

LE DROIT AU SECRET DE LA VIE PRIVEE DES HOMOSEXUELS : ENTRE DROIT NECESSAIRE ET VIOLATION AUTORISEE

Par Virginie FRAISSINIER-AMIOT
Doctorante à l'Université de La Réunion

« De la révélation de sa vie
privée, l'individu doit être seul
maître, comme le créateur de
l'œuvre détient seul le pouvoir
de divulguer ou non sa création
(...) »

Robert Badinter¹

La vie de toute personne ne doit pas être l'objet d'investigations ni de divulgations parce que les unes et les autres « blessent le sentiment de la pudeur » à l'égard de la vie personnelle².

Ceci est d'autant plus vrai pour les homosexuels. Une partie du groupe social n'étant pas encore prête ou ne voulant pas accepter l'homosexualité, et parce que le fait d'être homosexuel(le) entraîne encore des discriminations tant dans sa vie professionnelle, que dans sa vie personnelle et familiale³, il est nécessaire que la personne homosexuelle soit protégée contre la divulgation de son homosexualité (I), mais aussi contre les investigations et la divulgation des éléments de sa vie privée relevant de sa sexualité (II). Cette protection, si elle ne leur est pas particulière, puisque applicable à l'ensemble des individus, semble pourtant revêtir une importance capitale pour eux. Il est rare en effet que la divulgation de l'hétérosexualité d'une personne fasse la « une » des journaux et entraîne pour celle-ci des conséquences dommageables dans sa vie personnelle et professionnelle. En revanche, le droit au secret est essentiel et doit être respecté de manière absolue dès lors qu'il s'agit de la volonté de la personne homosexuelle de taire son homosexualité. La révélation, si révélation il y a, ne doit être que du fait de son sujet. Le silence sur sa propre homosexualité « peut être imposé par la pression sociale mais il peut être aussi un choix »⁴. Néanmoins, le droit de s'opposer à la

¹ BADINTER (R.), « Le droit au respect de la vie privée », *J.C.P.* 1968.I.2136.

² KAYSER (P.), *La protection de la vie privée*, Paris, P.U.F., 1990, coll. Economica, p. 6.

³ Voir notre article « De la parentalité homosexuelle : entre droit et réalité, ce que dit la loi, ce que font les juges », *Revue Juridique de l'Océan Indien*, 2001/2002, pp. 89-116.

⁴ PEDLER (Y.), avocat de Jean-Luc Romero cité par LOMBARD (M.-A.), « L'homosexualité : sphère privée ou vie publique », *Le Figaro*, 5 février 2003, voir *infra*.

divulgarion portant atteinte à la vie privée ou son intimité n'est pas sans limites. La première limite tient au fait que chacun peut renoncer volontairement à son droit au secret : il ne pourra par la suite se plaindre des révélations qu'il a lui-même autorisées. Ensuite, elle tient en la qualité de l'individu lui-même : si chacun a droit au respect de sa vie privée, ce droit peut être « amoindri » dès lors qu'il s'agit d'une personne publique bien qu'il soit particulièrement difficile de discerner ce qui relève de la vie privée et de la vie publique d'une telle personne. Surtout, il y a conflit avec la liberté d'expression, constitutionnellement protégée¹. Enfin, et plus généralement, le secret de la vie privée peut être « bafoué » dès lors que sont en cause la santé publique², la sécurité nationale ou la sûreté publique.

Tout est donc question d'équilibre d'une part et de volonté de l'individu d'autre part de révéler ou non une partie de sa vie privée. A cet égard, la demande paradoxale de la part des principales associations homosexuelles d'une visibilité plus grande, dans le but d'une meilleure intégration, ne doit pas faire oublier que le respect de la vie privée reste un droit fondamental qui mérite protection.

I/ LA PROTECTION CONTRE LA DIVULGATION DE L'HOMOSEXUALITE DE LA PERSONNE

En France, la loi du 17 juillet 1970, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, a introduit à l'article 9 du Code civil une disposition selon laquelle « chacun a droit au respect de sa vie privée ». C'est cette disposition qui fonde l'affirmation du caractère particulièrement protecteur de la législation française. En effet, avec l'introduction de l'article 9 du Code civil, le droit au respect de la vie privée justifie à lui seul le droit de mettre fin à toute immixtion ou divulgation, fautive ou non, préjudiciable ou non, dans ce que l'intéressé considère comme sa vie privée et ce, parfois, par une mesure d'urgence ou de référé dès lors qu'il s'agit d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Ces mesures peuvent être combinées avec l'article 1382 du Code civil qui dispose « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Parallèlement à la protection par le droit civil, une protection pénale peut être mise en jeu. L'article 226-1 du code pénal prévoit : « est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui. 1) En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. 2) En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ». En 1995, le Conseil Constitutionnel a consacré le droit au respect de la vie privée de façon explicite en

¹ Liberté visée par la D.U.D.H., le P.I.D.C.P. et la C.E.D.H.

² Obligation pour le médecin de révéler certaines maladies, voir *infra*.

déclarant « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »¹. Il a réitéré sa position en 1999, énonçant que la liberté proclamée à l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen « implique le respect de la vie privée »².

Par ailleurs, la France a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme³ dont l'article 8 prévoit expressément que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance (...) ». Elle a également ratifié la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 selon lesquels « nul ne sera l'objet d'immixtion arbitraire ou illégale dans sa vie privée, (...) ». Récemment, la Charte européenne des droits fondamentaux, signée à Nice en décembre 2000, rappelle en son article 7 que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications », l'article 8 ajoutant : « toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

Chaque individu semble disposer par là même d'une large protection. Cette dernière peut être mise en œuvre en cas de divulgation de l'homosexualité d'une personne, que cette révélation ait pour origine l'écrit ou la parole (A) ou encore l'image (B).

A/ Le droit à la protection contre la divulgation de l'homosexualité par l'écrit ou la parole

Toute victime d'une atteinte à la vie privée peut obtenir du juge des mesures propres à limiter la diffusion de l'atteinte (saisie, séquestre, suppression des passages litigieux, publication d'un encart, astreinte...), mais également des dommages et intérêts pour indemniser le préjudice subi et l'éventuelle insertion de la décision de justice dans la presse.

Élément relevant de la vie privée, toute révélation relative à la sexualité des individus est à ce titre interdite. A été jugée toute « allégation de l'homosexualité d'une personne, réelle ou supposée, quelle que soit la coloration morale qu'on y

¹ C.C., 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, décision 95-352, *Recueil*, p. 170, *JORF* du 21 janvier 1995.

² C.C., 23 juillet 1999, Loi portant sur la création d'une couverture maladie universelle, décision 99-416, *JORF* du 28 juillet 1999.

³ Adoptée le 4 novembre 1950, la C.E.D.H. est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle fut progressivement ratifiée par l'ensemble des pays signataires. La France ne l'a ratifiée que le 3 mai 1974, soit 24 ans après son adoption. La France était en effet assez réticente à accepter un système supranational. Apparaissait également une incompatibilité entre l'article 16 de la Constitution, lequel fait référence au pouvoir du Président en cas de crise, et l'article 15 de la C.E.D.H. relatif aux dérogations autorisées en cas de circonstances exceptionnelles.

attache, constitue une atteinte à sa vie privée »¹. Il s'agit d'un principe fondamental, de telles révélations n'ayant « pas besoin d'être hostiles pour constituer une atteinte ; il suffit qu'elles n'aient pas été autorisées par la personne en cause »².

L'élément principal c'est le consentement ou non de celui qui est concerné par la révélation de son homosexualité. A cet égard, la jurisprudence est claire. Une revue a été condamnée pour avoir évoquée l'homosexualité d'une personne vivant en ménage avec une autre de même sexe sans l'autorisation de cette dernière³. Le journal qui traite dans un de ses articles le récent mariage d'une personne avec une « célébrité » en évoquant la prétendue homosexualité de la première commet une atteinte à la vie privée⁴. Enfin, allant dans le même sens, l'écrivain qui s'inspire de sa propre liaison amoureuse pour raconter la relation de deux femmes, porte atteinte à la vie privée de sa partenaire, aisément identifiable, cette dernière n'ayant pas donné son accord à la publication⁵. Toutefois, « la prétention au respect de la vie privée se trouve automatiquement réduite dans la mesure où l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique ou la place dans un rapport avec d'autres intérêts protégés »⁶. Le consentement à la divulgation de son homosexualité ou la révélation personnelle empêche tout individu de réclamer une quelconque protection au nom de la vie privée. Dès 1988, le tribunal de grande instance de Paris a jugé, dans l'affaire dite « Catherine Lara », que la chanteuse qui avait elle-même « divulgué des faits relatifs à sa vie privée, et plus particulièrement son homosexualité » dans son autobiographie, *L'aventurière de l'archet perdu*, « n'avait pas en toutes circonstances un pouvoir discrétionnaire pour s'opposer à la redivulgation des mêmes faits »⁷.

Aujourd'hui, l'évolution des mœurs montre que de nombreux hommes politiques acceptent de dévoiler leur homosexualité. En novembre 1998, André Labarrère, maire de Pau, et le sénateur, aujourd'hui maire de Paris, Bertrand Delanoë, ont franchi le pas en affichant leur homosexualité à la télévision⁸. Cette

¹ C.A. Paris, 20 février 1986, *D.* 1986, somm., p. 446, note Lindon et Amson. Notons ici que cette allégation était également considérée comme une diffamation, mais que la Cour a sanctionné le journal sur la base de l'article 9 du Code civil.

² MECARY (C.) et de la PRADELLE (G.), *Les droits des homosexuels*, Paris, P.U.F., 1998, coll. Que sais-je ?, p. 11.

³ T.G.I. Paris, 8 juin 1994, *Jurisdata* n° 046058.

⁴ T.G.I. Paris, 5 mai 1995, *Jurisdata* n° 042498.

⁵ T.G.I. Paris, 22 novembre 1995, *Jurisdata* n° 048966.

⁶ Décision de la Commission européenne des droits de l'homme, Req. 6959/75, 12 juillet 1977, paragraphe 56, *Décisions et Rapports de la Commission* n°10, p. 138.

⁷ T.G.I. Paris, *JCP* 1988.II.21107, note Agostini. Les juges ont estimé : « le journaliste n'avait commis aucune faute ni abus à engager sa responsabilité, dès lors que la publication de ces faits était justifiée par un intérêt légitime, puisque cette redivulgation était effectuée au moment même de la diffusion du livre autobiographie de la chanteuse et que l'article incriminé ne faisait que présenter l'un des passages de cet ouvrage sans en dénaturer la teneur et l'esprit ».

⁸ CHARTIER (Cl.), « Homos : le temps des aveux », *L'express*, 3 décembre 1998, p. 58.

attitude est également celle d'artistes ou personnalités de la mode et du sport¹. Cette attitude est à la fois bénéfique et néfaste pour ceux qui « avouent ». Elle est bénéfique d'abord dans la mesure où, à l'heure où les médias ont une main mise sur l'information parfois tournée en dérision ou transformée en satire, devancer la dénonciation apparaît comme une parade. Ensuite et surtout, elle paraît bénéfique car le *coming out*² de personnages publics, notamment politiques, passe aux yeux de la communauté homosexuelle comme un gage d'avancées juridiques futures en leur faveur³. Ainsi, une dépêche du Monde déclarait-elle, après les élections présidentielles de mai 2002 et la constitution d'un nouveau gouvernement, « Homosexualité : Act-Up se réjouit de la présence au gouvernement de deux ministres homosexuels »⁴, montrant par là que l'homosexualité, révélée ou du moins moins connue, de personnalités politiques apparaît comme autant de garanties d'évolution de leur situation, notamment juridique. Elle est aussi négative, tendant à stigmatiser celui qui confesse ses tendances homosexuelles. L'exemple en est donné par la déclaration d'un jeune conseiller municipal de Barsac⁵ qui, quelques jours après avoir révélé son homosexualité, subissait de nombreuses menaces téléphoniques⁶. Dans le même sens et allant jusqu'à la dérision, la révélation de l'homosexualité entraîne parfois des situations burlesques, notamment outre-manche. Ainsi, lorsque le député britannique travailliste Clive Betts a révélé son homosexualité pour la première fois dans un communiqué de presse⁷ un tollé de la part des journaux anglais s'est élevé, certains journalistes affirmant que le contre-espionnage et Scotland Yard enquêtaient sur le boy-friend brésilien du député : sexualité et politique ne semblent donc pas « faire bon ménage », et alors qu'auparavant c'étaient les maîtresses qui étaient montrées du doigt, soupçonnées

¹ C'est le cas, par exemple, de la championne de tennis Amélie Mauresmo au cours d'une conférence de presse ou du journaliste Laurent Ruquier lors de son spectacle puis sur France-Inter le 12 janvier 1999. Certains n'ont pas attendu la fin du siècle. Ainsi, on se doit de citer Guy Hocquenghem, écrivain pamphlétaire qui révéla son homosexualité au cours d'un entretien publié dans le *Nouvel Observateur* en 1971.

² Révélation de son homosexualité, traduit parfois par « sortir du placard ».

³ 87% des homosexuel (les) jugent utile l'évocation publique de son homosexualité par un homme ou une femme politique pour faire évoluer les mentalités et 90% des gays et des lesbiennes pensent qu'un homme politique ouvertement homosexuel donne plus de poids aux revendications de la communauté gay et lesbienne (enquête publiée dans *Têtu* n°10, janvier 1997).

⁴ *Le Monde*, 10 mai 2002.

⁵ Dans l'édition du quotidien Sud-Ouest du 13 août 1999 le jeune homme déclarait « mon homosexualité n'est qu'un secret de Polichinelle à Barsac. Je préfère donc couper court aux insinuations malveillantes. Pour ma part, je veux être jugé sur mon travail d'élu, et non pas sur ma vie privée, qui ne regarde que moi ».

⁶ Voir *Têtu* n°38, octobre 1999. Certains homosexuels semblent convaincus qu'évoquer son homosexualité représente un risque pour le candidat, risque qu'ils ne veulent pas lui imposer puisque eux-mêmes n'ont jamais souhaité le prendre (enquête publiée dans *Têtu* n°10, janvier 1997).

⁷ Dans un communiqué de presse du 24 février 2003, le député a expliqué qu'il pensait que le temps était venu de retirer ce poids de ses épaules et que cette révélation lui permettrait de mieux faire son travail de député. « J'espère qu'ils [les électeurs] me jugeront sur le travail que j'ai effectué jusqu'ici en tant que député ».

d'espionnage¹, aujourd'hui, ce sont les amants des hommes politiques qui sont l'objet de toutes les attentions policières.

Dans certains cas la révélation par la personne homosexuelle elle-même n'est ni spontanée ni volontaire, mais poussée par des considérations politiques et médiatiques. En novembre 1998, le ministre britannique de l'agriculture, Nicolas Brown a reconnu son homosexualité. Cette révélation résultait toutefois plus d'un « chantage » que d'un aveu naturel : en effet, un ex-amant du ministre avait menacé celui-ci de vendre à la presse « people » la teneur de sa supposée liaison. Voulant couper court à toute publication exagérée, le ministre a pris les devants en reconnaissant cette liaison². Cet exemple permet de prendre conscience du poids qu'une révélation peut avoir sur la vie d'une personne. Il permet également d'approcher d'un autre type de révélation, beaucoup plus pernicieux et déloyal : celui de « l'outing ». Cette pratique, s'inspirant de méthodes importées des Etats-Unis et d'Angleterre³, consiste à révéler, sans y avoir été dûment autorisé, la sexualité de personnes publiques qui, par hypocrisie ou calcul⁴, dissimulent leur vie privée et soutiennent des mouvements ou des politiques hostiles aux revendications homosexuelles⁵. En 1999, des militants d'Act-Up¹ ont menacé « d'outing » un

¹ Allusion à l'affaire Profumo. Dans les années 60, le ministre de la Guerre de la Grande-Bretagne, John Profumo avait une relation avec une callgirl laquelle partageait ses faveurs avec un officier du renseignement militaire soviétique à Londres. Le ministre, qui a toujours nié avoir livré des secrets d'Etat sur l'oreiller, a été contraint de démissionner.

² Quelques jours auparavant, en octobre 1998, le ministre chargé du Pays de Galles, Ron Davies, avait dû démissionner après avoir été victime d'une mystérieuse agression dans un parc du sud de Londres réputé pour être un rendez-vous d'homosexuels et de drogués. Ron Davies a, en juin 1999, révélé sa bisexualité mais il accuse les tabloïds britanniques de l'avoir poussé à cette extrémité. Selon lui « pour protéger ma vie privée, j'avais refusé jusqu'à présent de parler publiquement de questions relatives à ma sexualité », explique l'ex-membre du gouvernement de Tony Blair. « Toutefois, après en avoir parlé avec ma femme, et afin de mettre un terme au flot intolérable d'articles scabreux et inexacts, je n'ai pas d'autre solution que de confirmer que je suis bisexuel, et ce depuis un certain temps ».

³ GROSJEAN (B.), « Ceux qui s'offusquent n'ont pas protesté contre les insultes homophobes », *Libération*, 16 mars 1999 : « L'outing est né en Angleterre en 1990. Les dignitaires de l'Eglise anglicane, qui avaient pris des positions hostiles aux homosexuels, sont contraints de révéler leur homosexualité sous la pression du chantage ».

⁴ Eric FASSIN dans un article intitulé « Out : la métamorphose paradoxale », *Homosexualité, expression répression*, sous la direction de George Tin en collaboration avec Geneviève Pastre, 1998, pp. 180-194, distingue deux logiques de justification du outing fort différentes. « La première s'appuie sur un idéal de transparence psychologique : le outing serait une arme contre l'hypocrisie de certains homosexuels (...). Pour contrecarrer leur mauvaise foi, il s'agirait alors de les condamner à l'authenticité ». Cette justification nous semble être celle du mouvement d'Act-Up. « Il est pourtant une seconde manière de justifier le outing, dont l'inspiration est toute différente. Il ne s'agit plus de démontrer la contradiction personnelle qui travaille un homosexuel homophobe, mais de démontrer la logique qui le condamne à l'homophobie pour échapper au soupçon d'homosexualité, comme ces militaires américains, quelle que soit leur sexualité, tous obligés aujourd'hui, par précaution, d'afficher un hétérosexisme militant. Dans ce cas, le outing ne vise plus tel ou tel homosexuel, mais l'homophobie dont cet individu est le produit. Il a pour fonction non de dévoiler la mauvaise foi d'un homosexuel honteux, mais la bonne conscience d'une société satisfaite ».

⁵ DORVILLE (J.), 24 juin 1999, estime qu'aux Etats-Unis, « dans un pays friand de détails croustillants sur la vie privée de ses stars et de ses élus, des associations gays n'ont pas hésité à se servir d'une arme

député de l'opposition, homosexuel, qui en conformité avec son parti politique a annoncé son hostilité au PaCS. Le député en cause avait notamment défilé, le 31 janvier 1999, à une manifestation organisée par les réseaux de la droite catholique traditionaliste². L'association renoncera à exécuter sa menace, mais l'idée était lancée. Si cette forme de dénonciation apparaît comme peu glorieuse, à l'opposé, il « est difficile d'admettre qu'un homme politique puisse tenir un discours officiel à l'intention de ses électeurs, dans le seul but d'obtenir leurs suffrages, alors que ce discours est en décalage complet avec sa pensée et ses mœurs »³.

Le 19 octobre 2000, pour la première fois en France, un homme politique a vu son homosexualité dévoilée dans un journal homosexuel, « gay e.m@le ». De nombreux journaux ont alors « parler » d'*outing*⁴. Il faut pourtant s'éloigner de cette appellation : Jean-Luc Romero, conseiller régional RPR d'Ile de France en cause, ne s'est jamais montré hostile à l'homosexualité et n'a jamais tenu un discours anti-gay. Président d'une association de lutte contre le sida, c'est l'un des rares hommes politiques de droite à s'être montré favorable au PaCS. Face à une telle « attaque », il a décidé de porter plainte en invoquant « une atteinte intolérable à la vie privée », estimant que c'était à lui seul de décider de révéler ou non au public son homosexualité. La plupart des associations homosexuelles ont condamné non pas l'*outing* en tant que telle mais la divulgation de l'homosexualité d'une personne qui, loin d'être hostile à leurs revendications, soutient les avancées législatives dans un sens qui leur est favorable. Dans un communiqué de presse du 24 octobre 2000, le Centre gai et lesbien de Paris s'est élevé contre cette divulgation. « Le dérapage du magazine e-male est un grave manquement à la déontologie professionnelle de la presse, une initiative totalement inacceptable de la part d'une revue distribuée bénévolement par les lieux associatifs et de convivialité parisiens, à toute la communauté homosexuelle. Toutefois, le Centre gai et lesbien considère que la démarche de male n'a rien à voir avec l'*outing*, moyen de lutte sociale de dernier ressort, qui ne peut s'utiliser que face à une violence politique avérée, comme le mouvement de libération homosexuel s'en est servi outre-Atlantique. Pour le Centre gai et lesbien, l'*outing* doit s'inscrire dans la même logique que certaines techniques radicales utilisées dans les plus honorables des luttes syndicales historiques. Mais cette mesure extrême n'a encore jamais été employée en France, même au pire des ignobles manifestations de violence verbale impunie et indigne, de la part notamment des parlementaires opposés au PaCS. Dans le cas personnel de Monsieur

que d'aucuns assimilent à du chantage. Leurs cibles ont un point commun : elles sont homosexuelles et tiennent, en public, un discours anti-gay ».

¹ Association de lutte contre le sida.

² KREMER (P.), « L'association Act-Up menace de dévoiler l'homosexualité d'un député », *Le Monde*, 13 mars 1999.

³ BERTRAND (A.), *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Paris, Litec, 1999, coll. Responsabilités, p. 92.

⁴ MILLOT (L.), « Un séguiniste victime d'*outing* : l'élu francilien porte plainte contre un hebdo gay », *Libération*, 24 octobre 2000.

Jean-Luc Romero, son action remarquable dans la lutte contre le Sida est exactement à l'opposé de la logique qui pourrait justifier une quelconque initiative d'*outing* public. Le comportement irresponsable de la publication d'e-male doit être publiquement dénoncé ». Depuis cette révélation, le député a préféré prendre les devants quant à de nouvelles déclarations concernant sa vie privée : en mai 2002, son second livre autobiographique fait état de sa séropositivité¹. Récemment, le 10 mars 2003, le Tribunal de Grande Instance de Paris s'est prononcé en faveur de monsieur Romero en condamnant l'auteur de l'*outing*, Alain Royer, à payer 3000 euros de dommages et intérêts à l'intéressé. Cette somme est bien inférieure aux 75.000 euros demandés par le député. Malgré cela il s'est « réjoui » de cette condamnation, soulignant que « l'orientation sexuelle relève de la sphère de la vie privée »² et que « c'est une victoire de la conception française de la vie privée ». En effet, selon le tribunal, « il ne saurait être soutenu que la qualification d'homosexuel relèverait, en raison de l'évolution des mœurs, de l'appartenance à un groupe socioculturel. Une telle qualification (...) constitue en soi une révélation de ce qui touche au plus intime de l'être humain »³ rejetant par là même la défense du journal incriminé qui, par l'intermédiaire de son avocat, Emmanuel Pierrat, défendait l'idée que « l'homosexualité est sortie du champ de la vie privée pour entrer dans la sphère de la vie publique et politique », d'autant qu'elle « est devenue un enjeu politique avec les débats sur le Pacs, l'adoption d'enfants par les couples gays ou la lutte contre le sida »⁴.

La position de certaines associations homosexuelles paraît à cet égard bien ambiguë : demandant une protection accrue face à la révélation de l'homosexualité de l'un des leurs alors même que la protection de la vie privée doit être la même pour tous, elles dénoncent elles-mêmes l'homosexualité de certains individus dès lors qu'elles peuvent retirer un « profit » politique d'une telle révélation, soit qu'il s'agisse de stigmatiser l'intéressé lorsqu'il se comporte de façon non conforme à leur attente, soit qu'elle permette une prise de conscience de l'existence de personnalités homosexuelles susceptibles de faire avancer leurs demandes.

B/ Le droit à la protection contre la divulgation de l'homosexualité par l'image

« L'image d'une personne est un peu le reflet de son âme, de sa personnalité profonde »⁵.

La jurisprudence et la doctrine sont partagées sur le point de savoir si le droit à l'image est autonome par rapport au droit au respect de la vie privée ou s'il en constitue un aspect. Certains⁶ estiment ainsi qu'il faut considérer le droit à l'image

¹ ROMERO (J.-L.), *Virus de vie*, Paris, édition Florent Massot, 2002, 180 p.

² GARRIGOS (R.), « Romero, élu "outé" contre son gré, est vengé », *Libération*, 11 mars 2003.

³ MATHIEU (M.), « Le premier "outing" d'un élu a été sanctionné par la justice », *Le Monde*, 12 mars 2003.

⁴ LOMBARD (M.-A.), « L'homosexualité : sphère privée ou vie publique », *Le Figaro*, 5 février 2003.

⁵ ACQUARONE (D.), « L'ambiguïté du droit à l'image », *D. Chronique*, 1985, p. 129.

⁶ BADINTER (R.), « Le droit au respect de la vie privée », *JCP* 1968.I.2136 ou NERSON (R.), *RTD Civ.* 1971, p. 117.

de manière indépendante. Au contraire, d'autres remarquent que « la reproduction sans autorisation de la photographie d'une personne et l'atteinte au secret de la vie privée se rencontrent fréquemment dans le même acte dommageable, mais encore c'est la violation du droit à l'image qui donne à celle du respect de la vie privée son caractère scandaleux ou intolérable »¹. Malgré ces divergences, l'importance de l'image dans le cadre de la vie privée ne peut être remise en cause.

L'atteinte à la vie privée sert en fait de fondement pour interdire la fixation et la divulgation de l'image : selon un auteur, il s'agirait de la face « passive » ou « défensive » du droit à l'image². Le droit à l'image, élaboré sur le fondement du droit à la vie privée, permet à toute personne, homosexuelle ou non, de s'opposer à la publication et à la diffusion de son image sans son accord. Ce droit est régi par un principe général : chaque personne dispose d'un droit exclusif sur son image et peut, de manière discrétionnaire, en autoriser la reproduction. En règle générale, une photographie porte atteinte à la vie privée au moment de sa publication car elle révèle au public des éléments intimes de la personnalité ou de la vie privée.

Comme en ce qui concerne l'écrit, c'est l'absence de consentement de la personne à la divulgation qui est sanctionnée. Bien plus, « la personne qui autorise un tiers à reproduire son image n'autorise pas pour autant cette reproduction dans un but différent de celui primitivement prévu et conserve toujours le droit de faire respecter sa personnalité et limiter l'usage qui pourrait être fait de son image »³.

Dans une affaire datant de 1985, un homme au physique attrayant avait fait faire de lui des photographies destinées à une agence de mannequins. Il constate quelque temps après que lesdites photographies sont reproduites dans un magazine spécialisé où elles étaient « destinées à illustrer des articles relatifs à des manifestations homosexuelles et à inciter le lecteur à s'abonner à la revue ». N'ayant pas autorisé un tel emploi desdites photographies, il assigne la revue en dommages et intérêts et gagne son procès, le tribunal posant le principe une fois de plus que « toute personne a un droit exclusif sur son image, qui ne peut être reproduite sans autorisation expresse et spéciale »⁴. De la même façon, la Cour d'appel de Paris a condamné une publication en considérant que la photographie d'une personne dans une revue destinée aux homosexuels sans l'accord de l'intéressé, « constitue une atteinte à son droit à l'image et à sa vie privée (...) la photographie laissant à penser que la personne était homosexuelle, état qu'elle aurait préféré voir tenu secret ». La Cour a condamné la publication à supprimer la partie de la couverture comportant la photographie et à verser au plaignant 40000 francs de dommages et intérêts⁵.

Le droit à l'image connaît très peu d'exceptions. Il en existe trois : les images captées dans un lieu public, celles illustrant l'actualité et celles d'une personne

¹ LINDON (R.), *Dictionnaire juridique, les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1983, p. 296.

² BERTRAND (A.), *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Paris, Litec, 1999, coll. Responsabilités, p. 138.

³ T.G.I Seine, 22 mars 1966, *Gaz. Pal.* 1966, p. 131, 1^{er} espèce.

⁴ T.G.I. Paris, 18 décembre 1985, *D.* 1986. somm. 446, obs. Lindon et Amson.

⁵ C.A. Paris, 15 juin 1987, *Jurisdata* n° 024029.

publique dans l'exercice de ses fonctions sont exemptées d'autorisation préalable à leur publication.

L'image réalisée dans un lieu public et concernant la vie publique d'une personne ne peut pas constituer une atteinte à la vie privée : « le droit qu'a l'individu d'interdire la reproduction de son image prise dans le privé ne joue pas quand il s'agit de photographies prises sur la voie publique ». La Cour ajoute que « l'image d'un individu dans la rue se trouve livrée à tous les regards et que le dessin ou la photographie ne fait que la fixer de façon durable. Il n'existe aucune disposition légale limitant ces regards ou interdisant cette fixation ou cette représentation. (...). La représentation dans ces conditions de l'individu rentre dans les servitudes normales de notre vie en société et ne peut être davantage prohibée que les comptes rendus descriptifs par voie de presse »¹. « Il est constant qu'une photographie prise à l'occasion d'une manifestation officielle et publique, peut en principe être publiée sans l'autorisation des personnes représentées »².

Il arrive pourtant que la réciproque soit vraie : « le droit à l'image a pour fin de protéger la vie privée quand l'image a trait à celle-ci. Il en est de même quand l'image reproduit seulement les traits d'une personne, car ceux-ci sont révélateurs de sa personnalité et le sentiment de la pudeur n'est pas moins vif à l'égard de la divulgation du visage qu'à l'égard de celle de sa vie privée »³. En effet, la publication d'une image, même fixée dans un lieu public, peut entraîner un préjudice moral ou matériel important. C'est ce qui a été jugé pour l'homosexualité.

Les tribunaux ont condamné des éditeurs qui avaient publié des photographies prises dans des lieux publics ou illustrant l'actualité, voire ceux qui auraient obtenu une autorisation des principaux intéressés.

Dans un jugement du 4 juillet 1984, le tribunal de grande instance de Paris a retenu l'atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du Code Civil. En l'espèce il s'agissait de la publication d'une photographie d'un participant à une manifestation d'actualité, cette manifestation ayant eu lieu lors d'une université d'été homosexuelle dans le sud de la France. La photographie était parue sous le titre « Les folles de la Canebière ». La publication de cette photographie a eu pour conséquence la révélation de l'homosexualité de la personne photographiée alors même qu'elle tenait ce côté de sa personnalité secret, aux yeux de sa famille et de ses collègues de travail. Les juges ont retenu que le droit de la personnalité peut se trouver en conflit avec la liberté de l'information, et que la publication sans autorisation de cette photographie a porté atteinte à l'image et l'intimité de la vie privée de l'intéressé car « même si une étude consacrée à un congrès d'homosexuels peut être considérée comme un événement d'actualité, la publication de la photographie d'un participant sans son autorisation expresse et spéciale, dans le cas d'un reportage écrit sur un ton de raillerie, porte atteinte à son image et à l'intimité de la vie privée de celui qui en

¹ Tribunal civil d'Yvetôt, 2 mars 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, p. 855.

² C.A. Paris, 12 mai 1995, *Cogedipress c/ X*, *D.* 1997, somm., p. 71, obs. Dupreux (J.-Y.).

³ KAYSER (P.), « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971, pp. 467-468.

est victime, et qui est en droit d'exiger le secret de celle-ci, particulièrement à l'égard de sa famille et du milieu professionnel qui est le sien »¹. En 1985, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement. Selon la Cour, la photographie révélait « une sexualité que l'intéressé pouvait avoir le désir légitime de tenir secrète et ignorée de sa famille et de son milieu professionnel ». Elle ajoute « les nécessités de l'information ne sauraient justifier de telles atteintes à la vie privée susceptibles de heurter les sentiments des personnes dont les portraits figurent en gros plan sur une double page et de leur causer un préjudice d'autant plus caractérisé que le reportage sur la manifestation est rédigé sur un ton de raillerie, particulièrement ironique, et alors surtout qu'il était parfaitement possible de rendre compte de l'événement par une photographie d'ensemble de l'assistance ne permettant pas l'identification de tel ou tel participant »². La Cour sanctionne l'atteinte à la vie privée en relevant d'une part que Monsieur V. est parfaitement reconnaissable sur la photographie qui, bien que prise dans un lieu public, ne pouvait être réalisée et publiée sans son autorisation préalable, et, d'autre part, que cette image « loin de rendre compte ou décrire la manifestation qu'est l'université homosexuelle d'été, se borne à désigner nécessairement à l'attention du lecteur trois jeunes gens présentés de manière désobligeante ».

Le tribunal de grande instance de Paris a également décidé que « la publication de la photographie d'une personne, sans son consentement, constitue une atteinte au droit à l'image même si le cliché a été pris dans un lieu public, doublée d'une atteinte à la vie privée par la révélation de sa présence à une réunion d'homosexuels »³. L'intimité de la manière d'être se prolonge ainsi dans la vie sociale, l'information du public ne devant en aucun cas devenir « impudeur du dévoilement ».

Bien qu'en principe toute photographie prise lors de manifestations publiques ne mérite pas d'autorisation particulière⁴, les tribunaux continuent de condamner toute publication de photographies de manifestations homosexuelles qui ne sont pas justifiées par l'information stricte du public, surtout lorsque la personne est facilement identifiable.

Par conséquent, « même si le cliché a été pris au vu et su de l'intéressé, il ne peut être déduit que celui-ci en a tacitement autorisé la publication alors qu'il n'est

¹ T.G.I. Paris, 4 juillet 1984, *D.* 1985, IR.17, note Lindon.

² C.A. Paris, 14 juin 1985, *Cogedipress c/ V*, *D.* 1986, somm., p. 50, note Lindon.

³ T.G.I. Paris, 2 mars 1988, *Jurisdata* n° 040418.

⁴ La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 21 décembre 1981 (*Gaz.Pal.* 1983, somm., p. 203.) avait décidé que « la présence d'un groupe de personnes sur une place publique et le spectacle qui se déroule en un tel lieu avec l'image de ceux qui s'y trouvent ont un caractère public. La reproduction d'une photographie de ce groupe ne peut être subordonnée à l'accord de toutes les personnes qui contribuent à le former, car elle ne constitue aucune atteinte à la vie privée de celles-ci. Si nul n'a le droit d'individualiser une personne d'un groupe sans son consentement, il importe peu que le visage d'une personne participant à une scène de rue soit reconnaissable. L'obligation de demander l'autorisation de toutes les personnes figurant dans un groupe sur une photographie aboutirait à prohiber la diffusion de tout document d'information ».

pas établi par aucun document ou autre élément que l'intéressé connaissait le statut professionnel du photographe et son intention de publier la photographie et avait ainsi la possibilité de s'opposer à la publication. Le fait que le cliché ait été réalisé au cours d'une manifestation publique, en l'occurrence le défilé de la Gay Pride, est indifférent dès lors que l'intéressé y apparaît en premier plan isolement. Enfin, l'éditeur ne peut arguer du droit d'informer sur une manifestation importante et publique dès lors que l'ouvrage ne présente pas la photographie litigieuse comme une illustration du défilé en question, aucune légende ne faisant référence à cette manifestation, mais comme une illustration de la partie d'un guide consacré à Paris et ses lieux homosexuels »¹. En l'espèce, donc, le cliché n'illustre pas un événement d'actualité, et son utilisation pour un autre usage que l'information est illicite. La Cour sanctionne en outre le fait que la photographie soit centrée sur une personne isolée de la foule dans laquelle elle se trouve.

Les tribunaux ont également pu se montrer sévères en matière de protection du secret de la vie privée par le droit à l'image en décidant de condamner des publications alors même qu'elles avaient obtenu des autorisations.

La Cour d'appel de Paris l'a expressément affirmé dans un arrêt du 19 octobre 1981 : « l'assentiment d'une personne photographiée à la reproduction de son image prise au cours d'un événement public doit être interprété restrictivement et ne concerne que l'illustration de l'événement au cours duquel la photographie a été prise. La photographie en cause n'ayant nullement été utilisée pour l'illustration d'un article consacré à la soirée organisée par une boîte de nuit, mais plusieurs mois plus tard, pour un article consacré à l'homosexualité, sujet tout différent, c'est à juste titre que les juges déclarent que l'exploitation faite par un magazine de la photographie outrepassait l'assentiment tacite que la personne avait pu donner à sa publication et, qu'en ne s'assurant pas du consentement exprès à la reproduction dans l'article incriminé la société d'édition avait engagé sa responsabilité »². A également été décidé que les clichés pris à l'occasion d'un bal homosexuel, avec l'accord des services organisateurs, portent atteinte au droit à l'image du demandeur qui figurait parmi les personnes photographiées. Le demandeur était en effet parfaitement reconnaissable sur le cliché. La Cour a estimé que le périodique ne pouvait licitement publier une épreuve d'un des clichés dont la prise avait pourtant été autorisée, « lorsqu'elle se réduit à un couple homosexuel enlacé et qu'elle est accompagnée d'un commentaire désignant ces homosexuels et ce couple à la réprobation publique ». Elle a jugé que le préjudice résidait dans « la révélation des tendances homosexuelles du demandeur à ses proches »³.

Cette jurisprudence a été reconduite à deux reprises. Dans une première affaire, une Cour d'appel a décidé que la chaîne de télévision qui, dans le cadre du journal rediffuse des extraits d'un reportage sur l'homosexualité porte atteinte au

¹ C.A. Paris, 29 mai 1998, *Edition triangle rose c/ M*, *Legipresse* 1998, n°165.III.141.

² C.A. Paris, 19 octobre 1981, *Cogedipress c/ Tam*, *D.* 1982, somm., p. 180, note Lindon.

³ C.A. Aix en Provence, 14 décembre 1982, *Jurisdata* n° 043828, cité par KAYSER (P.), *La protection de la vie privée*, Paris, P.U.F., 1990, coll. Economica, p. 87.

droit à l'image du couple homosexuel participant au reportage. Les juges ont estimé que les personnes avaient donné leur accord pour l'utilisation de leur image dans un cadre précis autre que la rediffusion au journal télévisé¹. Dans une seconde affaire, un éditeur fut condamné pour avoir publié la photographie d'une personne sur la couverture d'un guide homosexuel, sur la base de l'atteinte à la vie privée, alors même qu'il avait obtenu l'autorisation de ladite personne. Les juges ont considéré cette autorisation non valable car elle n'était pas conçue en « termes précis et limités tant en ce qui concerne la durée que les supports de cette exploitation »².

Pour tous, le droit à l'image constitue une protection importante de la vie privée. Il prend toutefois une importance capitale pour les homosexuels. C'est en effet une protection rendue nécessaire « par le regard que porte le corps social sur cette pratique (...) car s'y rattache une opprobre certaine »³. La mise en place de cette protection apparaît comme indispensable, et ce, beaucoup plus pour les homosexuels que pour les hétérosexuels. Il n'existe d'ailleurs pas de jugement concernant la violation de la vie privée d'une personne sur la publication de son état d'hétérosexuel.

Cette protection paraît d'autant plus importante qu'elle va au-delà des simples prescriptions originaires : la protection s'étend aux manifestations publiques et sujets d'actualité. Elle dépasse le simple droit à l'indifférence qui en principe doit placer sur un pied d'égalité homosexuel et hétérosexuel, mais va vers un droit à la différence par l'existence d'un droit à une protection accrue.

La protection accordée contre la divulgation de l'homosexualité joue également contre les divulgations des éléments de la vie privée de la personne homosexuelle.

II/ LA PROTECTION CONTRE LES INVESTIGATIONS ET LA DIVULGATION DES ELEMENTS DE LA VIE PRIVEE DE LA PERSONNE HOMOSEXUELLE

La protection envisagée ne concerne pas directement la révélation de l'homosexualité d'une personne aux vues et sues de tous. Il s'agit plus particulièrement de la protection contre la divulgation de l'état de santé (A) et contre la constitution et la conservation des fichiers nominatifs lesquels pourraient être utilisés de façon tendancieuse (B).

A/ La protection contre la divulgation de l'état de santé

Le doyen Nerson affirmait, il y a trente ans, « il nous paraît indispensable de protéger le malade (...) contre d'intolérables intrusions dans un secret d'ordre essentiellement privé »⁴. L'état de santé d'un individu fait ainsi partie des secrets de

¹ C.A. Paris, 28 juin 1995, *Jurisdata* n° 043584.

² T.G.I. Paris, 19 mars 1998, inédit, cité par MECARY (C.), *Droit et homosexualité*, Paris, Dalloz, 1999, coll. Etat de droit, p. 13.

³ MECARY (C.), *Droit et homosexualité*, Paris, Dalloz, 1999, coll. Etat de droit, p. 13.

⁴ NERSON, *RTD.Civ.* 1972, p. 761, cité par KAYSER (P.), *La protection de la vie privée*, Paris, P.U.F., 1990, coll. Economica, p. 176.

l'être et entre dans la sphère de sa vie privée : ceci est reconnu tant en droit interne qu'en droit européen.

1° La protection en droit interne

D'une manière générale, tout individu, hétérosexuel comme homosexuel, a droit au respect du secret de sa santé. Toutefois, l'apparition du sida¹, milieu des années 1980, qui en ses débuts a touché principalement les homosexuels, a mis en évidence la nécessité d'une approche particulière : la confidentialité a pris une importance majeure pour les personnes séropositives et les malades.

a) La protection générale

La protection relative au secret de la santé est particulièrement ancienne. Avant d'être attachée « au respect de la vie privée », elle fut associée au « secret médical et professionnel ». Sa formulation serait apparue chez les Grecs, vers 300 avant Jésus-Christ, autour des prêtres d'Asclépios (Esculape), le Dieu de la médecine. C'est chez Hippocrate que l'on trouve la première expression du secret professionnel des médecins : « Ce que tu as appris de ton malade, tu le tairas dans toute circonstance (...). Les choses que dans l'exercice ou même hors l'exercice de mon art, je pourrais voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne peuvent pas être divulguées au-dehors, je les tairai les regardant comme des secrets inviolables ». En effet, pour son œuvre de soins, le médecin doit accéder à l'intimité du malade et ce dernier doit pouvoir lui ouvrir sans aucune réticence sa vie privée, et dans certains cas, tout particulièrement ses tendances sexuelles. En contrepartie de cet accès, le médecin doit se taire, ne rien dévoiler de ce qu'il a découvert, « ne rien lever du voile qui protège le patient affaibli vis-à-vis de tiers »². Secret et soins médicaux vont de pair : « il n'y a pas de soins de qualité sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret »³. Aujourd'hui, le droit au secret de la santé dispose d'une triple protection.

Il est d'abord garanti par le droit civil, notamment par les articles 9 et 1382 du Code civil⁴, respectivement sur le droit au respect de la vie privée et la responsabilité pour faute. Ainsi, traditionnellement, les magistrats considèrent que « toutes les informations relatives à l'état de santé d'un être relèvent du domaine de sa vie privée, à moins qu'il n'en décide autrement »⁵. Il a été décidé que la divulgation de la maladie d'une personne par voie de presse « constitue une atteinte

¹ Syndrome immunodéficientaire acquis.

² HOERNI (B.), « Le secret du médecin », *Secret et démocratie*, Colloque droit et démocratie, Paris, La documentation française, 1997, p. 49.

³ HOERNI (B.), cité par MOUNEYRAY (M.-H.), « Ethique et secret médical », *Transparence et secret*, Paris, Seuil, mars 2001, coll. Revue Pouvoirs n° 97, p. 54.

⁴ Voir *supra* le texte de ces articles.

⁵ C.A. Paris, 26 juin 1986, Nice Matin c/DB, D. 1987, somm., p. 136, obs. Lindon (R.).

à la vie privée » de l'intéressé qui « (...) était en droit de s'opposer à ce que son état de santé soit commenté »¹.

Il l'est ensuite par le droit pénal : selon l'article 226-13 du nouveau Code pénal « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». Le secret de la santé découle ainsi du secret professionnel imposé aux médecins lesquels sont néanmoins déliés de cette obligation par l'article 226-14 du nouveau Code pénal².

Enfin, l'article 4 du Code de déontologie médicale³ dispose que « le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin (...), il couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ». S'agissant de déontologie, le secret constitue « la pierre angulaire de la morale médicale »⁴. Le Conseil national de l'ordre des médecins a par ailleurs déclaré que chaque médecin est soumis aux règles du secret professionnel, quelle que soit son activité. Ainsi, l'article 73 du Code de déontologie médicale rappelle que le médecin doit « protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu et le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être le détenteur. Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut, leur accord doit être obtenu ». Seul, le consentement du malade peut délier le médecin du secret.

b) La protection liée au sida

L'opinion publique a longtemps considéré l'homosexualité comme une perversion, influencée en cela par l'attitude séculaire de l'Eglise catholique. Au cours des années 1970, « l'action » des associations homosexuelles a permis une certaine évolution des mentalités allant dans le sens sinon d'une meilleure

¹ C.A. Paris, 9 juillet 1980, *D.* 1981, p. 72. Dans le même sens, C.A. Paris, 5 décembre 1997, *D.* 1998, IR, p. 32.

² L'article 226-14 NCP dispose : « L'article 22-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre il n'est pas applicable 1) A celui qui informe les autorités judiciaires ou administratives de sévices ou privations dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger, en raison de son âge ou de son état physique ou psychique. 2) Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises ».

³ Publié au *JORF* du 8 septembre 1995.

⁴ MOUNEYRAY (M.-H.), « Ethique et secret médical », *Transparence et secret*, Paris, Seuil, mars 2001, coll. Revue Pouvoirs n° 97, p. 54.

intégration du moins dans le sens d'une meilleure compréhension. L'apparition du sida dix plus tard a bouleversé de nouveau la fragile tolérance qui s'était instaurée.

« La maladie est le plus souvent assimilée à l'homosexualité, donc à un mal aux contours honteux »¹ ; elle prend d'ailleurs dans un premier temps le nom de « cancer gay ». L'opinion générale est que la maladie ne peut concerner que les homosexuels : son développement a été l'occasion de les « refouler ». Il semble, du reste, qu'au début de l'épidémie « dans la société hétérosexuelle existait le sentiment que le sida était une punition divine ; une frange sociale exultait même de voir des milliers de gays mourir d'une mort lente et douloureuse »². Il nous faut reconnaître en revanche, et cela est assez significatif quant au sentiment commun relatif à l'homosexualité, que lorsque la personne est contaminée non pas lors de relations homosexuelles, mais lors de transfusion sanguine, il n'y a plus dénigrement mais pitié et compassion. Les personnes séropositives sont ainsi scindées en deux catégories : la « majorité coupable » de gays et d'utilisateurs de drogue par injection, et la « minorité innocente » d'hémophiles et de transfusés.

C'est donc en raison de la considération honteuse relative à la maladie que la mise en œuvre du secret est apparue plus que nécessaire. En effet, la révélation de la maladie entraîne un double rejet du malade : un rejet du à la peur de la contamination, ce qui se comprend aisément lorsque l'on connaît les souffrances qu'une telle maladie entraîne, et un rejet face à des comportements jugés déviants. En conséquence, si depuis longtemps il a été décidé que l'état de santé des individus ne peut être dévoilé, ceci vaut tout particulièrement lorsqu'il s'agit du sida.

Selon la jurisprudence, une « telle divulgation (celle de la séropositivité ou de la maladie déclarée) est, à elle seule, génératrice de responsabilité pour les auteurs de la publication qui ne peuvent se prévaloir d'une quelconque exonération en alléguant notamment le caractère bienveillant et flatteur des termes employés ou encore l'inexactitude des propos attaqués »³. De même, l'affichage d'un communiqué par l'employeur révélant qu'un des salariés de l'entreprise est atteint du sida constitue une atteinte à la vie privée de celui-ci, aggravée par la révélation des symptômes de la maladie, des sous-entendus des risques de contagion et de son homosexualité⁴. Il nous faut souligner, avec Olivier de Tissot⁵, que dans le cadre de l'entreprise, le droit de chaque salarié au secret de sa vie privée s'impose d'autant plus que le salarié se trouve dans une situation de dépendance à l'égard de son employeur. « Déjà soumis à une discipline contraignante, il ne faut pas qu'il puisse être l'objet de pression, voire de chantage, du fait de ses mœurs sexuelles minoritaires » ou par son éventuelle contamination par le virus.

¹ « Le SIDA, une autre cause de rejet », *Libération*, 22 novembre 1999.

² SPENCER (C.), *Histoire de l'homosexualité de l'Antiquité à nos jours*, 1995, traduction Paris, Pocket Le pré aux clercs, 1998, coll. Agora, p. 432.

³ T.G.I. Paris, 14 décembre 1988, *Gaz. Pal.* 1990, p. 114.

⁴ C.A., Paris, 24 septembre 1990, *Jurisdata* n°023624.

⁵ TISSOT de (O.), « La protection de la vie privée du salarié », *Droit Social* n°3, mars 1995, pp. 222-230.

Par ailleurs, l'épidémie de sida et les risques de transmission de l'infection par le VIH ont suscité de nombreuses interrogations. La première concerne la nécessité de lever ou non le secret professionnel à l'égard du ou des partenaires d'une personne séropositive. La seconde est relative à l'éventuelle, mais parfois jugée nécessaire, systématisation du dépistage.

En ce qui concerne la nécessité ou non de lever le secret professionnel, un rapport de l'Académie Nationale de Médecine de février 1994, « Secret professionnel et Sida », a suscité de vives oppositions, notamment de la part du Conseil National de l'Ordre des médecins, en ce qu'il préconisait d'alléger les règles du secret médical dans le but d'informer les partenaires de personnes touchées par le VIH. Pour sa part, le Conseil National du Sida¹, dans un avis rendu le 16 mai 1994, estime que les inconvénients à accepter, pour le sida, une rupture du secret, l'emportent sur les avantages. Il souligne l'impossibilité de vérifier les déclarations du patient, l'inefficacité des stratégies de prévention liées à la perte de la confiance, avec pour conséquences notamment le refus du test, le changement de médecin, le non-recours aux soins. Enfin, il redoute les risques de dérives comme des demandes d'informations de la part du milieu scolaire ou professionnel des éventuelles personnes contaminées².

Les médecins ne sont donc tenus à aucun devoir de renseignement ou d'information des partenaires des personnes séropositives. En revanche, en 1986, a été mise en œuvre l'obligation de déclarer à la Direction départementale de l'action sanitaire et sociale les cas de sida avérés portés à leur connaissance³. Cette limite du droit au respect de la vie privée est inspirée par la nécessité de protéger la santé publique. Le caractère obligatoire de la déclaration est alors contrebalancé par son caractère anonyme ainsi que par sa portée strictement épidémiologique.

Récemment, la loi du 1^{er} juillet 1998 a modifié l'article L. 11 du Code de la santé publique relatif à la veille sanitaire et a défini une nouvelle procédure de notification des données. Les médecins et les responsables de laboratoires d'analyses sont désormais tenus de transmettre les données individuelles « dont la surveillance est nécessaire à la conduite et l'évaluation de la politique de la santé publique »⁴. Relativement au sida, il ne s'agit plus de recenser les seuls cas de

¹ Conseil créé le 8 février 1989 par décret du Président de la République, placé à l'origine sous la présidence de Françoise Héritier-Augé.

² Le principe de non discrimination en raison de l'état de santé interdit à un employeur de rechercher à se faire communiquer des informations à caractère médical (loi du 12 juillet 1990, intégré sous l'article L. 122-45 du Code du travail et les articles L. 225-1 et L. 225-2 du Code pénal). De même l'employeur ne peut invoquer ni l'homosexualité ni la séropositivité d'un individu pour le licencier (voir notamment C.A. Paris, 29 mai 1990, *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 630, note Ch. Pettiti, cassé par Soc., 17 avril 1991, *JCP* 1991.II.21724, note Alain Sériaux ; *D.* 1991, IR, p. 140 ; *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 474, note Echappé, relatif au licenciement d'une personne homosexuelle travaillant pour l'association catholique Fraternité Saint Pie X).

³ Décret n° 86-770 du 10 juin 1986, *JORF* du 14 juin 1986. L'ensemble des maladies contagieuses qui font l'objet d'une telle déclaration est visé par l'article L. 11 du Code de la santé publique.

⁴ Article L. 11 Code de la santé publique.

« malades » avérés, mais aussi les cas de personnes infectées alors même que la maladie ne s'est pas encore déclarée. Le débat général qui a précédé l'adoption de la loi a révélé que dans son ensemble les avis étaient favorables à la déclaration obligatoire de la séropositivité réalisée de manière strictement anonyme¹. Or, des modifications « inquiétantes » sont apparues dans le principe d'anonymat originaires : le décret de mise en œuvre du 6 mai 1999 a prévu la transmission des informations de manière nominative sous pli confidentiel². Ce système opère donc une rupture avec le principe de l'anonymat qui commande la surveillance épidémiologique du VIH. Si les nombreuses associations de lutte contre le sida approuvent le contrôle épidémiologique et la loi de 1998, en revanche elles se sont élevées à l'encontre du système nominatif mis en place par le décret. La CNIL a été saisie du dossier³. Avant de rendre compte de ses recommandations elle a interrogé les différentes associations de malades du Sida, la Ligue des droits de l'homme, l'Ordre des médecins et l'Institut de Veille Sanitaire. Elle a notamment demandé à l'Institut de Veille Sanitaire des précisions et compléments d'informations sur les mesures techniques destinées à assurer la sécurité informatique et la confidentialité des données collectées ainsi que des éclaircissements sur la justification de la collecte de certaines données indirectement nominatives. Le 9 décembre 1999, la CNIL, dans ses recommandations, a demandé que soit mis en place un système dit « d'anonymisation » à la source des déclarations à l'aide d'un codage informatique des initiales des nom et prénom et de la date de naissance. Elle a préconisé également que l'identification du lieu de domicile de la personne soit limitée au département et non au code postal et que s'agissant de la profession de la personne, seule soit recueillie la catégorie socioprofessionnelle. Elle a recommandé que les pouvoirs publics prennent les mesures nécessaires pour garantir au niveau départemental la confidentialité des déclarations adressées aux médecins inspecteurs des directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS), telle que la destruction des supports papier une fois les informations transmises à l'Institut de la Veille Sanitaire. Pour sa part, le Comité consultatif national d'éthique⁴ estime que « l'enregistrement de données à caractère nominatif a très certainement pour seul but l'élimination des doublons », mais il rappelle avec force « qu'une telle exigence

¹ Les instances interrogées étaient le Conseil national du Sida, le Conseil supérieur d'hygiène publique de France et l'Académie de médecine. Cette dernière notamment déclarait que « constatant que le mode de déclaration anonyme du sida, objet du décret du 10 juin 1986, n'a fait l'objet d'aucune plainte ou contestation, émet un avis favorable et recommande que l'infection par le VIH soit aussi inscrite sur la liste des maladies à déclaration obligatoire, de manière strictement anonyme ».

² Décret n° 99-362, *JORF* du 13 mai 1999. Le décret, fixant les modalités de transmission à l'autorité sanitaire de données individuelles concernant les maladies à déclaration obligatoire, précise que la fiche de notification des données individuelles « comporte des éléments à caractère nominatif ».

³ Commission nationale informatique et libertés. Voir *infra* sur la CNIL et loi du 6 janvier 1978.

⁴ Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a été créé par un décret du Président de la République le 23 février 1983 (décret n°83-132, *JORF* du 24 février 1983). Il est désormais inscrit dans la loi du 29 juillet 1994. Sa mission est de « donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ce sujet ».

technique ne doit en aucune façon l'emporter sur le respect absolu de l'anonymat, en raison du préjudice éventuel constitué par la possible divulgation d'une sérologie VIH, dont la nécessité du secret a été particulièrement démontrée »¹. Le nouveau décret du 16 mai 2001 reprend la plupart des observations formulées par la CNIL. Il est en effet prévu la mise en place d'un système d'anonymisation à la source des éléments d'identification de la personne par technique de codage dite « irréversible ».

En ce qui concerne la seconde question, le débat récurrent sur la nécessité d'imposer un dépistage obligatoire a été relancé à l'Assemblée Nationale dans les années 90. Déjà, le 16 décembre 1988, le Comité consultatif national d'éthique avait rendu un avis selon lequel le dépistage ne saurait être systématique. Il réitère sa position en mars 1992. Le Conseil National du Sida, de son côté, dans un avis du 18 décembre 1991, avait rappelé qu'il s'opposait lui aussi « fermement aux propositions d'instituer un dépistage obligatoire ou systématique du VIH ». Le 1^{er} avril 1992 il se « réjouit de la décision du gouvernement de ne pas instaurer un dépistage obligatoire du VIH lors des examens prénataux et prénuptiaux et à l'occasion du service militaire ». Cette décision va dans le sens des avis rendus par le Conseil national du sida en décembre 1991 et par le Haut Comité de la santé publique et le Comité consultatif national d'éthique en mars 1992. Le Conseil National du Sida ajoute « pour des raisons d'éthique, de droit, d'efficacité et de fait, le dépistage obligatoire n'est pas la meilleure manière de protéger la santé publique. Il convient au contraire d'inciter les praticiens et les autres intervenants sanitaires et sociaux à multiplier, dans le cadre d'un dialogue personnalisé et d'une relation de confiance, les propositions de test et les offres d'information, d'orientation et de conseil, et à assurer par la suite le suivi médical et psychologique nécessaire ». Dans un avis adopté à l'unanimité le 14 mars 2002, relatif au dépistage de l'infection par le VIH au cours de la grossesse et à la prévention périnatale de la contamination de l'enfant, le Conseil national du sida s'est prononcé de nouveau pour une démarche de dépistage libre et éclairée².

La politique retenue en France semble donc être celle du dépistage non-obligatoire et jamais à l'insu de la personne³, exception faite lors de dons de sang, de dons de sperme et d'organes, et de dons de lait maternel, pour lesquels les tests sont obligatoires⁴. Le caractère non-obligatoire du dépistage a cependant été remis en cause récemment. Un amendement, destiné à rendre obligatoire le dépistage du virus

¹ CCNE cité par MOUNEYRAY (M.-H.), « Ethique et secret médical », *Transparence et secret*, Paris, Seuil, mars 2001, coll. Revue Pouvoirs n° 97, p. 57.

² Voir l'ensemble des avis et recommandation du Conseil National du Sida sur le site www.cns.sante.fr.

³ En France, le dépistage systématique à l'insu du malade a été interdit par la circulaire du 28 octobre 1987 mais doit être systématiquement proposé avec la garantie de secret médical aux femmes enceintes, lors de l'examen prénuptial et lors de l'arrêt d'une contraception, aux malades hospitalisés avant exploration invasive, en chirurgie, en gynécologie-obstétrique.

⁴ Respectivement arrêté du 23 juillet 1985 ; décret n° 92-174 du 25 février 1992, *JORF* du 26 février 1992 et circulaire de la direction générale de la santé du 1^{er} juin 1987 ; et loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, *JORF* du 4 janvier 1992.

VIH chez les personnes suspectées de viol, a été adopté le 16 janvier 2003¹. Cet amendement stipule notamment que le dépistage du virus de l'immunodéficience humaine « peut être ordonné, à la demande de la victime, dès le stade de l'enquête par le procureur de la République » ce qui reste en retrait par rapport au texte original qui prévoyait un dépistage obligatoire systématique et non pas seulement à la demande de la victime. Malgré cet allègement dans l'obligation, le Conseil national du sida a rappelé que « cet amendement remet en cause le consentement libre et éclairé au dépistage. Si nul ne semble aujourd'hui en mesurer les conséquences, il est légitime de penser que la disparition du principe de dépistage volontaire est susceptible d'avoir de graves conséquences sur les principes déontologiques et éthiques acquis après vingt ans de lutte contre l'épidémie »². Reste à savoir si une telle mesure va être suivie par d'autres qui iront dans le sens d'un dépistage obligatoire et systématique pour des catégories d'individus de plus en plus nombreuses.

2°/ La protection en droit européen

La protection relève à la fois du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, systèmes auxquels la France appartient depuis les années 50.

a) La protection dans le cadre du Conseil de l'Europe

Dans une résolution de 1983, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelle son attachement indéfectible au respect de la vie privée et au droit à l'autodétermination de l'individu en matière de sexualité. Par la suite, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 24 octobre 1989, une recommandation relative aux incidences éthiques de l'infection VIH³. Il y est souligné que « à la lumière des connaissances actuelles, le test volontaire, intégré dans le processus de consultation-conseil, est l'approche la plus efficace du point de vue de la santé publique et la plus acceptable éthiquement et juridiquement à condition d'être assortie de campagnes d'informations vigoureuses, du plein respect de la confidentialité et de la mise en œuvre d'une politique non-discriminatoire ».

Il semble que le Conseil de l'Europe opte pour les mêmes orientations que celles prises en France. Il observe notamment « qu'en l'absence de traitement curatif, et compte tenu de l'impossibilité d'imposer des modifications de comportement et de mettre en œuvre des mesures restrictives », le dépistage obligatoire doit être considéré « comme non conforme à l'éthique, inefficace, irrespectueux de la vie privée, discriminatoire et éventuellement néfaste ». De même, il note qu'il est nécessaire « de faire en sorte que la notification des cas de sida et, là où elle est prévue par les autorités sanitaires, des cas de séropositivité, soit pratiquée à des fins exclusivement épidémiologiques et donc en stricte conformité

¹ Amendement n°82 de la majorité, adopté par les députés le 16 janvier 2003 au cours de l'examen à l'Assemblée nationale du projet de loi pour la sécurité intérieure, www.legifrance.fr.

² Communiqué du Conseil national du sida du 20 janvier 2003, www.cns.sante.fr.

³ Recommandation R (89)14, « Santé et qualité de vie », www.social.coe.int/fr/Qdevie.

avec les règlements en vigueur en matière de confidentialité et, en particulier, que les données soient transmises selon des modalités excluant l'identification »¹.

Parallèlement à cette protection « politique », la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour de Strasbourg ont eu à se prononcer sur la divulgation de données médicales personnelles sans le consentement des intéressés.

En 1994, la Commission, sur la révélation de la séropositivité d'un détenu, a considéré que l'accès du personnel pénitentiaire aux informations relatives à la séropositivité du requérant se justifie par le but légitime d'assurer « la protection des droits et libertés d'autrui ». Elle estime que l'ingérence est proportionnée à ce but². Pour sa part, la Cour européenne n'a posé les principes de la protection des données relatives à la santé par l'article 8 de la Convention qu'en 1997 dans deux affaires³.

Dans l'affaire Z contre Finlande la requérante se plaint qu'au cours d'une procédure judiciaire, dans laquelle son mari est accusé de viol, il y ait eu saisie de ses dossiers médicaux et révélation de son identité ainsi que de sa séropositivité. La Cour reconnaît qu'il y a une justification de certaines ingérences prévues par le Code de procédure judiciaire finlandais⁴. La répression des infractions pénales et la protection des procédures judiciaires constituent des motifs de dérogation à la confidentialité des données médicales. Néanmoins, elle exprime des doutes quant à l'existence d'un but légitime s'agissant de la publication du nom de la requérante et sa séropositivité. Elle met alors en évidence le principe de la confidentialité des informations sur la santé, qualifié de « principe essentiel du système juridique » de tous les Etats parties à la Convention. Cette confidentialité s'impose à la fois pour protéger la vie privée des malades et pour qu'ils ne perdent pas confiance dans les services de la santé. Elle ajoute que « compte tenu du caractère extrêmement intime et sensible des informations se rapportant à la séropositivité, toute mesure prise par un Etat pour contraindre à communiquer ou divulguer pareil renseignement sans le consentement de la personne concernée appelle un examen rigoureux de la Cour, qui doit apprécier avec un soin égal les garanties visant à assurer une protection efficace »⁵. Pour la Cour, la protection de la confidentialité s'avère particulièrement impérieuse lorsqu'il s'agit de séropositivité « (...) la divulgation de tels renseignements pouvant avoir des conséquences dévastatrices sur la vie privée et familiale de la personne concernée et sur sa situation sociale et professionnelle, l'exposant à l'opprobre ou à un risque d'exclusion ». Par conséquent, il semble que pour être conforme à l'article 8 toute communication ou divulgation d'information

¹ Notons que par le décret n° 99-362 de 1999, la France n'est pas en « conformité » avec la recommandation.

² Décision, 2 mars 1994, T.V. c/Finlande, Req. n° 21780/93, *Décisions et Rapports* n° 76, p. 140.

³ Cr.EDH, 25 février 1997, Z c/ Finlande, *Recueil des arrêts*, p. 323 ; 27 août 1997, M.S c/ Suède, *Recueil des arrêts*, p. 1437.

⁴ L'article 23 paragraphe 3 prévoit la possibilité d'ordonner au médecin de témoigner sur des informations qu'il a obtenues dans l'exercice de sa profession dès lors que le chef d'accusation est une infraction punie d'au moins six ans d'emprisonnement.

⁵ Cr.EDH, 25 février 1997, Z c/ Finlande, paragraphe 96.

sur la santé d'une personne sans son consentement devra s'accompagner de garanties adéquates contre les abus, surtout lorsqu'il s'agit d'une maladie telle que le sida qui est encore considérée comme une maladie humiliante, liée à l'homosexualité ou aux milieux marginaux.

La Cour, décide par huit voix contre une, que la saisie des dossiers médicaux de la requérante et leur adjonction au dossier d'enquête n'ont pas violé l'article 8 ; mais dit, à l'unanimité, que la divulgation de l'identité et de l'état de santé de la requérante par la Cour d'appel d'Helsinki a violé l'article 8.

Dans la seconde affaire, était en cause la communication du dossier médical de la requérante à la Caisse de sécurité sociale. La Cour de Strasbourg a estimé que la « législation suédoise pertinente soumettait à la règle de confidentialité le dossier médical établi au nom de la requérante » et que celle-ci ne pouvait être considérée comme ayant renoncé « d'une manière non équivoque au droit au respect de la vie privée » et ce d'autant qu'il s'agissait de « données de nature hautement personnelle et sensible »¹.

b) La protection dans le cadre de l'Union européenne

Selon la Cour de justice des communautés européennes le droit d'une personne de tenir son état de santé secret doit être respecté dans sa totalité : il interdit notamment d'imposer lors d'une visite médicale d'embauche un test de dépistage du sida².

Ceci ressort d'une affaire dont les faits sont relativement « ordinaires » : la Commission des Communautés européennes refuse d'embaucher X au motif de son inaptitude physique. Cette dernière avait été déclarée par le « médecin du travail » de la Commission, notamment après des tests biologiques révélant la séropositivité du requérant. Pourtant, X avait expressément refusé un tel test, et c'est par un test annexe³, effectué à son insu, que son état de santé avait été dévoilé. Le tribunal de première instance, le 18 septembre 1992, avait rejeté la demande d'annulation de la décision de la Commission. C'est moins sur le refus d'embauche que sur le droit au respect de la vie privée que la Cour de justice des communautés européennes a eu à trancher.

D'une part, la Cour affirme que le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental, protégé par l'ordre juridique communautaire, et que tout individu est en droit de tenir secret son état de santé. Elle s'appuie sur l'article 8 de la CEDH et estime que l'examen médical précédant une éventuelle embauche est légitime mais qu'il ne peut comporter un test du sida⁴. Elle souligne que « une prise de sang

¹ Voir SUDRE (F.), « Droit au respect de la vie privée et familiale, doctrine », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1998, notamment p. 101 et p. 104.

² CJCE, 5 octobre 1994, X c/ Commission, Aff. C-404/92, *Recueil*, p. 4737 ; *RUDH*, 1994, p. 408, note De Schutter (O.) ; *D.* 1994, p. 240 ; *Les Petites Affiches*, n° 107, 6 septembre 1995, pp. 5-6.

³ Il s'agissait d'un test lymphocytaire T4/T8 qui permet d'évaluer l'état immunitaire d'un individu et indirectement de dépister le sida.

⁴ La Cour de justice a plus particulièrement considéré que « le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et qui découle des traditions

aux fins de rechercher la présence éventuelle d'anticorps VIH constitue une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé et ne peut être pratiquée qu'avec son consentement éclairé »¹. D'autre part, elle juge que le fait d'effectuer un test annexe, qui permet de conclure à la séropositivité, contre la volonté expresse du requérant, porte une atteinte à la vie privée.

Il nous semble que la jurisprudence européenne dans son ensemble soit conforme à l'esprit du secret médical, surtout lorsqu'il s'agit de la séropositivité de l'individu. Le droit interne et le droit européen paraissent à cet égard sur « la même longueur d'onde » et condamnent toute révélation sur l'état de santé.

B/ La protection contre la constitution et la conservation des fichiers nominatifs

« Depuis que l'homme vit en société, il existe des archives, des polices et des fichiers. Dans les temps modernes l'on n'a pas attendu l'informatique pour rassembler des renseignements sur les citoyens »².

Au XIX^e siècle, la notion de « *right of privacy* » était née de la montée des révélations indiscrettes des journaux et de la modernité des moyens de diffusion. Aujourd'hui, un nouveau danger guette l'individu. Grâce à la généralisation de l'informatique, la multiplication des facilités d'enregistrement et du stockage des données, il devient alors facile de multiplier les informations sur une personne en interconnectant les différents fichiers existants. Le risque est celui d'une surveillance généralisée des individus. Or, la menace est d'autant plus grande pour les homosexuels. Rappelons simplement que jusqu'en juin 1981 il a été pratiqué un fichage systématique des homosexuels, fichage dont l'origine remonte au moins à 1725. En 1959, dans un article publié dans la revue internationale de la police criminelle, monsieur Fernet, directeur de la police judiciaire déclarait « il y a un intérêt pour la police de bien connaître ce milieu (homosexuel) et à faire tous les efforts pour en connaître les membres (...). En cette matière, se vérifie l'adage pas de bonne police sans archives »³. En 1981 la préfecture assurait pourtant « aucun fichage des homosexuels n'a été effectué par le passé »⁴. Trace du passé justement ou méthodes sectaires, pendant plusieurs mois, au cours de l'année 2001, la police

constitutionnelles communes aux États membres, constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » et qu'« il comporte notamment le droit d'une personne de tenir son état de santé secret ». La Cour reconnaît que des restrictions puissent être apportées aux droits fondamentaux mais « à condition qu'elles répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit protégé ».

¹ Notons que le Conseil Constitutionnel français, dans une décision du 18 janvier 1978, a admis la constitutionnalité de la « contre-visite médicale » et donc « un examen contradictoire de l'état de santé des salariés en vue de vérifier si ceux-ci peuvent prétendre aux bénéfices des avantages prévus par la loi en cas d'absence au travail résultant de maladie ou d'accident », *RDP*, 1978, p. 834.

² BRAIBANT (G.), « La protection des droits individuels au regard du développement de l'informatique », *Revue Internationale de Droit Comparé*, octobre-décembre 1971, p. 796.

³ Mémoire du CUARH sur le fichage policier des homosexuels, octobre 1981, disponible sur Internet, www.France.qrd.org.

⁴ *Le Monde*, 14 juin 1981.

municipale d'Albertville a méthodiquement fiché les homosexuels, en indiquant dans un fichier baptisé «troubadours» leurs prénom, nom, numéro de plaque d'immatriculation, et autres informations sous prétexte que ces personnes leur semblaient «suspectes» du fait leur homosexualité¹.

D'une manière générale, et depuis quelques années déjà, la jurisprudence a réagi face à la possibilité de fichage, mais le danger est rapidement apparu si pressant² que le législateur français (I), puis la communauté internationale (II) ont décidé d'intervenir.

1°/ La protection en droit interne

Suite à la création, en novembre 1974, d'une Commission «informatique et libertés» chargée de «proposer au Gouvernement (...) des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs public, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques», le législateur a adopté la loi «relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés», le 6 janvier 1978³. La loi institue une autorité administrative indépendante, la Commission Nationale Informatique et Libertés, chargée de plusieurs missions, dont le contrôle du respect de ses dispositions par l'instruction de plaintes, la délivrance de récépissés, l'information des acteurs concernés, la rédaction d'un rapport annuel, et la formulation d'avis.

En vertu de l'article 1, l'informatique ne doit porter «atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques». La vie privée est donc expressément nommée. La loi n'interdit bien évidemment pas la collecte ni la conservation et l'utilisation d'informations nominatives. En revanche, elle en prévoit les conditions et interdit, à l'article 31, «de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives, qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales» ou «les mœurs des personnes»⁴, ce qui inclut, implicitement, les pratiques sexuelles. Ces interdictions concernent par conséquent des informations dites dangereuses et sensibles dans la mesure où elles sont susceptibles d'être utilisées pour opérer des discriminations. Néanmoins, en vertu de l'article 15, certains fichiers peuvent mentionner des informations «délicates» et en principe prohibées si celui qui souhaite établir ledit fichier obtient un avis conforme de la CNIL pris par décret du Conseil d'Etat pour des motifs d'intérêt public.

¹ BERTRAND (O.), «A Albertville, quand on fiche, on fiche», *Libération*, 4 juillet 2002. Le quotidien indique que «c'est fin août 2001 qu'un commandant de la police nationale, qui vient d'apprendre l'existence du fichier, alerte la mairie. Le directeur de cabinet du maire se serait alors rendu dans les locaux de la police municipale pour détruire le disque dur de l'ordinateur, plutôt que de prévenir la justice».

² Notons qu'en 1974, un projet de «système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus», nommé SAFARI, a provoqué de vives protestations.

³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *JORF* du 7 janvier 1978.

⁴ Les mœurs ont été ajoutées par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.

Pour compléter les dispositions de l'article 31, l'article 26 ajoute que « toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

A la loi de 1978 s'ajoutent des dispositions éparses issues du Code pénal ou du Code du travail visant à protéger les personnes contre la collecte, la conservation et l'utilisation d'informations relatives à leur vie privée. L'article 226-19 du Code pénal sanctionne ainsi l'informatisation et la conservation informatique, hors des cas prévus par la loi et sans l'accord des personnes intéressées, de « données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître (...) les mœurs des personnes » fichées. Quant à l'article L. 121-8 du Code du travail, il pose le principe qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat ».

L'ensemble de la législation française emporte que l'homosexualité des individus ne peut, en principe, être répertoriée dans des fichiers nominatifs¹. A l'occasion d'une mission de contrôle sur place des traitements informatisés et des fichiers manuels mis en œuvre par les Laboratoires Servier, la CNIL a constaté qu'un fichier manuel de recrutement comportait une fiche relative à un candidat à l'embauche sur un poste d'aromateur portant la mention : « pas le profil - homosexuel ». L'existence de cette fiche, révélant un comportement discriminatoire à l'embauche et contraire à l'ordre public, a conduit la CNIL à dénoncer les faits en juillet 1999 au Procureur de la République de Nanterre². Il faut souligner que les investigations dans la vie privée des salariés sont interdites, que ce soit au moment de l'embauche ou que ce soit pendant son activité professionnelle³. Même si toute entreprise suppose le respect d'une certaine discipline, le droit de surveillance et de contrôle des employeurs ne peut et ne doit pas déboucher sur des pratiques contraires à l'intimité de la vie privée des salariés⁴.

La personne homosexuelle est également en droit de s'opposer, le cas échéant, à la conservation de données intéressant sa vie privée, notamment sexuelle, et ce quel que soit le fichier en cause. En outre, un traitement automatisé de données nominatives ne peut être constitué sans que des dispositions soient prises pour

¹ Voir *supra* le débat sur le décret du 6 mai 1999.

² INCIYAN (E.), « La CNIL dénonce un fichier discriminatoire aux laboratoires Servier », *Le Monde*, 15 juillet 1999.

³ Ceci est notamment énoncé à l'article L 121-8 du Code du travail « aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à l'emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi ».

⁴ Le comité d'entreprise doit être consulté sur la mise en place des moyens techniques de surveillance mis en place par les employeurs (article R 432-2-1 du Code du travail : « le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés »). La protection de la vie privée est d'autant plus grande que l'utilisation de tels dispositifs doit être justifiée par un intérêt légitime. En effet, en application de l'article L 120-2 du Code du travail, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

assurer la sécurité des traitements et des informations ainsi que la garantie des secrets protégés par la loi tel que le secret professionnel, dont le secret médical. Les dispositions en cause doivent être mentionnées dans le dossier de formalités préalables soumis à la CNIL. Cette prise en compte implicite du secret médical conduit la CNIL à faire preuve d'une vigilance particulière dans l'examen des dispositifs de sécurité mis en place pour garantir la confidentialité des fichiers médicaux nominatifs¹.

2°/ La protection en droit européen

Comme en ce qui concerne « le secret médical et professionnel », la protection européenne relative aux fichiers nominatifs relève tant du conseil de l'Europe que de l'Union européenne.

a) La protection dans le cadre du Conseil de l'Europe

Œuvre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel a été adoptée le 18 septembre 1980 par le Conseil des Ministres². Elle indique, dans son article 5 que « le traitement doit avoir des finalités déterminées et légitimes et ne doit pas être utilisé de manière incompatible avec ces finalités ».

Comme la loi de 1978, la Convention consacre un régime particulier à certaines données considérées comme dangereuses. Sont ainsi nommées les données relatives à l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses et « les autres convictions, parce que leur prise en considération peut être source de discriminations illégales »³. Surtout, ce sont les données relatives à la santé et la vie sexuelle, parce qu'elles concernent l'intimité de la vie privée, c'est-à-dire la partie la plus secrète de celle-ci. En outre, dans sa Recommandation 924 relative à la discrimination à l'égard des homosexuels du 1^{er} octobre 1981, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préconise, comme le ministre de l'Intérieur Gaston Deferre en juin 1981 pour la France, « la destruction des fichiers concernant les homosexuels »⁴.

b) La protection dans le cadre de l'Union européenne

La directive communautaire 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, vise à créer les conditions d'une

¹ Une loi du 1^{er} juillet 1994 permet toutefois une levée du secret médical en faveur de la recherche (loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, *JORF* du 2 juillet 1994). Cette loi précise que les personnes concernées doivent être informées de l'objet de la recherche, des destinataires des informations et de la possibilité de s'y opposer pour des raisons légitimes. Le non-respect de ces dispositions est puni par l'article 226-18 du Code pénal de cinq ans d'emprisonnement et de 2.000.000. francs d'amende.

² La Convention a été signée le 28 janvier 1981 par la France et a été ratifiée par la loi n° 82-890 du 19 octobre 1982.

³ KAYSER (P.), *La protection de la vie privée*, Paris, P.U.F., 1990, coll. Economica, p. 425.

⁴ Recommandation 924 (1981) et Résolution 756 (1981), citées par LEROY-FORGEOT (F), *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, P.U.F., 1997, p. 85.

libre circulation de celles-ci entre Etats membres, en garantissant un seuil minimal de protection de la vie privée dans tout l'espace communautaire¹.

L'article 1 dispose « les Etats membres assurent la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, (...), à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Cependant, le deuxième paragraphe de ce même article indique que « les Etats membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 ». Le droit communautaire souligne ainsi le nécessaire équilibre entre protection de la vie privée et libre circulation des données. Toutefois, l'article 8 de la directive, comme la loi de 1978, insiste sur l'interdiction du traitement des données relatives à la santé et la vie sexuelle. En effet, l'article préconise que « les États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle ».

La directive 95/46/CE sur la protection des données s'adresse aux États membres et ne s'applique pas, en tant que telle, à la Commission ni aux autres institutions et organes communautaires. Lorsque la directive a été adoptée, en 1995, la Commission et le Conseil se sont publiquement engagés à s'y conformer. Cet engagement a pris un caractère obligatoire avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et plus précisément suite au nouvel article 286 du traité CE (modifié par le traité d'Amsterdam) qui fait obligation aux institutions de l'Union européenne d'instaurer de telles garanties.

Une seconde directive du 15 décembre 1997 cherche à assurer la protection des données personnelles dans le domaine des télécommunications en posant notamment certaines règles quant aux données pouvant être traitées par les opérateurs.

Récemment, un règlement du Parlement européen et du Conseil a été adopté le 18 décembre 2000. Il concerne la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et les organes de la Communauté². Il permet notamment aux citoyens de « bloquer » et de faire supprimer des données à caractère personnel et prévoit de plus l'établissement d'une autorité européenne de contrôle indépendante chargée de veiller à la bonne exécution des dispositions relatives à la protection des données par les institutions et les organes de l'UE, appelé « contrôleur européen de la protection des données ».

Enfin, en décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne a été adoptée au sommet de Nice. Selon l'article 8 « 1) Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2) Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du

¹ Directive 95/46/CE, *JOCE* du 23 novembre 1995.

² Règlement CE n° 45/2001 du 18 décembre 2000, *JOCE* du 12 janvier 2001, entré en vigueur le 1^{er} février 2001.

consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3) Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

Le droit communautaire semble, à l'égard de la vie sexuelle tout du moins, particulièrement protecteur comme peut l'être le droit interne grâce à la loi de 1978.

La personne homosexuelle peut s'appuyer sur l'ensemble des législations française et européenne pour se défendre contre toute intrusion et divulgation des éléments de sa vie privée, qu'il s'agisse de son homosexualité elle-même ou de son état de santé. Elle est assurée de même qu'aucun fichier nominatif ne sera constitué à son égard relativement à son orientation sexuelle. Cela n'empêche en aucune façon que toute personne peut procéder à la révélation d'éléments de sa vie privée si elle juge qu'une telle révélation peut être profitable à elle-même ou à une cause qu'elle entend défendre. Cela n'empêche pas non plus que la révélation de certains éléments de la vie privée, notamment des éléments relatifs à la santé, puissent être sinon divulgués du moins répertoriés pour des raisons de santé d'intérêt général. Le juste équilibre tel que celui qui a été trouvé jusqu'à présent en la matière doit être maintenu.

**LA PROTECTION DU DROIT A UNE VIE FAMILIALE
NORMALE DANS LE CONTENTIEUX DES NOMINATIONS
DES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE
(A PROPOS DE L'ORDONNANCE DU JUGE DES REFERES DU CONSEIL
D'ETAT DU 6 AOUT 2002 OZOUX)**

*Par Wanda Yeng-Seng
Docteur en droit de l'Université de La Réunion*

N'étant pas assimilés aux fonctionnaires et aux agents de l'Etat, les magistrats de l'ordre judiciaire relèvent d'un statut autonome adopté par l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature¹, laquelle n'exclut cependant pas toute application du statut général de la fonction publique civile². Aussi les principes spécifiques issus de l'Ordonnance de 1958 se mêlent-ils aux principes généraux du droit de la fonction publique pour former un régime *sui generis* qui ne pouvait qu'engendrer un contentieux. Dans le silence et l'ambiguïté des textes, revenait ainsi de manière récurrente l'interrogation sur l'application aux magistrats de l'ordre judiciaire de la loi du 30 décembre 1921 relative au rapprochement des conjoints de fonctionnaires, dite loi Roustan.

On ne s'étonnera donc pas que le juge des référés du Conseil d'Etat ait été saisi aux fins de se prononcer sur la décision implicite de rejet du garde des Sceaux à l'égard de la demande de mutation de M. Cyril Ozoux. Nommé depuis 1999 au Tribunal de grande instance de Grasse, le requérant avait sollicité le 8 janvier 2002 sa nomination à La Réunion aux fonctions de juge chargé du service du Tribunal d'instance de Saint-Paul et de juge des enfants au Tribunal de grande instance de Saint-Pierre. Il invoquait alors un droit à une affectation prioritaire dans l'île, estimant que la Chancellerie était tenue de le rapprocher de son épouse et de ses deux enfants, en résidence à La Réunion, alors que son poste se situe en métropole. Les Juges Béatrice Bugeon et Danielle Camberou ayant été nommées sur les postes demandés par M. Ozoux par décret du 28 juillet 2002, il décida de saisir le juge des référés sur le fondement d'une atteinte à son droit à une vie familiale normale.

¹ Remaniée à de nombreuses reprises, l'Ordonnance de 1958 a été récemment modifiée par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001. Voir *J.O.*, 26 juin 2001, n° 146, pp. 10119 et s.

² On notera à titre d'exemple le renvoi opéré par l'article 68 de l'Ordonnance de 1958 aux dispositions du statut général des fonctionnaires relatives aux positions statutaires applicables aux magistrats, « dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux règles statutaires du corps judiciaire et sous réserve des dérogations » énumérées aux articles 69 à 72. De même, l'article 17-1 relatif au recul de la limite d'âge pour l'accès par voie de concours à la magistrature contient une clause d'assimilation aux règles applicables aux agents de l'Etat pour l'accès par voie de concours aux emplois publics. Voir S. Salon et J.-C. Savignac, *Code de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 1999, respect. pp. 987 et 966.

Le requérant entend obtenir du juge administratif la suspension des effets du décret de nomination des Juges Bugeon et Camberou, ainsi qu'un reclassement par le garde des Sceaux de leurs différentes candidatures qui tiendrait compte de son droit prioritaire d'affectation fondé tant sur son ancienneté que sur sa situation familiale. Au soutien de son argumentation, le requérant fait valoir que l'installation imminente de ces magistrats l'empêcherait de se rapprocher de sa famille, entraînant dès lors un préjudice grave et immédiat. Il soutient également que le décret nommant les magistrats est illégal en ce que cette décision méconnaît l'article 29 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui garantit la prise en considération de la situation de famille des magistrats lors de leur nomination. A cet égard, il avance que son refus d'affectation n'est fondé sur aucune considération liée à l'intérêt du service public de la justice ou aux particularités de l'organisation judiciaire. Il invoque également la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit au respect d'une vie familiale effective. Il allègue enfin que les règles de l'ancienneté qui lui ont été appliquées sont non seulement irrégulières, mais qu'elles doivent en toutes hypothèses céder devant la protection européenne de ses intérêts familiaux.

En défense, le garde des Sceaux combat la thèse de M. Ozoux en arguant du fait que le requérant ne démontre pas que les décisions de nomination des Juges Bugeon et Camberou sont constitutives d'un préjudice suffisamment grave et immédiat pour revêtir un caractère d'urgence. Il considère également que la situation individuelle du magistrat a été régulièrement appréciée par la Chancellerie, s'agissant notamment de l'évaluation de son ancienneté. Il précise à ce propos que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme invoquées par le requérant sont en l'espèce inapplicables. Selon le Ministre de la Justice, la véritable raison du refus de nomination du Juge Ozoux réside dans l'avis favorable du Conseil supérieur de la magistrature à la nomination des Juges Bugeon et Camberou.

Le moyen avancé par le Ministre de la Justice a été rejeté par le juge des référés qui se prononce favorablement sur la requête de M. Ozoux. Il estime la condition de l'urgence remplie dès lors que la nomination des deux autres magistrats compromet les chances de M. Ozoux d'être nommé à La Réunion pendant de longs mois. Il considère également que le décret de nomination du Président de la République est entaché d'illégalité, faute de respecter les dispositions de l'article 29 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Il souligne que la prise en compte de la situation familiale de M. Ozoux ne peut résulter d'une affirmation de pure forme. Le juge des référés a choisi de viser d'abord la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puis le Code de l'organisation judiciaire et les dispositions plus spécifiques à la nomination des magistrats, comme s'il souhaitait de manière implicite indiquer qu'il se référait à la Convention européenne des droits de l'homme, en tenant toutefois compte des exigences du Code de