

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

2000

Economica

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

**Groupe d'Etudes et de Recherches
sur la Justice Constitutionnelle
Equipe associée au CNRS (UMR 6055)
Aix-en-Provence**

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

XVI

2000

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2001

Annuaire International de Justice Constitutionnelle

publié par le

Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle (Université d'Aix-Marseille III et CNRS UMR 6055).

Sous le haut patronage de M. le Président de la Cour constitutionnelle d'Autriche, MM. les Présidents de la Cour d'Arbitrage de Belgique, M. le Président du Tribunal constitutionnel d'Espagne, M. le «Chief Justice» des États-Unis d'Amérique, M. le Président du Conseil constitutionnel de France, M. le Président de la Cour constitutionnelle d'Italie, M. le Président du Tribunal constitutionnel du Portugal, Mme. le Président de la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne.

Conseil scientifique : O. Bachof (Université de Tübingen), M. Cappelletti (Université de Florence), L. Elia (Université de Rome, ancien président de la Cour constitutionnelle d'Italie), H. Fix-Zamudio (Université de Mexico, Président de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme), E. Garcia de Enterría (Université de Madrid), E. McWhinney (Université de Vancouver), J. Rivero (Université de Paris II), F. Rubio Llorente (Université de Madrid, ancien vice-président du Tribunal constitutionnel d'Espagne), H. Steinberger (Université de Heidelberg, ancien juge à la Cour constitutionnelle d'Allemagne), G. Vedel (Université de Paris II, ancien membre du Conseil constitutionnel).

Comité de rédaction : P. Bon (Pau), M. Davis (Cleveland), F. Delpérée (Louvain), L. Favoreu (Aix-Marseille III), M. Fromont (Paris I), L. Garlicki (Varsovie), A.L.C. de Mestral (McGill Montréal), J. Miranda (Lisbonne), F. Moderne (Paris I), Th. Öhlinger (Vienne), E. Smith (Oslo), E. Spiliotopoulos (Athènes), G. Zagrebelsky (Turin).

Direction et rédaction : L. Favoreu, assisté de M. Fatin-Rouge et C. Soullière.

Composition et mise en page : C. Soullière.

Ont collaboré à ce volume : E. Alberti, H. Alcaraz, C. Bacoyannis, M. Baudrez, V. Bertile, P. Bon, S. Bouisson, G. Busia, E. Carpentier, S. De Cacqueray, F. Delpérée, Th. Di Manno, M.-P. Elie, M. Fatin-Rouge, M. Fromont, V. Fumaroli, L. Garlicki, J. Giudicelli, C. Grewe, R. Hernandez Valle, Y. Higuchi, C. Horevoets, O. Jouanjan, B. Knapp, V. Lanisson, M. Luciani, A. Lopez Castillo, J. Matía Portilla, N. Maziau, A. Meyer-Heine, J. Miranda, P. Mota Pinto, L. Nunes de Almeida, E. Oliva, J.-J. Pardini, B. Pelletier, P. Pereon, O. Pfersmann, X. Philippe, J. Pini, A. Rasson, B. Ravaz, B. Renaud, M. Rosenfeld, P. Sanz de Alba, S. Schmitt, G. Scoffoni, E. Spiliotopoulos, M. Troper, M. Ueno, M. Verdussen, W. Zimmer, B. Zupancic.

Traductions : H. Alcaraz, P. Bon, M.-C. de Grandpré, B.-F. Macera, M. Michalik, M. Toullier, N. Verneau.

Correspondance : Rédaction : GERJC, Faculté de Droit, 3, av. Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex 01 - Tél. : (0)4 42 17 29 55 ou 57

Mél : mbesson@pacwan.fr — Site du GERJC : www.gerjc.u-3mrs.fr

Abonnements et ventes : GERJC ou Editions Economica.

La rédaction n'entend ni approuver, ni réprouver les opinions émises dans le présent annuaire, qui n'engagent que leurs auteurs.

Le mode de citation de l'annuaire est : Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XVI-2000, Economica-PUAM.

© Ed. ECONOMICA, 2001

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution réservés pour tous les pays

SOMMAIRE

EDITORIAL

ETUDE

Droit constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par Boštjan M. ZUPANCIC.....	11
---	----

ESSAI

Mariage des couples de même sexe et Constitution par Elise CARPENTIER.....	21
---	----

TABLE RONDE

CONSTITUTION ET SECRET DE LA VIE PRIVÉE *XVI^e Table ronde internationale des 15 et 16 septembre 2000*

• Afrique du Sud (X. Philippe).....	107
• Allemagne (C. Grewe).....	135
• Belgique (F. Delpérée, A. Rassin & M. Verdussen).....	153
• Canada (B. Pelletier).....	163
• Costa Rica (R. Hernandez Valle).....	191
• Espagne (F.J. Matía-Portilla).....	209
• États-Unis (G. Scoffoni).....	247
• France (M. Fatin-Rouge).....	259
• Grèce (E. Spiliotopoulos).....	291
• Italie (G. Busia & M. Luciani).....	301
• Japon (M. Ueno).....	315
• Portugal (P. Mota Pinto).....	321
• Suisse (B. Knapp).....	353
 <i>Compte rendu des discussions et débats</i> (Hubert Alcaraz, Véronique Bertile, Elise Carpentier & Valérie Lanisson)	 369

COURS INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

CONSTITUTION ET RELIGION

XII^e Cours international du 11 au 14 septembre 2000

Leszek Garlicki : <i>Les aspects collectifs de la liberté de religion</i>	401
Michel Troper : <i>Le principe de laïcité</i>	430
Michel Rosenfeld : <i>L'État et la religion</i>	458
Yoïchi Higuchi : <i>La « réception » du constitutionnalisme dans les zones culturelles extra-occidentales : laïcité dans la pratique de la justice constitutionnelle japonaise</i>	490

CHRONIQUES

ALLEMAGNE (M. Fromont, O. Jouanjan & W. Zimmer).....	513
AUTRICHE (O. Pfersmann).....	539
BELGIQUE (F. Delpérée, C. Horevoets, A. Rassin-Roland & B. Renaud).....	551
ESPAGNE (E. Alberti, P. Bon, P. Cambot & J.L. Requejo Pagés).....	605
ETATS-UNIS (G. Scoffoni).....	661
FRANCE (S. de Cacqueray, J.C. Car, M. Fatin-Rouge, E. Oliva & A. Roux).....	683
ITALIE (Équipe du CDPC <i>Jean-Claude Escarras</i>).....	751
JAPON (M. Ueno).....	841
POLOGNE (L. Garlicki).....	847
PORTUGAL (J. Miranda).....	861
 INDEX.....	 879

Groupe d'Etudes et de Recherches
sur la Justice Constitutionnelle
Equipe associée au CNRS (UMR 6055)
Aix-en-Provence

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

XVI

2000

(Extraits)

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2001

TABLE RONDE
CONSTITUTION ET SECRET DE LA VIE PRIVÉE

ESPAGNE *

*par Francisco Javier MATIA PORTILLA ***

INTRODUCTION

A) Le contenu de la notion constitutionnelle
de secret de la vie privée

La Constitution espagnole traite de l'intimité dans son article 18. Il convient de rappeler le texte adopté par le constituant espagnol dans les quatre paragraphes intégrant cette disposition, dont relèvent les droits à l'intimité, à l'honneur et à la protection de son image (article 18.1 CE), l'inviolabilité du domicile (article 18.2 CE), le secret des communications (article 18.3 CE) et, finalement, la liberté informatique (article 18.4 CE).

Article 18. 1. Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à la protection de son image sont garantis.

2. Le domicile est inviolable. Aucune entrée ou perquisition ne pourra se faire sans consentement du titulaire ou sans décision judiciaire, sauf dans le cas de flagrant délit.

* Une partie de ce travail, destiné à l'origine à un but différent, a été traduite par Bernard Frank MACERA, professeur de Droit administratif à l'Université de Valladolid. Les nombreuses modifications postérieures et les actualisations ont été traduites par Ana Isabel SANCHEZ RUIZ, professeur de Droit international public à l'Université Complutense de Madrid. Le texte final a été corrigé par Hubert ALCARAZ, membre du Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle et allocataire de recherches à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. L'auteur veut leur exprimer sa gratitude pour leur participation, désintéressée, à ce travail. Bien que la Table ronde internationale se soit tenue au mois de septembre, ce rapport a été actualisé au 31 décembre 2000. Les abréviations utilisées sont les abréviations traditionnelles : TC pour Tribunal constitutionnel, TS pour Tribunal Suprême, RJ pour le *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, FJ pour Fondement juridique (motif) et LO pour Loi organique. Pour le Tribunal constitutionnel, on indique également le numéro de la Sentence ou de l'Ordonnance, l'année au cours de laquelle elle fut rendue et le fondement juridique auquel il est fait référence (par exemple, « Sentence TC 22/1984/5 » signifie que le raisonnement a été développé dans le fondement juridique n°5 de la Sentence n°22 de 1984). Les données relatives à la date et, lorsqu'il s'agit d'une sentence, au BOE sont mentionnées seulement lors de la première référence qui leur est faite.

** Professeur de Droit Constitutionnel, Université de Valladolid (Espagne).

3. Le secret des communications, notamment postales, télégraphiques et téléphoniques, est garanti, sauf décision judiciaire.

4. La loi limitera l'usage de l'informatique afin de garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens ainsi que le plein exercice de leurs droits.

Même si l'on part de la singularité de chacun des droits visés par l'article 18 CE, le fait qu'ils aient été groupés dans une seule disposition constitutionnelle permet de considérer qu'il existe un élément commun. Cet élément commun consiste en ce qu'ils sont tous (ou presque tous, comme on va le voir) des droits au service, selon différentes façons, du bien juridique « intimité ». Cela signifie que l'intimité peut être conçue comme un droit (proclamé à l'article 18.1 CE) ou bien comme un bien protégé par des droits divers (tels que, outre ce droit à l'intimité, la protection de son image ou l'inviolabilité du domicile).

Avant de faire une analyse détaillée des différents droits protégeant le bien juridique « intimité », il convient d'examiner, même schématiquement, le concept d'intimité présent dans la Constitution espagnole, qui résulte bien sûr de notre propre culture constitutionnelle.

1) Liberté de la vie privée et secret de la vie privée

Avant d'examiner cette question, il faut examiner l'origine de cette notion d'intimité et l'évolution qu'elle a connue.

La protection de la vie privée plonge ses racines, comme on le sait, dans le droit de propriété¹. C'est à partir de la célèbre étude de S.D. Warren et L.D. Brandeis que la vieille idée de la *privacy-property* a été abandonnée et que s'est imposée, définitivement, celle de la *privacy-personality*². L'ouvrage le plus cité du Droit américain³ trouvait son origine dans la prétention, juridiquement justifiée, de mettre fin au « siège » auquel les journalistes et photographes soumettaient l'épouse de M. Warren (fille d'un sénateur célèbre). Ce travail était alors directement lié au droit à la protection de son image, construisant ainsi un droit réactionnel face aux ingérences de l'Etat ou des tiers portant atteinte à la *privacy*.

Cependant, le contenu et la portée de quelques droits fondamentaux ont été réorientés avec le temps et la survivance du texte constitutionnel américain depuis la fin du XVIII^e siècle ; c'est ce qui s'est passé, en particulier, avec le *right to privacy*, qui ne peut plus être considéré à présent en tant que droit autonomie, comme il l'était par le passé. La Cour Suprême a déduit du vieux *right to privacy* de nombreuses facultés positives, en y intégrant notamment des domaines tels que la liberté sexuelle, la stérilisation et la contraception, et le droit à l'avortement⁴. On a mis

1 V. MORALES PRATS F., *La tutela de la intimidad : privacy e informática*. Destino. Barcelone, 1984, p. 18-19 ; et URABAYEN M., *Vida privada e información. Un conflicto permanente*. Éditions Université de Navarre. Pamplona, 1977, p. 43 et s.

2 WARREN Samuel D. & BRANDEIS Louis D., « The right to privacy ». *Harvard Law Review* 1890 (décembre). Il existe une traduction en espagnol de Pilar Baselga, accompagnée d'une introduction de Benigno Pendás (*El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995). Déjà avant la parution de cet ouvrage, le juge Cooley s'était référé au droit d'être laissé tout seul (*the right to be let alone*), plus connu comme le droit de se voir laisser en paix, dans son livre *The elements of Torts*. Ces questions sont traitées un peu plus en détail par MATIA PORTILLA, Francisco Javier, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill. Madrid, 1997, p. 42 et s.

3 PENDAS B., Introduction à l'édition espagnole de l'ouvrage de Warren et Brandeis, p. 10.

4 MATIA PORTILLA F.J., *El derecho...*, p. 44-45, spécialement note 168.

ainsi en rapport le *right to privacy* et le droit à la libre autodétermination prévu à l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁵.

Ainsi, on peut en conclure que le *right to privacy* peut être conçu de deux manières. D'un côté, il peut se présenter comme un droit civil typique, droit autonomie ou droit résistance, qui impose une obligation négative à l'Etat et, le cas échéant, à des tiers. Mais on peut faire référence à ce droit dans un sens différent, en tant que droit comprenant aussi une dimension active du sujet titulaire, en le reliant alors avec le libre développement de la personnalité.

A laquelle de ces deux conceptions se rattache l'intimité constitutionnellement protégée en Espagne ? Même si la réponse n'est pas évidente, selon nous, l'intimité relevant de l'article 18.1 de la Constitution, également protégée dans les deuxième et troisième paragraphes de cette disposition, est celle découlant de l'ouvrage de S.D. Warren et L.D. Brandeis. En d'autres termes, la Constitution espagnole ne garantit que le noyau le plus essentiel de la *privacy*, l'intimité de la vie privée⁶.

Bien qu'il ne soit pas possible dans ce travail d'essayer de justifier en profondeur l'affirmation faite ci-dessus, il peut être approprié de développer quelques raisonnements, même synthétiques, qui permettent de soutenir que le constituant espagnol a choisi une notion stricte de l'intimité⁷. En plus de la lettre de l'article 18.1 CE, il convient de relever que ce n'est que rarement qu'on a essayé de lier des domaines tels que la liberté sexuelle ou l'avortement avec l'intimité constitutionnellement garantie⁸. Il convient aussi de rappeler le régime strict prévu par la Constitution en matière d'inviolabilité du domicile, contrastant avec celui adopté par les Constitutions de voisins européens, tels que l'Italie et l'Allemagne, qui permet de déduire que le constituant visait une protection plus réduite, bien que plus intense, de l'intimité des personnes physiques⁹. Cette affirmation nous amène déjà, cependant, à envisager le contenu de certains des droits qui protègent l'intimité.

B) Les différents aspects du secret de la vie privée

1. Le droit à la protection de son image

Le droit à sa propre image comprend la protection face aux diffusions et aux captages illicites de celle-ci (Sentence TC 170/1987/4, du 30 octobre, *BOE* 279, du 21 novembre), et vise aussi la voix ou le nom, en tant que qualités qui définissent l'être (Sentence TC 117/1994/3, du 25 avril, *BOE* 129, du 31 mai).

La jurisprudence constitutionnelle concernant ce droit à la protection de son image se fonde sur trois piliers. Le plus significatif trouve sa manifestation la plus éclatante dans le droit à la protection de l'image des personnes célèbres. Dans le

5 *Idem.*

6 Est révélateur le fait que l'édition espagnole de « *The right to privacy* » a été intitulée « le droit à l'intimité », et non le droit à la vie privée, ce qui aurait été plus fidèle du point de vue terminologique, même si équivoque en raison de son contenu.

7 La liaison que le Tribunal constitutionnel a faite entre l'intimité et le droit d'auto-réalisation de l'individu dans la Sentence 202/1999/2, du 8 novembre (*BOE* 300, du 16 décembre), qui trouve appui dans la Sentence 142/1993/8, du 22 avril (*BOE* 127, du 28 mai) n'est pas convaincant, car il s'agissait là d'un recours d'« *amparo* » qui a été décidé, finalement, en application du quatrième paragraphe de l'article 18 CE.

8 V. l'opinion dissidente émise par le Magistrat Francisco Rubio Llorente dans la Sentence TC 53/1985, du 11 avril (*BOE* 119, du 18 mai).

9 MATIA PORTILLA F.J., *El derecho...*, p. 182-183.

monde des stars ou des artistes, l'image a une valeur patrimoniale évidente, comme les Sentences TC 231/1988 et 117/1994 nous le manifestant bien. La première décision porte sur la commercialisation d'une bande vidéo montrant le coup de corne et l'agonie dont avait été victime un torero espagnol, et qui a été considérée par le Tribunal constitutionnel comme une atteinte à l'intimité personnelle de son épouse¹⁰. Dans la deuxième Sentence, le Tribunal constitutionnel affirme que le retrait du consentement, afin d'éviter la publication de photographies, peut s'effectuer aussi auprès du journal qui a acheté à un photographe étranger les droits d'exploitation, mais contre un dédommagement et suffisamment avant la date de publication¹¹.

Le Tribunal constitutionnel s'est aussi intéressé à l'exercice du droit à la protection de l'image du travailleur face à l'employeur. Il a établi qu'il n'existe pas non plus un droit absolu de décider toujours quelle doit être notre apparence physique ou externe, et que l'entrepreneur peut, quelques fois, et toujours pour des motifs justifiés, faire valoir son influence sur notre aspect physique. De cette façon, le Tribunal constitutionnel a admis le fait qu'une entreprise demande à un de ses travailleurs qui était en contact avec la clientèle, de se couper la barbe, en invoquant les pouvoirs de direction de l'employeur¹²; il n'a pas admis le fait qu'une entreprise impose à un de ses travailleurs, désosseur de jambons, de présenter devant la presse un produit précis, car cela portait atteinte à son droit à sa propre image et parce que n'avait pas eu lieu la nécessaire évaluation des besoins d'organisation qui pouvaient seuls avoir déterminé que, précisément, ce travailleur prenait en charge une telle tâche¹³.

D'un autre côté, quelques sentences récentes du Tribunal constitutionnel ont posé la question de la légitimité constitutionnelle de l'installation de microphones et de caméras vidéo dans certains lieux de travail¹⁴.

Troisièmement, il faut faire référence à la jurisprudence qui met en évidence les tensions entre la liberté d'information et le droit à l'image. De ce point de vue, quelques décisions liées au droit à l'honneur sont intéressantes. Par exemple, on peut citer les faits qui avaient conduit à l'Ordonnance du Tribunal constitutionnel 5/1992, concernant un article de presse s'accompagnant d'une photographie d'un

10 Sentence TC 231/1988/8 et 9, du 2 décembre (BOE 307, du 23 décembre).

11 Sentence TC 117/1994/7, du 25 avril (BOE 129, du 31 mai).

12 Sentence TC 170/1987/4, du 30 octobre (BOE 279, du 21 novembre).

13 Sentence TC 99/1994/5 à 7, du 11 avril (BOE 117, du 17 mai).

14 Le Tribunal constitutionnel a décidé qu'il est obligatoire de préserver l'intimité des employés dans les lieux de travail, et a considéré que l'installation de microphones à la caisse et à la roulette d'un casino, afin d'éviter des réclamations éventuelles des clients, était disproportionnée et portait atteinte au principe d'intervention minimal dans les droits fondamentaux (Sentence TC 98/2000/6 et 9, du 10 avril, BOE du 18 mai). Cependant le Tribunal a considéré dans une autre affaire que « la mesure d'installation d'un circuit fermé de télévision contrôlant la zone où le demandeur de l'« amparo » exerçait son activité salariée était une mesure justifiée (étant donnée que des soupçons raisonnables existaient concernant la commission par le demandeur d'irrégularités graves dans son travail); appropriée vis-à-vis de la finalité recherchée par l'entreprise (vérifier si le travailleur commettait effectivement les irrégularités soupçonnées et, le cas échéant, adopter les mesures disciplinaires correspondantes); nécessaire (étant donné que l'enregistrement allait servir comme preuve de telles irrégularités); et équilibrée (car l'enregistrement des images s'était limité à la zone de la caisse et était aussi limité quant à sa durée, qui était celle suffisante pour vérifier qu'il ne s'agissait pas d'un fait isolé ou d'une confusion, mais d'un comportement illicite répété), raisons pour lesquelles il faut exclure qu'il y ait eu une atteinte au droit à l'intimité personnelle consacré à l'article 18.1 CE » (Sentence TC 186/2000/7, du 10 juillet, BOE du 11 août).

homme âgé et d'un jeune homme qui, selon le titre, s'entendaient quant à une rencontre à caractère sexuel, alors qu'en réalité il s'agissait d'un père et de son fils ¹⁵.

Finalement, on peut souligner l'importance de l'article 4 de la Loi organique 1/1996, du 15 janvier, pour la Protection Juridique du Mineur, qui modifie partiellement le Code civil et la Loi relative à la Procédure Civile ¹⁶. Bien que cette disposition mentionne en tête les droits à l'honneur, à l'intimité et à la protection de son image, son contenu est clairement lié, très spécialement, au dernier de ces droits, dans la mesure où elle affirme que « est considérée comme une intromission illégitime [...] tout usage de son image ou de son nom dans les médias qui puisse nuire à son honneur ou à sa réputation, ou qui soit nuisible à ses intérêts *même si le mineur ou ses représentants légaux ont prêté leur consentement* » ¹⁷. On établit ainsi une sorte de garantie objective (ce qui, à ce propos, manifeste le fait que le droit n'appartient pas uniquement au mineur dans le sens où il est, dans une certaine mesure, indisponible pour lui-même et pour son représentant légal).

2 - Le droit à la protection des données personnelles

L'article 18.4 CE se limite à disposer que « la loi limitera l'usage de l'informatique afin de garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens ainsi que le plein exercice de leurs droits ». Le Tribunal constitutionnel et une grande partie de la doctrine ont signalé, de façon répétée, que l'article 18.4 CE renferme, malgré ce que son texte pourrait laisser supposer, un droit fondamental ¹⁸.

Ce droit fondamental, contrairement à ce qui se passe pour les droits contenus dans les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 18 CE, ne se limite pas à l'exigence de ce que les autres sujets, publics ou privés, respectent notre intimité, mais il impose aussi, dans certaines occasions, des devoirs positifs à l'Etat ¹⁹. Cela

15 Ordonnance du 13 janvier. On peut aussi rappeler la Sentence TC 183/1995/3, du 11 décembre (BOE 11, du 12 janvier 1996), à propos un article de presse relatif au trafic de drogues qui s'accompagnait d'une photographie d'une discothèque qui n'avait rien à voir avec l'information publiée.

16 BOE 15, du 17 janvier.

17 Troisième alinéa (c'est l'auteur qui souligne). Cette disposition a été invoquée par le procureur de Madrid quant à la diffusion claire du visage d'un jeune parricide de Murcie de 16 ans qui avait déjà été arrêté par la police (l'information était du 5 avril 2000 et l'on peut trouver plus de renseignements dans la banque de données de l'agence EFE). Quelques précautions avaient été prises, en revanche, dans un article sur des abus sexuels, dans lequel on avait inclus seulement les initiales des noms des mineurs dont on avait modifié les photographies (Décision du 1^{er} juin 1999 de l'« Audiencia Provincial » de Barcelone, Salle civile, Section 16, AC 1999/1506). D'un autre côté, l'article 4.2 de cette LO indique que « la diffusion d'information ou l'usage des images ou du nom des mineurs dans les médias qui peuvent impliquer une ingérence illégitime dans leur intimité, honneur ou réputation, ou qui sont contraires à leurs intérêts, provoquera l'intervention du Procureur de l'État, lequel ordonnera immédiatement les mesures provisoires et de protection prévues dans la loi et les dommages intérêts correspondants ». V. quant à ces questions la Sentence TC 134/1999, du 15 juillet (BOE du 18 août).

18 Dans l'opinion dissidente souscrite par Manuel Jiménez DE PARGA sous la Sentence TC 290/2000, du 30 novembre (BOE du 4 janvier 2001), ce dernier maintient qu'il s'agit d'un droit fondamental nouveau, de liberté informatique, non consacré par la Constitution. Cet avis mérite une plus grande considération depuis l'intervention de la LO 15/1999, du 13 décembre, de Protection des Données à Caractère Personnel, car celle-ci ne fait plus référence exclusivement aux *fichiers automatisés*, mais est appliquée à tout ensemble, informatique ou non, de données personnelles.

19 Sentence TC 53/1985/4, du 11 avril (BOE 119, du 18 mai). Cette affirmation pourrait nous amener à penser d'une manière erronée qu'il s'agit d'un droit qui n'oblige que l'Etat. La liberté informatique vise aussi les fichiers automatisés en possession des particuliers. Quant à leur contrôle, l'Agence de Protection des Données, organisme de Droit public ayant une personnalité

permet de penser que le droit consacré dans le dernier paragraphe de l'article 18 CE ne protège pas, comme ceux qui le précèdent dans le même article, l'intimité, mais quelque chose de plus large: la vie privée. Ce qui est confirmé lorsqu'on lit le préambule de la première loi qui mit en œuvre l'article 18.4 CE, aujourd'hui abrogée, dans lequel il était dit que son objet était de protéger la *privacitat* (sic) et non l'intimité²⁰. Pour ces raisons, on peut affirmer que l'article 18.4 CE renferme un droit à l'autodétermination informative plus qu'une simple liberté informatique²¹.

La mise en œuvre législative de l'article 18.4 CE fut tardive, malgré la ratification du 27 janvier 1984 de la Convention pour la Protection des Personnes face au Traitement Informatisé des Données à Caractère Personnel signée à Strasbourg le 28 janvier 1981 (publié au *BOE* du 15 novembre 1985). La première Loi organique qui l'a mis en œuvre²² a été abrogée par celle, plus récente 15/1999, du 13 décembre, de Protection des Données à Caractère Personnel²³ (LOPDCP), qui a été l'instrument choisi pour la transposition en droit espagnol de la Directive 95/46/CE²⁴. À côté de cette législation générale, mettant en œuvre l'article 18.4 CE, il en existe d'autres, sectorielles et très nombreuses. On peut mentionner, par exemple, celle qui régit les fichiers électoraux et les Registres civil et central des condamnés et des évadés²⁵.

Toute cette législation espagnole, internationale et communautaire traite du droit d'autodétermination informative en s'appuyant sur quelques catégories qu'il faut rappeler: *données à caractère personnel* (toute information concernant des personnes physiques identifiées ou identifiables), *fichier* (ensemble organisé de données à caractère personnel), *traitement de données* (opérations et procédés techniques à caractère automatisé ou non qui permettent de recueillir, d'enregistrer, de conserver, de modifier, de saisir et annuler et de céder des données personnelles), *responsable du fichier* (personne physique ou juridique, à caractère public ou privé, ou organe administratif qui décide du but, du contenu et de l'usage du traitement), *affecté* (personne physique titulaire des données apportées), *chargé du traitement* (la personne physique ou juridique, autorité publique, service ou n'importe quel autre organisme

juridique propre et disposant de la pleine capacité, joue un rôle important, qui est indépendant de celui des administrations publiques dans l'exercice de leurs fonctions (et qui est régi par les articles 34 et s. de la LORTAD), et dont le statut a été approuvé par le Décret Royal 428/1993, du 26 mars, modifié par le Décret Royal 156/1996, du 2 février. L'Agence de Protection des Données a adopté plusieurs résolutions relativement à des matières concrètes (accès aux immeubles, solvabilité patrimoniale et crédit), parmi lesquelles se détache la Résolution 1/1998, relative à l'exercice des droits d'accès, de rectification et d'annulation.

20 Premier alinéa, deuxième paragraphe. Il peut être plus opportun de faire référence à la vie privée plutôt qu'à la « *privacitat* » étant donné que ce dernier terme, dérivé de l'actuelle *privacy* américaine, n'a pas encore été consacré par l'Académie Royale Espagnole de la Langue.

21 V. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*. Tecnos. Madrid, 1990.

22 Loi 5/1992, du 29 octobre, de Régulation du Traitement Automatisé des Données à Caractère Personnel.

23 *BOE* 298, du 14 décembre.

24 *JOCE* L 281, du 23 novembre 1995. La nouvelle loi espagnole protège aussi l'image et le son, réduit le nombre des fichiers exclus de son champ d'application et envisage un nouveau droit d'opposition de la part de la personne affectée au traitement des données personnelles, prévu à l'article 14 de la Directive. V. aussi la Directive 97/66/CE du Parlement et du Conseil, du 15 décembre 1997 relative au Traitement des Données Personnelles et à la Protection de l'Intimité dans le Secteur des Télécommunications (*JOCE* L 24, du 30 janvier 1998).

25 Par rapport au dernier registre mentionné, le Tribunal constitutionnel a considéré que l'obtention par une Commission électorale de zone d'un rapport pénal relatif à une personne, en dehors des procédures légalement prévues, lésait le droit à l'intimité personnelle (Sentence 144/1999/8, du 22 juillet, *BOE* du 26 août).

qui, par lui-même ou avec d'autres, traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement) et *procédé de dissociation* (tout traitement de données personnelles qui rend impossible leur association postérieure à une personne identifiée ou identifiable)²⁶.

Le Tribunal constitutionnel a récemment annulé quelques dispositions de la LO 15/1999, dont le texte avait déjà été contesté par rapport à la LO 5/1992²⁷.

Certaines des facultés comprises dans le droit à l'autodétermination informative servent à assurer une protection efficace contre l'enregistrement des données personnelles. En principe, le traitement automatisé des données à caractère personnel exige le consentement de la personne concernée²⁸, lequel peut être révoqué, pour l'avenir, pour une cause justifiée.

Quand il s'agit d'enregistrer des données personnelles, la personne doit être informée de la création du fichier automatisé, du but et des destinataires de l'information, ainsi que de l'identité et de l'adresse du responsable du fichier. Elle aura aussi le droit de connaître si il est ou non tenu de communiquer ses données personnelles, et des conséquences que son éventuel refus de fournir l'information sollicitée peut avoir (article 5 LOPDCP).

Certaines données reçoivent une protection spéciale, comme celles relatives à l'idéologie, à la religion et aux croyances (article 16.2 CE), lesquelles exigent de l'intéressé un consentement écrit, et celles relatives à l'origine raciale, à la santé et à la vie sexuelle, dont les fichiers ne peuvent être créés que par la loi, pour des raisons d'intérêt général ou moyennant le consentement exprès de la personne concernée (article 7). Récemment le Tribunal constitutionnel a déclaré que n'était pas couvert par l'intérêt général un fichier automatisé par lequel une banque avait pris note des congés maladie de ses employés – en incluant le rapport médical correspondant – afin de contrôler l'absentéisme, et que l'inscription de telles données exigeait l'autorisation préalable des employés visés²⁹.

26 V. articles 3 LOPDCP, 2 CPTADCP et 2 de la Directive 95/46/CE.

27 À côté de ce recours, le Conseil Exécutif du Gouvernement de la Catalogne, le Médiateur (Defensor del Pueblo), le Parlement de la Catalogne et cinquante-six députés du groupe parlementaire populaire avaient aussi attaqué la LORTAD. Même si le recours le plus intéressant pour cette étude est celui présenté par le Médiateur (v., notamment, CASCAJO CASTRO J. L., « Motivos de inconstitucionalidad de la LO 5/1992, de 29 octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ». Dans l'ouvrage collectif *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1997), la modification de la LO 5/1992 par celle, plus récente 15/1999, implique que le Tribunal constitutionnel ne se focalise que sur les questions de compétence contestées, en estimant, à ce propos, que l'Agence de Protection de Données constitue la dimension institutionnelle d'un aspect essentiel de la réglementation (Sentence 290/2000/14, du 30 novembre, BOE 4, du 4 janvier 2001). Le Médiateur a interjeté un nouveau recours en inconstitutionnalité contre la Loi organique 15/1999. Il juge incompatible avec le droit fondamental en question (a) la possibilité que des normes réglementaires permettent la cession de données à caractère personnel entre les administrations publiques (article 21.1), (b) la restriction de certaines facultés des personnes affectées (consultation, accès, rectification ou annulation) fondée sur les fonctions de contrôle et de vérification des administrations publiques, sur la poursuite des infractions administratives (article 24.1), sur des raisons d'intérêt public ou afin de protéger des intérêts de tiers (article 24.22). Le Tribunal constitutionnel a donné raison au Médiateur dans sa Sentence 292/2000/13 à 18, du 30 novembre (BOE 4, du 4 janvier 2001).

28 Article 6. Dans son deuxième alinéa, cet article prévoit une exception à la règle du consentement dans les cas où les données sont recueillies dans des sources accessibles au public, dans les cas où elles sont utilisées par les administrations publiques dans l'exercice de leurs fonctions et dans les cas où elles trouvent leur origine dans des relations d'affaire, de travail, administratives ou contractuelles.

29 Sentence 202/1999/4, du 8 novembre (BOE 300, du 16 décembre).

D'ailleurs, l'intéressé peut s'opposer au traitement automatisé des données à caractère personnel dont la collecte n'exige pas son consentement, sauf disposition législative contraire³⁰.

Les droits de consultation, d'accès, de rectification et d'annulation des données personnelles ont un intérêt particulier (articles 14-16 LOPDCP). Toute personne a le droit de connaître, par l'intermédiaire du Registre Général de Protection des Données, l'existence des fichiers automatisés des données à caractère personnel. En outre, toute personne concernée a le droit de solliciter et d'obtenir des informations sur ses données à caractère personnel incluses dans les fichiers automatisés, ainsi que de demander leur rectification ou leur annulation³¹. Le Tribunal constitutionnel a indiqué, plus précisément, que l'article 18.4 CE reconnaît au demandeur la faculté de solliciter des renseignements relatifs aux données personnelles accessibles à l'Administration de l'Etat³². En définitive, la liberté informatique contient le droit au contrôle sur le flux des données personnelles³³. Par conséquent, l'utilisation de fichiers automatisés à des fins différentes de celles qui avaient justifié leur création porte atteinte à la liberté informatique reconnue dans l'article 18.4 CE³⁴.

3 - Le droit au respect de l'intimité

Comme il a été dit plus haut, le bien juridique intimité est protégé à travers des droits divers. Quelques-uns garantissent son respect dans certains domaines, tels

-
- 30 Article 6.4 LOPDCP. V. aussi l'article 30.4 LOPDCP, concernant le traitement automatisé des données à caractère personnel à des fins de publicité et de prospection commerciale.
- 31 Il est clair que ces facultés se trouvent limitées quand elles mettent en péril les intérêts légitimes des tiers ou quand il existe des raisons d'intérêt public ou une obligation de conserver les données (articles 15.4 et 22.2 LORTAD). Le Tribunal Suprême a admis le fait que la Direction Générale de l'informatique Fiscale n'envoie pas les données personnelles de la personne affectée en invoquant la portée constitutionnelle de l'obligation de contribuer aux dépenses publiques (article 31 CE) et en faisant valoir le fait que de telles données étaient connues par l'intéressée, car elle-même les avait elle-même communiquées au Fisc (Sentence de la salle 3^e du 5 juin, FJ 3^e, RJ 1995/5097). On peut aussi citer, dans ce sens, la Sentence de la même salle du 3 mars, FJ 6^e, RJ 1995/2292, qui affirme que le droit d'information procédurale est plus strict que celui de publicité procédurale, car il restreint l'accès aux textes des décisions aux seuls intéressés, et non aux entreprises qui prétendent, d'une manière licite, confectionner une base informatique permettant de fournir aux organismes financiers des données à caractère économique qui affectent les parties intervenantes dans des procédures civiles.
- 32 Sentence TC 254/1993, du 20 juillet (BOE 197, du 18 août). L'intérêt de cette décision réside dans le fait que l'auteur du recours fondait sa demande sur la CPTADCP, déjà citée, car au moment des faits la LORTAD n'avait pas encore été adoptée. Le Tribunal constitutionnel ne profite pas de l'occasion pour indiquer si il est aussi compétent pour protéger les droits de l'homme proclamés dans les textes internationaux, car il juge que le droit d'accès aux données fait partie du contenu essentiel de la liberté informatique, même si, compte tenu de l'absence d'intervention législative dans le droit espagnol, le magistrat Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer récuse cette position dans son opinion dissidente.
- 33 Sentences TC 60/1998/4, du 16 mars et 11/1998/4, du 13 janvier (BOE 96, du 2 avril et 37, du 12 février, respectivement).
- 34 Sentences TC 104-106/1998, du 18 mai (BOE 146, du 19 juin) et, tout spécialement, 94/1998/6, du 4 mai (BOE 137, du 9 juin), auxquelles il est fait renvoi, même si cette idée avait déjà été avancée dans l'Ordonnance TC 642/1986/3, du 23 juillet. Bien que toutes ces décisions aient donné lieu à une opinion dissidente du magistrat Fernando García-Mon et González-Regueras, celui-ci ne conteste pas les affirmations réalisées dans ce travail. Cette interprétation permet d'intervenir en cas de violation des principes d'adéquation et de raison établis dans le deuxième alinéa du préambule de la LORTAD, dont on déduit que les données peuvent seulement être utilisées quand le but pour lequel elles ont été recueillies le justifie.

que l'inviolabilité du domicile ou le secret des communications. D'autres droits servent à garantir matériellement l'intimité, l'honneur et la protection de son image.

Pour cette raison et pour d'autres, ce chapitre a un caractère résiduel. On ne peut pas étudier ici les problèmes posés par le droit à l'autodétermination informative, analysés plus haut, pas plus que ceux générés par l'inviolabilité du domicile ou le secret des communications, que l'on traitera plus loin. Je ne vais pas non plus examiner ici quelques mises en œuvre concrètes du droit à l'intimité, telles que celles relatives au secret fiscal, bancaire ou médical, ou au secret dans les procédures judiciaires. Les questions citées sont aussi traitées dans d'autres parties de ce travail.

Au contraire, il faut exposer quelques réflexions sur l'objet et la portée du droit fondamental à l'intimité. Il faut également examiner la jurisprudence concernant quelques questions concrètes autres que celles qui vont être traitées dans d'autres développements de ce travail.

D'un point de vue général, le droit à l'intimité garantit « l'existence d'un domaine propre et réservé face à l'action et la connaissance d'autrui, nécessaire, dans notre culture, pour maintenir une qualité minimale de vie humaine »³⁵, et rattaché de préférence à la sphère strictement personnelle de la vie privée ou de l'intimité³⁶.

L'intimité, l'honneur et la propre image dont nous parle l'article 18.1 CE présentent une importante dimension culturelle³⁷, ce qui nous amène à reconnaître, d'une part, que nous nous trouvons devant des catégories, par définition, variables³⁸ et, d'autre part, qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quel est leur contenu concret³⁹. En tout cas, la portée de ces droits est proportionnellement inverse à la dimension publique tout autant du sujet qui les invoque que des faits concernés⁴⁰,

35 Sentences TC 209/1988/3, du 10 novembre (BOE 297, du 12 décembre) et 207/1996/3, du 16 décembre (BOE 19, du 22 janvier 1997), parmi beaucoup d'autres.

36 Sentences TC 142/1993, du 22 avril (BOE 127, du 28 mai) ; 143/1994, du 9 mai (BOE 140, du 13 juin) et 207/1996/3, du 16 décembre (BOE 19, du 22 janvier 1997).

37 V. Sentence TC 37/1989/7, du 15 février (BOE 52, du 2 mars).

38 C'est-à-dire changeantes d'un point de vue historique et social (Sentences TC 171/1990/4, du 12 novembre, BOE 287, du 30 novembre, à propos de l'intimité et de l'honneur, et 185/1989, du 13 novembre, BOE 290, du 4 décembre- et 170/1994/3, du 7 juin, BOE 163, du 9 juin, à propos de l'honneur). On peut illustrer cette affirmation en revenant sur l'accord adopté par la Salle générale du Tribunal Suprême selon lequel les toilettes publiques sont des endroits où se développent des activités qui touchent à l'intimité des personnes, ce qui invalide les enregistrements réalisés dans ces lieux, comme l'indique la Sentence du Tribunal Suprême -salle deuxième- du 7 juillet 1998 -FJ 6^e, RJ 1998/5830. Cette jurisprudence dépasse la distinction, reprise, par exemple, par la Sentence de cette même salle le 5 mai 1997 -FJ 2^e, RJ 1997/3628, entre les cabinets *stricto sensu* et les distributeurs ou toilettes publiques.

39 Sentences TC 110/1984/3, du 26 novembre, BOE 305, du 21 décembre et 232/1992/5, du 10 décembre, BOE 3, du 3 janvier 1993, relatifs, respectivement, à l'intimité et à l'honneur. On s'est quelques fois posé la question de savoir, par exemple, quelle est la portée des droits de l'article 18.1 CE en ce qui concerne la voie publique. En Espagne cette question a été résolue par la LO 4/1997, du 4 août, sur l'utilisation des caméras vidéo par les Forces et Corps de sécurité dans les lieux publics, BOE 186, du 5 août). Cette loi permet, sous certaines conditions et à travers un régime d'autorisation administrative, l'utilisation permanente d'installations fixes de caméras vidéo, ainsi que l'usage de caméras mobiles.

40 Sentences TC 171/1990/5, du 12 novembre, BOE 287, du 30 novembre- et 197/1991/2, du 17 octobre, BOE 274, du 15 novembre, sur l'intimité et l'honneur, et 117/1994/3, du 25 avril, BOE 129, du 31 mai- et 132/1995/6, du 11 septembre, BOE 246, du 14 octobre, à propos de la propre image. Dans ces cas, normalement, les libertés d'expression et d'information prévalent, car elles garantissent à leur tour la liberté d'opinion, qui est une institution rattachée au pluralisme politique et à l'Etat démocratique (Sentence TC 107/1988/2, du 8 juin, BOE 152, du 25 juin, parmi beaucoup d'autres), notamment quand la personne affectée exerce des fonctions publiques (Sentence TC 11/2000, du 17 janvier, BOE du 18 février).

et la violation du droit fondamental doit être déterminée matériellement dans chaque cas. Il s'agit, en outre, de droits *erga omnes*⁴¹, et qui ont été concrétisés par la LO 1/1982, du 5 mai, relative à la protection civile du droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image⁴² et par le code pénal en vigueur⁴³.

Quoique l'article 2.2 de la première loi ci-dessus citée dispose que les mesures expressément prévues par les lois ne constituent pas des intrusions illégitimes, il est évident que la délimitation législative de ce droit, comme celle des autres droits, peut être révisée et, éventuellement, annulée par le Tribunal constitutionnel⁴⁴. Les mesures consenties par le titulaire du droit ne sont pas non plus considérées comme des intrusions illégitimes⁴⁵. Même si la loi renvoie aux lois et aux usages sociaux pour délimiter la protection civile de l'honneur, de l'intimité et de la propre image (article 2.1), d'autres dispositions donnent des exemples de mesures considérées comme des intrusions illégitimes, et de mesures qui, en général⁴⁶, ne le sont pas (articles 7 et 8⁴⁷). Le Code Pénal traite également du dévoilement et de la révélation de secrets dans le cadre du titre consacré aux délits contre l'intimité, contre le droit à sa propre image et contre l'inviolabilité du domicile, en établissant une série de délits susceptibles d'être poursuivis à la demande d'une partie –sauf quand ils portent atteinte à l'intérêt général ou à une pluralité de personnes– pour lesquels est admis le pardon de la victime⁴⁸. C'est aussi

41 Sentence TC 170/1987/4, du 30 octobre (BOE 279, du 21 novembre).

42 BOE 115, du 14 mai 1982.

43 Adopté par la LO 10/1995, du 23 novembre. (BOE 281, du 24 novembre).

44 La Sentence TC 9/1990, du 18 janvier (BOE 40, du 15 février), dans laquelle un sous-alinéa ajouté à la LO 1/1982 par la LO 3/1985 postérieure a été annulé, permet d'illustrer cette affirmation. Le Tribunal y estimait que ce sous-alinéa, qui indiquait qu'une fois entamée une procédure civile en application de la présente loi, « celle-ci ne pourra être dirigée contre un député ou contre un sénateur sans autorisation préalable du Congrès des députés ou du Sénat », était contraire au droit à la protection judiciaire effective (article 24 CE).

45 Le consentement des mineurs et des incapables devra être donné par eux-mêmes si leur degré de maturité le permet, ou par leurs représentants légaux. À propos de la révocation, *v. infra*, paragraphe 3.

46 L'italique reproduit la lettre de la loi et laisse penser que les ingérences dans l'intimité, dans l'honneur et dans la propre image, dont traite le dernier alinéa du texte cité peuvent constituer, en certaines occasions, des intrusions illégitimes au sens de l'article 7.

47 Parmi les premières, on trouve l'installation ou l'utilisation de tout type d'appareils d'écoute ou de dispositifs optiques qui permettent d'accéder à la vie privée des personnes, ainsi que la divulgation de faits privés ou la révélation de ce type de données qui ont été connues par le biais d'activités professionnelles ou officielles. Sont aussi considérés comme des intrusions illégitimes le captage, la reproduction ou la publication de l'image d'une personne à n'importe quel endroit, l'utilisation du nom ou de la voix à des fins publicitaires ou commerciales et, enfin, l'imputation de faits ou la manifestation de jugements de valeur par l'intermédiaire d'actions ou d'expressions qui portent atteinte d'une façon ou d'une autre à la dignité d'autrui, en discréditant sa renommée ou en portant atteinte à sa propre estime. Cette dernière intrusion, prévue par l'article 7.7 LO 1/1982, doit sa rédaction à la LO 10/1995, du 23 novembre, du Code Pénal. La rédaction antérieure faisait référence à la divulgation d'expressions ou de faits relatifs à une personne lorsque ces derniers la diffament ou la discréditent dans la considération d'autrui. Sont, en principe, présumés légitimes le captage, la reproduction ou la publication, ainsi que la caricature, de l'image des personnes qui exercent une fonction publique ou une profession ayant une notoriété ou une projection publique (à l'exception, bien sûr, des autorités ou des personnes qui ont besoin d'un certain anonymat pour remplir correctement leurs fonctions), ainsi que l'information graphique relative à un fait ou à un événement public quand l'image d'une personne déterminée est simplement accessoire.

48 L'appropriation et/ou la diffusion de papiers personnels (au sens large, y compris les documents et les messages issus de courrier électronique) ou d'enregistrements de l'image ou de la voix, ainsi que l'appropriation et/ou la diffusion de données personnelles ou familiales, consignées dans un support informatique, sont aussi condamnés dans différents articles du Code Pénal, de même que

le cas des délits de calomnie et d'injure, prévus dans le titre XI du Code Pénal, ainsi que des délits contre l'honneur⁴⁹.

La double protection, civile et pénale, des droits de l'article 18.1 CE poursuit des objectifs différents, comme le Tribunal constitutionnel l'a indiqué au sujet de l'honneur : tandis que l'action civile vise à obtenir une réparation monétaire, le procès pénal sert à déterminer si l'ingérence peut constituer un délit⁵⁰. L'article 1.2 LO 1/1982 affirme, à présent⁵¹, que le caractère délictueux de l'intromission ne s'oppose pas à ce que le particulier utilise la voie civile, prévue par l'article 9 de cette LO.

Mais les droits à l'intimité et à la protection de son image présentent aussi quelques particularités par rapport au droit à l'honneur. En ce qui concerne leurs titulaires, tandis que les personnes physiques sont les seules à pouvoir invoquer les droits à l'intimité (Ordonnance TC 257/1985/2, du 17 avril)⁵² et à la propre image⁵³, le droit à l'honneur bénéficie aussi aux personnes juridiques⁵⁴. D'ailleurs,

le dévoilement, la révélation et/ou la cession de données réservées relatives à des personnes juridiques.

- 49 La calomnie sanctionne l'imputation d'un délit, réalisée malgré la connaissance de sa fausseté ou avec un mépris téméraire de la vérité. L'injure vise l'action ou l'expression qui porte gravement atteinte – du fait qu'elle est réalisée en connaissant la fausseté des faits narrés ou avec un mépris téméraire de la véracité – à la dignité d'autrui, en discréditant sa renommée ou en portant atteinte à sa propre estime. Il convient de se référer à la Sentence TC 21/2000/2 et s., du 31 janvier (BOE du 3 mars), dans laquelle le Tribunal constitutionnel refuse de réviser une résolution judiciaire définitive et absolutoire au motif que le juge d'instance n'avait pas retenu, à son tour, l'atteinte à l'honneur des affectés. Sur les relations entre la lésion constitutionnelle et le procès pénal, voyez l'opinion dissidente sous cette décision du magistrat Tomás S. Vives Antón.
- 50 Sentence TC 297/1994/5, du 14 novembre (BOE 298, du 14 décembre, ce qui implique que le juge civil dispose d'un plus grand éventail de possibilités que le juge pénal (idem).
- 51 Le contenu de l'article résulte de la LO 10/1995, du 23 novembre (BOE 281, du 24 novembre), d'adoption du Code Pénal, mais il avait déjà été avancé par la Sentence TC 241/1991/4, du 16 décembre (BOE 13, du 15 janvier 1992) qui avait nuancé la préférence de la voie pénale sur la voie civile, imposée dans la version originale de l'article 1.2 LO 1/1982.
- 52 Y sont inclus les étrangers (Sentence TC 107/1984/3, du 23 novembre, BOE 305, du 21 décembre) et les mineurs (article 4 LO 1/1996, du 15 janvier, de Protection Juridique du Mineur, BOE 15, du 17 janvier). Dans l'hypothèse où le sujet affecté est décédé, le Tribunal constitutionnel a choisi de relier l'intimité familiale ou l'honneur familial invoqués à l'intimité et à l'honneur personnel (Sentences 231/1988/4, du 2 décembre, BOE 307, du 23 décembre, 115/3000/5, du 10 mai, BOE du 7 juin et 190/1996/2, du 25 novembre, BOE 3, du 3 janvier 1997). Tandis que dans certains cas le Tribunal constitutionnel a admis que les parents invoquent le droit à l'honneur du mineur, sans s'interroger sur l'éventuelle existence de l'honneur familial (Sentence 197/1991/3, du 17 octobre, BOE 274, du 15 novembre), dans d'autres cas, il s'est posé la question de savoir si l'interdiction imposée à une personne incarcérée de parler en basque porte atteinte ou non à son intimité familiale (Sentence 201/1997/7, du 25 novembre, BOE 312, du 30 décembre). Le magistrat Vicente Gimeno Sendra a soutenu (dans l'opinion dissidente qui accompagne la Sentence TC 184/190, du 15 novembre, BOE 389, du 3 décembre) que la protection de l'intimité familiale protège toute union juridique – contrat de mariage – ou naturelle, en s'appuyant sur les arrêts de la CEDH du 13 juin 1979 (aff. *Marckx*) et du 18 décembre 1986 (aff. *Johnston*).
- 53 V. les Sentences TC 231/1988/6, du 2 décembre (BOE 307, du 23 décembre) et 117/1994, du 25 avril (BOE 129, du 31 mai).
- 54 La jurisprudence relative aux titulaires du droit à l'honneur a connu une importante évolution. Bien que ce droit ait été traditionnellement rattaché, du fait de son évidente imbrication avec la dignité (article 10.1 CE et Sentences TC 20/1990/4, du 15 février, BOE 52, du 1^{er} mars, et 78/1995/2, du 22 mai, BOE 147, du 21 juin aux personnes en tant qu'individus (Sentences TC 107/1988/2, du 8 juin, BOE 152, du 25 juin et 51/1989/2, du 22 février, BOE 52, du 14 mars entre autres), le Tribunal constitutionnel a admis la qualité pour agir d'un membre d'un groupe ethnique ou social concret, quand l'offense – raciste ou xénophobe – se dirige contre toute cette collectivité (Sentence 214/1991/3, du 11 novembre, BOE 301, du 17 décembre). V aussi la Sentence TC 176/1995, du 11 décembre (BOE 11, du 12 janvier 1996) et a attribué, assez

même si l'intimité « ne comprend pas en principe les faits concernant les relations sociales et professionnelles dans lesquelles l'activité de travail a lieu » (Ordonnance du TC 30/1998/2, du 28 janvier), l'honneur, lui, englobe le prestige professionnel⁵⁵.

Une fois examinés les profils généraux du droit à l'intimité, consacré par l'article 18.1 CE, on va, par la suite, examiner l'exégèse partielle de la jurisprudence intervenue, surtout en ce qui concerne les limites du droit (mises en relief dans des hypothèses telles que la liberté sexuelle et la défense devant les bruits, les odeurs et la fumée pénétrants et désagréables), en analysant le droit à l'intimité corporelle et la légitimité des preuves tendant à déterminer l'identité du géniteur.

Précédemment il a été indiqué que l'article 18 CE ne protège pas la vie privée mais l'intimité. Cette affirmation se voit confirmée par la jurisprudence constitutionnelle à propos de l'article 18.1 CE. D'une part, ni la liberté sexuelle, comprise dans un sens large, ni l'avortement ne relèvent de la notion d'intimité constitutionnellement garantie⁵⁶. D'autre part, l'intromission provoquée par l'entrée d'odeurs et de fumées pénétrantes et désagréables, qui porte atteinte au droit à la vie privée de l'article 8 CEDH, ne lèse ni le droit à l'intimité ni le droit à l'inviolabilité du domicile⁵⁷. Ces deux facultés sont davantage liées au droit d'autodétermination qu'au fondement libéral de la notion d'intimité qui est celle retenue en Espagne.

Le droit à l'intimité garantit l'intimité corporelle, ce qui n'exclut que certaines intromissions sur notre corps, et ne comprend pas un droit d'autodétermination corporelle. Cependant, étant donné que l'intimité corporelle ne constitue pas, malgré son nom, « une entité physique, mais culturelle déterminée, par conséquent, du fait du critère dominant dans notre culture en matière de pudeur corporelle, [...] on ne peut considérer comme des intromissions forcées dans l'intimité les agissements qui, compte tenu des parties du corps humain sur lesquelles ils s'opèrent⁵⁸, ou des instruments par lesquels ils se réalisent⁵⁹, ne

récemment, ce droit aux personnes juridiques (dans les Sentences 139/1995/4, du 26 septembre, *BOE* 246, du 14 octobre et 183/1995/2, du 11 décembre, *BOE* 11, du 12 janvier 1996).

55 Sentences TC 232/1992/5, du 14 décembre (*BOE* 17, du 20 janvier 1993) et 282/2000/3, du 27 novembre (*BOE* du 4 janvier 2001) qui vont au-delà, sur ce point, de ce qui avait été affirmé précédemment par la Sentence TC 40/1992/3, du 30 mars (*BOE* 109, du 6 mai).

56 Car « l'intimité est un domaine ou un réduit dans lequel il est interdit aux autres de pénétrer et qui n'a pas par lui-même une relation directe avec la liberté de se mettre en rapport avec d'autres personnes ou avec le droit d'avoir des amis » (Sentence TC 73/1982/5, du 2 décembre (*BOE* 312, du 29 décembre). Le magistrat Francisco Rubio Llorente critique le manque de liaison entre l'avortement et l'intimité dans l'opinion dissidente qui accompagne la Sentence TC 53/1985, du 11 avril (*BOE* 119, du 18 mai).

57 La restriction des bruits se justifie normalement par des motifs de tranquillité publique (Sentence du Tribunal Suprême -Salle 3^e- du 10 juillet 1991 -FJ 6^e, *RJ* 1991\5354. Il est fait allusion à l'intimité dans la Sentence de la même Salle du 14 mai 1992 -*RJ* 1992\4312). D'autre part, l'Ordonnance TC du 26 février 1990 a débouté la demande destinée à faire reconnaître que l'entrée de fumées et d'odeurs pénétrantes et désagréables portait atteinte au droit à l'inviolabilité du domicile, même si, plus tard, la Cour de Strasbourg a fait droit à cette demande (Arrêt CEDH *López Ostra*, du 9 décembre 1994).

58 Telles que la zone de la poitrine, dans une fouille policière (Sentence du Tribunal Suprême -Salle 2^e- du 29 septembre 1997 -FJ 1^e, *RJ* 1997\1997. V. en ce qui concerne la pratique de la fouille, les Sentences de cette même Salle du 15 janvier 1993 -FJ 2^e, *RJ* 1993\120- et du 27 septembre 1996 -FJ 33, *RJ* 1996\6761), et l'opération qui consiste à faire expulser de l'air pour contrôler le niveau d'alcool dans le sang (Sentence du Tribunal constitutionnel 234/1997/9, du 18 décembre, *BOE* 18, du 21 janvier 1998). En revanche, il est évident que les examens gynécologiques affectent l'intimité garantie au niveau constitutionnel (Sentence TC 37/1989/7, du 15 février, *BOE* 52, du 2 mars).

59 Ainsi, par exemple, ne viole pas l'article 18 la réalisation de radiographies (Sentence TS -Salle 2^e- du 18 janvier 1993 -FJ 2^e, *RJ* 1993\123) ou l'extraction de quelques gouttes de sang (Sentence

constituent pas, selon un critère valide, une violation de la pudeur ou de l'honnêteté de la personne »⁶⁰; il en résulte une relative « immunité face à toute recherche ou perquisition sur le corps s'imposant contre la volonté de la personne »⁶¹, qui ne s'applique pas cependant à d'autres mesures poursuivant des objectifs différents, telle que l'alimentation par la contrainte de personnes incarcérées en grève de la faim⁶².

Concernant l'intimité corporelle, il est aussi utile de faire référence à une jurisprudence relative à des enregistrements et des fouilles corporelles. Le Tribunal Suprême a indiqué, de façon constante, que « les bagages des voyageurs – des valises, des sacs, des sacs à dos, etc. – ne peuvent pas être assimilés aux communications postales, selon le critère posé par cette salle dans sa Sentence du 28 décembre 1994 [RJ 1994\10378], à l'effet de les protéger face aux ingérences des agents d'autorité et, bien que sans doute à l'intérieur des bagages on puisse trouver des effets appartenant au domaine de la plus stricte intimité personnelle, leur ouverture et leur fouille par ces agents dans certains lieux et occasions sont justifiées par le devoir incombant aux membres des forces et corps de sécurité – article 11.1, f) et g) LO 2/1986, du 13 mars [qui réglemente les Forces et Corps de Sécurité de l'Etat, les polices des Communautés Autonomes et les Polices Locales (BOE 63, du 14 mars)] de « prévenir la commission des actes délictueux » et « d'enquêter sur les délits pour découvrir et pour arrêter les présumés coupables »⁶³.

On se demande aussi si l'accès indifférencié de la presse au registre des naissances peut porter atteinte au droit à l'intimité. La Direction Générale des Registres et du Notariat a adopté des mesures afin d'empêcher cet accès, par sa décision du 5 mars 1994. Dans cette décision, la DGRN admet l'accès quotidien des médias aux livres des décès, mais non à celui des naissances. Le Registre Civil élabore une simple note informative dans laquelle sont indiquées les données sur les naissances inscrites chaque jour, mais sans aucune mention relative à la filiation (FJ 8^e).

Mais, comme il a déjà été indiqué, le droit à l'intimité est, comme tout autre droit, limité⁶⁴. Les limites qui lui sont opposables dérivent, fondamentalement, des devoirs découlant de certaines relations juridiques, volontairement assumées (civiles – mariage⁶⁵, etc.. –, commerciales – données bancaires⁶⁶ – ou professionnelles –

TC 103/1985/3, du 4 octobre, BOE 265, du 5 novembre et Ordonnance TC 221/1990/3, du 31 mai).

60 Sentences TC 37/1989/7, du 15 février, BOE 52, du 2 mars- et 207/1996/3, du 16 décembre, BOE 19, du 22 janvier 1997, entre autres. Le Tribunal constitutionnel a signalé que dans les « interventions corporelles [...] qui consistent à extraire du corps certains éléments externes ou internes afin de les soumettre à un rapport d'expertise (analyse de sang, d'urine, de cheveux, d'ongles, biopsies, etc.) ou à les exposer à des radiations (rayons X, T.A.C., résonances magnétiques, etc.), [...] le droit qui se verra en règle générale affecté est le droit à l'intégrité physique (art. 15 C.E.), du fait qu'elles impliquent une lésion ou un préjudice pour le corps, ne serait-ce que dans son apparence externe » (Sentence TC 207/1996/2, du 16 décembre, BOE 19, du 22 janvier 1997).

61 Sentence TC 37/1989/4, du 15 février (BOE 52, du 2 mars).

62 Sentences TC 120/1990/12, du 27 juin (BOE 181, du 30 juillet) et 137/1990/10, du 19 juillet (BOE 181, du 30 juillet).

63 Sentence TS -Salle 2^e- du 12 novembre 1998 -FJ 2^e, RJ 1998\9421. Il est aussi indiqué, qu'en l'espèce, la conduite de la police est proportionnée, « étant donné la gravité et la transcendance du fait sujet à enquête ». Voir aussi, entre autres, la Sentence de cette même salle du 6 avril 1998 -FJ 2^e, RJ 1998\3287.

64 Sentence TC 110/1984/5, du 26 novembre (BOE 305, du 21 décembre) et Ordonnances TC 257/1985/2, du 17 avril et 642/1986/3, du 23 juillet.

65 La prise en compte de l'adultère du conjoint, dans le cas d'une séparation matrimoniale, est censée ne pas violer l'article 18 CE (Sentence TC 73/1982/5, du 2 décembre, BOE 312, du 29 décembre), à la différence de la sanction disciplinaire infligée à un militaire pour avoir consenti

contrat de travail⁶⁷ → ou non⁶⁸, et de la prééminence, toujours relative, d'autres biens constitutionnels en conflit. C'est le cas, par exemple, ainsi que nous l'avons indiqué, des procédures civiles de filiation, mais aussi de certaines procédures pénales⁶⁹ et disciplinaires et, en général, de certaines relations de sujétion spéciale (notamment⁷⁰ en ce qui concerne les personnes incarcérées⁷¹ et les militaires).

- l'adultère de son conjoint (Sentence TC 151/1997/5, du 29 septembre, *BOE* 260, du 30 octobre), si une telle mesure n'est pas nécessaire ou si elle n'est pas justifiée de manière adéquate.
- 66 Voir *infra* les développements consacrés au secret bancaire, fiscal et médical.
- 67 Les divergences sur les dates à partir desquelles un travailleur prendra ses vacances ne mettent pas en cause le droit à l'intimité (Ordonnance TC 189/1987/2, du 18 février). D'autre part, l'article 18 du Décret Royal Législatif 1/1995, du 24 mars, qui porte adoption du texte refondu de la Loi établissant le Statut des travailleurs (*BOE* 75, du 29 mars), prévoit la réalisation éventuelle de fouilles sur la personne du travailleur et dans ses casiers et effets personnels, afin de protéger le patrimoine de l'entreprise et celui des autres travailleurs de l'entreprise. On peut consulter à ce sujet la Sentence TC 272/1994/2, du 17 octobre (*BOE* 279, du 22 novembre).
- 68 Les fouilles réalisées par les gardes assermentés d'un hôpital dans les bagages d'un patient ne portent pas atteinte au droit à l'intimité, compte tenu du fait qu'elles ont pour but d'éviter, d'une part, la présentation de réclamations abusives par les patients et, d'autre part, l'introduction dans l'établissement d'objets pouvant entraîner un danger pour la sécurité (Ordonnance TC 201/1994/2, du 9 juin).
- 69 Les Sentences TC 37/1989, du 15 février (*BOE* 52, du 2 mars- et 207/1996/3, du 16 décembre (*BOE* 19, du 22 janvier 1997) ont une importance particulière. La première décision examine la possible violation du droit à l'intimité qui aurait pour origine la décision par laquelle un juge impose à une accusée de se soumettre à un examen gynécologique, violation qui, selon le Tribunal constitutionnel, s'est produite puisque font défaut la pondération et la justification nécessaires (Sentence TC 37/1989/8, du 15 février, *BOE* 52, du 2 mars). La deuxième décision examine la légitimité constitutionnelle d'un acte de procédure judiciaire qui impose l'extraction de cheveux, de la tête et des aisselles, d'un accusé par un médecin légiste. Bien que l'intimité ne soit pas en cause, pas davantage que la zone du corps affectée (Sentence TC 207/1996/3, du 16 décembre, *BOE* 19, du 22 janvier 1997), ou même la manière dont la mesure a été mise en pratique, il se produit une violation du droit fondamental à l'intimité du fait du défaut de couverture légale de la mesure adoptée, de son caractère superflu et de sa disproportion, tout autant temporelle que matérielle, par rapport aux résultats escomptés (Sentence TC 207/1996/3, du 16 décembre, *BOE* 19, du 22 janvier 1997).
- 70 Comme c'est, par exemple, aussi le cas des contribuables (Sentence TC 76/1990, du 26 avril, *BOE* 129, du 30 mai).
- 71 Il est clair que ceux qui souffrent d'une privation de la liberté supportent une réduction de leur intimité, « car de nombreuses actions qui sont considérées normalement comme privées et intimes sont exposées au public et même soumises à autorisation » (Sentence TC 89/1987/2, du 3 juin, *BOE* 151, du 25 juin) et qu'ils sont quelquefois obligés de partager leur cellule avec d'autres prisonniers (Sentence TC 195/1995/3, du 28 novembre, *BOE* 21, du 24 janvier 1996). Cependant, cette affirmation ne permet pas d'exclure que l'intimité, garantie au niveau constitutionnel, puisse être violée par des mesures qui la « réduisent au-delà de ce que la vie en prison exige » (Sentence TC 89/1987/2, du 3 juin, *BOE* 151, du 25 juin). C'est précisément le cas quand un fonctionnaire de prison oblige une personne incarcérée, qui vient d'avoir une relation intime, à se déshabiller totalement et à faire des flexions devant lui d'une manière répétée (Sentence TC 57/1994/4, du 28 février, *BOE* 71, du 24 mars). La violation du droit à l'intimité peut se produire pour une double cause. D'une part, parce que malgré l'existence d'exigences publiques justifiant la mesure (Sentence TC 57/1994/5, du 28 février, *BOE* 71, du 24 mars) concrètement, veiller au respect de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement, (Sentence TC 57/1994/6), il faut justifier de la nécessité d'adopter la dite mesure en utilisant les arguments pertinents, ce qui n'était pas le cas dans l'exemple cité (Sentence TC 57/1994/6, du 28 février, *BOE* 71, du 24 mars). D'autre part, l'intromission est illégitime à cause des moyens utilisés, ceux-ci s'appuyant sur la nudité d'un corps en mouvement et dans une situation inhabituelle d'infériorité – réalisation de flexions – (Sentence TC 57/1994/7, du 28 février, *BOE* 71, du 24 mars), au lieu de se servir des moyens mécaniques opportuns -détecteur de métaux et appareil de rayons X, dont l'utilisation a été de nouveau autorisée par la Sentence TC 35/1996, du 11 mars, *BOE* 93, du 17 avril). Cette dernière idée permet à elle seule de comprendre la décision du Tribunal constitutionnel d'annuler la sanction imposée à un prisonnier, à la suite de son refus de se déshabiller complètement devant un ensemble de fonctionnaires de prison, bien

Toute restriction des droits de l'article 18.1 CE doit être adoptée moyennant une décision judiciaire, motivée et proportionnée, et fondée sur une prévision légale (Sentence TC 37/1989/7).

4 - Le droit au respect des communications

L'article 18.3 CE garantit, comme d'autres textes de l'histoire constitutionnelle espagnole, le secret des communications, tout spécialement, mais pas uniquement, puisqu'il vise également les communications « postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf décision judiciaire ». Quoique l'article 18.3 CE comprenne aussi, implicitement, le droit d'établir ou d'initier le processus communicatif⁷², c'est la garantie du secret qui constitue la question la plus intéressante d'un point de vue théorique et pratique. Le secret s'étend non seulement au contenu de la communication (que l'on présume toujours secret), mais aussi à d'autres éléments du processus communicatif tels que les numéros de téléphone composés ou l'identité des interlocuteurs⁷³. L'interception du message, même sans connaissance de sa teneur, et la connaissance illicite du contenu de la communication sont aussi illégitimes⁷⁴. Enfin, il est clair que le droit peut être invoqué face aux tiers – publics ou privés –, mais pas face aux propres interlocuteurs⁷⁵.

Le secret des communications protège toute sorte de procédé communicatif réalisé par l'intermédiaire d'un moyen technique, bien qu'il n'y ait pas encore de jurisprudence par rapport à tous ces procédés⁷⁶. En ce qui concerne le secret de la

qu'il indique aussi que la mesure n'était pas justifiée. En ce qui concerne l'isolement d'un prisonnier en tant que sanction, on peut consulter la Sentence TC 60/1997, du 18 mars (BOE 92, du 17 avril); pour ce qui est de l'alimentation forcée de prisonniers en grève de la faim, les Sentences TC 120/1990, du 27 juin (BOE 181, du 30 juillet) et 137/1990, du 19 juillet (BOE 181, du 30 juillet); à propos des fouilles sur les internes, dans leurs possessions et dans les locaux qu'ils occupent, v. la Sentence TC 35/1996/2, du 11 mars (BOE 93, du 17 avril).

72 Sentences TC 34/1996/4, du 11 mars (BOE 93, du 17 avril) et 114/1984/4, du 29 novembre (BOE 305, du 21 décembre).

73 Sentences TC 114/1984/7, du 29 novembre (BOE 305, du 21 décembre) et, à propos de l'identité des interlocuteurs, 34/1996/4, du 11 mars (BOE 93, du 17 avril) entre autres. De ce point de vue est choquante la Sentence du Tribunal Suprême -Salle 2^e- du 22 mars 1999 -FJ 2^e, RJ 1999\2947, dans laquelle il est dit que l'obtention de la liste des appels effectués à partir d'un téléphone concret ne nuit pas au secret des communications.

74 V., concernant l'interception, les Sentences TC 114/1984/7, du 29 novembre (BOE 305, du 21 décembre) et CEDH *Malone*, du 2 août 1984. La connaissance illicite du contenu de la communication peut être réalisée en ouvrant la correspondance gardée par son destinataire (Sentence TC 114/1984/7, du 29 novembre, BOE 305, du 21 décembre) ou en dérochant des fax (Ordonnance TC 30/1998/2, du 28 janvier). Toutes ces conduites sont condamnées quand elles sont l'œuvre de particuliers (article 197.1 LO 10/1995, du 23 novembre, BOE 281, du 24 novembre et 54, du 2 mars 1996, portant adoption du Code Pénal), et de fonctionnaires (v. articles 197.2 – si n'est pas prévue la qualification de délit- et 536 – quand, en concurrence de celle-ci, les garanties prévues au niveau constitutionnel et légal n'ont pas été respectées, LO 10/1995).

75 Sentences TC 127/1996/4, du 9 juillet (BOE 194, du 12 août) et 114/1984/7, du 29 novembre (BOE 305, du 21 décembre). Une hypothèse de fait très curieuse est à l'origine de la Sentence du Tribunal Suprême -salle 2^e- du 20 décembre -FJ 1^e, RJ 1996\9038 : la police avait reçu un appel sur le téléphone mobile d'une personne décédée et, en cachant son identité, avait simulé à plusieurs reprises être une personne connue du mort. Le Tribunal Suprême considère que dans ces communications est intervenu un tiers étranger à l'émetteur et au récepteur, un tiers qui répète et prolonge cette interférence en marge de tout contrôle judiciaire, ce qui porte atteinte au droit reconnu à l'article 18.3 CE.

76 Sentence TS -salle 2^e- du 22 avril (RJ 1998\3811), qui examine la légitimité constitutionnelle des interventions téléphoniques réalisées sur des terminaux mobiles et Sentence TC 34/1996/5, du 11 mars (BOE 93, du 17 avril), qui confirme que le délit d'interception des communications

correspondance, la jurisprudence a dû examiner si l'article s'appliquait aussi aux colis postaux. Le Tribunal Suprême a estimé, à partir de 1995, que les colis postaux sont protégés par l'article 18.3 CE, car une autre solution porterait atteinte au principe de sécurité juridique et consacrerait une différence, en réalité plus quantitative que qualitative⁷⁷. D'ailleurs, l'article 3.1 de la Loi 24/1998 (BOE 167, du 14 juillet) affirme que « dans la prestation des services postaux, les opérateurs devront garantir le secret des communications »⁷⁸. En tout cas, le Tribunal Suprême avait déjà examiné le respect de l'article 18.3 par les compagnies privées de messagerie⁷⁹.

Concernant le secteur des télécommunications, récemment libéralisé, l'article 49 de la Loi 11/1998 prévoit que « les opérateurs gérant des services de télécommunications destinés au public ou exploitant des réseaux de télécommunications accessibles au public devront garantir le secret des communications, conformément aux articles 18.3 et 55.2 CE et à l'article 579 de la loi relative à la Procédure Pénale »⁸⁰.

(lequel interdit aussi, par ailleurs, l'appropriation de messages de courrier électronique) est applicable quand il s'agit de téléphones sans fil.

77 Sentence du Tribunal Suprême -salle 2^e- du 9 mai -FJ 3.3^e, RJ 1995\3621, qui dépasse la vision soutenue par la Sentence de cette même Salle du 10 mars -FJ 2^e, RJ 1989\2601, laquelle se limitait à réserver le même traitement à l'envoi de colis postaux et au transport de marchandises. Ce revirement jurisprudentiel trouve son origine immédiate dans une assemblée générale de la Salle Pénale du Tribunal Suprême ayant eu lieu en 1995 et dans laquelle, après plusieurs sentences contradictoires, il avait été décidé de considérer les colis postaux comme des moyens de communication au sens constitutionnel du terme, ce qui implique que leur saisie et leur fouille éventuelles relèvent de la protection judiciaire, sauf dispositions contraires de la réglementation douanière et postale concernant les objets ouverts ou arborant l'étiquette verte (Sentence TS -salle 2^e- du 3 juin -FJ 3^e, RJ 1995\4533, entre autres) ou celles d'autre réglementation « du même concept et qualité » (Sentence TS -salle 2^e- du 2 janvier -FJ 1^e, RJ 1997\180). La Sentence TS -salle 2^e- du 26 mars -FJ 1^e, RJ 1997\1954- impose, en outre, que l'ouverture du paquet se réalise en présence de l'intéressé. À propos de l'étiquette verte, v. la Convention relative aux Paquets Postaux, du 14 décembre 1989, signée et ratifiée par le gouvernement espagnol et publiée dans le BOE du 30 septembre 1992. Les colis, dont le contenu est décrit à l'extérieur (Sentence TS -salle 2^e- du 18 juin 1997 -FJ 2^e, RJ 1997\5158), et les coffres et valises (Sentence de la même Salle du 28 décembre 1994 -FJ 2b, RJ 1994\10378) ne sont pas non plus protégés au niveau constitutionnel. Il est possible de tenir compte d'autres facteurs concernant les colis postaux, comme leurs grandes dimensions (Sentence TS -Salle 2^e- du 23 mars 1995 -FJ 3^e, RJ 1995\2323) ou leur poids (370 kilos., dans la Sentence de la même Salle du 20 octobre 1997 -FJ 1^e, RJ 1997\7672), ou leur forme – des bidons – (Sentences de la même salle du 26 mars -FJ 1^e, RJ 1997\1954- et du 5 février 1997 -FJ 1^e, RJ 1997\697), pour exclure que ceux-ci puissent être considérés comme des communications au sens constitutionnel du terme.

78 L'alinéa suivant indique que « les opérateurs gérant des services postaux ne pourront fournir aucune information relative à l'existence de l'envoi postal, à son type, à ses circonstances extérieures, à l'identité de l'expéditeur et du destinataire, ni à leur adresse » ; l'article 3.2 dispose « que seront, le cas échéant, applicables les prévisions de la LO 5/1992, du 29 octobre (BOE 262, du 31 octobre), qui réglementent le traitement automatisé des données à caractère personnel », et, enfin, l'article 9.3 fait figurer, parmi les conditions essentielles relatives à la prestation du service postal, le respect du droit à l'inviolabilité de la correspondance et l'obligation de protection des données, conformément à l'article 18.3 de la Constitution espagnole. La loi du 13 juillet, portant sur la régulation du service postal universel et sur la libéralisation des services postaux (BOE 167, du 14 juillet), transpose en droit espagnol la Directive communautaire 97/67/CE, relative aux Normes Communes pour le Développement du Marché Intérieur des Services Postaux dans la Communauté et pour l'Amélioration de la Qualité du Service, qui est étonnamment silencieuse quant aux droits de l'homme (ex article 8 CEDH) et aux droits des consommateurs et des usagers.

79 Sentence TS -salle 2^e- du 22 décembre 1995 -FJ 3^e, RJ 1995\9444. V. aussi les Sentences de cette même Salle du 20 octobre 1997 -FJ 1^e, RJ 1997\7672- et du 14 novembre 1996 -FJ 5^e, RJ 1996\8204, entre autres.

80 Loi Générale des Télécommunications du 24 avril (BOE 99, du 25 avril et rectifications dans le BOE 162, du 8 juillet). V. aussi son article 3.f, le titre V et la disposition transitoire sixième du

Récemment, le régime constitutionnel du secret des communications dans les centres de réclusion a généré une jurisprudence constitutionnelle abondante⁸¹. Avant tout, il faut distinguer les communications génériques et celles qui sont spécifiques. Les premières concernent la famille et les amis, et peuvent être interceptées ou suspendues temporairement par le directeur de l'établissement pour des raisons de sécurité, d'intérêt du traitement ou du bon ordre de l'établissement, moyennant décision motivée⁸². L'accord d'interception des communications doit être notifié à l'interné et communiqué au juge compétent, qui exerce un vrai contrôle judiciaire sur celui-ci⁸³. Les communications spécifiques sont celles que le prisonnier maintient avec l'avocat chargé de sa défense et/ou avec l'avoué (orales ou écrites) ; celles-ci ne peuvent être limitées que par décision judiciaire dans les cas de terrorisme⁸⁴.

Le secret des communications a, comme les autres droits subjectifs, une portée limitée. En principe, toute interception des communications d'autrui doit être accordée par décision judiciaire. L'article 579 de la Loi relative à la Procédure Pénale permet au juge d'autoriser, à travers décision judiciaire motivée⁸⁵, la saisie de la

Décret royal 1736/1998, du 31 juillet (*BOE* 213, du 5 septembre), portant adoption du Règlement d'application du Titre III de la Loi générale des télécommunications, et la directive ci-dessus citée.

- 81 L'image de l'intervention adéquate d'un point de vue constitutionnel peut être tirée des articles 51 LO Générale Pénitentiaire 1/1979, du 26 septembre (*BOE* 239, du 5 octobre) et 41 et s. du Décret Royal 190/1996, du 9 février, portant adoption du Règlement Pénitentiaire (RP), ainsi que des Sentences TC 73/1983, du 30 juillet (*BOE* 197, du 18 août), 183/1994, du 20 juin (*BOE* 177, du 26 juillet), 127/1996, du 9 juillet (*BOE* 194, du 12 août), 170/1996, du 29 octobre (*BOE* 291, du 3 décembre), 128/1997, du 14 juillet (*BOE* 187, du 6 août), 175/1997, du 27 octobre (*BOE* 285, du 29 novembre) et 200/1997, du 24 novembre (*BOE* 312, du 30 décembre), entre autres.
- 82 Des motifs personnalisés et exceptionnels, indépendants du degré pénitentiaire de l'internement, doivent être invoqués (v. les Sentences TC 170/1996/4, du 29 octobre, *BOE* 291, du 3 décembre et 175/1997/6, du 27 octobre, *BOE* 285, du 28 octobre), même si le Tribunal constitutionnel a décidé, en admettant l'interception des communications d'un prisonnier appartenant à un groupe terroriste ayant dirigé des attaques contre des prisons, qu'individualiser « ne signifie pas que ces circonstances doivent se rapporter exclusivement à l'interné objet de la mesure, ou que s'il s'agit de caractéristiques propres à un groupe de personnes elles ne puissent plus être invoquées comme cause justifiant l'intervention » (Sentence TC 200/1997/4, du 24 novembre, *BOE* 312, du 30 décembre). Si la restriction ou la suspension du droit fondamental a pour cause le traitement, la commission de traitement devra établir un rapport (article 43.1 RP). S'il s'agit d'enquêter sur un délit, l'autorisation devra provenir de l'autorité judiciaire, conformément à la Loi relative à la Procédure Pénale (Sentence TC 200/1997/4, du 24 novembre, *BOE* 312, du 30 décembre). Enfin, il est clair que la motivation judiciaire donnée au prisonnier qui a présenté un recours contre la résolution administrative limitative de son droit fondamental, ne compense pas l'absence de motivation de celle-ci (Sentence TC 128/1997/5, du 14 juillet, *BOE* 187, du 6 août).
- 83 Sentence TC 175/1997/3, du 27 octobre (*BOE* 285, du 28 novembre).
- 84 La Sentence TC 183/1994/5, du 20 juin (*BOE* 177, du 26 juillet) a précisé que les deux conditions sont simultanées et non alternatives, et la Sentence TC 58/1998/5, du 16 mars (*BOE* 96, du 22 avril) a confirmé qu'il n'y a pas de différence par rapport aux communications écrites. L'article 48.4 RP dispose que les communications avec des avocats différents entrent dans le régime ordinaire ou générique. D'un autre côté, la récente Sentence TC 175/2000, du 26 juin (*BOE* du 28 juillet) inclut aussi parmi les communications spécifiques celles destinées à un organe judiciaire, et donc la sanction résultant de son intervention de la part de l'administration des prisons doit être annulée.
- 85 Il faut donc une autorisation judiciaire spécifique et raisonnée (Sentence TC 123/1997/3, du 1^{er} juillet, *BOE* 171, du 18 juillet), et bien que la motivation puisse être brève et concise, elle doit contenir un contrôle de proportionnalité – expliquant l'adéquation et la nécessité d'adopter la mesure et qui évalue les avantages obtenus grâce à l'intervention des communications et les inévitables inconvénients occasionnés – (Sentence TC 175/1997/4, du 27 octobre, *BOE* 285, du 29 novembre). On peut en déduire, en s'appuyant sur la Sentence TC 85/1994/3, du 14 mars

correspondance privée ou l'interception des communications téléphoniques du prévenu, ainsi que la surveillance des communications postales, télégraphiques ou téléphoniques des personnes pour lesquelles il y aurait des indices de responsabilité criminelle⁸⁶. La restriction du droit fondamental doit être contrôlée et, éventuellement, prorogée, par l'organe judiciaire⁸⁷.

Le Tribunal constitutionnel a indiqué, dans une décision de principe, que toute limitation du droit fondamental doit poursuivre des objectifs légitimes prévus par la loi, et qu'il faut déterminer temporairement l'étendue de l'intervention des communications, « même si pour cela il n'est pas nécessaire de fixer une date concrète de finalisation, mais que celle-ci pouvant dépendre de la disparition de la condition ou de la circonstance concrète qui justifie l'intervention »⁸⁸. L'inobservation de ces exigences dans le cadre d'une procédure pénale ou

(BOE 89, du 14 avril) qu'il est exigé que l'infraction punissable, sur laquelle on prétend enquêter à travers l'intervention des communications, présente une certaine gravité.

86 La rédaction actuelle de cet article résulte de la LO 4/1988, du 25 mai (BOE 126, du 26 mai). La mesure judiciaire peut s'inscrire dans le cadre des démarches préalables (elle est irrégulière quand elle s'inscrit dans le cadre de mesures indéterminées : Sentences TS -Salle 2^e- du 7 mars -FJ 2^e, RJ 1998\2345- et tout spécialement, du 11 mai -FJ 2^e, RJ 1998\4356, mais elle n'est pas inconstitutionnelle, car, ainsi que le précise la dernière sentence citée, l'essentiel est « la nature effective des mesures d'instruction, lesquelles constituent en réalité une vraie procédure judiciaire, des mesures « préalables », sous la dénomination irrégulière de *mesures indéterminées* ») et peut donner lieu à la mise en accusation de la personne intéressée pour un délit différent de celui qui faisait l'objet de l'enquête à l'origine (Sentence TC 41/1998/33, du 24 février, BOE 77, du 31 mars) qui fait aussi référence aux mesures préalables, et qui compte deux opinions dissidentes des magistrats Jiménez de Parga et Gimeno Sendra). L'ordonnance qui proroge l'intervention des communications doit, logiquement, être aussi motivée (Sentence TC 181/1995/5, du 11 décembre, BOE 11, du 12 janvier 1996).

87 Dès lors, la police ne peut pas licitement échapper à un tel contrôle en sollicitant une prorogation des mesures d'instruction sans l'informer du fait que les observations réalisées jusqu'à ce moment-là mettent en évidence l'implication de l'intéressé dans des délits différents de ceux qui avaient provoqué la décision d'intervention (Sentence TC 49/1996/3, du 26 mars, BOE 102, du 27 avril).

D'autre part, les critiques sont de plus en plus nombreuses quant à la façon dont les enregistrements autorisés judiciairement sont menés au procès judiciaire : il s'agit de questions concernant le contrôle par l'organe judiciaire de leur transcription ou de la plainte du fait que ces enregistrements n'ont pas été écoutés lors de la procédure orale. Le Tribunal constitutionnel a indiqué que l'incorporation des enregistrements au dossier et à la procédure orale « est étrangère au contenu essentiel du droit au secret des communications » (Sentence 122/2000/2, du 16 mai, BOE du 20 juin. V. aussi les Sentences TC 75/2000/4, du 27 mars ; 92/2000/4, du 10 avril et 126/2000/9, du 16 mai, BOE du 4 mai, du 18 mai et du 20 juin respectivement).

88 Sentence TC 200/1997/4, du 24 novembre (BOE 312 du 30 décembre). À propos de l'habilitation légale, v. l'ordonnance TC 344/1990, du 1 octobre et, parmi plusieurs autres décisions, sa Sentence postérieure 175/1997/4, du 27 octobre (BOE 285, du 29 novembre). La limitation temporaire fut imposée, entre autres, par la Sentence TC 183/1994/4, du 20 juin (BOE 177, du 26 juillet) et son respect implique aussi que « le maintien d'une mesure restrictive des droits [...] au-delà du temps strictement nécessaire pour atteindre les objectifs qui la justifient, peut nuire au droit affecté » (Sentence TC 170/1996/4, du 29 octobre, BOE 291, du 3 décembre) et arrêts CEDH *Domenichini et Calogero Diana*, tous deux du 15 novembre 1996. Plus polémique est la doctrine contenue dans le plus récent arrêt CEDH *Valenzuela Contreras*, du 30 juillet 1998, qui juge qu'il peut y avoir violation du secret des communications, garanti à l'article 8.1 CEDH, même si le comportement de l'organe judiciaire est irréprochable (paragraphe 56), chaque fois que les normes nationales, légales et constitutionnelles, ne sont pas accessibles aux éventuels affectés (paragraphe 59). Bien que la règle examinée ne soit plus en vigueur, l'argumentation utilisée dans cet arrêt est probablement transposable à l'actuelle législation qui applique les droits prévus aux articles 18.2 et 3 CE, par rapport à l'article 8.1 CEDH déjà cité.

disciplinaire⁸⁹ peut invalider les résultats obtenus grâce à l'interception des communications, ainsi que toute autre preuve dérivée directement de celle-ci⁹⁰.

On a déjà indiqué que la Constitution espagnole prévoit un cas dans lequel il est possible d'intercepter les communications sans avoir recours à autorisation préalable de l'organe judiciaire. Le secret des communications peut être suspendu lors de la déclaration de l'état d'exception ou de siège⁹¹, dans les conditions prévues à l'article 18 LO 4/1981, du 1er juin, relative aux états d'alarme, d'exception et de siège (BOE 134, du 5 juin). À côté de cette suspension générale, une suspension individuelle du droit au secret des communications est possible, telle qu'envisagée par l'article 579.4 de la Loi relative à la Procédure Pénale, dont la constitutionnalité peut être déduite de la Sentence TC 199/1987/10, du 16 décembre (BOE 7, du 8 janvier 1988) interprétant l'article 55.2 CE⁹², lequel permet, en cas d'urgence et par rapport à une enquête portant sur les agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes, au Ministre de l'Intérieur ou, à défaut, au Directeur de Sécurité de l'Etat, d'autoriser l'interception des communications, en informant immédiatement par écrit motivé le juge compétent, lequel devra révoquer ou confirmer l'interception de façon motivée dans un délai de soixante-douze heures après que cette interception ait été ordonnée.

5 - L'inviolabilité du domicile

Résultant d'une tradition profonde dans l'histoire constitutionnelle espagnole, ce droit a sa place actuellement dans l'article 18.2 CE, disposition qui, après avoir indiqué que le domicile est inviolable, permet des entrées dans le domicile moyennant décision judiciaire ou en cas de flagrant délit.

L'inviolabilité du domicile protège la personne physique disposant d'un titre légitime d'habitation de la demeure⁹³, et cela même face à d'autres individus de sa

89 V. la Sentence TC 127/1996/2, du 9 juillet (BOE 194, du 12 août) à propos de la violation du secret des communications d'un interné incarcéré dans un centre pénitentiaire.

90 Sentences TC 81/1998/5, du 2 avril (BOE 108, du 6 mai) et 49/1996/3, du 26 mars (BOE 102, du 27 avril).

91 L'état d'exception est décrété par le gouvernement, avec autorisation préalable du Congrès, afin de mettre fin à des atteintes graves à l'ordre public mettant en danger le libre exercice des droits et des libertés des citoyens, le fonctionnement normal des institutions démocratiques ou des services publics essentiels. La déclaration de l'état de siège appartient au Congrès à la majorité absolue des membres, à initiative exclusive du gouvernement, et par celle-ci il s'agit de faire face à des agressions graves dirigées contre la souveraineté ou l'indépendance espagnoles, ainsi qu'aux atteintes à l'intégrité territoriale du pays ou à l'ordre constitutionnel. En toute hypothèse, c'est la déclaration concrète d'un état d'exception ou de siège qui doit établir si elle affecte ou non à l'inviolabilité du domicile (et les autres droits cités à l'article 55.1 CE), et, dans ce cas-là, indiquer les domaines temporaires et territoriaux où le régime propre du droit suspendu sera appliqué.

92 Selon la rédaction donnée à cette disposition par la LO 4/1988, du 25 mai, de Réforme de la Loi relative à la Procédure Pénale (BOE 126, du 26 mai), développant l'article 55.2 CE, dans lequel la suspension individuelle de quelques droits fondamentaux est permise lors d'enquêtes en rapport avec l'activité de bandes armées ou d'éléments terroristes.

93 De nombreuses sentences du TS mettent en rapport, de manière classique, l'inviolabilité du domicile et la violation de la demeure (par exemple la Décision rendue par la salle 2^e le 1^{er} février 1993 -FJ 1^{er}, RJ 1993\624, ainsi que les articles 202-204 et 534 du Code Pénal adopté par la LO 10/1995, du 23 novembre (BOE 281, du 24 novembre), lesquels condamnent l'entrée réalisée dans la demeure d'autrui, ainsi que dans les locaux des personnes juridiques privées ou publiques, par des particuliers ou par des fonctionnaires, en l'absence de cause légale de délit ou sans respecter les formalités prévues légalement et constitutionnellement. Le Tribunal constitutionnel a précisé que le domicile au sens constitutionnel « est un espace inviolable dans lequel l'individu vit sans se soumettre nécessairement aux usages et aux conventions sociales et

propre famille et face aux propriétaires de l'immeuble où elle habite⁹⁴. Le Tribunal constitutionnel a jugé dans sa Sentence 137/1985, de 17 octobre (*BOE* 268, de 8 novembre), que l'inviolabilité du domicile est un droit dont jouissent aussi les personnes juridiques ; donc la notion constitutionnelle de domicile est plus large que celle de demeure. Cette affirmation suppose qu'au moins certains locaux des personnes juridiques soient protégés par l'article 18.2 CE⁹⁵ (il est plus difficile de préciser lesquels de ces locaux) et permet de penser que peut-être peuvent être aussi considérés comme domiciles, au sens constitutionnel, certains locaux à usage privatif ou public distincts de la demeure, tels que les locaux d'affaires⁹⁶.

dans lequel il exerce sa liberté la plus intime » (Sentence 22/1984/5, du 17 février, *BOE* 59, du 9 mars), et le Tribunal Suprême a défini le domicile comme « le foyer destiné à l'habitat d'une personne, lieu clos où l'on réside et où l'on satisfait les conditions de la vie domestique, protégé car constituant l'enceinte de la vie intime du foyer familial » (Sentence de la salle 2^e du 18 mai 1979 -FJ 3^e, *RJ* 1979\2093), ne serait ce que d'une manière occasionnelle (comme c'est le cas des villas, remorques et chambres d'hôtel -Sentences TS -salle 2^e- du 29 avril 1963 -FJ 1^{er}, *RJ* 1963\2666, du 27 mai 1968 -FJ 4^e, *RJ* 1968\2666- et du 17 mars 1993 -FJ 5^e, *RJ* 1993\233), mais qui n'englobent pas évidemment les appartements non occupés (Sentence de la même Salle du 20 janvier 1994 -FJ 1^{er}, *RJ* 1994\40). La notion pénale de demeure est équivalente à la notion, elle aussi pénale, de maison habitée et à la notion procédurière de domicile (article 534 Loi relative à la Procédure Pénale, v. la Sentence TS -salle 2^e- du 7 avril 1995 -FJ 4^e, *RJ* 1995\3374). En tout cas, et comme conséquence de la Sentence TC 137/1985, du 17 octobre (*BOE* 268, du 8 novembre), à laquelle nous ferons référence plus tard, le Tribunal Suprême a adopté, en certaines occasions, une vision plus étendue de la notion procédurière de domicile (Sentences de la salle 2^e du 14 avril 1994 -FJ 2^e, *RJ* 1994\3291- et du 11 octobre 1993 -FJ 1^{er}, *RJ* 1993\7371).

- 94 Le Tribunal Suprême a jugé que la parenté ne constitue pas une excuse absolutoire légitimant l'entrée de force (Sentence de la Salle 2^e du 14 janvier 1993 -FJ 1^{er}, *RJ* 1993\163), et a affirmé que pour le conjoint séparé, la demeure de l'autre conjoint est celle d'autrui (Ordonnance TC 322/1984/3b, du 30 mai, et Sentence TS -salle 2^e- du 2 mars 1993 -FJ 2^e, *RJ* 1993\1899). La personne qui pénètre dans une habitation dont elle détient la propriété, mais pas la possession, commet aussi un délit (Sentence TS -salle 2^e- du 28 septembre 1971 -FJ unique, *RJ* 1971\3652).
- 95 Quoique le Tribunal constitutionnel n'ait toujours pas précisé si le droit fondamental protège uniquement le domicile social de la personne juridique, ou s'il couvre aussi les locaux dans lesquels s'exerce son activité (comme soutenu dans la doctrine par M. Tomás Quintana López) ou s'il s'étend à tout espace clos soustrait d'une manière légitime au libre accès des tiers (ainsi que l'affirme Jesús García Torres).
- 96 Sentence TS -salle 2^e- du 5 novembre 1986 -FJ 4^e, *RJ* 1986\6803. Il est plus difficile de déterminer quels sont les locaux protégés constitutionnellement, et lesquels ne le sont pas. Le Tribunal constitutionnel a maintenu, de manière générale, qu'il est possible de distinguer, aux effets constitutionnels, d'une part les domiciles, d'autre part les lieux clos, et troisièmement les simples locaux fermés (Ordonnance 58/1992/3, du 2 mars). Dans cette dernière catégorie, on inclut « les vestibules ou les porches des immeubles, les ateliers de travail, les magasins, les dépôts, les garages, les bars ou les restaurants, les locaux inhabités, les locaux ouverts au public [...] et compris les ascenseurs » (Sentence TS -Salle 2^e- du 30 avril 1996 -FJ 7^e, *RJ* 1996\3218). Récemment le Tribunal constitutionnel a jugé qu'un bar, et un local de dépôt adjoint, sont tout simplement des locaux, et qu'ils ne font pas partie du concept constitutionnel de domicile (Sentence 283/2000/2, du 27 novembre, (*BOE* du 4 janvier 2001). V. aussi, dans les même sens, les Ordonnances TC 223/1993/2, du 9 juillet et 333/1993/1, du 10 novembre, pour ce qui est des garages particuliers et des propriétés rurales. Finalement méritent une mention particulière les véhicules à moteur. Tandis que certains d'entre eux, destinés à l'habitation, comme les roulettes ou les caravanes (Sentences TS -salle 2^e- du 15 et du 25 novembre 1995, *RJ* 1995\9376 et 8940), font partie de la notion constitutionnelle de domicile, d'autres, dont le but est le transport, comme les voitures, les fourgonnettes ou les camions (Sentences de la même Salle du 24 janvier 1995 -FJ 3.1, *RJ* 1995\158, du 13 juillet 1990 -FJ 4, *RJ* 1990\6369- et du 19 septembre 1994 -FJ 2, *RJ* 1994\6996), ne trouvent pas leur place dans le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile. Le fait que les fouilles réalisées dans les véhicules doivent remplir certaines conditions pour ne pas violer les droits de la défense de l'article 24.2 CE répond à un tout autre problème -Sentence TC 303/1995/5, du 25 octobre. (*BOE* 286, du 30 novembre.

Le droit fondamental peut se voir violé quand quelqu'un pénètre, sans autorisation du titulaire, ni en étant couvert par quelques-unes des limites constitutionnelles dudit droit, dans le domicile d'autrui.

Toute entrée domiciliaire, indépendamment des objectifs poursuivis, doit remplir les conditions prévues à l'article 18.2 CE. En général, toute immixtion dans le droit fondamental doit être établie dans une décision judiciaire, sauf en cas de délit flagrant. La Constitution prévoit aussi, dans son article 55, un régime spécial pour l'inviolabilité du domicile, selon lequel le droit peut être suspendu avec une portée générale ou individuelle.

Le droit fondamental peut donc se voir affecté par toute décision judiciaire – pas seulement les ordonnances – dont l'exécution entraîne, nécessairement, la réalisation d'entrées domiciliaires⁹⁷. De telles décisions doivent toujours être motivées (car la motivation, qui peut être concise ou synthétique ou s'effectuer par un renvoi – mais jamais inexistant –, justifie l'atteinte à un droit fondamental)⁹⁸. Pourtant, les exigences constitutionnelles qui doivent être respectées par les décisions judiciaires dépendent dans une large mesure de l'objectif poursuivi par l'entrée domiciliaire.

Très fréquemment, dans la pratique, ces décisions judiciaires revêtent la forme d'une ordonnance judiciaire, contenant un ordre judiciaire d'entrée. Le but de telles ordonnances est normalement le besoin d'exécuter certaines mesures procédurales ou d'inspection administrative, ou d'autoriser l'administration à l'exécution forcée de certains actes par elle accordés.

L'intervention domiciliaire, assurant l'exécution d'une mesure d'instruction procédurale ou administrative, est accordée par le Juge ou le Tribunal connaissant de l'affaire, ou dans le cadre de mesures préventives ou, en ce qui concerne les inspections administratives, par le Juge du contentieux administratif, à travers une ordonnance judiciaire. L'organe judiciaire doit prévoir dans cette ordonnance les garanties et les garde-fous concernant l'exécution de la mesure, afin d'éviter tout comportement arbitraire⁹⁹ ou la violation du droit fondamental, car dans le cas contraire il peut arriver que les preuves obtenues ne puissent pas postérieurement être prises en considération¹⁰⁰. L'infraction aux autres garanties prévues par l'article

97 Sentence TC 160/1991, du 18 juillet (*BOE* 190, du 9 août), dans laquelle le Tribunal constitutionnel va, de manière exemplaire, au-delà de ce qu'il avait décidé dans la Sentence 22/1984/5, du 17 février (*BOE* 59, du 9 mars), en employant le mécanisme établi à l'article 13 de sa Loi organique (LO 2/1979, du 3 octobre, *BOE* 239, du 5 octobre).

98 Le Tribunal Suprême a, quelques fois, admis que la motivation de l'ordonnance judiciaire puisse être incluse dans la demande policière d'autorisation de l'entrée (Sentences de la salle 2^e du 24 novembre 1993 -FJ 3, *RJ* 1993\8575). Même si cette pratique est discutable, il faut rappeler que dans la récente Sentence TC 8/2000/6, du 17 janvier (*BOE* du 18 février), le Tribunal a estimé que l'on ne pouvait pas considérer comme motivée l'ordonnance judiciaire fondée sur quelques rares informations confidentielles de la police si cette dernière n'avait pas sérieusement enquêté sur celles-ci.

99 V. la Sentence TC 50/1995, du 23 février (*BOE* 77, du 31 mars) relative à l'autorisation judiciaire d'une inspection fiscale qui attribuait des facultés exorbitantes à l'administration.

100 Article 11.1 LO 6/1985, du 1 juillet, relative au Pouvoir Judiciaire (*BOE* 157, du 2 juillet). Actuellement il y a un débat concernant la surveillance et la portée de la doctrine de l'« arbre empoisonné », v. par exemple la Sentence TC 49/1999/5, du 5 avril, *BOE* 100, du 27 avril, accompagné d'une opinion dissidente suggestive du magistrat Pedro Cruz Villalón, et, parmi plusieurs d'autres, les Sentences TC 94/1999/8, du 31 mai (*BOE* du 29 juin) ; 139/1999/4, du 22 juillet (*BOE* du 26 août), ou 161/1999/2, du 27 septembre (*BOE* du 3 novembre). Il est évident, en tout cas, que dans le cas où la mesure judiciaire prise en violation d'un droit fondamental (les cas les plus fréquents apparaissent en relation avec le secret des communications et l'inviolabilité du domicile) ne constituerait pas le seul moyen de preuve du procès, il est toujours possible que les autres preuves, indépendantes de la mesure annulée, permettent de détruire la présomption

569 de la Loi relative à la Procédure Pénale ¹⁰¹, telles que ¹⁰² l'absence du Secrétaire Judiciaire ¹⁰³, « appartiennent au domaine de la légalité et de l'illégalité ordinaires » ¹⁰⁴.

La pondération judiciaire a une étendue et une portée différentes lorsqu'il s'agit d'autoriser l'administration à entrer dans les domiciles et dans les autres bâtiments, ou endroits, dont l'accès dépend du consentement de leur titulaire, quand cela apparaît nécessaire pour exécuter de force des actes administratifs ¹⁰⁵. Dans certaines occasions, l'administration doit effectuer des entrées domiciliaires afin d'atteindre ses objectifs. La règle générale est qu'il lui faut, pour cela, une décision judiciaire qui évalue la nécessité et la proportionnalité d'une telle entrée. Dans ces cas-là, le Juge du contentieux administratif se limite à contrôler si l'application de l'acte administratif – lequel, *prima facie*, semble avoir été adopté par l'autorité compétente dans l'exercice de ses propres compétences et se trouve en phase d'exécution ¹⁰⁶ – rend nécessaire une entrée domiciliaire, en veillant à ce que l'inévitable immixtion dans le domaine de l'intimité, provoquée par l'entrée, se produise sans autres limitations que celles strictement indispensables pour exécuter la décision administrative ¹⁰⁷.

d'innocence (comme c'est le cas quand il y a aussi eu des déclarations ou une confession, Sentences TC 8/2000, du 17 janvier ; 126/2000/12, du 16 mai, et 136/2000, du 29 mai, (BOE du 18 février, et du 30 juin). Si les autres preuves sont inexistantes ou découlent directement de la mesure annulée, il faudra considérer que le droit à être présumé innocent a été violé (Sentence TC 50/2000, du 28 février, BOE du 29 mars).

101 Cet article dispose que la perquisition doit être réalisée en présence de l'intéressé ou de son représentant, d'un parent ou, en leur absence, de deux témoins habitant la même localité. Le refus par ces personnes d'assister à la perquisition donne lieu à responsabilité pénale. V., dans la jurisprudence, les Sentences TS -salle 2^e- du 28 octobre 1992 -FJ 6, RJ 1992/8599, et du 1 juillet 1994 -FJ 1, RJ 1994/5557.

102 Les erreurs matérielles commises par rapport au nom du titulaire du domicile ou au lieu à perquisitionner, ou l'absence de date, n'ont pas non plus d'importance constitutionnelle (v. Sentences TS -salle 2^e- du 31 octobre 1995 -FJ 3^e, RJ 1995/7699, du 14 septembre 1994 -FJ 3^e, RJ 1994/7068- et du 12 janvier 1994 -FJ unique, RJ 1994/475).

103 Bien que le Tribunal constitutionnel ait déclaré de façon répétée que l'absence du Secrétaire Judiciaire ne porte pas atteinte à l'inviolabilité du domicile ; Sentence 41/1998/35, du 24 février (BOE 77, du 31 mars), le Tribunal Suprême a dû répondre à la même question à de nombreuses reprises (v., par exemple, sa Sentence -salle 2^e- du 3 février 1995 -FJ 6, RJ 1995/0875). Le législateur a mis fin à la polémique par la Loi 22/1995, du 17 juillet (BOE 170, du 18 juillet), sur la Présence Judiciaire dans les Perquisitions Domiciliaires, laquelle permet, qu'en cas de nécessité, le Secrétaire Judiciaire puisse être remplacé dans la forme prévue par la LO 6/1985, du 1^{er} juillet, relative au Pouvoir Judiciaire (BOE 157, du 2 juillet et 264, du 4 novembre, 1985).

104 Sentence TS -salle 2^e- du 15 juillet 1993 -FJ 3^e, RJ 1993/6098.

105 L'article 91.2 LO 6/1985, du 1^{er} juillet, relative au Pouvoir Judiciaire (BOE 157, du 2 juillet, et 264, du 4 novembre), dans la rédaction issue de l'article unique de la Loi organique 6/1998, du 13 juillet, de réforme de la LO relative au pouvoir judiciaire, attribue la compétence au Juge du contentieux administratif. Dans la première rédaction de cette loi, cette compétence appartenait au juge d'instruction conformément à l'article 87.2, ce qui réduisait la traditionnelle auto-tutelle de l'administration ; Sentence TC 22/1984, du 17 février, BOE 59, du 9 mars). V. aussi l'article 96.3 de la Loi 30/1992, du 26 novembre, sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune (BOE 285, du 27 novembre, 311, du 28 décembre et 23, du 27 janvier 1993).

106 Ce qui suppose, par exemple, que l'on ait auparavant sommé l'intéressé d'exécuter volontairement l'acte en question et qu'on l'ait averti du risque d'exécution forcée.

107 Sentence TC 144/1987/2, du 23 septembre (BOE 251, du 20 octobre), parmi plusieurs autres. Il s'agit en définitive d'un contrôle de proportionnalité. Sa fonction se limite à autoriser ou à refuser l'entrée, et il ne lui incombe pas d'établir ou non la légalité de l'acte administratif, car cette fonction relève de la juridiction administrative contentieuse (Ordonnance TC 371/1991/3, du 16 décembre). Nonobstant, le Tribunal constitutionnel a fait valoir, dans une Sentence récente (171/1997/3, du 14 octobre (BOE 276, du 18 novembre), que les facultés du Juge

Comme nous l'avons déjà indiqué, la Constitution pose comme exception à la décision judiciaire, laquelle constitue le mécanisme de limitation ordinaire du droit à l'inviolabilité du domicile, le cas du flagrant délit. Le Tribunal constitutionnel a jugé que la notion constitutionnelle de flagrant délit implique l'évidence du délit et l'urgence de l'intervention policière¹⁰⁸. Pourtant, postérieurement, le Tribunal constitutionnel s'est montré peu rigoureux dans l'exigence de ces éléments dans un cas concret¹⁰⁹, et le Tribunal Suprême a utilisé la notion de flagrant délit pour légitimer une entrée policière destinée à libérer une mineure séquestrée¹¹⁰.

Il faut aussi faire référence, avant de terminer cette analyse, à la possibilité que ce droit soit suspendu, avec portée générale ou bien individuelle¹¹¹. La suspension générale du droit est prévue à l'article 55.1 CE, et développée par l'article 17 LO 4/1981, du 1 juin, sur les États d'Alarme, d'Exception et de Siège, qui subordonnent les entrées administratives effectives, pendant les états d'exception ou de siège, à ce qu'elles soient nécessaires pour découvrir des faits présumés délictueux ou pour maintenir l'ordre public, et à l'existence d'un ordre formel et écrit les autorisant, et qui prévoit, finalement, un contrôle judiciaire *a posteriori*, une responsabilité – administrative, civile ou pénale – pouvant apparaître éventuellement dans le cas où il serait prouvé que l'action administrative était illégitime ou disproportionnée.

D'autre part, l'article 553 de la Loi relative à la Procédure Pénale, qui développe la suspension individuelle contenue à l'article 55.2 CE, permet, en cas de besoin exceptionnel, et urgent l'entrée de la police dans un domicile, au sens constitutionnel, quand son objectif principal est l'arrestation de terroristes présumés, ainsi que la fouille et l'occupation éventuelle des locaux, effectuée de façon accessoire. Il faut immédiatement en rendre compte au juge compétent.

6 - Le secret fiscal, bancaire et médical¹¹²

Il a été indiqué précédemment que la protection constitutionnelle de l'intimité, assurée à travers plusieurs droits autonomes et indépendants, n'est pas

-
- (d'Instruction) « doivent comprendre un degré d'intensité plus élevé dans le contrôle provisoire de la légalité de l'acte administratif quand [...] le contenu de celui-ci [...] peut affecter négativement les droits de liberté des citoyens".
- 108 Sentence TC 341/1993/8b, du 18 novembre (BOE 295, du 10 décembre), dans laquelle il déclare inconstitutionnel l'article 21.2 LO 1/1992, relative à la Protection de la Sécurité Citoyenne, qui était contesté, en ce qui nous concerne, du fait de la connaissance par les Forces et les corps de sécurité d'événements les amenant à l'évidence de ce qu'étaient en train d'être commis, ou venaient tout juste d'être commis, certains délits en rapport avec les drogues toxiques, stupéfiants ou substances psychotropes. Le Tribunal constitutionnel considère que la connaissance fondée à laquelle il est fait référence « ne comprend pas nécessairement une connaissance ou perception évidente », et qu'elle méconnaît donc l'élément essentiel ou le noyau de la situation de flagrante : l'évidence du délit. V. aussi une Sentence antérieure du Tribunal Suprême -salle 2^e, celui du 29 mars 1990 -RJ 19902647.
- 109 Il s'agit de la Sentence TC 94/1996/8B, du 28 mai (BOE 150, du 21 juin), qui déclare légitime une perquisition domiciliaire réalisée par la police après l'arrestation de deux personnes qui avaient commis des délits flagrants sur la voie publique.
- 110 Sentence de la salle 2^e du 8 septembre 1993, RJ 19936707. Il aurait peut-être été plus correct d'établir la primauté du droit à la liberté personnelle (même peut-être à la vie) de la mineure sur l'inviolabilité du domicile, plutôt que de faire allusion, en définitive, à l'état de nécessité mentionné dans la Sentence TC 133/1995/4, du 25 septembre (BOE 246, du 14 octobre).
- 111 V., *supra*, notes 92 et 93.
- 112 La récente Sentence TC 115/2000/6, du 10 mai (BOE du 7 juin) se réfère explicitement au secret professionnel d'une garde d'enfants ; dès lors, il semble que certains travaux, réalisés dans la sphère familiale, impliquent aussi l'existence d'un tel devoir de réserve.

illimitée et ne comprend pas de facultés prestationnelles, en dehors du droit à l'autodétermination informative de l'article 18.4 CE. Elle suppose, en revanche, une limite à la connaissance d'autrui des aspects qui façonnent notre identité en tant que personnes.

Il est difficile de déterminer, *a priori*, quels sont les aspects qui doivent se trouver spécialement protégés, en tant qu'ils ont une incidence spéciale sur l'intimité, et on ne peut pas prendre comme point de départ, du moins exclusivement, le fait qu'un tel élément, ou un autre, soit socialement public ou privé¹¹³. Cette réflexion peut être utile quand on analyse, dans une même étude, les secrets fiscal, bancaire et médical, car la relation de chacun de ces droits avec l'intimité est, au moins, inégale.

En matière de secret fiscal et bancaire, il faudrait se demander si l'on est en présence de deux manières de faire référence à un même problème: l'importance publique de la capacité économique des contribuables. La capacité économique acquiert une importance constitutionnelle pour ce qui est de la progressivité fiscale et de l'assignation des dépenses publiques (articles 31.1 et 31.2 CE). Peut-être pour cette raison, la jurisprudence relative à ces questions se réfère-t-elle, normalement, en même temps au secret bancaire et au secret fiscal, ce que nous allons faire dans ces pages.

Le Tribunal constitutionnel a estimé que les contribuables et les bureaux bancaires avec qui ils opèrent, sont obligés de fournir à l'administration fiscale les données que celle-ci leur demande, afin d'assurer les mandats constitutionnels des articles 31.1¹¹⁴ et 31.2 CE¹¹⁵. Il en va de même quand il est question d'une éventuelle responsabilité pénale¹¹⁶. Cela suppose que les banques ne peuvent invoquer un soi-disant secret bancaire (Ordonnance TC 642/1986/3, du 23 juillet). Il n'y a pas non plus un droit à l'intimité économique, protégeant en tout cas les données économiques (Sentence TC 142/1993/8, du 22 avril, BOE 127, du 28 mai). Dans cette dernière décision, le Tribunal constitutionnel juge que « ce qui est décisif pour déterminer la légitimité ou illégitimité [...] [est] l'aptitude de [...] [ces données économiques] à accéder, dans le cadre d'une analyse détaillée et d'ensemble, à des informations ne touchant plus la sphère économique de la personne mais concernant directement sa vie intime personnelle et familiale »¹¹⁷.

Le secret médical doit bien sûr être considéré différemment. Le Tribunal constitutionnel a estimé que la réserve sur le dossier d'un patient est garantie par le secret médical¹¹⁸. Et cela, du fait de « la spécificité de la relation qui s'établit entre le professionnel de la médecine et le patient, fondée sur la confidentialité et la discrétion, et des données diverses relatives à des aspects intimes de sa personne qui, à l'occasion, sont fournies. Il en découle que le secret professionnel doit être conçu, dans ce domaine, comme une norme déontologique qui doit être rigoureusement

113 En fait, on a indiqué auparavant qu'existe le droit au respect de la propre image, bien qu'il soit clair que celle-ci est, aux effets signalés dans le texte, publique.

114 Sentence TC 110/1984/3, du 26 novembre (BOE 305, du 21 décembre). V., postérieurement, l'Ordonnance TC 52/1992/1, du 18 février.

115 Ordonnance TC 982/1986/2, du 19 novembre.

116 Voyez l'intéressante Sentence TS -salle 2^e- du 28 décembre 1999 -FJ 13^e, RJ 1999/9449.

117 *Idem*. Le Tribunal constitutionnel a répété postérieurement que « l'information dont la transmission [...] a un objectif fiscal [...] peut avoir une incidence sur l'intimité des citoyens » (Sentences TC 110/1984, 45/1989, 142/1993, Ordonnance TC 462/1996) et que « les données relatives à la situation économique d'une personne [...] relèvent de l'intimité constitutionnellement protégée » (Ordonnance TC 462/1996/3) (Sentence TC 233/1999/7, du 16 décembre, BOE du 20 janvier 2000).

118 Sentence TC 37/1989/4, du 15 février (BOE 52, du 2 mars).

observée, trouvant sa raison d'être spécifique, non dans l'efficacité même de l'activité médicale, mais dans le respect et la garantie de l'intimité des patients »¹¹⁹.

Ce secret, qui s'impose aussi au pharmacien¹²⁰, ne permet pas au médecin de refuser de communiquer à l'administration des impôts le nom de ses clients et le montant des émoluments perçus (article 111.5 Loi 10/1985, du 26 avril, de Modification Partielle de la Loi Générale de Finances, *BOE* 101 et 104, du 27 avril et du 5 juin, respectivement)¹²¹.

7 - Le secret de l'instruction

Le secret de l'instruction est une des questions posées par l'articulation du procès avec le principe de publicité. D'un point de vue général, le principe de publicité s'impose dans le procès, dans l'Etat libéral, aux fins de protéger l'inculpé face aux éventuels agissements arbitraires d'une justice secrète et de contrôler la soumission effective des organes judiciaires à la loi¹²². L'article 120 de la Constitution espagnole en vigueur dispose que les agissements judiciaires seront publics, avec les exceptions prévues par les lois relatives à la procédure¹²³. Après avoir imposé le principe d'oralité dans la procédure pénale, il y est aussi prévu que « les arrêts seront toujours motivés et se prononceront en audience publique »¹²⁴.

La publicité, qui doit être comprise comme rendant possible la connaissance générale, pour tous, du développement de la procédure, au moins dans ses aspects essentiels, se justifie actuellement non seulement comme garantie pour les parties, mais aussi par rapport au droit de la société de recevoir de l'information sur les agissements des organes judiciaires¹²⁵. D'où le grand intérêt de l'examen des restrictions légalement prévues au principe de publicité procédurale, et de leur relation avec la liberté d'information.

En ce qui concerne l'instruction, en Espagne est en vigueur, comme dans plusieurs autres pays, le secret externe de l'instruction¹²⁶ qui s'étend aussi aux agissements pré-procéduraux¹²⁷, et jusqu'au moment de l'ouverture de la procédure

-
- 119 Ordonnance TC 600/1989/2, du 11 décembre. Une question différente est celle de savoir si une entreprise concessionnaire de la gestion d'un centre socio-sanitaire peut invoquer ce droit pour se refuser à remettre les dossiers à l'administration quand la relation contractuelle disparaît (*ibidem*, fondement juridique 3).
- 120 Article 61 Loi 14/1986, du 25 avril, Générale Sanitaire (*BOE* 102, du 25 avril).
- 121 Sentences TC 110/1984/10 et, tout spécialement, TS (salle 3^e) du 2 juillet 1991 -FJ 5^e, *RJ* 1991\6219. V. aussi la Sentence de cette même salle du 6 mars 1989 -FJ 4^e et 5^e, *RJ* 1989\2177, qui a annulé l'article 3.1.c du Décret Royal 2402/1985, du 18 décembre, réglementant le Devoir des Entrepreneurs et des Professionnels d'Expédier et de Fournir des Factures. Le motif exprimé par le Tribunal était qu'une telle facture devait contenir une description de l'opération réalisée.
- 122 V. GUTIERREZ-ALVIZ F. et MORENO CATENA V : « Artículo 120 : actuaciones judiciales ». Dans ALZAGA VILLAAMIL O. (ed.): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Vol. IX. Cortes Generales*. EDESA. Madrid, 1998, p. 397. V. l'article 302 de la Constitution espagnole de 1812.
- 123 Premier alinéa.
- 124 Troisième alinéa.
- 125 V. GUTIERREZ-ALVIZ F. et MORENO CATENA V : « Artículo... », p. 396 et 398-399.
- 126 Articles 301.1 et 302.1 de la Loi relative à la Procédure Pénale. On emploie la formule contenue dans la monographie d'A. DEL MORAL GARCIA et de J.M. SANTOS VIJANDE (*Publicidad e secreto en el proceso penal*. Comares. Granada, 1996).
- 127 Article 35.5.c Loi 30/1992, du régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune.

orale¹²⁸. À partir de ce moment-là, tous les agissements (y compris ceux réalisés jusqu'à ce moment-là) sont considérés comme publics¹²⁹.

Toute mesure d'instruction est potentiellement préjudiciable pour l'intimité. Cette considération invite à examiner en détail la possibilité, prévue à l'article 302.2 de la Loi relative à la Procédure Pénale, que l'organe judiciaire puisse déclarer, d'office ou sur demande du procureur de l'État ou d'une des parties, le secret total ou partiel de l'instruction pour toutes les parties qui doivent comparaître¹³⁰. Le Tribunal constitutionnel a signalé, dans un premier temps, que le secret de l'instruction (externe) constitue une exception à la règle de la publicité procédurale, établie par l'article 120.1 CE, laquelle déploie toute sa force par rapport à la séance orale, et que doit donc être prévue dans une norme légale, sa justification en vue de la protection d'un autre bien constitutionnellement important et être adéquat par rapport à la valeur garantie, pour ne pas porter atteinte à la liberté d'information¹³¹.

Pourtant, la position générale du Tribunal constitutionnel en matière de secret de l'instruction le lie aux droits de la défense¹³². De ce point de vue, la compatibilité de ces deux institutions exige, comme condition essentielle, qu'une fois accomplies les fins poursuivies par le secret, celui-ci soit levé, « en donnant aux parties, aussi bien dans la phase postérieure de la procédure que dans le jugement en chambre plénière, l'opportunité de connaître et de contredire la preuve qui a été pratiquée pendant l'instruction ou de proposer la preuve du contraire »¹³³. Dans une récente sentence en *amparo* le Tribunal est allée encore plus loin, en jugeant que « le secret de l'instruction autorise à empêcher la publicité de la situation et des résultats de l'instruction judiciaire et, ainsi, permet au juge de ne pas inclure d'information sur ces aspects dans ses décisions qui doivent être notifiées aux parties ; mais il ne

128 Article 649 de la Loi relative à la procédure pénale. Le fait que l'organe judiciaire décide l'interception des communications d'une personne sans l'en informer ne produit pas une violation des droits de la défense (Sentence TS -salle 2^e- du 2 décembre 1997 -FJ 4^e, RJ 1997\1463), et il n'est pas non plus nécessaire pour faire cela de déclarer le secret de l'instruction (Sentence de la même Salle du 9 septembre 1998 -FJ 1^{er}, RJ 1998\7588).

129 Ordre ministériel du 25 mai 1927.

130 Cette faculté de l'organe judiciaire est soumise à certaines limites procédurales (adoption à travers une ordonnance motivée), matérielles (par rapport à des délits publics ou, au moins, semi-publics) et temporaires (le secret ne peut pas durer plus d'un mois, et doit en tout cas être levé dix jours avant la conclusion de l'instruction). Ces données découlent de la simple lecture de l'article 302.2 de la Loi relative à la procédure pénale, sauf la référence aux délits semi-publics, qui apparaît dans l'analyse de MORAL GARCIA A. del et SANTOS VIJANDE J.M., *Publicidad...*, p. 59. D'un autre côté, le Tribunal constitutionnel a jugé que la prorogation du secret de l'instruction ne nuit pas au droit de la défense si elle ne se traduit pas par une violation effective des droits de la défense ou une limitation de droits (Ordonnance 860/1987/2, du 8 juillet), à condition que cette prorogation soit strictement nécessaire (Sentence TC 176/1988/3, du 4 octobre, BOE 266, du 5 novembre). V. aussi, en ce qui concerne la prorogation du secret de l'instruction, la Sentence TS -salle 2^e- du 19 octobre -FJ 2^e, RJ 1995\7722.

131 Sentence TC 13/1985/3, du 31 janvier (BOE 55, du 5 mars). « Nonobstant, le secret de l'instruction ne signifie pas, de quelque façon que ce soit, qu'un ou plusieurs éléments de la réalité sociale (des événements singuliers ou des faits collectifs dont la connaissance ne résulte pas limitée ou interdite par un autre droit fondamental conformément à l'art. 20.4 de la C.E.) soient exclus de la liberté d'information, dans le double sens du droit de s'informer et du droit d'informer, avec pour seul fondement le fait que ces éléments font l'objet de mesures procédurales déterminées » (*idem*). C'est pour cette raison qu'il est possible pour un journal de diffuser des images de l'appartement dans lequel le crime a été commis, si celles-ci ont été obtenues licitement avant que les agissements procéduraux n'aient commencé à avoir lieu.

132 Voyez, par exemple, les Sentences TS -salle 2^e- du 11 janvier -FJ 5^e, RJ 1999\391- et du 28 décembre -FJ 3^e, RJ 1999\9449.

133 Sentence TC 176/1988/3, du 4 octobre (BOE 266, du 5 novembre).

permet pas de leur cacher tous les fondements de fait et de droit de celles-ci »¹³⁴. Pour cette raison, l'organe judiciaire ne peut pas se limiter à notifier une ordonnance d'incarcération contenant seulement le dispositif, en refusant de donner, même d'une façon schématique, les motifs justifiant l'adoption d'une telle mesure.

Ce sont les jugements dits « parallèles » qui font apparaître le plus grand conflit avec les droits consacrés par l'article 18 CE. Ce phénomène fait référence au conflit qui peut se produire entre le développement d'une procédure judiciaire et son traitement informatif, lequel peut se limiter à y faire rapport ou à essayer de l'anticiper (ou à influencer ses conclusions). Le journalisme d'investigation, entendu dans son sens le plus radical, lié aux prétentions particulières du milieu éditorial, peut compromettre l'indépendance de l'organe judiciaire. En Espagne, il y a eu quelques tristes expériences dans ce sens, telles que le suivi quotidien d'une procédure pénale spécialement macabre (le viol et l'assassinat de quelques jeunes filles) qui présentait, sur un même plateau de télévision des déclarations de témoins et de tiers en rapport avec cette procédure, ou une autre émission dans laquelle l'invité soumettait son témoignage (à cette occasion concernant des affaires *sub iudice*) à un détecteur de mensonges, pour montrer qu'il ne mentait pas.

Le Tribunal constitutionnel a rappelé que les jugements parallèles peuvent s'immiscer dans le cours de la procédure pénale, préjuger et nuire à la défense au sein de la procédure, et léser certains droits substantiels, tels que ceux protégés par l'article 18 CE¹³⁵. Ils peuvent, en définitive, « aller jusqu'à porter atteinte, selon leur teneur, finalité et contexte, à l'impartialité ou à l'apparence d'impartialité des juges et des tribunaux, car la publication d'états d'opinion supposés ou réels sur le procès et la décision peut influencer la décision qui doit être adoptée par les juges, en même temps qu'elle peut faire intervenir la procédure des informations sur les faits qui ne sont pas établis par les garanties offertes par les voies procédurales »¹³⁶. Le Tribunal a aussi affirmé que l'on ne peut pas considérer comme une information véridique celle qui, sans se limiter à faire connaître l'existence d'une procédure pénale, fait sienne une version des faits dans laquelle on part de l'implication effective de l'affecté dans un délit¹³⁷.

Mais comme on peut voir, les cas rapportés jusqu'ici montrent une plus grande confrontation avec les droits de la défense qu'avec la protection constitutionnelle de l'intimité. De ce point de vue, est intéressante la Sentence TC 187/1999, du 25 octobre¹³⁸, dans laquelle était en question la légitimité de l'ordonnance judiciaire qui empêchait l'émission d'un programme sur un détecteur de mensonge, dans lequel intervenait une institutrice pour donner des détails sur la vie privée de ses célèbres employeurs. Celle-ci avait déjà diffusé préalablement quelques détails de leur vie familiale dans une revue, acte contre lequel un recours avait été exercé contre elle pour délit présumé d'injures et de calomnies. Le Tribunal constitutionnel considère légitime l'ordonnance judiciaire contestée, laquelle visait à empêcher, d'une façon préventive et temporaire, la diffusion d'une information qui pouvait porter atteinte à certains droits fondamentaux et qui était sanctionnable du

134 Sentence TC 18/1999/4, du 22 février (BOE 65, du 17 mars).

135 Ordonnance TC 195/1991/6, du 26 juin.

136 Sentence TC 136/1999/8, du 20 juillet (BOE du 18 août). En outre, personne ne peut nier que la capacité de pression et d'influence est même bien plus grande quand les déclarations versées dans les médias sur des procédures en cours portent sur des membres importants des autres pouvoirs publics de l'Etat (idem).

137 Sentence TC 6/1996/5, du 16 janvier (BOE 43, du 19 février), laquelle fait aussi référence à la doctrine du reportage neutre. Cet avis n'est pas partagé par le magistrat Vicente Gimeno Sendra, qui s'exprime à travers son opinion dissidente à laquelle adhère Pedro Cruz Villalón.

138 BOE du 18 novembre.

point de vue pénal. L'adoption d'une telle mesure provisoire servait à protéger divers droits et intérêts, parmi lesquels le droit à l'intimité d'un mineur, et par celle-ci l'organe judiciaire avait correctement pondéré le conflit existant entre ces droits et les libertés d'expression et d'information ¹³⁹.

II. LE REGIME DE PROTECTION DU SECRET DE LA VIE PRIVÉE

A – La dimension constitutionnelle de la protection : le droit au secret de la vie privée est-il un droit fondamental ?

En Espagne le droit à l'intimité est certainement un droit fondamental. Mais pour saisir exactement la portée de cette affirmation, il faut rappeler certains des éléments déjà évoqués, en renvoyant aux développements précédents. Nous avons déjà indiqué que l'intimité pouvait être conçue comme un bien juridique constitutionnellement protégé et comme un droit fondamental. Cette distinction est importante car, comme il a déjà été dit, elle permet de comprendre, d'une part, que l'intimité soit aussi protégée par des droits fondamentaux tels que l'inviolabilité du domicile ou le secret des communications, et d'autre part, que ces droits assurent leur fonction en protégeant certains domaines (le domicile et les communications, respectivement), ce qui se projette dans la protection formelle de l'intimité. Dès lors, il suffit de montrer qu'une atteinte illégitime à n'importe lequel de ces deux domaines s'est produite pour présumer violée l'intimité (présomption *iuris et de iure*). Cependant, comme on le sait, quand le droit reconnu à l'article 18.1 CE est invoqué, il est alors nécessaire de montrer qu'une violation matérielle dans notre intimité s'est produite.

Le concept d'intimité utilisé par le constituant espagnol est d'ailleurs plus strict que celui retenu par d'autres textes constitutionnels et internationaux voisins, concernant la vie privée et la *privacy*. Nonobstant, cette portée plus réduite du droit à l'intimité formulé en Droit constitutionnel espagnol s'accompagne, de façon cohérente, d'une plus grande intensité de la protection constitutionnellement offerte. On le voit, par exemple, dans la possibilité que la loi autorise par elle-même la fouille des domiciles en Allemagne, qui ne peut pas être qualifiée d'illogique si on tient compte du fait que la protection du droit reconnu à l'article 13 LFB vise aussi les ateliers et les usines.

On pourrait donc conclure que l'on est en face d'un droit très strict quant à son contenu et sa portée, de fondement libéral, mais très intense dans sa protection.

B – La conciliation du secret de la vie privée avec d'autres droits fondamentaux (notamment la liberté de la presse).

Il est évident qu'il existe un conflit potentiel entre les droits recueillis dans le premier alinéa de l'article 18 CE et les libertés d'expression et d'information (article 20.1. tirets a et d), tel que l'article 20.4 CE lui-même le met en relief. Avant d'examiner de tels conflits, il faut, de même, introduire quelques considérations, schématiques, à propos de ces libertés, et particulièrement en ce qui concerne la liberté d'information, étant donné que le Tribunal constitutionnel a considéré que

139 *Ibidem*, fondements juridiques 10 à 14.

celle-ci présente une position prééminente - non hiérarchique- sur les droits de l'article 18 CE ¹⁴⁰.

Pour quelques auteurs, la liberté d'expression est la projection externe de la liberté idéologique, et de ce fait il s'agit d'un droit illimité. D'autres auteurs mettent spécialement l'accent sur la dimension externe de cette liberté, et dans cette logique sur le caractère limité de la possibilité de la rendre compatible avec ce même droit fondamental et les autres droits fondamentaux des tiers. Ce qui est clair est que la liberté d'expression garantit la libre manifestation de la pensée, des idées et des opinions. Ce droit a deux volets, positif et négatif. Du point de vue du premier, la liberté d'expression permet d'exprimer des opinions, ainsi que de les défendre et de les diffuser, en essayant d'atteindre des adeptes et des prosélytes ¹⁴¹. Le volet négatif de la liberté d'expression protège la non-manifestation de la propre pensée. C'est le droit au silence, expressément consacré par l'article 16.2 CE (« personne ne pourra être obligé à déclarer sur son idéologie, sa religion ou ses croyances »).

La liberté d'information n'intéresse pas la pensée, les idées ou les opinions. Elle est liée aux faits, et protège avec une intensité spéciale les professionnels de l'information, les journalistes, et c'est pour cette raison qu'il y a une règle pour évaluer leur diligence. Le Tribunal constitutionnel n'exige pas que tout ce qui est publié soit vrai car, comme il l'a lui-même signalé, « si l'on imposait la *vérité* comme condition pour la reconnaissance du droit, alors la seule garantie de la sécurité juridique serait le silence » ¹⁴². Le Tribunal constitutionnel exige, en revanche, que l'information diffusée soit vraisemblable (*veraz*). Cette caractéristique implique que ne soit pas protégé le journaliste qui a agi avec « mépris de la véracité ou fausseté quant à ce qui a été communiqué », mais est protégée l'information obtenue droitement et diffusée, « bien qu'elle soit inexacte, pourvu qu'ait été observé le devoir de vérifier sa véracité à travers les enquêtes opportunes propres à un professionnel diligent » ¹⁴³. La véracité suppose « une diligence spéciale assurant le sérieux de l'effort informatif » ¹⁴⁴, et ne peut pas être compromise du fait que les faits rapportés ne seraient soumis ni à des exigences d'objectivité ¹⁴⁵, ni à des exigences de réalité incontournables ¹⁴⁶.

La jurisprudence du Tribunal constitutionnel concernant la liberté d'information peut être examinée selon une autre perspective matérielle. De ce point de vue, le Tribunal a jugé que l'article 20 ne protège ni contre l'insulte ni contre le jugement de valeur formellement injuriant ou non nécessaire. Il permet, en revanche, l'opinion, entendue comme un jugement de valeur personnel qui ne soit pas formellement injuriant, bien qu'elle puisse être ce que la Cour de Strasbourg a appelé

140 Sentence TC 240/1992/3, du 21 décembre (BOE 17, du 20 janvier 1993). Une telle dimension se trouve singulièrement qualifiée au sein de la procédure judiciaire (Sentence TC 113/2000/4, du 5 mai, BOE du 7 juin).

141 Quoique l'article 607.2 du code pénal en vigueur ait imposé une limitation, en établissant comme délit, punissable d'une peine de prison, de un à deux ans, « la diffusion par n'importe quel moyen d'idées ou de doctrines qui nient ou qui justifient les délits » de génocide (destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux), ou « qui poursuivent la réhabilitation de régimes ou d'institutions tolérant des pratiques génératrices de ces délits ».

142 Sentence TC 28/1996, du 26 février (BOE 80, du 2 avril), entre autres.

143 Sentence TC 178/1993/5, du 31 mai (BOE 159, du 5 juillet).

144 Sentence TC 41/1994/3, du 15 février (BOE 65, du 17 mars).

145 Sentence TC 143/1991/6, du 1 juillet (BOE 174, du 22 juillet).

146 Sentence TC 41/1994/3, du 15 février (BOE 65, du 17 mars).

des opinions inquiétantes ou blessantes¹⁴⁷, pouvant s'exprimer à travers la satire, l'ironie ou la moquerie¹⁴⁸. Par ailleurs, la liberté d'information pourrait s'articuler autour de l'information, entendue comme récit vraisemblable de faits et portant sur des événements dotés d'une importance publique¹⁴⁹.

Même brièvement, il faut aussi faire référence à la notion de *reportage neutre*, applicable à «ces cas dans lesquels un média ne fait que rendre compte de déclarations ou d'affirmations de tiers qui peuvent porter atteinte aux droits de l'art. 18.1 CE» (Sentence TC 232/1993/3). Dans ces hypothèses, et ceci est la conséquence la plus importante, le Tribunal a considéré que le devoir de diligence se voit satisfait «par la constatation de la vérité du fait de la déclaration», mais il ne s'étend pas en principe à la constatation de la vérité de ce qui a été déclaré, car une telle responsabilité ne serait exigible, en règle générale, que de l'auteur de la déclaration¹⁵⁰. Nonobstant, il a aussi été dit qu'«un reportage de contenu neutre peut cesser de l'être s'il reçoit des dimensions informatives à travers lesquelles le moyen contredit en fait la fonction de simple voie de transmission du message»¹⁵¹.

En tout cas, le contenu de l'information se développe dans le cadre de l'intérêt général¹⁵²; raison pour laquelle la liberté d'information ne peut pas être alléguée pour protéger des expressions ou des affirmations portant atteinte à des personnes ou des faits qui manquent d'importance publique¹⁵³. Surtout quand de telles allégations interviennent dans le domaine de l'intimité constitutionnellement protégé.

Une fois examinés les éléments fondamentaux des libertés d'expression et d'information constitutionnellement garanties, on peut analyser de quelle façon ceux-ci affectent les droits à l'honneur et à l'intimité. Nous avons déjà indiqué quelques différences existantes entre ces deux droits. Aux deux différences alors citées (concernant leur titulaire et leur portée), il faut en ajouter une troisième, particulièrement intéressante dans le cadre de ces développements car elle se réfère à la protection de l'intimité face à la liberté d'expression et, spécialement, face à la liberté d'information. Car, tandis que les restrictions touchant l'honneur peuvent se justifier par rapport à la véracité recherchée par le journaliste (article 20.1.d CE),

147 Sentences TC 62/1982, du 15 octobre (BOE 276, du 17 novembre); 65/1991, 85/1992, du 8 juin (BOE 157, du 1 juillet), 336/93, du 15 novembre (BOE 295, du 10 décembre) et 6/2000, du 17 janvier (BOE du 18 février).

148 V. les Sentences TC 170/94, du 7 juin (BOE 163, du 9 juillet), 176/95, du 11 décembre (BOE 11, du 12 janvier 1996) et 110/2000/7, du 5 mai (BOE du 7 juin).

149 À ce sujet, on peut consulter la Sentence TC 154/1999, du 14 septembre (BOE du 19 octobre), sur les informations (véridiques) versées à propos d'un suspect dans une affaire d'éventuels abus sexuels sur des personnes handicapées psychiques. Est aussi très intéressante la récente Sentence TC 21/2000/8, du 31 janvier (BOE du 3 mars) car elle examine la différente étendue du droit à l'honneur des personnes occupant de hautes responsabilités ministérielles par rapport à d'autres sujets, tels que les entrepreneurs privés. Le Tribunal considère qu'un journal ne peut pas profiter des accusations graves fondées sur des sources indéterminées, car celles-ci sont considérées, en principe, insuffisantes pour considérer comme réalisée l'exigence constitutionnelle de véracité (idem). V. aussi les Sentences TC 11/2000, du 17 janvier (sur les critiques contre un maire, BOE du 18 février). Toute autre chose, comme le montre la Sentence TC 112/2000/9, du 5 mai (BOE du 7 juin), est le fait qu'à propos de la critique d'un personnage politique, on rende compte de données privées, relatives à sa femme, qui, jusque là, manquaient de tout intérêt public.

150 Sentences TC 22/1995/3, du 30 janvier (BOE 50, du 28 février) et, dans le même sens, 232/1993, du 12 juillet (BOE 192, du 12 août).

151 Sentence TC 41/1994/4, du 15 février (BOE 65, du 17 mars). V. aussi la Sentence TC 115/2000/7, du 10 mai (BOE du 7 juin).

152 V. la Sentence TC 320/1994, du 28 novembre (BOE 310, du 28 décembre).

153 En ce qui concerne les faits, v. la Sentence TC 22/1995/1, du 30 janvier (BOE 50, du 28 février) et 115/2000/10, du 10 mai (BOE du 7 juin).

celle-ci ne suffit pas à éviter la violation du droit à l'intimité, ne pouvant alors être mesurée que la portée publique du fait divulgué; c'est-à-dire, que sa diffusion, même étant véridique, doit être nécessaire en fonction de l'intérêt public de l'affaire objet de l'information ¹⁵⁴.

Cette affirmation est essentielle pour bien comprendre comment le droit à l'intimité opère comme critère de délimitation des libertés d'expression ou d'information. Si l'éventuel conflit entre les libertés de l'article 20 et l'honneur est résolu, tout d'abord, en examinant si l'information apportée était véridique, l'atteinte à l'intimité présuppose une telle véracité. Ce qui est contrôlé par le Tribunal constitutionnel c'est que « sa communication à l'opinion publique, même véridique, soit nécessaire en fonction de l'intérêt public de l'affaire sur laquelle on informe » ¹⁵⁵. En d'autres termes, « l'élément décisif est l'importance publique du fait divulgué, que sa *révélation* soit justifiée en fonction de l'intérêt public de l'affaire sur laquelle on informe, ou si l'on veut, de l'intérêt légitime du public pour sa connaissance » ¹⁵⁶. Pour cette raison, « s'agissant de l'intimité, la véracité n'est pas palliative, mais présupposée, en tout cas, de la violation » ¹⁵⁷, car « la préservation de ce réduit d'immunité ne peut céder, s'agissant du droit à l'information, que si ce qui est diffusé intéresse, par son objet et par sa valeur, le domaine public, qui ne coïncide pas, naturellement, avec ce qui peut susciter ou réveiller, simplement, la curiosité des autres » ¹⁵⁸.

D'autre part, l'exercice de l'intimité est aussi réglementé conformément à sa nature. Cela suppose que si quelqu'un célèbre fait des déclarations à propos, par exemple, de l'adoption de son enfant et qu'un média les dément d'une façon véridique, personne ne pourra alors alléguer quelque droit fondamental que ce soit ¹⁵⁹.

154 Les Sentences TC 171/1990 et 172/1990 (toutes deux du 12 novembre et publiées au *BOE* 287, du 30 novembre) analysent si les articles publiés par *El País* et *Diario 16*, respectivement, concernant la personnalité et la capacité d'un commandant, pilote d'un avion sinistré en 1985 dans les alentours de l'aéroport de Sondica (Bilbao), ont entraîné une intrusion illégitime dans l'intimité, l'honneur et la mémoire du défunt. La réponse donnée par le Tribunal constitutionnel à ces deux recours est différente, car dans l'article du second de ces journaux, il était dit que ce pilote, marié et père de plusieurs enfants, « habitait avec une autre femme, hôtesse d'Iberia, qui est enceinte de sept mois ». Cette affirmation, selon le Tribunal, « si elle est vraie, pourrait, peut-être, dans certaines circonstances, être protégée par le droit d'informer, si elle était relative à une personne publique, [mais] elle ne peut absolument pas être justifiée dans la présente affaire, car il s'agit d'une personne privée, dont la participation dans un fait d'intérêt général lors de l'exercice de sa profession, peut autoriser la personne informant à critiquer sa personnalité en tant que gestionnaire du service public de transport aérien, mais non à fournir à la curiosité de l'opinion publique des aspects réservés de sa vie privée la plus intime, lesquels n'ont pas du tout la moindre relation avec l'information, d'autant plus qu'il s'agit d'une personne décédée, dont la mémoire, conformément au sentiment social dominant, mérite le plus grand respect » (Sentence TC 172/1990). V., aussi, les Sentences TC 197/1991/2, du 17 octobre (*BOE* 274, du 15 novembre) et 20/1992/3, du 14 février (*BOE* 66, du 17 mars).

155 Sentence TC 172/1990/3, ci-dessus cité. V. aussi les Sentences TC 197/1991/2, du 17 octobre (*BOE* 274, du 15 novembre) et 20/1992/3, du 14 février (*BOE* 66, du 17 mars).

156 Sentence TC 197/1991/3.

157 Sentence TC 20/1992/3.

158 *Idem*.

159 Comme le Tribunal constitutionnel l'a jugé, « celui qui volontairement fait connaître au public certains faits concernant sa vie familiale les fait sortir du domaine de son intimité et doit faire face au risque résultant du fait que si le journaliste peut constater la véracité de ces faits et rectifier les erreurs ou faussetés de l'information spontanément fournie par les personnes affectées, le droit à l'information l'emportera sur la protection de l'intimité par rapport aux faits de l'adoption divulgués par les propres personnes concernées » (Sentence TC 197/1991/4). Nonobstant, il est clair que la personne fournissant l'information ne peut pas aller plus loin, en

En ce qui concerne le conflit éventuel qui peut apparaître du fait de la publication de photographies dans la presse, nous renvoyons à ce qui a été indiqué *supra*, en matière de droit à la protection de son image¹⁶⁰.

III – SECRET DE LA VIE PRIVEE, CONSTITUTION ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

A – Les atteintes au secret de la vie privée liées aux nouvelles technologies.

1 - La protection des données personnelles : Internet, téléphones portables, cartes informatisées

La protection des données personnelles a été réglementée, tout d'abord par la jurisprudence, puis par le législateur, d'une façon très large en Espagne, donnant naissance, ainsi, à un authentique droit d'autodétermination informative, dont la portée ne pouvait pas avoir été déduite directement de la Constitution. Dès lors, ce droit n'a pas été particulièrement affecté par les dernières nouveautés technologiques. En tout cas, il peut être intéressant de rappeler l'arrêt du Juge de première instance n° 46 de Madrid du 29 novembre 1999, qui a considéré nulles plusieurs clauses du contrat d'adhésion d'une entreprise fournissant des services sur l'Internet, spécialement celle qui permettait à celle-ci de transmettre à d'autres compagnies du même groupe les données personnelles du client et, ce qui peut être plus délicat, les données des recherches faites sur l'Internet¹⁶¹.

En ce qui concerne l'inviolabilité du domicile, même s'il est évident que l'article 18.2 CE semble faire référence à l'entrée physique de quelqu'un, le Tribunal constitutionnel a indiqué qu'il est nécessaire d'interdire « toute sorte d'intrusion [domiciliaire], y compris celles pouvant être réalisées sans pénétration directe au moyen d'appareils mécaniques, électroniques ou analogues »¹⁶².

Par rapport au secret des communications, il est opportun de rappeler qu'il y a quelques années, une polémique a vu le jour lors de la diffusion d'une conversation d'un politicien espagnol connu réalisée à travers un téléphone cellulaire. On examinait, alors, si était applicable la disposition du Code Pénal sanctionnant, à l'époque, l'interception des communications, ce qui était discutable pour quelques-uns parce que cela signifiait une interprétation extensive d'une norme pénale (car s'appliquant à un terminal mobile et se référant à la diffusion et non strictement à l'interception de la conversation). Peut-être du fait de cette affaire la réglementation du délit de découverte et de révélation de secrets en vigueur est-elle très large et mentionne-t-elle expressément les messages de la poste électronique et l'interception des télécommunications¹⁶³.

incluant indûment des données et des détails personnels, strictement privés et appartenant au domaine de l'intimité, qui ne constituent pas une affaire d'intérêt général, ni ne contribuent à la formation de l'opinion publique (*idem*).

160

Chapitre I.B.1.

161

FJ 3° I, RJ 1999\2212.

162

Sentence TC 22/1984/5, du 17 février (BOE 59, du 9 mars). V. aussi la Sentence TS -salle 2°- du 6 mai 1993 -FJ 2°, RJ 1993\3854. Cependant, le droit fondamental n'est pas mis en cause quand les faits sont perçus par des moyens naturels à travers les fenêtres d'une habitation (Sentence de la même salle du 15 avril 1997 -FJ 1, RJ 1997\2824).

163

Article 197 du code pénal. Il faut indiquer que le Tribunal constitutionnel avait déjà précisé à plusieurs reprises que l'observation des télécommunications suppose une ingérence grave dans le domaine de l'intimité personnelle (la Sentence TC 85/1994/3, du 14 mars (BOE 89, du 14 avril).

Nous pouvons prévoir une augmentation, à court terme, du flux normatif et jurisprudentiel relatif à la protection de l'intimité par rapport aux nouvelles technologiques, en envisageant des problèmes déjà annoncés par la doctrine, tels que ceux concernant la légitimité de l'usage de la cryptographie dans l'Internet ¹⁶⁴ et les violations des dispositions juridiques et constitutionnelles éventuelles qui ont lieu en dehors de nos frontières ¹⁶⁵.

2 - La vidéosurveillance

En Espagne, à la différence de ce qui s'est passé en France, l'élaboration et l'adoption de la Loi organique 4/1997, du 4 août, qui régit l'utilisation de Caméras Vidéo par les Forces et Corps de Sécurité dans les Lieux Publics, n'a généré ni un grand débat social ni doctrinal. Tout d'abord, il faut examiner les prévisions contenues dans cette loi, laquelle soumet l'installation de caméras fixes à l'autorisation préalable, concrète, motivée et révocable du Délégué du Gouvernement, avec avis favorable préalable d'un organe collégial composé de magistrats et de délégués de l'administration. Le responsable provincial supérieur des Forces et Corps de Sécurité de l'Etat pourra autoriser l'emploi de caméras mobiles, en avertissant immédiatement le Comité Consultatif. L'utilisation des caméras vidéo est soumise dans la loi au principe de proportionnalité, sous son double aspect d'aptitude (son usage doit être adéquat) et d'intervention minimale (ce qui exige la pondération entre le but concret recherché et l'affectation possible aux droits constitutionnels de l'article 18.1 CE). La loi prévoit aussi une série de garanties, comme le délai de conservation des enregistrements (un mois), le devoir de réserve des employés, etc.

En toute hypothèse, le juriste doit aussi se préoccuper de l'application pratique des normes, et de ce point de vue, il est opportun d'indiquer que dans ce cas, une telle application est nulle. Dans très peu d'administrations ont été créés les registres prévus par la loi, et là où cette mesure a été adoptée, le pourcentage des caméras urbaines existantes qui ont été inscrites est infime. L'utilisation policière des caméras existantes pour contrôler le trafic, pour incriminer un présumé terroriste n'a pas non plus été contestée, bien qu'une telle mesure devrait, selon nous, avoir été préalablement autorisée par le juge d'instruction compétent ¹⁶⁶.

3 - Le patrimoine génétique face aux enquêtes judiciaires, au secret médical et au droit des assurances

En ce qui concerne les procédures de filiation, le père présumé ne peut pas invoquer le droit à l'intimité pour refuser de se soumettre aux examens médicaux pertinents. L'analyse hématologique ne porte pas atteinte à l'intimité du fait des moyens employés, et le citoyen ne peut pas refuser de s'y soumettre puisqu'ils sont

164 V. FERNANDEZ ESTEBAN María Luisa, *Nuevas tecnologías, internet et derechos fundamentales*, McGraw-Hill. Madrid, 1998, p. 145 et ss.

165 On peut songer à des questions diverses, comme les sites ou pages web qui portent atteinte à des droits fondamentaux et qui ont été créés à l'étranger ou l'éventuelle existence du célèbre réseau Echelon, sur laquelle le Parlement européen est en train de discuter (v. http://www.webislam.com/98/23_02_08.HTM).

166 La référence jurisprudentielle la plus importante concernant l'utilisation de caméras sur la voie publique a eu lieu dans l'affaire relative à la brutale agression dont a été victime un policier autonome basque (Sentence TS -salle 2^e- du 27 février 1996 -FJ 3^e, RJ 1996\1394); dans cette affaire et dans d'autres sentences antérieures, le Tribunal Suprême a admis l'efficacité probatoire de tels enregistrements vidéo.

justifiés par une cause prévue dans la loi (article 127 CC, et possédant un appui constitutionnel, articles 14 et 39.2 CE), pourvu qu'ils apparaissent indispensables pour établir la filiation et pourvu que l'on pondère le dommage causé à l'intimité par rapport au but poursuivi par la mesure, ce qui doit avoir un écho dans la motivation judiciaire¹⁶⁷. Car dans ces hypothèses, l'intérêt social et l'ordre public l'emportent¹⁶⁸, et donc le refus de se soumettre aux examens de paternité ne peut pas se justifier¹⁶⁹. Bien que ce refus ne puisse pas être interprété comme une *ficta confessio* « étant donné que la loi ne le déclare pas ainsi, il constitue un indice qualifié qui, ajouté à d'autres moyens de preuve, doit conduire à déclarer l'existence de la paternité en question, de plus si on tient compte des intérêts constitutionnels en présence »¹⁷⁰.

D'autre part, même si la Sentence TC 215/1994 ne mentionne pas expressément le droit à l'intimité, il est permis de penser que le plein exercice de celui-ci, et d'autres droits, par les personnes handicapées psychiques justifie que, dans certaines occasions et sous des conditions déterminées, ceux-ci puissent être stérilisés¹⁷¹.

Le Tribunal Suprême s'est référé, dans une sentence relativement récente, aux droits au libre développement de la personnalité (*sic*) et à connaître son héritage génétique¹⁷². Les faits avaient trait à la détermination de la validité du désir, exprimé par une femme célibataire enceinte, de renoncer, sous couvert de certaines dispositions réglementaires, à sa fille future, en cachant son identité, tant au regard du Registre Civil que par rapport aux éventuelles procédures d'accueil et d'adoption qui pourraient avoir lieu. Le Tribunal Suprême entend qu'est nulle la renonciation de la jeune femme par rapport à l'accueil et à l'adoption (car le Code Civil exigeait que le consentement soit exprimé au moins trente jours après l'accouchement), et que cette nullité atteint la totalité du document par elle signé¹⁷³. En fait, le Tribunal considère que la disposition réglementaire permettant que les femmes célibataires renoncent à leurs enfants, et qui permettait alors l'inscription « filiation inconnue » avait été abrogée par la Constitution (concrètement, par le principe d'égalité, le droit à enquêter sur la filiation, articles 14 et 39.2 CE, et parce que le fœtus n'aurait pas de moyens d'action¹⁷⁴).

Une question différente est relative à l'anonymat établi par la Loi 35/1988, du 22 novembre, en matière de Techniques de Reproduction Assistée, par rapport aux donneurs. De l'avis du Tribunal constitutionnel, un tel anonymat n'est pas toujours absolu et sert à concilier le nécessaire recueil des gamètes avec le droit à l'intimité des donneurs¹⁷⁵.

Par ailleurs, aucun matériel jurisprudentiel ou normatif n'a été suscité par le conflit latent entre la protection de l'héritage génétique, le secret médical et le Droit des assurances. Ce conflit est encore plus large puisqu'il met en opposition le droit à l'intimité personnelle avec la réalisation et les résultats de certains examens d'expertise (évidemment médicaux). De ce point de vue, on peut imaginer quelques questions. Le médecin est-il obligé de dévoiler qu'un patient souffre d'une certaine

167 Sentence TC 7/1994/3 et 4, du 17 janvier (BOE 41, du 17 février).

168 Sentence TS -salle 1^{ère}- du 24 octobre 1996 -FJ 3^e, RJ 1996/8357.

169 Ordonnances TC 103/1990/4, du 9 mars, et 221/1990/3, du 31 mai.

170 Sentence TS -salle 1^{ère}- du 3 septembre 1996 -FJ 1^{er}, RJ 1996/6499.

171 Sentence TC 215/1994/4, du 14 juillet (BOE 197, du 18 août). V. L'Ordonnance postérieure TC 261/1998, du 24 novembre.

172 Sentence TS -salle 1^{ère}- du 21 septembre 1999 -RJ 1999/6944.

173 FJ 4^e.

174 FJ 5^e.

175 Sentence TC 116/119/15, du 17 juin (BOE du 8 juillet).

maladie ? Même si cela porte préjudice au secret médical, il est possible de légitimer l'action du médecin quand celle-ci cherche à protéger d'autres droits ou biens constitutionnellement importants. Cela serait le cas, par exemple, quand le patient est porteur d'une maladie très contagieuse et grave. D'autres problèmes peuvent se poser, même si la jurisprudence ne paraît pas s'en être occupé, du fait des agissements des compagnies d'assurances quand, lors d'un conflit avec les clients, doivent intervenir devant l'arbitre ou tribunal de justice adéquat, des rapports médicaux établis par leurs experts ¹⁷⁶. Ces questions n'ont pas fait, pour le moment, l'objet d'une véritable attention en Espagne.

B - Une protection constitutionnelle à construire ?

Les droits fondamentaux qui protègent l'intimité présentent, comme nous l'avons déjà signalé, une importante dimension culturelle, et par conséquent sont, d'une certaine façon, des droits socialement disponibles, liés à des valeurs et des principes changeants. Même s'il n'est pas facile de prévoir le sens de l'évolution de ces droits, on peut oser quelques réflexions en ce sens.

D'un point de vue général, il a été fait référence, à plusieurs reprises, à la force expansive des droits fondamentaux, lesquels pénètrent chaque fois plus fortement dans des domaines considérés, en principe, comme étrangers à leur sphère de protection. Ainsi, par exemple, il est habituel que la doctrine espagnole et comparée étudie la réglementation relative à la vidéo surveillance à la lumière du droit à l'intimité, quoique strictement il soit difficile de concevoir le régime de ce droit sur la voie publique. La portée effective du droit à l'autodétermination informative de l'article 18.4 CE a connu aussi un élargissement, limitant l'usage des fichiers des données personnelles, même non automatisés, et se développe actuellement à travers de nouvelles facultés (comme le droit d'opposition, récemment incorporé à l'ordre juridique espagnol).

Il faut aussi prendre en considération le phénomène de la conception en termes économiques des droits fondamentaux. C'est, à notre avis, à travers cette voie que l'on peut comprendre correctement la reconnaissance de certains droits qui protègent l'intimité des personnes juridiques, comme l'honneur ou l'inviolabilité du domicile. Cela explique aussi le fait que la défense de l'honneur s'exprime dans la pratique, presque toujours, à travers la voie civile de la Loi organique 1/1982.

Finalement, on peut penser qu'à moyen terme aura lieu une homogénéisation du contenu des droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne. Ce n'est pas précisément l'inspiration confuse de la Charte des droits fondamentaux élaborée au sein de l'Union qui appuie cette hypothèse; celle-ci trouve sa justification dans la conception en termes économiques des droits fondamentaux, laquelle entraîne des effets, inévitablement, sur la concurrence dans le marché intérieur, clé de voûte authentique de la construction européenne. Tant que le régime étatique distinct des droits fondamentaux pourra produire des inégalités sur le marché, il est raisonnable de considérer que les institutions communautaires essayeront de rééquilibrer les positions des entreprises concernées. Un bon terrain d'essai peut être l'uniformité procédurale européenne, sans cesse souhaitée, en ce qui concerne fondamentalement les délais de recours légalement prévus et l'existence même de ces recours.

176 La seule référence jurisprudentielle ayant un petit rapport avec cette question est, à notre connaissance, la Sentence TS -salle 2- du 5 février 1997 -RJ 1997698, concernant un cas dans lequel une personne avait essayé de tromper sa compagnie d'assurances en brûlant sa maison.

Ce n'est pas donc une conclusion excessivement osée que de souligner que la protection de l'intimité dans le siècle qui commence sera probablement plus large que celle de nos jours (et bénéficiera, par exemple, déjà clairement, aux personnes morales). La plus grande portée matérielle de l'intimité sera accompagnée, de manière prévisible, de plus grandes exceptions et limitations aux droits fondamentaux qui la garantissent. Le temps nous dira si ces prédictions sont correctes, et dans quelle mesure elles le sont.

NOTE DOCTRINALE ¹⁷⁷.

La bibliographie concernant les matières examinées dans ce travail est, tout simplement, inabordable. Je me limite donc à relever les références doctrinales les plus significatives relatives au régime constitutionnel espagnol des droits protégés par l'article 18 CE.

Les droits à l'intimité, à l'honneur et à la protection de son image : CONCEPCION RODRIGUEZ J.L., *Honor, intimidad e imagen : un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Bosch. Barcelona, 1996 ; HERRERO TEJEDOR F., *Honor, intimidad, propia imagen*. Madrid, Colex, 1990 ; VV.AA., *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada et familiar*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996 ; BALAGUER CALLEJON M.L., *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992 ; ALEGRE MARTINEZ M.A., *El derecho a la propia imagen*. Tecnos, Madrid, 1997.

Le droit à l'inviolabilité du domicile : GARCIA TORRES J., « Derecho a la inviolabilidad del domicilio ». En VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. II. Civitas. Madrid, 1985 ; GARCIA TORRES J., « El artículo 130 de la Ley General Tributaria a la luz de la Constitución ». *Poder Judicial* 18 (1990) (p. 39) ; GONZALEZ-TREVIJANO P.J., *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos, Madrid, 1992 ; MATIA PORTILLA F.J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill. Madrid, 1997 ; NIETO GARCIA A., « Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria ». *Revista de Administración Pública* 112 (1987) (p. 151) ; QUINTANA LOPEZ T., « Un paso más hacia la delimitación del de la inviolabilidad del domicilio en nuestro Derecho ». *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica* 229 (1986).

Le droit au respect des communications : JIMENEZ CAMPO J., « La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones ». *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (1987) ; LOPEZ BARBA DE QUIROGA J., *Las escuchas telefónicas et la prueba ilegalmente obtenida*. Akal, Madrid, 1989 ; MARTIN MORALES R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Civitas. Madrid, 1995 ; MATIA PORTILLA F.J., « Legislador, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril) ». *Revista Española de Derecho Constitucional* 58 (2000), p. 245 et suiv.

La liberté informatique : CASCAJO CASTRO J.L., « Motivos de inconstitucionalidad de la LO 5/1992, de 29 octobre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ». En VV.AA., *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1997 ; FERNANDEZ ESTEBAN M.L., *Nuevas*

¹⁷⁷ La jurisprudence relative à chacun des droits étudiés, ainsi que la législation d'application, sont citées dans les paragraphes correspondants du Rapport.

tecnologías, internet et derechos fundamentales. McGraw-Hill. Madrid, 1998 (p. 145 et suiv.) ; HEREDERO HIGUERAS M., *Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal : comentario y textos*. Tecnos. Madrid, 1996 ; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA P., *Informática et protección de datos personales* (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993 ; ORTI VALLEJO A., *Derecho a la intimidad e informática*. Comares. Granada, 1994 ; PESO NAVARRO E del, *Ley de Protección de Datos*. Ed. Díaz de Santos. Madrid, 2000 ; RODRIGUEZ RUIZ B., *El secreto de las comunicaciones : tecnología e intimidad*. McGraw-Hill. Madrid, 1998.

