant, ne font pas partie de sa succession, et il s'ensuit logiquement que l'héritier ne peut pas en être saisi ».

34. *Michaud c. Turgeon*, 1997 CanLII 10711, J.E. 97-1142 (C.A.Qué.).

du spectacle et de l'information ont largement participé au débat menant à l'amendement apporté à l'article 35, en 2002³⁵.

Par ailleurs, prévoir exclusivement que les héritiers peuvent renoncer au seul droit à la vie privée de leur auteur, sans établir de règle similaire pour les autres droits de la personnalité, laisse entendre qu'une telle renonciation était impossible pour ces derniers, autant pour la personne titulaire de ces autres droits de la personnalité, de son vivant, que pour ses héritiers ; distinction qui ne semble reposer sur aucune justification. Félicitons-nous encore de la correction de cet article. Il reste toutefois qu'en maintenant le pouvoir du titulaire du droit à la vie privée d'y renoncer, la formulation de cet article porte l'interprète à induire que la renonciation à un autre droit de la personnalité ne serait pas permise. On aurait donc souhaité que le législateur supprime totalement cet article qui demeure malgré tout ambigu. Néanmoins, la correction apportée en 2002 permet heureusement d'effacer toute idée de transmission successorale des droits de la personnalité.

4.2 L'action *compensatoire*, en réparation pécuniaire

L'atteinte à un droit de la personnalité peut donner lieu à la mise en œuvre du mécanisme traditionnel de responsabilité civile (art. 1457 et suivants du Code civil) fondé, schématiquement, sur la combinaison faute/lien de causalité/dommage/réparation pécuniaire.

En 1996, une année après l'affaire *Lise T.*, l'affaire *Aubry c. Éditions Vice-versa* fut l'occasion pour les tribunaux, de préciser plusieurs points. Le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec souligna la nécessité du préjudice pour qu'une action en réparation d'une atteinte portée à un droit de la personnalité (en l'occurrence, droit à l'image) puisse s'ouvrir. Il estima donc que le contentieux relatif à ce type de droit demeurerait soumis aux principes fondamentaux de la responsabilité civile³⁶. Malgré la dissidence du juge Baudouin, la Cour accorda des dommages-intérêts à l'intimée dont la photo, nullement compromettante, avait néanmoins été publiée sans son consentement, bien qu'aucun préjudice sérieux n'ait été subi³⁷.

35. Voir *J. des débats*, 9 avril 2002, vol. 37, n° 56 : interventions des fédérations et des associations de journalistes, éditeurs, archivistes et généalogistes devant la commission permanente des institutions.

36. Notons que cette affaire était régie par les règles du *Code civil du Bas Canada*.

37. *Aubry c. Éditions Vice-versa*, [1996] R.J.Q. 2137 (C.A.Qué.) ; confirmé [1998] 1 R.C.S. 591.

Saisie de l'affaire, la Cour suprême suivit en partie l'opinion du juge Baudouin. Elle considéra que le contentieux des droits de la personnalité demeure soumis aux règles de responsabilité civile, exigeant notamment la preuve d'un préjudice réel³⁸.

Mais la Cour suprême alla beaucoup plus loin en évoquant, à juste titre, l'application des articles 5 et 49 de la *Charte des droits et libertés*³⁹.

Dès lors, une question fondamentale devait être tranchée. D'une part, l'article 49 de la *Charte des droits et libertés* énonce qu'une atteinte illicite⁴⁰ à un droit de la personnalité confère à la victime le droit d'obtenir cessation de l'atteinte et réparation du préjudice qui en résulte, sans référence aucune à une faute. De l'autre, les principes fondamentaux de responsabilité civile exigent, au surplus, la preuve d'une faute, celle d'un préjudice réel et celle d'un lien direct de causalité. Comment coordonner ces textes ?

L'ensemble des juges de la Cour suprême estime qu'il est nécessaire que soit établie la faute. Mais les opinions des juges se distinguent sur le point de savoir quand cette faute est admise. D'un côté, la majorité des juges considère que la seule atteinte à un droit de la personnalité sans autorisation de la personne concernée constitue, *en soi*, une faute. Mais en dissidence, le juge en chef Lamer, précise que ce critère lui apparaît insuffisant : seule l'atteinte *injustifiable* constitue une faute. Il faut, avance-t-il, procéder à une pondération des droits mettant en balance d'une part l'atteinte au droit de la personnalité et de l'autre, les autres droits et libertés fondamentales, telle la liberté de la presse. Le juge Lamer prône donc, au besoin,

38. *Aubry c. Éditions Vice-versa*, [1996] R.J.Q. 21 (C.A.Qué.), le juge Lebel : « Dans la mesure où le droit à la vie privée cherche à protéger une sphère d'autonomie individuelle, il doit inclure la faculté d'une personne de contrôler l'usage qui est fait de son image. Il faut parler de violation du droit à l'image et, par conséquent, de faute dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet d'identifier la personne en cause ».

39. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

40. Voir toutefois, Martin MICHAUD, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warrens et Brandeis à l'inforoute*, (Montréal, Wilson & Lafleur, 1996), p. 62-63 : « L'article 49 de la Charte des droits et libertés ayant carrément évacué la notion de faute dans l'appréciation des atteintes aux droits de la personnalité, certains s'interrogent peut-être sur l'opportunité de conserver cette notion dans le processus d'appréciation des atteintes à la vie privée. Voir aussi, G. OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », [1991] *R. du B.* 561, p. 566. Voir aussi les développements clairs du juge Lebel dans *Aubry c. Éditions Vice-versa*, [1996] R.J.Q. 21 (C.A.Qué.), n° 61 et s.

l'adaptation des règles de responsabilité civile de manière à les coordonner avec celles de la *Charte des droits et libertés*.

Lorsque l'action en justice porte une demande de compensation sous forme de dommages-intérêts, celle-ci est transmissible⁴¹ aux héritiers puisqu'elle appelle une réparation pécuniaire, donc *patrimoniale*. Il s'agit là du processus bien connu de patrimonialisation⁴².

4.3 L'action *satisfactoire* en prévention, interdiction, cessation de l'atteinte (*actio ex persona defuncti*)

Mais l'inscription du contentieux des droits de la personnalité dans le giron de la *Charte des droits et libertés* présente un intérêt majeur, lorsque l'atteinte à un droit de la personnalité est portée après le décès de son titulaire. En effet, l'article 49 de la Charte ouvre la porte à la pleine application de la théorie de l'illicéité⁴³, selon laquelle une action en justice peut être engagée en raison, non pas d'une *faute* ayant causé un *dommage* – tous éléments qu'il faut prouver –, mais en raison de la *seule atteinte illicite* à un droit.

Dès lors qu'il n'est pas nécessaire que le demandeur en justice prouve qu'il subit un préjudice, l'épineuse justification du droit d'agir en justice d'une personne autre que le titulaire du droit personnel lésé, se dissout. Puisque la seule atteinte illicite ouvre droit à

41. Michel GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, 6^e éd., (Paris, Litec, 2001), à la p. 59, n^o 61 : « En revanche le droit à réparation dont le défunt était titulaire à raison de l'atteinte portée aux droits de sa personnalité se transmet comme tout autre élément de son patrimoine : notamment l'action en réparation d'un préjudice moral, quand bien même il ne l'aurait pas introduit de son vivant. » Pour une illustration jurisprudentielle, voir *Commission des droits de la personne c. Brozozowski*, T.D.P.Q. Montréal, 1994-05-13.

42. Sur la jonction qui se réalise entre la personne et le patrimoine, par le biais de la réapparition du dommage, voir Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », (1996) 27 *R.T.D.C.* 185, 209. Voir aussi, Grégoire LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », (1997) 42 *R.D.McGill* 319 ; Orville FRENETTE, *L'évaluation du préjudice en cas de blessures corporelles, de décès et de certaines atteintes aux droits fondamentaux de la personne*, Supplément 2003, (Montréal, Wilson & Lafleur, 2003).

43. Ce qu'on n'a pas le droit de faire ; *quod non jure fit – lex aquilia*. On rejoint ici la théorie de la garantie de Boris Starck ; voir Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (Paris, Rodstein, 1947). Voir aussi, Jacques-André NICOD, *Le concept d'illicéité civile à la lumière des doctrines françaises et suisses* (Lausanne, Chabloy, 1988), notamment, p. 27 : « Il n'y a plus de faits fautifs ou non fautifs, mais des dommages licites ou illicites » ; et à la p. 118 : « Les nombreuses situations où l'illicéité résultera de la transgression d'une norme protectrice de l'ordre juridique constituent le cadre général d'application de la théorie de l'illicéité ».

l'action, personne n'est choqué de voir une personne autre que la victime directe investie de ce droit d'action, d'autant plus s'il s'agit d'une action satisfaisante en cessation de l'atteinte (contentieux objectif)⁴⁴.

Ce pouvoir est accordé, par l'article 625 alinéa 3 du *Code civil du Québec*, aux héritiers :

Les héritiers sont saisis des droits d'action du défunt contre l'auteur de toute violation d'un droit de la personnalité [...]

Cet article donne certainement lieu à confusion, en raison notamment de son emplacement au tout premier rang du titre *De la transmission de la succession*, du *Code civil du Québec*. Le spectre de la *succession morale* réapparaît.

En réalité, il doit se comprendre comme accordant à *certaines personnes* la seule *saisine* du droit d'action du défunt, c'est-à-dire le seul *pouvoir d'exercer le droit d'action*⁴⁵, *dénudé* de la titularité du droit d'action lui-même ; ce qui lui permet d'agir lorsque l'atteinte a été portée après le décès.

Il ne réalise *aucune transmission successorale à proprement parler*, malgré son emplacement dans le chapitre des successions. Il ne s'agit pas ici de transmissibilité successorale mais *du simple exercice du pouvoir d'agir en justice* pour faire respecter la légalité⁴⁶.

44. Droit *objectif* à la protection de la décence *publique* et de la dignité, consacré par la coutume. Voir Didier GUÉVEL, « L'image du corps humain esquisse d'une approche multidisciplinaire », dans *Image et droit*, dir. Pascal Bloch, (Paris, L'Harmattan, 2002), p. 413, à la p. 455 : « On pressent donc, à propos des images représentant un corps humain, qu'un mouvement général se dessine, tendant à promouvoir une approche juridique plus globale (quantitativement et qualitativement), principalement autour du concept de dignité ».

45. Sur la notion de pouvoir, voir Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, coll. droit civil, série études et recherches (Paris, Économica, 1985).

46. Gérard CORNU, *Droit civil, Introduction, biens, personnes*, 11^e éd. (Paris, Montchrestien, 2003), p. 249, n^o 527 : « Il faut mais il suffit de dire, pour justifier de telles solutions, que de tels agissements méconnaissent le respect dû aux morts et au deuil de ses proches, préceptes coutumiers que ceux-ci sont fondés à invoquer. Si le droit au respect de la vie privée d'une personne ne survit pas à sa mort, il fait place à un autre principe : le respect dû aux morts et au deuil, lequel prend un autre caractère. Ce n'est plus un droit subjectif (ce n'est pas celui du défunt, ce droit de la personnalité étant éteint et intransmissible et il ne s'agit pas du droit distinct, pour les ayants-droit, d'obtenir de leur chef réparation de l'atteinte au respect de leur propre vie privée). Le respect dû à la mort et à l'épreuve qui l'entoure est un précepte de droit objectif, un devoir de décence et de discrétion que la loi et la coutume immémoriale s'unissent à consacrer »

Ainsi, l'héritier qui aurait renoncé à la succession devrait pouvoir agir pour protéger les droits extrapatrimoniaux de son auteur décédé⁴⁷.

Le législateur aurait tout aussi bien pu accorder ce pouvoir aux proches parents (successeurs ou non, héritiers ou non) ou, plus largement encore, aux personnes proches, justifiant des sentiments similaires à l'affection familiale, voire même par des sentiments de respect et d'admiration d'ordre artistiques ou professionnels. L'intérêt à agir constituerait alors le critère discriminatoire nécessaire à la juste limitation du contenu de cette catégorie de personnes aptes à agir.

L'article 625 alinéa 3 du Code civil du Québec confère aux héritiers les moyens *d'exiger réparation de toute atteinte post mortem aux droits de leur auteur*. Plus qu'un droit, il faut y voir le *devoir, imposé à chaque génération*, de veiller au respect de la dignité humaine de leurs prédécesseurs.

4.3.1 Protection de l'intégrité physique

L'utilisation du critère de l'illicéité ne soulève aucune difficulté lorsqu'une règle positive de droit objectif légale, réglementaire, jurisprudentielle ou même coutumière est applicable au cas de responsabilité.

C'est la solution essentiellement privilégiée pour la protection de l'intégrité *physique post mortem*, c'est-à-dire du cadavre.

Au décès, la protection des droits fondamentaux qui assuraient l'intégrité physique des personnes se poursuit par une liste de règles positives de droit objectif. Relevons ici simplement les dispositions relatives à la dépouille mortelle, renforcées par une série de sanctions de type pénal. Nous faisons ici référence aux violations de sépulture et autres infractions du même genre⁴⁸.

47. Les commentaires du Ministre de la Justice vont en sens contraire. Voir *Commentaires du Ministre de la Justice*, t. 1, éd. (Québec, Les publications du Québec, 1993), comm. sous art. 625 C.c.Q., p. 372. Sur cette question, voir l'intéressant arrêt *Tremblay c. Canada*, 1999 IIJCan 9115 (C.A.F.), le juge Décary, qui statue sur la question de savoir si l'État, successeur irrégulier, a l'obligation de reprendre une instance en demande de dommages-intérêts pour blessure corporelle, en cas de succession laissée vacante, en raison de la renonciation des héritiers.

48. Voir art. 42 et s. C.c.Q.

4.3.2 Protection de l'intégrité morale

La protection est nettement moins systématique concernant les droits fondamentaux protégeant l'intégrité *morale*. C'est ici que la théorie objective de l'atteinte illicite prend toute son ampleur.

Le caractère absolu des droits de la personnalité impose à chacun un *devoir* de ne pas nuire à autrui en l'absence de motifs légitimes. Toute atteinte à ces droits est en principe illicite et ouvre droit à réparation (certains ajouteront : si la faute, le préjudice et le lien de causalité sont démontrés)⁴⁹. Par contre, l'illicéité peut être levée par des motifs justificatifs⁵⁰ ; tel le *consentement*⁵¹ donné par le titulaire du droit qui, renonçant à son droit d'action, autorise l'atteinte. Tel encore, la démonstration d'un *intérêt prépondérant*⁵².

On pourra songer ici, par exemple, à la liberté de la presse, à la liberté d'expression, au droit à l'information⁵³, très souvent soulevés comme justificatif de l'atteinte.

Lorsque l'illicéité de l'atteinte est constatée, c'est-à-dire lorsqu'aucun de ces motifs justificatifs n'est retenu, l'action est ouverte. Il s'agira d'une action soit en *prévention* ou en *interdiction* de l'atteinte lorsque celle-ci est imminente mais n'a pas encore eu lieu ; soit en *cessation* de l'atteinte, sous menace de sanctions pécuniaires, éventuellement de dommages exemplaires⁵⁴ ; soit enfin d'une action en *suppression du trouble*, lorsque l'atteinte a pris fin (prononcé d'excuse).

49. Voir art. 49 *Charte des droits et libertés*, précité, *supra*, note 39.

50. Voir *Aubry c. Éditions Vice-versa*, précité, note 37 ; *Laprairie Shopping Centre Ltd. (syndic) c. Pearl*, [1998] R.J.Q. 448.

51. Voir *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389 (C.S.Qué.) ; *Deschamps c. Renauld*, (1977) 18 C. de D. 937 ; *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.Qué.), inf. [1992] 1 R.C.S. 647 ; *Laoun c. Malo*, [2003] R.J.Q. 381 (C.A.Qué.) ; *Journal de Québec (Le), division des communications Québecor inc. c. Beaulieu-Marquis*, [2002] R.R.A. 797 (C.A.Qué.).

52. Dans l'arrêt *B.T. c. Fondation Lise T. pour le respect du droit à la vie et à la dignité des personnes lourdement handicapées*, [1995] R.D.F. 429 (C.S.Qué.), le juge A. Barbeau réfère à la doctrine dite du poids des inconvénients. Voir aussi *Aubry c. Éditions vice-versa* (C.S.C.), précité, note 37.

53. Sur le sujet, voir Xavier AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, (Aix-en-Provence, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 1994).

54. *Commission des droits de la personne c. Brozowski*, T.D.P.Q. Montréal, 1994-05-13.

Les sanctions ici visées sont restitutives : elles appellent une véritable réparation *matérielle* de l'atteinte⁵⁵ ; et non pas seulement une compensation pécuniaire en dommages-intérêts.

Séquestre, saisie, retrait de la vente, interdiction de diffuser, droit de réponse, publication de rectificatif ou d'excuses, reproduction de la décision, diffusion d'un communiqué, sont autant de modes de réparation possibles.

Les exemples d'atteintes à un droit de la personnalité sanctionnées de cette façon abondent. Il suffit de feuilleter les magazines à sensations pour s'en convaincre. Leur efficacité demeure néanmoins incertaine puisque la tenue même des procès est susceptible d'être partiellement détournée de son objectif en nourrissant la soif de potins que certains médias n'ont cessé d'assouvir et de créer à la fois.

4.4 Le droit *subjectif* des proches à l'intimité de leur propre vie privée (action *ex persona sua*)

Enfin, la jurisprudence a ajouté une troisième voie : *le droit des proches parents à la protection de leurs sentiments d'affection familiale*.

Ce faisant, elle détourne le droit aux sentiments (notion encore incertaine) des uns pour protéger le droit à l'honneur, au respect de son image, des autres. Elle crée et détourne à la fois le droit aux sentiments des proches survivants pour protéger le droit extrapatrimonial des personnes décédées qui, précisément, ne sont plus titulaires de ces droits, puisqu'elles n'ont plus de personnalité juridique.

Ce droit au respect des sentiments d'affection envers les proches engloberait largement celui de ne pas souffrir qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux des parents décédés⁵⁶. C'est un

55. Le terme « atteinte » a un sens très large, en particulier sous l'angle du facteur temps : il englobe la menace d'une violation dans l'avenir, l'atteinte actuelle et l'atteinte passée qui laisse subsister un trouble.

56. Paris, 24 février 1998 : « considérant que la publication de cette photographie au cours de la période de deuil des proches parents de Claude Érnac, constitue, dès lors qu'elle n'a pas reçu l'assentiment de ceux-ci, une profonde atteinte à leur sentiment d'affliction, partant à l'intimité de leur vie privée » ; Metz, 12 avril 2000, D. 2000. 817 : photo d'un enfant décédé. Demande des parents accueillie sur le fondement de l'art. 1382 du Code civil français (responsabilité civile pour faute) et non de l'art. 9 du même code (droit à la vie privée). TGI Paris, 8 mars 2000, D. 2000. 502, note B. Beigner : la publication de photographies montrant des corps

procédé facile, qui s'insère aisément dans la théorie classique de la responsabilité civile.

La reconnaissance prétorienne d'un tel droit subjectif des proches⁵⁷ à la protection de *leurs propres sentiments* d'attachement familial est un exemple fascinant de détournement. Le subjectivisme exerce ici une puissante attraction qui n'a pour but que de dissimuler la mort.

D'une part, en inscrivant l'action personnelle des proches dans la catégorie du droit au respect de *leur propre vie privée*, les tribunaux évitent la création d'une nouvelle catégorie de droit, toujours suspecte.

De l'autre, la reconnaissance de droits des proches à l'attachement familial permet d'insérer le contentieux *post mortem* dans la grille d'analyse des droit subjectifs de personnes *vivantes* ; ce qui est de loin beaucoup plus aisé que de travailler avec des droits subjectifs du défunt dont la survie demeure malaisée à justifier.

De plus, cette reconnaissance permet d'évacuer la fiche d'analyse en termes de contentieux objectifs dont les résultats sont extrêmement pertinents mais avec lesquels les tribunaux civils, faut-il le reconnaître, sont moins familiers.

Enfin, un autre avantage, d'ordre anthropologique, doit être souligné : en assurant le respect dû aux morts par le détournement du droit subjectif des proches, *personnes vivantes*, l'attention s'éloigne du défunt, de sa dépouille, de sa mort. On évite de lui reconnaître encore des droits, fussent-ils plus ou moins allégés, transformés, transmis...

Au devoir de respect envers les morts (que le contentieux objectif a révélé) semble donc vouloir se substituer le devoir de respecter les vivants, dans leurs sentiments d'attachement familial. Ce traite-

déchetés identifiables par des numéros constitue « une profonde atteinte à [des] sentiments d'affliction, partant à l'intimité de [la] vie privée » ; T.G.I. Metz, 18 novembre 1998, D. 1999.694 : atteinte à la mémoire des défunts, en raison d'une photo relative à des enfants décédés dans un incendie. Voir aussi, Paris, 18 novembre 1998, D. 1999.694 ; T.G.I. Lyon G.P. 1997.IS.289 ; Nanterre, 05 novembre 2001, L.P. 188, janv.-févr. 2002.

57. P. BLONDEL, *op. cit.*, note 20, aux p. 63-64, n° 70. Le pouvoir de défendre le droit à l'image du défunt pour s'opposer à sa publication n'est pas transmis aux héritiers mais acquis par les proches parents qui agissent en leur nom propre en raison de l'atteinte portée à leurs sentiments pour leur auteur.

ment de la protection des droits fondamentaux après le décès participe certainement du large mouvement social de dénigrement de la mort, qui caractérise tant nos civilisations occidentales.

On s'éloigne considérablement de la grille d'analyse en termes de dévolution successorale, dont on sait qu'elle est (en théorie du moins) basée sur l'idée de continuation de la personne. Autrefois, être l'héritier de son père, c'était d'abord et avant tout le remplacer, avec fierté et courage, dans ses charges et dans ses devoirs, familiaux, sociaux, voire professionnels (ex. : charges de notaires). C'était véritablement prendre pleinement sa place.

Il nous semble souhaitable que la reconnaissance du droit des proches de ne pas souffrir de l'atteinte à un droit fondamental de leur auteur décédé ne vienne pas se substituer totalement au contentieux objectif, plus noble, fondé sur le *devoir* de chacun de veiller au respect dû aux morts, composante essentielle de la dignité humaine.

5. CONCLUSION : L'EMPREINTE JURIDIQUE DU DÉFUNT

Bien que la personnalité juridique disparaisse à l'instant du décès, le souvenir de la personne décédée persiste dans la mémoire de ceux qui lui survivent. Et le droit civil, en fidèle miroir de la réalité sociale, reflète cette persistance malgré la disparition de la personnalité juridique du défunt, support que l'on a longtemps cru nécessaire à l'octroi d'une protection juridique.

Finalement, la vie humaine appelle une vigilance qui s'étend au-delà de sa durée et de la personnalité juridique : avant la naissance et après la mort. La science juridique s'en accommodait assez bien, en jouant sur le terrain des droits objectifs, plutôt que sur celui des droits subjectifs qui présuppose la personnalité juridique qui, au-deçà et au-delà des deux extrémités de la vie, lui font irrémédiablement défaut.

La mort n'est pas la substitution du *néant* à *l'être* mais le passage de *l'être* au *ne plus être*, ce qui implique que l'on *ait été*, que l'on ait donc laissé une empreinte, une représentation sociale qui elle, perdure et qui mérite, sans conteste, protection, parce qu'à travers elle, c'est la *dignité humaine* qu'il s'agit de sauvegarder.

Puisque le souvenir perdure dans l'esprit de ceux qui survivent au défunt, la protection de sa dignité demeure nécessaire jusqu'à ce que l'image s'efface des mémoires.

Du vivant de la personne, elle seule avait la saisine du droit d'action. Elle seule pouvait décider d'agir en justice ou non, pour demander réparation pécuniaire ou matérielle (droit de réponse, excuses) de l'atteinte à son droit de la personnalité.

Au bout du compte, après le décès, la protection de la légalité est, dans une certaine mesure, élargie puisque désormais, plusieurs personnes (plusieurs héritiers) seront, le cas échéant, aptes à agir pour faire respecter la légalité, sans devoir démontrer autre chose que la seule atteinte. La charge de la preuve relative à la licéité de celle-ci incombera même au défendeur. Ainsi, ceux à qui le défunt a donné la vie, la lui rendent, un peu, en retour : ils veillent à ses intérêts *post mortem*.

Cette proposition est parfaitement illustrée par un extrait du *Phédon* ou *De l'Âme* de Platon. Il s'agit d'un dialogue entre Socrate et Cébès :

[Socrate] – « Dis-moi, Cébès, de la combinaison de la vie et de la mort ; ne dis-tu pas que la mort est le contraire de la vie ?

[Cébès] – Oui, répond Cébès.

[Socrate] – Et qu'elles naissent l'une de l'autre ?

[Cébès] – Oui, *répond encore Cébès*.

[Socrate] – Que naît donc de la vie ? *questionne Socrate*.

[Cébès] – La mort ! *s'exclame Cébès*.

[Socrate] – Et que naît donc de la mort ? *poursuit Socrate*

[Cébès] – Il faut bien reconnaître, *dit Cébès*, que c'est la vie ».

Mais il est vrai aussi que la protection *post mortem* demeure, dans tous les cas, tributaire du seul élan affectif des proches parents. Ceux-ci se montrent-ils insensibles aux attaques portées à la mémoire de leur auteur, sont-ils inaptes (pour toutes sortes de raisons) à porter l'affaire devant les tribunaux, sont-ils gardés dans

l'ignorance des affronts portés à la mémoire de leur auteur et la protection *post mortem* restera lettre morte.

Au sens strict, les droits extrapatrimoniaux sont bel et bien intransmissibles. Mais cela ne signifie nullement que la protection accordée par la proclamation des droits de la personnalité est entermée avec leur titulaire. Si chacun veille, elle demeurera vive.

Prenons garde toutefois. À un système de contentieux objectif fondé sur l'idée, noble, de dignité humaine dont la société (les proches parents, en première ligne) resterait gardienne, les derniers mouvements jurisprudentiels pourraient mener à substituer un subjectivisme fade, basement individualiste, érodant toujours plus les valeurs fondatrices de nos sociétés civilistes modernes : devoir de famille, affection filiale et continuation *post mortem* de la personne.

En pratique, les proches parents peuvent efficacement assurer la protection de la mémoire de leurs auteurs. Il leur suffit de prétendre, devant le tribunal, qu'ils sont personnellement lésés, dans leurs sentiments d'affection filiale, par l'atteinte *post mortem* portée au droit de la personnalité de leur auteur. Faut-il se réjouir de cette reconnaissance des sentiments par le droit ?

N'oublions pas, en tout cas, de prendre conscience, aux plans juridique, sociologique et philosophique de nos façons de faire. Protéger les sentiments des personnes vivantes ; cela semble juste, efficace et, somme toute, assez facile à réaliser. Mais protéger la dignité humaine, en reconnaissant que certaines prérogatives de la personnalité perdurent au-delà de la vie et qu'en tant que telles, elles méritent une protection spécifique et objective, tel est le véritable défi.

Le relever implique, peu ou prou, que l'on admette une certaine survie de la personnalité juridique des défunts, autant dire des fantômes. Le juriste ne peut qu'admettre la gravité d'une telle proposition. Il comprendra le recul que les exigences du raisonnement juridique dictent. Certains se satisferont donc de la solution de rechange privilégiée par la jurisprudence actuelle, parce qu'elle est juridiquement efficace et économe, autant en termes pratiques que théoriques. Pourtant, ne devrait-on pas regretter un tel tour de passe-passe qui, sous prétexte d'efficacité, escamote encore un peu plus la dignité humaine, dignité qui constitue le fondement premier des civilisations humaines et dont le droit n'est, ne l'oublions pas, que l'humble serviteur.