

L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe

Laurence Burgorgue-Larsen

▶ **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe : Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français. Le droit à la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, pp.69-115, 2002, 978-2-8027-1640-2. hal-01743616

HAL Id: hal-01743616
https://hal.science/hal-01743616

Submitted on 27 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe
(Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français).

par

Laurence BURGORGUE-LARSEN
Professeur de droit public à l'Université de Rouen
Directeur du Centre de Recherches et d'Etudes sur les droits de l'homme et le droit humanitaire

Introduction

Appréhender la notion de vie privée en Europe implique de faire des choix. L'imprudence méthodologique aurait été de vouloir analyser, coûte que coûte, un nombre imposant d'Etats européens ; l'entreprise se serait vite transformée en gageure. Il fallut opérer des choix qui se sont en réalité imposés assez aisément. La France fut le choix de la raison ; l'Espagne celui de la passion, tandis que l'Allemagne s'imposait au titre de la pertinence de la comparaison. Comment concevoir en effet toute analyse comparée en matière de droits fondamentaux sans inclure l'Allemagne ? Au final, ses choix teintés d'un fort subjectivisme se sont révélés particulièrement intéressants du point de vue scientifique. Ces trois pays représentent en effet, à eux seuls, les cas de figure possibles dans l'appréhension constitutionnelle d'un droit fondamental.

Du droit à la vie privée, il n'est point question dans la Constitution française du 4 octobre 1958 et, plus globalement, dans le bloc de constitutionnalité français[1]. Ce faisant, pendant longtemps, c'est le juge ordinaire qui eut un rôle exclusif aux fins de protection de la vie privée puisque celle-ci était consacrée à l'article 9 du Code civil, issu de la loi du 17 juillet 1970, qui affirme que «*chacun a droit au respect de sa vie privée*» et indique que les juges peuvent prendre des mesures pour faire cesser toute atteinte à «l'intimité de la vie privée». Dans ce contexte, le droit au respect de la vie privée n'a été expressément reconnu et appliqué par le Conseil constitutionnel qu'à partir de la décision *Vidéosurveillance* du 18 janvier 1995[2]. Le droit à la vie privée tient au contraire une place spécifique dans la Constitution espagnole du 27 décembre 1978[3] : il y est décliné à l'article 18 de la Constitution espagnole à travers la notion générique d'intimité[4]. À l'inverse, le droit à la vie privée n'apparaît pas en tant que tel au sein de la Loi Fondamentale de Bonn du 23 mai 1949 mais est appréhendé par d'autres droits qui entretiennent des liens étroits avec lui. Elle est donc protégée de façon éclatée dans la Charte constitutionnelle allemande et ce de deux manières. D'une manière spécifique tout d'abord, sur la base de deux clauses classiques : l'article 10 relatif au secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications et l'article 13 concernant l'inviolabilité du domicile. D'une manière générale ensuite sur la base de deux clauses matricielles qui participent à consacrer les droits de la personnalité. L'article 1§1 relatif au

---

[1] C'est également le cas du système italien.

[2] Cons. Const., 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, *Rec.,* p.170, *RJC*, p.I-612. F. LUCHAIRE, « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *RDpub*., 1995, p.575 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « France. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* XVI-2000, pp.259-290. Il est important, à ce stade, de signaler qu'il a été choisi d'adopter une vision stricte de l'analyse constitutionnelle en France. Le champ de l'étude est, ce faisant, circonscrit à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Est délibérément exclu la jurisprudence constitutionnelle des juridictions ordinaires.

[3] À l'instar de la Belgique (article 22 de la Constitution belge) ou encore de la Suisse (article 13 de la Constitution du 18 avril 1999).

[4] F. J. MATIA PORTILLA, « Espagne. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* XVI-2000, pp.209-245.

principe de la dignité humaine et l'article 2§1 sur le droit au libre épanouissement de la vie personnelle.
À partir de ce contexte constitutionnel hétérogène marqué par l'inexistence française — originelle, mais non perpétuelle — la précision espagnole et l'éclatement allemand, il va être intéressant d'évaluer si les contours constitutionnels de la vie privée (I) mais aussi le régime constitutionnel (II) de celle-ci sont marqués par les mêmes tendances et appréhendés par les mêmes techniques.

I. LES CONTOURS CONSTITUTIONNELS DE LA VIE PRIVEE

L'analyse comparée dévoile l'extraordinaire variété des facettes de la vie privée. Il s'agit à n'en pas douter d'une notion dont le caractère protéiforme explique la difficulté méthodologique auquel est confronté tout chercheur qui s'aventure dans cet univers. Nonobstant cette complexité, il ressort que la notion, dans tous les systèmes, est marquée par une *évolutivité* certaine. Un tel constat n'étonne guère. La vie privée est éminemment reliée à des considérations d'ordre culturel, immanquablement liées à des valeurs changeantes, contingentes. Or, s'il appert que cette évolutivité apparaît en grande partie consensuelle (**A**) — dans la mesure où les trois systèmes constitutionnels appréhendent de manière identique l'élargissement de la protection à des domaines nouveaux — il n'en reste pas moins que certains domaines font l'objet d'une appréhension variée de la part des juges constitutionnels qui, pour certains, entendent rester hermétiques à la *qualité* de la vie privée — en tant qu'elle intègre la nécessité de vivre dans un « environnement sain ». Ici, l'évolutivité est controversée (**B**).

A. L'évolutivité consensuelle

Il n'est pas inintéressant de constater que la vie privée est constituée d'un noyau dur conceptuel qui prend appui historiquement sur la notion d'intimité (1) qui doit à tout prix être protégée. Ainsi, il est logique que l'étude de la vie privée soit souvent abordée au travers des moyens — notamment d'ordre technique — qui d'aventure pourraient la mettre en péril. Mais l'intimité, c'est surtout le cœur de ce que l'on a coutume de nommer les droits de la personnalité (2). Or, ils sont au cœur de la notion puisqu'ils garantissent ce qui fait l'identité des individus.

1. De l'intimité

La notion d'intimité[5] est au cœur de la notion de vie privée, même si le panorama constitutionnel comparé nous montre que ce noyau dur notionnel est logiquement appréhendé de différentes manières. Elle est mentionnée expressément au §1 de l'article 18 de la Constitution espagnole (« *intimité personnelle* ») qui en fait le « droit générique » par excellence duquel dérive tous les autres (*i.e.* ceux mentionnés dans les autres paragraphes de la même disposition, exception faite du §4 relatif à la liberté informationnelle), tandis qu'elle irrigue le système constitutionnel allemand à travers la « théorie des sphères » dont le juge constitutionnel s'est largement fait l'écho. En France, la notion d'intimité trône à l'article 9 du Code civil issu de la loi du 17 juillet 1970 où il est indiqué que les juges peuvent prendre des mesures afin de faire cesser une atteinte à *« l'intimité de la vie privée »*. Dans ce contexte, le

[5] Voir les liens avec la « privacy ».

Conseil constitutionnel a intégré dans sa jurisprudence l'idée du « secret » qui découle directement de la notion d'intimité.

En Espagne, il s'est agi de délimiter précisément les contours du « droit à l'intimité » insusceptible d'intrusions illicites. Or, à cet égard, le Tribunal constitutionnel a très longtemps opté pour une acception matérielle de la sphère intime qualifiée de « sphère privée ». C'est le « *domaine propre et réservé* » des personnes dont l'existence effective est nécessaire pour atteindre une « *qualité minimale de la vie humaine* ». Ainsi, il appert selon le critère matériel, que l'intimité de la vie privée concerne tout ce qui — selon les référents sociaux — doit rester réservé ou étranger à l'intérêt des tiers. L'intime, c'est ce qui peut être maintenu secret afin de profiter d'une vie digne avec un minimum de qualité[6]. En Allemagne, la « théorie des sphères » dans sa version traditionnelle a toujours opéré la distinction entre la sphère intime, la sphère privée et la sphère publique[7]. La définition de la sphère intime, à la limite d'un certain ésotérisme juridique, a assez rapidement révélé son ineffectivité. Ce « droit à la solitude » a trouvé très peu d'applications jurisprudentielles. En fait, il ressort que la notion allemande de « sphère privée » rejoint assez bien la notion espagnole identique qui se matérialise par le « droit à l'intimité » du §1 de l'article 18.

Partant, les trois systèmes constitutionnels objet de l'étude ont développé des jurisprudences qui toutes, *grosso modo*, ont pour objet de protéger l'intimité de la vie privée contre des *investigations* (a) et des *divulgations* (b) intempestives qui seraient entachées d'illégalité[8].

a. *Intimité de la vie privée et investigations*

Deux questions apparaissent ici importantes : la notion de *domicile* et celle du *bénéficiaire* du droit à l'inviolabilité de celui-ci.

L'intimité de la vie privée se développe dans des lieux situés hors d'atteinte des investigations des personnes publiques (l'Etat et ses démembrements) comme des personnes privées. Le *domicile* fait évidemment partie de ses lieux. Si son inviolabilité est une donnée classique[9], la question s'est évidemment posée pour d'autres lieux — tels les véhicules (voitures, caravanes), mais aussi les hôtels, les caves, les jardins — afin de savoir s'ils étaient également des lieux où l'intimité des personnes pouvaient se déployer et donc être protégée.
Il est remarquable sur ce point de relever la convergence jurisprudentielle des trois systèmes constitutionnels étudiés qui, soit dit en passant, rejoint la donne conventionnelle en la matière[10]. Après une période d'incertitudes, le Tribunal Constitutionnel espagnol détermina

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 231/1988, 197/1991, 143/1994 *v*. L-M DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p.254. Le Tribunal Constitutionnel a nuancé ces dernières années cette analyse en penchant vers une prise en considération plus importante du critère formel : est intime tout ce qui est déterminé comme tel par chaque personne (STC 134/1999 ; 187/1999 ; 115/2000).
[7] C. GUSY, « La théorie des sphères », *AIJC*, 2002, pp.467-484.
[8] Cette *summa divisio* (protection contre les investigations et protection contre les divulgations) a été empruntée à M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *AIJC,* 2000.
[9] L'inviolabilité du domicile est mentionnée au §2 de l'article 18 de la Cons.esp., tandis qu'il figure à l'article 13 de la LF. En France, bien que certaines Constitutions — comme celles de l'an III (article 359 de la Constitution du 22 août 1795) et de l'an VIII (article 76 de la Constitution du 13 décembre 1999) — l'ait consacrée, la Constitution de la V° République est muette à son sujet. Il a fallu attendre la décision du Conseil du 29 décembre 1983, *Perquisitions fiscales* pour que l'inviolabilité du domicile soit consacrée à l'échelle constitutionnelle (CC, 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Perquisitions fiscales, RJC*, 1-166, *GDCC*, n°34).
[10] Le « domicile » est en effet entendu souplement par la CEDH qui considère comme tel une caravane, lieu de vie de la minorité tsigane : CEDH, 25 septembre 1996, *Buckley c. Royaume-Uni* ; CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, *GACEDH*, n°39.

clairement le concept constitutionnel de domicile dans une décision du 17 janvier 2002[11] en considérant que tout espace fermé où une personne développe sa vie privée — même de manière temporaire, comme une chambre d'hôtel —est un « domicile » qui bénéfice ce faisant de la protection de l'article 18§2. Il s'alignait ce faisant sur la jurisprudence constante de la Chambre pénale du Tribunal Suprême et sur les solutions fournies par le droit comparé, notamment américain[12]. La convergence est entière avec la jurisprudence constitutionnelle allemande qui détermine la notion de domicile tout à la fois eu égard à « la destination du local par son occupant (la volonté d'y mener sa vie privée) », mais aussi de « l'acceptation de cette acceptation par autrui[13].» Partant, à l'instar du cas espagnol, le juge allemand a pu considérer qu'une chambre d'hôtel, mais encore une caravane, une tente, une cave, un jardin, une résidence secondaire constituaient des « domiciles ». Pour sa part, le Conseil constitutionnel avait, dès sa décision du 29 décembre 1983, *Perquisitions fiscales*, opté pour une acception large de la notion de domicile, incluant tous les lieux privés — les lieux d'habitation principaux comme les lieux d'habitation occasionnels[14]. La jurisprudence constitutionnelle française est particulièrement riche s'agissant de ce que l'on appelle communément la « fouille des véhicules ». Dès la décision du 12 janvier 1977, le juge constitutionnel français posait le principe de l'inviolabilité du véhicule privé et confirmait à plusieurs reprises un tel constat[15] en opérant point d'ailleurs de distinctions entre les véhicules à usage privé et à usage professionnel[16].

Le domicile ainsi largement entendu est-il celui des seules personnes privées ? On aborde ici la question du bénéficiaire du droit à l'intimité de la vie privée qui a longtemps alimenté les chroniques jurisprudentielles des « européanistes ». On connaît en effet la longue opposition entre les Cours de Luxembourg et de Strasbourg en la matière. Elle a fini par prendre fin récemment : l'arrêt de la Cour de Luxembourg *Roquette* du 22 octobre 2002 s'étant aligné sur l'arrêt de la Cour de Strasbourg *Société Colas Est* du 21 avril 2002. A l'échelle transnationale, on ne recense donc plus de divergences sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention aux domiciles des personnes morales, le domicile incluant le siège social, mais aussi les agences et les locaux professionnels des personnes morales, en l'occurrence de droit privé[17]. Il n'est

---

[11] STC, 17 janvier 2002, n° 10/2002. Il s'agit d'un arrêt rendu suite à une question de constitutionnalité n° 2829/94 relative à l'article 557 de la loi de *Enjuiciamiento Criminal*. (v. le site web du TC espagnol : www.tribunalconstitucional.es) et E. ALBERTI, P. BON, P. CAMBOT, J-L. REQUEJO PAGES, « Espagne. Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *AIJC*, 2002, pp.581-584.

[12] Extrait du Fondement juridique n°8 *in fine* : « *La consideración de las habitaciones de los hoteles como domicilio de quienes se alojan en ellas a efectos de la protección que el articulo 18.2 CE establece para el domicilio coincide, por lo demás, con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (por todas, SSTS de 3 de julio 1992, RJ 1992\6017; 10 de julio 1992, RJ 1992\6378; 5 de octubre 1992, RJ 1992\7737; 17 de marzo de 1993, RJ 1993\2330; 15 de febrero de 1995, RJ 1995\865; 2 de octubre de 1995, RJ 1995\7588, 21 de noviembre de 1997, RJ 1997\7995; 24 de enero de 1998, RJ 1998\88; 16 de mayo de 2000, RJ 2000\4960) y la jurisprudencia de otros países (Stoner v. California, 376 U.S. 483).* »

[13] C. GREWE, « Allemagne. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC*, 2000, p.139.

[14] Cons. Const., 29 décembre 1983, n°83-164 DC, *Rec*., p.67 ; *RJC*, p.I-166, *GDCC* n°34 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « France. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC*, 2000, p.262. Dans cette affaire (n°83-164 DC), le Conseil constitutionnel devait examiner une disposition prévoyant dans quelles conditions il pourrait être procédé à des perquisitions et des saisies pour la recherche d'infractions en matière fiscale. Il a estimé que des « *investigations dans les lieux privés […] ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects notamment celui de l'inviolabilité du domicile*. »

[15] Cons. Const., 18 janvier 1995,*Vidéosurveillance*, n° 94-352 DC, *op.cit*., *Rec*., p.170, *RJC*, p.I-612.

[16] Cons. Const., 27 décembre 1990, *Visites domiciliaires des télécommunications*, n°90-281 DC, *Rec*., p.91, *RJC*, p.I-415.

[17] CEDH, 21 avril 2002, *Société Colas Est c. France*, §41 : *« les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son*

pas inintéressant de constater qu'à l'échelle constitutionnelle, de divergences il ne fut en réalité jamais question, tout du moins dans ses grandes lignes.

Les jurisprudences constitutionnelles ont invariablement reconnu le bénéfice du droit à la protection du domicile tant aux personnes physiques — nationales et étrangères — qu'aux personnes morales de droit privé[18]. Ainsi, contrairement à la Cour européenne qui l'affirma sans ambiguïté en 2002 (*Société Colas Est*), le Conseil constitutionnel le proclamait dès 1983 dans sa décision *Perquisitions fiscales*, tandis que le Tribunal Constitutionnel espagnol le faisait en 1985 (STC 135/1985) et le juge allemand confirmait récemment en 2002 une jurisprudence traditionnelle en la matière[19]. En réalité, la problématique se déplace vers le statut de la personne morale. Les termes de la problématique changent-ils à partir du moment on est en présence d'une personne morale de droit public ? En Allemagne, l'exclusion des personnes morales de *droit public* du « bénéfice » des droits fondamentaux est clair[20], l'Etat ne pouvant être à la fois débiteur et bénéficiaire de droits fondamentaux[21] — tandis qu'elle l'est beaucoup moins en Espagne. Outre Pyrénées, il est intéressant de relever que le Tribunal constitutionnel a très tôt eu l'occasion de reconnaître aux syndicats, personnes morales de droit privé[22], mais aussi aux personnes morales de droit public — tels les établissements publics de l'Etat[23], les collectivités locales[24], voire l'Etat lui-même — la faculté de le saisir[25]. Il leur accorda ainsi le statut de «titulaires » de droit fondamentaux, c'est-à-dire des « organes habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des droits fondamentaux ». Ce statut de « titulaire » allait-il déboucher sur celui de « bénéficiaires », *i.e.* celui d'un organe à qui est attribué une permission d'agir constitutive d'un droit fondamental[26]? En réalité, ce n'est qu'au prix d'une construction dogmatique nuancée que le juge constitutionnel a fini par fixer avec beaucoup de difficulté sa doctrine. Aujourd'hui, il semble être revenu à une interprétation stricte afin de refuser, sous forme de principe, que les droits fondamentaux puissent avoir comme titulaires des personnes morales

---

agence ou ses locaux professionnels. », *v*. L. BURGORGUE-LARSEN, «La reconnaissance de la protection du 'domicile' des sociétés commerciales. Commentaire de l'arrêt Société Colas Est du 26 avril 2002 », *La France et la Cour européenne des droits de l'homme,* P. TAVERNIER (sous la dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003.

[18] Pour la France, Cons.Const, 29 décembre 1983, *Perquisitions fiscales*, n°83-164 DC ; n°84-181 DC, n°90-281 ; pour l'Espagne, la décision de principe est STC, 17 octobre 1985, n°137/1985, *v*. F.J. MATIA PORTILLA, « La protection de l'intimité », *AIJC*, 2002, p.415 ; E. ALBERTI, P. BON, « Espagne. Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *AIJC,* 1997, p.583 ; Pour l'Allemagne, *v*. C. GREWE, « Allemagne. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* 2000, p.139.

[19] TCK, 6 mars 2002, 2 BvR 1619/00, NJW 2002, 1941.

[20] Trib. Const. all., 18 janvier 2002.

[21] En Allemagne, la Loi Fondamentale pose une limite afférente à la nationalité des personnes morales ; seules les « personnes publiques nationales » sont bénéficiaires de droits fondamentaux (article 19§3 LF). Or, le juge de Karlsruhe a étendu partiellement ces droits fondamentaux aux personnes morales étrangères s'affranchissant de la lettre du texte constitutionnel. Dans le même temps, il a toutefois exclu systématiquement du bénéfice des droits fondamentaux les personnes morales de droit public, considérant que l'Etat ne peut être à la fois débiteur et bénéficiaire des droits fondamentaux, ce qui témoigne pour certains auteurs de plusieurs confusions.

[22] Trib. Const. esp., 17 juillet 1981, n°26/81.

[23] Trib. Const. esp., 8 février 1982, n°4/82.

[24] Trib. Const. esp., 14 mars 1983, n°19/83.

[25] P. BON, « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Paris, CNRS, 1991, pp.48-49.

[26] C'est la terminologie utilisée par P. PERFSMANN, « Les destinataires des droits fondamentaux », *in Droit des libertés fondamentales*, (L. FAVOREU et *alii*), Paris, Dalloz, 2002, p.101.

de droit public. Dans le même temps, il égrène une succession d'exceptions qui ne sont pas sans apporter confusion et complexité[27].

Ainsi, s'il est clair que la protection du domicile ne vaut pas à l'égard des personnes morales de droit public en Allemagne, la question est plus incertaine en Espagne, tandis qu'en France elle ne devrait guère poser de difficultés. On sait que le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à contrôler le respect par le législateur des droits fondamentaux tant des personnes morales de droit privé — syndicats[28], sociétés[29], fondations[30], établissements privés d'enseignement[31] — que des personnes morales de droit public — établissements publics[32], collectivités territoriales[33], partis politiques[3435]. Il vient d'être rejoint par la Haute juridiction administrative qui, en plus de reconnaître la libre administration des collectivités territoriales comme une « liberté fondamentale » au sens de la procédure de « référé-liberté », a en outre accepté qu'une personne morale de droit public puisse en être titulaire[36]. La restriction allemande et les hésitations espagnoles n'ont donc pas lieu d'être en France où les personnes morales de droit public bénéficient d'une protection constitutionnelle. Dans ce contexte, la protection de leur domicile devrait aller de soi.

b. *Intimité de la vie privée et divulgations*

La protection contre les *divulgations* relatives à certains aspects de la vie privée fournit l'occasion d'envisager la question des moyens techniques de la divulgation. s la sphère intime à des fins de contrôle en tout genre (policier, fiscal, douanier…). Aujourd'hui, à côté des moyens traditionnels utilisés pour divulguer des informations qui devraient rester secrètes (le contrôle injustifié de la correspondance, les écoutes téléphoniques), la révolution informatique (vidéosurveillance, Internet, téléphone portable) mêlé à l'avènement de la société de l'information démultiplient les risques de divulgations arbitraires des données personnelles et les immixtions illégales dans la vie privée à des fins de contrôle en tout genre (douanier, fiscal…).

Il a semblé intéressant à cet égard d'axer plus particulièrement l'analyse sur la « deuxième génération » des moyens afférents à la divulgation d'éléments de la vie privée. La Constitution espagnole aux §3 et 4 de l'article 18 prend en considération ces deux aspects. Le

---

[27] Trib. Const. esp., 26 juillet 2001, n°175/2001, FJ n°6 ; 18 décembre 2001, n°239/2001 et 240/2001. E. ALBERTI, P. BON, P. CAMBOT, J-L REQUEJO PAGES, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Espagne », *AIJC,* 2001, spéc., pp.528-532.

[28] Cons. Const., 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC, *Rec.,* p.46 ; *RJC,* p. I-83, *GDCC* n°29.

[29] Cons. Const., 16 janvier 1982, *Nationalisations*, n° 81-32 DC, *Rec.,* p.18 ; *RJC,* p. I-104, *GDCC* n°31. M. De VILLIERS, « Du principe des nationalisations – contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste », *Revue administrative*, 1982, p.153.

[30] Cons. Const., 29 décembre 1984, *Perquisitions fiscales, GDCC* n°34.

[31] Cons. Const., 13 janvier 1994, *Etablissements privés d'enseignements*, n° 93-329 DC, *Rec*., p.9, *RJC,* p.I-562. B. GENEVOIS, « Le principe d'égalité et la libre administration des collectivités territoriales », *RFDadm.,* 1994, p.209.

[32] Cons. Const., 9 janvier 1980, *Aménagement de la fiscalité directe locale,* n° 79-112 DC, *Rec*., p.32, *RJC*, p.I-78.

[33] Cons. const., 25 février 1982, *Lois de décentralisation*, n°137-82 DC, *Rec*., p.38, *RJC*, p.I-117, *GDCC* n°32.

[34] Cons. const., 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, n° 89-271 DC, *Rec*., p.21, *RJC*, p.I-397.

[35] F. MODERNE, « Bénéficiaires ou titulaires des droits fondamentaux – Rapport français », *AIJC,* 1991, pp.237 et s.

[36] CE, Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles* ; CE, Ord., 21 novembre 2002, *Gaz de France*.

§ 3 affirme que « *le secret des communications, notamment postales, télégraphiques et téléphoniques, est garantie, sauf décision judiciaire* » ; tandis que le §4 considère que « *la loi limitera l'usage de l'informatique afin de garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens ainsi que le plein exercice de leurs droits* ». En Allemagne, c'est tout à la fois la Loi Fondamentale et la jurisprudence du Tribunal de Karlsruhe qui protège la vie privée contre les divulgations émanant tant des pouvoirs publics, mais également des personnes privées[37]. Tandis que l'article 10 LF consacre le « *secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications* », de l'autre la jurisprudence constitutionnelle, arc-boutée sur la combinaison des articles 1, al. 1 relatif au droit à la dignité et 2 al. 1 de la LF concernant le droit général à la liberté, a consacré ce que la doctrine allemande nomme le « *droit à l'autodétermination informationnelle* ». Ici, les cas allemands et espagnols se rejoignent de façon exemplaire.

En France, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a révélé l'existence d'un droit à la protection des données nominatives sur la base de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 qui définit, à son article 4, les informations nominatives qui sont celles « *qui permettent sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent*.» Sa jurisprudence, particulièrement fournie, prend ainsi systématique appui sur la loi de 1978 pour rappeler au législateur — notamment depuis 1993 — qu'il doit se conformer aux *« dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*. [38]»

À l'instar de la jurisprudence conventionnelle en la matière[39], il appert que ce droit fondamental dispose de deux facettes. Une positive, qui permet à toute personne intéressée d'accéder à ses données personnelles ; une négative, qui impose des limites et des conditions à la collecte de données de la part, notamment, des pouvoirs publics. S'agissant de ce deuxième aspect, le Tribunal de Karlsruhe dans une importante décision du 15 décembre 1983 — rendue dans le cadre du recensement de la population — martela que « *l'individu devait être protégé contre les collectes, le stockage, l'utilisation et la transmission des données le concernant* »[40]. Il est intéressant ici de relever que les jurisprudences constitutionnelles attachent une importance décisive à la finalité du stockage des données afin d'éviter l'utilisation des informations nominatives dans un but étranger à l'objectif initialement prévu. Dit autrement, c'est le détournement des données qui est évidemment prohibé. La décision *Sécurité et Liberté*[41] est caractéristique en la matière, comme celle relative aux *Accords de Schengen*[42]. Le Conseil Constitutionnel vérifia que l'utilisation des données collectées par le « Système d'information Schengen » ne pouvait être effectué que dans des cas précisés par la Convention de Schengen laquelle prévoyait d'ailleurs que toute utilisation non conforme des données serait « *considérée comme un détournement de finalité* ». Bien que le mot de « finalité » ne figure pas dans la décision du 29 juillet 2004[43], on peut considérer que la

---

[37] C. GREWE, « Allemagne. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC*, 2000, p.147.

[38] Cons. Const., 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *Rec*., p.224 ; *RJC,* p.I-539, *GDCC* n°46. D. ALLAND, « Droit constitutionnel et droit international, droit d'asile », *RGDIpub*., 1994, p.205 ; B. GENEVOIS, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDadm.,* 1993, p.871.

[39] CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*.

[40] C. GREWE, *Ibid.,* p.147.

[41] Cons. Const., 20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, n°80-127 DC, *Rec*., p.15, *RJC,* p.I-91, *GDCC* n°30, v. J. RIVERO, « Autour de la loi sécurité et liberté : 'filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *AJDadm*., 1981, p.275.

[42] Cons. Const., 25 juillet 1991, *Accords de Schengen*, n° 91-294 DC, *Rec*., p.91, *RJC*, p. I-455. Parmi un nombre important de commentaires, on mentionnera l'analyse de G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDadm.,* 1992, p.173.

[43] Cons. Const., 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles*, n°2004-499 DC ; J-E. SCHOETTL, « La refonte de la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 11 août 2004 (160), pp.8-19.

censure par le Conseil constitutionnel d'une disposition de la loi modifiant la « loi informatique et liberté »[44], répond en réalité aux mêmes exigences : éviter tout détournement de procédure, notamment quand la nouvelle loi (article 9, alinéa 3) permet à des personnes morales de droit privé de « *rassembler un grand nombre nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sûreté* [45]». C'est également sous l'angle de la finalité que l'enregistrement du PaCS (Pacte civil de solidarité) au greffe du tribunal de Grande instance fut contesté par les saisissants du Conseil constitutionnel. Or, celui-ci, dans sa décision du 9 novembre 1999[46] n'y a vu aucun un motif d'inconstitutionnalité. Après avoir relevé que le dit enregistrement avait pour finalité d'assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes et celle de conférer date certaine au PaCS afin de le rendre opposable aux tiers, il finit par souligner que « *l'enregistrement n'a pas pour objet de révéler les préférences sexuelles des personnes liées par le pacte*[47].»

2. A la personnalité

Les « droits de la personnalité » sont difficiles comme tels à définir tout du moins dans les champs constitutionnels étudiés puisque ceux-ci appréhendent de manière variée la notion globalisante de vie privée (précision, éclatement, inexistence), ce qui rejaillit immanquablement sur les droits de la personnalité[48].

En Espagne, le §1 de l'article 18 mentionne l'honneur, l'intimité et l'image comme des droits de la personnalité. Mais la doctrine a pris soin de souligner qu'avant leur élévation au rang de droits fondamentaux par la Constitution espagnole en 1978, ils étaient déjà consacrés comme tels et protégés au civil. Ce faisant, la Constitution n'appréhendent pas tous les droits que l'on inclut classiquement dans cette catégorie, comme la vie et l'intégrité physique et morale, le nom, la condition morale d'auteur[49]… Le cas allemand est à la fois similaire et différent par rapport au cas espagnol. Similaire, parce que ce sont les juridictions civiles qui, dès 1954, reconnaissaient les droits de la personnalité ; différent dans la mesure où la *Magna Carta* ne les consacrant pas expressément, le Tribunal de Karlsruhe les a constitutionnalisés — dans deux décisions de principe de 1973 — en interprétant de façon dynamique les articles 1 al.1 (principe de dignité humaine) et 2 al.2 (droit au libre épanouissement de la personnalité). La conséquence d'une telle construction est l'indétermination du champ de protection de ces droits et leur caractère résiduel. La protection constitutionnelle ne joue que si aucune des protections spécifiques n'est applicable (articles 10 et 13 LF)[50]. Le Tribunal de Karlsruhe encourage d'ailleurs une telle indétermination, ne voulant se laisser enfermer dans aucune approche dogmatique que ce soit et préférant « *faire ressortir à l'occasion de chaque affaire à juger, ses empreintes*[51]. » Ainsi, on ne trouvera outre-Rhin aucune définition de ces droits,

---

[44] Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO,* 7 août 2004, p.14087.

[45] Le juge a censuré cette disposition au motif suivant (considérant n°12) : « (A COPIER)

[46] Cons. Const., 9 novembre 1999, *PaCS*, n°99-419 DC, *Rec*., p.116 ; N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel », *Semaine juridique JCP*, 2000, I, 210.

[47] M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « France. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* 2000, p.269.

[48] Pour une analyse fouillée de droit comparé, *v.* X. BIOY, Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel. Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), *RIDC*, 2003.

[49] L-M DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos…, op.cit.,* p.266. On peut ici relever la différence avec le cas portugais qui, à l'article 26 de la Constitution de 1976, consacre, en les énonçant de façon détaillée, les « droits de la personnalité ».

[50] C. GREWE, *op.cit., AIJC,* p.143.

[51] *Ibid.,* p.144.

simplement une nomenclature — par définition évolutive — de ceux déjà consacrés par le juge. Ainsi, l'autodétermination sexuelle, le droit de conserver son nom, le droit à la connaissance de ses origines biologiques, le droit à l'honneur personnel, le droit à l'image et à la parole, le droit de disposition quant à la présentation de sa personne, le droit à une considération sociale telle que définie par soi-même. Récemment, le Tribunal de Karlsruhe a même reconnu à une société commerciale le droit au respect de sa personnalité en la faisant découler exclusivement de l'article 2§2 relatif à la liberté d'agir [52].

Relevons que le droit constitutionnel français se distingue clairement des systèmes allemand et espagnol. Tant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel que dans les travaux doctrinaux issus du droit public, l'expression de « droits de la personnalité » n'a pas droit de cité. Il s'agit d'une notion civiliste plus usitée dans l'univers privatiste[53]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel connaît toutefois une notion voisine qui est celle de « liberté personnelle » qui a fait son apparition à la fin des années quatre-vingt dix, pour se faire plus discrète pendant quelques années et pour refaire récemment une entrée remarquée sur la scène constitutionnelle. Il s'agit d'une notion qui, telle qu'interprétée en France, repose sur le souci de ne pas faire peser sur un individu des contraintes sociales qui constituerait une négation de la personnalité[54]. Ainsi, pour Bertrand Mathieu, il s'agit du « *droit de ne pas subir de contraintes excessives* » de la part de la collectivité[55]. Il en va de la liberté pour le salarié de refuser qu'un syndicat agisse en justice en ses lieu et place[56] ; du droit de l'employeur de ne pas se voir imposer de fréquenter sur son lieu de travail les auteurs d'actes dont il a été victime[57] ; de la liberté de contracter mariage[58] ou encore de l'autonomie individuelle en matière de choix professionnels[59]. Il est important à ce stade de mentionner que la protection des données personnelles, qui fut appréhendée dans les années quatre-vingt dix par le Conseil à travers cette notion de liberté personnelle, ne l'est plus de façon évidente depuis 1999 quand il rendit toute une série de décisions sur la *Couverture Maladie Universelle*, le *PaCS* et la *Loi*

---

[52] Trib. Const. allemand, 9 octobre 2002 ; M. FROMONT, «République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2002 », *RDpub*., 2004-4, p.1136.

[53] Maintenant, rien n'empêche de rattacher certains droits consacrés par le Conseil à la catégorie des droits de la personnalité : seulement l'approche ici ne décrirait plus ce qui est, mais stigmatiserait les désirs de certains…ce qui assurément nous éloignerait de l'objectif poursuivi par cette étude : tenter d'éclaircir au mieux l'approche constitutionnelle telle qu'elle se présente.

[54] B. MATHIEU, « Droit constitutionnel civil », *Jurisclasseur administratif,* n°1149, p.15.

[55] B. MATHIEU, *LPA,* 2 juin 1993, n°66, p.5.

[56] Cons. Const., 25 juillet 1989, *Préventions des licenciements économiques*, n° 89-257 DC, *Rec.,* p.59, *RJC*, p.I-358 ; X. PRETOT, « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la convention », *Droit social,* 1989, p.701.

[57] Cons. Const., 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, n°88-244 DC, *Rec*., p.119 ; *RJC*, p.I-334 : X. PRETOT, « L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde », *Droit social,* 1988, p.755.

[58] Cons. Const., 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n°2003-484 DC, *Rec.*, p.438. Le considérant 94 se lit ainsi : « Considérant, toutefois, *que le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnell*e protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé. » (Italiques ajoutés). N. FERRAN, « La politique de maîtrise des flux migratoires et le respect des droits et libertés constitutionnels », *RDpub*., 2004-1, pp.275-291 ; N. GUIMEZANES, « La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *Semaine juridique JCP,* 2003 (50), pp.2169-2171.

[59] Cons. Const., 18 décembre 2003, *RMI*, n°2003-488 DC, *Rec*., p.473. A. DUFFY, « Constitutionnalité de la loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité », *D.,* 2004 (18), pp.1274-1275 ; X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel, la décentralisation et le revenu minimum d'insertion », *Droit social*, 2004 (3), pp.245-250.

de financement de la sécurité sociale pour l'année 2000. Cet élément singularise ce faisant la situation française par rapport aux cas allemand et espagnol.

B. L'évolutivité controversée

L'évolutivité inhérente à la notion de vie privée peut toutefois apparaître plus controversée. Ici, deux questions méritent d'être abordées, même si elles se situent à des niveaux différents. La première ne concerne pas, au sens strict, l'évolutivité de la notion de vie privée, mais plutôt ses *liens* avec une notion connexe, celle de vie familiale. La problématique étant ici de savoir si les Constitutions d'abord et les juges constitutionnels ensuite séparent les deux notions ou si au contraire on peut observer une connexité forte entre intimité et famille (1). La seconde concerne véritablement l'évolutivité de la vie privée vers des domaines qui s'en trouvent, *a priori*, très éloignés. L'exemple du droit à un environnement sain est topique en la matière. La question est de savoir si l'évolution conventionnelle — consacrant le droit de vivre dans un environnement sain en le rattachant à l'article 8 de la Convention[60] est également révélateur d'une donne constitutionnelle[61] (2).

1. Vie privée et vie familiale

En France et en Allemagne, la césure est nette entre vie privée et vie familiale. Le fait qu'en Allemagne, la vie privée soit appréhendée tout à la fois sur la base de dispositions spécifiques (articles 10 et 13 LF) et générales (dignité et liberté d'agir), la dissocie logiquement de la vie familiale mentionnée à l'article 6 de la LF relatif au mariage, à la famille et aux enfants naturels[62]. Quant à la situation en France, « si la famille ne se voit pas attribuer une personnalité fictive qui permettrait d'en faire le titulaire de droits fondamentaux, sa protection est cependant une exigence constitutionnelle[63]. » En effet, sur la base du 10° alinéa du Préambule de 1946, la Nation doit assurer à la famille comme à l'individu les conditions nécessaires à leur développement. On peut tirer de cette référence tant la reconnaissance de la famille au niveau constitutionnel que l'obligation pour l'Etat de soutenir la famille, notamment par des prestations sociales. De même, la reconnaissance en 1993 du droit de mener une vie familiale normale[64] ne l'a pas été sur le fondement de l'article 66, consacrant la

---

[60] CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* ; CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne* ; CEDH, 19 février 1998, *Guerra c. Italie, GACEDH*, n°46 ; CEDH, Gde Ch., 8 juillet 2003, *Hatton c. Royaume-Uni*.

[61] M-F. DELHOSTE, « L'environnement dans les Constitutions du monde », *RDpub*., 2004-2, pp.441-455.

[62] Article 6 — Mariage et famille, enfants naturels de la Loi Fondamentale : 1. Le mariage et la famille sont placés sous la protection de l'Etat ; 2. Elever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en priorité. La communauté étatique veille sur la manière dont ils s'acquittent de ces tâches ; 3. Les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré des personnes investies de l'autorité parentale qu'en vertu d'une loi, en cas de carence de celles-ci ou lorsque les enfants risquent d'être laissé à l'abandon pour d'autres motifs ; 4. Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté ; 5. La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social. Ainsi, les affaires portées devant le Tribunal constitutionnel allemand concernent des questions comme les droits du père biologique, le calcul des pensions alimentaires, on se reportera avec intérêt aux chroniques à l'*Annuaire International de justice constitutionnelle* de S. DAGRON, C. GREWE et X. VOLMERANGE, *AIJC*, XIX, 2003, pp.527-555 ou encore à *la Revue du droit public* de M. FROMONT, *RdPub*., 2004-6, pp.1631-1659.

[63] B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p.459.

[64] Cons. Const., 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *Rec*., p.224.

liberté individuelle qui a pourtant longtemps été la base juridique permettant la protection constitutionnelle de la vie privée (*v. infra. II.A.2*).

Dans ce contexte, il est topique de constater que les formules de « partenariat » pour les couples de même sexe — le PaCS institué en France par la loi du 15 novembre 1999 et le « partenariat de vie », *Lebenspartnerschaf* en Allemagne mis en place par la loi du 16 février 2001 — ait été contrôlés par les juges constitutionnels sous l'angle de la famille et du droit au mariage. La décision du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe du 17 juillet 2002 s'avère importante en ce qu'elle déclare la constitutionnalité de loi sur le partenariat de vie — à 5 voix contre 3 toutefois[65]. A cette occasion, le Tribunal considéra que la loi ne violait pas l'alinéa 1 de l'article 6 de la LF qui place le couple sous « *la protection particulière de l'Etat* », ni l'article 3 al.1 (principe général d'égalité). Et d'estimer que le partenariat de vie enregistré ne touche pas à la liberté de former un couple — entendu de façon traditionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle comme celui formé par le mariage entre un homme et une femme. Toute l'argumentation du Tribunal consiste à pointer la différence entre le couple « homme /femme » bénéficiant d'une institution protégé par la Constitution, (*i.e.* le mariage) et le partenariat de vie qui ne s'adresse qu'aux unions homosexuelles. Partant de cette donnée, la majorité du Tribunal estime que le mariage en tant que « garantie institutionnelle » n'est pas enfreint, ce que conteste fermement les juges minoritaires qui estiment que si le législateur crée, même sous un autre nom, un partenariat de vie entre personnes de même sexe — qui correspond aux droits et obligations du couple hétérosexuel — il viole un principe structurel fondamental issu de l'article 6 al.1 LF. Le raisonnement des juges constitutionnels majoritaires n'est pas sans rappeler celui suivi par le Conseil constitutionnel quand celui-ci contrôla la constitutionnalité de la loi française sur le PaCS et quand il pointa sa « *nature de contrat étranger au mariage* »[66]. Certains ne manquaient pas de relever cependant que les conflits qui opposeront les « partenaires » à l'Etat ou les « pacsés » entre eux « seront très semblables à ceux qui existent actuellement entre personnes mariées » et « devant les silences de la loi, le juge statuera par référence aux règles qui sembleront les plus proches : celles du mariage[67].» N'est-ce pas rejoindre les juges minoritaires de la décision du 17 juillet 2002 ? Pour l'heure, c'est le juge administratif qui dégage les conséquences précises de la loi relative au PaCS dans le cadre les dispositions existantes de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au séjour des étrangers[68].

La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel qui rattache la liberté du mariage à la « liberté personnelle » en la fondant sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de 1789[69] ne fait qu'accentuer le hiatus. Dans la mesure où le droit à la vie privée, notamment dans sa version moderne de protection des données personnelles, est appréhendé sous l'angle de la notion autonome de vie privée et du seul article 2 de la Déclaration — et non plus sous l'angle de la protection personnelle — famille et mariage d'un côté et vie privée de l'autre, sont certes proches, mais clairement autonomes.

---

[65] Avec les opinions dissidentes des juges PAPIER et HAAS (8-1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01).

[66] Cons. Const., 9 novembre 1999, *PaCS*, n°99-419 DC.

[67] P. BLACHER, J-F SEURE, « Le PaCS à l'épreuve de la Constitution. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur la loi relative au pacte civil de solidarité », *Rdpub*., 2000-1, pp.203-245, spéc., p.228.

[68] Concernant l'appréciation des liens personnels et familiaux, l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 précise que la conclusion d'un PaCS constitue l'un des éléments d'appréciation de ces liens personnels pour l'obtention d'un titre de séjour. Doit-on en conclure que la conclusion d'un Pacs entraîne délivrance automatique d'un titre de séjour ? La réponse est assurément négative depuis le jugement du Tribunal Administratif de Lille du 28 juillet 2002, confirmé par le Conseil d'Etat le 29 juillet 2002, *Gisti*. Et d'affirmer clairement que la loi du 15 novembre 1999 n'a pas assimilé le PaCS au mariage pour l'appréciation du droit de séjour en France.

[69] Cons. Const., 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, op.cit.,* cons.94.

La situation espagnole quant à elle est identique au schéma conventionnel tel que posé par l'article 8 de la Convention. Vie privée et vie familiale sont appréhendées par la même disposition, avec parfois les conflits de frontières, tels qu'ils peuvent exister à tout le moins dans le champ européen[70].

2. Vie privée et environnement

Le mécanisme de la « protection par ricochet » a-t-elle droit de cité en Allemagne, en Espagne et en France ou bien le droit à un environnement sain a-t-il reçu une consécration autonome, le séparant de façon drastique du droit à la vie privée ? La césure est nette ici entre la France d'un côté qui a choisi la voie d'une protection autonome (a) et l'Allemagne et l'Espagne de l'autre qui rejoignent *in fine* le constructivisme du juge de Strasbourg (b).

a. *La protection autonome du droit à l'environnement*

De consécration constitutionnelle autonome, il est question, et depuis peu, en France. Le texte de la « Charte de l'environnement » sera « adossé » à la Constitution du 4 octobre 1958, le Président de la République ayant plaidé personnellement pour une telle technique constitutionnelle (Discours d'Orléans, 3 mai 2001) [71]. Or, « le choix d'une Charte adossée à la Constitution signifie que la protection de l'environnement est une dimension nouvelle et autonome de la protection des droits fondamentaux[72].» Il s'agit à n'en pas douter d'une « nouvelle exception française[73] ». Le jour où le Conseil constitutionnel sera sollicité pour examiner la Charte — notamment son premier article « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et stable et favorable à sa santé* » — on peut s'aventurer à affirmer qu'il le fera tout d'abord en l'envisageant comme « droit créance » — qui rentre comme tel dans la catégorie des objectifs de valeur constitutionnel — et qu'il établira, ensuite, des passerelles, non avec la vie privée, mais plutôt avec la santé. Quelles que soient les perspectives contentieuses de la Charte, la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel n'a jamais mis en rapport la vie privée et l'environnement, mais plutôt la santé et l'environnement, à l'instar d'ailleurs du juge constitutionnel italien[74]. Ainsi, dans la décision du 7 décembre 2000, *Loi sur la solidarité et le renouvellement urbain*[75], le Conseil a considéré que la réhabilitation d'immeubles existants ainsi que le réaménagement des quartiers et des villages situés dans des zones proches des aéroports — donc exposés à des nuisances sonores — ne méconnaissait pas le principe selon lequel la nation garantit à tous la protection de la santé. Il affirma à cette occasion que « *ces opérations ne s'accompagneront que d'un très faible accroissement des populations exposées aux nuisances sonores.* » D'une manière

[70] F. SUDRE, « La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.11-59.

[71] P. JAN, « La promotion constitutionnelle du droit à l'environnement : une avancée symbolique », *RDpub.,* 2004-5, pp.1197-1200. Au 1° janvier 2005, le projet de révision relatif à la Charte de l'environnement est encore en instance.

[72] B. MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil Constitutionnel,* n°15, numéro spécial sur « La Constitution et l'environnement ».

[73] Y. JEGOUZO, « Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil Constitutionnel,* n°15, numéro spécial sur « La Constitution et l'environnement ».

[74] Cour const. italienne, 6 octobre 1979, arrêt n°5172, G. PICCOLO, « Le droit à l'environnement dans la Constitution italienne », *RJE,* 1994, n°4, p.335.

[75] Cons. Const., 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, *Rec.*, p.176. J. TREMEAU, « La constitutionnalisation du droit de l'urbanisme : quelques remarques sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2000 », *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme,* 2001 (3), pp.146-154.

générale, il a reconnu l'intérêt général que représentait la protection de l'environnement en recherchant les atteintes qu'elle pouvait justifier à des droits constitutionnellement garantis tels que le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou encore l'égalité devant les charges publiques. On le voit, la vie privée n'a guère fait partie de ses éléments d'analyse ce qui diffère des systèmes allemands et espagnols.

2. La protection indirecte du droit à l'environnement

On aura beau scruter dans la Loi Fondamentale une référence précise à l'environnement, notamment dans son Titre 1er sur *« Les droits fondamentaux »*, ce sera peine perdue. En réalité, si le juge constitutionnel a été amené à se préoccuper d'exigences environnementales, c'est par le biais d'une disposition générale, introduite à la suite d'une révision constitutionnelle en 1994, l'article 20 a. relative à la *« Protection des fondements naturels de la vie »*[76] qui se rattache aux dispositions sur la Fédération et les *Länder* (Titre II). Partant si le « recours individuel » de l'article 93, al.1 4a) ne peut pas être activé (recours direct de protection des droits fondamentaux), le recours abstrait *a posteriori* de l'article 93, al.1, 2 ouvert aux autorités politiques (gouvernement fédéral, gouvernement d'un *Land*, un tiers des députés au *Bundestag*) ou encore la question préjudicielle (article 100 LF) permet indirectement au juge constitutionnel d'examiner la constitutionnalité des lois à l'aune de la LF et notamment de son article 20a.

La Constitution espagnole quant à elle est plus explicite, en plaçant ce qu'elle nomme le droit à un environnement « approprié » parmi les « droits créances ». Elle l'a logiquement inséré dans le Chapitre III intitulé « *Des principes directeurs de la politique sociale et économique* » (article 45)[77]. Ce faisant, il ne bénéficie que d'une protection moindre conformément au §3 de l'article 53[78]. Cela entraîne l'impossibilité d'activer le recours d'*amparo* pour se plaindre d'une atteinte au « droit à un environnement approprié ». Le Tribunal Constitutionnel le rappelait dans sa sentence du 3 décembre 1996[79] où le requérant se plaignait du classement par les juridictions pénales, sans les avoir instruites outre mesure, les poursuites formées contre les propriétaires et exploitants d'une raffinerie de pétrole particulièrement polluante de Galice[80]. Le juge constitutionnel rappela que, même si le droit à un environnement approprié revêt une importance particulière dans la société contemporaine, il ne s'agit que d'un

---

[76] Article 20 a de la Loi Fondamentale : « Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'Etat protège les fondements naturels de la vie par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit. » *v.* H. STEIGER, « Remarques sur l'article 20 a de la Loi Fondamentale allemande », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p.479.

[77] Article 45 de la Constitution espagnole : « 1. *Tous ont le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer leur personnalité et le devoir de le préserver. 2.Les pouvoirs publics veilleront à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles afin de protéger et améliorer la qualité de la vie et de défendre et restaurer l'environnement, en ayant recours à l'indispensable solidarité collective. 3. Ceux qui violeront les dispositions du paragraphe précédent encourront, selon les termes fixés par la loi, des sanctions pénales ou, s'il y a lieu, administratives et ils auront l'obligation de réparer les dommages causés* ».

[78] Article 53 §3 de la Constitution espagnole : *«La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre trois inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics. Ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développeront.* »

[79] Sentence du Trib. Const. esp., 3 décembre 1996, n°199/1996.

[80] E. ALBERTI, P. BON, F. MODERNE, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Espagne », *AIJC*, 1996, p.611.

« principe » qui impose aux pouvoirs publics de veiller à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles afin de protéger et d'améliorer la qualité de la vie et de l'environnement[81]. Nonobstant cette architecture constitutionnelle, la technique d'une protection indirecte s'est développée, la jurisprudence européenne ayant été un puissant aiguillon à cet égard. Ainsi, la justiciabilité existe puisque l'*amparo* peut être utilisé, mais il s'agit d'une justiciabilité indirecte. C'est en effet sur la seule base de droits subjectifs (article 14 à 30 de la Constitution) qu'il peut l'être et non sur la base du droit à l'environnement.

L'arrêt du 24 mai 2001 est exemplaire à cet égard[82]. Dans cette affaire, la requérante reprochait à la municipalité de Valence d'être, par son laxisme, responsable des nuisances sonores générées par divers établissements situés au pourtour immédiat de son logement (bars et discothèques). La requérante saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo* en se plaignant tout à la fois d'une violation de l'article 15 (droit à l'intégrité physique et morale) et de l'article 18 (droit à l'intimité personnelle et familiale) de la Constitution. L'arrêt rendu est tout simplement remarquable dans la mesure où il élargit la portée de la protection conférée par les 15 et 18 de la Constitution à des hypothèses qui concernent tout type d'agressions sonores (FJ n°6) en se référant, pour ce faire *expressis verbis* à la jurisprudence de Strasbourg, plus précisément aux affaires *López Ostra* et *Guerra*. La « protection par ricochet » fait ainsi son irruption dans le contentieux constitutionnel espagnol. Le tournant opéré par le gardien de la Constitution est somme toute exceptionnel au regard de la situation initiale du droit à l'environnement, conçu comme un simple « principe directeur » insusceptible de protection sur la base de l'*amparo* constitutionnel. Et d'affirmer, en guise de pétition de principe :

> «On peut conclure qu'une exposition prolongée à des niveaux déterminés de bruits qui, objectivement, sont inévitables et insupportables, mérite de tomber sous le coup de la protection du droit à l'intimité personnelle et familiale, dans le cadre du domicile, dans la mesure où ils empêchent ou rendent particulièrement difficile le libre développement de la personnalité dès que l'atteinte provient d'actes ou d'omissions d'entités publiques[83]. »

Le Haut tribunal, grâce à l'invitation interprétative octroyée par l'article 10§2 de la Constitution, considère ainsi les arrêts de la Cour comme un *« critère interprétatif des dispositions constitutionnelles de protection des droits fondamentaux* » tout en prenant soin de marteler l'autonomie du système espagnol. En effet, cela ne suppose pas leur « transposition à l'identique » *(traslación mimética*), car le système conventionnel ignore non seulement les « différences normatives » entre la Constitution espagnole et la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi « la nécessité de circonscrire le domaine du recours d'*amparo* à ses strictes fonctions ». Ces deux éléments, constitutifs de l'autonomie constitutionnelle espagnole en matière d'interprétation des droits fondamentaux, expliquent notamment la vision réductrice développée par le Tribunal Constitutionnel dans cette affaire. En plus d'exiger des incidences « graves et immédiates » sur la santé, il opta pour une

[81] Dans le même sens, Trib. Const. esp., 26 juin 1995, n°102/1995.
[82] Trib. Const. esp., 24 mai 2001, n°118/2001.
[83] Trib. Const. esp., 24 mai 2001, n°118/2001, extrait du FJ n°6 « *Podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como inevitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable a la lesión producida.* »

approche pointilliste de la protection contre les nuisances au lieu et place d'une « dimension environnementaliste » appelée de ses vœux par un des deux juges dissidents[84].
Ainsi, après un changement radical de perspective dans l'utilisation indirecte du recours d'amparo pour protéger le droit à un environnement approprié, il débouta au fond la requérante et ne lui accorda pas l'*amparo*. Les juridictions françaises connaissent bien cette technique comme d'ailleurs la Cour de justice des Communautés européennes[85]. Sans doute effrayés par leur propre audace quant à l'apport de l'arrêt sur le terrain des principes, les juges ont cédé à la tentation si fréquente de ne pas tirer les conséquences pratiques du revirement. Ils choisirent une solution pusillanime au fond en rejetant les prétentions de la requérante…
Bien qu'exemplaire sur le principe, cet arrêt est au cœur d'un paradoxe dans la pratique. Alors que le texte constitutionnel espagnol, avec la Constitution roumaine, possède une clause qui permet d'interpréter les droits fondamentaux à l'aune de la Convention, cela n'empêcha pas le couperet conventionnel de fonctionner. La problématique est désormais connue et elle fut éclatante dans cette affaire. La portée constitutionnelle de la protection de l'environnement, à travers l'article 18 de la Const. esp., — ne fut pas jugée assez stricte par la Cour de Strasbourg. L'arrêt du 24 mai 2001, qui fut pour le Tribunal Constitutionnel le moyen de s'aligner sur la technique de protection indirecte de l'environnement développée par la Cour européenne, fut également celui qui subit de plein fouet le verdict de la Cour de Strasbourg. Celle-ci, dans l'arrêt *Moreno Gómez*, mit à l'index l'interprétation constitutionnelle espagnole[86]. Ainsi, là où la Haute juridiction espagnole rejetait le recours d'*amparo* de la requérante, la Cour de Strasbourg déclarait sa requête recevable ; là où le Tribunal estimait qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 18 de la Const. esp, la Cour constatait une violation de l'article 8 de la Convention. Comme il a pu être affirmé dans un autre contexte, la jurisprudence strasbourgeoise démontre de façon récurrente qu'un constat de conformité constitutionnelle n'équivaut certainement pas, *ipso facto*, à un constat de conformité conventionnelle[87], y compris et c'est tout le paradoxe, quand les deux juges ont pourtant les mêmes référents. L'autonomie interprétative, les contraintes internes inhérentes à chaque système introduisant un aléa inévitable.

II. LE RÉGIME CONSTITUTIONNEL DE LA VIE PRIVÉE

Bien que les bases juridiques qui servent aux juges constitutionnels pour protéger la vie privée n'ont rien en commun et bien que cette hétérogénéité **(A)** emporte d'importantes conséquences eu égard à la portée constitutionnelle de la protection, il n'en demeure pas moins que les techniques de contrôle sont, quant à elles, marquées par le sceau de l'unité **(B).**

---

[84] E. ALBERTI, P. BON, P. CAMBOT, J-L. REQUEJO PAGES, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle -Espagne », *AIJC*, 2001, pp.513-556, spéc., p.542 et s.
[85] On ne résiste pas ici à reproduire un passage du commentaire de D. SIMON sous l'arrêt de la CJCE rendu dans l'affaire *Köbler* où il fustige la coutume bien ancrée des arrêts de revirement qui, systématiquement, rejettent au fond les prétentions des requérants. « N'est-il pas regrettable que Gerhardt Köbler comme Andrea Francovich et Danila Bonifaci, ou comme la Brasserie du Pêcheur, soient condamnés à n'obtenir aucune réparation, en dehors de la satisfaction morale d'avoir donné leur nom à de grands arrêts qui passeront à la postérité ? Le souci de ne pas violer les Etats implique-t-il inévitablement une pratique qui s'apparente au *coïtus interruptus* juridictionnel ?» D. SIMON, « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême (A propos de l'arrêt Köbler, CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01), *Europe*, novembre 2003, p.6.
[86] CEDH, 16 novembre 2004, *Moreno Gómez c. Espagne,* aff. n°4143/02. On se reportera, dans cet ouvrage, à la contribution de J-P. MARGUENAUD.
[87] On avait déjà pu relever cet élément à propos du contrôle des validations législatives, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *RDpub*., 2000-4, pp.1102-1103.

A. L'hétérogénéité des bases juridiques

La précision constitutionnelle de la garantie du droit à la vie privée en Espagne emporte la stabilité de la base juridique **(1),** le juge n'étant point obligé de chercher d'autres fondements dans le texte constitutionnel pour assurer l'effectivité de la protection. Il en va différemment en Allemagne et en France où l'éclatement des bases juridiques d'un côté comme l'inexistence originelle de l'autre ont amené les gardiens de la Constitution à opérer des choix en rendant par voie de conséquence variable le fondement constitutionnel de la protection **(2).**

1. La stabilité de la base juridique

La stabilité de la base juridique n'emporte pas une cristallisation définitive du droit à la vie privée et une mise à l'encan de toute marge de manœuvre interprétative du juge. Au contraire, celui-ci qui a été amené à « autonomiser » certains aspects de la vie privée mentionnés à l'article 18 de la Constitution.

L'existence de l'article 18 de la Constitution espagnole pourrait laisser penser que c'est le droit générique à la vie privée que le juge constitutionnel a patiemment construit sur la base de ses différentes déclinaisons (§§ 1 à 4). Or, il découle de l'analyse de la jurisprudence que si les aspects de la vie privée mentionnés aux §§2 et 3 — respectivement inviolabilité du domicile et secret des communications — découlent du §1 —droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à la protection de l'image — il n'en va pas de même pour le §4.
En effet, le Tribunal constitutionnel, s'il confirma que cette disposition permettait la pleine jouissance du §1 (*i.e.* du droit à l'intimité et à l'honneur), il releva surtout qu'il consacrait un droit fondamental à part entière « *le droit à la liberté face aux agressions potentielles de la dignité et de la liberté des personnes par un usage illégitime du traitement automatisé des données*». La « liberté informatique » était née, ce que d'aucuns appellent encore *« le droit à l'auto-détermination informative »* sur la base de la volonté du juge constitutionnel espagnol[88]. Ainsi, le juge espagnol autonomisa le §4 de l'article 18 pour l'ériger en droit fondamental à part entière. La protection de cette « liberté informatique » passe par un ensemble de droits — droit de connaître les fichiers, droit de s'opposer à l'usage des données, droit de rectification...— qui permet à toute personne de conserver la pleine maîtrise des données personnelles la concernant contenues dans des fichiers publics et privés.

Le même processus a pu être observé s'agissant d'un droit important de la personnalité, le droit à l'image. Pendant longtemps, il fut conçu comme participant de l'intimité de l'individu : la jurisprudence constitutionnelle ne prêtant guère à ambiguïté[89], le considérant comme une *manifestation* de l'intimité. Ainsi, l'aspect physique d'une personne comme sa voix relevait de l'image des individus, au point que la doctrine a pu parler — en utilisant la formule de l'oxymore — d' « image sonore ». Le lien établi avec l'intimité a conduit également et logiquement à proclamer sa connexion avec la dignité humaine, emportant une conséquence importante concernant les titulaires de ce droit : seules les personnes physiques, nationales ou étrangères en bénéficient, à l'exclusion des personnes morales. Toutefois, cette conception a subi une évolution majeure par un arrêt du 18 juin 2001[90] où le juge déconnecta l'intimité et l'image. Il considéra qu'il pouvait exister une violation de la seconde (l'image)

[88] Trib. Const. esp., 30 novembre 2000, n°290/2000 et 30 novembre 2000, n°292/2000 : E. ALBERTI, P.BON, P. CAMBOT, J-L. REQUEJO PAGES, « Espagne. Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *AIJC*, 2000, p.638.
[89] Trib. Const. esp, n° 231/1988 ; 99/1994 ; 117/1994.
[90] Trib. Const. esp., 18 juin 2001, n°139/2001.

sans qu'il y ait eu une atteinte à la première (intimité). Partant, le juge consacra ici un droit fondamental autonome qui ne se conçoit plus comme une simple facette de l'intimité. La conséquence d'un tel état de fait est que l'aspect physique d'une personne est protégé y compris quand, au regard des circonstances, elle n'a rien d'intime[91].

À la stabilité des bases juridiques en Espagne — stabilité ne rimant pas toutefois avec intangibilité — s'oppose la variabilité des bases juridiques en France et en Allemagne.

2. La variabilité de la base juridique

C'est la France qui met le mieux en exergue la variabilité du fondement constitutionnel de la protection de la vie privée. D'abord, il n'est pas inapproprié de rappeler que « la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée a longtemps été mise en doute car, mis à part le cas de l'inviolabilité du domicile, il a fallu attendre 1995 et la décision du 18 janvier *Vidéosurveillance* pour que le Conseil constitutionnel se réfère expressément au droit au respect de la vie privée[92].» Avant cette date, le juge constitutionnel français refusait de répondre à l'argumentation des requérants selon laquelle une disposition législative portait atteinte à ce droit[93]. Placé dans une position inédite face à la plupart de ses homologues européens, il a dû trouver un palliatif à l'absence dans le bloc de constitutionnalité d'une quelconque référence au respect de la vie privée — mais aussi à la liberté d'aller et venir ou encore à l'inviolabilité du domicile par exemple. Adhérant à une conception extensive de la liberté individuelle mentionnée à l'article 66 de la Constitution[94] — y incluant la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage et le droit au respect de la vie privée — il en fit le fondement constitutionnel de la protection, dans un premier temps tout du moins. Les inconvénients d'une telle approche ont été soulignés à maintes reprises par la doctrine. Tant la dilution de la notion de liberté individuelle, que l'accroissement du champ d'application de la compétence du juge judiciaire ont été pointés du doigt, évidemment par la doctrine publiciste[95], préoccupée d'assister à la main mise judiciaire sur le contrôle du respect de la vie privée… Ainsi, devant le risque important de voir la compétence du juge administratif se réduire de façon trop drastique, le Conseil constitutionnel décida de changer de base juridique de rattachement ; bref, il s'est agi d'une véritable stratégie « politique ».
Avant que sa préférence ne soit clairement affichée à l'égard de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[96], il passa par les détours de la « liberté personnelle », notamment dans deux décisions, celle du 25 juillet 1991, *Accords de Schengen*[97] et celle du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*[98]. Dans ces deux espèces, la notion a servi à

---

[91] L-M. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales, op.cit.*, p.262. Le juge constitutionnel a pu affirmer avec emphase dans une décision rendue également en 2001 (Trib. Const. esp, 26 mars 2001, n°81/2001), que *« le droit constitutionnel à l'image ne se confondait pas avec le droit de toute personne à l'exploitation économique, commerciale ou publicitaire de sa propre image.»*

[92] M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « France. Constitution et secret de la vie privée », *AIJC,* 2000, p.279.

[93] En effet, tout moyen fondé sur le droit au respect de la vie privée par les saisissants était écarté par le juge constitutionnel : Cons.const., 14 décembre 1982, n°82-148 DC ; Cons.const., 10 et 11 octobre 1984*, Entreprises de presse*, n°84-181 DC.

[94] Il se lit ainsi : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* » La liberté individuelle fait partie des rares libertés à figurer directement dans le corps de la Constitution du 4 octobre 1958.

[95] Voir notamment *Droit des Libertés fondamentales,* L. FAVOREU et *alii.*, Paris, Dalloz, 2002, pp.168-176.

[96] Il se lit ainsi : « *Le but de toute association politique et la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.* »

[97] Cons. Const. 25 juillet 1991, *Accords de Schengen*, n°91-924 DC, *op.cit., voir supra.*

[98] Cons. Const., 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, n°92-316 DC, *Rec.,* p.14, *RJC*, p.I-516 ; D. POUYAUD, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDadm.*, 1993, p.902.

protéger les individus contre une utilisation abusive des données personnelles nominatives[99]. Toutefois, à partir de 1993 et sans changer de cap depuis lors, c'est l'article 2 de la Déclaration qui est devenu le fondement constitutionnel exclusif de la protection du droit à la vie privée. Comme a pu l'écrire Dominique Rousseau, « le nouveau fondement n'est pas plus ou moins pertinent que l'ancien, ni plus ou moins arbitraire, il est seulement plus utile au Conseil pour « gérer » librement sa jurisprudence relative à la répartition des compétences contentieuses entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif[100]. » Le détour par la liberté personnelle n'est plus de mise pour la vie privée, plus spécifiquement la protection des données à caractère personnel. Les récentes décisions de juin et juillet 2004 le confirment avec éclat. Qu'il s'agisse de la décision *Economie numérique* ou *Protection des données personnelles*, la partition jouée par le juge constitutionnel ne varie pas en ce qu'il pose que la « *liberté proclamée par [l'article 2 de la Déclaration de 1789] implique le respect de la vie privée*.[101]» Reste toutefois un domaine toujours rattaché à la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution : l'inviolabilité du domicile.
La variabilité du fondement constitutionnel de la vie privée a eu en France une dimension temporelle (au début, l'article 66, ensuite la liberté personnelle ; enfin, l'article 2 de la Déclaration de 1789), mais aussi matérielle puisque la variable continue d'exister entre un aspect de la vie privée (protection du domicile) rattachée à l'article 66 de la Constitution et les autres aspects constitutif de la notion qui sont expressément reliés à l'article 2 de la Déclaration. Dans un cas, la compétence du juge judiciaire ne fait guère de doute, dans l'autre le juge administratif conserve la sienne.

La variabilité du fondement constitutionnel en Allemagne vient de l'éclatement des dispositions constitutionnelles ayant permis au juge de cerner la notion de vie privée. La conséquence immédiate est que certains droits (protection du domicile, article 13 et secret de la correspondance, article 10 LF) bénéficient d'une protection spécifique, tandis que les autres (droit de la personnalité et autodétermination informationnelle) font l'objet d'une protection générale mais subsidiaire. Elle n'intervient que si les protections spécifiques ne peuvent jouer[102]. Cet éclatement, comme l'utilisation de notions particulièrement larges — comme la dignité et la liberté d'agir — permettent au juge allemand de s'adapter de façon certaine aux évolutions sociétales, marquées par les avancées de la médecine notamment concernant le début de la vie.

B. L'unicité des techniques de contrôle

1. De l'hétérogénéité contentieuse et de l'unicité méthodologique

Le phénomène d'européanisation, mais aussi et peut-être avant tout la logique propre à la dogmatique des droits fondamentaux ont logiquement pour effet de rapprocher les modes de

[99] En 1991, le Conseil a vérifié que les dispositions prévues par la Convention en ce qui concerne le système d'information Schengen permettaient d' « *assurer le respect de la liberté personnelle en cas d'exploitation ou d'utilisation des catégories des données collectées*. » En 1993, le Conseil a estimé que portait atteinte à la liberté personnelle la disposition prévoyant qu'une autorité puisse exiger la communication de documents personnels et confidentiels, quelles que soient leur nature et leur ancienneté, et en détenir une copie pour une durée indéterminée, sans que l'intéressé, au besoin convoqué, ne puisse s'y opposer.
[100] D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDpub.,* 2001-1, p.76.
[101] Cons. Const., 10 juin 2004, *Economie numérique*, n°2004-496 DC, cons.4. ; Cons. Const., 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles*, n°2004-499 DC, cons.2.
[102] C. GREWE, *op.cit., AIJC,* 2000, *passim*.

raisonnement des juges (b), malgré une forte hétérogénéité des contentieux constitutionnels (a).

a. *L'hétérogénéité des contentieux constitutionnels*

Les techniques de contrôle de la vie privée — dont on va voir qu'elles sont globalement très proches — se développent dans le cadre de systèmes de justice constitutionnelle très disparates. On connaît les différences techniques entourant les modalités de la saisine des juges constitutionnels en Allemagne, en France et en Espagne. Il suffira de rappeler ici que le simple contrôle *a priori* abstrait dans l'Hexagone permet à certaines lois d'échapper au contrôle de constitutionnalité…, ce qui assurément n'est guère possible outre-Rhin et outre-Pyrénées avec l'existence notamment de contrôles *a posteriori* très efficaces, au nombre desquels les recours directs de protection des droits fondamentaux : l'*amparo* espagnol (article 53) et le recours individuel allemand (article 93.1.4a). Dans ce contexte, il est piquant de constater que le Conseil constitutionnel n'a pas pu examiner la « loi informatique et libertés» telle qu'adoptée en 1978 dans la mesure où elle ne lui fut jamais déférée ! Partant, son contrôle prit appui pendant des années sur les exigences posées par la loi du 6 janvier 1978 (n°78-17), considérées comme exemplaires. Ce n'est que très récemment que — ce que l'on pourrait considérer comme une lacune — a été comblée. Le 29 juillet 2004, le Conseil constitutionnel se prononçait sur la modification de la loi de 1978 rendue nécessaire non seulement au regard de l'évolution des données techniques, des pratiques professionnelles et des comportements individuels, mais encore au regard de l'obligation de transposition de la fameuse directive 95/46 CE du 24 octobre 1995. En Espagne, la loi originelle de protection des données — comme celle qui l'a modifié pour les mêmes raisons qu'en France, *i.e.* mettre en œuvre les obligations communautaires — passa bien évidemment au crible du contrôle de constitutionnalité. Toutefois, le paysage n'est pas forcément pour autant idyllique en Espagne, dans ce cas de figure tout du moins. En effet, sans explication apparente, le juge espagnol contrôla en même temps, tant la loi originelle loi du 29 octobre 1992 que la loi qui la modifiait, celle du 13 décembre 1999 et rendait donc le même jour, le 30 novembre 2000 (SSTC 290 et 292/2000) deux décisions, séparées pourtant par plus de sept ans d'intervalle entre les saisines…
Surtout, la conséquence logique des différences fortes entre le système français de justice constitutionnelle d'un côté et les systèmes allemand et espagnol de l'autre est une asymétrie contentieuse éclatante. Le nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel qui concerne le droit à la vie privée ne tient pas la comparaison avec le foisonnement jurisprudentiel allemand et espagnol. Et ce, quand bien même en Espagne le recours d'*amparo* par exemple — qui concerne entre 96 et 98% de l'activité du tribunal — est essentiellement activé par les requérants pour se plaindre d'une atteinte à une protection juridictionnelle effective (*tutela judicial efectiva*) consacré par l'article 24 de la Constitution espagnole.

Malgré ces différences procédurales, les techniques propres à l'interprétation en matière de droits fondamentaux ainsi que l'influence du droit conventionnel européen ont pour effet d'atténuer, voire d'éliminer du point de vue méthodologique, les différences qui auraient pu se manifester dans l'appréhension des droits fondamentaux.

b. *L'homogénéisation analytique*

Il ne sera pas développé plus avant, dans le cadre de cette étude, la présentation des méthodes d'interprétation des juges en matière de droits fondamentaux. D'autres l'ont déjà entrepris

avec succès[103]. On rappellera uniquement ici que ces méthodes se nourrissent toutes des mêmes principes, notamment dans l'analyse des limites aux droits garantis. L'idée que la restriction d'un droit ne doit pas atteindre sa « substance » même — bien connue des arrêtistes de la Cour de Strasbourg — provient, faut-il le rappeler, des droits internes, plus précisément du droit allemand. C'est l'article 19§2 de la LF qui, au sortir du second conflit mondial, le consacra et qui fut conceptualisé par la doctrine comme étant la théorie de la « limite des limites » : « *Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental* ». Dans ce sillage, le constituant espagnol s'appropria également la théorie et l'inscrivit à l'article 53§1 de la Constitution : « *Les droits et libertés reconnus au chapitre deux du titre I sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits et libertés* »[104]. La France ne connaît pas une l'inscription constitutionnelle de cette technique d'interprétation. Le Conseil constitutionnel a su cependant développer ce que l'on appelle la technique du « cliquet anti-retour » inspirée par la même philosophie. De même, l'analyse des conciliations entre les droits et certains « intérêts supérieurs » (ordre public, intérêt général) ou encore entre les droits entre eux, l'importance du principe de proportionnalité, sont autant d'éléments communs aux juges pour opérer leur contrôle.

Les juridictions constitutionnelles s'inspirent très fortement de la jurisprudence conventionnelle, tandis que celle-ci n'hésite pas à mettre à l'index les défauts les plus manifestes de leur système. Le résultat est une homogénéisation de l'interprétation des droits substantiels grâce à une « étanchéité » des systèmes constitutionnels au « droit venu d'ailleurs… » : le droit de la Convention mais aussi, bien évidemment, le droit de l'Union européenne. ***Economie numérique*** **en est l'emblème en France cf décision espagnole**

La prise en compte de la jurisprudence européenne par les juges constitutionnels est protéiforme. Organisée par la Constitution en Espagne (article 10§2)[105], elle fut décidée par les juges en Allemagne et en France ; assez rapidement pour le premier[106], plus laborieusement pour le second[107]. Il est piquant de constater que la très importante décision du 30 novembre 2000 (STC 292/2000) qui examina la loi espagnole de transposition de la directive communautaire de protection des données utilisa logiquement l'article 10§2 pour évaluer la loi à l'aune de l'article 18 de la Constitution tel qu'interprété à la lumière des instruments internationaux. Dans ce contexte, le juge constitutionnel cita indistinctement de la *hard law* — la directive communautaire et la Convention du Conseil de l'Europe — mais aussi de la *soft law* — une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avant même sa proclamation officielle le mois suivant ! Il est remarquable de noter que c'est également à l'égard de la loi qui, en France, transposait —avec près de six ans de retard — la directive sur la protection des données à caractère personnel que le Conseil a opéré une

[103] C. GREWE, « Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne », *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998.

[104] Pour une analyse théorique de la question des limites aux droits fondamentaux, *v.* G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, pp.425-453.

[105] Il se lit ainsi : « *Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne*».

[106] En *Allemagne*, pendant longtemps, toutes les juridictions ne se sont jamais référées, dans leurs décisions, à la Convention. Toutefois, peu à peu, l'impérieuse nécessité de respecter les engagements internationaux contractés par le *Bund*, a poussé le juge constitutionnel à un infléchissement. A cet égard, l'arrêt du 26 mars 1987, confirmé plusieurs fois, est significatif. Il y est considéré que la Convention doit bénéficier d'une « certaine priorité », même sur les lois postérieures, dans la mesure où le juge estime que le législateur n'a pas entendu y déroger expressément. Du coup, cette priorité (qui écarte un principe clé de la théorie dualiste, la fameuse maxime *lex posterior legi priori derogat*), aboutit à l'interprétation et à l'application des droits fondamentaux à la lumière de la Convention. Il est frappant de constater à quel point le système allemand rejoint ici des systèmes qui avaient intégré une « clause d'interprétation ». Il reste que cette influence reste indirecte dans la mesure où (comme en Espagne), le Tribunal constitutionnel a refusé qu'un recours constitutionnel soit fondé sur une violation directe de la Convention et que celle-ci (contrairement à l'Espagne) soit ainsi assimilée aux droits fondamentaux allemands. Elle n'envisage cette éventualité qu'en cas 'd'inapplication manifeste' de la Convention.

[107] CITER MON ARTICLE APPLICATION FURTIVE On a pu écrire que « le Conseil coule son contrôle de constitutionnalité dans le moule des exigences conventionnelles. », B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *op.cit.*, p.490.

ouverture sans précédent à l'endroit du droit communautaire (décision *Economie numérique*). L'influence sera de plus en plus une double influence : après la Convention, le droit communautaire affublé d'un texte symbolique majeur, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'importance de l'influence européenne est manifeste concernant l'existence d'une loi et les caractéristiques qui doivent être les siennes : l'affaire *Kruslin et Huvig* n'est plus à présenter tant elle est l'emblème des impératifs d'accessibilité et de prévisibilité la « loi »[108].
L'Espagne a été condamnée dans des affaires où le respect de la vie privée était en cause, ces constats de violation l'aiguillonnant pour réformer sa législation en matière d'écoutes téléphoniques. Ainsi, dans l'affaire *Valenzuela Contreras c. Espagne*[109], la Cour de Strasbourg a mis à l'index les lacunes du cadre juridique entourant les écoutes téléphoniques pratiquées à la demande des juges d'instruction. L'affaire *Prado Bugallo* s'inscrit dans le droit-fil de cette jurisprudence[110], avec somme toute une spécificité de taille. L'Espagne y est condamnée pour ne pas avoir respecté le secret des communications téléphoniques, mais l'affaire est quand même d'un brevet de conventionalité décerné au droit constitutionnel espagnol. La raison tient au fait que le Cour de Strasbourg juge des espèces et sanctionne des Etats sur des faits *précis* et surtout *datés*… Or, postérieurement à leur déroulement, il arrive que le législateur ou le juge aient comblé d'éventuelles lacunes existant au moment des faits. Ainsi, malgré l'imposante œuvre des juges espagnols[111] — qui pallièrent les carences manifestes d'une loi dont l'objet était pourtant de renforcer la protection de la vie privée contre les ingérences des autorités[112] — la Cour n'en considéra pas moins que «*cette évolution jurisprudentielle**, à supposer même qu'elle puisse combler les lacunes de la loi au sens formel,** est intervenue après les ordonnances du juge d'instruction décrétant la mise sur écoute des téléphones de personnes participant à l'activité délictuelle dirigée par le requérant. Dès lors, elle ne peut entrer en ligne de compte dans la présente affaire* » (§32). C'est, à n'en pas douter, reconnaître en creux la conventionalité des jurisprudences suprême et constitutionnelle.

2. La conciliation des contraires

Quand les juges constitutionnels doivent concilier des exigences (a) mais aussi des droits entre eux (b), l'opération conciliatrice utilise les mêmes référents.

a. *La conciliation des exigences* (*ordre public c. respect de la vie privée*)

Le contrôle des limitations au droit de la vie privée subit de plein fouet dans les trois pays des tendances lourdes, les unes d'ordre politique (une recrudescence des techniques de surveillance pour lutter contre la criminalité de grande échelle et plus spécifiquement le terrorisme), les autres de type économique (irruption des sociétés de droit privé et de la donne commerciale).

Dans le cadre du *maintien de l'ordre public*, la lutte contre le terrorisme a, ces dernières années, prit l'allure d'une justification récurrente pour restreindre la sphère de la vie privée. Du coup, les exigences posées dans les trois systèmes démocratiques étudiés, qui veulent que les limitations doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime et être proportionnées subissent le contre coup de ce mouvement de fond. En un mot, « les frontières de la vie privée se rétrécissent tandis que les pouvoirs de surveillance des autorités s'étendent[113].»

---

[108] CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, GACEDH n°
[109] CEDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*.
[110] CEDH, 18 février 2003, *Prado Bugallo c. Espagne*.
[111] Dont les jurisprudences sont largement reproduites dans la partie « en fait » et dans la rubrique « droit interne pertinent » de l'arrêt.
[112] Loi organique 4/1988 du 25 mai 1988 qui modifia l'article 579 du code de procédure pénale et qui précisa dans ses paragraphes 2 et 3 les modalités de contrôle de la mise sur écoute des conversations téléphoniques.
[113] *Rapport sur la situation des droits fondamentaux de l'Union européenne et ses Etats Membres en 2002,* Vol.1, p.82.

L'exemple allemand est topique à ce sujet avec une particularité de taille : la prégnance constituante. Avant même l'apparition de l' « hyper terrorisme », l'Allemagne dès la fin des années 1970 légitimait, au moyen d'une révision constitutionnelle (1968), d'importantes restrictions au secret des correspondances mentionné à l'article10 LF. Depuis, des limitations sont admises pour la défense de « l'ordre constitutionnel libéral et démocratique », celle de l'existence et de la sécurité de la Fédération ou d'un *Land*. Elles ont pris concrètement l'allure d'écoutes sans que la personne, objet de la mesure, en soit informée et ont également permi le remplacement du recours juridictionnel par un contrôle effectué par une autorité désignée par le Parlement. Cette révision fut avalisée par le Tribunal de Karlsruhe qui, dans une décision du 15 décembre 1970 admettait que le pouvoir constituant dérivé puisse modifier *« même des principes constitutionnels élémentaires »* à partir du moment où ils étaient conformes au système constitutionnel[114]. Sur la base d'une telle réforme, le législateur s'est senti libre pour modifier en les aggravant les mesures de surveillance pour la défense de l'ordre constitutionnel. La loi du 17 décembre 1997, complétant la loi portant lutte contre le terrorisme, élargit la surveillance aux renseignements portant sur des activités de terrorisme international, de trafic de stupéfiants vers l'Allemagne, de commerce avec des armes de guerre, de blanchiment d'argent ou encore de fabrication de fausse monnaie. Bien que la loi contrôlée fut l'objet d'un contrôle sourcilleux de la part du juge constitutionnel qui releva un certain nombre de griefs, il n'annula pas la loi — comme le droit constitutionnel allemand lui permet de le faire — et laissa un délai important au législateur pour remettre son métier sur l'ouvrage[115]. Il est particulièrement symptomatique d'observer que pour la protection du domicile (article 13 LF), l'arme de la révision constitutionnelle fut également utilisée le 26 mars 1998. Le constituant a tenu à préciser lui-même les types et les modalités des restrictions légitimes au point d'introduire le concept d'« espionnage » du domicile aux alinéas 3 à 5 de l'article 13 ! Il est question ici de moyens techniques qui permettent une surveillance optique ou acoustique : c'est la pose de microphones dans des appartements privés qui est ainsi avalisé au nom de l'augmentation de la criminalité organisée. La doctrine allemande a été particulièrement critique à l'endroit d'une telle refonte en alléguant l'atteinte à la « substance » même du droit, atteinte dont on sait qu'elle est expressément prohibée par l'article 19§2 LF. Malgré cela, le recours qui contestait la révision constitutionnelle de 1998 n'a pas reçu un accueil favorable par les sages de Karlsruhe. Le requérant, un avocat, prétendait qu'elle était contraire tant à l'article 79§3 relatif aux limites matérielles de la révision qu'aux articles 1 (dignité), 2.al.1 (liberté d'agir) et surtout 13§1 qui pose le principe de l'inviolabilité du domicile. S'agissant du moyen selon lequel l'espionnage de domicile ne serait pas couvert par le §1 de l'article 13, l'argumentation de la Cour est d'un laconisme songeur. Dans sa décision du 25 avril 2001, qui rejette le recours, elle « ne voit pas en quoi la révision constitutionnelle aurait accru l'intensité de l'atteinte aux droits fondamentaux du requérant », un avocat puisque qu'un tel dispositif ne lui ait pas applicable. Et le Tribunal d'estimer qu'il ne démontre ni les effets juridiques concrets de la réforme, ni en quoi ils risquent particulièrement d'être atteint par les mesures de surveillance. Pour toutes ces raisons, la Cour déclare ne pas devoir motiver plus amplement son rejet[116].

En France, la *sauvegarde de l'ordre public* est un objectif de valeur constitutionnelle et peut parfaitement justifier des atteintes au respect de la vie privée. Bien que la France n'ait pas connu ce mouvement consistant à modifier le texte constitutionnel pour mieux prévoir une

[114] C. GREWE, *op.cit., AIJC,* 2000, pp.137-138.
[115] Trib. Const. all., 14 juillet 1999, C. GREWE, « Allemagne. Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *AIJC,* 1999, p.377.
[116] Trib. Const. all., 25 avril 2001, M. FROMONT, C. GREWE, O.JOUANJAN, « Allemagne. Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *AIJC,* 2002, p.433.

série de limitations au droit à la vie privée, le législateur — dans un contexte national et international tendu — n'a pas hésité à intervenir pour réagir face à la recrudescence criminelle et notamment terroriste. La loi « Perben II », *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* du 11 février 2004 en est l'exemple manifeste. Jugée liberticide par nombre d'ONG ou d'avocats, nombreux étaient ceux qui avaient reportés leurs espoirs de voir censurée la loi grâce à la saisine du Conseil constitutionnel. Or, là encore, on prend la mesure de la prise en compte par les Gardiens de la Constitution de la sauvegarde de l'ordre public qui, au gré de l'évolution des risques criminels, a logiquement tendance à devenir majeure. Dans sa décision du 2 mars 2004, le juge constitutionnel n'a pas censuré les nouvelles atteintes possibles au respect de la vie privée[117]. Ainsi, le nouveau régime applicable aux enquêtes de flagrance qui permet que soient opérées des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces de conviction en dehors des heures prévues par l'article 59 du Code de procédure pénale est jugé conforme à la Constitution, et ce «*eu égard aux exigences de l'ordre public et de la poursuite des auteurs d'infractions*.» Il a surtout relevé que de telles intrusions dans la vie privée étaient conditionnées par une autorisation de l'autorité judiciaire, le juge des libertés et de la détention (cons.46). Ce considérant s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence antérieure où le respect de garanties légales justifie *per se* que soit porté atteinte à la vie privée[118]. Ainsi, la seule intervention d'un magistrat de l'ordre judiciaire suffit à avaliser des restrictions. Il en fut ainsi pour l'utilisation des fichiers informatisés, il en va maintenant de même pour les nouvelles règles de perquisitions. D'atteinte disproportionnée, il ne fut donc pas question ici, comme d'ailleurs d'atteinte disproportionnée au secret de la vie privée par le nouveau régime des interceptions des correspondances à l'initiative du Procureur de la République (cons.61). Enfin, l'inscription dans le fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles comme la consultation et l'utilisation de ce fichier n'ont pas emporté la censure du juge constitutionnel. Il a estimé que les «garanties » afférentes aux conditions d'utilisation et de consultation du fichier, mais aussi la « gravité » des infractions justifiant l'inscription des données nominatives dans le fichier, étaient autant d'éléments qui permettaient *« une conciliation qui n'[était] pas manifestement déséquilibrée* » entre la sauvegarde d'ordre public et le respect de la vie privée (cons.87).

La doctrine française n'a eu de cesse de pointer du doigt que « le renforcement de l'affirmation constitutionnelle du principe du respect de la vie privée ne s'est pas accompagné d'un véritable renforcement de son effectivité et de sa protection[119].» La constitutionnalité des dispositions législatives qui restreignent ce droit est assez aisément acquise. Il suffit que des exigences procédurales soient prévues (intervention du juge judiciaire en matière de visites domiciliaires, consultation de la CNIL pour le traitement des données personnelles) ; que les intentions du législateur soient bonnes ou encore que la finalité d'un enregistrement ne soit pas répréhensible (enregistrement du PaCS au greffe du TGI). Enfin, il suffit que la conciliation avec des exigences majeures (sauvegarde de l'ordre public) n'apparaisse pas disproportionnée. Le tableau d'ensemble n'est donc pas très flatteur pour le gardien de la Constitution française, surtout quand on pointe la fluctuation de sa jurisprudence. Ainsi, le Conseil a pu affirmer que le respect de la vie privée devait être concilié avec l'exigence de

[117] Cons. Const., 2 mars 2004, *Evolutions de la criminalité*, n°2004-492 DC, *JO*, 10 mars 2004, p.4637. Dans le cadre de l'examen général de la loi « Perben II », il a prononcé deux censures et émis diverses réserves d'interprétation. E. DEAL, « L'inviolabilité du domicile « privé » dans la décision n°2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la 'théorie des sphères' », *Cah. dr. eur.,* 2004 (1), pp.157-195 ; C. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. À propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004 (3), pp.725-736.

[118] B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, op.cit*. p.492.

[119] *Ibid*., p.549.

valeur constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la Sécurité sociale, en faisant prévaloir cette dernière[120] ! Dans le même temps, à propos d'une décision prévoyant la publication intégrale des travaux du CSA concernant la nomination des présidents de société de radio et de télévision publiques, le Conseil a considéré — en soulevant d'office ce moyen — que la publication était susceptible de « porter atteinte à la nécessaire sauvegarde de la vie privée des personnes concernées [121]». On mesurera l'appréhension à géométrie variable de la vie privée…

b. *La conciliation des droits* (*respect de la vie privée c. liberté d'information*)

On connaît l'importance de la liberté d'expression dans le cadre de la protection conventionnelle. Elle l'est tout autant dans les ordres constitutionnels internes. Nombreuses sont les affaires en Allemagne comme en Espagne où les juges constitutionnels ont dû concilier notamment le droit à l'image et la liberté d'information.

En Espagne, la confrontation du droit à l'image (article 18§1) et de la liberté d'information protégée par l'article 20 de la Constitution a donné des résultats intéressants dont la Cour européenne vient à peine de se faire l'écho dans l'affaire *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004[122], plus connu comme l'affaire « Caroline de Monaco ».
La jurisprudence espagnole de « conciliation » est subtile en ce qu'elle opère un distinguo entre plusieurs types de personnes qui pourraient voir leur intimité et/ou leur droit à l'image voire à l'honneur enfreint[123]. S'agissant des « personnages publics » — c'est-à-dire ceux « titulaires d'une charge publique » — la pondération est soumise à un régime spécifique où le Tribunal considère que la liberté d'expression et d'information jouit d'une « position de faveur» (*posición preferente*) (STC 104/1986). Ici, la liberté d'expression est envisagée comme l'élément inestimable et indispensable pour le fonctionnement correct de la démocratie, les personnages publics devant alors supporter leur notoriété, assumer la critique et ne peuvent invoquer le droit à la vie privée et l'intimité de la même manière que le reste des personnes physiques[124]. Bref, la liberté d'information politique ne connaît pratiquement aucune limite *«même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent*» pour reprendre le célèbre *dictum* de l'arrêt *Handyside*[125]. La vie privée et ses dérivés, comme le droit à l'honneur, reprennent cependant leurs droits face aux insultes et vexations de toutes sortes injustifiées[126].
Partiellement distincte est la situation des personnages avec un « relief public », une « stature publique » (*relevancia pública*), c'est-à-dire tous ceux qui, sans être des hommes ou femmes politiques ou sans être des agents publics, jouissent une incontestable notoriété. Elle découle de leur activité qui implique une certaine exposition médiatique (scientifiques, artistes, sportifs de haut niveau etc…). La liberté d'expression et d'information doit pleinement pouvoir s'exercer à leur égard, mais en ce qu'elle reste bien évidemment circonscrite à leur activité professionnelle qui peut, ce faisant, avoir un intérêt pour l'opinion publique[127]. Il en va différemment quand l'intérêt *public* de l'information est nul : ici le droit à la vie privée,

[120] Cons. Const., 21 décembre 1999, *Financement de la sécurité sociale pour 2000*, n° 99-422 DC, *Rec*., p.143.
[121] Cons. Const., 27 juillet 2000, *Liberté de communication,* n° 2000-433 DC, *Rec*., p.121.

[122] CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*.
[123] L-M. DIEZ PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales, op.cit*., p.292.
[124] Trib. Const. esp., 5 mai 2000, n°110/2000.
[125] CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, GACEDH n°7.
[126] Trib. Const. esp., 9 décembre 2002, n°232/2002.
[127] Trib. Const. esp., 11 décembre 2000, n°297/2002.

notamment dans son versant droit à l'honneur[128] ou droit à l'image, l'emporte. Ainsi, quand un financier particulièrement en vue est photographié avec une femme dans une réserve de chasse au Kenya et qu'un an plus tard, ces photos personnelles à caractère strictement privé se retrouvent dans les journaux d'une certaine presse à sensation, le tribunal protège le droit à l'image. Le Tribunal mit l'accent sur l'absence d'autorisation de la divulgation de tels clichés et confirmait, dans une décision ultérieure, que l'autorisation des personnes intéressées est un élément central du droit « autonome » à l'image[129]. On pourra apprécier ici la similarité d'une telle jurisprudence avec le récent arrêt de la Cour dans l'affaire « Caroline de Monaco ».

Reste enfin une troisième catégorie de personnes dont la notoriété publique ne fait guère de doutes, les fameux « *People* », les célébrités, les « *famosos* » en espagnol. Leur notoriété ne découle guère ici de l'activité qu'ils développent et qui pourrait fournir un intérêt pour l'opinion publique car il est un fait avéré que leur seule activité consiste précisément à s'exposer dans les médias de communication. Ici, la distinction se fait alors plus complexe entre le public et le privé dans la mesure où ces personnes convertissent de manière délibérée l'intimité de leur vie privée en « affaire publique ». La jurisprudence constitutionnelle sera alors très sourcilleuse, prenant en considération dans chaque affaire la volonté, clairement affichée ou non, d'exposer sa vie au public[130].

Au terme de cette analyse, on est frappé par l'identité, la similarité des analyses entre le système conventionnel européen et les systèmes constitutionnels internes. « L'abécédaire exhaustif[131] » des similitudes n'est guère possible, mais s'il fallait en choisir qu'une, révélatrice de tendances identiques, «évolutivité » serait cette clé d'entrée.

Évolutivité de la notion de vie privée, éminemment contingente.
Évolutivité des fondements sur lesquelles elle naît, se greffe et se répand.

[128] Trib. Const. esp., 20 mai 2002, n°121/2002.
[129] Trib. Const. esp., 2 juillet 2001, n°156/2001.

[130] Dans le droit fil de la nouvelle orientation jurisprudentielle (distinguant intimité et image), quand l'atteinte au droit à l'image entraîne également une atteinte à l'intimité, il y a violation de ces deux droits fondamentaux. Le juge constitutionnel a pu considérer dans une décision du 22 avril 2002 (STC n°83/2002) qu'il y avait violation et de l'intimité et de l'image d'une personne célèbre, quand une photo le présentant en compagnie de sa maîtresse était publiée dans la fameuse presse dite « people ». Son autorisation n'avait pas été obtenue, violant son image, tandis que son intimité était bafouée, la relation sentimentale qu'il entretenait avec sa maîtresse n'étant pas censée être connue !
[131] On se reportera dans cette ouvrage à la communication introductive de Frédéric SUDRE.