Annuaire International de Justice Constitutionnelle

2002

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

XVIII

2002

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

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

2003

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, M. 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 nationale autonome de Mexico, ancien président de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme),* E. Garcia de Enterria *(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), A. Pizzorusso (Pise), 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, M. Aragon Reyes, M. Baudrez, K. Benyekhlef, P. Bon, P. Cambot, P. Caretti, E. Carpentier, E. Déal, F. Delpérée, Th. Di Manno, L. Domingo, L. Garlicki, L. Gay, C. Grewe, C. Gusy, C. Horevoets, M. Hottelier, B. Knapp, A. Laquièze, X. Magnon, W. Mastor, F.J. Matía Portilla, K. Mavrias, P. Mayeur, J. Miranda, S. Nicot, V. Ogier-Bernaud, J.C. Pelaez Gutierrez, R. Pereira, O. Pfersmann, X. Philippe, A. Rasson-Roland, B. Renauld, T.S. Renoux, J.L. Requejo Pagés, G. Scoffoni, C. Severino, E. Smith, J.J. Solozabal, P. Sommermann, D. Torrecillas Ramos, M. Ueno, M. Verdussen, M. Volmerange, C. Vroom, W. Zimmer, l'équipe du CDPC de Toulon.
Traductions : P. Bon, E. Carpentier, J.-M. Gallardo, M. Michalik, B. Plonka, C. Severino.
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
Courriel : gerjc@univ.u-3mrs.fr - *Site du GERJC :* www.gerjc.u-3mrs.fr
Abonnements et ventes : 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,* XVIII-2002, Economica-PUAM.
© Ed. ECONOMICA, 2003
Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution réservés pour tous les pays

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

ÉTUDES

Quelques considérations sur le recours d'*amparo*
par Manuel ARAGON REYES 11

Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis
vu par les penseurs libéraux français du XIXe siècle
par Alain LAQUIÈZE 29

La saisine du Conseil constitutionnel par les droites parlementaires
au cours de la onzième législature (1997-2002)
par Pierre MAYEUR 45

TABLE RONDE

LUTTE CONTRE LE TERRORISME
ET PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX
XVIIIe Table ronde internationale des 13 et 14 septembre 2002

- Allemagne (C. Grewe & K. P. Sommermann) 71
- Belgique (F. Delpérée & M. Verdussen) 91
- Brésil (D. Torrecillas Ramos) 111
- Colombie (J. C. Pelaez Gutierrez) 117
- Espagne (J. J. Solozabal) 151
- États-Unis (C. Vroom) 161
- France (Th. S. Renoux) 195
- Grèce (K. Mavrias) 245
- Italie (P. Caretti) 267
- Japon (M. Ueno) 293
- Norvège (E. Smith) 297
- Portugal (R. Pereira) 305
- Suisse (B. Knapp) 319

Compte rendu des discussions et débats
(L. Domingo) 335

COURS INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

XIVe Cours international du 9 au 12 septembre 2002

Karim Benyekhlef : *Le droit à la vie privée en droit canadien et américain* 374
Francisco Javier Matia Portilla : *Le droit à la protection de l'intimité* 394
Xavier Philippe : *Vie privée et nouvelles technologies* 433
Christoph Gusy : *La théorie des sphères (Allemagne)* 467

CHRONIQUES

ALLEMAGNE (W. Zimmer) 487
BELGIQUE (F. Delpérée, C. Horevoets, F. Moline & B. Renauld) 493
ESPAGNE (E. Alberti, P. Bon, P. Cambot & J.L. Requejo Pagés) 555
ÉTATS-UNIS (G. Scoffoni) 597
FRANCE (L. Gay, X. Magnon, W. Mastor, V. Ogier-Bernaud, C. Severino,) 611
ITALIE (Équipe du CDPC *Jean-Claude Escarras*) 661
JAPON (M. Ueno) 733
NORVÈGE (E. Smith) 737
POLOGNE (L. Garlicki) 745
PORTUGAL (J. Miranda) 761
ROUMANIE (E. S. Tanasescu) 787
SUISSE (M. Hottelier) 821

INDEX 841

LA PROTECTION DE L'INTIMITÉ *

par Francisco Javier MATÍA PORTILLA

I. PRÉSENTATION DU COURS

Mesdames et Messieurs, je voudrais tout d'abord exprimer ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Favoreu, à qui je dois l'honneur de cette invitation, ainsi qu'au Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle qui, chaque année, organise des cours aussi intéressants que celui-ci. Je dois également m'excuser pour la qualité de mon expression en français. En tout cas, et pour cette raison, je remercie mes collègues Ana Isabel Sánchez Ruiz et Carmen Morte Gómez, pour leur aide qui a permis de rendre cette intervention compréhensible, au moins du point de vue linguistique. J'espère réussir à m'exprimer clairement et arriver à me débrouiller pendant le débat, qui reste toujours ouvert.

1.1. Objet du cours

La protection de l'intimité. Nous sommes en présence d'un sujet relativement nouveau, et dont les profils sont assez difficiles à appréhender pour certaines raisons auxquelles je ferais une référence sommaire.

1.1.1. Les problèmes terminologiques : intimité, vie privée, caractère privé, privacité

La première chose qu'il faut remarquer est l'usage de plusieurs concepts pour traiter du sujet qui nous occupe à présent : intimité, vie privée, domaine réservé, privacité... Tous ces mots sont utilisés comme s'ils désignaient la même chose. Et, bien qu'il soit certain qu'ils fassent allusion à des questions proches, on ne peut pas dire, toutefois que, d'un point de vue technique, ils fassent référence à un même concept. Dans mon pays, les notions d'intimité, de caractère privé et de vie privée sont très souvent utilisées comme synonymes. En examinant ce qui s'est produit dans l'État social et démocratique de droit, nous arrivons à la conclusion qu'intimité et vie privée ne sont pas, actuellement, des notions coïncidentes. D'autre part, la privacité n'est qu'un terme pris de l'anglais découlant du concept anglais de la *privacy*.

1.1.2. L'intimité en tant que droit et en tant que catégorie autonome (en tant que bien)

L'intimité n'est pas seulement un droit, elle présuppose quelque chose de préalable. Il peut paraître évident d'affirmer que le droit à la vie protège la vie ; la même construction peut être faite en ce qui concerne le droit à l'intimité. Le problème est que, tandis que la vie peut être définie avec une

---

* Ce texte est celui qui nous a été transmis par l'auteur. Les retranscriptions ne portent que sur le 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3 et le 3.3.

facilité relative d'un point de vue médical, la définition de la portée de la notion d'intimité est une tâche beaucoup plus difficile.

Si je vous demandais si vous considérez qu'un certain nombre de mesures portent atteinte ou non à votre intimité (et veuillez remarquer que je ne parle pas maintenant de votre droit mais de votre intimité), je suis sûr qu'une divergence naîtrait parmi vous. Certains accepteraient, par exemple, que les abonnements de transport public contiennent leurs données personnelles, tandis que d'autres trouveraient cela discutable. Il est débattu aussi de manière récurrente du point de savoir s'il existe, ou non, un droit à l'intimité économique.

En résumé, la sensibilité sociale sur l'intimité a été changeante dans le temps et dans l'espace.

1.1.2.1. La dimension historique de l'intimité

Ceci est, à vrai dire, l'objet de la première partie du cours.

1.1.2.2. La dimension anthropologique de l'intimité

Traiter de la dimension spatiale et anthropologique de l'intimité, est l'occasion de faire une réflexion sur l'importance des droits fondamentaux comme droits *ressentis*. La culture d'un peuple est le produit d'un ensemble de facteurs sociaux, économiques et environnementaux qui définissent leur façon d'être. Les droits fondamentaux font sans doute partie de cette culture, et évoluent en même temps que celle-ci. Nous savons, par exemple, que la vision individualiste de l'être humain a beaucoup à voir avec l'apparition du christianisme, et qu'elle se concrétise avec l'apparition de l'État bourgeois de droit, ou État libéral, qui fait disparaître les vieilles structures collectives (domaines, unions, corporations...) provenant du Moyen Âge. Une telle rupture avec le groupe s'est produite, de manière particulièrement traumatique, dans les territoires de la Nouvelle Angleterre (qui sont devenus, avec le temps, les États-Unis), où les colons ont dû faire face au reste de la population (les Indiens et les voleurs des exploitations agricoles et du bétail). Il est indéniable que cette expérience traumatique contribue à expliquer la différence d'évolution de l'État social en Europe et aux États-Unis.

Ce sont donc les habitudes sociales et anthropologiques du peuple qui détermineront, dans chaque État, quelle intimité doit être préservée. Cette réflexion sert à encadrer un certain nombre de polémiques que nous connaissons actuellement sur la protection que doit recevoir ou non l'utilisation de symboles et de pratiques propres aux différentes cultures et religions, spécialement dans une société marquée par le pluriculturalisme et l'homogénéisation produits par la mondialisation, éléments contradictoires mais contemporains.

1.1.3. La nécessaire interconnexion entre l'intimité en tant que bien et en tant que droit

En revenant à la question de la protection du droit à l'intimité, il faut souligner qu'un tel droit s'étendra, généralement, à ce qui est socialement considéré comme intime. Pensez par exemple à l'apparition dans un journal

d'un torse nu. S'il appartient à un homme, il ne semblera pas, *prima facie*, que l'on a nuit à son intimité, mais la réponse sera probablement différente s'il est féminin. L'origine d'une telle différence de traitement, qui n'est pas en rapport avec le principe d'égalité, est purement culturelle.

Il s'ensuit que pour l'étude du droit à l'intimité, il est indispensable de prendre en considération ce que notre société considère, à chaque moment, comme étant intime. Je vous prie de ne pas oublier cette considération, car elle nous sera utile pour résoudre des problèmes concrets.

1.2. Schéma du cours

1.2.1. L'évolution historique du droit à l'intimité

Si l'on accepte, de manière provisoire, que l'intimité est, dans une certaine mesure, un produit culturel et que sa portée varie selon les pays, l'étape suivante devra être l'examen de l'origine historique du droit à l'intimité, et ensuite de son évolution. Mon objectif est d'essayer de comprendre comment la nécessité de garantir l'intimité est apparue, et comment elle a été articulée tout au long de l'histoire.

Il est vrai qu'effectuer ce parcours historique s'identifie à un voyage infesté de dangers, dans la mesure où cela exige de traiter de manière uniforme des expériences culturelles apparues dans des pays différents et à des moments différents. Mais un tel risque ne me paraît pas suffisant pour renoncer aux enseignements que nous pouvons extraire de cette incursion dans l'Histoire.

1.2.2. La protection de l'intimité actuellement

Nous pourrons ensuite examiner quelle est la protection actuelle de l'intimité. Ce voyage instrumental nous emmènera vers l'étude de divers droits fondamentaux. Si certains présentent des régimes juridiques très cohérents, d'autres révèlent une certaine dose d'indétermination.

Nous parlerons aussi des cas dans lesquels la protection de l'intimité est diluée dans celle d'autres droits subjectifs plus vastes. Nous verrons alors comment l'intimité est, dans une certaine mesure, un concept ouvert et capable de s'adapter à de nouvelles réalités ainsi qu'aux défis auxquels l'intimité est soumise aujourd'hui.

2. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT A L'INTIMITÉ

Comme je vous l'ai déjà signalé, si nous tentons de définir l'intimité, nous mettrons sûrement de côté les définitions précises et préférerons l'emploi de formules larges. Probablement utiliserons nous des termes (vie privée, réserve, sphère réservée) dont la portée a besoin d'être délimitée. Car l'intimité a beaucoup à voir avec la sensibilité anthropologique que chaque peuple (dans le sens technique, comme élément personnel qui intègre l'État) a à chaque moment. Historiquement, c'est tout d'abord la notion d'intimité qui apparaît et, postérieurement, celle de vie privée. Bien que, dans un premier temps, j'utiliserai ces deux mots comme s'il s'agissait de synonymes, nous verrons plus tard qu'il convient de les distinguer.

2.1. Dans l'État libéral

Notre examen doit partir, nécessairement, de l'État libéral car son apparition est allée de pair avec celle des droits fondamentaux, en tant que limite à l'activité des pouvoirs publics.

À cette époque-là, le droit à l'intimité n'apparaît pas dans les textes constitutionnels (dont l'efficacité est, comme c'est bien connu, purement politique, mais non juridique), mais à travers la jurisprudence. Mais, qu'y avait-il avant l'intimité?

2.1.1. Point de départ : le droit de propriété

2.1.1.1. Le caractère central de ce droit dans l'État libéral (La Déclaration des Droits de 1789)

Bien avant de parler d'intimité, il y avait ce qui était le plus typique (et peut-être, d'un point de vue pratique, le plus important) dans l'État libéral : le droit de propriété, conçu au sens très large du terme. C'est bien connu, les révolutions libérales (tout particulièrement, celle vécue en France), qui ont servi à dépasser l'ancien régime, ont placé la bourgeoisie au centre du système socio-économique et politique. En France, un document a été élaboré, dont la pénétration politique et sociale, et aussi juridique, survit de nos jours. Je me réfère, bien évidemment, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce texte est fondé sur trois axes : la liberté (article 4), l'égalité (article 1er) et, surtout, le droit de propriété (article 17). Pour la bourgeoisie, ce dernier droit est fondamental, et il est considéré, dans la Déclaration, comme un droit sacré et inviolable.

L'application effective de la Déclaration française de 1789, et en général, des textes constitutionnels adoptés en Europe continentale, a été incertaine. En effet, comme cela a été dit, de manière synthétique, par un illustre constitutionnaliste espagnol, le professeur Garrorena Morales, dans l'État libéral la bourgeoisie se limite à déplacer le Roi et à occuper sa place. Il s'ensuit qu'en Angleterre, on attribue la souveraineté au Parlement, lequel, comme cela se disait, pouvait tout faire sauf transformer un homme en femme. C'est pour cela que les thèses de Rousseau triomphèrent en France, en vantant la Loi comme expression de la volonté générale, idée qui est inscrite à l'article 6 de la Déclaration précitée.

Cette situation changera dans le cadre de l'État social et démocratique de droit du XXe siècle, dans lequel nous trouvons les Constitutions normatives limitatives des pouvoirs du législateur. La grande exception est la Grande-Bretagne, État qui encore aujourd'hui manque de Constitution normative à proprement parler. Il continue à être paradoxal, toutefois, que le Parlement britannique, qui peut aujourd'hui transformer un homme en femme, soit soumis à de plus grands contrôles (dérivés, outre du fait de son appartenance a l'Union Européenne, des lois de dévolution de pouvoirs aux Assemblées d'Écosse et de l'Irlande du Nord, ainsi que de ceux conférés à l'Assemblée du Pays de Galles et, particulièrement, de l'*Human Rights Act* de 1998).

D'une façon ou d'une autre, dans l'État libéral tout le pouvoir est attribué à un Parlement élu à suffrage restreint, dans lequel, comme le constitutionnaliste espagnol ci-dessus mentionné l'indique, la bourgeoisie parle avec soi même.

Il faut encore rappeler la différence de valeur des déclarations constitutionnelles de droits en Europe continentale et des chartes de droits en Angleterre. Tandis que les premières manquaient, comme il a déjà été dit, de toute virtualité juridique, les secondes, plus modestes dans leurs prétentions (elles n'étaient ni universelles, ni ne reconnaissaient des droits excessifs), étaient toujours appliquées par les juges. Car, si le pouvoir judiciaire était très justement regardé d'un œil méfiant en France, il a joué un rôle fondamental dans la révolution libérale anglaise. En effet, si la révolution anglaise prétendait préserver la tradition face à la réalité, à travers le *common law*, la révolution française, elle, prétendait créer un ordre nouveau.

Je veux donc souligner l'importance du *common law* anglais dans la défense des droits.

2.1.1.2. Du caractère absolu de la propriété française aux premiers arrêts anglais (le common law*) (Jean-Etienne-Marie Portalis et W.H. Wagner) : la* privacy-property

D'une manière générale, si l'égalité et la liberté sont exigées face aux pouvoirs publics, l'invocation de la propriété est absolue et s'impose à tous. En utilisant une terminologie technique, on peut dire que, si les droits liberté et égalité prétendent se former, à l'heure actuelle, comme droits publics subjectifs, dans le sens donné à ce terme par Jellinek, la propriété est articulée, depuis le départ, comme un droit *erga omnes*.

Il est intéressant de rappeler, dans ce contexte, les mots d'un célèbre juriste théoricien et praticien, né pas très loin de cette terre d'Aix-en-Provence, et qui a étudié le droit dans cette même Université. C'est l'insigne juriste Jean-Etienne-Marie Portalis, connu mondialement pour être l'auteur du discours préliminaire du Code civil français. Dans son texte, beau et significatif, Portalis dit « qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre des propriétaires » (1er Pluviôse an IX). Il ajoute, un peu plus tard, que « de bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la prospérité, et la garantie de toute paix publique et particulière ». Après avoir clarifié la distinction entre les lois civiles et les lois pénales (les premières règlent des relations entre citoyens, leur sens étant déterminé par la jurisprudence ; les secondes, règlent de manière claire les problèmes posés entre les citoyens et ce qui est public, ou, si l'on veut, entre les citoyens et la Loi), l'auteur met la propriété en connexion avec les lois civiles. Finalement, et pour ce qui nous intéresse ici, il explique que « le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature, et la manière dont il « s'exerce est un accessoire, un développement, une conséquence du droit lui-même » (p. 60). Un droit naturel réglé, sur le sol français, par le Code civil, et qui « s'étend – encore selon le même M. Portalis – sur tout ce qui s'y unit et s'y incorpore, soit naturellement, soit artificiellement » (ce qu'on appelle, dans un autre texte, le *droit d'accession*).

Il n'est donc pas étonnant qu'à partir du moment où l'utilisation *erga omnes* de la propriété est acceptée, on sanctionne les conduites qui tendent à restreindre un tel droit. Les premières tentatives visibles revêtent un intérêt particulier dans le cadre du *common law* fixé par les juges anglais, qui conduisent à empêcher et, le cas échéant, à sanctionner, en défense dudit droit

de propriété, les ingérences physiques (*physical trespass*) des tiers dans le domaine propre.

Nous laissons donc de côté les ingérences effectuées par les pouvoirs publics (en Angleterre, par les agents et les shérifs royaux), parce qu'il est possible que la jurisprudence qui essayait de les soumettre au droit, l'ait fait en essayant de garantir un droit différent, droit qui ne nous intéresse pas trop dans le cadre de ce cours, à savoir la liberté personnelle.

En retournant aux ingérences produites par des tiers, et au contexte de la *privacy-property*, on trouve ici certains des précédents les plus intéressants relatifs à la protection matérielle de l'intimité. C'est le cas de l'arrêt analysé par le professeur W.J. Wagner, daté de 1348. Cet arrêt trouve son origine dans les faits suivants :

« le défendeur, dans ce cas lointain, était allé un soir à la taverne des requérants pour acheter du vin. En trouvant la porte fermée, il a commencé à la frapper avec une petite hache qu'il portait. La patronne s'était penchée sur la fenêtre (apparemment basse) et lui a dit d'arrêter de frapper la porte. Ce qui s'est passé après est aujourd'hui peu clair. Car on ne comprend pas – le texte original est rédigé en français ancien – si le défendeur avait continué à frapper la porte ou s'il avait aussi essayé d'atteindre la femme ».

L'arrêt a accordé des dommages et intérêts aux requérants. Le professeur W.H. Wagner conclut que, en l'absence de lésions physiques sur la personne de la patronne, le droit protégé par l'arrêt est l'intimité. Cette dernière affirmation peut être nuancée. Il paraît clair que, même s'il n'y avait pas de lésions, il y a eu une attaque claire contre la propriété (cela est différent du fait que, par ce droit, on puisse indirectement protéger l'intimité ou la liberté personnelle).

2.1.2. L'incrimination précoce de certaines conduites : la violation du domicile

L'intimité en tant que telle peut être protégée par différents droits. Certains de ces droits, comme c'est le cas de l'inviolabilité du domicile et du secret des communications, ont trouvé un reflet clair dans le Code pénal, à travers l'incrimination des infractions telles que la violation du domicile et l'interception des communications. Déterminer les causes qui expliquent la sanction pénale précoce de ces conduites par rapport à d'autres infractions contre l'intimité est une tâche difficile, mais aussi suggestive. Il s'agit de droits dont la conformation est, à l'heure actuelle, très solide et cohérente (ce qui n'est jamais arrivé dans le cas de la dimension matérielle de l'intimité). Ils opèrent, en outre, sur des domaines sur lesquels personne ne doute qu'ils touchent l'intimité (comme le domicile et le courrier).

*2.1.3. La première tentative doctrinale de créer un droit autonome à l'intimité (*The Right To Privacy*, Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis)*

Le droit à la *privacy-property* donnera lieu, avec le temps, au droit de *privacy-personality*. Cette nouvelle conception du droit à la *privacy*, d'empreinte plus récente dans le droit américain, a son origine dans la célèbre étude due à S.D. Warren et L.D. Brandeis. Depuis lors, la vieille conception de la privacy-property a été abandonnée et s'est imposée, définitivement, celle de la

privacy-personality. Nous allons consacrer quelques minutes à cet ouvrage, l'un des plus cités du Droit américain, et qui, en dépit d'avoir été publié en 1890, dans la *Harvard Law Review*, est encore d'actualité dans son contenu et sa construction.

2.1.3.1. L'origine de l'ouvrage

L'origine de l'ouvrage n'a pas été accidentelle. Nous ne sommes pas en présence d'une étude doctrinale, mais d'une étude ayant un but précis. L'ouvrage trouve son origine dans la prétention, juridiquement justifiée, de mettre fin au « siège » auquel les journalistes et photographes soumettaient l'épouse de Samuel Warren, fille d'un sénateur célèbre. Cet article était alors directement lié au droit à la protection de son image, en construisant ainsi un droit réactionnel face aux ingérences de l'État ou de tiers portant atteinte à la privacy. Fatigué par les ennuis continus provoqués par les journalistes, Warren décide d'aller voir son ami Louis Brandeis, célèbre avocat de Boston avec lequel il avait partagé un cabinet. Et ils conçoivent ensemble l'étude qui nous intéresse : *The right to privacy*, qui sera publié, plusieurs années plus tard, comme je l'ai déjà indiqué, dans la *Harvard Law Review*.

2.1.3.2. Contenu de l'étude

• Point de départ : le *common law* et, en particulier, le Juge anglais Cooley, les limitations du droit de propriété, au sens large.

L'étude part du *common law*, et, bien évidemment, de la propriété (l'homme doit jouir d'une protection totale dans sa personne et dans ses biens), mais immédiatement elle prétend une évolution (il serait nécessaire, de temps à autre, de redéfinir avec précision la nature et l'extension de cette protection).

Et les auteurs se sont consacrés à cette évolution dans leur article. Ils soutiennent, d'abord, que le droit à la vie signifie aujourd'hui (autour de 1884) « le droit de jouir de la vie, le droit de ne pas être tracassé ». Jusqu'ici, ils ont repris l'axiome connu du Juge Cooley, qui s'était déjà référé précédemment, en 1873, au droit d'être laissé seul (*the right to be let alone*), dans son ouvrage *The elements of Torts*. Un tel raisonnement les avait conduit à dire que, à cette époque-là, la notion de propriété comprenait tant des droits tangibles qu'intangibles, et ils avaient fondé cette idée sur les lois contre la diffamation et le *libelle*, qui garantissaient des biens juridiques immatériels, comme l'honneur.

Cette notion large de propriété, qui concerne aussi les biens immatériels, a été, en outre, de plus en plus menacée. En effet, les inventions récentes et les nouvelles façons de mener les affaires ont constitué des ennemis potentiels de l'intimité. En effet, les instantanés photographiques permettaient la captation et, par conséquent, la circulation, d'images de particuliers. Une telle circulation était assurée par la presse, qui dépassait ainsi les limites de la propriété et de la décence. Le *potin* constituait, de ce fait, une affaire prospère, dont l'offre produisait, à elle seule, de nouvelles demandes, ce qui multipliait ses effets préjudiciables et élargissait son importance.

Après cette présentation, les auteurs se sont demandé si, dans le droit en vigueur, il existait un principe qui pourrait être dûment invoqué pour protéger l'intimité de la personne et, le cas échéant, déterminer la nature et l'extension de cette protection.

• Solution : la recherche d'un nouveau principe : vers la *privacy-personality*

Bien que les dommages infligés ressemblent, à première vue, aux offenses couvertes par la loi sur la diffamation et le *libelle* (protégeant les sentiments des personnes offensées), leurs conséquences (des préjudices portant atteinte à la réputation des dommages causés à l'individu dans ses relations externes...) étaient différentes. L'intérêt portait sur l'effet causé à l'estime elle-même et aux sentiments de celui qui est touché, et non en ce qui concerne ses relations avec des tiers (qui sont de droits plutôt matériels). Pour de telles atteintes, notre ordre juridique – se disaient les auteurs – ne prévoit, contrairement au droit romain, aucune réparation.

On pourrait faire appel, par analogie, à la propriété intellectuelle et artistique, mais on ne trouverait pas la solution. Le *common law* garantissait à chaque personne le droit de décider jusqu'à quel point ses pensées, ses sentiments et ses émotions, exprimés à travers tout moyen (parole, signes, peinture, musique), et indépendamment de la valeur ou de la nature de la pensée et de la qualité du moyen employé dans son expression, pouvaient être communiqués aux autres.

Parfois on a soutenu que le droit d'empêcher la publication de manuscrits ou d'œuvres d'art était une application du droit de propriété relatif à des œuvres littéraires et artistiques, mais cette affirmation est discutable. Si tel était le cas, on pourrait permettre, par exemple, la publication du contenu ou de l'énumération de tels manuscrits, mais d'une manière qui porterait atteinte à l'intimité. Pour ce motif, la publication d'un catalogue des pierres précieuses qu'une personne possède serait censurable (même si elle pouvait attester de leur valeur économique et renforcer, par cette voie, son droit de propriété). On devait insister sur le fait que la protection que le *common law* fournissait à l'auteur de tout document était totalement indépendante de sa valeur pécuniaire. Le cas *Wyatt v. Wilson*, de 1820, concernant une gravure montrant le roi George III dans son lit mortuaire démontrait que ce qui n'était pas permis était la diffusion d'une information intime.

Ces idées conduisaient à conclure que la protection accordée aux pensées, aux sentiments et aux émotions manifestées par écrit ou de manière artistique, tant qu'elle consistait à empêcher la publication, n'était qu'un exemple de l'application du droit le plus général de l'individu à ne pas être *tracassé*, en garantissant ainsi l'inviolabilité de la personne. Il serait très dangereux d'établir une séparation radicale entre la libre expression des pensées et des émotions, concrétisée dans la littérature ou d'autres expressions artistiques, et l'expression ou la manifestation insouciante et souvent involontaire de la pensée dans les activités de la vie quotidienne, parce que cela laisserait sans protection, par exemple, la correspondance, laquelle était déjà protégée à cette époque-là.

La jurisprudence actuelle, liée au droit de propriété, écrivaient Warren et Brandeis, se base sur des principes tels que la confiance, la bonne foi et la violation du contrat (copies de tableaux ou de photos), mais elle ne peut pas s'arrêter là, car les talents modernes permettent plus facilement des atteintes (par exemple, on peut prendre des photographies de manière subreptice ; il est possible que le contenu des lettres privées ne soit pas révélé par le service domestique, mais par le destinataire lui-même...) : ces hypothèses ne pouvaient pas être résolues avec les critères précédemment signalés.

Il fallait donc conclure que les droits protégés, indépendamment de leur nature, ne dérivaient pas d'un contrat ou d'une bonne foi spéciale ; ils étaient des droits *erga omnes*, et le principe utilisé pour les protéger n'était pas, en réalité, le principe de la propriété privée, mais le droit à l'intimité, droit qui n'avait besoin de formuler aucun principe nouveau, mais d'étendre cette protection à l'aspect personnel, aux propos, aux faits et aux relations personnelles, domestiques ou d'une autre sorte.

Si la violation de l'intimité constituait une infraction au droit, on donnait les éléments nécessaires pour exiger une réparation, pour la souffrance morale causée par un acte illégal. Ce droit avait déjà trouvé un reflet normatif dans le droit français (article 11 de la Loi relative à la presse, du 11 mai 1868 : « Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents francs. La poursuite ne pourra être exercée que sur plainte de la partie intéressée »).

• **Les limites du droit à l'intimité**

a) Le droit à l'intimité n'empêcherait pas la publication de ce qui est d'intérêt public ou général. Il se produisait quelque chose de semblable à ce qui arrivait avec la loi sur la diffamation et le *libelle*. Il s'agissait uniquement d'empêcher *la violation* injustifiée de l'intimité, et pour déterminer une telle chose il était nécessaire de s'occuper du caractère public ou privé des personnes (une personne anonyme ou inconnue a de plus grandes chances de voir son intimité préservée). Il s'agissait de protéger l'intimité de la vie privée et, en fonction du degré et de la relation dans laquelle la vie d'un homme a cessé d'être privée avant que la publication à considérer n'ait eu lieu, la protection pourra lui être refusée. Ceci obligeait à considérer comme protégée par le droit, toute donnée intime qui n'était pas liée au poste ou à la charge publique occupée par la personne en question, devant ainsi faire un contrôle au cas par cas.

Une fois de plus, le Droit français était en avance sur ce point : La Circulaire du Ministre de la Justice du 4 juin 1868 énonçait que « Tout homme qui appelle l'attention ou les regards du public, soit par une mission qu'il a reçue ou qu'il se donne, soit par le rôle qu'il s'attribue dans l'industrie, les arts, le théâtre, etc., ne peut plus invoquer contre la critique ou l'exposé de sa conduite d'autre protection que les lois qui répriment la diffamation et l'injure ».

b) Le droit à l'intimité n'interdirait pas l'information sur un sujet, même de nature privée, si la publication était qualifiée d'information privilégiée conformément à la loi sur la diffamation et le libelle, comme celle prêtée devant des organismes publics (tribunaux, parlement, corporations locales) ou quasi-publics, en assurant ainsi un devoir public ou privé.

c) Le droit à l'intimité ne mériterait pas d'être réparé quand la divulgation serait faite oralement et sans causer de graves dommages.

d) Le droit à l'intimité cesserait avec la publication des faits par l'individu lui-même ou avec son consentement (en application de ce qui se passait avec la propriété littéraire et artistique).

e) Celui qui a publié des données intimes ne pouvait fonder sa défense ni dans (1) la véracité de ce qui était publié (il ne s'agissait pas d'assurer la vérité, en évitant la diffamation, mais d'éviter des atteintes à l'intimité) ni dans (2) l'absence de malice dans la publication (parce que l'atteinte serait produite,

et il serait nécessaire de réparer les dommages causés en tenant compte de la doctrine générale établie en matière de dommages-intérêts, laquelle est aussi appliquée à celui qui cause le dommage sans intention).

• **Les moyens qui peuvent servir à préserver l'intimité**

Il reste à examiner comment peut être réparée la lésion éventuelle du droit à l'intimité. De telles réparations pouvaient être présentées à la lumière des lois sur la diffamation et sur la propriété littéraire et artistique :

- une action d'indemnisation pour des dommages.
- dans un nombre limité de cas, peut-être un mandat judiciaire. Il serait souhaitable que l'intimité de la personne fût aussi protégée par le droit pénal, mais cela requiert une loi formelle.

Entre-temps, la *common law* apportait des solutions suffisantes. Si pour la *common law*, la maison était un château inexpugnable, les juges ouvriraient-ils la porte de derrière à la curiosité superflue et lascive?

2.1.3.3. Quelques considérations sur l'ouvrage de Warren et Brandeis

Nous avons essayé d'offrir une présentation schématique, bien qu'assez complète, de ce qui est indispensable pour comprendre l'origine et, surtout, la portée du « *Right to privacy* ». Il est possible de formuler quelques considérations, à la lumière des propos de Warren et Brandeis.

• Sur le titre de l'ouvrage : droit à l'intimité ou droit à la vie privée ? Comment faut-il traduire le titre : *The right to privacy* ? Droit à l'intimité ou droit à la vie privée ? Même si, actuellement, la notion de *privacy* dépasse largement la notion d'intimité, dans le contexte de l'ouvrage de Warren et Brandeis cela me paraît plus correct de le traduire comme le droit à l'intimité. Un tel choix n'est pas capricieux ; il est relié avec le choix des auteurs qui ont indiqué que « l'objectif général à prendre en considération est celui de protéger l'intimité de la vie privée » (*The general object in view is to protect the privacy of private life*). Il est légitime de penser que ce problème de traduction est un problème mineur, mais j'essayerai de démontrer qu'il n'en est pas ainsi.

• Souligner sa contribution principale : la contribution d'un nouveau concept juridique : l'intimité. La contribution la plus intéressante de cet ouvrage est la volonté manifeste de délier propriété et intimité, de conférer de l'autonomie à une *privacy-personality* face à la *privacy-property* classique. Il est certain qu'un tel objectif est entouré de contradictions (on invoque la propriété à plusieurs reprises), mais il faut remarquer que par rapport à la conception patrimoniale du droit américain il s'agit d'une révolution.

• Concept grossier qui fédère toutes les attaques vers le bien juridique « intimité » (image propre, intimité). En troisième lieu, dans l'ouvrage que nous avons examiné est mise en évidence la diversité des menaces qui pèsent sur l'intimité (non seulement la publication de faits ou de données, mais aussi la diffusion de l'image d'une personne). Comme nous le verrons, ceci a provoqué l'apparition d'une série de droits satellites (certains formalisés avant celui de l'intimité) qui s'occupent d'aspects concrets, et qui tournent autour du droit à l'intimité ; qui a ainsi, inévitablement, une dimension résiduelle.

• Droit que l'on peut exercer *erga omnes* (*Drittwirkung*). Quelques considérations par rapport à ce débat, encore en vigueur. Un autre mérite indiscutable du travail que nous avons analysé est de mettre en évidence que les menaces dont ce droit fait l'objet ne proviennent pas seulement (comme il était habituel dans le cadre de l'État libéral) des pouvoirs publics, mais aussi des particuliers. Cette réflexion est encore d'actualité plus de 110 années après. Bien que nous craignions tous le pouvoir de la presse (par la diffusion qu'il suppose), le droit à l'intimité peut subir une atteinte par un travailleur (chauffeur, employée de maison), un ami, etc... Je voulais, ici, faire une référence à l'efficacité horizontale du droit à l'intimité.

• Connexion entre d'autres droits fondamentaux et l'intimité : le cas de l'inviolabilité du domicile. Jusqu'à présent nous avons vu comment l'intimité, comprise comme *privacy-personality*, arrive à se délier, par l'œuvre de la jurisprudence et du travail de Warren et Brandeis, de la vieille *privacy-property*.

Néanmoins, bien qu'indiscutable, il est opportun de relativiser cette donnée. Je ne prétends pas remettre en question la relation existant entre les notions libérales de propriété et d'intimité (évidente par exemple en matière de droit à son image), mais indiquer que l'intimité se réfère aussi à des biens qui ont été précédemment protégés par d'autres droits.

Un exemple clair, en ce sens, est l'inviolabilité du domicile. Les premiers textes qui essayent de préserver ce droit ne veulent ni protéger l'intimité ni assurer la propriété. Ce qu'on prétend garantir est, à ce moment-là, la liberté personnelle (qui est connue, en droit français, comme la liberté individuelle). Une preuve de cette affirmation se trouve dans le traitement reçu par l'inviolabilité du domicile dans quelques textes constitutionnels libéraux.

Ainsi, l'article 359 de la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795), après avoir affirmé que la maison de chaque citoyen est un asile inviolable, dispose que, pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. On prétend interdire ainsi la réalisation d'arrestations pendant la nuit. L'article 76 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799) contient des dispositions similaires. De son côté, l'article 5 de la Constitution espagnole de 1869 rassemble de façon détaillée les règles applicables aux perquisitions dans une habitation et considère la possibilité d'y pénétrer afin d'appréhender le délinquant surpris en flagrant délit. Ces données permettent de conclure que l'intimité intervient dans un domaine dans lequel d'autres droits, outre la propriété, s'étaient déjà manifestés auparavant, comme la liberté individuelle.

2.1.4. La solution pratique : l'apparition des droits de la personnalité

En revenant à l'examen de la protection de l'intimité dans l'État libéral, il est clair que le diagnostic de Warren et de Brandeis était correct. Les tribunaux ont choisi, peu à peu, d'étendre l'action civile en dommages et intérêts, en formant, ce qui recevra ensuite dans le cadre du droit privé, le nom des droits de la personnalité.

2.1.4.1. Terminologie et situation historique (XIXe et XXe siècles)

Cette terminologie n'est pas la seule existante (bien qu'elle soit en effet la plus vaste et probablement la plus correcte). Federico de Castro, l'un des plus grands spécialistes espagnols en droit privé, écrivait en 1959 qu'il était nécessaire de blinder la personne dans les relations de droit privé, et les droits de la personnalité servent justement à cet effet. D'autres auteurs, empreints encore par la conception patrimoniale qui régit de telles relations de droit privé, préfèrent parler de biens de la personnalité.

Bien que la délimitation historique de la vie jurisprudentielle des institutions juridiques soit toujours complexe, on peut dire qu'à partir de la seconde moitié du siècle passé, et plus particulièrement à partir des années soixante et soixante-dix on a abandonné cette catégorie et on a commencé à parler de droits constitutionnels.

2.1.4.2. Quelques exemples concernant l'intimité : la jurisprudence par rapport à Alexandre Dumas

Mieux que de s'arrêter au nom de la catégorie, il est peut-être plus utile d'indiquer de quelle façon elle opère dans tous les pays européens (bien qu'avec des rythmes et des portées différents) et de discuter de ses aspects généraux.

Sur la première question signalée, il est important d'insister sur le fait que là où il n'y a pas de normes écrites les droits sont forgés à travers la jurisprudence. Il me paraît opportun de vous parler de quelques décisions significatives prises dans ces pays, auquel toute l'Europe doit beaucoup tant d'un point de vue sociologique que *politologique*. Je dirai que cette jurisprudence s'est implantée très lentement tout au long du XIXe siècle et pendant la première partie du XXe.

Un cas célèbre est celui qui a confronté, en 1854, Alexandre Dumas et la veuve du grand romancier Balzac. Au décès de celui-ci, Dumas avait décidé d'ériger un monument à sa mémoire. La veuve du romancier a voulu s'y opposer. Le Tribunal a jugé que, si la famille peut revendiquer le droit de construire un tombeau (dans le cadre de la vie privée) comme son privilège exclusif, l'érection d'un monument en l'honneur d'un homme qui est illustre à un titre quelconque, n'est plus le témoignage pieux rendu par la famille à un de ses membres mais un hommage public de la reconnaissance ou de l'admiration à un homme qui a honoré son pays. Le monument a été sculpté à la fin du XIXe siècle par Rodin et se trouve actuellement dans le MOMA (Muséum of Modern Art, New York).

Beaucoup d'autres cas dans la jurisprudence française concernent la captation et la diffusion de l'image des personnes. L'arrêt *Whistler*, de 1900, a indiqué que le portrait d'une personne ne peut être exposé publiquement sans son autorisation. Bien avant, à propos de l'exposition d'un tableau représentant Alexandre Dumas de façon désobligeante et à laquelle l'homme de lettres s'était opposé, le tribunal civil de la Seine, en 1884, a jugé que « la personne qu'un peintre fait figurer dans un tableau est en droit de réclamer, alors même qu'on a emprunté ses traits sans aucune intention malveillante, du seul fait que son autorisation n'a pas été obtenue ; à plus forte raison en est-il ainsi quand l'artiste a manifestement cédé à une pensée de dénigrement ».

2.1.4.3. Énumération des droits de la personnalité

Quels sont les droits de la personnalité? Je me suis centré, dans les exemples exposés, sur l'intimité ou, si vous préférez, celle-ci étant une question discutable, sur la vie privée. Mais avec ces manifestations on en regroupe généralement d'autres, en rapport avec le nom, la sépulture, les souvenirs de famille, les lettres, la défense de l'honneur, le droit moral de l'auteur.

Notre parcours se termine avec l'avènement de l'État social et démocratique de Droit en Europe.

2.2. Dans l'État social et démocratique de droit

C'est à ce moment-là que sur le continent européen, on a commencé à adopter des Constitutions qui, en plus d'être ressenties comme des documents politiques significatifs, sont aussi conçues comme des textes juridiques disposant d'une position privilégiée dans le système des sources normatives. Bien qu'il ne soit pas facile de déterminer le moment précis où ce nouveau modèle d'État apparaît, il est clair qu'il prend son essor après la Seconde Guerre mondiale. La seule exception, d'un point de vue formelle est, comme on l'a déjà indiqué, la Grande-Bretagne.

Nous pouvons citer, par exemple, la Constitution française de 1958, la Constitution italienne de 1947 et la Constitution allemande (appelée Loi fondamentale de Bonn) de 1949. Mais il est certain que pendant ces années la configuration constitutionnelle du droit à l'intimité n'est pas encore claire. Dans certaines de ses manifestations (inviolabilité du domicile, secret des communications) on a établi des garanties pénales (violation du domicile, interception du courrier) ; d'autres ont été protégées à travers la responsabilité extra-contractuelle sur le plan civil (en formant ainsi les droits de la personnalité). Ceci explique que le droit à l'intimité, comme tel, apparaît dans peu de Constitutions et que sa construction soit due à la jurisprudence (notamment, pénale et civile).

2.2.1. Consolidation progressive de l'intimité comme droit constitutionnel en Europe. Différentes solutions

2.2.1.1. Constitutions italienne (1947) et allemande (1949)

Création d'un nouveau droit constitutionnel dans la jurisprudence. Seulement avec le temps on construira, aussi par voie jurisprudentielle, un droit constitutionnel à l'intimité. Ceci s'est principalement produit à travers la protection de diverses catégories. Ainsi, en Italie, personne ne met en question aujourd'hui l'existence d'un droit constitutionnel à la *riservatezza*. Ce droit a été construit par la juridiction ordinaire (voir, par exemple, il Condamne Cass. 20.4.1963 n°990 ; *Foro Italiano* 1963.877), mais la Cour constitutionnelle l'a intégré dans la Constitution à partir de 1970, avec son arrêt n°122. Dans cet arrêt, le Tribunal a fait allusion à la *riservatezza* de sa propre image.

La Constitution allemande ne fait pas non plus référence au droit à la vie privée. Comme dans d'autres pays, la protection de l'intimité avait été garantie sur le plan jurisprudentiel à travers les droits de la personnalité. Mais la Cour constitutionnelle a garanti une telle protection dans deux arrêts de 1973.

Le premier est celui relatif au cas *Soraya* (*Bundesverfassungsgericht* 34, 269 suiv., du 14 février 1973). Il trouve son origine dans les faits suivants : un hebdomadaire du groupe Springer avait publié dans son édition du 29 avril 1961 un article reprenant une « interview exclusive » que la princesse Soraya, épouse divorcée du Shah d'Iran, aurait accordé à une journaliste du groupe. L'article reproduisait des déclarations de la princesse concernant sa vie privée. L'interview avait été inventée. Le tribunal régional de Mannheim a condamné l'éditeur et le responsable de la rédaction au versement de dommages-intérêts d'un montant de 15.000 DM pour violation des droits de la personnalité, en appliquant par analogie le §847 du Code civil allemand (*BGB*) dans l'hypothèse d'un *pretium doloris*, alors que le droit allemand ne prévoit normalement que la réparation en nature. La décision a été confirmée en appel, ainsi que par la Cour fédérale de justice. Les défendeurs ont alors formé un recours constitutionnel contre ces divers jugements, invoquant le motif tiré de la violation de l'article 2 al.1, en liaison avec l'article 20 al.2 et 3 LF, la Cour fédérale de justice ayant fait une application *contra legem* par une interprétation « constructive » du §847 *BGB*.

La Cour constitutionnelle dispose dans son arrêt que la jurisprudence des juridictions civiles selon laquelle des violations graves du droit général de la personnalité peuvent faire l'objet d'une réparation en espèce, même s'il s'agit de dommages immatériels, est compatible avec la Loi fondamentale.

Quelques mois plus tard, le 5 juin, le *Bundesverfassungsgericht* rend un autre arrêt important, dans le cas *Lebach* (*BVerfGE* 35, 202ff). Dans cette affaire, le requérant avait été complice, en janvier 1969, de l'attaque d'un camp de munitions à Lebach (Sarre), au cours de laquelle quatre soldats furent tués. Condamné à 6 ans de prison en 1970, le requérant avait purgé deux tiers de sa peine, lorsque la chaîne de télévision (ZDF) diffusa en 1972 un documentaire inspiré de ce fait divers, avec des acteurs professionnels. Néanmoins, une photo des assaillants au plan fixe, précédait le documentaire. La demande du requérant de faire interdire la projection du documentaire, ou tout au moins d'en faire disparaître les éléments permettant de l'identifier, fut rejetée par les jugements de Mayence et de Coblence. La Cour constitutionnelle fédérale constate l'inconstitutionnalité de ces deux jugements.

Comme nous pouvons le constater dans ce cas, la Cour va analyser non seulement la protection offerte par la juridiction ordinaire à l'intimité, mais elle offrira aussi sa propre protection. En partant de la liberté de la radio-télévision, elle maintiendra que cette dernière est limitée par la nécessité d'assurer la protection de la personnalité selon l'article 2 al.1, en liaison avec l'art.1 al.1 LF. S'agissant de l'information immédiate sur des délits graves, l'intérêt de l'information du public l'emporte généralement sur la protection de la personnalité des auteurs du délit. Toutefois, la protection constitutionnelle de la personnalité ne permet pas à la télévision de se pencher indéfiniment sur la personne de l'auteur du délit et sur sa sphère privée au-delà de la période du reportage d'actualité, par exemple, sous la forme d'un documentaire. En tout état de cause, un reportage tardif est illicite lorsque l'information nouvelle est susceptible de causer à l'auteur de l'infraction un préjudice grave, nouveau ou supplémentaire, en mettant notamment en danger sa réinsertion dans la société. La resocialisation peut effectivement être mise en péril lorsque est diffusée une émission identifiant l'auteur d'un délit grave, après sa libération où dans la période précédant sa libération.

2.2.1.2. Constitution française (1958) : l'extension de la liberté individuelle (article 66 CF)

En France, depuis longtemps, l'intimité a été protégée par la législation et la jurisprudence. La loi 70-643 du 17 juillet 1970 est venue modifier le Code civil, en incorporant un nouvel article qui dispose que « Chacun a droit au respect de la vie privée ». Il est aussi intéressant de rappeler que les tribunaux judiciaires et administratifs se sont occupés très souvent du droit à l'intimité.

En France, sous l'influence de la théorie de la séparation des pouvoirs, on distingue la justice judiciaire, en tête de laquelle se trouve la Cour de cassation, de la justice administrative, présidée par le Conseil d'État. L'article 66 de la Constitution française indique que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. Toutefois, très tôt, la justice administrative a été considérée compétente aussi pour juger les recours en excès de pouvoir formés contre des actes administratifs qui portent atteinte à la liberté individuelle. En ce sens, nous pouvons rappeler l'arrêt *Alexis et Wolf* du Conseil d'État (7 novembre 1947), premier d'une longue série de décisions prises dans le même sens.

Le Conseil constitutionnel lui-même a commencé à protéger l'intimité dans sa décision 76-75 DC du 12 février 1977, portant sur une loi autorisant les perquisitions des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales. Le texte soumis à son contrôle avait pour objet de donner aux officiers de police judiciaire ou, sous ordre de ceux-ci, aux agents de police judiciaire, le pouvoir de procéder à la fouille de tout véhicule ou de son contenu aux seules conditions que cette automobile se trouve sur une voie ouverte à la circulation publique et que cette fouille ait lieu en présence du propriétaire ou du conducteur. Le Conseil rappelle que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant le principe de la liberté individuelle, en confie la garde à l'autorité judiciaire.

Le Conseil a estimé que la possibilité que des officiers de police judiciaire et des agents puissent exercer un tel pouvoir sans restriction et en dehors de la mise en place d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public, pourrait porter atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; et que, par suite, la possibilité de contrôle de véhicules dans ces conditions n'est pas conforme à la Constitution.

Mais, que protège le Conseil Constitutionnel avec cette décision ? Comme les Professeurs Favoreu et Philip l'ont justement expliqué, il n'y avait, à proprement parler, atteinte ni à la sûreté (pas d'arrestation ou de détention) ni à la liberté d'aller et venir (sauf pendant le laps de temps nécessaire à la fouille) ni à l'inviolabilité du domicile (l'automobile ne constituant pas un domicile selon la Cour de cassation). Nous sommes, alors, en présence d'une atteinte à la vie privée.

La jurisprudence constitutionnelle a continué à lier à l'article 66 de la Constitution française la protection de l'intimité. On peut citer, en ce sens, comme exemple, la décision 97-389 DC du 22 avril 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration. Désormais, comme il a été noté par Mme. Fatin-Rouge Stéfanini, le Conseil ne rattache plus

systématiquement la protection de la vie privée à la liberté individuelle. De 1988 à 1993, certains aspects de la vie privée ont été rattachés à la notion de liberté personnelle (décisions 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie* ; 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Prévention des licenciements économiques* ; 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accords de Schengen* ; 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*). Cependant, depuis 1999, le Conseil Constitutionnel a enfin consacré le droit au respect de la vie privée d'une manière autonome par rapport à la liberté individuelle en estimant que l'article 2 de la Déclaration de 1789 « implique le respect de la vie privée» (décisions 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, confirmée par la suite par les décisions 99-419 DC du 9 novembre 1999 et 99-422 DC du 21 décembre 1999).

2.2.1.3. Constitutions portugaise (1976) et espagnole (1978) : consécration du droit à l'intimité

Seuls les textes constitutionnels les plus récents, comme les Constitutions portugaise et espagnole, font référence explicitement à l'intimité. L'article 33 de la Constitution du Portugal de 1976, intitulé droit à l'identité, à la bonne renommée et à l'intimité, dispose ce qui suit :

1. On reconnaît à tous le droit à l'identité personnelle, au bon nom et à la réputation et à la réserve de son intimité dans la vie privée et familiale.

2. La loi établira des garanties effectives contre l'utilisation abusive, ou contraire à la dignité humaine, d'informations relatives aux personnes et aux familles.

L'article 18 de la Constitution espagnole dispose, pour sa part, ce qui suit :

1. On garantit le droit de chacun à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image.

2. Le domicile est inviolable. Aucune immixtion ou perquisition ne peut avoir lieu sans le consentement de l'occupant des lieux ou sans une résolution judiciaire, sauf en cas de flagrant délit.

3. On garantit à chacun le secret des communications et, en particulier des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf en cas de résolution judiciaire.

4. La loi limite l'usage de l'informatique pour préserver l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

Comme il est logique, les Tribunaux constitutionnels respectifs ont délimité la portée de ces droits dans leur jurisprudence.

2.2.2. L'évolution du droit américain à la* privacy *et son incidence en Europe

2.2.2.1. De l'intimité à la vie privée : le libre développement de la personnalité comme nouveau dogme

Manifestations. Le texte constitutionnel portugais utilise une dénomination (intimité dans la vie privée) qui nous mène à l'idée de ce que l'intimité et la vie privée ne sont pas la même chose. Cette constatation ne contredit pas ce que nous avons indiqué jusqu'à présent. Car il nous faut encore

signaler que la construction jurisprudentielle de la *privacy* américaine ne s'est pas arrêtée aux exigences requises par Warren et Brandeis. Je vous renvoie au western, pour vous situer dans le leitmotiv de l'anthropologie américaine : la liberté et l'individualisme. Cette idée de la réserve, de l'autodétermination, est ancrée dans le droit constitutionnel américain, et ceci en raison de l'extension jurisprudentielle de la notion de la *privacy*. Pour donner un exemple suffisamment révélateur, le droit à l'avortement se justifie dans le droit américain par le fait que la décision d'être mère correspond, de manière première et exclusive, à la mère.

Je crois que la *privacy* maintient une relation profonde avec l'individualisme libéral qui, comme nous le savons tous, a atteint un développement spécial dans la culture américaine.

Mais, comment cette idée s'est-elle implantée en Europe ? La dimension renouvelée de la *privacy* en Europe a son origine doctrinale dans les théories des sphères, qui prétendent distinguer entre les différents cadres des espérances de solitude ou de réserve en relation avec les activités humaines. Bien qu'il y ait des formulations diverses de la *Rechtskreistheorie* (quelques-unes d'entre elles ont été détaillées dans l'ouvrage d'Urabayen, pp. 89-99) il est opportun de remarquer que de telles hypothèses sont simultanément apparues dans les systèmes juridiques allemand, américain et italien.

La première, et probablement plus célèbre, classification est celle de l'allemand Hubmann, qui fait la différence entre la sphère individuelle (*Individualsphäre*) et la sphère privée (*Privatsphäre*). Alors qu'avec la première on protège des droits spéciaux de la personnalité (nom, réputation ...), avec la seconde on prétend protéger la tranquillité spirituelle ou la paix psychique. Une autre classification allemande est celle proposée par Henkel, qui différencie dans la sphère privée en tant que telle (*Privatsphäre*), entre la sphère de la vie privée *stricto senso*, qui inclut des actes, nouvelles ou manifestations que l'individu souhaite voir refléter dans le domaine public ; la sphère de l'intimité confidentielle (*Vertrauensphäre*, *Vertraulichkeitsphäre*), qui inclut les écrits ou nouvelles que le titulaire communique à certaines personnes en lesquelles il a une confiance particulière, et celle du secret (*Geheimsphäre*), qui recueille les faits et les informations dont on exclut la totalité des individus en dehors de leur titulaire. Pour cet auteur, ces trois subsphères forment une spirale, plutôt qu'une série de cercles concentriques, et elles exigent d'être graduées en relation avec chaque individu, n'étant pas applicables avec la même intensité à une personne connue qu'à un individu qui mène sa vie de façon anonyme.

De son côte, l'Américain Westin, qui peut être considéré comme l'expert actuel le plus reconnu en la matière distingue quatre situations différentes : la solitude, les relations intimes, l'anonymat (où il analyse, en particulier, les problèmes des confidences entre des inconnus, ou les confidences effectuées de façon anonyme aux médias et les aides financières accordées par des personnes qui souhaitent les effectuer de façon anonyme) et la réserve.

En Italie, Bricola s'est occupé du problème en faisant une différence entre le droit à la réserve (*riservatezza*) et le droit au respect de la vie privée. Le premier protège la sphère privée face à la divulgation de nouvelles légitimement acquises, en partant d'un accès à l'intimité d'autrui vérifié de

façon licite, où la confiance est respectée ; le second protège face aux interférences externes dans la sphère de la vie privée.

Ces différences se retrouvent, de façon plus ou moins exactes dans sa transposition, dans les doctrines française (v. Kayser, p. 82 ss.) et espagnole. En effet, dans cette lignée, se trouve la distinction effectuée dans notre doctrine par J. Vidal Martínez entre l'intime et le secret, et aussi celle due à F. Morales Prats, qui parle de la *privacy* de la sphère intime, la *privacy* politique et la *privacy* de la liberté.

Nous insistons sur cette doctrine, dans la mesure où elle sert à élargir l'extension du vieux droit à l'intimité, permettant le passage vers la protection de la vie privée.

2.2.2.2. L'incidence de la nouvelle privacy américaine en Europe

Dans notre continent, l'idée de la vie privée va aussi prendre sa place. Deux voies facilitent, à mon avis, l'entrée juridique d'un tel droit dans l'espace européen.

Tout d'abord, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée en 1950 au sein du Conseil de l'Europe, garantit le droit à la vie privée. Le texte de la Convention montre, sur ce point, l'influence du droit américain en sol européen.

Le deuxième mécanisme d'implantation du droit à la vie privée en Europe est plus malléable. Dans divers pays de notre environnement (l'Allemagne, l'Italie...), la protection de l'intimité n'a pas été assurée précédemment formellement dans la Constitution. Il a été, au contraire, le produit de la jurisprudence constitutionnelle en la matière. Et l'absence d'une disposition constitutionnelle concrète a permis qu'une telle jurisprudence élargisse, au fil du temps, les marges limitées de l'intimité, pour protéger aussi la vie privée.

2.3. Quelques idées, à titre de conclusion partielle

Avant de mettre fin à cette première partie du cours sur la protection de l'intimité, il convient de souligner deux idées, tenant compte du flou de données apportées jusqu'à présent. Bien qu'elles soient des hypothèses déjà connues, nous pourrons aller maintenant plus loin dans leur formulation.

2.3.1. L'intimité en tant que droit et en tant que bien

Il est possible qu'elle soit protégée au moyen de divers droits. Le droit à l'intimité a un caractère résiduel. J'avais signalé au début de cette exposition que l'intimité peut être un droit ou un bien, quoiqu'il soit difficile de délimiter sa portée, parce que celle-ci varie tout au long du temps et de l'espace. Un des paradoxes qui ornent l'étude de l'intimité, comprise comme droit et comme bien, pourrait être résumée dans le principe suivant : le droit à l'intimité est, dans une certaine mesure, une catégorie résiduelle, chargée de protéger les profils les moins clairs de l'intimité. Ceux qui sont plus clairs (le domicile, le courrier, la propre image) ont déjà été à l'origine d'un droit constitutionnel *ad hoc*, dont les caractéristiques sont généralement beaucoup plus nettes.

2.3.2. L'intimité et la vie privée ne sont pas la même chose : l'arrêt de la CEDH, López Ostra

L'intimité et la vie privée ne sont pas des notions identiques. Cette affirmation peut maintenant être mieux comprise. On a vu comment l'idée libérale d'intimité a évolué dans le droit américain, en altérant la nature et la portée du droit à la *privacy*. Si dans le passé on a construit la *privacy* comme un droit d'autonomie ou de résistance, négatif, elle est maintenant entourée de facultés typiquement positives et sert à obtenir le libre développement de la personnalité.

Le fait que l'intimité et la vie privée ne soient pas la même chose n'est pas une affirmation nouvelle. J'ai déjà parlé de la loi française de 1970, qui modifiait le Code civil, et de la Constitution du Portugal, qui parle du droit à l'intimité de la vie privée. Dans la loi française, on indique que « Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toute mesure, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à *l'intimité* de la vie privée ». On pourrait penser que l'expression intimité de la vie privée est accidentelle, mais il n'en est pas ainsi. René Pleven, à cette époque-là Ministre de la Justice, explique devant l'Assemblée nationale (28 mai 1970) qu'avec une telle formule, il s'agit de résoudre équitablement le conflit latent entre le droit à l'information et le droit au respect de la vie privée, protégeant ainsi son noyau central, l'intimité.

Il peut paraître, en tout cas, que ce problème est plus terminologique que réel, mais ce n'est pas ainsi. Pour que vous puissiez appréhender correctement la dimension réelle du problème, permettez-moi de me référer à un cas et aux solutions jurisprudentielles qu'il a reçues au fil du temps. Les faits se sont passés dans le village de Murcie (Espagne) : une voisine du village en avait assez des ennuis provoqués par une usine proche de son domicile, qui dégageait des fumées et des odeurs hautement désagréables. Elle a décidé de dénoncer la Mairie de Lorca puisque, d'un côté, l'administration ne vérifiait pas, comme elle le devrait, si l'usine remplissait toutes les conditions administratives pour permettre leur fonctionnement, et, d'un autre côté, la Mairie elle-même avait des actions à l'usine, et elle était donc, d'après la requérante, responsable des ennuis provoqués.

La requérante estimait que les fumées et les odeurs piquantes et désagréables portaient atteinte à son droit à l'inviolabilité du domicile. Dans notre pays, comme je crois que c'est le cas en France, on estime généralement que l'inviolabilité du domicile est un droit fondamental qui protège le bien juridique *intimité*. En partant de cette donnée, seules les intromissions qui constituent une atteinte à celle-ci pourront mettre en danger ledit droit, et il est évident que, même si la fumée qui pénètre dans le domicile est très désagréable, elle ne peut pas constituer, dans cette perspective, une atteinte au droit fondamental invoqué par la requérante. C'est ainsi que l'ont entendu tous les organes judiciaires ordinaires auxquels a été soumise cette question. La Cour constitutionnelle espagnole a donné la même réponse, en considérant que le recours d'*amparo* était manifestement mal fondé.

Toutefois, la Cour de Strasbourg a protégé le droit à la vie privée de la voisine de Lorca. Bien que cette décision ait été critiquée en Espagne (certains pensaient qu'elle démontrait que l'activité de la Cour constitutionnelle avait été erronée ; d'autres que le contrôle exercé par la Cour de Strasbourg avait été

excessif), je ne partage pas de tels reproches. Je pense que les deux décisions sont correctes et justes, parce qu'elles appliquent des paramètres différents. En Espagne, l'analyse portait sur la question de savoir si l'on avait nuit à l'inviolabilité du domicile qui protège l'intimité ; la Cour de Strasbourg s'occupait aussi de la lésion éventuelle de la vie privée. En partant de cette perspective elle a considéré, justement, que de telles fumées et odeurs empêchaient ou compliquaient le libre développement de la personnalité et constituaient donc une ingérence dans la vie privée.

3. LA PROTECTION DE L'INTIMITÉ ACTUELLEMENT

3.1. Un point de départ : l'article 18 de la Constitution espagnole

En retournant maintenant à l'examen de l'intimité, je consacrerais les lignes suivantes à voir comment celle-ci a été garantie dans la Constitution espagnole. Et ceci pour deux motifs. Le premier est le plus discutable, car je connais bien les garanties constitutionnelles qui ont été appliquées dans mon pays pendant ces années autour de l'intimité. Le second, et le plus important, est le fait que l'on ait constitutionnalisé le droit à l'intimité à l'article 18.1 CE, ce qui a pour effet, peut-être non voulu mais inévitable que, dans une certaine mesure, la notion même d'intimité a été gelée ou cristallisée. Il constitue donc un excellent point d'analyse de la notion constitutionnelle d'intimité.

Cette disposition est libellée comme suit :

1. On garantit le droit de chacun à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image.

2. Le domicile est inviolable. Aucune immixtion ou perquisition ne peut avoir lieu sans le consentement de l'occupant des lieux ou sans une résolution judiciaire, sauf en cas de flagrant délit.

3. On garantit à chacun le secret des communications et, particulièrement des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf résolution judiciaire.

4. La loi limite l'usage de l'informatique pour préserver l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

L'article 18 de la Constitution espagnole reconnaît ainsi une série de droits : à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale, à l'image, à l'inviolabilité du domicile et au secret des communications. Nous ne devons pas centrer notre examen uniquement sur le droit à l'intimité personnelle et familiale, étant donné que, comme nous l'avons déjà vu, l'intimité en tant que bien juridique sera probablement protégée aussi par d'autres droits fondamentaux.

Cela sera le cas, sans doute, des droits à l'image, à l'inviolabilité du domicile et au secret des communications. Comme nous l'avons constaté, les premiers courants doctrinaux et jurisprudentiels concernant la protection de l'intimité prétendaient protéger l'image face aux progrès de la photographie ; c'est pourquoi, il est évident qu'elle sert à un tel bien juridique. La protection de l'inviolabilité du domicile et du secret des communications a une origine plus complexe, où on ajoute des composants tels que la possession et la liberté personnelle (connue en droit français comme liberté individuelle), et se manifestent pénalement à travers les délits de violation du domicile et

d'interception des communications. Toutefois, il est parfois indubitable que de tels droits servent à protéger aussi l'intimité.

Face à ces manifestations concrètes de la protection de l'intimité, le droit à l'intimité personnelle et familiale présente un contenu résiduel, dans la mesure où il est défini par les aspects de l'intimité qui n'ont pas été garantis par les droits précités. Nous verrons en outre comment, par rapport au droit à l'intimité personnelle et familiale, a été parfois formulée une doctrine très stable concernant certains de ses éléments (par exemple, l'intimité corporelle), mais il reste encore, inévitablement, un domaine de travail ouvert par définition.

Nous négligeons donc la prévision constitutionnelle selon laquelle la loi limitera l'utilisation de l'informatique (article 18.4 CE), en raison des motifs figurant dans le rapport espagnol sur « Constitution et secret de la vie privée », publié dans l'*Annuaire International de Justice Constitutionnelle* XVI (2001), pp. 213 ss.

Nous nous centrons maintenant sur l'examen de la protection de l'intimité. Et, vu le caractère résiduel du droit à l'intimité personnelle et familiale dans l'article 18.1 de la Constitution, nous commençons notre analyse par ces autres droits qui garantissent aussi le bien juridique intimité.

Dans la présente version écrite, nous présenterons seulement la jurisprudence constitutionnelle des années 2001 et 2002. La jurisprudence antérieure peut être analysée dans l'*Annuaire International de Justice Constitutionnelle,* XVI-2001, pp. 209-245.

3.2. La garantie formelle de l'intimité : l'inviolabilité du domicile et le secret des communications

3.2.1. L'inviolabilité du domicile

3.2.1.1. Le droit fondamental protège l'intimité personnelle

L'article 18 CE énonce que « Le domicile est inviolable. Aucune immixtion ou perquisition ne peut avoir lieu sans le consentement de l'occupant des lieux ou sans une résolution judiciaire, sauf en cas de flagrant délit ». D'un côté, il est nécessaire de déterminer ce qui doit être compris par domicile et qui en est le titulaire. Il faut également, d'un autre côté, essayer de rendre compatible le caractère inconditionnel avec lequel le droit est formulé (le domicile est inviolable) avec les exceptions prévues par l'article 18 (résolution judiciaire, flagrant délit). La garantie que le droit à l'inviolabilité du domicile offre à l'intimité personnelle se caractérise par le fait qu'elle est absolue et formelle. Toute entrée non consentie dans une demeure étrangère présuppose la lésion de l'intimité personnelle. Contrairement à ce qui se produit par rapport au droit à l'intimité personnelle et familiale, la personne qui se plaint de la lésion du droit à l'inviolabilité du domicile ne doit pas expliquer dans quelle mesure elle considère son intimité blessée. Si l'entrée irrégulière est prouvée, on considérera automatiquement l'intimité atteinte.

3.2.1.2. Les titulaires du droit

D'un côté, doivent être déterminés ceux qui sont les titulaires actifs de l'inviolabilité du domicile, c'est-à-dire quels en sont les bénéficiaires. De

l'autre, devront être étudiés les titulaires passifs, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui doivent respecter ce droit fondamental.

S'agissant des titulaires actifs, ce droit est attribué à toute personne physique, qu'elle soit nationale ou étrangère. Si l'attribution de ce droit aux personnes physiques ne soulève pas de difficulté, des problèmes se posent du fait de l'existence d'habitations partagées par deux conjoints, des étudiants ou d'autres personnes qui cohabitent. La divergence sur l'entrée éventuelle d'un tiers dans le logement commun peut être résolue en privilégiant ou bien l'autorisation de l'entrée, le *jus admittendi*, ou bien l'interdiction de l'entrée, le *jus prohibendi*. Privilégier le *jus prohibendi*, c'est-à-dire l'intimité de tous les cohabitants, implique que dans la mesure où l'entrée est effectuée contre la volonté d'un seul habitant, sera commise une infraction de violation de domicile. L'application stricte de cette doctrine nous emmènerait à des conclusions absurdes. Un enfant pourrait, par exemple, refuser l'entrée du médecin dans le domicile familial s'il soupçonne que celui-ci peut lui faire du mal avec son traitement. Pour éviter de telles contradictions il est opportun d'indiquer que ces règles opèrent seulement pour les cohabitants de droit égal. Si ceux-ci permettent qu'un tiers pénètre dans le domicile, l'avis d'autres cohabitants sera alors insignifiant. La Cour constitutionnelle espagnole a indiqué dans son arrêt 137/1985 du 17 octobre que les personnes juridiques privées sont titulaires de ce droit fondamental. Elle affirme que la protection de ce droit atteint la personne morale quand celle-ci se situe à la place du sujet privé.

Il est aussi intéressant de déterminer qui sont les titulaires passifs. Que ce droit opère vis-à-vis des pouvoirs publics est une question qui ne mérite pas de grandes explications. Toute entrée d'une autorité étatique devra s'adapter aux conditions prévues à l'article 18.2 CE. Plus contesté est de savoir si ce droit conditionne aussi l'activité des particuliers. Il est question ici du problème de l'efficacité horizontale des droits (*Drittwirkung*). En ce qui concerne les droits qui, comme l'inviolabilité du domicile, protègent l'intimité, il paraît clair qu'ils sont des droits *erga omnes* c'est-à-dire invocables face à tous.

3.2.1.3. Le concept constitutionnel de domicile

La notion constitutionnelle de domicile, conçu comme l'espace inviolable dans lequel l'individu vit sans être soumis nécessairement aux usages et aux conventions sociales et où il exerce sa liberté la plus intime, équivaut à la notion pénale d'unité d'habitation. C'est le lieu où l'on demeure, soit d'une façon permanente ou accidentelle (chambres d'hôtel, caravanes), indépendamment de ses caractéristiques formelles (le domicile peut être une tente, un immeuble), pourvu qu'on maintienne une occupation légitime (possession) sur un tel endroit. Pour cette raison le propriétaire porte atteinte à ce droit quand il entre dans l'unité d'habitation du locataire, parce que ce qui importe est qu'il n'a pas la possession sur cet espace. On peut encore ajouter deux idées sur cette notion constitutionnelle de domicile ; la première pour indiquer qu'il n'est pas possible que ce droit soit violé par un cohabitant. Si un étudiant entre dans la chambre d'un compagnon d'appartement il pourra blesser le droit à l'intimité de ce dernier, mais non son inviolabilité du domicile. La seconde considération est que, comme le bien protégé est l'intimité, la lésion se produit indépendamment du fait que les occupants du logement se trouvent ou non dans celui-ci quand l'entrée illégitime a lieu.

3.2.1.4. Les restrictions qui opèrent sur le droit fondamental

L'article 18 CE prévoit qu'aucune entrée ou perquisition ne peuvent être effectuées au domicile d'une personne sans le consentement du titulaire ou à défaut de résolution judiciaire, sauf en cas de délit flagrant. L'article 55 CE permet également de limiter le droit à l'inviolabilité du domicile en cas d'état d'urgence ou d'activités terroristes.

Dans l'article 18 CE. La résolution judiciaire apparaît, dans le texte constitutionnel, comme le mécanisme limitatif ordinaire de l'inviolabilité du domicile. Lorsqu'une autorité estime nécessaire d'effectuer une entrée dans un domicile et qu'elle n'est pas l'autorisation de son titulaire, elle doit aller devant les tribunaux pour que ceux-ci lui fournissent la résolution judiciaire opportune qui autorise cette entrée. La décision sur la nécessité d'entrer ou non chez une personne n'est pas laissée entre les mains des pouvoirs publics ; une telle fonction est attribuée à des organes indépendants de l'État, qui doivent adopter leur décision à travers une résolution judiciaire motivée. Pour être légale une résolution judiciaire doit être signée par un juge et être motivée. Comme elle concerne un droit fondamental, elle devra aussi être proportionnée. Il y a trois grands cas de figure qui exigent une pondération par le juge : résolutions de fond qui impliquent la réalisation d'entrées domiciliaires ; entrées dans le cadre de la procédure pénale (spécialement, les perquisitions) et entrées effectuées pour l'exécution d'actes administratifs.

Le constituant espagnol a jugé qu'une entrée domiciliaire peut être effectuée sans résolution judiciaire en cas de délit flagrant. Le concept de délit flagrant contient deux éléments : le caractère immédiat concernant le sujet (le délinquant est surpris...) et le caractère immédiat concernant le temps (... au moment où il commet une infraction ou au moment immédiatement postérieur). Le fait d'être l'auteur du crime doit être complètement évident. Le Tribunal Suprême et la doctrine d'abord, la Cour constitutionnelle ensuite, ont élaboré la notion constitutionnelle de délit flagrant à la lumière du concept procédural. Ils exigent la concurrence du caractère immédiat personnel et temporel. Mais ils ajoutent un troisième élément dérivé de sa fonction constitutionnelle spécifique. Le délit flagrant sert, dans le cadre de l'article 18.2 CE, à restreindre un droit fondamental. Pour cette raison on a exigé que, outre les deux conditions citées, concourt une nécessité urgente qui justifie l'entrée domiciliaire en marge de la résolution judiciaire obligatoire.

Dans l'article 55 CE. L'article 55 permet la suspension des droits fondamentaux. En effet, l'inviolabilité du domicile peut être soumise à un régime plus restrictif à l'occasion de la déclaration d'un état d'exception ou de siège. Des entrées domiciliaires sont possibles sans recourir préalablement au juge dans certaines situations. L'autorité gouvernementale autorisera l'entrée par un ordre formel et écrit et le juge sera informé *a posteriori* des perquisitions effectuées, ainsi que des causes qui les ont motivées et de leurs résultats. Ce droit peut également être restreint pour l'arrestation des responsables présumés des délits de terrorisme, pourvu qu'existe une nécessité exceptionnelle ou urgente.

Des limites inhérentes : l'ordre public constitutionnel. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle, devant un conflit évident entre des droits, la restriction du droit à l'inviolabilité du domicile est justifiée. Les anciens Codes pénaux indiquaient que ceux qui pénètrent dans une unité d'habitation

étrangère pour sauver la vie de ses habitants ne commettent pas le délit de violation de domicile. Celui qui force une porte d'une maison pour se protéger d'une inondation agit de manière justifiée (ce qui pourrait ne pas exclure la responsabilité civile). De telles restrictions sont couvertes par la notion d'ordre public constitutionnel, comme limite et à la fois garantie des droits fondamentaux et qui opère, pour cette raison, en marge du droit écrit. Le jugement de proportionnalité, qui dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce, permettra de justifier ou, le cas échéant, de sanctionner, l'entrée domiciliaire.

La jurisprudence récente en la matière a examiné plusieurs questions, certaines très étudiées et d'autres nouvelles. La Cour constitutionnelle, conformément à la jurisprudence de la Cour Suprême, a soutenu que l'article 557 du Code de Procédure Pénale, selon lequel les tavernes, restaurants, auberges et pensions ne seront pas considérés comme le domicile de ce qui s'y trouvent ou y résident, de manière accidentelle ou temporaire, était contraire à l'article 18.2 CE, étant donné que les chambres d'hôtel constituent un domicile au sens constitutionnel du mot (STC 10/2002/8, du 17 janvier).

D'un autre côté, la Cour constitutionnelle a commencé à s'éloigner de la douteuse jurisprudence qui affirmait qu'une entité commerciale était titulaire du droit reconnu dans l'article 18.2 CE (STC 137/1985, du 17 octobre). En effet, dans l'important STC 69/1999, du 26 avril, diverses affirmations sont faites dans le sens de limiter l'étendue du droit à certains espaces physiques – ceux considérés indispensables, FJ 2 *in fine* – faisant référence à sa nature particulière – FJ 4 – et à l'intensité plus faible de ce droit à l'inviolabilité du domicile par rapport à celui des personnes physiques – FJ 5 –.

D'autres résolutions examinent des questions déjà analysées précédemment, telles que celles portant sur la motivation judiciaire d'une ordonnance décrétant une perquisition (SSTC 123/2002/2, du 20 mai et 14/2001/8, du 29 janvier) et l'étendue de la nullité de la preuve dérivée d'une perquisition au domicile (cf. 87/2001, du 2 avril). Dans ce dernier cas, une perquisition avait été effectuée dans une société suite, d'après le requérant, à une écoute téléphonique illicite, de sorte que ses résultats ne pouvaient pas être pris en compte par l'organe judiciaire. La Cour constitutionnelle rappelle que l'organe judiciaire ayant examiné la cause avait signalé que les deux preuves n'avaient pas de connexion entre elles (FJ 4).

3.2.2. Le secret des communications

3.2.2.1. Point de départ

L'article 18 CE « garantit à chacun le secret des communications et spécialement des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf résolution judiciaire ». Tant l'inviolabilité du domicile que le secret des communications offrent une garantie formelle et absolue de l'intimité. Le contenu matériel de la communication est insignifiant ; toute interception est présumée porter atteinte à l'intimité, indépendamment de ce qui est communiqué. Il y a pour cela une présomption *juris et de jure* que ce qui est communiqué est secret.

3.2.2.2. Éléments du droit fondamental

En ce qui concerne les titulaires actifs du droit, il est évident que celui-ci profite à toute personne physique, qu'elle soit nationale ou étrangère, car il s'agit d'un droit enraciné dans la dignité de la personne. Certains sujets (militaires, prisonniers, etc...) peuvent être limités dans l'exercice de ce droit, mais ce sont des restrictions dérivées de relations spéciales de sujétion. La question des personnes de droit privé ne se pose pas, parce que dans toute transmission de communications intervient, inévitablement, une personne physique. Le secret des communications protège le droit de disposer des espaces et des processus dans lesquels celles-ci se développent, des domaines non moins significatifs pour la personne morale que pour la personne physique. Concernant les titulaires passifs, la Cour constitutionnelle espagnole a indiqué qu'il s'agit d'un droit *erga omnes*. La Constitution espagnole ne définit pas le terme de « communications » mais elle en donne quelques exemples. Elle contient un *numerus apertus* comprenant au moins les communications postales, télégraphiques et téléphoniques. La communication constitutionnellement garantie se caractérise par le fait qu'elle se produit par le biais d'un moyen technique, sans que le droit puisse être affecté quand deux personnes parlent face à face. Dans cette optique, il est aujourd'hui indubitable que le courrier électronique est protégé par la Constitution.

3.2.2.3. L'exercice du droit : portée et limites

La communication est un processus qui commence quand une personne prétend l'entamer et qui se conclut quand le message arrive à destination ou quand la communication est coupée. Le droit protège tout ce processus communicatif face aux tiers. Il est important de souligner que ce droit ne peut jamais être blessé par une des personnes qui prend part à ce processus. Ce droit assure tout d'abord que l'on ne peut pas être empêché d'effectuer un acte visant à obtenir une communication, comme la Cour européenne de droits de l'homme l'a indiqué dans l'affaire *Golder* du 21 février de 1975. Il n'y a pas un droit constitutionnel au moyen (c'est-à-dire, par exemple, à avoir un téléphone dans la maison), mais il y a un droit constitutionnel à pouvoir l'utiliser librement si nous l'avons. La Constitution garantit aussi le droit de maintenir le processus communicatif (personne ne peut être obligé, en principe, de raccrocher le téléphone s'il ne souhaite pas le faire). Cette donnée est très importante, parce qu'elle suppose que tant l'interception, par laquelle un tiers accède au contenu de la conversation, que le simple fait de couper le câble téléphonique portent atteinte au droit fondamental. Toutefois, la garantie la plus classique est l'interception de la communication. Par définition, est supposé secret tout ce qui est communiqué, c'est pourquoi toute interception est présumée avoir lésé, inévitablement, l'intimité. La communication est un processus et le droit est protégé tant que ce processus est maintenu. Une fois qu'il est achevé, le droit ne peut plus être invoqué.

3.2.2.4. La restriction du droit

De la résolution judiciaire et de la loi. La Constitution ne permet de restreindre ce droit que par une résolution judiciaire. L'article 579 de la loi sur la procédure pénale [29] est, selon la Cour européenne des droits de

29 Article 579 de la loi sur la procédure pénale : « 1. Le juge pourra décider la détention de la correspondance privée, postale et télégraphique que l'accusé remet ou reçoit et son

l'homme, de qualité déficiente. Dans l'arrêt *Valenzuela Contreras* du 30 juillet 1998 qui condamne l'État espagnol, elle précise quel doit être le contenu minimal de la loi s'agissant du secret des communications : la définition des catégories de personnes susceptibles d'être soumises à une interception judiciaire de leurs communications ; la nature des infractions qui peuvent y donner lieu ; la fixation d'une limite temporaire pour l'exécution de la mesure ; les conditions de l'établissement du procès verbal de synthèse consignant les conversations échangées ; les précautions exigées pour communiquer, intacts et complets, les enregistrements effectués, en vue de leur possible inspection par le juge et par la défense et les circonstances dans lesquelles l'effacement ou la destruction desdits enregistrements peut ou doit s'opérer, une fois l'accusation retirée ou l'accusé acquitté. La Cour constitutionnelle espagnole, pour sa part, a indiqué que toute limitation doit poursuivre des objectifs légitimes prévus par la loi et qu'il faut déterminer temporairement l'étendue de l'interception des communications, même si pour cela il n'est pas nécessaire de fixer une date concrète de finalisation, mais que celle-ci pouvait dépendre de la disparition de la condition ou de la circonstance concrète qui justifie l'interception

De la suspension, générale et individuelle, du droit. Ce droit peut aussi être suspendu, dans des termes très proches à ce qui se passe avec l'inviolabilité du domicile.

Notamment, dans des relations spéciales de sujétion (centres de réclusion). Le régime constitutionnel du secret des communications dans les centres de réclusion a produit une jurisprudence constitutionnelle abondante. Il faut distinguer les communications génériques et les 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 motivée. L'accord d'interception des communications doit être notifié à l'interné et communiqué au juge compétent, qui exerce un véritable contrôle judiciaire sur celui-ci. Les communications spécifiques sont celles que le prisonnier échange avec l'avocat chargé de sa défense (orales ou écrites) ; celles-ci ne peuvent être limitées que par une résolution judiciaire dans les cas de terrorisme.

La Cour constitutionnelle a discuté de la correction de diverses décisions adoptées par la Direction des établissements pénitentiaires,

---

ouverture et examen, s'il y a des indices d'obtenir par ces moyens la découverte ou la vérification d'un certain fait ou circonstance importants pour l'affaire. 2. De même, le juge pourra décider, par résolution motivée, l'intervention des communications téléphoniques de l'accusé, s'il y a des indices d'obtenir par ces moyens la découverte ou la vérification d'un certain fait ou circonstance importants pour l'affaire. 3. De même, le juge pourra décider, par résolution motivée, pour un délai de jusqu'à trois mois, prorogeable par des périodes égales, l'observation des communications postales, télégraphiques ou téléphoniques des personnes sur lesquelles il existe des indices de responsabilité criminelle, ainsi que des communications dont ils se servent pour la réalisation de leurs fins délictueuses. 4. En cas d'urgence, quand les recherches seront effectuées pour l'investigation d'infractions en rapport avec l'activité de bandes armées ou d'éléments terroristes ou rebelles, la mesure prévue à l'alinéa 3 de cet article pourra être ordonnée par le Ministre de l'Intérieur ou, à défaut, par le Directeur de la Sécurité de l'État, en le communiquant immédiatement par écrit motivé au juge compétent, celui qui, aussi de manière motivée, révoquera ou confirmera une telle résolution dans un délai maximal de soixante-douze heures dès que l'observation a été ordonnée ».

confirmées judiciairement, portant sur l'intervention de communications, orales et écrites, de personnes privées de liberté (SSTC 192/2002/5, 193/2002/3 et 1994/2002/6, du 28 octobre, résolues à la lumière de la doctrine contenue dans la STC 106/2001/6, du 23 avril).

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a choisi une notion plus large du terme «communication», qui étend la protection constitutionnelle aux nouvelles situations qui peuvent se produire (STC 70/2002/9b, du 3 avril). Elle a confirmé, par ailleurs, que le droit aussi protège de données externes au processus de communication, telles que le numéro de téléphone ou la durée de l'appel, de sorte que la délivrance des listes par les compagnies téléphoniques à la police sans le consentement du titulaire du téléphone requiert une résolution judiciaire (STC 123/2002, du 20 mai). Finalement, dans l'arrêt 70/2002, du 3 avril, la Cour constitutionnelle indique que la saisie de quelques feuilles pliées dans une agenda qui font partie d'une lettre reçue, ne viole pas le droit au secret des communications (FJ 9), ni le droit à l'intimité personnelle (FJ 10).

3.2.3. L'obtention de preuves en violation des droits fondamentaux

La théorie de la preuve illicite est un sujet débattu en droit comparé, notamment en droit américain avec la théorie de l'arbre empoisonné. Cette doctrine sert à exclure, outre les preuves illicites, d'autres qui en dérivent, à moins que ces dernières aient été obtenues d'une manière indépendante, que leur découverte ait été inévitable ou, finalement, quand les agents impliqués auront agi de bonne foi et en croyant qu'ils agissaient en conformité avec le droit. En ce qui concerne le droit espagnol, l'article 11.1 de la loi organique du pouvoir judiciaire dispose que « la preuve obtenue, directement ou indirectement en violant les droits ou les libertés fondamentales ne produira pas d'effets » et la Cour constitutionnelle a indiqué que même à défaut de règle légale expresse interdisant l'usage procédural de la preuve obtenue illicitement, il faut reconnaître que dérive de la position préférentielle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique et de sa condition affirmée comme étant inviolables (article 10.1 CE) l'impossibilité d'admettre dans le processus une preuve obtenue en violant un droit fondamental ou une liberté fondamentale. Elle estime que l'admission d'une telle preuve remettrait en question, outre le droit fondamental directement touché, le droit à la présomption d'innocence, le principe de la défense ou les garanties propres au procès, en produisant une faille inacceptable dans le principe d'égalité entre les parties et en mettant en cause, en définitive, le droit à un procès juste. Il s'ensuit que la preuve obtenue avec violation des droits fondamentaux doit être considérée comme non pertinente et elle ne peut donc pas être évaluée par l'organe judiciaire.

3.2.3.3. Quelques commentaires critiques sur la jurisprudence

Il est assez habituel d'alléguer, devant la Cour Constitutionnelle, la violation du droit au secret des communications (article 18.3 CE) par rapport à des demandes judiciaires accordées en vue de l'investigation de certains délits, afin de porter préjudice aux résultats obtenus. Les interventions téléphoniques sont normalement accordées pour la recherche de certains délits de contrebande (SSTC 82/2002/4, du 22 avril ; 202/2001/2ss., du 15 octobre ; 17/2001, du 29

janvier – résolu par rémission à l'arrêt 299/2000, du 11 décembre – et 14/2001, du 29 janvier, qu'après rappel de la doctrine constitutionnelle en la matière (FJ 2), refuse d'accorder l'*amparo* sollicité) et contre la santé publique (SSTC 138/2001, du 18 juin), parmi d'autres (v. aussi, SSTCD 205/2002, du 11 novembre et 167/2002, du 18 septembre). De tous ces arrêts, la motivation de l'arrêt 167/2002, du 18 septembre, est particulièrement étendue, surtout en ce qui concerne la motivation de la décision judiciaire accordant l'intervention des communications (FJ 2, v. aussi STC 82/2002/6, du 22 avril), le principe de la proportionnalité (FJ 4), l'absence de contrôle postérieur de la part de l'organe judiciaire (FJ 5, v. aussi STC 92/2002/5, du 22 avril) et les effets de l'atteinte au droit fondamental au secret des communications dans d'autres preuves dérivées et connexes (FFJJ 6-8). Quelques fois, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il y avait une atteinte au droit fondamental invoqué (par exemple, en raison de l'absence de motivation suffisante, STC 138/2001, du 18 juin), ce qui peut provoquer une atteinte réflexe au droit à la présomption d'innocence (STC 205/2002/6, du 11 novembre), mais elle a normalement limité son effet contaminant à celle directement dérivée de la pratique de la preuve (STC 138/2001/8).

À mon avis, deux questions doivent être distinguées : les violations essentielles des droits fondamentaux à l'inviolabilité du domicile et au secret des communications, et les violations effectuées pendant que l'ingérence dans de tels droits a lieu. Ce sont des violations essentielles qui sont liées au seul sujet qui peut restreindre l'exercice de tels droits : l'organe judiciaire. Ceci implique qu'une ordonnance judiciaire vide de toute motivation rend nulle la perquisition, en empêchant l'usage de toute information qui y a été obtenue, directement ou indirectement. La même chose est applicable au secret des communications.

Les violations non essentielles du droit fondamental sont celles qui dérivent de l'activité d'autres sujets, ou du juge même après l'adoption de l'ordonnance qui a autorisé l'ingérence dans le droit fondamental. Les exemples peuvent ici se multiplier : la non-assistance de l'agent du greffe (*Secretario judicial*) à la perquisition, le non-respect des conditions légalement établies pour effectuer l'entrée, le transfert illégal des enregistrements au procès, etc...

Tandis que les premières violations, que je considère essentielles, rendent totalement nulle toute preuve réflexe ou connexe, ceci n'est pas nécessairement le cas de la deuxième hypothèse. Concernant l'arrêt de la Cour constitutionnelle 49/1999, je crois que l'on aurait dû conclure à la nullité de toute la procédure car la condamnation avait son origine dans une interception nulle. Or, si le défaut avait été différent, par exemple, le transfert illégal des enregistrements à la procédure, je ne crois pas que l'on puisse empêcher ni que le policier qui écoutait licitement les conversations téléphoniques puisse faire une déclaration lors des débats oraux, ni la présentation d'autres moyens de preuve dérivés.

La différence dans ces deux cas est que dans le second, au moment où est effectuée la restriction du droit, celle-ci est licitement faite du point de vue constitutionnel, indépendamment du fait qu'on contrevienne à d'autres dispositions légales lors de sa pratique. Pour cette raison, les policiers peuvent témoigner de ce qu'ils ont vu lors d'une perquisition, même si l'agent responsable du Greffe n'était pas présent. Un tel défaut ne peut pas être

imputé au droit fondamental lui-même, mais aux formalités requises dans la procédure. Si, par contre, ce qui est déclaré contraire à la Constitution est l'ordonnance judiciaire elle-même, la perquisition n'aurait jamais dû être effectuée, et il devrait donc être impossible de tirer des conséquences juridiques dérivées de cette dernière.

3.3. La garantie matérielle de l'intimité

3.3.1. Sur l'article 18.1 CE

L'article 18.1 de la Constitution espagnole indique que « on garantit le droit de chacun à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image ». L'inclusion de ce droit dans l'article 18.1 CE est probablement due au fait que son origine est jurisprudentielle et liée aux droits de la personnalité. Les droits à l'intimité et à la protection de l'image présentent 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 et à l'image, le droit à l'honneur appartient aussi aux personnes morales. D'ailleurs, 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, l'honneur, lui, englobe le prestige professionnel. La portée de ces droits est proportionnellement inverse à la dimension publique du sujet qui les invoque. L'intimité, l'honneur et la propre image présentent une importante dimension culturelle, ce qui nous amène à reconnaître, d'une part, que nous nous trouvons devant des catégories par définition variables et, d'autre part, qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quel est leur contenu.

3.3.2. Le droit à l'image

Le droit à l'image implique la protection face aux diffusions et aux captages illicites de celle-ci et couvre la voix ou le nom, car il s'agit là de qualités qui définissent l'être. La jurisprudence constitutionnelle concernant ce droit se fonde sur trois piliers à savoir la protection de l'image des personnes célèbres, la protection de l'image du travailleur face à l'employeur et les tensions entre la liberté d'information et le droit à l'image.

Dans le monde artistique, l'image a une valeur patrimoniale évidente, comme nous le montrent les arrêts de la Cour constitutionnelle 231/1988 et 117/1994 [30]. La Cour constitutionnelle s'est aussi occupée de la protection de l'image du travailleur face à l'employeur. Elle a établi qu'il n'existe pas un droit absolu de décider quelle doit être notre apparence physique mais que l'employeur peut, parfois et toujours pour des motifs justifiés, faire valoir son influence sur notre aspect physique. La Cour a ainsi validé le fait qu'une entreprise demande à l'un de ses travailleurs qui était en contact avec la clientèle de se couper la barbe, en invoquant les pouvoirs de direction de l'employeur. Récemment la Cour a remis en question la légitimité constitutionnelle de l'installation de microphones et de caméras vidéo dans certains lieux de travail. Selon elle, il est obligatoire de préserver l'intimité

30 Arrêt 231/1988/8 et 9 du 2 décembre, *BOE* 307 du 23 décembre et arrêt 117/1994/7 du 25 avril, *BOE* 129 du 31 mai.

des employés dans les lieux de travail et elle 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. S'agissant des tensions entre la liberté d'information et le droit à l'image quelques résolutions liées au droit à l'honneur sont intéressantes. On peut citer les faits qui ont conduit à l'ordonnance 5/1992, concernant un article de presse accompagné d'une photographie d'un homme âgé et d'un jeune homme qui, selon le texte, concernait une rencontre homosexuelle, tandis qu'en réalité il s'agissait d'un père et son fils.

3.3.3. Le droit matériel à l'intimité personnelle et familiale

a) Quelques questions préalables

La protection de l'intimité familiale renferme une présomption *juris tantum* qui admet la preuve du contraire. Il s'ensuit que l'on ne peut faire valoir celle-ci que si tous les membres de l'unité familiale estiment que leur intimité a été blessée. Si tel n'est pas le cas il faudra se référer à l'intimité personnelle. Bien que la Constitution ne définisse pas de domaines ni de taux d'intimité, la doctrine et la jurisprudence ont établi les principes qui régissent la protection de l'intimité par rapport à différents domaines (corps, données médicales, informations fiscales, etc.....).

b) L'intimité corporelle

Le droit à l'intimité garantit l'intimité corporelle. Cependant, étant donné que l'intimité corporelle ne constitue pas, malgré son nom, une « *entité physique, mais culturelle déterminée, par conséquent, par le critère dominant dans notre culture concernant la pudeur corporelle, on ne peut considérer des intrusions forcées dans l'intimité les agissements qui, compte tenu des parties du corps humain sur lesquelles ils opèrent ou des instruments par lesquels ils se réalisent, ne constituent pas, selon un critère sain, une violation de la pudeur ou de l'honnêteté de la personne* » [31] ; cela engendre une relative immunité face à toute recherche ou perquisition sur le corps s'imposant contre la volonté de la personne.

c) Le secret fiscal, bancaire et médical

La protection constitutionnelle de l'intimité n'est pas illimitée ; elle suppose, au contraire, une limite à la connaissance d'autrui des aspects qui façonnent notre identité comme personnes. Il n'est pas facile de signaler *a priori* quels sont les aspects qui doivent se trouver spécialement protégés car ayant une incidence sur l'intimité. Le secret fiscal et bancaire font référence à la révélation publique de la situation économique des contribuables. La Cour constitutionnelle a estimé que les contribuables et les bureaux bancaires avec

---

31 Arrêts 37/1989/7 du 15 février, *BOE* 52 du 2 mars et 207/1996/3 du 16 décembre, *BOE* 19 du 22 janvier 1997. La Cour constitutionnelle 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 appliqué est le droit à l'intégrité physique (article 15 C.E.), du fait qu'elles impliquent une lésion ou un préjudice pour le corps, ne serait-ce que sur son apparence externe » (arrêt 207/1996/2 du 16 décembre, *BOE* 19 du 22 janvier 1997).

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 31.1 [32] et 31.2 CE. Cela suppose que les banques ne peuvent invoquer un soi-disant secret bancaire. Le secret médical doit bien sûr être considéré différemment. La Cour constitutionnelle a estimé que la réserve sur l'état de santé d'un patient est garantie par le secret médical. Et cela, à cause de la particularité de la relation qui s'établit entre le professionnel de la médecine et le patient, fondée sur la confidentialité et la discrétion. Il en découle que le secret professionnel est conçu dans ce domaine comme une norme déontologique qui doit être rigoureusement 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.

d) Le patrimoine génétique face aux enquêtes judiciaires et au secret médical

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 par les moyens employés. Le citoyen ne peut pas refuser de s'y soumettre puisque cela est justifié par une cause prévue dans la loi, pourvu qu'il apparaisse indispensable 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 être un réflexe dans la motivation judiciaire car dans ces hypothèses, l'intérêt social et d'ordre public l'emporte.

e) Autres manifestations de l'intimité

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 la vie humaine, et est rattaché de préférence à la sphère strictement personnelle de la vie privée ou de l'intimité. Précédemment il a été indiqué que l'article 18 CE ne protège pas la vie privée mais l'intimité. Cette affirmation se voit confirmée dans la jurisprudence constitutionnelle à propos de l'article 18.1 CE. D'un côté, ni la liberté sexuelle, comprise dans un sens large, ni l'avortement, ne relèvent de la notion d'intimité constitutionnellement garantie. De l'autre, la gêne provoquée par l'entrée d'odeurs et de fumées pénétrantes et désagréables, qui met en question le 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 domicile.

3.3.4. La protection civile et pénale des droits contenus dans l'article 18.1 CE.

Ces droits ont été développés à travers la loi organique 1/1982 du 5 mai sur la protection civile du droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image et à travers le Code pénal en vigueur. Quoique l'article 2.2 de cette loi stipule 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 la Cour constitutionnelle. Les mesures consenties par le titulaire du droit ne sont pas non plus considérées comme des

32 Arrêt 110/1984/3 du 26 novembre (*BOE* 305 du 21 décembre).

intrusions illégitimes. La double protection, civile et pénale, des droits de l'article 18.1 CE poursuit des objectifs différents, comme la Cour constitutionnelle l'a remarqué au sujet de l'honneur : tandis que l'action civile vise à obtenir une réparation pécuniaire, le procès pénal sert à déterminer si l'ingérence peut constituer un délit.

3.3.5 Les limites de ces droits fondamentaux

Le droit à l'intimité est, comme tout autre droit, limité. Les limites qui lui sont opposables dérivent des devoirs découlant de certaines relations juridiques volontairement assumées ou non, et de la prévalence, toujours relative, d'autres biens constitutionnels en conflit. C'est le cas, par exemple, des procédures civiles de filiation, mais aussi de certaines procédures pénales et disciplinaires et, en général, dans certaines relations de sujétion spéciale (notamment en ce qui concerne les reclus et les militaires). Toute restriction des droits de l'article 18.1 CE doit être adoptée moyennant résolution judiciaire, motivée et proportionnée, et fondée dans une prévision légale.

La jurisprudence sur l'intimité s'est basée sur quatre axes, en rapport, les deux premiers, à l'intimité corporelle et à l'intimité fiscale. Concernant l'intimité corporelle, nous pouvons consulter l'arrêt 218/2002/4, du 25 novembre, qui suit l'arrêt 57/1994, du 28 février. Pour ce qui est de l'intimité fiscale, la Cour constitutionnelle rappelle, dans son arrêt 47/2001, du 15 février, que les déclarations de l'impôt sur les revenus des personnes physiques peuvent inclure des données affectant l'intimité, puisque le régime matrimonial l'exige ainsi (FJ 8).

Par ailleurs, dans l'arrêt 115/2000, du 5 mai, la Cour constitutionnelle avait conclu qu'un article journalistique avait enfreint le droit à l'intimité personnelle et familiale d'une certaine personne. Néanmoins, au moment de l'exécution de cet arrêt, la Première Chambre de la Cour Suprême fixa une indemnisation infime (25.000 pts.) par rapport à celle demandée. Pour cet raison, la requérante dût s'adresser encore une fois à la Cour constitutionnelle qui lui octroya à nouveau l'*amparo* demandé (STC 186/2001, du 17 septembre), déclarant nul le nouvel arrêt de la Cour Suprême et confirmant l'indemnisation qui avait été fixée par le Tribunal d'instance (5.000.000 pts.).

L'arrêt, certainement discutable, de la Cour Plénière 119/2001, du 24 mai, examine, suivant la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire López-Ostra, si la contamination acoustique subie dans le logement familial peut porter atteinte aux droits garantis par l'article 18 CE, la Cour répondit par l'affirmative (FJ 6 in fine). De cette façon, peut-être sans même le prétendre, la Cour constitutionnelle a dénaturé le droit à l'intimité constitutionnellement consacré dans l'article 18.1 CE.

Finalement, pour ce droit fondamental, la Cour constitutionnelle a octroyé l'*amparo* à un membre d'une secte, CEIS, qui se prostituait, en estimant que son droit à l'image a été violé, car montrer son image n'avait pas d'intérêt public (STC 156/2001/5, du 2 juillet).

L'honneur occupe toujours un lieu important dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Les arrêts 49 et 204/2001/7, du 26 février et 15 octobre, respectivement, se réfèrent aux mêmes personnes (un présentateur sportif très connu et l'ancien président d'une importante équipe de football). L'examen, de la part de la Cour constitutionnelle, de la pondération effectuée

par les juridictions pénales entre l'honneur (article 18.1 CE) et les libertés d'expression et d'information (article 20.1.a et d CE) est limitée, particulièrement lorsque la décision pénale attaquée en *amparo* est une décision d'acquittement (STC 232/2002/5, du 9 décembre, ce qui n'est pas le cas dans l'arrêt 52/2002, du 25 février – dans lequel la Cour confirme qu'il y a eu une limitation trop importante de la part du journaliste – et dans l'arrêt 76/2002/3, du 8 avril – dans lequel la liberté d'information a été considérée comme enfreinte –). Peuvent aussi être consultés les arrêts 148/2002, du 15 juillet et 46/2002, du 25 février, dans lesquels on a constaté que les manifestations examinées ont constitué un exercice légitime des libertés d'expression et d'information constitutionnellement protégées.

Divers arrêts de la Cour constitutionnelle se sont occupé de la pondération à effectuer entre les droits de l'article 18.1 (honneur, intimité et propre image) et les libertés contenues dans l'article 20 (expression et information) (SSTC 232/2002/4, du 9 décembre, 185/2002/3, du 14 octobre ; 121/2002/3, du 20 mai ; 99/2002/5ss., du 6 mai ; 83/2002/4ss., du 22 avril ; 76/2002/3, du 8 avril ; 46/2002/5, du 25 février ; 139/2001/4ss., du 18 juin). Pour ce qui est de la caducité de l'action civile en protection du droit à l'honneur et à l'intimité, l'arrêt 77/2002, du 8 avril peut être consulté.

4. LES DÉFIS ACTUELS DE L'INTIMITÉ

4.1. Dérivés de sa collision avec les libertés d'expression et d'information

4.1.1. La « cohabitation » nécessaire entre les libertés d'expression et d'information et les droits contenus dans l'article 18.1 CE

Il est évident qu'il existe un conflit potentiel entre les droits énoncés dans l'article 18.1 CE et les libertés d'expression et d'information tel que cela est envisagé par l'article 20.4 CE. Pour certains auteurs, la liberté d'expression est la projection externe de la liberté idéologique et de ce fait est un droit illimité. D'autres mettent l'accent sur la dimension externe de cette liberté, dans sa logique de caractère limité pour la rendre compatible avec le droit à l'intimité et avec ceux des tiers. La liberté d'expression garantit la libre manifestation de la pensée, des idées et des opinions et elle a deux volets, positif et négatif. En effet, la liberté d'expression permet d'exprimer des opinions, ainsi que les défendre et les diffuser, en essayant d'atteindre des adeptes et des prosélytes [33]. Le volet négatif de la liberté d'expression protège la non-manifestation de la propre pensée. C'est le droit au silence, expressément énoncé à l'article 16.2 CE (« personne ne pourra être obligé à faire état de son idéologie, sa religion ou ses croyances »).

La liberté d'information est liée aux faits et protège, avec une intensité spéciale, les professionnels de l'information, les journalistes. La Cour constitutionnelle n'exige pas que tout ce qui est publié soit vrai car, comme

33 Quoique l'article 607-2 du Code pénal en vigueur dispose que « 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 des mêmes ».

elle l'a 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* ». Elle exige par contre que l'information diffusée soit vraisemblable. Cette caractéristique implique que ne soit pas protégé le journaliste qui a agi avec « un mépris de la véracité ou fausseté de ce qui a été communiqué », mais est protégée l'information obtenue avec honnêteté 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* » [34].

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. C'est qui est contrôlé par la Cour constitutionnelle est que « *sa communication à l'opinion publique, même étant véridique, soit nécessaire en fonction de l'intérêt public de l'affaire sur laquelle on informe* » [35].

4.1.2. La doctrine du reportage neutre

Cette doctrine du reportage neutre est applicable aux « cas dans lesquels un média ne fait que rendre compte de déclarations ou d'affirmations de tiers qui ont pour résultat de porter atteinte aux droits de l'article 18.1 CE » (arrêt 232/1993/3). La Cour constitutionnelle a interprété que le devoir de diligence se voit satisfait « avec 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 déclaration [36]. De plus, un reportage de contenu neutre peut cesser de l'être s'il reçoit des dimensions informatives à travers lesquelles le milieu contredit en fait la fonction de simple voie de transmission du message.

4.1.3. Les jugements parallèles

Le phénomène des jugements parallèles fait référence à la tension qui peut se produire entre le développement d'une procédure judiciaire et son traitement informatif. Ainsi, 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.

La Cour constitutionnelle a rappelé que les jugements parallèles peuvent s'immiscer dans le cours de la procédure pénale, préjuger et nuire à la défense lors de la procédure, et léser certains droits substantiels, tels que ceux garantis par l'article 18 CE [37]. 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 ou la décision peut influencer la décision qui doit être adoptée par les juges* » [38]. Toutefois, les cas rapportés ici montrent une plus grande

---

34 Arrêt 178/1993/5 du 31 mai (*BOE* 159 du 5 juillet).

35 Arrêt 172/1990/3.

36 Arrêts 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).

37 Ordonnance 195/1991/6 du 26 juin.

38 Arrêt 136/1999/8 du 20 juillet (*BOE* du 18 août). En plus, personne ne peut nier que la capacité de pression et d'influence est même bien plus grand quand les déclarations

connexion avec les droits de la défense qu'avec la protection constitutionnelle de l'intimité.

Les deux premières questions signalées ont été examinées en détail dans le rapport espagnol sur « Constitution et secret de la vie privée », publié dans l'*Annuaire International de Justice Constitutionnelle* XVI-2001, alinéa II.B (pp. 236-240), et la troisième dans l'alinéa B.7 de l'introduction (pp. 235-236).

4.2. Dérivés des nouvelles technologies

4.2.1.La protection des données personnelles : Internet, téléphones portables, cartes informatisées

La protection des données personnelles a été élaborée tout d'abord par la jurisprudence, puis par le législateur donnant lieu, ainsi, à un authentique droit d'autodétermination informative, dont la portée ne pouvait pas avoir été déduite directement de la Constitution. En ce qui concerne l'inviolabilité du domicile, même s'il est évident que l'article 18.2 CE semble faire référence à l'intrusion physique d'une personne, la Cour constitutionnelle a jugé qu'il est nécessaire d'interdire « *toute sorte d'invasion (domiciliaire), y compris celles pouvant être réalisées sans pénétration directe au moyen d'appareils mécaniques, électroniques ou analogues* » [39]. S'agissant du secret des communications, il y a eu une polémique lors de la diffusion d'une conversation d'un politicien espagnol réalisée par un téléphone cellulaire. Se posait alors la question de savoir si s'appliquait 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.

4.2.2. La vidéosurveillance

En Espagne, l'élaboration et l'adoption de la loi organique 4/1997 qui régule l'utilisation de caméras vidéo par les forces de sécurité dans les lieux publics n'a pas généré un grand débat social et doctrinal. Cette loi soumet l'installation de caméras fixes à l'autorisation préalable, concrète, motivée et révocable du Délégué du gouvernement, avec, au préalable, l'avis favorable d'un organe collégial composé de magistrats et des délégués de l'Administration. L'utilisation des caméras vidéo est soumise dans la loi au principe de proportionnalité ; son usage doit être adéquat et l'intervention minimale, ce qui exige la pondération entre le but recherché et une possible affectation des droits constitutionnels de l'article 18.1 CE. La loi prévoit aussi une série de garanties, comme le délai de conservation des enregistrements, le devoir de réserve des employés, etc.

De telles matières se correspondent avec les paragraphes III.A.1 et III.A.2 dudit rapport (pp. 240 et 241).

---

versées dans les médias sur des procédures en cours correspondent à des membres relevants des autres pouvoirs publics de l'État.

39 Arrêt 22/1984/5 du 17 février, *BOE* 59 du 9 mars.

4.3. Dérivés de faits récents

Ici, des références aux évènements du 11 septembre 2001 peuvent être faites. Les droits fondamentaux qui protègent l'intimité présentent, comme je l'ai déjà signalé, une dimension culturelle importante, et ils sont donc, d'une certaine façon, des droits socialement disponibles, liés à des valeurs et à des principes changeants. Même s'il n'est pas facile de prévoir le sens de l'évolution de ces droits, quelques réflexions peuvent être faites dans ce sens.

Il y a à peine deux ans, j'estimais, de manière optimiste, ici même, que la force expansive des droits fondamentaux et leur caractère de plus en plus patrimonial allaient contribuer à étendre et à enrichir le contenu des droits fondamentaux qui protègent l'intimité.

Aujourd'hui la situation s'est toutefois renversée d'une façon spectaculaire. Un tel changement a été provoqué, dans une bonne mesure, par l'attaque terroriste contre les *Twin Towers* de New York. Cet attentat nous a alerté sur l'existence d'un nouveau terrorisme, appelé « terrorisme global » ou « méga terrorisme », caractérisé par son caractère international et sa portée territoriale presque universelle. Il a mis clairement en évidence un vieux dilemme, celui de la conciliation précise entre la liberté (dont l'intimité fait partie) et la sécurité.

Dans un tel débat, c'est sans doute la sécurité qui l'a emporté. La preuve se trouve dans les progrès spectaculaires faits par l'Union européenne en matière de coopération judiciaire, manifestés par l'adoption de mesures telles que l'établissement du mandat d'arrêt européen, le renforcement des facultés d'*Europol* en matière anti-terroriste et l'établissement de mécanismes ayant pour but de résoudre la question du financement du terrorisme. Toutes ces mesures vont déterminer l'apparition d'un nouvel ordre public européen (aligné très probablement sur l'américain).

Je comprends qu'il est parfois nécessaire de limiter un droit fondamental, pourvu que l'on prétende de cette façon en préserver d'autres. Par exemple en 1998, la disposition constitutionnelle sur l'inviolabilité du domicile en Allemagne a été modifiée, en restreignant ses garanties. Mais je suis inquiet sur le risque d'une limitation incontrôlée de ces droits, liée à d'autres idées moins respectables. Comme exemple, on peut rappeler qu'il y a un peu plus de deux ans, on a soumis l'autrichien Haider à une surveillance étroite en raison de son antisémitisme mais, depuis lors, le rejet de l'immigration gagne du terrain dans la société (ce qui est arrivé récemment en France est bien connu) et dans les gouvernements européens (dont les premiers ministres espagnol et italien sont des protagonistes particuliers). Ceci se concrétise par un contrôle plus fort des médias sur les individus.

Cette limitation de la liberté peut porter atteinte à la liberté des idées (en Espagne, par exemple, une librairie nazie a été fermée et le bras politique de l'organisation terroriste basque ETA a été déclaré illégal), mais aussi à l'intimité. Ceci pourrait se produire, par exemple, dans le cadre de l'intimité économique et bancaire, qui est limitée afin de localiser l'argent utilisé par les groupes armés et terroristes. Il est certain que l'intervention publique sur de tels comptes peut provoquer une certaine méfiance parmi les investisseurs, mais il faut choisir entre la sécurité et l'invisibilité des investissements, d'une part, et notre sécurité personnelle (et, dans beaucoup de cas, la justice), d'autre part.

D'autres droits (immédiatement) restreints ont été ceux du secret des communications (surtout dans sa dimension électronique) et de la protection des données à caractère personnel. Je ne vais pas me prononcer sur la véracité des informations selon lesquelles quelques serveurs *e-mail* gratuits, comme *Hotmail*, auraient transféré aux autorités américaines tous les *e-mails* d'origine arabe qu'il abritait. Il suffit de rappeler que les critiques suscitées par la plate-forme anglo-saxonne *Echelon*, qui prétendait contrôler sans distinction tous les *e-mails* où certains mots apparaîtraient, ont, dans une grande partie, disparu. Aujourd'hui, personne ne condamne la mise en place de la plate-forme Carnivore par les États-Unis. De même, il est possible que plusieurs des bases de données existantes dans les différents États aient été mises en commun, et que cette tendance soit accentuée dans l'avenir. De telle sorte que notre intimité est de plus en plus menacée.

Avant de nous prononcer, nous préférons attendre de voir comment ces mesures sont appliquées afin de ne pas présenter des conclusions précipitées. Évidemment, le but de garantir la sécurité n'est pas illimité, et ce n'est pas n'importe quelle mesure qui peut être appliquée. Le principe de la proportionnalité doit être respecté. On peut avancer que seuls les droits peuvent être limités lorsqu'on prétend garantir la liberté. Nous sommes en présence donc, en même temps, de limitations mais aussi de garanties de la liberté. De telles mesures seront bienvenues si elles servent à protéger notre sécurité (en garantissant la paix sociale à laquelle l'article 10.2 de la Constitution espagnole fait référence), car dans une société où il n'y a pas de sécurité, la liberté se trouve menacée en permanence.

5. NOTE DOCTRINALE

Nous avons présenté une approximation historique de la protection de l'intimité qui ne prétend pas, et ne peut pas, être considérée comme inattaquable d'un point de vue dogmatique ; il s'agit plutôt, d'un ensemble d'intuitions qui montrent une vision cohérente de l'évolution d'un tel concept juridique au fil des années. La rédaction de ces pages en langue française, est due en une large mesure, à l'aide d'Ana Isabel Sánchez Ruiz, agrégée de Droit international public et fonctionnaire de l'Union Européenne et de Carmen Morte Gómez, juriste à la Cour Européenne des Droits de l'Homme et qui travaille actuellement en tant que juriste à la Cour constitutionnelle espagnole. Je les remercie à nouveau maintenant.

Il est impossible de se référer ici à tous les ouvrages qui, au fil de temps, ont été publiés sur l'intimité et ses multiples manifestations (secret des communications, inviolabilité du domicile), ainsi que d'énumérer ceux que, sur de telles matières, j'ai pu consulter pendant toutes ces années. Les ouvrages les plus importants portant sur les droits garantis par l'article 18 CE ont été cités dans l'*Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* XVI (2000) (pp. 244-245), auquel nous renvoyons.

Toutefois, dans le cadre du présent travail, j'aimerais citer certains ouvrages qui m'ont été d'une grande utilité pour approfondir quelques questions précises et pour construire mon discours. Ainsi, j'ai eu l'opportunité d'étudier l'œuvre lucide de Jean-Etienne-Marie Portalis, à travers ses *Ecrits et discours juridiques et politiques* (PUAM, 1988), dont on a cité le discours préliminaire sur le projet du Code Civil et son exposé des motifs du projet de loi sur la propriété (pp. 22, 23, 28 et 116, respectivement). Le travail de

Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis sur « the right of privacy » a été publié dans la *Harvard Law Review* (1890), mais peut être consulté sur diverses sites d'internet :
http ://faculty.purduenc.edu/bbk/privacy.html ;
http ://www.lawrence.edu/fac/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html ;
http ://www.louisville.edu/library/law/brandeis/privacy.html ;
http ://www.swiss.ai.mit.edu/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_war r2.html, etc.

L'une des meilleures études sur l'origine du droit à la vie privée qui examine avec un certain détail ce qui s'est passé en Grande-Bretagne, aux États-Unis, dans la République Fédérale d'Allemagne et en France, est l'ouvrage de Pierre Kayser (*La protection de la vie privée*, Deuxième édition, Economica-PUAM, París, 1990). Sur la protection des droits de la personnalité et sa relation avec l'intimité ou la propre image, j'ai utilisé, fondamentalement, des œuvres de François Rigaux (*La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990) et Raymond Lindon (*La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille : la vie privée et l'image, le nom, la sépulture, les souvenirs de famille, les lettres missives, la défense de la considération, le droit moral de l'auteur*, Dalloz, París, 1974). J'ai extrait du dernier livre cité, et de quelques autres ouvrages, les données de jurisprudence qui ont été versés dans le présent travail (par exemple, Urabayen, Miguel : *Vida privada e Información, Un conflicto permanente*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1977, p. 43). Le travail classique de Federico de Castro y Bravo auquel j'ai fait référence est « Los llamados derechos de la personalidad », publié dans l'*Anuario de Derecho Civil* de 1959. J'ai aussi fait référence à un travail magnifique d'Angel Garrorena Morales (*Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991) et à l'opinion de Louis Favoreu et Loïc Philip sur la décision du Conseil Constitutionnel français n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 (qui peut être consultée sur

http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1977/7675dc.htm) qui est tirée de leur ouvrage classique *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* (11e éd. Dalloz, 2001). L'évolution récente de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle française a été apportée à ce travail par Madame Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Chargée de recherches au CNRS, dont la contribution peut être consultée de façon plus détaillée dans son rapport français sur « Constitution et secret de la vie privée », publiée dans l'*Annuaire International de Justice Constitutionnelle* XVI-2001, pp. 259 et s.

Sur les sphères de la *privacy*, j'ai utilisé, fondamentalement, les œuvres de Morales Prats, Fermín, *La tutela penal de la intimidad : privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984 (particulièrement, p. 123 ss.) ; Bricola, Franco, « Prospective e limiti della tutela penale della riservatezza », *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, pp. 1085 ; Urabayen, Miguel, *Vida...*, pp. 89-99 et Vidal Martínez, Jaime, « En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar », *Revista General de Derecho* 1981, p. 7.

Comme nous l'avons déjà vu, il n'y a qu'en France et en Espagne que l'on maintient encore l'idée d'une intimité (libérale) face aux influences provoquées par la nouvelle vision enrichie, et que j'ai nommée vie privée. C'est pour cela que la doctrine française est particulièrement importante pour déterminer la portée constitutionnelle de l'intimité. Thierry Renoux a examiné

la conformation jurisprudentielle du droit protégé par l'article 66 de la Constitution dans la dernière partie de son œuvre *Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire, l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica-PUAM, 1984. André Roux s'est occupé des limites que l'intimité impose aux pouvoirs publics, en examinant en détail les différentes inspections et mesures ainsi que le contrôle et les réserves du flux d'information qui peuvent avoir une influence sur la vie privée, (*La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers,* Economica, París, 1983). Récemment, le canadien Martin Michaud a examiné en détail les problèmes suscités par l'internet dans l'intimité, prenant comme point de départ l'ouvrage classique de Warren y Brandeis (*Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique. De Warren et Brandeis à l'inforoute.* Wilson & Lafleur Itée, Montreal, 1996). Finalement, la vision que le Droit pénal offre de l'intimité peut être consultée dans l'ouvrage cité de Fermín Morales Prats pour ce qui est du Droit espagnol, ou celui d'Isabelle Lolies (*La protection pénale de la vie privée,* Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1999), pour ce qui concerne le droit français.

Enfin, la jurisprudence constitutionnelle espagnole, sur laquelle est articulée une bonne partie du présent travail, peut être actuellement consultée en ligne (http ://www.boe.es/tc). Pour ce qui est de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* elle peut être consultée, en anglais, sur le site http ://www.jura.uni-sb.de/CJFA/material/justiceconst/D/bverfg_ent.html.