

Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)

Xavier Bioy

Résumé

Les droits constitutionnels européens qui évoquent un droit au libre développement de la personnalité construisent un concept que l'on peut estimer commun (à l'issue d'une double démarche inductive et stipulative) en dépit de solutions parfois différentes. Ce concept est relatif à la prise en compte juridique — à l'institutionnalisation — des dimensions concrètes de la personnalité humaine, fondée sur une dynamique d'autonomie individuelle et de protection vis à vis des contraintes sociales. Sa portée, à la fois subjective et objective, et la diversité de ses effets lui confèrent une fonction « matricielle ». La notion française de liberté personnelle s'inscrit, dans son principe, dans cet ensemble.

Abstract

The European constitutional rights evoking a right to free development of personality elaborate a concept which may be considered common, after both inductive and stipulative reasoning and despite sometimes varied solutions. This concept is relative to the legal transposition — the institutionalisation — of the concrete dimensions of the human personality, based on the dynamics of individual autonomy and of protection as regards social constraints. Its range, at once both subjective and objective, and its diverse effects give it a matrix function. The French notion of personal freedom, in its very essence, falls within this set.

Citer ce document / Cite this document :

Bioy Xavier. Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse). In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 123-147;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.2003.5563>

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2003_num_55_1_5563

Fichier pdf généré le 09/04/2018

LE LIBRE DÉVELOPPEMENT DE LA PERSONNALITÉ EN DROIT CONSTITUTIONNEL, ESSAI DE COMPARAISON (ALLEMAGNE, ESPAGNE, FRANCE, ITALIE, SUISSE) *

Xavier BIOY **

Les droits constitutionnels européens qui évoquent un droit au libre développement de la personnalité construisent un concept que l'on peut estimer commun (à l'issue d'une double démarche inductive et stipulative) en dépit de solutions parfois différentes. Ce concept est relatif à la prise en compte juridique — à l'institutionnalisation — des dimensions concrètes de la personnalité humaine, fondée sur une dynamique d'autonomie individuelle et de protection vis à vis des contraintes sociales. Sa portée, à la fois subjective et objective, et la diversité de ses effets lui confèrent une fonction « matricielle ». La notion française de liberté personnelle s'inscrit, dans son principe, dans cet ensemble.

The European constitutional rights evoking a right to free development of personality elaborate a concept which may be considered common, after both inductive and stipulative reasoning and despite sometimes varied solutions. This concept is relative to the legal transposition — the institutionalisation — of the concrete dimensions of the human personality, based on the dynamics of individual autonomy and of protection as regards social constraints. Its range, at once both subjective and objective, and its diverse

* Cet article est le fruit d'une contribution au V^e Congrès de l'Association française des Constitutionnalistes qui s'est tenu à Toulouse les 6, 7, 8 juin 2002.

** Maître de conférences en Droit public, Université des sciences sociales de Toulouse, Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles et Politiques (CERCP).

effects give it a matrix function. The French notion of personal freedom, in its very essence, falls within this set.

Le Doyen Hauriou écrivait à propos de la personnalité du sujet 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 artificielle s'atténue »¹. Il pressentait ainsi l'évolution des systèmes juridiques libéraux vers un certain réalisme, parfois qualifié d'humaniste, et qui tend à adapter les mécanismes juridiques standards aux contingences individuelles. Les droits fondamentaux font désormais figure de fer de lance dans cette laborieuse construction d'un système normatif attentif aux aspirations personnelles. Le droit constitutionnel y tient souvent la première place ; tout au moins est-ce l'enseignement du droit comparé en Europe².

Plus d'un siècle après la prédiction du Doyen de Toulouse, l'observateur, même distrait, aura le sentiment, et bientôt la conviction, que les droits constitutionnels européens consacrent un authentique droit au libre développement de la personnalité. En effet, si les constitutions d'après guerre et les conventions internationales le proclament solennellement, il faut également mesurer le remarquable développement que les juridictions constitutionnelles lui confèrent. Le libre développement de la personnalité appelle en principe des notions de droit civil mais trouve avec le droit constitutionnel son principal support juridique.

On pense en priorité au droit constitutionnel allemand qui déploie les implications de son article 2 LF³ tant dans le domaine des droits de la personnalité qu'au-delà. Mais c'est également le cas en Espagne où l'article 10, adossé au principe de dignité, permet de répondre à des questions similaires, ou encore en Suisse et en Italie qui accentuent parallèlement la notion corollaire de liberté personnelle. A l'inverse la France ne semble pas consacrer un tel droit. Si le Préambule de 1946 entend se référer à une notion connexe de développement⁴, le Conseil constitutionnel n'a en effet pas tenté l'aventure de faire produire à ce texte des effets comparables à ce qu'est ailleurs le libre développement de la personnalité. Cette notion demeure en France une « idée neuve » à envisager sous les traits de la dignité et de la liberté personnelles.

Sous cette réserve, la convergence pressentie des différents ordres constitutionnels européens en ce domaine mérite quelques précisions. Les

¹ Maurice HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *RGDL* 1898, p. 20.

² L'institutionnalisme y rencontre parfois les droits fondamentaux et plus particulièrement le libre épanouissement de la personnalité. V. les travaux de Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, 3^e éd. 1983 et la jurisprudence de la Cour fédérale allemande qui consacre comme institutions certains droits de la personnalité et certains dispositifs du droit des personnes.

³ « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui, ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale ».

⁴ « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (al. 10).

pays dotés de constitutions écrites en réaction à des régimes autoritaires et donc richement pourvues en matière de droits fondamentaux, développent de nombreux effets juridiques relatifs au libre développement de la personnalité. Les cours constitutionnelles allemande, espagnole, portugaise ou encore italienne suscitent ainsi des regards envieux et font parfois des disciples parmi leurs consœurs européennes. Ainsi, certains États, comme la Suisse, modifient leur texte constitutionnel en tenant compte d'un « droit constitutionnel commun »⁵ en premier lieu constitué des droits fondamentaux parmi lesquels le droit de la personnalité tient une place prééminente.

A partir de ce constat, certains auteurs développent les perspectives d'un patrimoine constitutionnel européen dont le libre développement de la personnalité, bien souvent adossé au principe de dignité de la personne humaine, constitue un élément certain⁶, en liaison avec l'affirmation du rôle des cours constitutionnelles⁷. On doit au professeur Dominique Rousseau une analyse de la notion de patrimoine constitutionnel européen qui atteste des insuffisances et des difficultés conceptuelles de sa construction ; en effet, la comparaison rapide des textes et des principales jurisprudences des cours constitutionnelles, ne fournit qu'un « bric-à-brac constitutionnel » tournant à une « diversité kaléidoscopique » en matière de pratiques. Il indique cependant les points d'ancrage possibles, notamment la notion de « personne humaine »⁸.

Après une lecture des solutions étrangères et un réexamen du droit constitutionnel français (qui ne suit le mouvement qu'avec circonspection et selon ses propres instruments), cette approche suscite certes l'intérêt et l'adhésion, mais les enseignements du droit comparé en matière de notions et de théories juridiques doivent s'entourer de multiples précautions.

En effet, face à la diversité d'effets, parfois contradictoires, d'un même terme dans les différents droits européens, il faut entendre la mise en garde du Professeur Pfersmann⁹. Le droit comparé, conçu comme un

⁵ Message du 26 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, cité par Jean-Claude BEGUIN, « La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse (issue de la révision totale ouverte en 1996) », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, P.U. Strasbourg, 2001, p. 45.

⁶ Louis FAVOREU, « Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ? », *RUDH*, 1995, vol. 7, n° 11-12, p. 357 ; Jean-François FLAUSS, « La contribution de la jurisprudence de la CEDH à la formation d'un droit constitutionnel européen », *RUDH*, 1995 ; Christine GOUAUD, « Le projet de constitution européenne », *RFDC* 1995, p. 287 ; Frédéric SUDRE, « Existe-t-il un patrimoine européen des droits de l'homme ? », *La diffusion des normes du Conseil de l'Europe dans les pays d'Europe centrale et orientale*, Colloque de Grenoble, GRECER (janvier 1998), à paraître.

⁷ Pierre FOUCHER, « Contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les États de droit : convergence des solutions en Occident et idées pour l'Afrique », in *Les droits fondamentaux, Actes des 1^{res} journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'AUFELF-UREF, Tunis, 9 au 12 octobre 1996*, Bruylant, Actualité scientifique, 1997, p. 345.

⁸ Dominique ROUSSEAU, « La notion de patrimoine constitutionnel européen. », *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 27.

⁹ Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, n° 2, p. 275.

système juridique transnational ou facteur d'unification des droits tend à l'imposture intellectuelle. En effet, si les systèmes juridiques sont matériellement ouverts et poreux aux notions d'autres systèmes, ils n'en sont pas moins ontologiquement fermés. Par ailleurs, en tant qu'analyse de chacun de ces systèmes séparément, le droit comparé n'a aucune possibilité de constater ou de créer une unification transnationale. C'est pourquoi, « le critère intuitif de la ressemblance constitue le point de départ de l'émergence de réseaux de juridictions adoptant des pratiques décisionnelles communes. Et, là aussi le phénomène est circulaire, car dès qu'un réseau existe, la volonté de se conformer à des règles fait naître le besoin d'en renforcer le fonctionnement »¹⁰. Mais cette reconnaissance relève d'une analyse matérielle et politique au même titre que toute donnée extra-juridique.

C'est pourquoi, l'analyse de la notion de libre développement de la personnalité en droit constitutionnel doit être menée dans la perspective de dégager les éléments de ressemblance : ceux qui apparaissent fréquemment dans les jurisprudences de quelques cours constitutionnelles choisies pour leur politique jurisprudentielle liée au libre développement. Cependant il faut être conscient que la définition qui pourra résulter de leurs convergences n'est rien moins que stipulative. C'est néanmoins une telle définition qui doit permettre de constater l'existence de la notion en droit constitutionnel français sous des dehors contraires, avec des instruments différents.

On pourra ainsi montrer que la notion de libre développement de la personnalité, dont le terme apparaît dans plusieurs constitutions, mais qui peut également se développer ailleurs sous un autre nom, connaît effectivement des contenus et des fonctions comparables, même s'il engendre des solutions parfois différentes en raison de politiques jurisprudentielles diverses. Les contours de la notion univoque que l'on peut tout de même en dégager permettent de montrer que le droit constitutionnel français participe à sa façon au développement juridique de la notion.

D'abord, le libre épanouissement de la personnalité apparaît comme porteur d'un principe général de liberté, de libre arbitre et de « libre agir ». Il s'agit d'une liberté « nue », réduite à son essence même. Elle se distingue des modalités spécifiques des libertés publiques et se situe à leur fondement comme à leur fin. Le libre épanouissement de la personnalité renvoie à une généralité que n'ont pas les libertés d'aller et de venir, de conscience, d'expression, de culte, de réunion, etc. Il constitue l'expression juridique de la liberté non spécifiée, non catégorisée, déliée de toute modalité finalisée, un dénominateur commun.

C'est pourquoi on remarque, ensuite, que la seule spécification de cette liberté réside dans le développement, ou l'épanouissement de la personnalité. Puisqu'il nous est difficile de parler en droit de « la Liberté », sans expliquer « liberté de quoi », les textes constitutionnels évoquent la personnalité du sujet. Or, cette personnalité ne saurait être entendue au

¹⁰ Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation... », *préc.*, p. 279.

sens technique de la « personnalité juridique », simple support de droits et d'obligations. Il s'agit de la personnalité humaine, psychologique, sociale, corporelle, on encore, comme on l'écrit parfois, la personne « concrète ». Or cette personne, toujours juridique, n'est guère plus « concrète » que la précédente, mais il est vrai qu'elle est contextualisée, particularisée, que le principe de standardisation du sujet de droit y est alors écorné. Le libre épanouissement de la personnalité renvoie à la figure de la « personne humaine », concept authentiquement juridique qui aménage le rapport de droit de façon à adapter la technique juridique à la réalité sociale et physique du sujet de droit. Si le concept de personne humaine, de personnalité, s'applique de façon standard à tout être humain, il implique que, lors du rapport de droit, le jeu des normes soit guidé par la prise en compte de la situation particulière des personnes en cause dont la réalité extra-juridique codétermine l'application effective des droits fondamentaux.

C'est pourquoi, la notion de libre développement de la personnalité, s'attache directement à la construction du sujet en droit. Elle donne au système juridique une entrée, un moyen d'intégration des particularismes individuels à la structure standard du sujet de droit qui en fait, par principe, abstraction. Cette notion, en associant liberté et personnalité, concourt à l'institution du sujet de droit. Le libre développement de la personnalité participe à la fois à l'assise d'un sujet de droit individuel adapté au mécanisme des droits fondamentaux et à la finalisation de ceux-ci. Le libre développement de la personnalité se révèle tout autant téléologique et institutif. C'est pourquoi le droit constitutionnel fournit à une telle notion le lieu idéal de son développement.

Bien sûr, cette dernière assertion doit tenir compte des différences évidentes qui existent en Europe entre ordres constitutionnels. L'existence de recours individuels dans le cadre d'exceptions d'inconstitutionnalité permet au juge constitutionnel, *in concreto*, de déterminer ce qui est de la personnalité et ce qui n'en est pas. Le contrôle a priori du juge français limite considérablement sa possibilité de faire valoir une conception du libre développement de la personnalité ; les limites procédurales du recours d'*amparo* peuvent également jouer un tel rôle.

En France, la nature du contentieux constitutionnel réduit considérablement les possibilités de développement d'un droit constitutionnel de la personnalité. La liberté individuelle, au sens large, regroupe un ensemble de libertés qui le traduisent d'une certaine manière. Parmi elles, la liberté personnelle a paru jouer un temps un rôle spécifique. Cette dernière semble reprendre en effet le principe du libre épanouissement, selon toutefois une portée bien différente. C'est pourquoi la situation française demeure particulière dans son schéma de pensée. Ce qui ailleurs est un droit autonome, en même temps qu'une matrice pour d'autres droits, un droit matériellement prépondérant et subsidiaire, qui s'exprime par un ensemble de libertés, ce droit, n'est en France qu'un élément parmi d'autres. La notion générale de liberté individuelle trouve certes peu à peu un fondement et un sens distincts du seul « conglomérat » de libertés, mais elle n'a pas encore tout à fait l'identité qui en fait un concept autonome et spécifique

encadrant le travail des différentes libertés individuelles¹¹. Entre l'ébauche d'un principe général de liberté individuelle et l'affirmation de la dignité de la personne, la liberté personnelle a fait un temps figure d'élément subsidiaire et transitoire, importé d'une « ambiance constitutionnelle européenne ».

C'est donc du côté de la dignité de la personne, notion qui permet de « capter » l'objet de la liberté personnelle, que l'on retrouvera ce qui fait ailleurs, particulièrement en Allemagne, la spécificité du libre développement de la personnalité.

Il existe de nombreux indices d'une notion européenne commune en matière de libre développement de la personnalité. Les pays qui en font explicitement mention lui confèrent des contenus et des effets comparables, auxquels il est possible de raccrocher la notion de liberté personnelle, elle aussi, d'une certaine manière partagée. Un second temps permet ensuite d'épurer, au-delà des appellations diverses, la ligne du concept européen de libre développement de la personnalité ; à partir des précisions que la notion de personnalité apporte à celle de liberté et en suivant les effets normatifs attachés à un tel concept.

I. LES INDICES D'UNE NOTION COMMUNE

Bien que l'on sache qu'une notion de droit comparé ne dépend pas du nom qu'elle porte dans chacun des pays étudiés, un certain réalisme de la démarche stipulative permet d'examiner d'abord les pays qui font mention explicite du terme analysé, avant de leur adjoindre les pays utilisant les mêmes éléments sous d'autres noms. Au-delà du simple contenu, du seul domaine concerné, il convient surtout de s'attacher à la forme des prérogatives accordées (objectif / subjectif ; négatif / positif).

A. — *Les formes explicites du libre développement de la personnalité*

Les mentions textuelles et jurisprudentielles explicites du libre développement de la personnalité se rencontrent dans des contextes juridiques nationaux marqués par la prévalence d'un ordre de valeurs qui tend à effacer la séparation des sphères privées et publiques. Cela retentit sur le domaine et la portée juridique du libre développement qui se présente de façon mixte, à la fois objective et subjective.

1. *Les mentions d'un élément à la fois objectif et subjectif*

Dans l'ensemble des pays ici envisagés, les textes ou les jurisprudences constitutionnels consacrent des normes immédiatement relatives à la personnalité humaine, au sujet des droits fondamentaux. Ces normes,

¹¹ V. les hésitations du Conseil constitutionnel quant au fondement textuel des différents sens de la liberté individuelle, notamment L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., coll. « Précis », Dalloz, p. 167.

qu'elles portent le nom de dignité, de libre développement de la personnalité, de liberté personnelle, de liberté individuelle, révèlent, à la comparaison, la même ambivalence : elles sont, certes de façon variable, à la fois des principes objectifs de guidance de l'interprétation juridique ou de l'action étatique, et des droits fondamentaux subjectifs¹².

a) *Le principe objectif*

L'idée même d'objectivité du libre épanouissement de la personnalité doit se comprendre d'abord dans le sens axiologique, puis dans le sens procédural. En effet, généralement, dans le cas des pays étudiés, il s'agit d'une valeur posée par la Constitution, un principe limitatif de la loi, indépendamment d'un recours contre la violation d'un droit subjectif. Comme le montre Olivier Jouanjan, la dimension objective d'un principe comme le libre épanouissement a avant tout une fonction d'intégration juridique¹³.

L'Italie, qui par ailleurs favorise plutôt la référence à la liberté personnelle, dispose d'une Constitution dont l'article 3 assigne à la République l'objectif fondamental d'« écarter les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine (...) ». L'article 2 évoque également la personnalité de l'individu en liaison avec les « formations sociales ». La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne entend parfois joindre les deux, à la manière du « bloc » de la loi fondamentale allemande, mais cette référence est loin d'être systématique. La consécration d'un droit général de la personnalité y est moins évidente dans la mesure où la valeur autonome de cet article 2 est niée. Il apparaît ainsi comme une « norme ouverte »¹⁴ permettant de consacrer certaines libertés liées à la personnalité¹⁵ : intégrité physique (1971), liberté du mariage (1969), dignité, honneur, intimité et vie privée (1973), identité sexuelle (1985), liberté sexuelle (1987)¹⁶, droit au logement (1988). Mais la politique jurisprudentielle italienne, pointilliste, est moins claire sur ce point¹⁷.

La même tonalité anime la Constitution espagnole dont l'article 10 dispose que « la dignité de la personne, les droits individuels qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix

¹² Pour le droit allemand, v. Olivier JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, coll. « Droit public positif », Economica, 1992, p. 164. L'auteur écrit que l'« on aboutit à un traitement objectif des droits subjectifs », p. 173.

¹³ *Op. cit.* p. 173.

¹⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, « L'article 2 de la constitution italienne et la concrétisation de droits non-écrits », *AJJC* 1989, p. 97.

¹⁵ « L'article 2 peut être tenu pour un principe général de protection de la personnalité humaine », *idem*, p. 115.

¹⁶ La Cour déclare à ce propos que « c'est un aspect et un facteur du développement de la personnalité. Corrélativement, les autres membres de la société sont tenus de le reconnaître par devoir de solidarité ».

¹⁷ Alessandro PIZZORUSSO, « Les droits fondamentaux en Italie », *AJDA* n° spécial, 1998, p. 56, part. p.63.

sociale »¹⁸. Le libre développement y apparaît bel et bien comme une valeur fondant objectivement l'ordre social.

En Allemagne¹⁹, bien qu'appartenant à deux articles distincts (l'article premier et l'article 2), dignité et personnalité forment un bloc au yeux du juge constitutionnel. Cette association fonde une obligation constitutionnelle objective de l'État entièrement au service de réalisation et donc du respect de la personnalité de chacun. Le couple qu'il forme avec la dignité (élément le moins soumis, du point de vue du constituant, à l'appréciation individuelle) affecte la notion de personnalité même. Leur régime juridique s'identifie à un ordre public de la personne qui balise la subjectivité inhérente au principe de libre épanouissement. Le principe de dignité appartenant au domaine de la supraconstitutionnalité ou du « préconstitutionnel »²⁰, les droits fondamentaux qui s'y ancrent bénéficient d'une protection objective et puissante. Cette symbiose entre objectivité et subjectivité constitue selon la Cour constitutionnelle allemande une « décision constitutionnelle fondamentale (...) la personnalité de l'être humain étant au centre, se développant librement au sein de la communauté sociale »²¹. Les droits subjectifs sont certes enracinés dans ce bloc, mais celui-ci n'en constitue pas moins également un droit subjectif.

b) *Le droit subjectif*

L'existence d'un recours en justice pour protéger la personnalité atteste en partie de la nature de droit subjectif du libre épanouissement²². En revanche, une ombre plane en raison du caractère rare de la reconnaissance de sa violation et de sa subsidiarité. L'imprécision des prérogatives accordées pèse également sur la totale reconnaissance de son caractère subjectif²³. Dès lors, l'application de la notion de droit subjectif au cas du libre développement perd toute spécificité tout en demeurant très protecteur des individus.

Ainsi, en droit espagnol, le libre développement ne peut pas être invoqué directement dans le cadre d'un recours d'*amparo*, mais seulement à l'appui de la violation d'un des droits fondamentaux (articles 14 à 30). La subjectivité du droit est alors relativisée dans son fondement

¹⁸ V. L. GARCIA SAN MIGUEL (dir.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Universidad de Alcalá, 1995.

¹⁹ V. Olivier JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* n° spécial, 1998, p. 44.

²⁰ David CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », LGDJ, 2001, p. 23.

²¹ Vol. 7, 198 (205).

²² Par ex. art. 93, al. 1 LF allemande.

²³ Le professeur CAPITANT note ainsi que « la Cour constitutionnelle fédérale tire en effet de cet article protégeant le libre développement de la personnalité un droit subjectif à ne pas être soumis à un désavantage qui ne serait pas couvert par l'ordre constitutionnel, c'est-à-dire par un acte édicté dans le respect des normes supérieures. Il serait alors possible de contester tout acte contraire à une norme supérieure objective, sans s'interroger sur le point de savoir si cette norme objective protège un droit subjectif du plaignant », *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préc. p. 55.

procédural²⁴. Il n'en demeure pas moins un droit subjectif dans sa matière et dans sa consécration formelle.

En droit allemand, la prégnance du jusnaturalisme explique le lien que la doctrine opère entre les droits de l'homme et les droits fondamentaux, les seconds n'étant que la traduction positive de certains des premiers, au premier rang desquels le droit général de la personnalité de l'article 2²⁵, d'ailleurs explicitement présenté sous forme subjective²⁶. La Cour constitutionnelle allemande a consacré en 1973 le libre développement²⁷, à partir de l'interprétation développée dès 1954 par les juridictions civiles²⁸. Plus généralement les cours constitutionnelles européennes ont fait preuve d'innovation en la matière en faisant appel à des principes souvent non-écrits (Suisse, Italie, France)²⁹.

Sous la mention du « libre développement de la personnalité » certaines prérogatives reviennent toujours : le droit au respect de l'intimité, le droit à la maîtrise des données personnelles et des informations relatives à la vie privée, le droit à la maîtrise du corps ou encore le respect de la réputation et de l'honneur. D'autres paraissent plus conjoncturels : les juges constitutionnels n'ayant pas d'autre base à invoquer, rattachent des droits subjectifs au libre développement de la personnalité. Ainsi, le juge allemand y ancre-t-il la liberté de la concurrence³⁰ ou la liberté de choix des consommateurs³¹.

2. Les mentions d'un principe à la fois « négatif et positif »

Dans l'absolu, la reconnaissance générale d'un droit au libre épanouissement de la personnalité, amène à couvrir toute activité humaine. Le juge constitutionnel allemand l'avait ainsi posé³² avant de ne choisir qu'une application circonspecte, mettant essentiellement l'accent sur les limites inhérentes aux droits d'autrui, à l'ordre public et aux autres droits fondamentaux.

a) La protection du libre développement

Le droit au libre développement est avant tout un droit défensif contre les atteintes de la puissance publique³³. Les politiques jurisprudentielles des cours constitutionnelles convergent vers la surveillance de la loi. Mais

²⁴ TCE, 28 févr. 1994, 57/1994, fond. Jur.3. V. également Pierre BON, « Rapport pour l'Espagne », in N. LENOIR, B. MATHIEU, D. MAUS, *Constitution et éthique biomédicale*, La Doc. fse. 1998, p. 69.

²⁵ Armin DITTMANN, « Rapport pour l'Allemagne au colloque d'Aix relatif aux bénéficiaires et titulaires des droits fondamentaux », *AJJC* 1991, p. 175.

²⁶ « Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale ».

²⁷ Affaire dite « Soraya », *Rec.* t. 34, 269.

²⁸ BGHZ, *Rec.* t. 13, 334.

²⁹ E. RONZANI, *L'interprétation créatrice de la constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, Thèse Dijon, 1999.

³⁰ Allemagne, 30 août 1968, *BVerw GE.*, 30, 191(198).

³¹ Idem, *BVerf GE.*, 13, 230.

³² CCF, 16 janv. 1957, *Bverf GE.* 6, (32).

³³ CCF, 3 juin 1980, *Bverf GE.*, 54, 148, EPPLER, (153).

cette attention se porte également sur l'obligation positive de protection de la personnalité humaine. Généralement, le libre développement de la personnalité bénéficie d'une valorisation importante dans la mesure où les restrictions législatives font l'objet d'un contrôle sévère de proportionnalité qui tient compte de l'implication sociale de la personnalité. Ainsi l'intimité se voit plus rarement mise en cause que les libertés liées à la profession.

Les juges constitutionnels se montrent attentifs à ce que la loi apporte aux personnes des instruments de prévention, de réponse ou de réparation en cas d'atteinte à la personnalité, même si par ailleurs ils admettent de telles possibilités au nom de l'intérêt général ou d'autres droits. Le principe de libre détermination de la personne dans le domaine biomédical (en particulier le consentement aux atteintes à l'intégrité personnelle et à l'accès aux informations génétiques) constitue aujourd'hui un enjeu essentiel des législations des États européens. La liberté corporelle concrétise le libre épanouissement sous l'impulsion d'un mouvement de consécration de l'autonomie de la personne³⁴. Le devoir d'information du médecin en est le corollaire³⁵.

Le droit des médias doit ainsi ménager un droit de réponse et de « contre-représentation » de la personnalité mise en cause³⁶. Cette protection peut parfois faire l'objet de degrés en fonction du titulaire du droit. Ainsi le droit allemand reconnaît à tous le droit au libre développement, y compris aux étrangers, mais insiste sur le fait que les Allemands bénéficient d'une protection particulière en la matière, notamment quant au choix de la profession³⁷. Cela doit faire penser que les discriminations positives peuvent apparaître comme des instruments privilégiés de l'action publique en faveur de la promotion de la personnalité.

b) *La promotion du libre développement*

Le droit au libre développement de la personnalité ne se présente pas d'emblée comme un droit créance, cependant, face aux multiples atteintes venues de la société civile et de l'État, certaines obligations positives pèsent sur l'État et viennent parfois le concrétiser et le garantir. Éléments d'aménagement du droit puis facteurs de promotion, les normes constitutionnelles se posent alors en garant de l'existence de dispositifs juridiques de défense de la personnalité (droits de réponse et de rectification³⁸). Cependant, de façon assez constante en dépit des positions politiquement fortes de certains juges constitutionnels, ces derniers répugnent à reprocher au législateur de n'avoir pas accentué les garanties sociales

³⁴ En matière d'IVG, même si les solutions sont différentes, les raisonnements font intervenir de façon similaire le droit de la personnalité de la mère à concurrence avec le respect de l'embryon : en Allemagne (*BVerf GE.*, 25 févr. 1975), en France (*IVG II*, 27 juin 2001), en Espagne (TCE, 53/85)

³⁵ Pour la Suisse, v. l'arrêt ATF 111, 231.

³⁶ CCF allemande, *Bverf* 73, 118 (201).

³⁷ *Bverf.* 35, 399(382), et 49, 180 (168).

³⁸ V. la loi fédérale allemande relative à la protection des données fondée sur l'article 2, al. 1 LF.

du libre épanouissement, et ce, bien que les requérants ne se privent pas de l'invoquer³⁹.

En Allemagne, l'article 2 lui-même pose les droits des tiers comme limite aux droits fondamentaux et implique l'action de l'État dans cet équilibre⁴⁰. Généralement on peut lier ces obligations à l'aménagement des conditions de socialisation ou de resocialisation (à la suite d'affaires pénales⁴¹). Dans cette perspective, le juge constitutionnel allemand a fondé sur l'article 2, et non sur le principe de dignité, l'interdiction pour l'État de frapper de l'impôt un revenu qui correspond à un minimum vital⁴². C'est pourquoi, au-delà du principe général connu en droit allemand de l'obligation législative d'aménagement des droits fondamentaux, les effets horizontaux du droit au libre développement de la personnalité sont principalement à attribuer à la personnalité, adossée à la dignité (en droit allemand, au bloc art. 1 et art. 2). Par ailleurs, même dans un sens favorable au libre épanouissement, l'action de la puissance publique est avant tout une ingérence dans le domaine de la personnalité ; les juges se montrent donc vigilants sur les objectifs de la mesure⁴³. L'autonomie demeure le noyau dur du libre développement.

On peut donc admettre une certaine convergence des droits européens faisant explicitement mention du principe de libre développement de la personnalité : domaines comparables, nature juridique semblable. Au-delà du « terme », du syntagme, on peut également rechercher un rapprochement du côté de la « liberté personnelle ».

B. — *La liberté personnelle : une proche parente du libre développement de la personnalité*

La France, la Suisse⁴⁴ et l'Italie font référence à la notion de liberté personnelle⁴⁵. Celle-ci se développe souvent, faute de mention constitutionnelle d'un droit au libre développement de la personnalité et s'en rapproche par bien des aspects. Mais ici le cas de la France doit se distinguer des deux autres. Suisse et Italie disposent désormais d'une mention du libre épanouissement de la personnalité dont l'usage reste lié au développement de nombreux droits très spécifiques, dont la liberté personnelle. En France au contraire, la relative pauvreté de nos sources constitutionnelles fait le pendant avec l'existence d'une notion « typiquement française »⁴⁶ : la liberté individuelle. Cette dernière recouvre plu-

³⁹ Ex. mesures d'assistances aux veuves allemandes, CCF 19 déc. 1951.

⁴⁰ Ce fut le cas en matière d'IVG.

⁴¹ Cf. l'affaire *Lebach*, Tribunal constitutionnel fédéral.

⁴² CCF, 25 sept. 1992, *Bverf GE.*, t. 87 (153).

⁴³ D. CAPITANT, *préc.*, p. 114.

⁴⁴ Yvo HANGARTNER, « La protection des droits constitutionnels en Suisse », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, P.U. Strasbourg, 2001, p. 267.

⁴⁵ L'Espagne fait de même d'un point de vue linguistique mais la « libertad personal » (art. 17 CE) n'est autre que la liberté individuelle au sens strict, la sûreté individuelle.

⁴⁶ Annabelle PENA-GAÏA, in *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., coll. « Précis », Dalloz, 2002, p. 168.

sieurs prérogatives, se fonde sur plusieurs sources et n'a laissé qu'un temps une place à une notion française de liberté personnelle.

1. *Notions de liberté personnelle*

La notion française de liberté personnelle, distincte de la notion de liberté individuelle, partage certaines caractéristiques des notions étrangères.

a) *Liberté individuelle et liberté personnelle*

La liberté personnelle figure au nombre des rares principes constitutionnels dont la source écrite fait débat. L'une des causes le plus souvent avancée concernant une possible distinction entre liberté individuelle et liberté personnelle, à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel se trouve dans l'indication du fondement qui ferait relever la liberté personnelle des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution⁴⁷. Tout indique alors que le sens large et générique de l'article 4 englobe celui de l'article 66 C, plus précis mais dans la même lignée. Ce constat, largement partagé aujourd'hui, entraîne pour conséquence que la liberté personnelle dégagée par le Conseil constitutionnel, si elle se distingue bien de l'article 66 C, peut tout à fait cohabiter avec lui au sein de l'ensemble de libertés retenues dans la notion de l'article 4 DDHC. La politique ainsi menée par le Conseil constitutionnel tente d'éviter l'application systématique de l'article 66 pour ne pas étendre la compétence du juge judiciaire à tous les cas de mise en œuvre de la liberté individuelle, et ce afin de préserver le domaine constitutionnellement garanti du juge administratif. Ce rattachement atteste d'un changement de conception et d'une politique de construction progressive d'une protection constitutionnelle de la personnalité dans ces éléments proprement « personnels », intimité et tranquillité⁴⁸. Ainsi, le régime de la vie privée se répartit entre les deux, la liberté d'un côté, le secret de l'autre⁴⁹. La décision du 23 juillet 1999 portant sur la Couverture maladie universelle confirme l'ancrage de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration de 1789, c'est-à-dire son affiliation à la liberté personnelle. Par ailleurs, l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pourrait en effet fournir un fondement puissant à une conception de la liberté différente de la seule liberté indivi-

⁴⁷ Après abandon du fondement des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République invoqué en 1977 (Déc. 75-77 DC, 12 janv. 1977, *Fouille de véhicules*), l'article 66 est invoqué (109 DC, 127 DC...) puis l'article 4 de la DDHC (94-343-344 DC, 99-411 DC).

⁴⁸ Rémy LIBCHABER et Nicolas MOLFESSIS, *Chron. Rev. trim. dr. civ.* 1999, p. 724.

⁴⁹ Du même coup, l'explication dominante d'un choix du Conseil constitutionnel en faveur d'un recentrage de sa terminologie autour de la seule liberté individuelle devient moins convaincante si on la comprend comme se fondant sur une extension de l'article 66. Elle ne doit s'entendre que comme imposant le terme de liberté individuelle au sens large comprenant la liberté personnelle.

duelle au sens strict ⁵⁰. Il exprime la limite des pouvoirs normatifs traversant la société quand ils ne s'adosent pas directement au principe de légalité, celui-ci ne fournissant qu'une habilitation générale, comme c'est le cas du chef d'entreprise ou de l'administration.

La notion française de liberté personnelle ne s'en distingue pas moins de ses cousines transalpines.

b) *Libertés personnelles comparées*

La liberté personnelle française s'est développée essentiellement dans le domaine du partage et de la conciliation des sphères privées et publiques, afin de préserver la personnalité de chacun. Ce fût d'abord le cas dans la décision 88-244 DC du 20 juillet 1988 ⁵¹. La décision 89-257 DC du 25 juillet 1989 ⁵² a confirmé ce premier mouvement, dans le même domaine, estimant que l'obligation pour un employeur de réintégrer des personnes amnistiées, certes, mais dont le contrat de travail avait été légalement résilié « peut également affecter dans certains cas la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes » ⁵³. De même, le Conseil constitutionnel, autant dans la grande décision de 1982 relative aux droits et libertés des salariés, que dans celle du 25 juillet 1989 ⁵⁴ dite *Prévention des licenciements économiques*, consacrant explicitement la liberté personnelle des salariés, a entendu préserver la personnalité en distinguant vie privée et vie professionnelle coexistant dans l'unité de la personne ⁵⁵. Puis la liberté personnelle a fait

⁵⁰ « Sans s'y référer explicitement, le juge constitutionnel en a tiré le principe de liberté personnelle, notion qu'il n'a utilisée, jusqu'alors que relativement aux relations de travail », Bertrand MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, coll. « Que-sais-je ? » n° 2690, PUF, 1992, pp. 11-12.

⁵¹ *Rec.* 119 ; *RJC-I*, p. 334 ; *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 185, chron. AVRIL et GICQUEL ; *RDP*, 1989, n° 2, p. 399, note FAVOREU ; *AJC*, 1988, p. 392, chron. GENEVOIS ; *D.* 1989, J., p. 269, note LUCHAIRE ; *AJDA*, 1988, p. 755, note WASCHMANN ; *Droit social*, 1988, p. 755, note PRETOT.

⁵² *Rec.* 59, *RJC-I*-358 ; *Pouvoirs*, n° 52, 1990, p. 187, chron. AVRIL et GICQUEL ; *AJDA*, 1989, p. 796, note BENOIT-RHOMER ; *AJC*, 1989, p. 488, chron. GENEVOIS ; *Droit social*, 1989, p. 703, note PRETOT.

⁵³ Cons. n° 22.

⁵⁴ *Droit social*, 1989, 701, note Xavier PRETOT et 1990, 525 note Bertrand MATHIEU et Sophie DION-LOYE ; *AJDA* 1989, p. 796, note BENOIT-RHOMER, *AJC* 1989, p. 488, chron. GENEVOIS.

⁵⁵ Étaient en effet en cause les termes de l'article 29 de la loi relative aux droits d'ester en justice des organisations syndicales en matière de licenciements pour motif économique. La loi ouvrait ce recours aux syndicats en leur nom propre, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Les requérants faisaient valoir que la liberté de conscience de l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme était méconnu dans la mesure où le syndicat agissait sans lien avec lui et que le Préambule de 1946 qui lie action syndicale singulière et adhésion de l'intéressé était également méconnu. Neutralisant ce second motif pour dégager une sphère d'action syndicale autonome, le Conseil n'en estime pas moins que « les modalités de mise en œuvre de prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié, qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle ». Le juge en déduit une réécriture de la loi, une interprétation constructive, acceptant le dispositif à condition que le salarié accepte le soutien du syndicat et puisse conduire personnellement la défense de ses intérêts.

ensuite l'objet d'une extension dans le domaine de la protection des informations à caractère personnel lors des décisions 91-294 DC du 25 juillet 1991⁵⁶ et 92-316 DC du 20 janvier 1993⁵⁷ dont la seconde traite à nouveau des relations de travail.

Ce domaine, certes restreint, renvoie sans difficulté aux jurisprudences étrangères relatives au libre développement. Les notions suisse et italienne de liberté personnelle partagent le même objet mais s'étendent bien au-delà.

La Suisse a développé dès 1963 la notion jurisprudentielle de liberté personnelle et vient récemment de l'inscrire dans son texte constitutionnel⁵⁸. Elle reprend la plupart des différentes « libertés individuelles françaises », y compris le droit à l'intégrité physique⁵⁹ ; elle n'exclut pas cependant que les constitutions cantonales traitent à part la liberté individuelle au sens strict, c'est-à-dire la sûreté⁶⁰. Le juge constitutionnel suisse, qui dispose désormais d'une base explicite, développait de façon prétorienne la liberté personnelle mais indiquait qu'elle « garantit non seulement la liberté de mouvement et l'intégrité corporelle, mais aussi toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité humaine (...). Ce droit protège le citoyen dans sa faculté propre d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation »⁶¹. La liberté personnelle suisse va donc bien au-delà de la notion française. Cela ne doit pas cacher qu'elle se rapporte à la notion de libre développement.

L'Italie développe également, cette référence à la liberté personnelle (article 13) ; elle l'emploie conjointement et parallèlement à la mention du libre épanouissement. Son domaine ne se limite guère à un donné spécifique. Incluant la « liberté morale » et l'interdiction des traitements dégradants, elle s'étend également aux droits relatifs à la sûreté, elle couvre donc ce qui en France se rapporte à la liberté individuelle largement entendue et à celle de dignité. Cette perspective très générale animait également la construction prétorienne helvétique qui étend la liberté personnelle aux domaines bioéthiques (usage des techniques de procréation médicalement assistée⁶², transplantation d'organes⁶³).

⁵⁶ *Rec.* p. 91 ; *RJC-I-455*.

⁵⁷ *RJC-I*, p. 516.

⁵⁸ « Art. 10 Droit à la vie et liberté personnelle : 1. Tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite. 2. Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement. 3. La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits ».

⁵⁹ V. par exemple, ATF 2 mars 2001.

⁶⁰ Art. 12 de la Constitution du canton de Genève par exemple.

⁶¹ 1993.

⁶² Le juge constitutionnel espagnol a en effet estimé que le caractère irrévocable des donations de gamètes et d'embryons viole l'article 10 (dignité et personnalité) : TCE 19 déc. 1996, 212/96. Le Tribunal constitutionnel suisse estime que l'ensemble des règles de la procréation se lit à la lumière de la liberté personnelle (ATF 115, 234, affaire « K ») : l'interdiction de toute fécondation *in vitro* avec transfert d'embryon constitue une violation de la liberté personnelle.

⁶³ ATF 123 I 112 du 16 avril 1997.

Il ressort alors que les notions étrangères de liberté personnelle regroupent des éléments communs à la notion française de liberté individuelle au sens large tout en la dépassant du côté des droits de la personnalité. Elles tendent ainsi, en Suisse et en Italie à réintégrer, matériellement et formellement le giron du principe général de libre épanouissement. A l'inverse, la liberté personnelle à la française n'est qu'un élément parmi d'autres qui s'attache directement et exclusivement à la personnalité. En cela, elle se rapproche du cœur de la problématique du libre développement. Au total, notions de même nom, elles se présentent très différemment dans leur portée mais se rencontrent au fond, la notion française, adoptant très timidement une posture similaire dans quelques occurrences limitées.

2. Libre développement et liberté personnelle

La liberté personnelle à la française relève de la même démarche que le principe de libre développement de la personnalité. Son ambition est bien plus modeste mais son absorption par la notion de dignité pourrait lui donner une plus grande portée. Liberté personnelle et libre épanouissement partagent des domaines, des effets et des finalités similaires. A ce titre, la France peut, à sa façon participer au concert européen.

a) *Liberté personnelle et développement de la personnalité : des concepts similaires*

Le professeur Mathieu résume ainsi l'économie de la liberté personnelle, selon lui elle : « vise à assurer la sauvegarde de l'individu vis-à-vis de la collectivité (publique ou privée). C'est le droit de ne pas subir de contraintes excessives. [Elle est] un principe non écrit dont le Conseil constitutionnel ne cite pas la source, mais qui peut être rattaché à l'article 4 de la Déclaration de 1789. [Il est] un autre principe à valeur constitutionnelle pouvant être considéré comme protégeant les droits de la personnalité (...). Le recours à la liberté personnelle permet de protéger les droits de la personnalité, droit à la tranquillité et droit à la dignité, concurremment avec la liberté individuelle »⁶⁴. En ce sens la liberté personnelle entend protéger les choix et l'identité personnelle en les préservant, dans une certaine mesure des concessions à faire à la vie sociale⁶⁵. Il s'agit bien de s'attacher à une dimension psychologique et sociale du sujet et de garantir leur développement dans la sphère collective.

Le domaine des relations professionnelles en atteste dans la mesure où les juges développent des raisonnements tout à fait comparables, parve-

⁶⁴ « Droit constitutionnel civil », *Jurisclasseur administratif*, 1997, Fascicule 1449, 1990, p. 15.

⁶⁵ Les auteurs du *Code constitutionnel* estiment que « la notion prétorienne de liberté personnelle, au-delà de la liberté d'entreprendre et de son corollaire la liberté contractuelle semble donc recouvrir non seulement l'ensemble des droits attachés à l'autonomie de la personne, ce qui fait qu'en droit français, la liberté de l'individu constitue le principe et l'interdiction l'exception, mais plus simplement ce que le doyen Carbonnier appelle « le droit à être laissé tranquille » ce qui inclut, ainsi que le présuppose la décision n° 326 DC la protection de la vie privée », Thierry S. RENOUX et Michel DE VILLIERS, *Code constitutionnel, commenté et annoté*, LITEC, 2001, p. 617.

nant à équilibrer les exigences de la vie professionnelle et le respect des choix personnels. Le libre épanouissement a ainsi pu faire l'objet de constructions doctrinales en Allemagne sur des sujet similaires où, en France, intervient la liberté personnelle⁶⁶. La liberté personnelle, lorsqu'elle est ainsi invoquée par les juges constitutionnels, révèle un contenu sensiblement identique à ce que recouvre la référence au libre développement de la personnalité. On retrouve donc à travers la liberté personnelle, une version très « allégée » du principe de libre développement.

b) *Principe général de liberté et liberté personnelle : des portées distinctes*

Ce rapprochement de la liberté personnelle et du libre développement de la personnalité fait naître un paradoxe. Le droit constitutionnel français semblait entreprendre de créer une notion qui correspond à un standard européen et qui jusque là lui faisait défaut. Or, cette notion, souvent qualifiée de simple « désordre sémantique »⁶⁷ par la doctrine, disparaît peu de temps après. Comment expliquer cet abandon de l'expression de liberté personnelle ? Peut-être peut-on avancer une explication tenant compte de l'aspect chronologique du phénomène de déclin qui devient, a priori, définitif après 1994, date de la consécration du principe du respect de la dignité de la personne humaine. La dimension « personnelle », celle de l'intimité, du droit à l'indifférence, du droit à ne pas compromettre son identité personnelle dans les relations sociales, se trouverait *de facto* englobée par la principe de dignité et rendrait caduque, ou tout au moins inutile et redondante, la référence à la liberté personnelle.

Dès lors les choses se clarifient. Loin d'être le fruit d'un recentrage de vocabulaire engendrant une lutte entre liberté individuelle et liberté personnelle, qui aurait été perdue par la seconde, l'abandon de l'expression de liberté personnelle serait la conséquence de l'établissement de deux catégories de raisonnement, l'une fondée sur la dignité de la personne, l'autre sur sa liberté, cette seconde comprenant plusieurs aspects, dont le principal est l'autonomie. Ainsi, si la notion de liberté personnelle a disparu formellement, ce serait, d'abord par absorption dans la dignité (sa disparition n'est pas matérielle) et, ensuite, sans que soit en cause une extension de la liberté individuelle. On verra en outre qu'à l'étranger dignité et libre développement sont consubstantiels ce qui tendrait à confirmer la logique du « tour de passe-passe » français.

La liberté personnelle française rejoint donc de manière assez convaincante les linéaments d'un concept européen relativement homogène.

⁶⁶ A propos du port du *piercing* par les fonctionnaires : GÜNTHER, « Die freie Entfaltung des Persönlichkeit im Dienst-Piercing, ein (Schein-)Problem des öffentlichen Dienstrechts ? », *Zeitschrift für Beamten Recht*, 2000, 401.

⁶⁷ Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^e éd., p. 346.

II. LES ÉLÉMENTS D'UN CONCEPT UNIVOQUE

Le principe du libre développement de la personnalité repose sur deux dimensions complémentaires : celle de la liberté, d'abord, qui se veut fonctionnelle et qui tient compte des influences réciproques de la volonté individuelle et des valeurs sociales ; celle de la personnalité, ensuite, forcément institutive et qui met en évidence le rôle du droit dans la consécration d'une certaine image de la personne. Le professeur Grewe résume ainsi ces deux facettes : la liberté de l'être et la liberté de l'agir. L'agir exprime la liberté de l'être, l'être détermine les limites de l'agir.

Ce contenu du libre développement, puissant certes, mais par trop général, relève de ce que la doctrine a considéré comme une norme matricielle des droits fondamentaux.

A. — *Une liberté relative à la « personnalité »*

La liberté générale liée à l'épanouissement de la personnalité ne se conçoit pas de façon totalement abstraite. Le sujet qui en est titulaire étant appréhendé dans un rapport de droit particulier, sa liberté d'être et d'agir se trouve contextualisée en fonction de sa position sociale et de ses choix personnels⁶⁸.

1. *Le régime de la personne humaine*a) *Les limites temporelles du libre épanouissement de la personne*

Il n'est pas inutile de relever certains paradoxes liés à la notion de personnalité. Le libre épanouissement semble se limiter à la personne née et vivante. Or, la notion de personne humaine dépassant, contrairement à la personnalité juridique, le cadre de la vie, la protection constitutionnelle des valeurs liées au cadavre et à son image se range également sous la bannière de ce droit général de la personnalité⁶⁹. Le Tribunal constitutionnel suisse a relevé ainsi que la liberté personnelle, fondée sur la dignité de la personne, impose de pouvoir déterminer le sort de sa propre dépouille⁷⁰. Il précise également que « du point de vue de la Constitution, un droit de la personnalité qui est en rapport avec les funérailles est considéré comme non éteint par la mort : il y a une persistance de ce

⁶⁸ A propos de l'article 2 LFA, le professeur JOUANJAN écrit par exemple que « si la formule de Schmitt, « la liberté n'est pas une institution », reposait sur l'idée que la liberté constituait une sphère « par principe illimitée », ce renforcement n'est plus compatible avec la « conception de l'être humain » qui, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, domine la loi fondamentale, celle d'un être situé, qui n'est pas celle d'une « individualité auto-suffisante, mais d'une personnalité située dans et obligée envers la collectivité » (...) (*BVerf GE.*, 20.12.1960, t. 12, 45 (51) », *ouvr. préc.* p. 167.

⁶⁹ Pour l'Italie v. par exemple la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 293 du 17 juillet 2000 relative à des photographies du cadavre d'une célébrité. La Cour constitutionnelle allemande avait quant à elle déjà consacré le respect de la personnalité *post-mortem* dans la fameuse affaire *Méphisto* de 1971.

⁷⁰ ATF 111, 16 avril 1997.

droit après la mort, pendant un certain temps »⁷¹. La protection post-mortem de la mémoire et de l'honneur fait au contraire l'objet de nombreuses nuances. Le juge allemand a pu ainsi hésiter⁷² pour décider récemment de refuser la notion de personnalité au cas d'un défunt accusé (à tort selon ses héritiers) d'appartenir à un parti néonazi⁷³. La dignité peut alors se révéler un moyen plus accessible (c'est le cas en France⁷⁴).

Le dilemme juridique de l'embryon se trouve parfois lui aussi aspiré dans la sphère du droit de la personnalité. La Cour constitutionnelle italienne a ainsi fait référence à l'article 2, par ailleurs employé subsidiairement pour certains droits de la personnalité, pour fonder un droit à la naissance du fœtus⁷⁵. Mais cela demeure paradoxal en l'absence de reconnaissance de toute personnalité. Ainsi, pour asseoir un système de protection objective de l'embryon, le juge constitutionnel allemand a-t-il dissocié dignité et liberté pour ne conserver que la première⁷⁶ et ainsi éviter les inconvénients de la subjectivité de la seconde.

Au-delà du statut de l'embryon, généralement exclu de toute personnalité, l'implication du génome humain dans l'utilisation faite des tissus embryonnaires ramène la question de la vie avant la naissance dans le giron de la notion de personnalité. Plus généralement, dans les domaines de la bioéthique, l'influence du droit international sur le droit constitutionnel s'accroît et permet de renforcer la notion de personnalité⁷⁷ en l'adossant à une réalité biologique de l'individualité génétique.

La question de l'accès de la personne à la connaissance de ses origines biologiques a également été située d'emblée dans la plupart des pays sur le terrain de l'épanouissement de la personnalité. L'Allemagne s'est montrée très explicite sur ce point. Deux décisions ont lié dignité et personnalité pour censurer des limites que le législateur entendait apporter à la connaissance des origines biologiques d'enfants adoptés⁷⁸.

b) *Dignité et personnalité*

Il est essentiel de percevoir et de comprendre l'association, plus que fréquente, entre dignité de la personne et libre développement de la personnalité ou liberté personnelle. Ce point est commun à tous les pays

⁷¹ ATF 118, 319. Par un arrêt du 18 juin 2001, relatif à une autopsie, il a posé explicitement que « la liberté personnelle ne se limite pas à la durée de la vie de l'individu ».

⁷² V. la fameuse affaire *Mephisto*

⁷³ BvR 932/94 du 5 avril 2001. Dans le même sens au fond, mais indiquant *a contrario* une possible personnalité *post-mortem*, le juge allemand a considéré que la reproduction du visage de Willy Brandt sur une pièce de monnaie ne méconnaît pas l'article 2, al. 1 LF (BvR 2707/95 du 17 oct. 2000).

⁷⁴ CA Paris, 2 juill. 1997 : Bernard BEIGNIER, « A propos de la "vie privée posthume" », *D.* 1997, Jur. p. 596 ; Civ. I, 20 déc. 2000, *D.* 2001, p. 885.

⁷⁵ Arrêt n° 27 de 1975.

⁷⁶ CCF, 28 mai 1993, *BVerf GE.*, 88, (203).

⁷⁷ V. en particulier les débats qui ont animé l'intégration au droit suisse de la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Message du 12 septembre 2001).

⁷⁸ 31.01.1989 (contestation de filiation), 26 avril 1994 (condition de majorité).

ici étudiés. « Le lien intime entre la dignité et le libre développement de la personne humaine est évident dès lors que la dignité de l'être humain consiste en ce que l'individu ne doit pas être considéré comme un « pur et simple objet », qu'elle implique que l'être humain soit considéré comme « sujet », et que la principale qualité d'un « sujet » est de « se déterminer et se développer lui-même en liberté »⁷⁹.

Il a déjà été dit que l'Espagne ne faisait de la dignité et du libre épanouissement qu'un seul et même « principe cardinal » à double facette. En Italie, la Cour constitutionnelle a été amenée à confronter le régime des fouilles corporelles carcérales avec le double principe de dignité-liberté personnelle. Si elle a admis qu'en prison les garanties apportées de ce point de vue ne pouvaient être aussi fortes qu'ailleurs, la Cour a néanmoins estimé que les pratiques de dénuement et de fouilles devaient être proportionnées au but recherché dans la mesure où on ne saurait accepter d'atteinte à la substance de la liberté personnelle⁸⁰.

La Suisse développe la même association depuis la révision de la Constitution qui crée un article 7 consacrant la valeur constitutionnelle de la dignité et un article 10 relatif à la liberté personnelle. Le Tribunal constitutionnel fait de la seconde une composante de la première⁸¹.

Bien sûr, l'Allemagne fournit en la matière l'archétype. Les articles 1 et 2 s'appuient l'un l'autre. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le droit de la personnalité « concrétise la dignité de l'homme en tant que principe constitutionnel suprême et assurer la protection de la sphère plus restreinte de la vie individuelle et de garantir ses conditions constitutives qui ne sont pas suffisamment prises en compte par les libertés individuelles traditionnelles »⁸². La dignité, « principe constitutif suprême »⁸³ vient orienter l'interprétation de la liberté de la personnalité ; elle lui assigne une limite (la dignité d'autrui et de soi) et une assise (pas de dignité sans la liberté de composer sa personnalité). De plus, la Cour affirme que la dignité constitue un principe non-écrit de toutes les constitutions des lands ; avec lui le droit de la personnalité s'impose également.

C'est pourquoi, quand la question de la renonciation à un aspect du libre développement se pose, la limite de l'autonomie individuelle rencontre les impératifs de la dignité.

2. Des droits publics de la personnalité

Le libre développement de la personnalité connaît des extensions similaires sur le versant de la sphère « personnelle » et sur celui de l'expres-

⁷⁹ Olivier JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, préc.* p. 170.

⁸⁰ N° 526, 2000.

⁸¹ ATF 126 I 112 cons. 3a p. 114. Par un arrêt du 18 juin 2001 il a posé explicitement que « la liberté personnelle, garantie par l'article 10 Const., est l'un des aspects de la dignité humaine (art. 7 Const.) ».

⁸² Vol. 54, 148, 153, cité par Rainer ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien 1998, p. 468.

⁸³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Rec.* t. 54, 148.

sion de soi en public. Cela donne à penser que sa compréhension se ramène à la combinaison de ces deux tendances sous l'impulsion d'un troisième élément qui n'est autre que la liberté de chacun de déterminer la frontière qu'il entend tracer entre vie privée et vie publique. Encore une fois c'est en matière de droit du travail que les juges européens auront eu l'occasion d'en apporter la preuve.

a) *La protection de l'intimité*

Selon la belle définition qu'en donne le juge constitutionnel espagnol, l'intimité dérive de la dignité et de la personnalité (art. 10C), elle implique « l'existence d'un domaine exclusif et réservé face à l'action et à la connaissance des autres, indispensable au maintien d'une qualité minimale de vie humaine »⁸⁴. Ce même juge considère que les employeurs ne peuvent pas utiliser tous les moyens de contrôle de leurs salariés et que certains sont attentatoires à la personnalité⁸⁵. C'est également sur le double fondement de la dignité et de la liberté personnelle qu'il asseoit le régime de protection des données personnelles informatisées⁸⁶.

En Allemagne, la théorie des sphères prolonge ses effets en matière de personnalité en consacrant un domaine qui ne relève que des choix personnels, qui ne se dévoile qu'avec l'autorisation de la personne⁸⁷. Mais le droit au libre développement de la personnalité implique également la porosité de la frontière de la sphère publique à l'expression de la personnalité⁸⁸.

b) *La protection des choix privés dans la sphère publique*

L'unité de la personne dans l'espace et dans le temps entraîne la consécration publique du respect des éléments qui font la personnalité : l'honneur, la considération, la représentation de soi. Désignant le droit comme garant de la qualité du lien social, élément moteur de la construction de la personnalité, certaines cours constitutionnelles consacrent en quelque sorte un principe de non déformation de la personnalité en public⁸⁹. On pourra ainsi rattacher la question de la laïcité au droit de la personnalité, même si juridiquement la liberté de religion demeure le fondement effectif

⁸⁴ TCE, arrêt 209/1988 du 28 octobre 1988.

⁸⁵ Cas des écoutes et enregistrements des conversations sur le lieu de travail (TCE 98/2000 du 10 avril 2000).

⁸⁶ TCE 254/1993, 20 juill. 1993.

⁸⁷ CCF, 9 mars 1988, *Bverf GE.*, 78 (77) : inconstitutionnalité de la publication d'une décision judiciaire déclarant la mise sous tutelle d'un incapable majeur pour prodigalité.

⁸⁸ Le droit à des relations personnelles, en particulier entre parents séparés et enfants, souvent appréhendé au regard de l'intérêt de l'enfant, présente également un versant relatif à la personnalité des parents qui rencontre les exigences de l'ordre public. En atteste une affaire pendante en Allemagne où un père, d'abord condamné à une amende pour avoir rendu illégalement visite à son enfant a ensuite été satisfait en appel sur le fondement de son droit au libre développement (Cour d'appel régionale de Brandebourg), v. BvR 2222/01 du 30 janv. 2002.

⁸⁹ Par exemple : Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Rec.* t. 35, p. 102.

de certaines décisions comme celle que la Cour allemande a rendu concernant la présence du crucifix dans les écoles ⁹⁰.

Selon les juges européens, le libre épanouissement implique, le plus souvent, de protéger les choix individuels diffusés en public, a fortiori lorsque cette diffusion n'est pas volontaire ou valorisante pour la personne. La liberté d'expression des uns, facteur de développement de la personnalité ⁹¹, rencontre donc le droit de la personnalité, toujours lié à la dignité, des autres ⁹². Ce fût, de façon retentissante, le cas en Allemagne où la Cour constitutionnelle fédérale, à propos d'une liste de noms de probables collaborateurs de la police de l'ex-RDA, a limité la constitutionnalité de la liberté d'expression à des assertions véridiques, non à des opinions infondées, et si l'intérêt individuel n'est pas trop atteint ⁹³. Une sorte de « noyau » de personnalité, rassemblant les choix de vie et d'identité fondamentaux, doit ainsi être protégé. Il l'est en principe par le respect du choix de dévoiler ces éléments ou non. Les juges constitutionnels doivent parfois apprécier la proportionnalité de l'atteinte. Ainsi le juge allemand a-t-il estimé que le journal intime d'un accusé pouvait être produit au procès. De même, la production d'empreintes génétiques dans le cadre d'un procès pénal se justifie ⁹⁴. Ainsi, il demeure exceptionnel que le droit au libre développement de la personnalité arrête frontalement une autre norme. Le juge constitutionnel allemand a ainsi récemment estimé que l'interdiction par la loi (art. 1616, al. 2 du Code civil) du port par l'enfant du « double nom » de ses parents n'était pas contraire au libre épanouissement ⁹⁵.

Au final, l'élément déterminant du libre développement, celui qui cimenterait l'union de la liberté et de la personnalité, de l'agir et de l'être, demeure celui de l'autodétermination de la personne en ce qui concerne son existence publique. Ce qui peut être révélé, la façon dont on souhaite être perçu, en bref la porosité de la frontière public-privé, tombe de plus en plus dans le domaine du libre choix individuel et de la subsidiarité. Le droit à « l'autodétermination informationnelle » a été souvent constitutionnalisé ⁹⁶. Le juge constitutionnel espagnol développe une jurisprudence très explicite protégeant le respect de l'image : « droit de la personnalité, dérivé de la dignité humaine et destiné à protéger la dimension morale des personnes et qui attribue à son titulaire un droit à déterminer (ce qui) peut faire l'objet d'une diffusion publique » ⁹⁷.

⁹⁰ 16 mai 1995, p. 942 et *RFDC*, n° 25, p. 183, note GREWE et WEBER.

⁹¹ Pour le juge constitutionnel suisse : « la liberté d'expression est une condition d'exercice de la liberté personnelle et un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine », cité in J. C. BEGUIN, art. *préc.*, p. 52.

⁹² V. par exemple la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 293 du 17 juillet 2000 *préc.*

⁹³ 23 février 2000, p. 242.

⁹⁴ CCF allemande, 18 sept. 1995 et 2 août 1996, cité par M. FROMONT, « Rapport pour l'Allemagne », in N. LENOIR, B. MATHIEU, D. MAUS, *Constitution et éthique biomédicale*, La Doc. fse. 1998, p. 120.

⁹⁵ BvL 23/93 du 30 janv. 2002.

⁹⁶ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 déc. 1983.

⁹⁷ TCE, 99/1994, 17 avril 1994 ; TCE 81/2201 26 mars 2001 ; TCE 83/2002, 22 avril 2002.

A l'inverse, la personnalité peut être objectivement protégée dans des cas où le sujet est privé d'une volonté éclairée. La qualité de la vie est appréciée socialement pour décider de ce qu'il est souhaitable de faire pour l'épanouissement des incapables. C'est le choix que le juge constitutionnel espagnol a fait en matière de stérilisation des malades mentaux, estimant que la surveillance constante de la vie sexuelle des incapables portait plus atteinte à leur personnalité que ne le fait l'atteinte à l'intégrité physique⁹⁸.

Ces éléments matériels trouvent à se formaliser sous les traits d'un principe matriciel, c'est-à-dire à la fois fondateur, directeur et supplétif des droits fondamentaux.

B. — *Une fonction matricielle pour les droits fondamentaux*

La configuration commune d'un principe constitutionnel relatif au développement de la personnalité humaine emprunte à la fois à la liberté et à la dignité. A l'intersection de ces deux principes matriciels, il en épouse la portée et les fonctions, tout en gardant de son caractère hybride une vocation d'agent subsidiaire.

1. *Un instrument subsidiaire du système des droits fondamentaux*

Paradoxalement, il faut voir dans le caractère éminemment fondamental du libre développement, la cause de son caractère supplétif.

a) *Un élément fondamental*

Le libre développement de la personnalité constitue un socle fondateur et une condition d'exercice de l'ensemble des droits fondamentaux, a fortiori lorsque, comme c'est le cas en Suisse⁹⁹, il s'identifie avec l'intégrité physique et psychique : « Non seulement la liberté personnelle est une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse, mais elle est la liberté première dont découlent tous les autres droits constitutionnels »¹⁰⁰.

En Allemagne le libre développement de la personnalité demeure l'un des rares droits dont les diverses dimensions doivent leur développement à la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle fédérale qui, reprenant la démarche explicite de la Cour de justice fédérale, a consacré un droit général au fondement du système des droits fondamentaux¹⁰¹. Il est leur justification et leur fin. Les droits que le juge lui rattache le nourrissent et le concrétisent. Le professeur Arnold qualifie le libre

⁹⁸ TCE, 14 juill. 1994, 215/94.

⁹⁹ ATF 106 I a293, p. 351.

¹⁰⁰ ATF 90 I p. 37.

¹⁰¹ « Ce système de valeurs, qui trouve son point central dans la personnalité humaine qui se développe librement dans la communauté sociale, et dans sa dignité, doit valoir, en tant que choix constitutionnel fondamental, pour tous les domaines du droit ; la législation, l'administration et la jurisprudence en reçoivent directives et impulsion. », *BVerf GE.*, 7, 198, 15 janvier 1958 (*Lüth*), (204).

épanouissement de la personnalité de « droit fondamental primaire »¹⁰², dans la mesure où il assure une protection même quand les droits mentionnés expressément dans la Loi fondamentale ne couvrent pas les risques nouveaux.

b) *Un élément supplétif*

La plupart des pays étudiés ne confie au libre développement qu'un rôle subsidiaire. Le Tribunal constitutionnel suisse la résume ainsi : la liberté personnelle couvre toutes les manifestations élémentaires de la personne humaine pour autant qu'elles ne se trouvent pas garanties spécifiquement par une autre liberté¹⁰³.

Encore une fois, le droit allemand fournit l'exemple type d'un droit dont le rôle de fondement implique d'asseoir des droits plus précis et adaptés à une situation et qui ne sera qu'exceptionnellement mobilisé lui-même directement. Tel un général qui ne va jamais au front, le principe de libre développement de la personnalité reste en retrait et n'intervient que dans la mesure où aucune autre des normes qui lui sont affiliées ne permet de limiter l'atteinte à la personne. L'existence dans le corpus constitutionnel de la consécration d'un principe de sûreté, de la liberté d'aller et venir, de la liberté d'expression évite le recours pourtant possible au principe général de liberté. Inversement, ainsi que le relève Constance Grewe¹⁰⁴, il n'existe pas de catalogue de droits réalisant le libre développement de la personnalité, mais des usages ponctuels.

Le caractère supplétif du libre épanouissement est encore tangible à propos des limites propres qui lui sont assignées. Paradoxalement, à un droit si général sont posées des limites elles-mêmes très souples qui ne sauraient être étendues à des normes plus spécifiques. Il n'est donc pas un fondement commun qui fournirait un régime de base des droits fondamentaux mais bien plutôt un droit original qui rappelle subsidiairement la finalité des droits fondamentaux.

2. *Un instrument de finalisation et d'harmonisation des droits fondamentaux*

A côté de sa fonction subjective de norme défensive ou positive, le libre développement, dans sa dimension objective, joue également un rôle d'objectif directeur, de guidance de l'interprétation juridictionnelle constitutionnelle. Finalité des droits fondamentaux et droit fondamental lui-même, son intervention dans le contentieux demeure un facteur de résolution des éventuels conflits de droits.

¹⁰² Rainer ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestien 1998, p. 463.

¹⁰³ ATF 119 Ia 460. « la liberté personnelle intervient en tant que droit constitutionnel directement applicable de façon complémentaire, en ce sens que le citoyen peut l'invoquer pour la protection de sa personnalité et de sa dignité humaine, lorsque aucun autre droit constitutionnel écrit ou non écrit entre en considération » ATF 97 I p. 45.

¹⁰⁴ *AJIC* 2000, p. 143.

a) *Un but affecté à tous les droits*

On mesure à l'aune du principe du libre développement à quel point une norme n'est réellement fondamentale que dans sa dimension téléologique. En déterminant l'objectif des droits fondamentaux et en se substituant à eux en cas de défaillance, le principe général de liberté de la personnalité devient fortement la matrice des droits.

La liberté occupe généralement une position dominante parmi les droits fondamentaux. Le droit constitutionnel suisse pose par exemple qu'elle ne saurait faire l'objet de prescription ou de renonciation ; son « essence » ne saurait faire l'objet d'une révision constitutionnelle¹⁰⁵. La Cour constitutionnelle allemande examine les lois qui lui sont soumises sous l'angle de la légitimité constitutionnelle de leur finalité. Ce système induit une supériorité hiérarchique de certains droits et principes au premier rang desquels la dignité et le libre développement de la personnalité¹⁰⁶. Le Tribunal constitutionnel espagnol a ainsi précisé que le libre développement est « le point d'ancrage, le *prius* logique et ontologique de l'existence et de la spécification des autres droits »¹⁰⁷.

b) *Un but permettant de concilier les droits*

Le rôle matriciel souvent évoqué à son propos place le libre développement de la personnalité au cœur des règles de coexistence des normes constitutionnelles. La primauté et l'unité de la personne apparaissent configurées pour jouer un rôle de directive en la matière, et la jurisprudence atteste dans une certaine mesure d'un rôle effectif dans la conciliation des normes contradictoires en fonction de l'image du sujet que le juge constitutionnel se donne sous les traits du concept juridique de personne humaine.

Ainsi, au-delà de sa fonction instituante et défenderesse, le droit de la personnalité, à défaut de permettre une hiérarchie qui s'imposerait par son évidence, couvre un système où deux droits en conflit trouvent à cohabiter en raison de leur affiliation à un principe général qu'ils doivent tendre à garantir. Les juges constitutionnels mettent en œuvre une balance entre les valeurs et les biens protégés. Leurs méthodes demeurent certes différentes (constat de l'ingérence puis appréciation de sa proportionnalité ou acceptation de principe dans le respect de limites), mais l'existence d'une consécration de principes téléologiques permet de finaliser un conflit de normes et de le réduire. Comme en matière d'effet horizontal, le libre développement exerce une « influence » sur le régime des droits fondamentaux. Il apparaît que la conciliation des droits se présente parfois sous la forme d'une dialectique à trois termes dont, l'un, valorisé, fournit un guide interprétatif permettant de hiérarchiser et de modeler les éléments

¹⁰⁵ Cf. Arthur HAEFLIGER, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et son rôle dans la protection des droits de l'homme », Conférence d'Ankara, *RUDH* 1990, p. 284.

¹⁰⁶ Robert HERZOG, La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux, VIII^e conférence des cours constitutionnelles européennes, *AJJC* 1990, p. 15

¹⁰⁷ TCE, 53/1985, 11 avril 1985, fond. Jur. 3.

constitutionnels antinomiques afin de les rendre compatibles. Cette politique très volontaire, se retranche derrière un habillage textuel qui masque mal le travail de création comme dans le cas du principe de dignité de la personne humaine. A ce titre, plus le concept utilisé apparaît flou et doté d'une charge symbolique forte, plus sa juridicité se manifesterà sous la plume de ses interprètes.

La célèbre affaire *Méphisto* avait ainsi permis au juge constitutionnel allemand de concilier liberté artistique et honneur en trouvant un équilibre circonstanciel entre deux personnalités. Parfois, le conflit s'établit entre deux institutions tendant au développement de la personne. C'est le cas par exemple quand le droit à la connaissance des origines biologiques met en péril l'unité familiale, notamment adoptive¹⁰⁸. Généralement, les États européens font prévaloir les institutions qui protègent plusieurs personnes¹⁰⁹. En revanche, la personnalité de l'enfant tend généralement en la matière à prévaloir sur le secret qui protège la mère¹¹⁰. On se souvient que, de son côté, le Conseil constitutionnel français, faute de principe constitutionnel de libre développement de la personnalité, n'a pas consacré de telles prérogatives.

On a pu montrer ailleurs que le concept de personne humaine sert parfois, en droit constitutionnel français, de cadre à la conciliation des droits¹¹¹. L'absence d'un principe français de libre développement ne permet pas de le justifier ici. Trois directions restent ouvertes : soit le Conseil constitutionnel revient à la liberté personnelle, soit il développe l'affiliation de la liberté de la personnalité au principe de dignité, soit enfin il opte pour une interprétation ouverte de l'alinéa 10 du Préambule de 1946. En toutes hypothèses, la convergence des droits européens en la matière l'invite à ne pas rester plus longtemps en retrait.

¹⁰⁸ Le droit allemand privilégie ici la structure familiale où les intérêts de plusieurs personnes sont en jeu.

¹⁰⁹ V. le rapport sénatorial préparatoire à la révision du droit français.

¹¹⁰ Ce sont les solutions allemande (1983) et espagnole (21 sept. 1999).

¹¹¹ V. not. Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 22, 2003.