



La vie privée à l'épreuve de la relation de soin

Adrien Nieto

► To cite this version:

Adrien Nieto. La vie privée à l'épreuve de la relation de soin. Droit. Université Montpellier, 2017. Français. NNT : 2017MONTD024 . tel-01730854

HAL Id: tel-01730854

<https://theses.hal.science/tel-01730854>

Submitted on 13 Mar 2018

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

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

THESE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

LA VIE PRIVÉE À L'ÉPREUVE DE LA RELATION DE SOIN

Présentée par Adrien NIETO

Le 20 novembre 2017

Sous la direction de Monsieur le Professeur François VIALLA

Professeur des Universités, Université de Montpellier, Directeur du CEERDS

Devant le jury présidé par Monsieur le Professeur Bruno PY et composé de :

Madame Marion GIRER, Maître de conférences, Université Jean Moulin Lyon 3

Rapporteur

Madame Lucile LAMBERT-GARREL, Maître de conférences, Université de Montpellier

Examinateur

Monsieur Bruno PY, Professeur agrégé des facultés de Droit, Université de Lorraine

Rapporteur

Monsieur François VIALLA, Professeur agrégé des facultés de Droit, Université de Montpellier

Directeur de recherche



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À mes trois sœurs, mes parents et grands-parents,
Aux amitiés et à l'Amour.*

« Et puisse la barre n'entendre de plainte à l'heure où je prendrai la mer. »

Remerciements

Je souhaite adresser mes plus sincères remerciements à toutes les personnes qui ont concouru à l'élaboration de ce travail et à la mise en œuvre des conditions dans lesquelles il a été mené.

À Monsieur le Professeur François VIALLA, directeur de recherche, pour ses conseils débonnaires, son précieux soutien et la confiance qu'il a placée en moi. Je le remercie également d'avoir su créer une ambiance chaleureuse au sein d'un laboratoire de recherche où se succèdent de riches rencontres et où se nouent de belles amitiés.

Aux membres du jury qui m'honorent d'avoir accepté d'abonnir la présente réflexion.

À mes parents, à qui j'adresse une tendre pensée. Merci de m'avoir guidé avec justesse sur ce sentier de vie lumineux. À mes trois sœurs, dont je suis si fier, et que j'aime tant.

À Camille, pour l'intensité de son amour. C'est une fierté que d'être moi, grâce à toi et avec toi.

À mes amis montpelliérains, perpignanais, parisiens et d'ailleurs. Je mesure, croyez-le, la chance et le privilège que j'ai d'être accompagné par vous. Puisse notre amitié durer pour toujours.

À Madame Martine AOUSTIN, Monsieur Gérard VALETTE et Madame Véronique POIGNARD, pour avoir indirectement permis à ce travail d'exister, grâce à mon recrutement à l'Agence régionale de santé - feu Languedoc-Roussillon - en 2014. Je pense également aux nombreux collègues avec lesquels j'ai eu le privilège de travailler, avec engagement je le crois, au sein de la « Cellule juridique ».

À vous tous, ce travail témoigne d'une sensibilité acquise à vos côtés. Je le partage avec vous, ainsi qu'avec tous les penseurs, les rêveurs et optimistes de ce monde. Il est le nôtre.

Liste des abréviations

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Ann.	Annexe
A.	Arrêté
Art.	Article
Ass.	Assemblée
AN	Assemblée nationale
Ass. plén.	Assemblée plénière
AP-HP	Assistance publique des Hôpitaux de Paris
Assoc.	Association
AMM	Autorisations de mise sur le marché
Av.	Avocat
avr.	avril
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
CNAMTS	Caisse nationale de l'Assurance maladie et des travailleurs salariés
CNSA	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
Cass.	Cassation
CépiDC	Centre d'épidémiologie sur les causes médicales de décès
CH	Centre hospitalier
CHU	Centre hospitalier universitaire
CHRU	Centre hospitalier régional universitaire
Ch.	Chambre
Ch. civ.	Chambre civile
Ch. soc.	Chambre sociale
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
Cir.	Circulaire
Civ.	Civil(e)
CASF	Code de l'action sociale et des familles
C. civ.	Code civil
CDM	Code de déontologie médicale
C. pén.	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale

CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
CISS	Collectif interassociatif sur la santé
Coll.	Collection
CNGOF	Collège national des gynécologues et obstétriciens français
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CERES	Comité d'expertise pour les recherches, études, évaluations en santé
COFRAC	Comité français d'accréditation
Comm.	Commission
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Comm.	Communication
Cie.	Compagnie
Concl.	Conclusion
Cf.	Confer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
Cons. Europe	Conseil de l'Europe
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
CNOM	Conseil national de l'ordre des médecins
Const.	Constitution
C/	Contre
Conv.	Convention
ConvEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
Corr.	Correctionnel/le
C.	Cour
CAA	Cour administrative d'appel
CA	Cour d'appel
C. cass.	Cour de cassation
C. comptes	Cour des comptes
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Crit.	Critique
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (Encyclopédie)
DP	Dalloz périodique
D	Dalloz (Recueil)
déc.	décembre
Déc.	Décision

DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
D.	Décret
Déf.	Définition
Délib.	Délibération
DPN	Diagnostic prénatal
Dict.	Dictionnaire
Dir.	Direction
DREES	Direction recherche, études, évaluation et statistiques
Dr.	Docteur ou Droit
Doctr.	Doctrine
Doc.	Document/Documentation
DMP	Dossier médical partagé
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Éd.	Édition
ESPS	Enquête santé et protection sociale
Esp.	Espèce
Et al.	Et autre(s)
EHPAD	Établissement d'Hébergement pour Personnes Âgées Dépendantes
Eu.	Europe
fév.	février
Fonct.	Fonction
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gén.	Général
GPA	Gestation pour autrui
GAFAM	Google Amazon Facebook Apple Microsoft
GEE	Groupe européen d'éthique
HAS	Haute Autorité de Santé
HAD	Hospitalisation à domicile
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
INS	Identifiant National de santé
IST	Infection sexuellement transmissible
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
INDS	Institut national des données de santé
Instr.	Instruction
Int.	International
IBM	International Business Machines

IMG	Interruption médicale de grossesse
IVG	Interruption volontaire de grossesse
janv.	janvier
JO/JOFR	Journal officiel (Lois et décrets)
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
juil.	juillet
J.-Cl.	JurisClasseur
Juris-Data	Juris-Data
Juri-soc.	Juri-social
Jurispr.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	Loco citato
L.	Loi
MDPH	Maison départementale des personnes handicapées
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
N°	Numéro
NIR	Numéro d'inscription au répertoire
Obs.	Observation(s)
oct.	octobre
ISO	Organisation internationale de normalisation
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
Op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
PACS	Pacte civil de solidarité
P.	Page
PE	Parlement européen
LPA	Petites affiches (Les)
Plén.	Plénière
Préf.	Préface
Prés.	Président
PV	Procès-verbal
Proc. Rép.	Procureur de la République
Pr.	Professeur
PMSI	Programme de médicalisation des systèmes d'information
Rapp.	Rapport ou rapporteur
Recomm.	Recommandation
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État
Réf.	Référés
Règl.	Règlement

Rép.	Réponse
Req.	Requête
RDS	Revue Droit et Santé
RDSS	Revue de droit de la sécurité sociale
RFAS	Revue française des affaires sociales
RFSS	Revue française de service social
RGDM	Revue générale de droit médical
RMD	Revue médecine et droit
Sc.	Science
Sem.	Semestre
sept.	septembre
Sté	Société
SA	Société anonyme
SOFRES	Société française d'enquêtes par sondages
Somm.	Sommaire
Ss.	Sous
S.	Suivant
Suppl.	Supplément
Supra	Supra
SIDA	Syndrome d'immunodéficience acquise
SNDS	Système national des données de santé
SNIIRAM	Système national d'information inter-régime de l'Assurance maladie
STIC	Système de traitement des infractions constatées
T2A	Tarification à l'activité
TIC	Technologie de l'information et de la communication
T.	Tome
Trad.	Traduction ou Traduit
TA	Tribunal administratif
T. civ.	Tribunal civil
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
UE	Union européenne
UFR	Unité de formation et de recherche
Vs.	Versus
VIH	Virus de l'immunodéficience humaine
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

PARTIE I. L'ENCADREMENT PAR LE DROIT COMMUN DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT AU PRISME D'UNE RELATION DE SOIN PARTICULIÈRE 75

TITRE I. OBJET ET SUJETS DE LA VIE PRIVÉE AU PRISME DE LA RELATION DE SOIN 76

CHAPITRE I. OBJET DE LA VIE PRIVÉE ET ENJEUX DE LA RELATION DE SOIN 77

CHAPITRE II. SUJETS DE LA VIE PRIVÉE ET ENJEUX DE LA RELATION DE SOIN 126

TITRE II. OBJET DU DROIT COMMUN AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE AU PRISME DE LA RELATION DE SOIN 179

CHAPITRE I. CONSTRUCTION HISTORIQUE ET CONTENU DU DROIT COMMUN AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE 180

CHAPITRE II. NATURE ET LIMITES DU DROIT COMMUN AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE 235

PARTIE II. L'ENCADREMENT PAR LE DROIT SPÉCIAL DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT AU PRISME D'UNE RELATION DE SOIN ÉVOLUTIVE 287

TITRE I. VIE PRIVÉE ET RELATION DE SOIN : UNE ATTEINTE CARACTÉRISÉE JUSTIFIANT UN ENCADREMENT PAR LE DROIT SPÉCIAL 288

CHAPITRE I. ENCADREMENT JURIDIQUE SPÉCIAL DE L'ATTEINTE À LA VIE PRIVÉE PAR LA RELATION DE SOIN 289

CHAPITRE II. OUTILS SPÉCIFIQUES DE PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT 357

TITRE II. VIE PRIVÉE ET RELATION DE SOIN : UNE ÉVOLUTION CERTAINE JUSTIFIANT UNE VIGILANCE ACCRUE 438

CHAPITRE I. INTERNET, FOURNISSEUR D'INFORMATIONS ET HÉBERGEUR DE DONNÉES DE SANTÉ 439

CHAPITRE II. DONNÉES DE SANTÉ, CHEMINEMENT ET ENCADREMENT JURIDIQUE 485

Introduction générale

« La relation de soin est « une sorte de bouffonnerie sociale où chaque partie (soignants et patients) joue un certain rôle selon un scénario écrit d'avance. Il n'y manque même pas les indications de costume et d'accessoires. Pensez à la blouse blanche du médecin, décontractée, flottante, ouverte à l'avant, décorée d'un petit badge nominatif dont la couleur indique la place dans la hiérarchie hospitalière, qui contraste avec la tunique grotesque du patient, la même pour tous, et ouverte à l'arrière, comme un bavoir géant. »

Ruwen OGIEN¹

1. Le ton est donné. Sarcastiquement convenons-en. Si la relation de soin est réellement ce scénario « écrit d'avance », le rôle de la vie privée y est-il défini ? Cette dernière partage-t-elle une scène commune avec les « deux parties », soignant² et patients, mentionnées par le philosophe ? De telles interrogations appellent de patientes réponses, qui doivent être nécessairement précédées d'une présentation des acteurs en jeu.

I. Définition des termes et des concepts

2. Tout travail de réflexion juridique fait nécessairement appel à la notion de « respect » - de la norme. Le présent sujet s'inscrit dans ce mouvement, en appelant un respect du Droit et un respect de l'Autre ; il s'agit d'une réflexion profondément éthique et humaniste, qui vise à recentrer le propos sur la considération, l'égard, la déférence qu'il est nécessaire d'avoir pour quelqu'un ou pour quelque chose en raison de sa qualité - plus qu'en raison de son caractère ou de son âge³.

¹ Interviewé par Cécile Daumas, journaliste à « Libération », 10 fév. 2017. Ruwen Ogien est un philosophe libertaire français, né un 24 décembre (un peu avant 1949) à Hofgeismar et mort le 4 mai 2017 à Paris. Directeur de recherche au CNRS en philosophie, membre du laboratoire « La République des savoirs », ses travaux portent notamment sur la philosophie morale et la philosophie des sciences sociales.

² Permettons-nous une redistribution des rôles, en préférant au terme de « soignant » celui de « professionnel de santé », car tout acteur de la relation de soin n'appartient pas nécessairement au corps soignant.

³ Déf. « Respect », Dictionnaire Littré (<http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/>) et Dictionnaire de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1932.

3. Le respect appelle une déférence à l'égard de l'Autre ou de quelque chose. Le sujet de ce respect sera présentement matérialisé par une acception, celle du « privé », qui se dit des choses, des concepts et des personnes, par opposition au « public »⁴, qui sont particulières⁵, et sur lesquelles ne pèse aucune charge publique⁶.

4. Une déférence à l'égard de la « vie privée », subjectivement définie comme : « la sphère d'intimité de chacun. Par opposition à la vie publique, la vie privée est ce qui dans la vie de chacun ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes »⁷. La reprise et la complétude de cette définition fera l'objet d'un développement autonome - si tant est qu'une telle entreprise puisse être réalisée. Reprenons à cet égard le propos de l'historien Georges Duby, avertissant le lecteur de son fameux ouvrage « Histoire de la vie privée » quant à une telle entreprise : « Que le lecteur ne s'attende pas à trouver ici un tableau achevé. Ce qu'il va lire, incomplet, truffé de points d'interrogation, n'est qu'une esquisse »⁸.

5. Une esquisse de la « relation » et du « soin » doit également être dressée préalablement à toute réflexion afférente à la « relation de soin ».

6. Le terme de « respect » sera omniprésent au sein du présent travail ; d'un point de vue juridique, mais également philosophique. La philosophie envisage en effet la « relation » comme un rapport entre deux personnes se considérant respectivement l'une à l'autre, dans un affect profond et certain⁹. Cet affect trouvera un écho tout à fait particulier au sein de la relation de soin, dont l'étude appelle, à titre liminaire, une définition du « soin » et du « prendre soin », qui vise à veiller à ce que quelque chose se conserve ou réussisse, tel que l'état de santé, de sorte qu' « avoir soin » de quelqu'un signifie également pourvoir, librement, par obligation ou par devoir, à son salut, à ses besoins, à ses nécessités et à sa fortune. Le soin permet ainsi de veiller au bien de quelqu'un¹⁰. Cette sollicitude - encore, preuve que « soin » et « respect » partagent des objectifs communs -

⁴ Déf. « Privé(e) », Dictionnaire Littré.

⁵ En ce sens qu'elles sont réservées à un usage particulier et non public.

⁶ Déf. « Privé(e) », Dictionnaire de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1932 : « Un homme privé. Vivre en homme privé. Une personne publique est obligée à plus de circonspection qu'une personne privée ».

⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Éd. PUF, Coll. Quadrige dicos poche, janv. 2016.

⁸ ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée*, T. 2, De l'Europe féodale à la Renaissance, Ed. du Seuil, 1999, Avertissements.

⁹ Soulignons qu'une « relation » peut concerner plus de deux personnes - ce qui sera le cas de la relation de soin. Déf. « Relation », Dictionnaire Littré : « 1. État d'une chose qui tient à une autre. 2. Terme de philosophie. Rapport entre deux personnes, entre deux choses, considérées respectivement l'une à l'autre.

¹⁰ Dictionnaire de l'académie française, 8^{ème} édition, 1932.

peut également être assimilée aux services qu'on rend à quelqu'un, aux attentions que l'on a pour lui¹¹. On parle alors « des soins » plus que « du soin », lorsque l'on vise le traitement qu'on fait à un malade, les remèdes qu'on lui donne, les attentions qu'on a pour le soulager¹², bien qu'Emile Littré admette pareillement l'usage du singulier. Le « soin » se dit encore de l'attention que l'on a pour quelqu'un, des services¹³ qu'on lui rend et des peines qu'on lui épargne. Ce dernier admet enfin une certaine politesse, voire une galanterie¹⁴ ; cette acception, quelque peu désuète, est néanmoins forte de sens au sein de la relation de soin et du respect de l'Autre qu'elle appelle.

7. Soulignons que la définition individuelle et cloisonnée des termes ne présente qu'une opportunité limitée, de sorte qu'il est providentiel de les associer afin de cerner les intérêts du sujet proposé, qui gravitent autour des notions de « vie privée » et de « relation de soin ».

II. Définition et réflexions autour de la relation de soin

8. *L'inscription de la relation de soin dans l'histoire de la médecine.* Pedro Laín Entralgo définit la relation de soin comme une : « coopération quasi dyadique¹⁵ d'aide, comme un échange de conseil, d'assistance et d'éducation que l'on peut situer entre le duo de la camaraderie et la dyade de l'amitié authentique et de l'amour »¹⁶.

9. Le fait que le duo composé du professionnel et de son patient trouve son fondement dans l'amour et l'amitié trouve un écho particulier au sein des allégations d'Hippocrate et de Platon. Le premier considère que l'amour du patient se refond en amour de l'art : « Là où est l'amour des hommes est aussi l'amour de l'art. Quelques malades, sentant que leur mal est loin d'être sans danger et se liant en l'humanité du médecin, recouvrent la santé »¹⁷. Le second affirme pour sa part : « Un bon praticien, en effet, doit être capable d'établir l'amitié et l'amour entre les éléments les plus hostiles du corps...la médecine est donc,

¹¹ « Donner des soins à un malade, avoir des soins d'un malade, l'assister en qualité de médecin » ; Déf. Littré.

¹² Dictionnaire de l'Académie française, *Op. cit.*

¹³ Il s'agit là de la première assimilation du « soin » à un « service », qui fera l'objet de plusieurs développements autonomes au sein du présent travail.

¹⁴ « Petits soins, toutes sortes de petites galanteries. Être aux petits soins auprès de quelqu'un, avoir des attentions recherchées, délicates, de manière à lui épargner les moindres peines » ; Déf. Littré.

¹⁵ Relatif à la « dyade » : Couple de deux sujets, de deux éléments en interaction.

¹⁶ LAÍN ENTRALGO P., *Le médecin et le malade. L'Univers des Connaissances*. Hachette. 1969, p. 152.

¹⁷ V. DEBRU A., (préf. J. Jouanna), *Hippocrate La consultation*, Éd. Hermann, 1986.

comme je l'ai dit, gouvernée toute entière par le Dieu¹⁸ Eros »¹⁹. Bien que cette acception semble quelque peu désuète, considérer que la relation de soin est entièrement gouvernée par l'amour entraîne une véritable implication des acteurs y prenant part.

10. En Grèce antique, la relation de soin se révèle déjà individualisée ; le colloque singulier est une réalité. Aristote²⁰ considère même l'individualisation comme source de perfection : « Le médecin (...) n'a d'attention que pour la santé de l'homme ou, mieux même, de tel homme en particulier. Car il ne traite que des individus ».

11. Les siècles passant, et « sous l'influence chrétienne, l'art de guérir devient le devoir de guérir et l'amour du prochain se substitue à l'amour du malade »²¹ : Eros, Agapè, Stogê et « philia »²² cèdent leur place à la « caritas »²³. La charité incombe aux représentants de la chrétienté et aux fidèles. Les connaissances médicales et les miracles divins sont parfois confondus. Le XIII^{ème} siècle redécouvre les travaux antiques, et la Renaissance permet aux écrits hippocratiques de se réaffirmer autour de la prise en compte croissante du corps.

12. Les travaux de René Descartes permettront par la suite une véritable séparation du corps et de l'esprit²⁴, dont les effets se rependront assurément au XIX^{ème} siècle. La maladie est étudiée, la pathologie isolée et considérée comme une entité propre et autonome, faisant à ce titre l'objet de réelles disquisitions, de sorte qu'on peut alors se demander si le patient est toujours l'élément central de la relation de soin.

13. Que reste-t-il aujourd'hui de ce grand héritage ? Le Docteur Pedro Laín Entralgo affirme pour sa part que la relation de soin contemporaine a conservé un fort héritage antique, alors même qu'elle peut être occasionnellement dépravée par la cupidité ou par une vision du patient exclusivement ajustée sur le corps en tant qu'objet de soin²⁵. Malgré

¹⁸ Éros (en grec ancien Ἔρως / *Érôs*) est le dieu de l'amour et de la puissance créatrice dans la mythologie grecque ; source : <https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89ros>, consultée le 29 août 2017.

¹⁹ PLATON, *La République*, Trad. et présentation par G. Leroux, Éd. Flammarion, Coll. Garnier Flammarion / Philosophie, 2002, 408.a- 410.a.

²⁰ ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Éd. Flammarion. Trad. J. Voilquin, 1992, I. I.

²¹ BOURGEON D., « Le don et la relation de soin : historique et perspectives », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 89, n° 2, 2007, pp. 4-14.

²² *Philia* (en grec ancien φιλία / *philia*) est un mot grec désignant l'affection qui fait que nous aimons un être pour ce qu'il est et non pour ce qu'il peut nous apporter.

²³ Du latin *carus* : cher, coûteux ; *caritas* signifie respectivement « de valeur élevée, cherté » et « amour, affection, estime ». Le mot anglais *care*, qui signifie le soin au sens le plus large, est l'un de ses dérivés.

²⁴ En situant notamment le siège de l'âme au niveau de la glande pinéale - ou épiphyse -, petite glande endocrine de l'épithalamus du cerveau des vertébrés.

²⁵ LAÍN ENTRALGO P., *Le médecin et le malade*, Op. cit.

ces incertitudes, l'amitié²⁶ - et non l'amour - fonde le colloque singulier, s'illustrant à travers la confiance et la révélation.

14. Définition de la « relation de soin » et mise en lumière du « colloque singulier ».

Nous sommes dès lors en accord avec la définition avancée par le Professeur et psychologue Antoine Bioy, qui affirme que la relation de soin est une « relation dont le lien relationnel est celui du soin, élément fondamental qui influence l'ensemble des échanges qui auront lieu dans la relation ». Cette relation existe ainsi en raison du soin, et toutes les interactions qu'elle appelle seront dès lors axées autour de lui. Elle ne peut en revanche être réduite au soin technique, c'est pourquoi le Professeur Bioy ajoute que la relation englobe « l'ensemble des conditions psychologiques qui vont influencer le contact qui s'établira entre le soignant et son patient »²⁷ ; la relation de soin ne peut cependant être exclusivement considérée comme une relation professionnelle et technique - ce qu'elle est pourtant partiellement. Elle est également - et surtout - une relation humaine basée sur la confiance, la communication, l'empathie, l'écoute et le soutien du professionnel, « seul face à la souffrance du patient. (...) La non-compréhension de la situation et l'absence d'élaboration peuvent le conduire à commettre des maladroites, à se protéger en niant cette souffrance, ce qui revient à abandonner le patient, ou, au contraire, à se laisser aller à un excès de sensibilité en étant touché de façon personnelle et exagérée, source d'épuisement professionnel »²⁸. Ainsi, si la technicité des soins occupe une place centrale au sein de la relation de soin, en ce qu'elle permet, entre autres, de mettre en œuvre des outils de prise de recul et de ne pas se fondre et se perdre dans la relation, cette dernière ne doit pas prendre l'ascendant sur la présence et l'ouverture à l'autre, la prise en compte de son histoire et de ses demandes. L'ambivalence de la relation de soin prend dès lors tout son sens.

15. Comme le souligne le Professeur François Vialla : « la relation de soin ne saurait être circonscrite à l'acte technique, essentiel et incontournable, apprécié au prisme des

²⁶ Au sens : « Sentiment bienveillant qui affectionne (...) Elle suppose réciprocité, et, d'ordinaire, une certaine égalité » ; déf. Littré.

²⁷ BIOYA., BOURGEOIS F., NÈGRE I., *Communication soignant-soigné, Repères et pratiques*, Éd. Bréal, Rosny, 2003.

²⁸ BIOYA., BOURGEOIS F., NÈGRE I., *Communication soignant-soigné, Repères et pratiques*, *Ibid.*, p. 6.

données acquises ou actuelles de la science, voire des connaissances médicales avérées »²⁹. Cette dernière semble également teintée d'une astreinte à prendre soin, comme en attestent les écrits de Luc : « [30] (...) Un homme descendait de Jérusalem à Jéricho. Il tomba au milieu des brigands, qui le dépouillèrent, le chargèrent de coups, et s'en allèrent, le laissant à demi mort. (...) Mais un Samaritain, qui voyageait, étant venu là, fut ému de compassion lorsqu'il le vit. [34] Il s'approcha, et banda ses plaies, en y versant de l'huile et du vin ; puis il le mit sur sa propre monture, le conduisit à une hôtellerie, et prit soin de lui. [35] Le lendemain, il tira deux deniers, les donna à l'hôte, et dit : Aie soin de lui »³⁰. Le *cure* - pratique curative - est à n'en pas douter assorti du *care* - le « prendre soin »³¹. Cette coexistence trouve illustration au sein du Code de la santé publique ; en témoigne l'article R. 4127-32, qui affirme : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ». Une conscience scientifique dévolue au patient semble voir le jour ; Rabelais écrivait déjà en 1532 à ce propos : « science sans conscience n'est que ruine de l'âme »³². Les auteurs du Traité de droit médical insistent pour leur part davantage sur l'acception scientifique de la pratique médicale : « L'acte médical est celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui. Depuis que le médecin s'est clairement distingué du thaumaturge et du mage par le caractère scientifique de ses interventions, il faut ajouter que l'acte posé en vue de guérir n'est un acte médical que s'il repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée »³³.

16. La distinction entre le *cure* et le *care* est encore aujourd'hui prononcée - bien qu'elle le soit moins que par le passé. Le Professeur François Vialla affirme ainsi : « Ce constat peut être dressé si l'on se souvient de l'œuvre de jeunesse de Picasso, *Ciencia y Caridad*³⁴. On voit sur ce tableau une patiente, entourée d'un homme de l'art et d'une

²⁹ VIALLA F., (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2014, p. 285 à 304.

³⁰ LUC, 10-30/35, cité par : VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neireink*, dir. BEIGNIER B., DEUMIER P., FULCHIRON H., LARRIBAU-TERNEYRE V., sept. 2015, Éd. Litec LexisNexis, Coll. Mélanges ; v. aussi : LEONHARD J., PY B., VIALLA F. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau - Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Éd. LEH, 2015.

³¹ ROTHIER BAUTZER E., *Entre cure et care, Les enjeux de la professionnalisation infirmière*, Coll. Fonction Cadre de santé, Gestion des ressources humaines, Éd. Lamarre, 2012.

³² RABELAIS, *Lettre de Gargantua à son fils Pantagruel*, in *Pantagruel*, 1532.

³³ AUBY, PÉQUIGNOT, SAVATIER R. et SAVATIER J., *Traité de droit médical*, Litec, 1956, p. 11, n° 1.

³⁴ Tableau de Pablo PICASSO (1897), Musée Picasso de Barcelone.

religieuse, laquelle porte dans ses bras l'enfant de la malade. Le médecin, tout à sa science, lui tourne le dos, afin de prendre son pouls. Dans le même temps, la sœur, le regard tourné vers la patiente, lui tend une timbale d'argent. Assurément, curation et prendre soin sont présents, mais ils ne sont plus l'œuvre d'un seul. Une dissociation se fait jour entre la logique thérapeutique et scientifique, qui est l'œuvre du médecin, et la démarche humaine, de considération de la personne qui est confiée à la religieuse »³⁵.

17. Un tel constat est souligné, de manière plus contemporaine, au sein du rapport Sicard « Penser solidairement la fin de vie » : « Peu à peu, la médecine moderne, aux connaissances de plus en plus développées, a fini par considérer la maladie plutôt que le malade. Le médecin tend à devenir un “technicien de l'organe malade”, et le malade un “usager de la médecine”, voire un simple consommateur »³⁶ de soins souhaitant guérir.

18. Précisons à ce propos que l'objectif de la relation de soin se veut aujourd'hui pluriel. Si par le passé la guérison était son unique aspiration, l'évolution de ses caractéristiques et attributs, dans un contexte particulier privilégiant le partage d'informations, l'anticipation³⁷, le culte de la performance et du corps, conduit le patient à attendre de la « nouvelle relation de soin » qu'elle lui permette d'accéder au bien-être, au mieux-être et, possiblement, à la guérison (*v. infra*).

19. Si l'évolution de la médecine moderne affecte la relation de soin et ses objectifs, qu'en est-il du statut du professionnel à qui le patient a affaire ? Le sujet donne incontestablement à penser. Le Docteur Dominique Bourgeon affirme que le statut du professionnel ne bouleverse pas foncièrement la nature de la relation de soin : « il peut l'exacerber mais non la transformer »³⁸. Nous considérons également que les échanges, les interactions et les actes entre le professionnel et le patient constituent une relation de soin, habituellement mais pas fatalement médicale, qui n'est pas intrinsèquement modifiée, dans

³⁵ VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Op. cit.*

³⁶ Rapport SICARD, « Penser solidairement la fin de vie », p. 28, Partie II, La médecine désarmée, Doc. fr., déc. 2012, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000675/>. ; VIALLA F., Licence to Kill, le retour... ! À propos du rapport remis au chef de l'État par la commission Sicard le 18 décembre 2012 : Rev. Droit et santé 2013, n° 52, p. 209 et s., www.bnds.fr et Suicide assisté, vers un acte médico-létal : JCP G 2013, 68, p. 114 et s.

³⁷ Illustrée dans le milieu médical par la prévention. Une visite sur le site Internet de l'INPES suffit à témoigner de l'ampleur de la prévention en matière de santé publique, URL : <http://inpes.santepubliquefrance.fr/20000/sites.asp>

³⁸ BOURGEON D., « Le don et la relation de soin : historique et perspectives », *Op. cit.*

sa nature, en fonction du statut de ses acteurs³⁹. La parole d'une infirmière pourra avoir, par exemple, davantage de conséquences que celle, plus indifférente, d'un praticien. Ce constat témoigne de la spécificité de la relation de soin et de celle du « colloque singulier », dont l'expression est attribuée à l'écrivain et médecin Georges Duhamel⁴⁰, mise en lumière en 1935, qui dans son acception première représente la relation bilatérale et protégée, basée sur la confiance, entre le médecin - professionnel de santé - et son patient. Selon une expression attribuée au Docteur Louis Portes, il s'agit de : « la rencontre d'une confiance et d'une conscience »⁴¹. Pour le Docteur Jean Hamburger, le « colloque singulier » semble être la rencontre de deux solitudes : celle du patient enfermé dans sa souffrance et son angoisse, celle du médecin devant porter, seul, la responsabilité de la lutte contre la mort⁴². La singularité du colloque doit être mise en corrélation avec la multiplicité existante des relations de soin.

20. Une relation multiple. Monique Formarier affirme qu'il existerait sept types de relations de soin⁴³ : la relation de civilité, la relation de soin, la relation d'empathie, la relation d'aide psychologique, la relation thérapeutique, la relation éducative et la relation de soutien moral. Une telle conception n'est que partiellement partagée au sein du présent travail, notamment parce qu'elle prévoit une relation de soins au sein de la relation de soin, et qu'elle suppose des développements techniques que nous n'avons pas la prétention de traiter ici. Les recherches menées ci-après auront ainsi exclusivement trait à la relation de soin générale, en ce qu'elle englobe éventuellement d'autres relations plus spécifiques en son sein. Aussi semble-t-il opportun de préciser ici le choix de la terminologie qui sera employée tout au long du présent travail, et notamment l'orthographe du mot « soin », qui sera utilisé au singulier. Cette utilisation permet de cibler sciemment le soin tel qu'il a pu être défini ci-avant : l'attention portée à ce que quelque chose se conserve ou réussisse, la sauvegarde du bien-être, le rendu d'un service et l'attention portée à l'Autre, l'assurance libre ou obligatoire du respect de son salut, de ses besoins ou de ses diverses nécessités. L'emploi du singulier permet à la relation de soin d'embrasser les sept relations présentées,

³⁹ Cette affirmation peut aujourd'hui être partiellement remise en cause par l'émergence de nouveaux acteurs de santé, v. *infra*.

⁴⁰ DUHAMEL, in *Problèmes de l'heure*, 1957 : « Entre le médecin de famille et l'homme souffrant s'engageait ce qu'il m'est arrivé d'appeler déjà "un colloque singulier", un colloque d'homme à homme »

⁴¹ PORTES L., *À la recherche d'une éthique médicale*. Masson et PUF. Paris, 1955.

⁴² HAMBURGER J., *L'aventure humaine*. Champs Flammarion. 1992.

⁴³ FORMARIER M., « La relation de soin, concepts et finalités », *Recherche en soins infirmiers* n° 89, juin 2007, p. 33-42.

sans se cantonner à la thérapeutique et à la guérison, dans une complexité permettant d'en saisir tous les enjeux.

21. La relation de soin est la plus fréquente en milieu hospitalier et libéral. Elle réunit un ou plusieurs professionnels de santé⁴⁴ et un patient. Support d'échanges avec le patient ou sa famille, elle est mise en œuvre par le soignant à l'occasion de la consultation médicale et de l'acte thérapeutique, afin de rechercher soit la guérison⁴⁵, soit l'atteinte d'un bien ou mieux-être. Elle est centrée sur le passé - antécédents médicaux-, le présent - consultation médicale et acte thérapeutique - et l'avenir - maintien d'un état de santé sain.

22. Il a pu être considéré que la relation de soin comprenait en son sein la relation thérapeutique, propre au domaine psychiatrique, en ce sens qu'elle prendrait corps « auprès de patients souffrant de pathologies mentales ou de conduite addictives »⁴⁶, et aurait pour but de « soigner ». Sans remettre en cause le fait que la relation thérapeutique soit contenue dans la relation de soin - puisque nous partageons cette vision - il nous semble opportun de mentionner que la relation thérapeutique vise à soigner tous les patients souffrant de quelque affection que ce soit, et non uniquement ceux souffrant de pathologies mentales ou de conduite addictives. Cette affirmation découle de la définition de la « thérapeutique » fournie par le dictionnaire de l'Académie française⁴⁷ : « Qui est relatif au traitement des maladies (...) Se dit de la Partie de la médecine qui a pour objet la manière de traiter, de

⁴⁴ Selon le Code de la santé publique (CSP), les professions de la santé se décomposent en trois catégories :

1. Les professions médicales : médecins, sages-femmes et odontologistes (art. L4111-1 à L4163-10).
2. Les professions de la pharmacie : pharmaciens, préparateurs en pharmacie, préparateurs en pharmacie hospitalière, physiciens médicaux (art. 4211-1 à 4252-3) ;
3. Les professions d'auxiliaires médicaux (infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, ergothérapeutes et psychomotriciens, orthophonistes et orthoptistes, manipulateurs d'électroradiologie médicale et techniciens de laboratoire médical, audioprothésistes, opticiens-lunetiers, prothésistes et orthésistes, diététiciens), aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers (art. 4311-1 à 4394-3).

Par ailleurs, parmi les professionnels de santé, sept sont regroupés au sein d'un ordre professionnel (médecins, pharmaciens, sages-femmes, chirurgiens-dentistes, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues). Ces ordres sont des organismes à caractère corporatif institués par la loi. Ils remplissent une fonction de représentation de la profession mais également une mission de service public en participant à la réglementation de l'activité et en jouant le rôle de juridiction disciplinaire pour ses membres. L'appartenance à l'ordre de sa profession est obligatoire pour pouvoir exercer.

⁴⁵ Déf. « Guérison », dict. Littré : « 1. Recouvrement de la santé, chez la personne. (...) 2. L'action de faire disparaître la maladie.

⁴⁶ FORMARIER M., « La relation de soin, concepts et finalités », *Op. cit.*

⁴⁷ La dictionnaire Littré se contentant d'une définition pour le moins évasive : Déf. « Thérapeutique », dict. Littré : Qui a rapport aux thérapeutes (Moines du judaïsme, qui se livraient à la vie contemplative, et qui menaient une vie fort mortifiée ; ils ont été comme le modèle sur lequel s'est formé l'état monastique).

soigner et de guérir les maladies »⁴⁸. L'étymologie de la « thérapeutique » est à ce propos forte de sens⁴⁹. Il sera par conséquent considéré que la relation thérapeutique est nécessairement incluse dans la relation de soin, qui rassemble en son sein la consultation médicale et l'acte thérapeutique.

23. La relation de soin est une relation humaine qui n'en demeure pas moins professionnelle. Il s'agit là d'une illustration de son ambivalence (*care/cure*). Ainsi, les rapports sociaux sont fixés à l'avance, et les rôles, interactions et responsabilités des acteurs y prenant part sont préétablis. Rappelons qu'il est néanmoins déconseillé d'adopter une vision unidirectionnelle et immobile de la relation de soin, se contentant « d'un modèle linéaire basé sur le schéma émetteur-récepteur [dans la mesure où] il faut considérer les relations comme des éléments dynamiques qui font sans cesse évoluer les situations, en interdépendance avec l'environnement »⁵⁰. Mise à part sa finalité, la relation de soin n'est pas hasardeuse ; elle fait appel à des actes techniques, témoins de l'expression et de l'objectivation de l'approche clinique, qui suppose des conventions et procédures, si bien qu'il est loisible de se demander si le terme d'« intervention » ne serait pas préférable à celui de « relation ».

24. « *Relation* » ou « *Interaction* » de soin ? L'interaction, selon le psychologue William W. Hartup - cité par Christine Sorsana⁵¹ - est définie comme suit : il s'agit de « rencontres significatives entre individus, mais qui restent ponctuelles, alors que les relations sont une accumulation d'interactions entre individus qui durent et qui impliquent des attentes, des affects et des représentations spécifiques (...). On peut définir une relation comme une succession d'interactions s'inscrivant dans une continuité et un lien ; chaque interaction est affectée par des interactions passées et affecte à son tour les interactions futures. Et, ce n'est pas tant le cadre formel des rencontres humaines (durée, répétition...) qui permet de distinguer interaction et relation mais les significations cognitives et affectives que les interactants projettent dans cette interaction ». La différenciation entre « interaction » et « relation » est également mentionnée par le Professeur Gustave-Nicolas Fischer : « La notion d'interaction suppose une mise en présence concrète de deux

⁴⁸ Dict. de L'Académie française, 8^{ème} édition, 1932.

⁴⁹ Du grec ancien θεραπευτικός, *therapeutikós* : « attentif », « serviable », « curatif ».

⁵⁰ FORMARIER M., « La relation de soin, concepts et finalités », *Op. cit.*

⁵¹ SORSANA C., *Psychologie des interactions sociocognitives*, Éd. Armand Colon, Paris, 1999.

personnes qui vont développer entre elles une succession d'échanges ; la notion de relation est plus abstraite et désigne une dimension de la sociabilité humaine (...) elle révèle des facteurs cognitifs et émotionnels à l'œuvre »⁵². Force est de constater que ces définitions permettent d'assimiler la relation de soin, plurale, à une « relation » autant qu'à une « interaction », notamment au vu de la durée sur laquelle elle s'étend et des acteurs qui y prennent place. Au vu de leurs propres représentations, patients et professionnels de santé peuvent avoir des espérances discordantes, entraînant possiblement davantage de déceptions pour les patients, plus enclins à l'« affect » d'une relation, contrairement au professionnel, plus souvent plongé dans une interaction. Dès lors, même si certaines relations de soin peuvent être véritablement assimilées à une « interaction » - peut-on sérieusement parler d'une « relation » lorsque le patient effectue une visite médicale routinière qui ne dure plus de quelques minutes ? -, le terme de « relation » sera présentement privilégié, dans un souci d'unicité, car cette acception englobe à la fois « interaction de soin » et « relation de soin ». De plus, « si des situations de soin ne nécessitent que des interactions entre le patient et les soignants, la plupart des prises en charge des patients devraient être basées sur des relations »⁵³.

25. Un exemple montre que la relation de soin s'éloigne de l'interaction en ce qu'elle s'inscrit inévitablement dans la durée, parfois même inconsciemment ; ainsi le Docteur Dominique Bourgeon conserve : « un souvenir remontant au début de mon enfance ; réminiscence où le premier geste du médecin était de placer son stéthoscope sur le poêle afin de le réchauffer ! Il pouvait ensuite l'appliquer sur ma poitrine sans que je sois saisi par la froideur du métal. Ce souvenir d'un geste anodin, où le praticien se projetait sur mon propre ressenti, persiste au sein de ma mémoire depuis plusieurs décennies »⁵⁴.

26. *Caractéristiques de la relation de soin.* Les développements qui précèdent ont permis de cerner la notion de « relation de soin », dont quatre éléments permettent d'en circonscrire les caractéristiques ; ces derniers sont, entre autres, mis en lumière par Pablo Laín Entralgo :

- L'objectif de la relation médicale reste la santé du malade. Nous partageons cette affirmation, en y apportant une nuance, dans la mesure où nous considérons que si

⁵² FISCHER G.-N., *Les concepts fondamentaux de la psychologie sociale*, Éd. Dunod, Paris, 1996.

⁵³ FORMARIER M., « La relation de soin, concepts et finalités », *Op. cit.*

⁵⁴ BOURGEON D., « Le don et la relation de soin : historique et perspectives ... », *Op. cit.*

l'objectif reste la santé du patient, il ne se contente pas d'avoir trait à la seule guérison, mais également à son bien et mieux-être. Cette affirmation est assise sur la définition de la « santé » donnée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »⁵⁵. Dès lors, la relation de soin ne doit pas uniquement viser à obtenir une absence de maladie ou d'infirmité, mais bien de concourir à l'accès, par le patient, à un état de complet bien-être physique, mental et social. L'objectif reste ainsi la santé du patient, qui se décline sous trois formes : la guérison, le bien-être et le mieux-être. Le patient n'attend plus uniquement de la relation de soin - et donc du professionnel de santé - qu'elle le guérisse grâce à l'application mécanique et froide de thérapeutiques ; les mœurs et les espérances ont évolué, jusqu'à faire mentir Marcel Proust, qui affirmait : « Je ne m'inquiétais nullement de trouver mon médecin ennuyeux ; j'attendais de lui que, grâce à un art dont les lois m'échappaient, il rendît au sujet de ma santé un indiscutable oracle en consultant mes entrailles. Et je ne tenais pas à ce que, à l'aide d'une intelligence où j'aurais pu le suppléer, il cherchât à comprendre la mienne, que je ne représentais que comme un moyen, indifférent en soi-même, de tâcher d'atteindre des vérités extérieures »⁵⁶.

- « La relation de soin doit avantager la cohésion des actes “objectivants” et des actes “coactualisants” : au diagnostic et au traitement doivent s'adjoindre la compréhension de l'acceptation - ou non - de la maladie par le patient, et son intégration au sein de son histoire personnelle »⁵⁷.
- La relation de soin est fondée sur l'amitié et, par voie de conséquence, sur la confiance. La relation de soin peut ainsi présenter des caractéristiques propres à une relation personnelle plus que professionnelle. Mais la relation de soin reste

⁵⁵ Cette définition est inscrite au préambule de 1946 à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Cette définition de l'OMS n'a pas été modifiée depuis 1946. Elle implique que tous les besoins fondamentaux de la personne soient satisfaits, qu'ils soient affectifs, sanitaires, nutritionnels, sociaux ou culturels et du stade de l'embryon (voire des gamètes) à celui de la personne âgée.

⁵⁶ PROUST M., « À l'ombre des jeunes filles en fleurs », Paris, Gallimard, 1954, p. 152

⁵⁷ « Le médecin doit vivre ce que vit son patient, en complétant méthodiquement l'objectivation par la coactualisation, et la coactualisation par l'objectivation », in ⁵⁷ LAÍN ENTRALGO P., « Le médecin et le malade », *Op. cit.*, p. 158.

habituellement une relation professionnelle, au vu des actes techniques qu'elle commande.

- La relation de soin est axée autour de la communication orale, écrite et physique, qui doivent communier lors de sa réalisation. Ce point intéressera particulièrement le présent travail, dans la mesure où c'est celui qui atteste d'une atteinte à la vie privée du patient.

III. Définitions historique et juridique de la vie privée

27. *Histoire juridique et sociologique de la vie privée.* Le Professeur James Whitman publiait en 2004 un article intitulé « *The Two Western Cultures of Privacy : Dignity versus Liberty* »⁵⁸, visant à opposer les fondements, les enjeux et les diverses acceptions de la vie privée et de sa protection en Europe et aux États-Unis⁵⁹. Il y est rappelé la protection, relativement ancienne, de la vie privée en France, sous l'angle des délits de presse ; ainsi, l'éphémère loi des 11-18 mai 1868, sanctionnant comme simple contravention toute publication d'une information « relative à la vie privée », ne sera que fort peu suivie par la jurisprudence, qui érige de nombreuses conditions à son application⁶⁰.

28. Un retour chronologique succinct sur les grandes périodes historiques de notre pays permet de cerner l'acception sociologique et juridique qui a pu être faite du « privé » et de la « vie privée », rendant ce faisant plus aisée la compréhension des enjeux actuels d'un tel sujet.

29. Le traitement de la blennorrhagie (ou gonorrhée) de Louis XIV en 1655 et l'opération de sa fistule anale en 1686 donnent à penser, et démontrent que la pudeur se mesure à l'autorité. En 1655, le jeune roi de dix-sept ans, soumis à l'autorité de sa mère et celle du cardinal de Mazarin, ne peut qu'avoir honte du mal qui l'atteint. Le Roi opéré de la fistule a désormais cinquante ans, et règne en maître absolu. Il semble opportun

⁵⁸ Traduit par : « Deux cultures occidentales de la vie privée : dignité contre liberté ».

⁵⁹ WHITMAN J., « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity v. Liberty », *The Yale Law Journal*, 2004, 113, p. 1151-1221, notamment les pages 1172-1175 sur la France qui insistent sur une protection de l'honneur des particuliers modelée sur celle des nobles sous l'Ancien Régime.

⁶⁰ V. HALPÉRIN J.-L., « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3 (N° 48), p. 59-68. URL : <http://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2015-3-page-59.htm>

d'opposer « cette pudeur par devant du jeune roi à l'indifférence qu'il affecte trente ans plus tard à se montrer par derrière »⁶¹. Le XVIII^{ème} siècle voit naître la pudeur masculine, qui ne concerne alors que les organes sexuels - car la pudeur est souvent associée à l'évocation ou à la pratique de l'acte sexuel : « Exhiber un membre pour satisfaire un besoin urgent n'a rien d'indécent ; faire allusion à un mal qui s'y serait niché devient impudique »⁶².

30. Période révolutionnaire. 1789 est une date devenue majeure dans l'histoire et l'évolution de la vie privée, puisque la notion apparaît indirectement, à travers l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, dont l'esprit implique le respect de la vie privée⁶³. Cette affirmation a été édictée par le Conseil constitutionnel dans une décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, et réaffirmée dans une décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009 : « Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression” ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ».

31. Mais c'est l'article 17 du chapitre V du titre III de la constitution de 1791⁶⁴ qui protège le premier, de manière expresse, la vie privée (sous l'angle des publications par voie de presse, et non de manière globale : « Les calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit relatives aux actions de leur vie privée, seront punies sur leur poursuite »).

32. Les débats ayant précédé l'adoption de la constitution de 1791 n'auront accordé qu'une place restreinte à la vie privée, les discussions ayant principalement concerné l'interdiction faite au pouvoir législatif d'adopter une loi freinant la mise en œuvre des

⁶¹ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Éd. Pluriel, 1986.

⁶² BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

⁶³ DDHC, 1791, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁶⁴ « La Constitution française du 3 septembre 1791 est la première expérience d'un régime libéral en France. Celle-ci apparaît en période révolutionnaire dans l'optique d'un changement de régime. Ce texte, promulgué deux ans après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les articles de Constitution de 1789, est la première constitution écrite qui transfère la souveraineté du Roi à la Nation. Les prérogatives du roi deviennent les prérogatives de la nation que le Roi exerce au nom de cette dernière. Fondée sur les principes de la souveraineté de la Nation et de la séparation des pouvoirs (ou, plus précisément, de l'équilibre des pouvoirs), elle institue en France une monarchie constitutionnelle » ; source : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>, consultée le 29 août 2017.

droits proclamés par la Constitution⁶⁵, ainsi que le déploiement et l'ampleur de la liberté de la presse. C'est d'ailleurs par cet unique biais qu'un respect de la vie privée est limitativement consacré à cette époque. Nous soulignerons en outre que ces principes constitutionnels n'ont jamais été appliqués sous la Révolution⁶⁶ ; néanmoins, cette « brèche normative » démontre la volonté historique d'une certaine poursuite de l'authenticité des écrits, et d'une défense, limitée certes, de la vie privée - fondée sur le droit privé.

33. *Seconde Restauration.* Durant la Seconde Restauration⁶⁷, la notion de « vie privée » est absente de la lettre des lois de Serre⁶⁸, même s'il est aisé de la retrouver dans les discussions ayant précédé son adoption, notamment dans un fameux discours de Pierre-Paul Royer-Collard⁶⁹ du 27 avril 1819, qui admet qu'il : « n'est pas permis de dire la vérité sur la vie privée », notamment au sein d'un passage aujourd'hui bien connu : « Voilà donc la vie privée murée, et si je puis me servir de cette expression, elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons »⁷⁰. Mais la protection de la vie privée ne

⁶⁵ « C'est l'objet de la discussion du 9 août 1791 qui a touché de très près l'idée d'une nullité des lois contraires à la Constitution, sans oser aller jusqu'au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois » nous dit Jean-Louis Halpérin : HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et cultures*, 65 | 2013, 145-163.

⁶⁶ « La Législative n'ayant pas légiféré et la Terreur étant passée par d'autres voies qu'une loi sur la presse, avant que le Code des délits et des peines de brumaire an IV (article 605) ne punisse que les auteurs d'injures verbales et qu'une loi du Directoire (celle du 28 germinal an IV) ne définisse les personnes responsables, particulièrement en cas de provocations criminelles. Cette loi du 28 germinal an IV faisait suite à celle du 27 germinal an IV punissant de mort les auteurs de discours ou écrits provoquant la dissolution de la représentation nationale, le rétablissement de la royauté ou de la Constitution de 1793, « le pillage ou le partage des propriétés particulières, sous le nom de loi agraire ou de toute autre manière ». Si cette loi visait les opposants à la politique du Directoire, sa discussion qui remontait à un discours de Boissy d'Anglas le 19 frimaire an IV a évoqué, plusieurs fois, la protection de la vie privée contre la calomnie », in HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Ibid.*

⁶⁷ La Seconde Restauration est le régime politique de la France de 1815 à 1830. Elle succède aux Cent-Jours, qui avaient vu Napoléon revenir brièvement au pouvoir. Après une période de confusion, Louis XVIII revient sur le trône. Débute l'expérience d'une monarchie constitutionnelle qui essaie de recréer une unité dans le pays sur des bases héritées à la fois de la Révolution et de l'Ancien Régime. Après une période marquée par un bref retour au pouvoir des monarchistes absolutistes ultras, qui se caractérise notamment par la Terreur blanche, le régime prend de 1816 à 1820 un tournant plus libéral, sous la direction des ministres Richelieu puis Decazes ; source : https://fr.wikipedia.org/wiki/Seconde_Restauration, consultée le 29 août 2017.

⁶⁸ Lois « de Serre » (du nom du garde des Sceaux de Louis XVIII) des 17 mai, 26 mai et 9 juin 1819 destinées à libéraliser le régime de la presse.

⁶⁹ Pierre-Paul Royer, dit Royer-Collard, né à Sompuis dans la Marne le 21 juin 1763, mort à Châteauneuf le 4 septembre 1845, est un homme politique libéral et philosophe français.

⁷⁰ Le « mur » de Royer-Collard séparait en réalité « fonctions publiques » et « activités privées ». « Avec la garantie des fonctionnaires (article 75 de la Constitution de l'an VIII) et la jurisprudence sur la divisibilité (protectrice pour les fonctionnaires attaqués sur leur vie privée qui pouvaient saisir les tribunaux

concerne en réalité que les fonctionnaires d'État contre la diffamation, de sorte qu'il est impossible d'affirmer que sa protection est généralisée à cette époque. Émile Littré dira à propos de ce mur : « Le mur de la vie privée !... J'ai cru d'abord, comme bien des gens, que c'était Royer-Collard [qui avait créé cette expression] ... Depuis quelque temps j'ai des doutes : ils me viennent d'une lettre de Stendhal, écrite à l'époque où le mot ne faisait que commencer à courir et n'avait pas encore perdu, par le frottement et l'usage, sa marque d'origine... La lettre est du 31 octobre 1823, et en voici le curieux passage : " Dîné à Troyes le 19, avec un marquis... Cet homme, durant un petit dîner de trois quarts d'heure, trouva le secret de nous conter toute l'histoire de sa vie ; je pourrais écrire dix pages : Dès l'âge de treize ans, il servait dans l'Inde, il est marquis, il a un fils, il a une sœur, etc. Je n'ose continuer de peur d'entreprendre sur la vie privée d'un citoyen, qui, comme l'a si bien dit M. de Talleyrand, doit être murée »⁷¹.

34. IIIème Empire. Sous le IIIème Empire, la protection juridique de la vie privée est assise par la loi du 11 mai 1868, qui érige au rang de contravention toute divulgation d'information « relative à un fait de la vie privée » - sans avoir recueilli le consentement de la personne concernée à ce propos⁷². En 1874, alors que la France adopte un modèle socio-économique libéral, la chambre criminelle de la Cour de cassation invoque⁷³ pour la première fois directement la loi du 11 mai 1868 - toujours à propos de diffamation donc - tentant au surplus de définir la notion de « vie privée », affirmant ce faisant qu' : « ont droit au silence absolu ceux qui n'ont point expressément ou indirectement provoqué ou autorisé l'attention du public », la protection de la vie privée devant s'étendre non

correctionnels et obtenir facilement la condamnation des diffamateurs), chaque fonctionnaire était protégé par un mur séparant sa vie privée et sa vie publique », in HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Op. cit.*

⁷¹ Éd. Fournier, Feuilleton de la Patrie, 14 juil. 1868.

⁷² C'est dans la circulaire du ministre de la Justice pour l'application de cette loi (4 juin 1868, Dalloz périodique 1868, 3, 60) qu'est justifiée cette nouvelle incrimination pour défendre contre « une presse avide de scandales » l'inviolabilité « consacrée par les revendications éloquentes des philosophes et des législateurs ». Il était néanmoins rappelé (dans la lignée de Royer-Collard) que « tout homme qui appelle sur lui l'attention des regards du public, soit par une mission qu'il se donne, soit par le rôle qu'il s'attribue dans l'industrie, les arts, le théâtre, etc... ne peut plus invoquer, contre la critique ou l'exposé de sa conduite, d'autres protections que les lois qui répriment la diffamation et l'injure ».

⁷³ « La cour d'appel de Dijon avait condamné un journal ayant révélé le nom de personnes participant au pèlerinage de Notre-Dame d'Estang. En se pourvoyant en cassation, le journal invoquait un fait de la vie publique connu de tous. La Cour de cassation donna raison aux juges d'appel qui avaient relevé l'absence de publicité voulue par les pèlerins qui s'étaient retrouvés discrètement sans bruit, ni bannière, ni signe de ralliement », in HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Op. cit.*

seulement « au sein du domicile des citoyens », mais aussi aux faits « du domaine du for intérieur » et de la « liberté de conscience »⁷⁴.

35. La loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 mit ensuite en œuvre le principe de l'exception de vérité, prévoyant qu'une personne poursuivie pour diffamation peut éventuellement éviter la condamnation si elle prouve la vérité de ses dires, fragilisant ainsi la vie privée. Précisons que l'exception de vérité est alors uniquement applicable aux fonctionnaires d'État.

36. *XIX^{ème} siècle.* La proclamation indirecte du droit au respect de la vie privée au XVIII^{ème} siècle est suivie d'une période contradictoire marquée par le retour d'une morale conservatrice bourgeoise, et l'apparition du romantisme et des sentiments épicuriens qu'il appelle.

37. Le retour en force de propos moralisateurs trouve une illustration particulièrement éclatante dans l'invention de la douche. Ce propos peut prêter à sourire, mais cette dernière abrège drastiquement le temps de toilette et permet de remplacer partiellement le bain, objet de suspicion, notamment à l'égard des femmes, dans la mesure où il appelle la mise à nu et le toucher de ses propres organes génitaux : « Fermez les yeux, ordonne Mme Celant à ses lectrices, jusqu'à ce que vous ayez terminé l'opération »⁷⁵ - l'objectif étant de ne pas se mirer dans l'eau. Cet exemple atteste du fait que de toutes les vertus féminines, c'est bien la pudeur qui est préférée au XIX^{ème} siècle. Soulignons que l'influence de la religion - et notamment du christianisme - sur la pudeur, fut-elle étudiée au prisme de la relation de soin, ne peut être ignorée. Une anecdote, qui implique une religieuse devant subir un lavement programmé de la part d'un médecin, est forte de sens : « Lorsque le médecin revint le lendemain, il trouva le derrière de la religieuse constellé d'images pieuses, soigneusement superposées pour qu'on n'y pût apercevoir un centimètre carré de chair nue. « Comment voulez-vous que je lui administre mon lavement dans ces conditions ? » s'indigne le médecin. Lors la mère, d'un air complice : « Soulevez saint Antoine de Padoue, docteur, et vous trouverez le trou... »⁷⁶.

⁷⁴ Dalloz périodique, 1874, 1, 273 : la publication de l'arrêt est accompagnée d'extraits du rapport indiquant que la liberté de conscience est « le plus précieux des droits » (la période était celle de l'Ordre moral) et d'une annotation opposant les points de vue d'Antoine Giboulot (pour une conception élargie de la vie privée) et de Rousset (pour une restriction à la vie domestique).

⁷⁵ CORBIN A., *Le miasme et la jonquille*, Éd. Flammarion, Coll. Champs histoire, 2008, p. 262.

⁷⁶ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Op. cit..

38. Faisant écho à l'invention de la douche, qui appelle une modification de l'organisation du domicile et de son rapport personnel à sa propre vie privée, Agnès Pardailh-Galabrun souligne que : « l'observation de la naissance de l'intime en France consiste à déceler dans l'époque moderne la naissance et les premiers développements - timides, et circonscrits aux classes supérieures - du sentiment et du besoin d'intimité »⁷⁷. Ces derniers transparaissent dans la spécialisation amplifiée des pièces à vivre des habitations, voire dans la création de certaines qui n'existaient pas jusqu'alors. Citons l'émersion de la chambre et à l'accroissement du nombre de lits à coucher⁷⁸. Ces phénomènes témoignent du fait qu'il est désormais envisageable et possible de prétendre pouvoir bénéficier d'une vie privée individuelle.

39. Le XIX^{ème} siècle s'efforce de protéger la vie privée, mais l'étendue de cette protection est fortement limitée par le fait qu'elle s'applique uniquement à une certaine partie de la société et exclusivement en matière de diffamation par voie de presse. Par suite, même les dispositions de l'ordonnance du 6 mai 1944, qui ne limitent plus le bénéfice de l'exception de vérité aux seuls fonctionnaires mais qui empêchent son recours en matière de faits relatifs à la vie privée, demeurent relatives à la diffamation. La protection commune de la vie privée, la consécration d'un droit commun au respect de la vie privée, n'existent pas encore. Si certains considèrent qu'un tel droit se met indirectement en place au cours du XX^{ème} siècle, soulignons que la « vie privée » n'a jamais été explicitement ou implicitement définie par le pouvoir législatif, alors même qu'elle semble occuper une place prégnante au sein des discussions relatives à la diffamation par la presse en France depuis 1789. Ainsi, le fait que la vie privée ait toujours été confrontée à une absence de définition législative⁷⁹ a très rapidement permis aux juges de disposer d'une grande marge de manœuvre dans sa mise en application.

40. Le Professeur Jean-Luc Halpérin distingue « trois configurations historiques » dans la construction juridique de la vie privée, qui se fera jusqu'au XX^{ème} siècle majoritairement sous le prisme de son rapport à la diffamation.

⁷⁷ PARDAILH-GALABRUN A., *La naissance de l'intime 000 foyers parisiens XVII^{ème} -XVIII^{ème} siècles*, Paris, Presses Universitaires de France Histories, 1988.

⁷⁸ Le lit individuel se répand progressivement après 1750, et représente une sérieuse conquête immense conquête de la vie privée et du confort.

⁷⁹ BLIN H., CHAVANNE A., DRAGO R., *Traité du droit de la presse*, Paris, Librairies techniques, 1969, p. 275.

41. Le droit postrévolutionnaire se limite aux différents principes retranscrits dans la Constitution de 1791, et : « associe vérité et vertu dans un continuum entre vie publique et vie privée »⁸⁰. Seules les calomnies sont condamnées, au profit des administrateurs élus et des citoyens. Inversement, la presse ne peut être sanctionnée dès lors qu'elle dit la vérité, même en matière de vie privée individuelle, assimilable alors à la vie publique du citoyen.

42. Les Codes napoléoniens passeront sous silence la vie privée, dans la mesure où la liberté de la presse n'est à cette époque pas consacrée. Naissent alors les croyances selon lesquelles les secrets de famille et des affaires doivent être abrités, notamment grâce à un droit de propriété sur sa réputation⁸¹.

43. Les lois « de Serre » de 1819, appuyées par le discours de Pierre-Paul Royer, affirment que l'honneur et la considération relèvent de la propriété privée, de sorte que la presse ne peut se pencher dessus. Seule la diffamation concernant la vie privée est sanctionnable, et ceux qui ont à l'origine ne pourront, jusqu'en 1944, jouir de l'exception de vérité, sauf à ce que la diffamation concerne un fonctionnaire. L'idée d'une transparence démocratique exacerbée n'est pas nouvelle. Celle d'un encadrement juridique de la vie privée l'est tout autant, et dépasse certainement les frontières françaises, au sein desquelles il fallut s'armer de patience pour que le droit au respect de la vie privée soit consacré.

44. ***Droit au respect de la vie privée.*** François Rigaux nous indique que dès le début du XX^e siècle, la vie privée fait l'objet d'une attention particulière de la part du droit positif⁸² : « Faisant suite à une décision violemment condamnée de la Cour Suprême de New York⁸³, une loi de cet État protège pour la première fois la *privacy*⁸⁴. Cette dernière sera reprise dans certains autres États américains, alors même que son objet reste somme

⁸⁰ HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Op. cit.*

⁸¹ Portalis parlait, dans un rapport au Conseil des Anciens du 9 floréal an V (Réimpression de l'ancien Moniteur, *Op. cit.*, vol. 28, p. 685), de trois espèces de réputation que les particuliers devaient pouvoir défendre contre les diffamateurs : la probité, la vertu, la considération liée aux talents et mérites : Étienne-André-Théodore Grellet-Dumazeau, in HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Ibid.*

⁸² RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », in : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 43 n° 3, juil.-sept. 1991. pp. 539-563. DOI : 10.3406/ridc.1991.2290 http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1991_num_43_3_2290.

⁸³ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171, N.Y. 538, 64 N.E. 442, 1902, cité par : RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*,

⁸⁴ La première loi new-yorkaise date de 1903 : *New York Laws*, 1903, c. 132, § 1 et 2, cité par RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

toute relativement limité : elle protège exclusivement l'image de l'individu de l'exploitation publicitaire non consentie et l'utilisation dans un but lucratif »⁸⁵.

45. L'auteur souligne ensuite que le législateur suisse a quant à lui apporté une certaine protection aux « intérêts personnels » dans l'article 55 du Code des obligations du 14 juin 1881, en faisant mention de l'« atteinte à la « situation personnelle » de la victime », qui sera intégrée dans le Code civil et le nouveau Code des obligations⁸⁶, sous le terme de « personnalité »⁸⁷.

46. Cet encadrement juridique dès la fin du XIX^{ème} siècle ne demeure qu'une exception. C'est le XX^{ème} siècle qui est véritablement témoin du cerclage de la vie privée dans les sociétés occidentales. Ainsi, les autres pays européens attendront la fin de la Seconde Guerre mondiale pour encadrer juridiquement la protection de la vie privée. La France s'est longtemps contentée des termes de l'article 1382 du Code civil⁸⁸, qui permettait aux juridictions de condamner les atteintes à la vie privée les plus importantes. Si le droit au respect de la vie privée n'était pas directement et législativement visé, le Professeur Pierre Kayser rappelle que les investigations dans la vie privée étaient déjà prévenues au début du XIX^{ème} siècle, puisqu'une « des premières mesures prises en ce sens a consisté (...) à apporter des limitations aux “vues sur la propriété de son voisin”, consacrées dans les articles 675 à 680 du Code civil. Le droit de se clore, consacré par l'article 647 du Code civil et celui d'obliger son voisin, dans les villes, à contribuer à la clôture, consacré par l'article 663, ont la même fin⁸⁹ ». Mais c'est véritablement sous l'impact d'une jurisprudence et d'une doctrine actives et fournies que le droit au respect de la vie privée fut explicitement introduit sous un nouvel article 9 du Code civil par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 ; celui-ci dispose : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Cette même loi modifie l'article 368 du Code pénal - devenu désormais l'article 226-1 du nouveau Code pénal, actuellement en vigueur - qui prévoit une peine applicable en cas de violation du droit au respect de la vie privée⁹⁰.

⁸⁵ « *For commercial purposes* ».

⁸⁶ C. civ. du 10 déc. 1907, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1912, art. 28 ; Code des obligations du 10 déc. 1911, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1912, art. 49, cité par RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Préc.*

⁸⁷ L. du 16 déc. 1983, entrée en vigueur le 1^{er} juil. 1985 (R.O., 1984, 778). V. TERCIER P., *Le nouveau droit de la personnalité* (Schulthess, Zürich, 1984), cité par RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Préc.*

⁸⁸ Devenu depuis l'article 1240 du C. civ.

⁸⁹ KAYSER P., « La protection de la vie privée, t. I, Protection du secret de la vie privée », *in* : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 37 n° 1, Janvier-mars 1985. pp. 254-255.

⁹⁰ C. pén., art. 226-1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

47. En droit de la santé, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002⁹¹ crée l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, dont le 1^{er} alinéa dispose que : « Toute personne prise en charge (...) a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ». En outre, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002⁹² a créé l'article L. 311-3, qui affirme : « L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés :

1° Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement (...) ».

48. Contrairement à la France, qui a privilégié pour ce faire la voie législative - et une reconnaissance constitutionnelle indirecte - le droit au respect de la vie privée tient une place explicitement mise en lumière au sein de certaines constitutions européennes.

49. C'est le cas de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978⁹³, au sein de laquelle l'article 18, via la notion commune d'« intimité »⁹⁴, dispose : « Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image est garanti à chacun ». L'application de cet article fut rendue possible par l'adoption de la loi organique 1/182 datée du 5 mai 1982⁹⁵ qui, bien qu'elle ne définisse pas spécifiquement le droit au respect de la vie privée, précise qu'il s'agit d'un concept évolutif, et met en exergue sept atteintes à ce droit, parmi lesquelles « la captation, la reproduction, ou la publication de photographies, de films ou d'autres supports montrant l'image d'une personne dans des lieux ou à des moments appartenant à sa vie privée (...) ».

50. De même, l'article 22 de la Constitution belge du 17 février 1994 énonce : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi », et l'article 13 de la Constitution suisse du 18 avril 1999 affirme pour sa

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 (...) ».

⁹¹ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé - art. 3 JORF 5 mars 2002.

⁹² L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

⁹³ À l'instar de la Belgique (article 22 de la Constitution belge) ou encore de la Suisse (article 13 de la Constitution du 18 avril 1999).

⁹⁴ MATIA PORTILLA F., J., « Espagne. Constitution et secret de la vie privée », AIJC, XVI-2000, pp.209-245.

⁹⁵ BOE (Journal Officiel, NdT) n° 115, du 14 mai 1982.

part : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications. (...) Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ».

51. Inversement, en Allemagne, le droit au respect de la vie privée n'est pas explicitement cité par la Loi Fondamentale de Bonn du 23 mai 1949⁹⁶ mais est appréhendé par d'autres droits qui entretiennent avec lui des liens privilégiés⁹⁷. Le fait que la Loi fondamentale garantisse le droit de chacun au « libre développement de sa personnalité » a néanmoins permis à la jurisprudence allemande d'affirmer, à partir de 1954, que le respect du « droit général de la personnalité » - le droit individuel au respect de la dignité et de la personnalité humaine - devait être assuré. Cela trouve une illustration pratique dans l'attribution de dommages-intérêts, et dans la possibilité pour le juge d'ordonner, fût-ce en référé, toute mesure concourant à la cessation de l'atteinte.

52. Il en va ainsi également de l'appréhension du droit au respect de la vie privée en Italie : la Constitution n'en fait pas mention, les textes législatifs ne comportent que des indications parcellaires à cet égard, et c'est essentiellement la jurisprudence qui définit les contours de la protection. Dès lors, depuis 1973, la Cour constitutionnelle italienne inclut dans les droits inviolables : « le droit à la dignité, à l'honneur, à la responsabilité, à l'intimité, à la discrétion, à la réputation ».

53. Le droit anglais ne reconnaît, pour sa part, pas de droit au respect la vie privée. Ceci s'explique, avant toute autre chose, par le fait que la tradition juridique britannique consacre davantage des droits spécifiques que des droits généraux. L'adjonction de la Convention européenne des droits de l'homme dans le *Human Rights Act* de 1998 a permis au droit britannique d'élaborer une charte des droits fondamentaux où figure une illustration du droit au respect de la vie privée. En outre, la tradition britannique donne une définition négative des droits fondamentaux, qui permet d'être libre de faire tout ce que le

⁹⁶ Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, ou Constitution allemande.

⁹⁷ La vie privée : « est donc protégée de façon éclatée dans la Charte constitutionnelle allemande et ce de deux manières. D'une manière spécifique tout d'abord, sur la base de deux clauses classiques : l'article 10 relatif au secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications et l'article 13 concernant l'inviolabilité du domicile » : BURGORGUE-LARSEN L., « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe (Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français) », URL : https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IRELIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/L_apprehensionconstitutionnellevieprivee_1_.pdf, consultée le 1^{er} sept. 2017.

droit ne bannit pas⁹⁸, de sorte que le débat a davantage trait à l'autorisation des immixtions dans la vie privée que sur la définition d'un droit généraliste. Il revient dès lors à la théorie de la responsabilité civile extracontractuelle de protéger les individus contre les atteintes à la vie privée. Certains agissements, tels que la violation de domicile, la diffamation, la divulgation de secrets, le mensonge avec intention de nuire et le harcèlement, peuvent entraîner la responsabilité civile de leurs auteurs. La jurisprudence a ainsi pu déterminer certains comportements pouvant engager la responsabilité de leur auteur - les *torts*.

54. Aux États-Unis, les *torts* portant atteinte à la vie privée fluctuent en fonction de l'État dans lequel l'atteinte a été portée, mais sont habituellement reconnus en tant que tels : la publication de faits concernant à la vie privée, l'intrusion dans l'intimité, la présentation sous un jour défavorable ou trompeur, l'appropriation du nom ou de la ressemblance.

55. Soulignons qu'en 1950, la Convention européenne des droits de l'Homme, s'inspirant de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme rédigée en 1945 dans le cadre de l'Organisation des Nations unies⁹⁹, proclame, en son article 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. (...) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁰⁰.

56. Rappelons également que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclamait déjà indirectement et limitativement le droit au respect de la vie privée.

⁹⁸ V. BELL J., « L'État de droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, (Paris 1996) p. 15 à 22.

⁹⁹ DUDH, art. 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

¹⁰⁰ ConvEDH, 4 nov. 1950 (entrée en vigueur : 3 sept. 1953), art. 8 : « Droit au respect de la vie privée et familiale.

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

En outre son article 4 affirmait : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

57. Les sources qui seront privilégiées dans les développements à venir concerneront principalement la reconnaissance du droit au respect de la vie privée, en droit interne, via le Code civil, le Code pénal, le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles.

58. Il existerait, selon François Rigaux, plusieurs explications - et enjeux - à la saisie par le droit des questions relatives au respect de la vie privée¹⁰¹. La première a trait au développement des techniques permettant la fixation et la reproduction du son, de l'image et des communications écrites et orales, ainsi que la démocratisation de la surveillance à distance.

59. Une autre explication trouverait sa source dans la récente naissance d'une société de masse, soudée par de nouveaux réseaux et de nombreuses techniques de communication largement déployées. Ces outils, s'ils présentent des avantages indéniables, n'en demeurent pas moins davantage attentatoires à la vie privée, de par le mode de vie qu'ils permettent.

60. En outre la vie privée émerge-t-elle habituellement au sein de sociétés démocratiques, où est affirmée l'existence de plusieurs droits et libertés, et notamment la liberté d'expression et de communication, ainsi que le droit à l'information. Ces derniers sont mus par des objectifs souvent diamétralement opposés à ceux qui caractérisent la vie privée, avec laquelle ils entrent fréquemment en conflit. L'encadrement juridique permet, à n'en pas douter, l'ajustement des droits et libertés fondamentaux entre eux.

61. Un ultime facteur souligne l'opportunité d'un encadrement juridique de la vie privée. Il s'agit de « son introduction dans un « marché d'échanges patrimoniaux », basé sur le fait que chacun exerce sur les attributs de sa personnalité un contrôle qui lui permet d'accepter qu'un tiers puisse en tirer un profit certain, partagé ou non. C'est ainsi que la doctrine et la jurisprudence américaines ont caractérisé le *right of publicity*, qui permet

¹⁰¹ RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Préc.*

d'accorder à un tiers un droit d'exploitation - patrimoniale - de la vie privée¹⁰² », et des éléments qui la composent¹⁰³.

IV. Définition historique et juridique de la vie privée au prisme de la relation de soin

62. *Histoire de la pudeur au prisme de la relation de soin. Naturalia non turpida*¹⁰⁴.

Dans la mesure où la maladie et le corps humain sont tous deux d'origine naturelle - et non artificielle - cet ancien apophtegme médical, soulevé par Jean-Claude Bologne, suffit à lui seul à anéantir tout l'intérêt du présent sujet, déclaré *de facto* « sans objet », la honte - et par extension la vie privée - n'existant plus face au médecin. Néanmoins, un rappel historique et contextualisé de l'évolution de la vie privée au prisme de la relation de soin met aisément en lumière les nombreuses limites pratiques d'un tel raisonnement, justifiant ainsi de l'opportunité du sujet dont ce travail se propose de traiter¹⁰⁵.

63. Jean-Jacques Bologne indique qu'il est encore loisible de croiser, dans l'enceinte de certains musées, des « figurines de diagnostic » en ivoire, utilisées jusqu'au début du XXème siècle par les femmes chinoises pour communiquer avec leur médecin. La nudité féminine étant proscrite, de même que la mention orale de certains organes, ces femmes désignaient sur la figurine, qui exposaient avec précision toutes les parties du corps, la localisation du mal dont elles souffraient¹⁰⁶.

64. « Plutôt les pires souffrances que ça ! » Ainsi se serait exprimée Sainte Macrine, vierge du IVème siècle, après avoir appris qu'un chirurgien ausculterait la tumeur de son sein¹⁰⁷. L'acte supposant une certaine nudité, couplée au regard du professionnel, cette dernière lui interdit tout rapprochement. Refusant toute proximité physique, elle demanda

¹⁰² RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Préc.*

¹⁰³ « La notion apparaît pour la première fois dans *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F. 2d 866 (2d Cir. 1953), certiorari denied, 348 U.S. 812 (1953). Un quart de siècle plus tard la Cour Suprême des États-Unis adhère explicitement à la distinction entre le *right of privacy* et le *right of publicity* : *Zucchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 569-573, 1977 ; v. également : HALPERN S.W., « The Right of Publicity : Commercial Exploitation of the Associative Value of Personality », 39 *Vanderbilt Law Review* (1986), 1199-1255 », cité par RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

¹⁰⁴ « Il n'y a pas de honte à ce qui est naturel ».

¹⁰⁵ Sur la pudeur opposée à la relation de soin, et sa construction historique, v. : PY B., (dir.), *La pudeur et le soin*, PUN, 2011, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

¹⁰⁶ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*

¹⁰⁷ *Acta sanctorum*, juil., t. IV, p. 602, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

que l'on inscrive un signe de croix sur le « tetin qui la menaçoit de gangrène »¹⁰⁸. Miracle divin, elle fut guérie¹⁰⁹ ; contrairement à Isabelle de Castille¹¹⁰, qui refusa de faire observer l'ulcère dont elle souffrait, et qui mourut dans la souffrance en 1504¹¹¹, après que l'extrême-onction lui ait été administrée sous les draps - la reine défendit qu'on lui dénude les pieds pour y apposer les huiles.

65. Contrairement à une idée reçue, la pudeur masculine n'est pas en reste. Le pape Pie V récuse la sonde visant à évacuer les « pierres de sa vessie »¹¹², étant dès lors voué à une mort certaine, qui interviendra en 1572, après une éprouvante rétention d'urine. L'empereur Maximilien fit même preuve de pudeur - si tant est que l'expression soit acceptable - *post mortem* ; Montaigne rapporte à ce propos : il « en vint à une telle superstition, qu'il ordonna par paroles expresses de son testament qu'on luy attachast des calessons, quand il seroit mort. Il devoit adjouster par codicille, que celui qui les luy monteroit eut les yeux bandez »¹¹³.

66. Cette pudeur, dont l'excès est influencé par la religion, entre en contradiction avec les différents autres milieux de l'époque, au sein desquels parler des affections - et autres difformités des appareils génitaux notamment - se fait sans retenue particulière. Ainsi, au XVIème siècle, la syphilis de François Ier et l'hypospadias¹¹⁴ d'Henri II¹¹⁵ ne sont tues par personne. Aussi les mentions suivantes apparaissent-elles au sein de nombreux rapports d'ambassadeurs italiens entre 1550 et 1590 : « Le roi a l'extrémité de la verge tordue vers

¹⁰⁸ JUVERNAY P., *Discours particulier contre les femmes débraillées de ce temps*, Paris, Pierre-le-Mur, 1637, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹⁰⁹ « Dieu aime la pudeur énergique (...) il la guérit, laissant une petite cicatrice », in *Vie des saints et des bienheureux*, par les RR.PP. Baudot et Chaussin, Paris, Letouzey et Ane, 1949, VII, p. 446, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹¹⁰ Isabel I. de Castilla, dite Isabelle la Catholique, née le 22 avril 1451 à Madrigal de las Altas Torres et morte le 26 novembre 1504 à Medina del Campo, est, de son propre chef, reine de Castille et León de 1474 à 1504, reine consort d'Aragon, de Majorque, de Valence, de Sardaigne, de Sicile (1479-1504) et de Naples (1503-1504).

¹¹¹ Communément et actuellement dénommés « calculs de la vessie » ; v. MOREAU B., *Recueil curieux d'un grand nombre d'actions fort édifiantes des saints et autres personnes distinguées qui ont vécu dans ces deux derniers siècles*, Liège, J.F. Broncart, 1696, p. 500, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹¹² MOREAU B., *Recueil curieux d'un grand nombre d'actions fort édifiantes des saints et autres personnes distinguées qui ont vécu dans ces deux derniers siècles*, *Ibid.*, p. 483, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹¹³ DE MONTAIGNE M., *Essais*, I, 3, 15, 1595.

¹¹⁴ Malformation de l'urètre.

¹¹⁵ WITKOWSKI G.J., *Les accouchements à la cour*, Paris, Steinheil, 1890, p. 100, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*

le bas, de sorte qu'il ne peut émettre le sperme dans la matrice et pour cette raison les médecins ont décidé de la fendre plus haut »¹¹⁶.

67. Le XVII^{ème} siècle fut témoin d'un accroissement du respect de l'anatomie royale. C'est ainsi que Louis XIV souffrit en 1655 et 1686 des « maladies du roi ». Cet euphémisme désigna principalement la fistule anale du Roi Soleil, mais fut reprise ensuite pour mentionner les affections de son arrière-petit-fils Bien Aimé¹¹⁷, ainsi que l'opération au frein subie par Louis XVI¹¹⁸. Si l'imprécision des termes employés témoigne de la croissance de la pudeur, elle trahit également « l'ignorance dans laquelle les courtisans eux-mêmes sont tenus »¹¹⁹. Le secret permet déjà l'épanouissement de la vie privée ; la pudeur est entrée dans les mœurs royales et bourgeoises, de sorte qu'à la fin du XVII^{ème} siècle, nommer certaines maladies devient très déplacé. Prononcer le nom « vérole » n'est envisageable qu'au risque de se faire fustiger : « On ne l'appelle plus la vérole, on l'appelle l'Eussiez-vous »¹²⁰. Triste illustration de l'éclosion de la représentation de « maladie honteuse », dont l'acmé sera atteinte aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Les derniers siècles ont conçu, étonnamment, l'hygiène et la prophylaxie¹²¹, emprisonnant dans la sphère du « tabou » les affections qu'il est pourtant nécessaire de faire dépister. Ce débordement, qui consiste à garder secrètes les maladies incurables et transmissibles, trouve un écho contemporain éclatant : les premiers tests de dépistage du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ont exhumé les mêmes automatismes instinctifs : « la plupart des porteurs sains ont été décelés sur la voie publique, là où le donneur n'est pas obligé de faire état de sa sexualité » nous rappelle Jean-Claude Bologne¹²².

68. Pudeur au Moyen-Âge. En mettant de côté la pudeur relative au geste diagnostique et thérapeutique, le Moyen-Âge n'a témoigné d'aucune convenance particulière dans l'élaboration de la théorie médicale. Ainsi, les écrits spécialisés illustrent très

¹¹⁶ Rapporté par le Toscan Renieri, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Op. cit.

¹¹⁷ MARAIS M., *Journal et mémoires sur la Régence et le règne de Louis XV (1715-1737)*, édités par M. de Lescure, Paris, Didot, 1863, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Ibid.

¹¹⁸ CABANES Dr., *Le Cabinet secret de l'histoire*, Paris, Albin Michel, 1912, pp. 1-53, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Ibid.

¹¹⁹ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Ibid.

¹²⁰ OUDIN A., *Curiositez françoises pou supplement aux dictionnaires*, Paris, A. de Sommalivee, 1640, p. 589, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Ibid.

¹²¹ « Ensemble de moyens médicaux mis en œuvre pour empêcher l'apparition, l'aggravation ou l'extension des maladies », source : Larousse.

¹²² BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Op. cit.

spécifiquement les touchers intimes - rectal et vaginal -, l'opération d'une tumeur au sein, le soin d'hémorroïdes, ou l'enfoncement d'outils médicaux dans l'urètre¹²³. La pratique témoigne d'une évidente adiaphorie du corps humain, alors même que la dissection humaine est, paradoxalement, proscrite - bien que l'autopsie et l'embaumement rendent possible une véritable approche du corps. Mais la nécessaire amélioration des pratiques, des connaissances et de la sécurité médicales, poussera Frédéric II, empereur d'Allemagne et roi des Deux-Siciles, à édicter en 1213 une ordonnance interdisant la chirurgie uniquement à quiconque n'ayant pas étudié l'anatomie sur le corps humain pendant une année ; il ordonne pour ce faire aux écoles de Salerne et de Naples « de disséquer publiquement un cadavre humain au moins tous les cinq ans »¹²⁴. C'est ainsi que l'Italie verra naître les premières dissections publiques¹²⁵, avant que le Pape Boniface IV ne prévoie un édit « contre ceux qui osent attenter à la dignité de l'homme »¹²⁶. La dissection arrive par suite aux portes du Royaume de France : Louis d'Anjou autorise en 1376 les chirurgiens montpelliérains à s'adonner à l'art de la dissection une fois par an sur le cadavre d'un criminel achevé. Le caractère sacré du corps humain n'est plus ; la dignité humaine est affaiblie. En témoigne l'épreuve du « congrès » au XVI^{ème} siècle (*v. infra*). En outre est-il encore nécessaire de rappeler que Guillaume Rondelet, chancelier de la faculté de Montpellier, inaugurera en 1566 son amphithéâtre en disséquant publiquement le cadavre de son fils ?¹²⁷

69. Le « congrès », témoin de l'absence de pudeur, masculine et féminine, au XVI^{ème} siècle. Le XVI^{ème} siècle voit se développer une pratique « médicale » qui mettra à mal, entre autres, la pudeur des individus qui y seront soumis. Cette dernière n'existe à cette époque résolument pas, et l'adage *Naturalia non turpidia* est alors à son paroxysme. L'épreuve du « congrès » réunissait deux époux, et était arbitrée par le médecin, dans l'unique objectif de veiller à la perpétuation de l'espèce. Le professionnel devait vérifier que tout avait été valablement effectué pour procréer. Dans la négative, il lui revenait de déterminer les causes de cet échec, parmi lesquelles figurait la recherche d'une éventuelle

¹²³ HUARD P., GRMEK MIRKO D., *Mille ans de chirurgie*, Paris, Dacosta, 1966, planches VIII, X, XIII, fig. 6,7, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹²⁴ CABANES Dr., *Les curiosités de la médecine*, Paris, Maloine, 1900, p. 48, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹²⁵ Citons les cours de Monsino di Luzzi en 1306, in CABANES Dr., *Les curiosités de la médecine*, *Ibid.*

¹²⁶ CABANES Dr., *Les curiosités de la médecine*, *Ibid.*

¹²⁷ DUMAÎTRE P., *Histoire de la médecine et du livre médical*, Paris, Pygmalion, 1978, p. 83, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*

impuissance. La fin justifie-t-elle les moyens ? À la lecture des modalités d'une telle épreuve, le doute est permis.

70. Gédéon Tallemant des Réaux¹²⁸ a décrit l'usage, d'autant plus précisément qu'il assista à l'un des plus éminents procès de son époque : celui de René de Cordouan, marquis de Langey, qui se déroula en 1658, et qui nous est présenté par Jean-Claude Bologne : « Rien ne fut épargné au jeune marquis, alors âgé de vingt ans, ni à sa femme. Après quatre heures d'angoisse, le concurrent déclara forfait. Depuis cet échec, qui entraîna l'annulation du mariage, le nom du marquis servit à désigner les impuissants, et les melons de son pays seront vantés à la criée comme « de vrais Langey » qui n'ont pas de graines. La grand-mère du garçon mourut fort à propos pour lui léguer un nouveau nom. Conclusion ironique de cette affaire qui passionna tout Paris : le désormais marquis de Teligny n'eut plus de raison d'être Langey, et, remarié, donna sept enfants à sa seconde femme. Le congrès ne se releva pas de ce démenti cinglant »¹²⁹.

71. Soulignons que le médecin n'observe pas directement les époux dans leur « intimité » ; ce rôle revient aux matrones, au nom de la pudeur féminine supportée par l'épouse, qui s'embarrasserait de se montrer à un autre homme que son mari. Ce dernier, viril, ne doit pour sa part pas rougir de son exhibition face aux matrones. Lorsque les premières accusations à l'encontre du congrès verront le jour, à la fin du XVII^e siècle, elles seront systématiquement fondées sur la pudeur féminine. Le congrès est aboli en 1677 par Lamoignon¹³⁰ ; la pudeur masculine ne figure alors pas au sein des arguments ayant joué en sa faveur. Le congrès céda d'ailleurs sa place aux preuves de « l'érection », de la « tension élastique », du « mouvement naturel », voire de « l'éjaculation », preuve de l'absence d'existence de la pudeur masculine. Ces pratiques ne sont pas pour autant exemptes de toute animadversion. La preuve de l'« éjaculation » est jugée « indécente »¹³¹, et l'un des plus grands procès pour l'impuissance du XVIII^e siècle sera témoin de la tirade suivante : « Quelle est la verge, quelque gonflée qu'elle pût être qui, examinée et maniée par Garengéot [docteur de la plaignante]...ne deviendrait pas sur-le-champ dans

¹²⁸ Gédéon Tallemant des Réaux, né le 2 octobre 1619 à La Rochelle, mort le 10 novembre 1692 à Paris, est un écrivain, gazetier et poète français connu pour ses « Historiettes », un recueil de courtes biographies de ses contemporains.

¹²⁹ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*.

¹³⁰ Chrétien-François Ier de Lamoignon né le 26 juin 1644 et décédé le 7 août 1709, avocat général et magistrat au Parlement.

¹³¹ En 1713, le père Le Semelier parle de la preuve de cette preuve en ces termes : « Il y a beaucoup d'indécence dans cette visite », in DARMON P., *Le Mythe de la procréation à l'âge baroque*, Paris, Seuil, 1981., p. 193, cité par : BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

l'état de relâchement. L'individu de cet oracle de Borges se flatte-t-il d'offrir une perspective assez agréable, et une main assez vivifiante pour échauffer l'imagination d'un homme qui a de la pudeur »¹³² ?

72. Pudeur dans les ouvrages médicaux. La pudeur apparaît dans les ouvrages médicaux spécialisés à partir du XVII^e siècle. Jean-Claude Bologne nous livre de précieux exemples permettant d'illustrer l'évolution historique de la pratique. En 1545, le peintre et graveur Thomas Gemini publie *Compendiosa totius anatomiae delineatio aere exarata*, au sein de laquelle il choisit Adam et Eve afin d'illustrer l'anatomie humaine ; ces derniers sont représentés nus, accompagnés du serpent et de la pomme¹³³. Eve cache son pubis de la main, témoignant de la représentation exclusivement féminine de la pudeur - dans la mesure où Adam est entièrement nu, sexe apparent. Lorsqu'en 1758 cette gravure est réutilisée dans l'« Exposition exacte ou tableaux anatomiques » de François-Michel Disdier, les yeux les plus perçants remarqueront alors que le sexe d'Adam est désormais recouvert d'une feuille de vigne. Le mouvement « artistico-scientifique » se développe en ce sens au XVII^e siècle : « En 1628, le frontispice des œuvres d'André du Laurens pose un linge sur le sexe du cadavre que l'on dissèque. Le mouvement s'achève au XIX^e siècle chez Jean-Baptiste Bourguery : dans le frontispice de son traité d'anatomie (1831), la canne du vieillard nu dissimule adroitement le sexe de l'homme mûr »¹³⁴.

73. Les mœurs du XIX^e siècle acceptent pour leur part une originalité contradictoire, en tolérant qu'une femme pose nue pour un peintre, mais rejetant l'idée qu'elle ôte ses vêtements devant son médecin. Il n'est en tout état de cause pas permis à une femme issue de la bourgeoisie de se rendre seule « à la consultation » : son mari est chargé de veiller à sa vertu.

74. Au XX^e siècle est introduite l'idée que la relation de soin possède un rapport à la vie privée tout à fait particulier, qui n'annihile en aucun cas son existence, même si elle l'affecte incontestablement. « Quelle jeune fille ne rougit pas d'aller acheter ses premières pilules ? » se demande Jean-Claude Bologne. Demeurent encore certaines rares empreintes

¹³² Extrait de la plaidoirie de maître Simon, pour Jacques François Michel lors d'un des grands procès pour l'impuissance du XVIII^e siècle (1739), in DARMON P., *Le Mythe de la procréation à l'âge baroque*, *Ibid.*, p. 204, cité par BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹³³ DUMAÎTRE P., *Histoire de la médecine et du livre médical*, *Ibid.*, p. 83.

¹³⁴ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*

d'une ancienne pudeur, qui lorsqu'elles trouvent une application pratique, ne manquent pas de surprendre ; ce n'est pas sans perplexité - respectueuse - que l'on soulignera le comportement d'une parturiente qui, en 1971, au moment d'accoucher en établissement de santé, s'entêta à garder ses sous-vêtements devant les professionnels qui se présentaient à elle¹³⁵.

75. En outre, la baisse progressive de la durée du travail et l'amélioration des conditions de vie se sont accompagnées d'une croissance indubitable du temps dévolu à la vie privée. Jusqu'alors, les membres de plusieurs générations d'une même famille vivaient au sein d'une seule pièce, qui remplissait alors toutes les fonctions des espaces aujourd'hui présents au sein d'une habitation. L'espace privé n'existait dès lors pas ; du moins était-il confondu avec l'espace public familial¹³⁶. C'est pourquoi au XIX^{ème} siècle, le médecin est davantage celui d'une famille que d'un individu. Les consultations au cabinet sont exceptionnelles : le médecin se déplace directement chez le patient, ce qui permet à Francine Muel-Dreyfus d'affirmer que le médecin d'alors possède une parfaite « connaissance sur l'intérieur, connaissance de l'intérieur de l'univers physique de la vie domestique, de ses secrets, de ses difficultés, de ses sentiments (...) Tout est donné en bloc au regard du médecin, qui est perçant parce qu'il sait déjà tout : la place sociale de la famille, ses revers ou ses ambitions, sa « situation » comme on dit, mais aussi ses maux intimes, les déceptions, les soucis, les amours, les goûts artistiques et les dégoûts de vivre. Cris et chuchotements... Cette participation, de l'intérieur, à l'intimité familiale, cette connaissance des corps (accouchements, petite chirurgie, traitement à la maison des maladies graves et assistance des agonisants), ce suivi de génération en génération font l'essentiel des considérations sur le rapport à la clientèle dans les témoignages médicaux du XIX^{ème} siècle »¹³⁷. Un tel contexte médical ne semble pouvoir laisser de place à la vie privée - qui est en tout état de cause confondue avec la vie privée familiale à l'époque.

76. Les évolutions du siècle passé ont incontestablement permis la découverte et l'apprivoisement d'un espace domestique rendant possible l'existence et l'épanouissement de la vie privée. Cette dernière ne manquera pas d'être largement perçue, de sorte que l'individu « de la modernité vit dans le monde du chacun pour soi, du chacun chez soi ; la dimension du privé, du personnel, de l'intime l'emporte sur celle du communautaire, du

¹³⁵ VAYLET J., *La Chemise conjugale*, Rodez, Subervie, 1976, p. 28, cité par : in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Ibid.*

¹³⁶ ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée*, *Op. cit.*, p. 72 et 73.

¹³⁷ MUEL-DREYFUS F., « Le fantôme du médecin de famille », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 54, sept. 1984, p. 70-71.

social, du collectif »¹³⁸. Ce phénomène est illustré par le large et croissant recours aux juridictions sur le fondement de la vie privée - à tout propos et hors de propos nous indique Valérie Doumeng¹³⁹.

77. Dès lors, les mutations de l'espace domestique et le cheminement des mœurs vers une ouverture croissante ont bouleversé le rapport individuel à la vie privée. Si au siècle dernier la famille primait sur l'individu, qui y était incorporé, ce constat s'est aujourd'hui fortement et diamétralement inversé, de sorte que la vie privée n'est plus un élément accessoire, insignifiant voire dissimulé. De nos jours, à l'exception des liens de sang, la famille réunit des individus qui la composent temporairement : « chaque individu vit sa propre vie privée et attend d'une famille informelle qu'elle la favorise »¹⁴⁰. On observe ainsi un certain détournement familial ; l'individu ne s'y confond plus, et attendant d'elle, au contraire, qu'elle concoure à l'expansion des vies privées individuelles.

78. Philippe Ariès et Georges Duby illustrent le développement privilégié de la vie privée individuelle à travers l'admiration contemporaine du corps, et la place centrale qui lui a été attribuée dans le rapport de l'individu à lui-même et aux autres.

79. Les auteurs affirment que veiller à son apparence physique, pratiquer pour ce faire une ou plusieurs activités sportives, vise à envisager son corps comme une fin mais - et c'est la nouveauté de la fin du XXème siècle - également comme un moyen : son apparence, au même titre que « se sentir bien dans sa peau », fait désormais l'objet d'un accomplissement personnel. Le XXème siècle accentuera davantage cet objectif de vie, en multipliant les acteurs qui promettent de concourir à son atteinte. C'est notamment le cas de l'informatique, de l'Internet et des « objets connectés ». Le contexte social actuel fait du corps et de son apparence le temple de l'identité personnelle : « plus que les identités sociales, masques ou personnages d'emprunt, plus même que les idées ou les convictions, fragiles et manipulées, le corps est la réalité même de la personne. Il n'est donc plus de vie privée qui n'implique le corps »¹⁴¹ - de même qu'il n'est que peu de relations de soin qui n'y ont pas recours.

¹³⁸ JACCARD R., « L'exil intérieur », *Schizoïdie et civilisation*, p. 47.

¹³⁹ Cette dernière cite : TGI de Paris, 1^{ère} ch., 1^{er} fév. 1995, D. 1995, 569, note B. Edelman ; Paris 1^{ère} ch. A, 6 mai 1997, D. 1997, 596, 2^{ème} esp., obs. B. Beignier, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Préf. C. Neirinck. T.1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

¹⁴⁰ ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée*, *Op. cit.*, p. 80.

¹⁴¹ ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée*, *Ibid.*

80. La conséquence de ce constat est élémentaire : les menaces corporelles sont prises en considération avec une attention presque solennelle ; ce constat est particulièrement vrai concernant la vieillesse et la maladie. L'entretien corporel n'a plus pour seul objectif de le préserver des effets de l'âge ou de le faire paraître de telle ou telle sorte, c'est également - et surtout - lui épargner la maladie. Néanmoins, cette préoccupation centrale de vie privée, matérialisée par les affres de la maladie et la détermination acharnée à l'éviter ou à la guérir, est également concernée par de nombreuses politiques publiques. La santé est un élément majeur de vie privée, alors même que sa prise en charge sociale par une institution publique en assurant le financement semble totalement acceptée, de sorte que la santé a conjointement trait à l'espace privé et à l'espace public.

81. Les auteurs susvisés affirment en outre que le XX^{ème} siècle voit également l'hôpital - et, plus globalement les établissements de santé - changer de statut. Précédemment, l'hôpital accueillait presque exclusivement les pauvres, faisant preuve d'assistance publique. Désormais, l'hôpital trône au centre du système sanitaire et médical, bénéficiant de nombreuses ressources et de toutes les thérapies scientifiques évoluées. La prise en charge corporelle se dérobe dès lors de la sphère privée, étant assurée, financièrement, matériellement et humainement par des établissements - entre autres - publics, accueillant parfois jusqu'à des dizaines de milliers d'individus. N'est-il dès lors pas paradoxal et antinomique d'espérer bénéficier d'une vie privée dans un tel lieu public ? Le colloque singulier ne devient-il pas utopique ?

82. À partir du XX^{ème} siècle, et pour la toute première fois, la naissance et la mort prennent - très souvent - place en un lieu unique. Philippe Ariès et Georges Duby estiment que : « Le souci d'efficacité, joint aux difficultés des familles à prendre en charge ces épisodes conduit à placer les moments capitaux de l'existence, ceux qui mettent en jeu le plus profondément la vie et l'identité, loin du cadre familial, du foyer domestique, pourtant plus spacieux, dans le décor aseptisé et fonctionnel, mais anonyme, de l'hôpital »¹⁴². Dès lors, la vie commune en établissement de santé est insoutenable. Se voir proposer une chambre partagée est alors considéré comme primitif et abominable. Les politiques de santé ont mis en œuvre, dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, une réhabilitation d'anciens établissements, remplaçant ce faisant les salles communes par des chambres individuelles. Ainsi, l'imploration d'un droit à la vie privée a permis l'émergence

¹⁴² ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée*, Op. cit., p. 96.

d'établissements modernisés où les patients bénéficient individuellement d'une prise en charge qui va progressivement se saisir des problématiques relatives à la vie privée du patient.

83. Au sein de la relation de soin, la vie privée renvoie à diverses acceptions. Au niveau identitaire et individuel, la vie privée appelle le respect de la personne, de ses antécédents personnels, de sa culture, de ses droits, de ses croyances - religieuses ou autres - et de la possibilité d'exercer les cultes qui y sont afférents. Considérant la sphère sentimentale, la vie privée a trait à la vie affective, la vie sociale et la vie sexuelle. Concernant les informations médicales, la vie privée oblige la confidentialité et le secret professionnel. Sur le plan de la prise en charge institutionnelle enfin, la vie privée concerne le respect de l'intimité et de la pudeur, du domicile et des visites¹⁴³, des correspondances manuscrites et numériques, le droit à l'image, à la gestion autonome de ses ressources et de ses biens personnels - lorsque cela est possible.

84. Comment mettre en œuvre, pratiquement et quotidiennement, l'étendue du droit au respect de la vie privée du patient ? L'agencement architectural et matériel des services, de même que leur organisation de fonctionnement est une première réponse à cette large question¹⁴⁴, qui interroge incontestablement la place de la vie privée dans l'espace collectif et public. Pour autant que le patient bénéficie d'un droit au respect de sa vie privée, peut-il arguer d'un droit à la protection de sa vie privée ? Les sources juridiques ne manquent pas d'organiser cette protection. Le présent travail se donne pour objectif d'y adjoindre la « promotion » de la vie privée, via l'édiction d'une protection davantage intelligible et, par voie de conséquence, nous le pensons, efficiente.

¹⁴³ Le statut de la chambre fera l'objet d'un développement autonome au sein du présent travail, dans la mesure où il témoigne de l'étendu du droit au respect de la vie privée (la chambre du patient étant assimilée au domicile privé, depuis une fameuse affaire contentieuse, faisant suite aux faits suivants : des journalistes déguisés en soignants pénètrent dans la chambre d'hôpital de Chantal NOBEL, actrice, afin de réaliser des clichés photographiques. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt daté du 17 mars 1986, énonce : « Une chambre d'hôpital occupée par un malade constitue pour lui au sens de l'article 184 du Code pénal [remplacé par l'article 226-4 du Code pénal actuel] un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu'il occupe à titre temporaire mais certain et privatif et où, à partir du moment où cette chambre lui est affectée, il a le droit, sous la seule réserve des nécessités du service, de se dire chez lui et notamment d'être défendu de la curiosité publique. » (CA Paris, 26 juin 1986, *Chantal Nobel* : *Gaz. Pal.* 1986, 2, 429). Le patient se dire chez lui dans sa chambre, sous réserve d'y séjourner seul nous rappelle Valériane Dujardin : DUJARDIN V., « Cadre réglementaire, genèse de la vie privée » - 8ème soirée de L'Espace de Réflexion Éthique en santé mentale de la F2RSM, Lille, 20 juin 2012.

¹⁴⁴ V. en ce sens : ANES (Direction de l'accréditation), Manuel d'accréditation des établissements de santé, fév. 1999, Réf. (DIP) n° 6 : « Le respect de l'intimité et de la dignité du patient ainsi que sa liberté sont préservés tout au long de son séjour ou de sa consultation ».

V. Problématiques contemporaines

« Seule profession à pouvoir « mettre à nu », seule profession autorisée à toucher le corps des autres, cette particularité est certainement un des fondamentaux de la médecine (...)

Pouvoir que nous sommes les seuls à détenir, et qui fait l'irréductible puissance de la médecine. »¹⁴⁵

85. La relation de soin et la prise en charge du patient en établissement de santé, et de l'usager en institution médico-sociale, ébranlent nécessairement la vie privée de la personne concernée. Cette confrontation occasionne de nombreuses problématiques relatives à son étendue. Sont ainsi soulevés des questionnements éthiques et juridiques relatifs au corps, à la nudité, au toucher - fût-il diagnostique ou thérapeutique -, au regard - fût-il médical -, au tact, à la sexualité¹⁴⁶, au questionnement - interrogatoire lors de la consultation -, à la liberté, ainsi qu'aux éléments qui composent, de manière non exhaustive, la vie privée : pudeur, intimité, honte, tranquillité, secret. Le patient, vulnérable par essence et définition¹⁴⁷, livre nécessairement sa vie privée physique et morale au professionnel et/ou à l'établissement qui assure sa prise en charge. Celui-ci n'est pas uniquement un « corps vivant, il est aussi un corps vécu »¹⁴⁸. Le philosophe Éric Fiat, dont les travaux ont inspiré certains développements du présent travail, écrit : « Le corps humain n'est pas réductible aux produits de l'analyse ; il est plus que la somme de ses composants, et rien ne nous inquiéterait plus qu'une mécanisation des soins¹⁴⁹, qui conduirait à laver un être humain comme on laverait une chambre, et à réduire le fait de lui donner à manger au fait de remplir un ventre »¹⁵⁰. Même si cela semble antinomique le

¹⁴⁵ <https://cris-et-chuchotements-medicaux.net/2011/04/29/article-le-medecin-et-l-humain-nu-72760007/>.

¹⁴⁶ NEIRINCK C., « Encadrement juridique de la sexualité dans les institutions », in GIAMI A., PY B. et TONIOLO A.-M. (ss dir.), *Des sexualités et des handicaps, questions d'intimités*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2013, p. 219 à 230.

¹⁴⁷ Emprunté au latin « *patiens* » : « qui supporte, endurent », participe présent adjectivé de « *patior* » : « souffrir, supporter, endurer ». Déf. Dict. de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1932 : « Qui souffre avec modération et sans murmurer les adversités, les injures, les mauvais traitements (...) Il se dit encore de Celui qui est entre les mains des chirurgiens ou des médecins ».

¹⁴⁸ VIALLA F., « Le consentement », in MARTINEZ E. et VIALLA F. (dir.), *Les grands avis du CCNE*, préf. D. SICARD, LGDJ, 2013, p. 138. ; RUSS J., LEGUIL C., *La pensée éthique contemporaine*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, p. 58.

¹⁴⁹ « À laquelle risque pourtant de conduire, si l'on n'y prend pas garde, la fameuse Tarification à l'activité, dite T2A ».

¹⁵⁰ FIAT É., « Pudeur et intimité » : *Gérontologie et société* 2007/3, n° 122, p. 33. DOI : 10.3917/gs.122.0023.

droit au respect de la vie privée est présent au sein de toute relation de soin. Sa préservation est un enjeu juridique, éthique, déontologique et sanitaire. Le Droit semble dès lors s'être saisi de la question, en prévoyant divers encadrements protecteurs, qui doivent constamment s'adapter aux évolutions sociétales et technologiques qui affectent la relation de soin.

86. Dès lors, la création et l'incontestable démocratisation de l'informatique et de l'Internet, couplées à l'irruption des technologies de l'information et de la communication¹⁵¹ (TIC), de la télésanté, et des techniques d'imagerie médicale dans la relation de soin, posent, non sans une certaine insistance, la question de la protection des informations personnelles et privées relatives au patient, ainsi que des données de santé qui en résultent. Même si la « médecine à distance » n'est pas nouvelle, les consultations via courrier, puis téléphone, ayant devancé les dispositifs numériques actuels - bien plus élaborés et intrusifs, donc davantage attentatoires à la vie privée - leur récente confrontation à la relation de soin donne à penser. On citera, à titre d'exemple qui sera complété par la suite, le partage sur des réseaux sociaux d'informations privées relatives à un patient déterminé par des professionnels de santé en assurant la prise en charge¹⁵². Est-ce à dire dès lors qu'à l'ère de l'équipe de soin et de l'équipement¹⁵³, la relation de soin s'est obombrée du fait, notamment, de la démocratisation d'« écrans »¹⁵⁴ multiples

¹⁵¹ V. DEBOST C., *Les technologies de l'information et de la communication et la relation de soin : inconstances et invariances*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Vialla, Montpellier, 2014. ; GIRAUDEAU N., *L'acte médical à l'épreuve de la télémedecine bucco-dentaire*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Vialla, Montpellier, 2014. ; FABER S., « La transparence et le respect de la vie privée », in Rev. gén. dr. méd. 2014, dossier « La transparence en santé », n° 51, p. 105 à 114, www.bnds.fr ; BOURRET R., DEBOST C., MARTINEZ E. et VIALLA F., La télémedecine, lecture contingente d'un cadre juridique invariant : Rev. Droit et santé 2014, n° 58, p. 1016 à 1032, www.bnds.fr.

¹⁵² V. ALBERTONI F., « Sur les réseaux sociaux aussi, je porte une blouse ! » : <http://www.revue-hospitaliere.fr/Revue/Revue-Hospitaliere-de-France/Revue/553/RH-reseaux-sociaux-et-bonnes-pratiques/Sur-les-reseaux-sociaux-aussi-je-porte-une-blouse>. V., dans le Lancet (vol.377, n°9772, p.1141-1142, 2 avr. 2011) DEVI S., Facebook friend request from a patient ? : [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(11\)60449-2](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(11)60449-2).

¹⁵³ SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Seconde série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 22 et chap. VII, p. 229, n° 205 ; SAVATIER J., note ss T. civ. Seine, 27 juin 1956 : JCP 1956, II, 9624 : « On doit prendre garde cependant à l'évolution des techniques médicales qui oblige les malades à faire de plus en plus confiance, non seulement à un médecin librement choisi par eux, mais aussi à l'équipe qui travaille avec lui ».

¹⁵⁴ PÉQUIGNOT H., *Médecine et monde moderne*, Les Éditions de Minuit, coll. « L'homme et la machine », Paris, 1953.

informatisés et de l'Internet, de sorte que le « colloque singulier »¹⁵⁵ s'en trouve fatalement remis en cause¹⁵⁶ ? Si des pistes de réflexion et des réponses seront nécessairement présentées ci-après, il est dès à présent loisible de constater que la relation de soin, ainsi que ses caractéristiques, sont partiellement dépendantes du contexte dans lequel elles se trouvent, de sorte qu'elles peuvent être dites « évolutives ».

87. Ce constat, relatif à l'évolution du contexte accueillant la relation de soin, et à la mutation de cette dernière, pose assurément la question suivante : où et quand la relation de soin prend-elle corps ? La réponse délimitera le cadre de l'étendue de notre réflexion. Dès lors, nous considérons, très subjectivement, que la relation de soin a lieu, avant toute autre chose, en établissement de santé assurant une prise en charge - et bien que le propos du présent travail puisse largement leur être appliqué, il sera volontairement fait abstraction des établissements spécialisés, tels que les établissements médico-sociaux, ou les hôpitaux et cliniques psychiatriques -, en consultation médicale et thérapeutique, et, plus généralement, dès que l'individu - devenu patient - est confronté à un professionnel de santé tel que défini par le Code de la santé publique¹⁵⁷.

88. Au vu de l'évolution susmentionnée de son objectif, elle a également lieu lorsque l'individu est mis en présence virtuelle d'un nouvel acteur en santé, qui officie sur Internet ou via un objet numérique qui y est connecté. Ces acteurs, qui diffusent de l'information médicale et recueillent des données de santé, permettent l'atteinte d'un des nouveaux objectifs de la relation de soin : le bien ou mieux-être. Ils ont tous en commun d'officier

¹⁵⁵V. Paroles de médecin, 1946 ; PÉQUIGNOT H., *Médecine et monde moderne*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1953, p. 14 : « L'acte médical est un colloque singulier, [entre] le médecin et le malade. C'est un acte clos dans l'espace et dans le temps, qui commence par une confession, qui se continue par un examen et qui se termine par une prescription. Il y a unité de temps, de lieu et d'action ».

¹⁵⁶ Ainsi peut-on lire sur le site Internet de « Prévention santé » : Je suis Déborah Donnier, fondatrice de Prévention Santé, plateforme web d'informations et d'échanges sur les thèmes du mieux-être et de la santé. Depuis 2010, nous donnons la parole à des médecins, praticiens de soins naturels et autre sachants (professionnels ou non) sur les thèmes du bien-être et de la santé, pour confronter leurs points de vue, enrichir la réflexion, dans un esprit d'ouverture et de bienveillance, URL : <https://www.prevention-sante.eu/>, consultée le 27 août 2017.

¹⁵⁷ Pour rappel : Selon le CSP, les professions de la santé se décomposent en trois catégories :

1. Les professions médicales : médecins, sages-femmes et odontologistes (art. L. 4111-1 à L. 4163-10).
2. Les professions de la pharmacie : pharmaciens, préparateurs en pharmacie, préparateurs en pharmacie hospitalière, physiciens médicaux (art. L. 4211-1 à L. 4252-3) ;
3. Les professions d'auxiliaires médicaux (infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, ergothérapeutes et psychomotriciens, orthophonistes et orthoptistes, manipulateurs d'électroradiologie médicale et techniciens de laboratoire médical, audioprothésistes, opticiens-lunetiers, prothésistes et orthésistes, diététiciens), aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers (art. L. 4311-1 à L. 4394-3).

sur Internet, et la majorité d'entre eux y sont d'ailleurs directement rattachés (GAFAM). Dans une société qualifiée par de nombreux spécialistes « de surveillance » et « de consommation », quel est le prix à payer pour accéder à ces « services » ? Quelles garanties de sécurité, notamment des données privées, sont fournies ? En tout état de cause, le recours du patient à ces acteurs et à leurs prestations, le plonge dans une interaction de soin, que nous nommerons « relation de soin ». Le choix délibéré de ce terme permettra de saisir les enjeux du surgissement croissant de ces nouveaux acteurs, plus encore que si le terme « interaction » avait été privilégié, et qui aurait à n'en pas douter atténué l'importance du récent phénomène et de ses conséquences sur la vie privée.

89. Qu'elle soit envisagée sous sa forme classique et historique ou « évolutive », la relation de soin semble bénéficier d'un rapport privilégié à la vie privée. Ce rapport - de force - entre « relation de soin » et « vie privée » semble justifié par les objectifs de cette dernière, dans la mesure où elle propose, à elle seule, les moyens exclusifs de les atteindre. Qui souhaite guérir doit prendre part à la relation de soin.

90. En outre, les divers rappels historiques ont permis de constater que la conception subjective du « privé » et de la « vie privée » est périodiquement changeante : la vie privée telle qu'imaginée aujourd'hui sera inéluctablement différente de celle de demain.

91. L'évolution de la relation de soin et celle de la conception de la vie privée, couplées au rapport de force qui semble s'être instauré entre les deux notions - et qui prend, nous le verrons, l'apparence d'une atteinte - appelle une intervention primordiale du Droit, dont il semble bienvenu de questionner les fondements, le contenu et la mise en œuvre.

VI. Hypothèse de recherche

92. Les observations qui ont été faites jusqu'alors témoignent d'un rapport tout à fait particulier entre la relation de soin et la vie privée du patient qui y prend part. Dans la mesure où ce « rapport » semble prendre la forme d'une « atteinte », l'intervention juridique se révéla nécessaire, et vit le jour au XX^{ème} siècle. Les problématiques d'alors n'en demeurent pas moins contemporaines, de sorte qu'il convient de répondre, aujourd'hui, à la question suivante : Comment le droit encadre-t-il l'atteinte faite à la vie privée par la relation de soin ?

VII. Méthode de travail

93. L'encadrement juridique de la vie privée, via la consécration d'un droit au respect de la vie privée, est une réalité, comme il l'a été précisé ci-avant. Des textes législatifs datés de 1970 et de 2002 ont pris la responsabilité d'une telle inauguration. La méthode de travail privilégiée consistera, après avoir défini, autant que faire se peut, la notion de « vie privée », à analyser la réponse juridique, ainsi que ses retombées pratiques, à l'atteinte causée par la relation de soin à la vie privée du patient sous l'angle respectif du droit commun et du droit spécial.

94. Le droit commun¹⁵⁸ désigne l'ensemble des règles juridiques applicables à toutes les situations qui ne font pas l'objet de règles spéciales ou particulières. Le droit commun édicte des règles générales applicables à de nombreuses situations. Par opposition, le droit spécial est le droit applicable dans une situation précise.

95. La relation de soin est spécifique, de sorte qu'il est tentant de traiter son encadrement sous l'angle du droit spécial. Néanmoins, les relations étant multiples, le droit commun semble également pouvoir s'y appliquer. Cette dichotomie justifie une approche en deux temps. Il sera dès lors considéré, au sein du présent travail, que le droit commun rassemble, en matière de vie privée, le droit civil et pénal, qui trouve illustration au sein des Codes civil et pénal¹⁵⁹, et que le droit spécial concerne le droit de la santé, illustré au sein du Code de la santé publique.

96. La réflexion s'inscrira dans une démarche résolument actuelle ; les développements historiques ne doivent servir qu'à davantage comprendre les problématiques contemporaines, leur inscription dans un vaste processus temporel évolutif, et les réponses - notamment juridiques¹⁶⁰ - qu'il est opportun d'y apporter. Pour ce faire, la méthode utilisée privilégiera l'intérêt du patient, et analysera la suffisance de la protection qui lui est accordée, ainsi que son éventuelle amélioration.

¹⁵⁸ L'expression « droit général » est rarement utilisée au sein du présent travail.

¹⁵⁹ Alors même qu'il existe du droit pénal spécial. Ce dernier ne semble pas opportunément rattachable à la thématique de la vie privée.

¹⁶⁰ Nous pensons particulièrement à la L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

VIII. Annonce du plan

97. La définition de l'objet et des sujets de la notion de « vie privée » précèdera l'étude de sa protection par le droit commun, au prisme des enjeux posés par la spécificité de la relation de soin. La suffisance de la protection commune à assurer le respect de la vie privée du patient sera questionnée (**PARTIE I.**).

98. Par suite, la certitude de l'atteinte physique et morale à la vie privée par la relation de soin sera démontrée, de même que l'opportunité de son encadrement par le droit spécial. Des propositions d'amélioration dudit encadrement seront proposées, au sein d'une analyse qui ne fera pas l'économie de mentionner le contexte socio-économique dans lequel les notions de « vie privée » et de « relation de soin » évoluent actuellement (**PARTIE II.**).

- PARTIE I. -

L'ENCADREMENT PAR LE DROIT COMMUN DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT AU PRISME D'UNE RELATION DE SOIN PARTICULIÈRE

99. Le respect de la vie privée est en France juridiquement assuré par le droit commun¹⁶¹ et le droit spécial¹⁶², de sorte que cette dualité conduit légitimement à questionner son opportunité : le droit commun au respect de la vie privée est-il suffisant à assurer la protection du patient, placé au sein d'une relation empreinte d'une spécificité tout à fait remarquable ?

100. Esquisser une réponse à cette question sera rendu possible par une proposition de définition préalable des notions de « vie privée » - et notamment la différenciation existante entre « élément de la vie privée » et « donnée entrant sous le couvert de la vie privée » - et de « droit au respect de la vie privée », en précisant son contenu, sa nature et ses limites.

101. Cette analyse liminaire permettra par la suite de caractériser l'objet et les sujets de la vie privée (**Titre I.**) et du droit au respect de la vie privée (**Titre II.**), et ce dans le contexte particulier de la relation de soin. Ces éléments de réponse permettront de juger de l'opportunité de la protection spécifique (*v. Partie II.*), l'objectif du présent travail étant de proposer, autant que faire se peut, une amélioration de la protection du patient via l'édiction de droits aisés à mettre en application.

¹⁶¹ Droits civil et pénal.

¹⁶² Droit de la santé.

- TITRE I. -

Objet et sujets de la vie privée au prisme de la relation de soin

102. La vie privée est une notion commune, universelle, souvent comprise mais rarement précisée, de sorte qu'elle soulève d'innombrables interrogations. La compréhension des enjeux de la vie privée nécessite de questionner son objet (*Chapitre I.*) et ses sujets (*Chapitre II.*), plus spécifiquement au sein de la relation de soin.

103. Le présent titre, qui proposera une définition de la « vie privée » ambitionne de répondre aux problématiques suivantes : quelles sont les composantes et l'étendue de la vie privée ? Qui peut s'en prévaloir ? La limitation volontaire du propos juridique vise à permettre une réflexion globale sur l'existence de la vie privée, sur son histoire et son évolution, dans l'objectif d'éprouver son applicabilité au patient.

Chapitre I. Objet de la vie privée et enjeux de la relation de soin

104. La *vie privée*. Comment énoncer les attributs qui la distinguent, qui lui appartiennent ? Comment expliquer son véritable sens ? Comment exposer avec justesse les divers aspects par lesquels il est possible de la considérer ? En d'autres termes, comment la définir ?

105. La vie privée est *a priori* une idée faussement bien représentée. Intimité, secret, pudeur, gêne, honte, quiétude, tranquillité, anonymat, confidentialité : autant d'atomes non exhaustifs qui gravitent au sein de la notion mère, la nourrissent, l'influencent, et rendent son existence possible. Pour certains¹⁶³, ces notions usuelles entrent dans le champ couvert par la vie privée, mais possèdent un tel caractère de généralité qu'elles résistent à tout effort de définition : « Pourquoi toutes les tentatives de cerner un « noyau dur » de la vie privée, un glacié infranchissable, ont-elles échoué sinon parce qu'une telle entreprise est vouée à l'échec ? » Confrontons-nous dès à présent à l'idée selon laquelle la définition d'une notion générale ne peut qu'irréremédiablement constituer une démarche stérile ; tentons d'outrepasser ce « glacié » et de cerner les contours de la vie privée. L'appréhension de la notion et de son étendue se heurte incontestablement à une pierre d'achoppement, qui n'en demeure pas moins franchissable. Si la mise en exergue d'une définition unique et universelle semble utopique - la subjectivité de la notion s'y oppose - gageons que nous pouvons mettre en avant un certain nombre de caractéristiques permettant d'ébaucher plusieurs définitions - souhaitées juridiques - de la vie privée. La méthode retenue privilégie l'énumération des composantes (**Section I.**) et de l'étendue (**Section II.**) de la notion.

106. En outre cette tentative doit être assidûment teintée du contexte singulier de la relation de soin, qui suppose avant tout une rencontre abstruse : « Parfois, c'est dur d'entrer dans la chambre, témoignait Florence Haond, aide-soignante dans une unité de soins palliatifs. Cela me fait éprouver de la culpabilité, le fait d'hésiter à faire des soins. Il m'est aussi arrivé de vomir à la vue d'un patient, et là c'est son regard qui m'a fait dépasser ma répulsion. À travers ses yeux, j'ai vu cette personne autrement que ce que la brutalité de la maladie me proposait. », et de poursuivre : « Je sens que quelque chose se

¹⁶³ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée »,
URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>.

passé en moi, alors dans un premier temps, j'écoute mon ressenti, puis je réfléchis à une « posture d'aide-soignante » pour pouvoir y aller »¹⁶⁴.

107. La relation de soin implique majoritairement l'approche et la rencontre entre deux êtres : répudiant l'imperméabilité, le désintérêt et l'indolence du regard, la rencontre est « l'éthique de la relation entre le même et l'autre, entre le soignant et le soigné » nous dit Paul Ricœur¹⁶⁵. La rencontre serait à la relation ce que l'éthique est à la morale, le souhait d'un parti pris assumé, d'une sensibilité et d'un respect revendiqués : « Vous commencerez par le respect. Vous ne prendrez pas à l'autre ce qui est son bien, ce qui fait partie de sa propre vie, ce qui le fait vivre, ce qui le soutient dans son existence » disait le prêtre, psychanalyste et auteur Maurice Bellet¹⁶⁶.

108. Sans même le revendiquer - comme peut l'être un droit - la notion de vie privée est intimement liée à celle de respect, qui plus est lorsqu'elle a trait à la relation de soin. Après s'être emparé de la définition de la notion mère, il sera démontré de quelles manières le respect, dans sa forme la plus élémentaire, peut être vecteur d'une émulsion qui lui est favorable.

Section I. Définitions des composantes de la vie privée

109. La notion de « vie privée » trouve ses origines dans la distinction classique introduite par Aristote entre la sphère publique - l'activité politique, la cité - et la sphère privée - la vie familiale et l'activité domestique¹⁶⁷. Cette distinction sera reprise par les philosophes anglais John Locke¹⁶⁸ et John Stuart Mill, pour qui la sphère privée est le domaine de l'autogouvernement, opposé au gouvernement par l'État, qui s'impose dans la sphère publique.

110. Pour autant, la notion de vie privée, telle que nous l'appréhendons aujourd'hui dans les sociétés occidentales, est davantage contemporaine. L'article « *The right to privacy* », publié en 1870 dans la « *Harvard Law Review* » par deux juristes américains, Samuel

¹⁶⁴ Entretien avec Florence Haond, interrogée par Sabine Guyard, « La proximité avec les corps des personnes malades », *Jusqu'à la mort accompagner la vie* 2012/2 (n° 109), p. 65-68.

¹⁶⁵ RICŒUR P., *Soi-même comme un autre* (SMCA), Seuil, 1990, p. 382.

¹⁶⁶ BELLET M., « ... Car vous commencerez par le respect », *Christus*, octobre 1974, p. 473.

¹⁶⁷ DECEW J., « Privacy », *Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive*, 9 août 2013, Source : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/privacy/>

¹⁶⁸ LOCKE J., *Two Treatises of Government*, 1690.

Warren et Louis Bradeis, est habituellement considéré comme son acte de naissance¹⁶⁹. Depuis, la doctrine a fait émerger certaines dimensions qui permettent la compréhension de l'analyse de la vie privée ; il s'agit habituellement du secret, de la tranquillité, de l'intimité et de la pudeur ; nous y adjoindrons le regard et le toucher. Autant de composantes à répartir en deux sous-catégories, au vu de leurs caractéristiques morales (1°§.) et physiques (2°§.).

111. De même, la philosophe suédoise Sissela Bok¹⁷⁰ distingue trois niveaux de vie privée, conçue comme la capacité à se prémunir contre tout accès à son domaine privé : la vie privée physique¹⁷¹, la vie privée informationnelle¹⁷², et la vie privée au niveau de l'attention¹⁷³. Il semble pour notre part que la vie privée physique et la vie privée informationnelle - ou morale - soient à la base de la classification de la vie privée, et qu'il puisse même être envisagé, sur ce modèle, deux catégories de vie privée. Ce postulat, couplé à l'apparente existence de différentes dimensions de la vie privée, permet d'avancer l'idée selon laquelle : « L'indéfinition de la vie privée tient notamment aux statuts mêmes de la notion, qui peut désigner alternativement une revendication de la part des individus ou de la société civile, une situation de fait, une forme de contrôle, un droit garanti légalement ou encore une valeur morale en soi. Elle renvoie également à deux dimensions : physique et morale »¹⁷⁴.

1°§. Composantes morales de la vie privée

112. Vie privée. La majorité de la doctrine s'accorde à reprendre sur ce point la définition de Samuel Warren et Louis Bradeis, pour lesquels la vie privée est caractérisée par la capacité d'un individu à contrôler la collecte et l'utilisation de ses informations personnelles. Les individus seraient par conséquent plus ou moins capables de garder secrets certains aspects de leur existence, et de contrôler personnellement les divulgations faites aux tiers avec lesquels ils interagissent.

¹⁶⁹ WARREN S., BRADEIS L., « The right to privacy », Harvard Law Review, n° 5, 15 déc. 1890.

¹⁷⁰ BOK S., *Secrets : On the Ethics of Concealment and Revelation*, Pantheon, New York, 1982.

¹⁷¹ *Physical seclusion*, ou la capacité à être séparé de la compagnie des autres.

¹⁷² *Information privacy* : ne pas être soumis à l'observation d'autrui.

¹⁷³ *Attentional privacy* : ne pas être gêné par les sollicitations, en particulier pour des motifs commerciaux.

¹⁷⁴ ROCHELANDET F., *Économie des données personnelles et de la vie privée, I. Définition : vie privée et données personnelles*, 2010, Éd. La Découverte.

113. L'économiste américain Jack Hirschleifer¹⁷⁵ considère la vie privée comme : « le désir humain (...) d'indépendance par rapport au contrôle des autres (...), de contrôler sa propre personne et son propre temps ». Un individu peut être plus ou moins concerné par les tentatives de surveillance et de contrôle externes exercées par autrui ; il accordera dès lors une importance particulière aux décisions relatives à sa propre vie, et notamment celles relatives à son intimité, au secret des informations le concernant, et plus globalement à sa vie privée. Cette dimension constituerait, selon Hirschleifer, le principe fondateur de l'organisation des sociétés modernes. En revanche, certains auteurs écartent cette dimension sociétale, qui dominerait le simple cadre de la vie privée, pour avoir trait aux droits fondamentaux, au sein desquels figurent la liberté d'expression, l'intégrité physique, l'interdiction de diffamation ou l'inviolabilité de la propriété privée¹⁷⁶.

114. Vie privée et liberté. Certains économistes mettent en lumière la dimension susmentionnée de pouvoir personnel intentionnel, en y adjoignant une teinte de suspicion ; la vie privée serait ainsi un comportement visant à dissimuler volontairement des données personnelles. D'autres auteurs envisagent au contraire la notion dans une perspective plus favorable, en l'associant à une liberté individuelle : « L'essence de la vie privée est ni plus (et certainement) ni moins que la liberté pour un individu de choisir pour lui-même le temps et les circonstances sous lesquels, et plus fondamentalement, la mesure dans laquelle ses attitudes, croyances, comportements et opinions doivent être partagés avec ou cachés des autres »¹⁷⁷.

115. Se pose dès lors la question légitime relative à l'assimilation de la liberté à une condition d'exercice - voire d'existence - de la vie privée. À ce sujet, et bien qu'un lien incontestable existe entre les deux notions, il semble bienheureux d'arguer que la liberté ne saurait sérieusement constituer un prérequis à l'existence de la vie privée. Une telle affirmation est le fruit d'une réflexion particulière ; en effet, et en dépit de ce qui vient d'être avancé, la vie privée a pu être définie comme le droit pour un individu d'être : « libre de mener sa propre existence comme il l'entend avec le minimum d'ingérences

¹⁷⁵ HIRSCHLEIFER J., « The private and social value of information and the reward to inventive activity », *American Economics Review*, vol. 61, n° 4, 1971, p. 561-574 ; « Privacy : its origin, function, and future », *Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 4, 1980, p. 649-664.

¹⁷⁶ V. en ce sens : EPSTEIN R.A., « A taste for privacy ? Evolution and the emergence of a naturalistic ethic ? », *Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 4, 1980, p. 665-681 ; POSNER R.A., « The right of privacy », *Georgia Law Review*, vol. 12, n° 3, 1978, p. 393-422.

¹⁷⁷ RUEBHAUSEN O.-M., BRIM G.-O., « Privacy and behavioral research », *Columbia Law Review*, vol. 65, n° 7, 1965, p. 1184-1211.

extérieures »¹⁷⁸. Est-ce à dire pour autant qu'un individu - totalement ou partiellement - privé de liberté, tel que peut l'être le patient en certaines situations, se voit contraint à n'avoir qu'une vie publique ? Considérer que la liberté conditionne la vie privée¹⁷⁹ fait de l'individu qui n'est plus libre un être dont les actes et pensées ne relèvent plus de sa vie privée, ce postulat le plaçant : « dans un état de sujétion incompatible »¹⁸⁰. Considérer la liberté comme un prérequis à la revendication d'une vie privée semble malvenu. En effet, analyser la liberté comme une entité impérieuse à la vie privée demeure controversé, car une partie des éléments de la vie privée, dont la santé, ne peut sérieusement être rattachée à la capacité à exercer une liberté. Précisons, à titre d'exemple, que l'édition de clichés sur lesquels apparaissent des individus dont la liberté se trouve altérée - à savoir des personnes en situation de handicap mental - « dans l'intimité de leur existence quotidienne à l'intérieur des établissements où ils vivent (...) constitue (...) une atteinte illicite à l'intimité de leur vie privée »¹⁸¹. La liberté - son exercice et sa revendication - ne saurait dès lors constituer la condition *sine qua non* à l'existence de la vie privée. Plus généralement, l'exclusion d'individus, pour des motifs variés, du champ de la vie privée, ainsi que le conditionnement de l'existence de la vie privée à l'exercice d'une autre notion fondamentale, ne semblent pas souhaitables. Les liens entre ces notions doivent être respectés, au même titre que leur indépendance.

116. Vie privée et secret. À l'image de la liberté, la vie privée est fréquemment reléguée à l'échelle du secret. Cette analogie précipitée tire son fondement du fait que le « privé » et le « secret » peuvent être respectivement opposés au « public » (*Sur la définition de la vie privée par le biais de l'opposition à la vie publique : v. infra*). Néanmoins, le secret renvoie majoritairement à des actes distincts de la vie privée¹⁸² ; dans la plupart des cas, le secret est un outil qui permet à la vie privée - si ce n'est de s'épanouir - d'être *de facto* respectée. Il est un élément indépendant de la vie privée et ne peut y être assimilé. En

¹⁷⁸ Définition donnée par M. le Professeur Strömholm de l'Université d'Uppsala (Suède) et adoptée par le Congrès des juristes des pays nordiques tenu à Stockholm les 22 et 23 mai 1967. Cette définition a été reprise dans les motifs de la cour d'appel de Paris, 7ème ch., 15 mai 1970, D. 1970, 466, concl. Cabannes, obs., P.A. ; H.M., in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...*, Op. cit.

¹⁷⁹ FERRIER D., *La protection de la vie privée*, Thèse de doctorat en Droit, Toulouse I, 1973, n° 5 p. 12, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

¹⁸⁰ FERRIER D., *Ibid.*, p. 26, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

¹⁸¹ C. cass., civ., 1, 24 fév. 1993, D. 1993, 614, note T. Verheyde, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

¹⁸² A titre d'ex. : Secret industriel ou secret défense.

outre, le *privé* peut être particulier et singulier, sans être fatalement tenu secret. La vie privée se conçoit à travers l'étalage public d'éléments privés, tels que l'identité, les opinions ou le mode de vie. Pour autant, cette liberté de « sortir » du secret un élément privé ne va pas sans questionnements. Un individu peut, certes, décider de manière autonome sous quelles conditions il révèle ouvertement certains aspects relatifs à sa vie privée ou, au contraire, les étouffe. Pour d'autres aspects, il subira les foudres des contraintes sociales relatives aux normes, aux coutumes, aux pressions anthropologiques et autres procédures et législations : « le particulier tend à être opposé de manière négative au général, et peut ainsi être soupçonné de représenter un écart par rapport à lui »¹⁸³. Le secret est donc une notion opposable au public, mais non assimilable et intégré au privé, et, *a fortiori*, à la vie privée, en ce sens qu'il permet uniquement sa réalisation, mais ne la concerne pas toujours.

117. Le secret est une notion proprement humaine¹⁸⁴. Le présent travail n'aurait d'ailleurs que trop peu d'intérêt s'il ne concernait pas exclusivement l'être humain. Le philosophe Éric Fiat indique que le fait d'être à la fois un esprit et un corps rend la vie de l'Homme sans nul doute plus difficile et particulière que celle des autres vivants, de sorte que l'opposition du corps et de l'esprit, qui lui est propre, appelle l'opposition de l'intériorité et de l'extériorité. Si tous les êtres vivants ont un intérieur, l'intériorité n'est pour sa part pas universelle, de sorte que tout ce qui est intérieur s'extériorise inéluctablement chez certains êtres vivants¹⁸⁵. Le secret constitue la parfaite illustration de l'intériorité humaine, mise en lumière par ce que l'Homme dit de lui, garde pour lui, et conserve - parfois inconsciemment - en lui¹⁸⁶.

118. Vie privée et tranquillité. La vie privée peut également évoquer la possibilité de ne pas être dérangé dans son quotidien, en bénéficiant d'une zone de quiétude au sein de laquelle il est légitime d'espérer être protégé contre l'intrusion des autres. Cette dimension

¹⁸³ DEMEULENAERE P. « Les difficultés de la caractérisation de la notion de vie privée d'un point de vue sociologique », 2002, in TABATONI P. (dir.), *La Protection de la vie privée dans la société d'information*, PUF, Paris, T. 3, 4 et 5, p. 199-206.

¹⁸⁴ Sur le fait de savoir s'il en va de même pour la vie privée : v. *infra*.

¹⁸⁵ V. en ce sens : FIAT É., « Pudeur et intimité », *Gérontologie et société* 2007/3 (n°122), p.23-40. DOI 10.3917:gs.122.0023, qui cite l'exemple d'une plante, entraînée vers l'extérieur par la lumière, qui irrésistiblement l'oblige à se développer et à s'extérioriser : il n'y a dès lors pas d'intériorité de la plante, précisément parce que tout ce qui fut intérieur fatalement s'extériorise.

¹⁸⁶ « Il s'agit d'une référence à l'inconscient, tant est vrai que l'Homme n'est pas transparent à lui-même, abritant au fond de lui des secrets qu'il ne sait même pas abriter » : FIAT É., *Ibid*, p. 27.

diffère du secret, car contrairement à lui, elle n'implique pas nécessairement la volonté de dissimuler des aspects de sa vie ; elle sous-entend en revanche l'existence d'un contrôle sur l'accessibilité à soi. Composante de la vie privée, la tranquillité démontre que la notion même sous-entend un contrôle personnel, et une capacité à le mettre en application¹⁸⁷.

119. Vie privée et intimité. Le juriste et Professeur de droit public Jean Rivero définit la vie privée par rapprochement à la notion d'intimité. Il s'agirait dès lors d'une « zone d'intimité propre à chacun ; une sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié »¹⁸⁸. Cette zone d'intimité jouerait le rôle particulier de contrepoids face à l'intrusion des autres et de l'autorité étatique. La notion de vie privée dépasserait alors le seul cadre territorial privé - le domicile - pour inclure une acception relationnelle - la correspondance, les rencontres - communicationnelles - la presse, les informations - corporelles et spirituelles - sur soi transmises individuellement ou par des tiers¹⁸⁹.

120. L'intimité fait également référence, dans son acception commune, au rapport personnel qu'un individu aura développé avec son corps - et, par extension, son esprit. En effet, secrètes sont certaines parties du corps humain, parties cachées, et qui se veulent *intimes* - soit les plus intérieures¹⁹⁰. Les parties intimes sont celles qui ne sont jamais dévoilées en extérieur sans une certaine pudeur, une gêne presque naturelle, au même titre que les pensées secrètes, dont le rattachement à l'intimité peut être justifié par le fait qu'elles représentent l'intériorité humaine. Mais l'intimité ne peut se penser comme exclusivement tournée vers le dedans ou le dehors. Par son intériorité, l'homme prend conscience de soi et de son identité, il assume son histoire et sa construction personnelles. Par son extériorité, il embrasse le monde et autrui, se construit de savoirs, d'envies et de déterminations. L'intimité est parcourue par ces deux aspects antinomiques et additionnels. Le corps humain révèle et témoigne de l'assemblage de l'intérieur et de l'extérieur. Cette conception duale de l'intimité est à mettre en corrélation avec la coexistence des acceptions physique et morale - précédemment évoquées - naturellement incluses dans la vie privée.

¹⁸⁷ La question relative à la vie privée de la personne vulnérable se pose donc légitimement.

¹⁸⁸ Cité par BEIGNER B., « Vie privée et vie publique », *Légipresse*, n° 124, p. 67, 1985.

¹⁸⁹ Sur le contenu et l'étendue de la vie privée : v. Section II du présent chapitre.

¹⁹⁰ L'adjectif *intime* provient du superlatif latin *intimeo* - le plus intérieur.

121. En matière sanitaire, l'intimité appelle des problématiques qui trouvent un écho majoritaire en établissement de santé : « Ici ? J'aurais tendance à vous dire que ça n'existe pas, ici. L'intimité, dans un lieu collectif comme ici... Depuis quinze ans que je travaille en EHPAD, je crois que j'ai tout vu. Même entre nous, soignants, j'ai l'impression par moments qu'il n'y a pas d'intimité possible. Que tout le monde sait tout sur tout le monde. Bref, j'aurais tendance à vous dire que c'est bien le dernier mot à dire ici, « intimité », et pourtant... Et pourtant, même le plus désinhibé de nos patients - et je parle pas que de montrer son corps, n'est-ce pas, vous m'avez compris -, je sens qu'il a son intimité, qu'il a quelque chose, un espace, un je ne sais pas comment l'appeler, qui lui appartient toujours, qui n'appartient qu'à lui, sur lequel on n'a pas le droit d'aller sans lui »¹⁹¹. Précisons d'ores et déjà que l'intimité, au même titre que la vie privée, trouve un écho dans la législation commune et spécifique¹⁹².

122. La vie privée est composée d'éléments moraux qui ont trait à l'esprit humain : liberté, secret, tranquillité et intimité. Ces notions assurent les fondements de la vie privée, mais ne sont pas absorbées par elle - ni entre elles. De tels éléments, au caractère plus ou moins physiques, trouvent également une place de choix aux côtés de la notion mère.

2°§. Composantes physiques de la vie privée

A. La pudeur

« Avec impudeur, ces commères lorgnaient même un endroit précis que, rigoureusement, ma mère m'a défendu de nommer ici. »

Georges BRASSENS¹⁹³

123. Gaëlle Deschodt nous indique que dans *Consolation à Helvia*, Sénèque assimile la pudeur à la vertu féminine par excellence¹⁹⁴ : « À tes yeux l'unique parure, la beauté suprême et qui nargue toutes les atteintes du temps, l'ornement le plus glorieux d'une femme, c'est la pudeur ». Hérodote précise néanmoins que : « La pudeur des femmes

¹⁹¹ PÉLISSIER J., « Intimités », *Gérontologie et société* 2007/3 (n° 122), p. 11-22. DOI 10.3917/gs.122.0011.

¹⁹² C. civ., art. 9 ; CSP, art. L. 1110-4 ; CASF, art. L.311-3-1 ; sur le droit au respect de la vie privée, v. Titre II de la présente partie.

¹⁹³ *Le gorille*, auteur : G. Brassens, compositeur : Eugène Metehen ; album *La mauvaise réputation*, 1952.

¹⁹⁴ V. en ce sens : DESCHODT G., « La pudeur, un bilan », *Hypothèses* 2010/1 (13), p. 95-105.

tombe avec leur vêtement »¹⁹⁵. Dans la société occidentale actuelle, la pudeur peut s'apparenter à une valeur démodée - preuve de son caractère changeant et évolutif. Les événements de mai 68 et la revendication afférente de la libre disposition de son corps et de son esprit¹⁹⁶ ont créé le terme de *pudibonderie* : « réserve excessive et généralement déplacée notamment en ce qui concerne les choses relatives à certaines parties du corps et au sexe »¹⁹⁷.

124. Une définition unique de la pudeur est difficile à donner, bien qu'elle semble correspondre à l'attitude de retenue entravant la parole ou l'action qui ébranlerait les codes sociaux. Elle est inséparable du corps, de la sexualité, du désir et de la relation à autrui, régis par des convenances comportementales. La pudeur est-elle une norme sociale imposée, qui influencerait sur notre conception et notre revendication de vie privée ? Le dictat de la pudeur - si tant est qu'il existe - influencerait l'acception subjective et consciente de notre rapport au privé. Soulignons, chronologiquement, l'allure évolutive et historique de la notion.

125. *Historique chronologique de la pudeur.* Lorsqu'il est question de pudeur, il est permis de faire référence au mythe de la Genèse, au début de la Bible. Ce mythe de la tentation, de par son étroit rapport à la pudeur, questionne la notion. Un homme et une femme vivent seuls avec Dieu. Rien ne saurait leur manquer, puisqu'ils : « vivent dans l'intimité d'un être parfait, bon et infini, dont l'être est constitué d'une infinité de perfections infinies dont chacune reflète toutes les autres : Dieu lui-même »¹⁹⁸. Pourtant, Adam et Eve prirent le risque de tout perdre, tentés par les promesses du *nahash*¹⁹⁹, attirés par le fruit défendu de l'arbre de la connaissance. Or, « comment oublier que leur première réaction fut une réaction de pudeur ? » nous rappelle Éric Fiat : « Alors ils connurent qu'ils étaient nus (...) et la gêne qu'ils en éprouvèrent fit venir sur leur sexe une feuille - de vigne

¹⁹⁵ HÉRODOTE, *Histoires*, I, 8 - Ve s. av. J.-C.

¹⁹⁶ V. en ce sens : SELZM., *La pudeur, un lieu de liberté*, Paris, 2003, p. 9, 15-32.

¹⁹⁷ ATILF, *Trésor de la langue française informatisé*, consultable à l'adresse ci-après : <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm> ; A. REY, « pudeur », dans *Dictionnaire culturel en langue française*, ID. dir., Paris, 2005, p. 2225.

¹⁹⁸ FIAT É, « Pudeur et intimité », *Gérontologie et société* 2007/3, *Préc.*

¹⁹⁹ Le *nahash* est un terme hébreu qui désigne un serpent dans la Bible. C'est notamment le terme utilisé pour désigner le serpent de la Genèse, qui entraîne la chute d'Adam et Ève. C'est aussi la formule retenue dans l'épisode de la transformation du bâton de Moïse en serpent, dans le livre de l'Exode, et dans l'épisode du serpent d'airain dans le livre des Nombres.

ou de figuier selon les récits²⁰⁰ ». Revenant vers eux, Dieu interpelle l'homme : « Où es-tu Adam ? », ce à quoi celui-ci répondit qu'il s'était caché à la vue de sa propre nudité, visible de lui et d'Ève²⁰¹. De cet épisode biblique il est permis de conclure que « la pudeur est à l'origine, selon une certaine croyance, du processus de civilisation²⁰² ». La consommation du fruit de l'arbre de la connaissance a donc, avant toute autre chose, apporté la conscience de soi. Cette même conscience, par laquelle l'Homme se distingue de l'animal en ayant franchi le « stade du miroir »²⁰³, sera particulièrement plébiscitée en certaines occasions, telle que la relation de soin ; le présent sujet d'étude n'aurait aucun intérêt si l'Homme n'avait pas conscience de soi et, *a fortiori*, de l'enveloppe charnelle que constitue son corps²⁰⁴.

126. Les siècles passant, un texte de 1815, « Qu'est-ce que la pudeur ? »²⁰⁵ fait l'effort de nombreuses tentatives de définition d'une notion difficilement cernable, bien que notre instinct nous berce inconsciemment dans l'agréable illusion de savoir ce dont il s'agit. Chasteté, discrétion, décence, retenue, modestie, réserve...autant de qualificatifs historiques de vertus féminines. Le style est allégorique, figuré, et présente généralement la notion de la sorte : « La pudeur est un tact mis en avant de toutes nos perceptions, et pour ainsi dire hors de nous... »²⁰⁶. Réaction inconsciente ou mise en scène, il semble bien pénible de trancher.

127. *Pudeur inconsciente et pudeur sociale.* La pudeur serait l'instinct de l'âme, celle-ci se mouvant au contact de ce qui pourrait la heurter par des « impressions trop vives » ou des « clartés prématurées »²⁰⁷. Elle met en retrait nos sens mais leur donne une densité certaine, protégeant autant ce qui peut être extériorisé que nos propres émois. Réaction

²⁰⁰ FIAT É, « Pudeur et intimité », *Gérontologie et société* 2007/3, *Préc.*

²⁰¹ Bible, Genèse 3:10 : « Il répondit: J'ai entendu ta voix dans le jardin, et j'ai eu peur, parce que je suis nu, et je me suis caché ». Dieu, comprenant que ce sentiment nouveau ne pouvait qu'être dû à la connaissance acquise grâce au fruit défendu, chassa les deux êtres du jardin d'Eden », cité par : FIAT É, « Pudeur et intimité », *Gérontologie et société* 2007/3, *Ibid.*

²⁰² FIAT É, « Pudeur et intimité », *Gérontologie et société* 2007/3, *Ibid.*

²⁰³ Le stade du miroir est un terme utilisé par plusieurs psychologues et psychanalystes, tels que Henri Wallon, suivi de René Zazzo, Jacques Lacan, D.W. Winnicott ou Françoise Dolto. Cette réflexion cherche à préciser comment la conscience de soi se crée et fonctionne.

²⁰⁴ Quid dès lors de la personne qui n'en a pas conscience ?

²⁰⁵ JOUBERT J., « Qu'est-ce que la pudeur ? », *Essais, pensées et maximes*, Paris, A.-G. Nizet, 1983, p. 230 sq.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 232.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 232.

inconsciente ou délibérément modelée par l'Homme ? Une certaine doctrine assimile la pudeur à une notion exclusivement humaine ; une sorte d'édifice social personnel et collectif, dont l'évolution serait irrécusable. Le sociologue allemand Norbert Elias a mis en corrélation le développement de la modernisation et l'effort sociétal de discipline. Depuis la Renaissance, la pudeur se dissimule dans l'apparente maîtrise corporelle et comportementale en communauté. Elle crée un engouement pour le contrôle, physique et moral, et réprime la pulsion²⁰⁸. Au prisme de cette analyse, la pudeur ne semble pas innée. Il est en effet bien incertain que l'enfant questionne son image avec angoisse. « A-t-on jamais vu l'enfant se désoler de son visage ? », nous questionne Éric Fiat²⁰⁹. Dans les premiers temps de l'enfance, la pudeur n'est pas réellement développée, comme cela fut le cas un jour au jardin d'Eden. Il faut ensuite attendre un certain temps, non défini, pour que la plénitude corporelle cède la place à la mésestime, à la distinction entre le corps physique et le corps social. « L'homme ne rougit de rien quand il est seul ; la pudeur ne commence en lui que quand on le surprend, ce qui prouve que la pudeur n'est qu'un préjugé ridicule, absolument démenti par la nature. L'homme est né impudique. L'impudicité tient à la nature ; la civilisation peut bien changer ses lois, mais elle ne les éteint jamais dans l'âme des philosophes »²¹⁰. Est-ce à dire pour autant que la pudeur est un mécanisme purement social, uniquement dû au processus de civilisation visant à distancer l'Homme de la nature ?

128. Cette position est à nuancer, au vu notamment d'un autre courant doctrinal, qui aborde la pudeur au prisme de l'inconscient et du naturel. L'anthropologue allemand Hans Peter Duerr récuse la codification comportementale mise en lumière par Norbert Elias, en incriminant l'approche pro-occidentale et simpliste de la civilisation. La pudeur trouverait alors son essence dans une communauté culturelle propre à toute société, visant à s'émanciper de l'animalité par l'obreption anatomique. Ce processus serait rendu possible par la conscience de soi et de son corps : cette conscience semble être la condition *sine qua non* à l'existence - et à la revendication - de la pudeur - et, *a fortiori*, de la vie privée. À la

²⁰⁸ ELIAS N., *La Civilisation des mœurs*, Paris, 1973, p. 80, 101-120, 153-155, 192-194 (1^{ère} éd. 1939).

²⁰⁹ V. en ce sens : FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.* p. 32 : « L'implantation erratique de ses dents l'amuse, quand elle est pour l'adolescente en mal d'amour une catastrophe irrémédiable. Les pustules qui recouvrent son front au moment de la varicelle l'intéressent, quand le moindre bouton d'acné est pour l'adolescent signe avant-coureur d'un fatal destin nervalien... ».

²¹⁰ SADE D.A.F., *Les infortunes de la vertu*, préf. de ABRAMOVICI J.-C. et DELON M., Paris, CNRS, Éd. Zulma, coll. « Manuscrits », 1995 ; manuscrit initial : Tome V, p. 111, cité par : FIAT É., « Pudeur et intimité », *Ibid.*

différence de l'animal, l'Homme, du fait de sa conscience, ne laisse pas son corps dans l'état où la nature le lui donne²¹¹, et l'habille habituellement de pudeur. Éric Fiat souligne qu'à la lumière de la diversité culturelle, façonner son corps, ou le vêtir, ne peut être résumé à le couvrir d'une feuille de figuier²¹² : « l'étui pénien, l'épilation du crâne comme du pubis, les breloques, la tache de peinture sur le front sont également des manières de ne pas laisser le corps à l'état de nature »²¹³, preuve qu'il existe, en sus de son histoire, une géographie et une culture de la pudeur, au même titre qu'il existe des variations d'interprétation et de représentation de la vie privée. De même, ces deux notions ne sont pas immédiates, de sorte qu'elles se façonnent progressivement - au même titre que la conscience de soi. La pudeur fait donc partie de la nature profonde de l'Homme : celle d'un être graduellement conscient de son esprit et de son corps.

129. Notion culturellement mise en scène ou inconsciemment propre à l'Homme ? La pudeur interroge et semble échapper à tout effort de choix unique ; si l'influence sociale est indiscutable, le caractère inconscient et universel - bien que propre à l'Homme - de la pudeur n'est pas dénué de sens ; en témoigne la réaction malaisée face à la nudité, parfois même à l'abri de tout regard : être nu face à soi-même peut faire croître une gêne inexplicable, appelant naturellement la réaction pudique. Il semblerait donc que la notion oscille entre les deux visions évoquées.

130. Définitions de la pudeur. La définition de la pudeur par le *Dictionnaire historique de la langue française*²¹⁴ est intéressante : « Le mot désigne un sentiment d'appréhension à l'égard de ce qui peut blesser le respect que l'on a pour soi-même. Spécialement un sentiment de gêne éprouvé à faire, à être témoin ou à envisager un acte de nature sexuelle ». Cette définition est datée de 1580, et illustre parfaitement le caractère dual de la notion, et la relation privilégiée qu'elle entretient avec d'autres concepts : moral - respect pour soi - et physique - acte sexuel.

²¹¹ V. en ce sens : FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.* : « Le poil ne se porte pas long chez les castors une année, court l'année d'après ! Pas d'épilation, de rasage, de mutilation, de vêtements chez nos compagnons à poils et à plumes. Salvador Dali ne portait pas ses moustaches comme le singe capucin les siennes ; le capitaine Haddock ne portait pas sa barbe comme l'ours brun la sienne. Et Giono disait magnifiquement que si la nature, ou les dieux, ont inventé les odeurs, l'homme seul a inventé les parfums ».

²¹² Ou de vigne, selon les textes.

²¹³ FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.*, p. 25.

²¹⁴ REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2000.

131. Le Dictionnaire Littré définit la pudeur comme une : « honte honnête causée par l'appréhension de ce qui peut blesser la décence »²¹⁵. Le caractère succinct de cette définition doit être mis en corrélation avec la complexité de sa portée : « Si la notion existe, le champ lexical de son expression varie selon les époques. La langue grecque connaît le mot *aidôs*, terme complexe signifiant à la fois le sentiment de l'honneur, la honte, la modestie, la pudeur, la crainte, le respect, les organes sexuels. Il exprime une émotion caractérisée par des réactions physiques, comme rougir, et implique un comportement caractéristique en réponse²¹⁶ (...) Le latin connaît le terme *pudicitia*, vertu, chasteté, pudeur. Si *Pudicitia* est la déesse honorée par les matrones²¹⁷, elle touche également les hommes : la norme exprimée par la communauté romaine veut que les citoyens fassent preuve de *fides* (fidélité), soient pleins de *pietas* (piété) et de *pudor*. La pudeur fait partie de l'identité civique²¹⁸. Saint Augustin utilise également le terme, souvent traduit par le mot pudeur, alors qu'il recouvre plusieurs notions, comme l'*aidôs* grec, enrichi du respect d'une loi religieuse. La pudeur²¹⁹ est en effet un élément important de la religion chrétienne à partir du péché originel »²²⁰.

132. Le Professeur Py remarque que « la « *pudor* » latine confine tout à la fois à la gêne, la timidité, la retenue, la confusion, voire au sentiment de honte »²²¹. La pudeur « touche le corps et le cœur, pose une limite, signifie un retrait. Elle est l'écart. Elle a part à l'intime, suggère un secret qu'elle serait bien en peine de nommer, s'interpose, impose distance et respect »²²². Elle trouve illustration dans des yeux qui cèdent, une peau qui s'empourpre, des mains qui cachent un corps auquel elles appartiennent. La pudeur s'oppose au brusque déshabillage corporel, ou à celui d'une émotion, d'un dessein ou d'une pensée qui devrait rester cabalistique. Si l'intention ésotérique est consciente, la pudeur n'est parfois pas

²¹⁵ Déf. « Pudeur », dict. Littré.

²¹⁶ CAIRNS D., *Aidôs. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford, 1993, p. 5-10. – FERRARI G., *Figures of Speech. Men and Maiden in Ancient Greece*, Chicago, 2002, chap. 3.

²¹⁷ TITE LIVE, X, 23, 3-7, relatant pour l'année 295 av. J.-C. l'instauration d'un autel de la pudeur plébéienne.

²¹⁸ CORDIER P., *Nudités romaines : un problème d'histoire et d'anthropologie*, Paris, Les Belles Lettres, 2005, p. 10, 19.

²¹⁹ Dict. Gaffiot, <http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>, V° *Pudor*, *Oris* : « sentiment de pudeur, de honte, de réserve, de retenue, de délicatesse, de timidité ».

²²⁰ DESCHODT G., « La pudeur, un bilan », *Op. cit.*

²²¹ COURTAULT, *Histoire de la pudeur*, in PY B., (ss dir.), *La pudeur et le soin*, PUN, 2011, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 8.

²²² « Pudeur », *Études* 2001/2 (Tome 394), p. 180-196.

préméditée. Siégeant entre la chair et l'esprit, la pudeur compose également avec le volontaire et le mécanique²²³.

133. S'il est une caractéristique de la pudeur qui découle des observations jusqu'alors énoncées, c'est bien sa double acception physique et morale : la pudeur touche le corps et le cœur, siége entre la chair et l'esprit, et compose avec le volontaire et le mécanique. La pudeur s'oppose au brusque déshabillage corporel, ou à celui d'une émotion, d'un dessein ou d'une pensée. Cette dualité, qui trouve également écho auprès de la notion mère de *vie privée*, est renforcée par le caractère « genré » attribué à la pudeur par les sociétés contemporaines. Hommes et femmes divergeraient dans leurs réactions pudiques. Cette idée s'est construite à partir de l'identité sexuelle²²⁴ ; il s'agirait pour les femmes d'une accointance corporelle, alors que les hommes n'auraient qu'à nuancer, voire censurer la formulation de leurs émotions. Bien que nous ne partagions pas cette vision « genrée », celle-ci a le mérite d'asseoir l'existence du caractère dual de la pudeur - et *a fortiori* de la vie privée : physique pour la femme, morale pour l'homme. Pour certains auteurs, la pudeur est la conséquence de la dualité humaine corps/esprit, et, plus encore, de la conscience de cette dualité. Elle a trait à l'enveloppe charnelle qui nous représente, avant toute autre chose, en société, et qui peut être atteinte à de multiples occasions. La maladie porte une atteinte incontestable à la dimension esthétique de l'image de soi. Elle entretient de ce fait un rapport tout à fait particulier avec la pudeur corporelle, plus encore du fait que la relation de soin suppose l'observation et le regard, conséquences de la rencontre.

134. Pour la psychomotricienne Catherine Potel Baranes, la pudeur est conditionnée par l'existence d'autrui, et du regard qu'il peut porter sur nous. La pudeur semble être un double égard, pour soi et pour l'autre : « On ne peut pas être pudique sans être assuré qu'il y a un autre qui existe »²²⁵. La pudeur s'effacerait devant l'absence d'une confrontation à autrui. La pudeur demeure un phénomène exclusivement humain et social ; ce dernier

²²³ V. en ce sens : VASSE D., « Un monde sans pudeur ? », *Études* 2002/2 (Tome 396), p. 197-205.

²²⁴ THEBAUD F., « Genre et histoire en France. Les usages d'une catégorie d'analyse », in *Hypothèses 2004. Travaux de l'École doctorale d'histoire de l'Université Paris I*, Paris, 2005, p. 267-276 ; V. SEBILLOTTE CUCHET, « Les antiquistes et le genre », in *Problèmes du genre en Grèce ancienne*, V. SEBILLOTTE CUCHET et N. ERNOULT éd., Paris, 2007, p. 11.

²²⁵ POTEL BARANES C., « Intimité du corps. Espace intime. Secret de soi », *Enfances & Psy* 2008/2 (n° 39), p. 106-118. DOI 10.3917/ep.039.0106.

suppose tant l'entorse à l'interdit²²⁶ que le désir : « La feuille de figuier fut un grand progrès dans la civilisation : outre la décence, elle permit le désir. L'objet étant désormais soustrait aux sens, put devenir objet de désir »²²⁷. Seule la sociabilité de l'Homme, et sa différenciation de l'animal, lui permet d'exister : « L'homme ne rougit de rien quand il est seul ; la pudeur ne commence en lui que quand on le surprend, (...) »²²⁸. Bien que nous partagions majoritairement cette allégation, il nous paraît envisageable de souligner à nouveau la possibilité d'être pudique envers soi-même.

135. Il est communément admis néanmoins que la pudeur est le moyen de prendre acte de sa propre intimité et de celle de l'autre. Son existence est conditionnée par le fait de s'être construit en tant que sujet. Par extension, respecter la vie privée, c'est respecter la construction du sujet humain. Contrairement aux animaux, nous ne fonctionnons pas - dans l'immense majorité des cas - avec des signes, des couleurs et des odeurs. L'être humain se plaît à croire, du moins, qu'il a fait un pas de plus. La pudeur est ainsi le signe de l'humanité : « Adam et Ève n'avaient pas honte d'être l'un devant l'autre. Ce n'est qu'après avoir été chassés du paradis qu'ils ont pris conscience qu'ils étaient nus et se sont vêtus. La situation originelle ressemble plus, au moins selon la Bible, à une absence de pudeur qu'à une impudeur. La pudeur est universelle : on la retrouve comme signe d'humanité dans différentes cultures et elle fait l'objet de nombreux mythes et récits, notamment dans l'épisode de l'Odyssée où après son échouement, Ulysse se présente à Nausicaa en voilant son sexe et en lui parlant de loin »²²⁹.

136. *Le regard.* Se voir par le regard des autres, dans certaines affections - notamment la psychose - est quelque chose d'épouvantable, du fait qu'on ne lit rien de familier dans les yeux de l'autre, « un regard qui vous voit comme le prédateur voit sa proie »²³⁰. La corrélation existante entre regard et pudeur est cartésienne. L'historien Arnaud Baubérot a analysé cette corrélation sous le prisme du naturisme et du nudisme. Ses observations l'ont

²²⁶ BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*

²²⁷ KANT, *Critique de la faculté de juger*, cité par FIAT É, *Op. cit.*

²²⁸ DE SADE D.A.F., *Juliette ou les infortunes de la vertu* : « Et le « Divin Marquis » de poursuivre : « Ce qui prouve que la pudeur n'est qu'un préjugé ridicule, absolument démenti par la nature. L'homme est né impudique. L'impudicité tient à la nature ; la civilisation peut bien changer ses lois, mais elle ne les éteint jamais dans l'âme des philosophes », cité par : FIAT É, *Op. cit.*

²²⁹ SALBREUX R., *pudeur et handicap*, in MISSONNIER S., *Honte et culpabilité dans la clinique du handicap*, Erès, coll. « Connaissances de la diversité », 2012, p. 49-65. DOI : 10.3917/eres.valla.2008.03.0049.

²³⁰ FREYMANN J.-R., PATRIS M., « 4. Honte et pudeur », in FREYMANN J.-R., *De la honte à la culpabilité*, ERES « Hypothèses », 2010, p. 59-68. DOI 10.3917/eres.freym.2010.01.0059.

conduit à considérer dans un premier temps la pudeur comme une notion éducationnelle visant à l'autocensure corporelle. Au contraire, la confiance et la commodité du nudiste assoiraient l'empreinte naturelle de la nudité. Pourtant, des accords ceignent étroitement les agissements dans un centre nudiste, et prônent l'imperturbabilité. La confiance et la commodité ne sont rendues possibles que par une accordance inexprimée des nudistes, prohibant que la sollicitude des uns ne se concentre avec insistance sur la nudité des autres²³¹. Le sociologue canadien Erving Goffman affirmera à ce propos : « À corps nus, regards voilés »²³². Cette affirmation est valablement transposable à la relation de soin.

137. La pudeur est une composante de la vie privée, et permet d'étreindre sa circonférence. Dès lors qu'il évolue en société, l'homme est pudique envers son corps et, occasionnellement, ses pensées. Une telle réaction n'est pas exclue chez le solitaire, possiblement pudique envers lui-même. Déplacé et anachronique serait l'enfermement de la pudeur dans un étau purement social et maîtrisé ou, à l'inverse, inconscient et pulsionnel. La certitude de son acception exclusivement humaine est néanmoins plus aisée à avancer, de même que son caractère évolutif : « Tenter de cerner la notion de pudeur, conduit nécessairement à l'étude de notions voisines comme la décence ou la bienséance, la morale, la honte, les mœurs, la chasteté, la nudité ou encore le sexe. Par essence évolutives, la plupart de ces notions ne font l'objet d'aucune définition conceptuelle objective et universellement acceptée, et ne permettent pas de ce fait, de clarifier et de préciser assurément le concept de pudeur. Les plus anciens dictionnaires associent la notion de pudeur à la nudité »²³³.

138. Certains exemples historiques permettent de saisir aisément le caractère évolutif de l'acception de la pudeur au fil des siècles. Ainsi, les bains publics antiques et moyenâgeux sont à opposer à l'interdiction de peindre le sexe féminin à la Renaissance. En outre, au XVIII^{ème} siècle à Versailles, se dénuder devant une personne au rang social inférieur au sien était toléré, alors que l'inverse était rigoureusement défendu.

²³¹ V. en ce sens : BAUBEROT A., *Histoire du naturisme : le mythe du retour à la nature*, Rennes, 2004, p. 9-10, 317-327.

²³² GOFFMAN E., *La Mise en scène de la vie quotidienne. II, Les relations en public*, Paris, 1973, p. 59.

²³³ COURTAULT, *Histoire de la pudeur*, in PY B. (ss dir.), *La pudeur et le soin*, PUN, 2011, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 8.

B. Honte et toucher : éléments de la vie privée connexes à la pudeur

139. La honte. L'origine étymologique de la pudeur ne laisse aucun doute quant au lien qui l'unit à la « honte »²³⁴. En langue française, l'inexistence du verbe « puder » est à souligner. Il est pourtant exploité chez les Latins de façon intransitive : je « pude » - j'ai honte - ou je te « pude » - je te fais honte. Chez les Latins, et notamment Cicéron et Sénèque, la honte est intimement liée à l'honneur du sujet, en accablant ce que ce dernier prétendait soutenir jusque-là. Pourtant, ces deux notions ne sont pas assimilables ; la honte s'accompagne ainsi souvent d'une acception négative, ce qui n'est pas le cas de la pudeur.

140. Pour Éric Fiat, la honte est une mauvaise conscience déterminée par une mauvaise action, alors que la pudeur est une mauvaise conscience, manifestée par une réaction physique, sans mauvaise action : elle serait une honte sans faute. Cela expliquerait le fait que le honteux souhaite disparaître sous terre, lorsque le pudique se contentera de se montrer délicatement²³⁵.

141. Seul le pudique semble dès lors avoir un juste rapport au corps et aux pensées : l'obscène montre ce qui devrait être caché, et le honteux cache ce qui devrait être montré ; le pudique montre et cache dans une juste mesure, et permet la réalisation du « charme de l'intimité »²³⁶, illustration, selon Éric Fiat, de la conscience ajustée de soi et de son corps.

Aristote disait à ce propos : « Dans tout ce qui se rapporte aux affections, également, seul un homme est dit garder la position moyenne ; un autre tomber dans l'excès ; un autre enfin pécher par défaut. Et celui qui tombe dans l'excès est par exemple le timide qui rougit de tout ; celui qui pêche par défaut ou qui n'a pas du tout de pudeur est un imprudent ; et celui qui garde la position moyenne, un homme réservé. »

142. En outre, un lien unilatéral peut être mis en exergue, et réside dans le fait que seul le pudique peut éprouver de la honte. La pudeur apparaît à la fois telle une condition et un stade de réalisation possible de la honte. L'action qui exhorte cette réalisation trouve illustration dans le regard - et l'action - de l'autre. Le pudique n'a pas fauté, mais ressent une étonnante gêne à l'idée de « posséder quelques organes un peu trop animaux »²³⁷. Le

²³⁴ Pudeur vient du latin *pudorem*, qui signifie *avoir honte* (dict. Littré).

²³⁵ V. en ce sens : JANKELEVITCH V. « De la honte à la pudeur », in *Traité des vertus*, Bordas, 1970, cité par : FIAT É., *Préc.*

²³⁶ FIAT É., « Pudeur et intimité », *Ibid.*, p. 40.

²³⁷ V. en ce sens : FIAT É., « Pudeur et intimité », *Ibid.* p. 33.

regard d'autrui sur lesdits organes, ainsi que son attitude, impose au pudique un sentiment honteux. Comment ne pas penser ici à la réalisation de la relation de soin, matérialisée par l'observation et le toucher ; cette relation sous-entend-elle nécessairement la honte ? Au professionnel de santé de faire alors preuve de *tact*²³⁸ dans la réalisation de sa mission, notamment lors des actes nécessitant le toucher.

143. *Le toucher et le tact.* « Chaque corps a son avant-corps, chaque sens a son avant-sens. Le tact est celui du toucher, la pudeur est le tact de l'âme »²³⁹. Nathalie Dominguez considère que toucher insère ou rétablit l'individu dans la communauté humaine, s'opposant ainsi à l'exclusion, transformant les individus en des réprouvés *intouchables*. Au contraire, l'absence de toucher, volontaire et dans les situations où il semble nécessaire, heurte et rabaisse : « Il a dit « Déshabillez-vous » d'une voix blanche. Pas de « bonjour », pas de regard. Il était le visage caché derrière l'écran de son ordinateur. Quand il s'est levé, en venant vers moi, il m'a regardée. Il ne m'a pas reconnue, bien sûr. Parce que, quand je dis qu'il m'a regardée – il a regardé mon corps. Une sorte de dégoût. Il n'a plus croisé mon regard. M'a posé quelques questions, m'a demandé si ça me faisait mal là, puis là, mais il me montrait les endroits sur son corps, il ne m'a pas touchée une seule fois. Puis il est retourné à son bureau. La secrétaire est venue et elle m'a emmenée. Il ne m'a pas dit « Au revoir ». Quand je pense que de tous les petits que j'avais eus, cette année-là - c'était en 45 que j'avais remplacé l'institutrice pendant un an - c'était mon préféré. C'était le plus sensible »²⁴⁰.

144. Dès lors qu'il concerne des êtres vivants, le terme *toucher* est défini de la sorte : « 1 - entrer en contact en éprouvant les sensations du tact [...] 2 – (sans contact direct) atteindre, blesser [...] 6 - (abstrait) procurer une émotion, faire réagir en suscitant l'intérêt affectif...émouvoir en excitant la compassion, la sympathie et une certaine tendresse... »²⁴¹. Littré complète le caractère abstrait de la notion : « Être sensible, douloureux, offensant. Toucher d'un sentiment, d'une passion, exciter ce sentiment, cette passion.

²³⁸ Déf. « Tact », dict. Littré : « Jugement fin et sûr en matière de goût, de convenances, d'usage du monde. (...) Tact médical, habileté à juger du caractère d'une maladie et des moyens qui y conviennent, habileté qui paraît presque instinctive et qui provient d'une longue expérience et d'un naturel heureux. »

²³⁹ JOUBERT J., « Qu'est-ce que la pudeur ? », Essais, Paris, A.-G. Nizet, 1983, p. 242, in DOMINGUEZ N., « Du tact », *Cahiers jungiens de psychanalyse* 2006/2 (n° 118), p. 7-16. DOI 10.3917/cjung.118.0007.

²⁴⁰ PÉLISSIER J., « Intimités », *Op. cit.*

²⁴¹ Le Micro-Robert, vol. 2, entrée « Toucher », Paris, 1981, p. 1043.

Émouvoir, attendrir. (« Ce qui touche mon cœur, ce qui charme mes sens. » [Corneille, Nicomède]) ».

145. « Toucher avec tact, c'est toucher sans toucher, faire respectueusement comprendre qu'on ne touche pas un corps humain comme on le ferait d'un autre corps physique²⁴² ». Le dictionnaire Larousse donne comme définition du tact : « Sensation produite par le contact mécanique d'un objet avec la peau et reçue par les corpuscules de Meissner²⁴³ (contact léger) et de Vater-Pacini²⁴⁴ (pression) ; au sens figuré : « Sentiment délicat des convenances, de la mesure, délicatesse... ». Le dictionnaire Le Robert donne comme sens propre la « Sensibilité qui permet, au contact d'une surface, d'apprécier certains caractères ». Au sens figuré : « L'appréciation intuitive, spontanée et délicate de ce qu'il convient de dire ou de faire dans les relations humaines. Le dictionnaire Littré conclut : « Celui des cinq sens qui appartient à l'organe cutané, et qui fait juger de certaines qualités des corps, de leur solidité ou de leur fluidité, de leur humidité ou de leur sécheresse, de leur température, etc. Le tact comprend deux sensations fondamentales : le sens de contact ou de pression et le sens de température ». Au sens figuré : « Jugement fin et sûr en matière de goût, de convenances, d'usage du monde »²⁴⁵.

146. Le philosophe Edmund Husserl²⁴⁶ distingue deux types de corps : le *Körper* et le *Leib*²⁴⁷. Le *Körper* est un corps-objet, représenté par tout corps qui prend place dans l'espace : c'est le cas de tous les objets et éléments, des corps physiques animaux et humains. Le *Leib* fait référence au corps-sujet, investi par l'esprit ; de sorte qu'il semble difficile de toucher le *Körper* comme on toucherait le *Leib*.

147. Ainsi, placé au centre de la relation de soin, le corps humain ne doit pas être réduit au corps-objet. Éric FIAT souligne la dangerosité d'une telle approche, qui consisterait à laver un être humain comme on laverait une pièce à vivre, à le nourrir dans le seul objectif

²⁴² DOMINGUEZ N., « Du tact », *Préc.*

²⁴³ Les corpuscules de Meissner, découverts par l'anatomiste Georg Meissner (1829 - 1905), sont des récepteurs sensoriels formés de terminaisons encapsulées, situés dans le derme papillaire (partie supérieure du derme), particulièrement sensibles au toucher léger.

²⁴⁴ Les corpuscules de Pacini (appelés également corpuscules de Vater Pacini), découverts par l'anatomiste italien Filippo Pacini (1812-1883), sont des récepteurs sensoriels formés de terminaisons encapsulées situés en profondeur dans l'hypoderme de la peau, qui sont sensibles aux pressions et aux vibrations.

²⁴⁵ Déf. « Tact », dict. Littré.

²⁴⁶ Edmund Husserl (1859 - 1938) est un philosophe autrichien de naissance, puis prussien, devenu allemand.

²⁴⁷ Soit, dans les deux cas : *corps* (allemand).

de remplir son estomac²⁴⁸. Celle-ci est d'autant plus vraie lorsque l'âge de l'individu concerné est avancé. La pudeur des séniors peut rapidement être mise à mal à l'occasion de la relation de soin, dans la mesure où la conception de leur propre corps diverge de celle que peuvent avoir les professionnels de santé, nécessairement plus jeunes, et moins concernés par les tabous corporels : « La rencontre entre l'infirmière hypermoderne et la vieille dame hyperclassique est donc grosse de blessures, n'en doutons pas » affirme l'auteur²⁴⁹.

148. Le passage de la pudeur à la honte, s'il est dû au regard - ou à l'action - d'autrui, est accéléré par l'impudicité dont ce dernier peut faire preuve, qui atteindra alors la dignité de l'intéressé. Pudeur et dignité bénéficient également d'un lien étroit : l'injure de l'une engendre l'avanie de l'autre, d'autant plus dans le contexte si particulier de la relation de soin. Le patient, à qui la maladie soustrait graduellement les caractéristiques singulières de l'humanité²⁵⁰, ne se sent-il pas, à travers le regard de l'autre, honteux ? Cette question, posée par Éric Fiat, appelle une réponse forte de certitude ; néanmoins, ce sentiment n'est pas irrémédiable.

149. Si le regard d'autrui - à plus forte raison lorsqu'il est impudique - peut générer la honte, le regard respectueux l'atténuera ; c'est ainsi que le respect contrebalance l'impudeur : « À l'impudeur de ces soignants qui réduisent l'autre à un ensemble d'organes, opposons la pudeur de ceux qui dévoilent avec respect. Sous le prestigieux uniforme de l'être d'esprit, se cachait une sorte de bête, que l'occasion (examen invasif, change, rencontre aux latrines...) vient de révéler ? Mais le tact avec lequel cette révélation se sera faite empêchera la dégénérescence de la pudeur en honte »²⁵¹.

150. Seul le toucher pudique et bienveillant permettra d'atténuer l'atteinte à la vie privée du patient, au-delà même l'usage par le professionnel de santé de matériel paramédical - tels les gants, « membrane intermédiaire entre la peau du soignant et celle du soigné »²⁵²,

²⁴⁸ V. en ce sens : FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.* p. 33 : L'auteur met en garde contre la mécanisation des soins, à laquelle risque de conduire la tarification à l'activité (T2a).

²⁴⁹ FIAT É., « Pudeur et intimité », *Ibid.* p. 34.

²⁵⁰ Éric Fiat cite entre autres la bipédie, le langage articulé, la mémoire, la maîtrise des jambes comme des sphincters.

²⁵¹ FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.*, p. 36.

²⁵² HAUTENAUE L., « L'intime », *Gérontologie et société* 2007/3 (n°122), p.211-214.

entre une intimité et une autre. Seul un regard débonnaire permettra au patient de porter, immatériellement, ses « vêtements de soi » affirme Loïc Hautenaue.

151. *Le manque de tact.* « Je me le suis représenté [le manque de tact] comme un défaut d'enveloppes internes, comme si deux contenus psychiques étaient mis en contact sans qu'un espace intermédiaire où pouvoir se rencontrer n'ait eu le temps de naître »²⁵³.

152. Le tact - au-delà même du questionnement relatif à son manque - est un acte intrapsychique intimement attaché à la rencontre avec l'autre. Il peut passer outre le toucher, mais ne peut ignorer la sensibilité et l'appréciation de la distance physique et morale. Le toucher est à l'origine de nombreuses sensations primaires. Le tact permet un champ des possibles alambiqué dans la rencontre et le rapport à l'autre.

153. *Conclusion de la section.* La pudeur est une gêne exclusivement humaine, rendue possible par la double caractéristique, spirituelle et naturelle, qui nous qualifie tous. Elle ne peut valablement être assimilée à l'intimité, la honte, la dignité ou la décence, voire à la vie privée, dont elle reste une composante, et non un synonyme : la notion mère englobe sa composante.

154. En 1987, Philippe Ariès et Georges Duby nous indiquent qu'il existe une « vie secrète », celée, quelque souffrance qu'elle produise. Elle était dévoilée hier, parfois partiellement - peu importe - au confesseur, le « directeur de conscience », aujourd'hui au psychanalyste ou au psychothérapeute. À la vie secrète s'adjoindrait la « vie privée » - preuve en est que le secret n'est pas la vie privée -, livrée aux regards de la famille, des amis, des relations. Il y a ensuite la « vie privée statutaire », celle que l'homme « arrivé », socialement reconnu - politicien, acteur, sportif - entend médiatiser. Président de la République, Valéry Giscard-d'Estaing se fait photographe, jouant de l'accordéon, avec Yvette Horner : « Le premier personnage de l'État s'est donné beaucoup de peine pour persuader les Français qu'il était un homme comme les autres »²⁵⁴. Il y a enfin la « vie privée violée » par le système médiatique pour faire monter l'audimètre : le président

²⁵³ DOMINGUEZ N., « Du tact », *Op. cit.*

²⁵⁴ DE SINGLY Fr., in *Encyclopaedia universalis*, 1998, p. 296, in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), Histoire de la vie privée, *Op. cit.*

Clinton se serait sans doute bien passé du tumulte audiovisuel suscité par sa liaison avec Monica Lewinsky.

155. *Le Petit Robert* définit la vie privée de façon assez pléonastique : « disposition particulière qui fait que chaque individu réagit de façon personnelle à l'action des agents extérieurs ». Le sociologue François De Singly en propose une davantage byzantine : « décision idiosyncrasique de tracer la frontière entre existence personnelle et environnement social ». Quelle que soit la définition retenue, tout individu, obscur ou célèbre, entend donner à percevoir l'autre qu'il est une « personne », « c'est-à-dire « à distance » des rôles, des places, des fonctions sociales. Une telle attente repose sur un modèle identitaire que l'on peut représenter ainsi : un cercle extérieur, celui des apparences et des rôles ; et un cercle intérieur, celui des profondeurs où réside le vrai « moi » [...] il existe donc un soi « intime » pour soi et pour autrui, et un soi « statutaire » également pour soi et pour autrui »²⁵⁵.

156. L'étendue de la vie privée - vie familiale et amoureuse, mœurs sexuelles, opinions politiques, philosophiques et religieuses, *etc.* - épouse l'essence de l'*intime*, qui vise le profond²⁵⁶, l'essence d'une personne : son intellect et ses convictions, ses choix philosophiques et comportementaux. C'est bien de l'identité physique et morale qu'il s'agit indubitablement. Pour la Conseillère à la Cour de cassation Renée Koering-Joulin, la vie privée : « englobe tout ce réseau de libertés et de droits individuels à la confluence desquels se forge ce qu'on appelle une personnalité »²⁵⁷. Le Professeur François Rigaux précise que la vie privée protège le droit de chaque individu de déployer : « sa personnalité dans la direction qu'il a choisie selon le mode et avec l'intensité qui lui sont propres ». La vie privée semble trouver son axe de développement à travers l'autodétermination et le contrôle informationnel des données personnelles.

157. Doit être également réaffirmée l'idée selon laquelle le corps du patient doit-être considéré comme un corps-sujet. C'est en ce sens que la vie privée peut également être respectée, même chez l'individu qui, pour des raisons variées, est inconscient de son corps et de son humanité - très jeune âge, âge très avancé, infirmité. Soulignons que le respect de

²⁵⁵ DE SINGLY Fr., *Ibid.*, p. 295-296, in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), Histoire de la vie privée, *Ibid.*, p. 550.

²⁵⁶ « Ce qu'il y a de plus profond dans une chose », Déf. dict. Littré.

²⁵⁷ KOERING-JOULIN R., « De l'art de faire l'économie d'une loi », Dalloz, 1990, chronique, p. 187.

la vie privée est avant toute autre chose porteur d'une idée de considération et d'égard, auxquels chacun, croyons-nous, peut espérer avoir droit. Ce respect doit à juste titre trouver une place centrale dans le contenu de la vie privée, orienter les éléments de droit qu'elle sous-entend, et influencer ses conséquences.

158. En accord avec ce qui est avancé par Ariès et Duby, nous retiendrons que la précision des définitions de la vie privée n'est pas l'élément central de l'enjeu de la notion ; au-delà de son exactitude, la tentative de définition - et son étude - révèle qu'il existe plusieurs vies privées, et que ces dernières présentent un double caractère, physique et moral. Il semble bienvenu d'accentuer le fait qu'aucune de ces deux affirmations n'est prise en considération par la législation actuelle, alors même que leur importance n'en demeure pas moins capitale, notamment en droit de la santé, en ce qu'elles légitiment la consécration de la « vie privée sanitaire » et la prise en compte d'une double atteinte - physique et morale - à la vie privée par la relation de soin (*v. infra*).

159. La vie privée est un contrôle personnel relatif à l'accessibilité physique et morale à soi. Elle sous-entend dès lors une capacité à le mettre en application - bien que l'absence de cette capacité n'entraîne pas nécessairement l'impossibilité de jouir d'une vie privée. Elle est à la fois témoin du processus de civilisation et de socialisation, mais également de la conscience naturelle de soi et de l'autre, de son corps et de son esprit.

160. Il existe, en sus de son histoire, une géographie et une culture de la vie privée, ainsi que des variations de sa représentation et de son interprétation. Ces données témoignent de la subjectivité incontestable de la notion. De même, la vie privée n'est pas immédiate, de sorte qu'elle se façonne progressivement ; elle fait partie de la nature profonde de l'Homme : celle d'un être graduellement conscient de son esprit, de son corps et de son environnement.

161. Liberté, secret, intimité, tranquillité, pudeur, regard et toucher. Forcée de plusieurs composantes dont la mise en exergue exhaustive ne semble pas bienvenue, la vie privée s'attache à l'Homme et vise son corps - au sens « corps-sujet » investi par l'esprit, ou *Leib* - et ses pensées. Déplacé et anachronique serait l'enfermement de la vie privée, et par analogie, de ses composantes, dans un étau purement social et maîtrisé ou, à l'inverse inconscient et pulsionnel.

162. Enfin, la vie privée appelle assurément son respect, qui consiste à estimer la construction du sujet humain, afin de l'observer avec un regard familier permettant la reconnaissance. C'est en ce sens que le respect de la vie privée peut s'opérer chez l'individu qui n'a pas la capacité de contrôler personnellement l'accessibilité physique et morale à l'initiative des tiers.

163. L'étude des composantes de la vie privée a permis l'ébauche d'une définition de la notion mère ; il en va de même de l'étendue de la notion.

Section II. Définitions de l'étendue de la vie privée

164. La méthode présentement retenue consiste à séparer, dichotomiquement, les composantes de la vie privée de son étendue. Celle-ci est révélatrice des données qui « relèvent » de la vie privée, qui seront influencées par elles. Si la notion de vie privée met en lumière plusieurs composantes, ou « éléments » - intimité, pudeur, secret, tranquillité... (*v. Section I.*) - ces derniers, de par leur ampleur, vont influencer certaines données ; celles-ci, en étant couvertes par la vie privée, témoignent de son étendue.

165. L'écrivain et juriste Pierre-Brice Lebrun dénombre quatre éléments de la vie privée, qu'il nomme « volets » : la protection du domicile (dans la mesure où seule l'autorité judiciaire peut y pénétrer de force, dans certains cas très encadrés par la loi et la justice), la protection de l'image, de l'intimité (santé, sexualité, opinions politiques, religieuses, passé judiciaire, etc.) et le respect des choix de vie (même de ceux qui heurtent la sensibilité du voisinage)²⁵⁸.

166. Cette classification, qui avance notamment le fait que la santé est exclusivement couverte par l'intimité, semble contestable, au vu de l'approche qui caractérise le présent travail, qui consiste à considérer que la vie privée, dans son acception duale physique/morale, peut être définie tout d'abord grâce à ses éléments, et, dans un second temps, au vu de son étendue. Éléments et étendue demeurent étanches, et par conséquent non assimilables entre eux. L'intimité est un élément de la vie privée, au même titre que le secret ou la pudeur ; ces notions, parfois assimilées au « noyau dur » de la vie privée, sont englobées par la constituante mère, et, entre elles, la façonnent au gré du temps et des

²⁵⁸ V. en ce sens : LEBRUN P.-B., « La vie privée », *Empan* 2015/4 (n° 100), p. 168-172. DOI 10.3917/empan.100.0168.

cultures. La santé n'est pas un élément de la vie privée, mais se heurte à son étendue, qui aura des répercussions non négligeables sur son acception : elle entre « sous le couvert » de la vie privée, et non uniquement sous celui d'une seule de ses composante - l'intimité en l'occurrence. Ainsi, avancer que la protection de l'intimité concerne - exclusivement - la santé, la sexualité, les opinions politiques ou religieuses n'est pas rigoureusement exact ; toutes ces données sont protégées par la vie privée : par l'intimité donc, en effet, mais également par la tranquillité, la pudeur, le tact ou, à plus forte raison, le secret. Il semble par conséquent biaisé et partiel de considérer que la santé relève strictement de l'intimité.

167. Au vu de ce constat liminaire, et en l'absence de détermination législative, l'effort d'appréciation de l'étendue de la vie privée revient à la doctrine (1^{er}§) et à la jurisprudence (2^o§.).

1^{er}§. Détermination de l'étendue de la vie privée par la doctrine

168. Invitée à déterminer le contenu de la vie privée, la doctrine a été *de facto* confrontée à la difficulté qu'a volontairement déjouée le législateur²⁵⁹. Celui-ci a en effet gardé le silence sur la notion mère, plutôt que de dresser une liste - par nature incomplète, certes - de ce qui relève de la vie privée, et pouvant définir, par extension, la délimitation de son étendue. Mais avant même que n'intervienne le législateur, la doctrine, confrontée à une jurisprudence en plein essor dans le domaine des atteintes à la vie privée, s'est risquée à l'étude et à la définition de l'étendue de la notion. Cette analyse a été menée sur plusieurs fronts, et par l'intervention de diverses méthodes de réflexion, classiques (A.) ou particulières (B.) ; la doctrine s'accorde toutefois à dire que l'étendue de la vie privée est à géométrie variable, notamment au vu de la zone géographique et temporelle considérée, mais également de la personne, des acceptions et méthodes qui lui sont proches, de son allégeance aux lois et coutumes, de son éducation et de son évaluation de l'ordre public. Cette étendue sera en outre influencée par l'appréciation des « bonnes mœurs » et des normes sociales, qui évoluent d'ailleurs d'une époque ou d'un pays à l'autre, élargissant ou rétrécissant l'ampleur de la vie privée²⁶⁰.

²⁵⁹ C. civ., art. 9 ; v. Titre II de la présente Partie sur la protection de la vie privée par le droit commun.

²⁶⁰ V. en ce sens : ROCHELANDET F., *Économie des données personnelles et de la vie privée*, *Op. cit.*

A. Méthodes classiques de définition de l'étendue de la vie privée

1. Définition limitée du contenu de la vie privée par opposition à la vie publique

169. Le Professeur François Rigaux met en exergue la difficulté du juriste à proposer une définition de la vie privée qui ne soit pas tautologique²⁶¹ : « Est privé ce qui n'est pas public »²⁶². C'est ainsi que la première tentative de définition de l'étendue de la vie privée a consisté, presque naturellement, à l'opposer au contenu de la vie publique. Ainsi, celui-ci engloberait tout ce qui ne relève pas des éléments de vie publique²⁶³. Robert Badinter s'est pareillement positionné : « En l'absence de toute définition positive de la vie privée, comment ne pas tenter de la définir par la négative ? La vie privée, c'est tout ce qui n'est pas la vie publique de l'intéressé. À première vue, le problème paraît simplement déplacé et la proposition sans intérêt. Mais outre que les contours de la vie publique, plus restreinte, paraissent plus faciles à déterminer, cette définition négative a le mérite de mettre l'accent sur la primauté de la vie privée, celle-ci, interdite à toute intrusion indiscreète, étant pour chacun le sort commun, le reste, c'est-à-dire la vie publique ouverte à la curiosité de tous, étant l'exception »²⁶⁴. Cette approche traduit la vie privée comme la partie non publique de l'existence²⁶⁵ humaine, à savoir la vie « familiale, personnelle de l'homme, sa vie intérieure, spirituelle, celle qu'il mène lorsqu'il vit derrière sa porte fermée »²⁶⁶. Cette allégation dessine les contours de l'étendue de la vie privée, mais ne permet pas de les apprécier précisément et rigoureusement. L'apport pratique de cette analyse n'est dès lors pas irrécusable, parce qu'elle instaure notamment l'hypothèse de

²⁶¹ Déf. dict. Larousse : « Négligence de style ou procédé rhétorique consistant à répéter la même idée en termes différents ».

²⁶² RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, p. 7., in ARNAUD S., « Analyse économique du droit au respect de la vie personnelle : application à la relation de travail en France », *Revue internationale de droit économique*, 2/2007 (t. XXI, 2), p. 129-156.

²⁶³ V. en ce sens : LINDON R., « La presse et la vie privée », *JCP* 1965. II. 1887 ; ce dernier est favorable à ce que la vie privée soit envisagée non pas en soi « mais par comparaison et même opposition à la vie publique » ; cet auteur ajoutait que « dans bien des cas, [...] la vie privée n'est qu'un contraire », par ex., par rapport à la vie politique, qui est un aspect de la vie publique.

²⁶⁴ « Le droit au respect de la vie privée », *JCP* 1968. I. 2136.

²⁶⁵ TGI Grasse, réf., 27 fév. 1971, cité par : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

²⁶⁶ MARTIN L., *Le secret de la vie privée*, n° 3, p. 230, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

mauvaise interprétation de la notion de *vie publique* par opposition à la *vie privée*. Certains auteurs ont d'ailleurs exclu de la vie privée des activités qui se déroulaient en public²⁶⁷.

170. Un courant doctrinal et jurisprudentiel considère que l'activité publique de l'individu²⁶⁸ est extérieure aux délimitations de la vie privée²⁶⁹. En se dévoilant volontairement et sciemment au public, « l'individu sorti librement de sa sphère privée devient par là même objet de droit pour autrui »²⁷⁰. Cette analyse aiguise la définition de la vie publique, qui engloberait les éléments de la vie de l'individu se déroulant dans un lieu public. Cet approfondissement présente certaines limites qui ne peuvent être passées sous silence.

171. En raisonnant *a contrario*, la majorité de la doctrine estime que la vie privée ne peut être réduite ni à la seule vie intime du foyer domestique, ni aux uniques activités poursuivies dans un lieu privé²⁷¹. De même, l'amalgame entre présence dans un lieu public et exercice d'une activité publique ne doit pas être fait²⁷².

172. Aussi, seule l'activité, et non le lieu, peut-elle influencer sur la délimitation des délinéations de la vie privée²⁷³ ; c'est pourquoi la jurisprudence affirme habituellement que la notion de vie privée recouvre des actions ayant trait à la vie publique se déroulant aussi bien dans un lieu public que dans un lieu privé²⁷⁴. Dès lors, ce qui prend corps dans un lieu

²⁶⁷ Par ex., loisirs ; v. BADINTER R. : « À la vie professionnelle, s'ajoutent ces activités de loisirs qui, pour chacun de nous, se déroulent en public. Assister à un match de football, à une soirée à l'Opéra, à tous ces spectacles qui, par définition, sont représentés en public, c'est se mêler dans ses jeux à la vie de la cité » ; position inverse : LEPAGE A., « Droits de la personnalités », RDC, 2009.

²⁶⁸ Entendue comme l'activité qui se déroule en présence du public.

²⁶⁹ Paris, 1ère ch., 20 déc. 1976, G.P. 1977, 1, 261, concl. Simon, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

²⁷⁰ BECOURT D., Le droit de la personne sur son image, préface J. Bourquin, présentation G. Chavanon, L.G.D.J. 1969, n° 89, p. 53, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

²⁷¹ RAVANAS J., « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31 n° 1, Janvier-mars 1979. pp. 246-249.

N° 187, p. 192, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

²⁷² NERSON R., obs. R.T.D.Civ. 11966, 67, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

²⁷³ RAVANAS J., La protection de la personne..., *Préc.*, in LEPAGE A., « Droits de la personnalités », *Préc.*

²⁷⁴ TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977, 364, 2ème esp., note R. Lindon, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

public n'est pas nécessairement exclu de la vie privée. À titre d'exemple, soulignons que les loisirs, même dans des lieux publics, relèvent de la vie privée²⁷⁵.

173. La définition de l'étendue de la vie privée par opposition à la vie publique semble donc présenter certaines limites majeures, dues au fait qu'elle suppose avant tout une juste définition de la vie publique, et que tout ce qui se tient dans la sphère publique n'est pas nécessairement exclu de la vie privée - et inversement.

2. Définition de l'étendue de la vie privée par l'énumération de ses éléments

174. Une autre tentative doctrinale de circonscrire la notion de vie privée a consisté à tenter d'en énumérer les éléments prenant place au sein de ses champs d'application et d'appréciation. Aussi une liste non exhaustive était-elle dressée par le magistrat Raymond Lindon²⁷⁶ : vie familiale, loisirs, photographie des personnes, ressources financières d'un individu, en précisant qu' : « ainsi, on le voit, la vie privée d'un homme c'est, en principe, sa vie au foyer [...] ou en dehors du foyer, sa vie au travail, ses loisirs, son image, son bulletin de paie et sa feuille d'impôts ». Cette liste est incontestablement incomplète : qu'en est-il, par exemple, de la santé ? De fait, il ne semble pas opportun de penser triompher à délimiter, par la pratique de la liste, cette notion si ample et si mouvante de vie privée. En effet, si cette proposition semble la plus opportune, force est de constater qu'elle se heurte indubitablement à un certain nombre de problématiques, illustrées par le fait que de la vie privée et son étendue sont évolutives, que le degré d'amplitude de la vie privée varie dans les faits - ce qui est regrettable - en fonction de la personne (**B.**), et que la jurisprudence estime que le rattachement d'un événement à la vie privée est une question de fait. La méthode de la définition par l'énumération reste principalement la chasse gardée de la jurisprudence, dont il est possible de penser qu'elle demeure plus légitime, au vu des cas d'espèce qui lui sont soumis, à déterminer, sans exhaustivité, les éléments couverts par la vie privée (*sur la détermination du contenu de la vie privée par la jurisprudence : v. infra*).

²⁷⁵ TGI Paris, 5 fév. 2007, Légipresse 2007, I, p. 69, cité par : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...*, *Op. cit.*

²⁷⁶ LINDON R., « La presse et la vie privée », *Op. cit.*

B. Méthodes particulières de définition de l'étendue de la vie privée

1. Définition du contenu de la vie privée au regard de la notoriété

175. Il a été envisagé de déterminer l'étendue de la vie privée en fonction de la notoriété des personnes²⁷⁷. Dans son article²⁷⁸, le Magistrat Raymond Lindon, après avoir mis en lumière la liste d'éléments constituant la vie privée, ajoute que : « tout change dès lors qu'on a affaire à un homme public, à un élu ou à un candidat à des fonctions politiques [...] La vie publique couvre tant de choses lorsqu'il s'agit d'un élu ou d'un candidat aux élections dites politiques, que la vie privée est réduite, pour l'intéressé, à peu de choses par rapport à celui qui demeure à l'écart des compétitions électorales ». Ce point de vue semble déraisonnable, même si dans les conflits d'intérêts auxquels participe la vie privée, la notoriété ou la célébrité de la personne ne sont pas des éléments dont la prise en compte est inopportune. Néanmoins, ce n'est pas dans la détermination du contenu de la vie privée que lesdits éléments doivent éventuellement avoir un rôle à jouer au stade de la détermination de la solution à apporter aux conflits. Il y a, à ce sujet, deux points à distinguer : le contenu et l'étendue de la vie privée, et le conflit qui oppose la vie privée à un autre intérêt.

176. Avant toute autre chose, doit être identifié si la donnée concernée peut être couverte par la vie privée, en considérant que le contenu et l'étendue de la notion doivent être identiques, peu importe l'intéressé. En effet, la notion de vie privée est déterminée abstraitement, indépendamment des qualités des personnes ; elle doit être la même pour tous. Par suite, lorsque la donnée aura été identifiée comme relevant de la vie privée, il sera nécessaire de déterminer, en cas d'atteinte portée à la vie privée par la révélation non autorisée d'une information personnelle, ou par la réalisation d'une action particulière, si cette atteinte peut être licite car justifiée. La notion de *conflit* prend dès lors tout son sens, et c'est en sa présence que la notoriété de la personne aura une importance non négligeable dans sa résolution²⁷⁹.

²⁷⁷ Pour plus de détail sur la vie privée des personnes publiques, v. Chapitre II du présent Titre.

²⁷⁸ LINDON R., « La presse et la vie privée », *Op. cit.*

²⁷⁹ Sur cette distinction, v. GUTMANN D., « Le sentiment d'identité », préf. F. TERRÉ, 2000, LGDJ, p. 247 : « Ce qui explique qu'une même information puisse, selon les situations, faire ou non l'objet d'une recherche ou d'une divulgation, n'est donc pas que la vie privée a une étendue variable d'une personne à l'autre. C'est au contraire que la légitimité de l'accès des tiers à la connaissance de l'information personnelle varie d'une situation à l'autre ».

177. Cette analyse de l'étendue de la vie privée au regard de la notoriété de l'intéressé, si elle semble être remise en cause par les termes employés par le législateur pour en encadrer sa protection, ne manque pas d'intérêt tant la mise en application de la législation peut se révéler, en cas de conflit avec une autre norme fondamentale à l'occasion d'une pratique contentieuse, nébuleuse²⁸⁰. En revanche, l'opportunité de cette analyse quant à la définition de l'étendue de la vie privée se trouve incontestablement limitée, dans la mesure où, nous le pensons, celle-ci n'est intrinsèquement pas modifiable, qui plus est au vu de la notoriété de la personne concernée.

2. Définition de l'étendue de la vie privée par la sensibilité de l'information

178. Au regard de l'échec - parfois relatif, certes - des tentatives doctrinales de détermination de l'étendue de la vie privée, l'approche proposée par le Professeur Daniel Gutmann²⁸¹ mérite mention à ce stade du développement. Celui-ci considère le contenu et l'étendue de la vie privée comme un ensemble d'informations présentant un caractère personnel. Par référence aux *informations*, l'auteur entend spécifier que la vie privée ne doit pas être appréhendée comme un conglomerat d'actes auxquels souhaite librement se livrer une personne, comme se promener, se marier, s'exprimer, voter, se livrer à une activité quelle qu'elle soit. Cantonner la vie privée à cet aspect reviendrait à associer sa protection à celle de la protection de la liberté individuelle ; or, de nombreux aspects de la vie privée d'une personne - tel que son état de santé - ne peuvent être assimilés à sa liberté personnelle.

179. La vie privée est avant toute autre chose un ensemble d'informations, dont la connaissance ou l'ignorance par les tiers constituent tout l'enjeu de sa protection. Il s'agit précisément d'informations personnelles, dont le terme *personnel*, tel qu'il est employé dans l'analyse de Daniel Gutmann ne doit pas mener à une confusion avec les *données à caractère personnel* au sens de la loi modifiée du 6 janvier 1978²⁸², qui prévoit que : « constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne

²⁸⁰ Sur les problématiques soulevées par la vie privées des personnes publiques, v. Section II du présent chapitre.

²⁸¹ GUTMANN D., « Le sentiment d'identité », *Op. cit.*, p. 248.

²⁸² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres... »²⁸³.

180. Selon l'auteur, dans le contexte de la vie privée, une *information personnelle* désigne « l'information qui entretient avec le sujet un lien si étroit qu'elle permet à celui qui la possède d'acquérir une connaissance approfondie de la personne concernée ». Mais c'est encore une façon imparfaite d'envisager l'information relative à la vie privée, car certaines de ces informations n'apprennent pas grand-chose sur l'intéressé, en ce sens qu'elles ne permettent pas, au-delà de l'apport purement informatif, de mieux connaître la personne de manière approfondie - par exemple, et concernant notre matière, mentionner l'allergie d'un individu. C'est pour cette raison que Daniel Gutmann considère qu' : « il convient donc de renoncer à une définition trop ambitieuse de l'information personnelle, pour se replier autour de ce qui en constitue vraisemblablement le critère ultime : l'attitude prévisible de la plupart des individus envers cette information »²⁸⁴.

181. On ne saura dire si un critère - présenté comme *ultime* - basé sur la spéculation d'une réaction collective trouve tout son sens en matière de vie privée, qui rappelons-le constitue une notion tant personnelle, indéfinie et subjective, que mouvante. De plus, considérer que l'étendue de la vie privée englobe toute information sensible dont la révélation entraînera une certaine attitude réactionnelle, sans préciser pour autant le caractère de cette réaction, reste amphigourique. Mais l'hypothèse de Daniel Gutmann a le mérite de proposer une approche du contenu de la vie privée qui diffère des démarches classiques présentées ci-avant.

182. Enfin, une précision sera faite ici sur le parallèle, rejeté par Daniel Gutmann, entre « information personnelle » et « donnée à caractère personnel ». Cette notion de « donnée » permet avant toute chose d'identifier un individu selon des critères particuliers. En matière sanitaire, et quand ce critère prend pour référence l'état de santé d'une personne, force sera de constater que la donnée à caractère personnel sera affublée d'une essence telle qu'elle permettra non seulement l'identification - sous réserve de non-anonymisation - mais également l'obtention d'informations qui permettront à celui qui les

²⁸³ Loi du 6 janvier 1978 modifiée, *Ibid.*, article 2, al. 2.

²⁸⁴ D. Gutmann reprend sur ce point la définition d'un auteur américain, Wacks, qui définit les informations personnelles au cœur de la vie privée comme « ces faits, communication ou opinions qui concernent l'individu et dont il serait raisonnable d'attendre de lui qu'il les considère comme intimes ou sensibles, et qu'il veuille en conséquence en empêcher ou au moins en restreindre leur collecte, usage ou circulation ».

possède d'acquérir une connaissance bel et bien approfondie de la personne concernée - qui est rappelons-le, la définition de l' « information personnelle ». Ainsi l'affirmation de Daniel Gutmann selon laquelle l' « information personnelle » et la « donnée à caractère personnel » ne sauraient être assimilées perd de sa pertinence en matière sanitaire, où la « donnée à caractère personnel » peut permettre d'obtenir des « informations personnelles »²⁸⁵.

183. Cette affirmation n'est cependant opportune que si l'on considère que la connaissance de l'état de santé peut avoir des conséquences qui ne se limitent pas à l'appréhension de l'existence d'une maladie. En effet, avoir connaissance de l'état de santé d'une personne, via l'accès à une donnée à caractère personnel et sanitaire, permet de discerner, de manière détournée certes, la particularité de son mode de vie, de son régime alimentaire, des éventuels revenus perçus pour pallier les dommages, quels qu'ils soient, causés par l'affection ; autant d'éléments qui peuvent être assimilés à des informations personnelles, dans la mesure où ils permettent d'obtenir une connaissance approfondie de la personne²⁸⁶.

184. Cette affirmation n'est également opportune que si l'état de santé est assimilé à une information personnelle. Ce sera le cas au sein du présent travail, dans la mesure où, comme cela vient de l'être précisé, la connaissance de l'état de santé, au-delà du caractère personnel autonome qu'il nous semble revêtir, permet la perception de certains éléments personnels - ci-avant énumérés de manière non-exhaustive - qui découlent naturellement de l'état de santé.

185. Aussi la ferme opposition entre « information personnelle » et « donnée à caractère personnel » mise en lumière par Daniel Gutmann peut-elle être modérée par la matière sanitaire - et *a fortiori* la relation de soin - sans pour autant être totalement remise en question. Mais le lien ci-avant développé entre ces deux notions permet de saisir dès à présent la particularité de la relation de soin, et l'originalité de l'encadrement qui devra y être apporté.

186. En tout état de cause, la doctrine s'est penchée, en faisant le choix de divers angles d'attaque, sur la définition de l'étendue de la vie privée. Pour ce faire, certains l'ont opposée à la vie publique, d'autres ont tenté de l'énumérer plus ou moins exhaustivement,

²⁸⁵ Sur l'étude de la donnée à caractère personnel en matière sanitaire, v. Partie II.

²⁸⁶ « Connaissance approfondie de la personne » : notion elle-même subjective et non définie, convenons-en.

lorsqu'un autre courant de pensée aura jugé son contenu au regard de la personne concernée, et des caractéristiques de l'information communiquée. Si cette dernière approche permet une fine analyse de l'étendue de la vie privée, remarquons qu'aucune n'a permis de dessiner des contours précis, objectifs et indiscutables à la vie privée. Aussi la jurisprudence jouera-t-elle un rôle considérable dans ce dessein.

2°§. Détermination de l'étendue de la vie privée par la jurisprudence

187. *Difficulté d'appréciation et évolution de l'étendue.* Les diverses propositions doctrinales ci-avant présentées, bien qu'elles attestent de la difficulté de saisir l'essence même de l'étendue de la vie privée, ne semblent pas en proposer une définition convenable. Dès lors, l'influence considérable qu'allait devoir jouer à cet égard la jurisprudence a rapidement été pressentie par certains auteurs, tel que le secouriste Lucien Martin, qui affirme expressément : « Il paraît impossible, d'un mot, d'une formule, de dire à l'avance où finit la vie privée, où commence la vie publique. Il semble bien que cette question sera toujours dans la dépendance de l'appréciation souveraine des tribunaux »²⁸⁷. De fait, le contenu juridique de l'étendue de la notion de vie privée est précisé par les juges au fil des litiges qu'ils ont à solutionner. Marchant sur les mêmes traces de la doctrine, la jurisprudence a progressivement clarifié ce que recouvre la vie privée - précision faite qu'elle continue encore, à l'heure actuelle, ce travail pratiquement inachevable.

188. D'après la Cour EDH, il est impossible de fixer la notion et l'étendue de la vie privée²⁸⁸, notamment parce que cette dernière semble tributaire de l'environnement social

²⁸⁷ MARTIN L., « Le secret de la vie privée », RTD civ. 1959. 227, spéc. p. 230.

²⁸⁸ Arrêt Niemietz de la CEDH du 16 décembre 1992, Revue trimestrielle des Droits de l'Homme, 1993, p. 469 : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme : dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné. De plus, on risquerait d'aboutir à une inégalité de traitement si, comme le préconise le Gouvernement, on refusait le bénéfice de l'article 8 (art. 8) au motif que la mesure dénoncée concernait uniquement des activités professionnelles : la

dans lequel évolue l'individu : « [Elle] n'est pas une réalité naturelle, donnée depuis l'origine des temps ; c'est une réalité historique, construite de façon différente par des sociétés déterminées. (...) il n'est pas sûr que la distinction vie privée / vie publique ait le même sens dans tous les milieux sociaux »²⁸⁹.

189. L'étude de la définition jurisprudentielle de l'étendue de la vie privée oblige à l'apprécier à un moment précis de l'état de la jurisprudence. Historiquement, cette diversité se double d'une variabilité des informations protégées. L'étendue de la vie privée trouve un écho au sein d'une sphère mouvante ; c'est une notion à interprétation variable, qui évolue en symbiose avec la société dans laquelle elle prend corps. Le lien étroit entre la conception de la vie privée et l'évolution d'une société, objet de l'attention des sociologues ou des historiens²⁹⁰, trouve logiquement un prolongement dans l'analyse juridique, puisque certains auteurs contemporains voient dans la vie privée un ensemble d'informations personnelles, dont le caractère est déterminé compte tenu de « l'attitude prévisible de la plupart des individus envers cette information »²⁹¹. Cette attitude prévisible est celle que le juge, *in fine*, considérera comme telle. Il importe de considérer l'appréciation du juge comme primordiale dans la définition de l'étendue - et, *a fortiori*, du contenu - de la vie privée. Cette notion est intimement liée au pouvoir judiciaire et à l'interprétation qu'il en fait. À l'image de la doctrine, le juge a usé de plusieurs méthodes de définition de l'étendue de la vie privée.

A. Définition du contenu de la vie privée au regard de la notoriété

190. Il convient en premier lieu de rappeler qu'il n'est pas nécessaire d'envisager le niveau et l'ampleur de vie privée de façon variable selon le degré de notoriété de la personne. Seul un conflit entre normes permettra d'utiliser la notoriété comme argument permettant de faire ou non prévaloir la vie privée - sur la liberté d'expression et le droit à l'information notamment. La jurisprudence dit et répète que : « toute personne, quels que

protection continuerait à jouer en faveur d'un individu dont les activités professionnelles et non professionnelles s'imbriqueraient à un point tel qu'il n'existerait aucun moyen de les dissocier. »

²⁸⁹ PROST A., « Frontières et espaces du privé », in ARIES P. et DUBY G. (dir.), *Op. cit.*, p. 15 ; v. également sur le thème de la relativité des concepts d'intimité et de vie privée à travers les cultures, l'ouvrage de HALL E.T., *La dimension cachée*, Éd. Le Seuil, 1971.

²⁹⁰ V. notamment : ARIÈS Ph, DUBY G., *Histoire de la vie privée*, *Op. cit.*

²⁹¹ GUTMANN D., *Op. cit.*, p. 228 et s.

soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée »²⁹². Ainsi : « la circonstance que la personne visée exerce une activité d'homme public ne saurait autoriser une intrusion quelconque dans ce qui constitue la vie privée au respect de laquelle chacun a droit »²⁹³.

191. Au-delà de cette reconnaissance expresse d'un droit universel au respect de la vie privée à toute personne, il convient de considérer, rigoureusement, que la qualité, les fonctions, ou la notoriété de la personne ne sauraient sérieusement influencer sur la puissance et l'étendue de la notion de vie privée. Une ambiguïté est pourtant parfois cultivée sur ce point par des juges du fond. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Versailles a pu affirmer que : « toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune ou ses fonctions, a droit au respect de sa vie privée », pour ajouter, de façon plus équivoque, que « le statut des époux de Hanovre repousse les limites de la protection légale de l'article 9 du Code civil, ces limites ne pouvant être appliquées avec la même rigueur que pour un citoyen anonyme »²⁹⁴. Pour entendre au mieux cette solution, il semble qu'il faille l'interpréter, une nouvelle fois, comme signifiant non pas que la vie privée des uns est plus amoindrie que la vie privée des autres, mais que le statut, les fonctions de la personne dont la vie privée est altérée sont des éléments qui peuvent le cas échéant constituer un paramètre opportun dans la résolution des litiges. Dès lors, ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'entendent sur une variabilité envisageable du niveau de la vie privée au vu uniquement de la qualité notoire de la personne.

B. Méthode classique de l'énumération de l'étendue de la vie privée

192. Méthode privilégiée, par la doctrine notamment, pour définir les éléments de la vie privée, l'énumération des données témoignant de l'étendue de la vie privée semble bienvenue afin de caractériser, juridiquement, la notion mère. Dès lors, certaines données relèvent incontestablement de la vie privée, et sont d'ailleurs à l'origine de nombreuses affaires contentieuses.

²⁹² Civ. 1^{ère}, 23 oct. 1990, n° 89-13.163, Bull. civ. I, n° 222 ; V. aussi par ex. : Versailles, 23 sept. 1999, CCE 2000. Comm. 25 : « Toute personne, fût-elle célèbre, a droit au respect de sa vie privée » ; la solution a été rappelée, par ex., par TGI 11 janv. 2008, CCE 2008. Comm. 44, obs. A. Lepage, au sujet de la publication d'un livre sur Cécilia Sarkozy : « Attendu, en droit, qu'en vertu de l'article 9 du Code civil et par principe, toute personne a droit au respect de sa vie privée, quelle que soit sa notoriété ».

²⁹³ Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 98.

²⁹⁴ Versailles, 27 juin 2002, Grimadi et Hanovre c/ Hachette Filipacchi, L'Égipresse 2002, III, p. 211.

1. Énumération des données incluses dans l'étendue de la vie privée

193. Une étude méticuleuse des principales décisions jurisprudentielles, menée, entre autres, par Agnès Lepage, permet de dresser une liste, non exhaustive et évolutive, mais fournie, des données incluses dans l'étendue de la vie privée.

194. *Vie affective et familiale.* La vie affective, dans toutes ses composantes, se trouve certainement au cœur du champ de l'étendue de la vie privée : il est depuis longtemps acquis en jurisprudence que « la vie sentimentale d'une personne présente un caractère strictement privé »²⁹⁵. Aussi la vie conjugale ou amoureuse est-elle couverte par le secret de la vie privée, qu'il s'agisse de fiançailles ou d'un mariage²⁹⁶, d'un concubinage²⁹⁷, d'une liaison ou, selon une expression suggestive bien que désuète, d'une amitié amoureuse²⁹⁸, d'une rupture, d'une mésentente conjugale²⁹⁹, ou d'un divorce³⁰⁰. Souvent étroitement liée à la vie conjugale, la vie familiale, spécialement la maternité, la paternité et la filiation,

²⁹⁵ TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977. 364, 2^{ème} esp., note R. Lindon, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, sept. 2009, 1^{er} § Sphère de la vie privée.

²⁹⁶ Paris, 21 déc. 1970, JCP 1971. II. 16653, note R. Lindon ; révélation d'un second mariage : TGI Paris, 3 juil. 1971, D. 1972. Somm. 47 ; Civ. 2^{ème}, 7 janv. 1976, Bull. civ. II, n° 3 ; remariage d'une femme divorcée : Civ. 2^{ème}, 7 janv. 1976, Bull. civ. II, n° 3 ; rumeurs sur un futur mariage : Civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, n° 02-13.529 ; détails sur la célébration d'un mariage religieux : TGI Paris, 9 fév. 2005, Légipresse 2005, I, p. 54 ; TGI Nanterre, 20 juin 2005, Légipresse 2005, I, p. 127, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

²⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1998, n° 96-13.600, D. 1999. Somm. 376, obs. J.- J. Lemouland, RTD civ. 1999. 62, obs. J. Hauser ; sur le PACS et la vie privée, V. Cons. const. 9 nov. 1999, JO 16 nov, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

²⁹⁸ Paris, 7 avr. 1965, Gaz. Pal. 1966. I. 40 et, sur pourvoi, Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1966, Bull. civ. II, n° 929 ; Paris, 17 mars 1966, D. 1966. 749 ; TGI Paris, 13 avr. 1970, Gaz. Pal. 1970. 2. 150 ; 8 juil. 1970, JCP 1970. II. 16550, note R. Lindon ; 2 juin 1976, D. 1977. 364, note R. Lindon ; TGI Nanterre, 12 déc. 2000, Légipresse 2001, I, p. 45 ; Civ. 2^{ème}, 24 avr. 2003, n° 01-01.186, Bull. civ. II, n° 114, Dr. et patr. juil.-août 2003, p. 86, obs. G. Loiseau, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

²⁹⁹ Rupture d'un couple : Paris, 3 oct. 1986, D. 1987. Somm. 137, obs. R. Lindon et D. Amson ; révélations sur une vie conjugale tourmentée : Civ. 1^{ère}, 3 avr. 1984, n° 82-15.849, Bull. civ. I, n° 125, D. 1985. IR 15, obs. R. Lindon ; 16 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 268, D. 1985. IR 166, obs. R. Lindon ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 13 fév. 1985, D. 1985. 488, 1^{ère} esp., note B. Edelman, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰⁰ TGI Seine, 23 juin 1966, JCP 1966. II. 14875, note R. Lindon ; Paris, 7 oct. 1981, D. 1983. 403, note R. Lindon ; 3 oct. 1986, D. 1987. Somm. 136 : révélation sur les conditions de rupture d'un couple ; rumeurs sur une procédure de divorce : Civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, préc. ; rupture du couple formé par le président de la République en exercice et son épouse : TGI Thonon-les-Bains, 22 sept. 2006, Légipresse 2007, I, p. 144 ; mais la relation d'un divorce peut être licite si elle est justifiée par les nécessités de l'information d'actualité : Civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, CCE 2003. Comm. 65, obs. A. Lepage, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc.*

rentrent sans conteste sous le couvert de la vie privée³⁰¹. Ainsi, l'existence d'un enfant constitue un aspect de la vie privée du père ou de la mère, qu'il peut vouloir ne pas révéler³⁰². La grossesse³⁰³, comme son interruption, entre dans la sphère de la vie privée³⁰⁴. Les péripéties de la vie familiale relèvent, d'une façon générale, de la vie privée, comme les circonstances relatives à la disparition mystérieuse d'un couple et de ses enfants³⁰⁵, ou les sentiments d'affiliation ressentis dans des drames subis par la famille³⁰⁶, ou en période de deuil³⁰⁷.

195. La jurisprudence atteste l'idée d'une vie privée familiale, en considérant par exemple que des révélations relatives à une mère de famille peuvent constituer une : « immixtion dans la vie privée de ses enfants »³⁰⁸, que : « l'image d'un être marqué par la souffrance et diminué physiquement fait partie de sa vie privée et de celui qui en partage la

³⁰¹ Civ. 2^{ème}, 5 janv. 1983, Bull. civ. II, n° 4 ; Civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, n° 01-01.851, Bull. civ. I, n° 98, D. 2003. 1854, note Ch Bigot, 2^{ème} esp., et Somm. 1539, obs. A. Lepage, JCP 2003. II. 10085, note J. Ravanais, faisant état du « droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale », cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰² Sur la naissance d'un enfant hors mariage, V. TGI Paris, 7 nov. 1968, JCP 1969. II. 15931 ; sur la révélation de l'existence d'un enfant hors mariage d'un souverain régnant : Civ. 1^{ère}, 27 fév. 2007, n° 06-10.393, Bull. civ. I, n° 85, CCE 2007. Comm. 97, obs. A. Lepage, RTD civ. 2007. 309, obs. J. Hauser ; sur la révélation de l'existence d'un enfant naturel d'un écrivain, V. TGI Paris, 6 mai 2002, Légipresse 2002, I, p. 126, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰³ Civ. 2^{ème}, 5 janv. 1983, Bull. civ. II, n° 4, D. 1986. IR 50, obs. R. Lindon ; jugé toutefois que les révélations concernant les préparatifs et le lieu d'accouchement d'une princesse sont anodines et ne constituent pas une atteinte à la vie privée : Civ. 2^{ème}, 19 fév. 2004, n° 02-11.122, Bull. civ. II, n° 72, D. 2004. 1633, obs. Ch. Caron ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n° 05-17.718, absence d'atteinte à la vie privée du fait de publier un article avec les photographies d'une personnalité dans un « état de grossesse manifeste » ; TGI Nanterre, 14 sept. 2006, Légipresse 2007, I, p. 15 : « L'annonce d'un état de grossesse réel ou supposé de la femme d'un chanteur et l'évocation des sentiments des protagonistes à ce sujet constituent une immixtion grave dans la sphère la plus intime de la vie privée des époux, dès lors que ces informations ne résultent nullement d'un constat tiré d'une apparence physique décelable... », cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰⁴ CourEDH 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne, req. n° 5410/03, D. 2007. 2648, note Hennion-Jacquet, RTD civ. 2007. 292, obs. J.-P. Marguénaud, à l'instar de la contraception (Aix, 19 déc. 1968, D. 1969. 265), cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2003, n° 00-20.289, Bull. civ. I, n° 172, D. 2004. Somm. 1633, obs. Ch. Caron, RTD civ. 2003. 680, obs. J. Hauser, CCE 2003. Comm. 115, obs. A. Lepage, JCP 2003. II. 10139, note J. Ravanais, Dr. et patr., janv. 2004, p. 90, obs. G. Loiseau, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰⁶ TGI Paris, 21 mars 1984, JCP 1985. II. 20326, note R. Lindon ; Paris, 24 fév. 1998, D. 1998. 225, note B. Beignier, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n° 06-13.008, D. 2007. Pan. 2777, obs. Ch. Bigot, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2003, Légipresse 2003, I, p. 142, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

vie »³⁰⁹, ou bien encore que constitue une atteinte à la vie privée la référence faite par un article, au sujet d'une chanteuse célèbre, à son lien de parenté avec un individu condamné pour homicide par une juridiction étrangère, cette publication révélant un événement faisant partie de la sphère familiale de la chanteuse³¹⁰.

196. Dans cet esprit, il a également été jugé au sujet d'un article qui relatait le combat qu'a mené une jeune fille contre une maladie qui l'a finalement emportée, qu'il avait trait à la vie privée de la principale intéressée, mais qu' : « à raison du lien et du cadre familial qui unissait à ses parents la jeune femme, chacun d'eux a indissociablement pris part au drame intime et douloureux de celle-ci, de sorte que l'article incriminé [...] s'avère nécessairement attentatoire à leur propre vie privée »³¹¹. Soulignons dès à présent que la spécificité sanitaire semble pouvoir propager la vie privée, par nature personnelle et individuelle, à un certain entourage, au vu des circonstances de l'espèce, de sorte qu'il est impossible de dresser une généralité, mais opportun de mentionner l'existence d'une telle exception.

197. Vie amoureuse et sexualité. La vie affective et sentimentale, présente ou accomplie, a indubitablement trait à la vie privée³¹², peu importe l'abord sous lequel elle affleure - sentiments, affection, émotions, émois ressentis, aventures et expériences souhaitées ou consommées... La vie amoureuse, et *a fortiori* la sexualité, constitue également un élément primordial de l'étendue de la vie privée ; la jurisprudence a pu reconnaître, au sujet de l'homosexualité, la nature attentatoire à la vie privée de sa révélation³¹³. De même, des pratiques sadomasochistes relèvent de la vie privée³¹⁴. Ces

³⁰⁹ Paris, 26 juin 1986, D. 1987. Somm. 136, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³¹⁰ TGI Paris, 14 mai 2003, Légipresse 2003, I, p. 124, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³¹¹ TGI Paris, 28 mai 2003, Légipresse 2003, I, p. 124, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³¹² Paris, 1^{ère} ch. B, 5 déc. 1997, SA Ediradio et autres c/ X., in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

³¹³ Paris, 21 oct. 2004, CCE 2005. Comm. 48 : atteinte à la vie privée dans le fait de révéler au public l'homosexualité d'un homme politique ; il a été précisé dans cette affaire par les premiers juges qu'il est « vain [...] de faire valoir que serait ainsi créée une discrimination entre hétérosexualité et homosexualité, au motif que seule la révélation de cette dernière serait constitutive d'une atteinte à la vie privée, alors qu'en réalité, le seul fait que l'hypothèse de la révélation forcée de l'homosexualité soit improbable, compte tenu du caractère largement majoritaire de cette orientation sexuelle, ne suffirait pas, a priori, à enlever son caractère fautif à la diffusion d'une telle information » ; TGI Paris, 4 juil. 1984, D. 1986. IR 447, obs. R. Lindon et D. Amson, concernant la révélation ou la suggestion de relations homosexuelles ; Versailles, 31 janv. 2002, D. 2003. Somm. 1533 : « S'il est de principe que la publication d'une photographie d'une manifestation publique ne nécessite pas d'autorisation particulière, il n'en est pas de même pour la publication de photographies de

affirmations ne vont pas sans poser la question de la sexualité du patient, et à plus forte raison celle des patients mineurs, âgés, et en situation de handicap, pour qui la vie sexuelle peut constituer une part autonome de la relation de soin³¹⁵.

198. Santé et état de santé. Cette donnée fera l'objet de plus amples développements à venir ; précisons dès à présent que la santé entre incontestablement - et sensiblement - sous le couvert de la vie privée et de son étendue³¹⁶. C'est vrai notamment de la maladie, physique³¹⁷, mentale³¹⁸, et de sa prise en charge : intervention chirurgicale³¹⁹, traitements médicamenteux³²⁰, souffrances physiques³²¹ ou psychiques et hospitalisation³²². Il en va de même de l'information relative à l'état de santé³²³. À titre d'exemple, la révélation par un employeur de la séropositivité d'un de ses salariés constitue une atteinte à la vie privée de celui-ci³²⁴.

manifestations homosexuelles lorsque cette publication n'est pas justifiée par l'information du public sur cet événement » ; sur l'homosexualité d'un candidat à l'adoption d'un pupille de l'État opposée de façon illicite par l'Administration : TA Paris, 25 janv. 1995, D. 1995. 647, note F. Boulanger, cité par : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...*, *Op. cit.*

³¹⁴ TGI Paris, 29 avr. 2008, Légipresse 2008, I, p. 139.

³¹⁵ Sur la sexualité du patient, v. Chapitre II du présent Titre.

³¹⁶ V. CJCE 5 oct. 1994, D. 1995. 421, obs. J.- L. Clergerie ; Versailles, 16 janv. 2003, Légipresse 2003, I, p. 106 : porte atteinte à la vie privée d'un prince un article qui évoque une possible affection héréditaire, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc.*

³¹⁷ Civ. 2^{ème}, 12 juil. 1966, D. 1967. 181, note P. Mimin ; Paris, 9 juil. 1980, D. 1981. 72, 2^{ème} esp., note R. Lindon ; photographie d'une comédienne à sa sortie d'hôpital : Civ. 1^{ère}, 6 juin 1987, Bull. civ. I, n° 191 ; Paris, 26 juin 1986, D. 1987. Somm. 136 ; TGI Paris, 20 nov. 1985, D. 1987. Somm. 140 ; 17 déc. 1986, Gaz. Pal. 1988. 1. Somm. 145 ; CEDH 6 fév. 2001, JCP 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; TGI Paris, 5 mars 2007, Légipresse 2007, I, p. 162 ; TGI Nanterre, 4 avr. 2005, Légipresse 2005, I, p. 145, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³¹⁸ Placement en hôpital psychiatrique : Paris, 5 déc. 1997, D. 1998. IR 32, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³¹⁹ TGI Paris, 20 juin 1973, D. 1974. 766, note R. Lindon, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³²⁰ Paris, 1^{ère} ch., B., 30 mars 1995, décision rapportée par B. Teyssié, Droit des personnes, J.-C.P. 1995, I, 3874, n° 2, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* *Op. cit.*

³²¹ TGI Paris, 1^{ère} ch., 29 janv. 1986, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* *Ibid.*

³²² V. sur la divulgation de l'hospitalisation sous contrainte d'une personne, Paris, 1^{ère} ch. B, 5 déc. 1997, SA Ediradio et autres c/ X..., *op. cit.*, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* *Ibid.*

³²³ Paris, 4^{ème} ch. B, 26 juin 1986 ; TGI Lille, ord. réf., 4 janv. 2000, D. 2001, 1503, note P. Labbé, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* *Ibid.*

³²⁴ Paris, 24 sept. 1990, Juris-Data, n° 023624, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc.*

199. Aussi la jurisprudence consacre-t-elle le corps humain comme élément relevant de la vie privée³²⁵, et justifiant par voie de conséquence que la nudité en constitue un aspect³²⁶. La dualité physique et morale de la vie privée prend ici tout son sens. Biologiquement³²⁷, le corps n'est pas accolé à la vie privée. Toutefois, au prisme de la nudité et de la santé, et d'un point de vue davantage sociologique et anthropologique, ce dernier peut être admiré comme le sanctuaire de la vie privée. L'être humain ressent, à l'égard de son corps : « depuis qu'il a atteint un certain degré de civilisation, un besoin inséparable du sentiment de pudeur et du sens de la dignité »³²⁸. Ce sentiment est juridiquement illustré par le fait que la nudité et l'anatomie sont considérées, jurisprudentiellement, comme étant parties de l'étendue de la vie privée³²⁹.

200. Une autre dualité, existant entre santé privée et santé publique est à éluder dès à présent. Les développements à venir auront uniquement trait à l'individu - patient - dans son rapport intime et personnel au bien privé que représente sa santé, et ce même si la notion de « santé » oscille entre le « public » et le « privé ». Alors que l'on parle, politiquement, de « santé publique », l'idée selon laquelle la santé constitue un bien intrinsèquement privé - certes publiquement financé³³⁰ - nous semble défendable. C'est bien de cette santé privée qu'il s'agit de traiter ici.

201. Vie psychique. Toute étude ou investigation psychologique dictées à l'individu, exception faite des cas où elles sont légalement envisagées, met sur pied une véritable ingérence dans la vie privée. L'autorisation légale mentionnée ne saurait sérieusement abolir l'atteinte à la vie privée : elle la rend purement licite et juridiquement régulière. Une telle approche est justifiée par le fait que la relation de soin, à laquelle adhère l'étude ou

³²⁵ TGI Paris, 14 mai 1974, D. 1974. 766, note R. Lindon ; Paris, 14 mai 1975, D. 1976. 291 ; 5 juin 1979, JCP 1980. II. 19343, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³²⁶ Grenoble, 30 oct. 2000, Juris-Data, n° 146355 ; Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2006, n° 06-13.350, Bull. civ. I, n° 534, JCP 2007. II. 10064, note M. Brusorio, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³²⁷ « Assemblage de cellules et d'organes dont la permanence et l'harmonie des fonctions caractérisent la vie » : PEANNEAU J., « Corps humain », *Encyclopédie Dalloz*, n° 1, p.2.

³²⁸ EY SHAW T., « La liberté du secret », Rev. sc. crim. 1950, p. 172, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

³²⁹ TGI Paris, réf., 14 mai 1974, *Op. cit.*

³³⁰ V. en ce sens : « Pour sortir de l'impasse : la solidarité entre nos générations », Rapport et recommandations. Comité de travail sur la pérennité du système de soins et de services sociaux de Québec, Québec, juillet 2005, cité par MÜLLER D., « La santé, entre bien public et bien privé », *Revue d'éthique et de théologie morale* 2006/HS, p. 145-158.

l'investigation psychologique, présente la même caractéristique. L'objectif du présent travail est de démontrer que l'atteinte à la vie privée par la relation de soin est réelle, malgré l'encadrement légal et l'autorisation juridique dont elle bénéficie. Une telle nuance ne trouve en aucun cas illustration dans l'actuel carcan normatif.

202. *Convictions personnelles.* Les convictions personnelles, qu'elles soient religieuses, politiques, philosophiques ou morales, semblent assurer une autre perspective de l'étendue de la vie privée³³¹. La jurisprudence met ainsi un point d'honneur à protéger les opinions politiques³³².

203. Concernant la religion, une décision ancienne, se basant sur la loi du 11 mai 1868³³³ qui érigeait en contravention : « toute publication dans un écrit périodique, relative à un fait de la vie privée », avait affirmé qu'un journaliste ne pouvait révéler le nom des personnes qui s'étaient rendues à un pèlerinage sans atteindre leur vie privée³³⁴. La jurisprudence contemporaine apparaît plus brumeuse. Il a été jugé par des juges du fond que la révélation d'une participation publique aux pratiques religieuses d'un culte ne portait pas atteinte à la vie privée dans la mesure où elle n'aurait pas pour finalité assumée de nuire ou de susciter des attitudes discriminatoires ou agressives³³⁵. Une critique a pu être émise sur cette solution, puisque l'atteinte à la vie privée doit demeurer indépendante des motivations qui l'animent. Plus récemment, la Cour de cassation a pu caractériser l'atteinte à la vie privée par la publication litigieuse d'une information révélant la pratique religieuse d'une personne, la déconsidérant aux yeux de la communauté musulmane, et suscitant des attitudes discriminatoires³³⁶. L'arrêt est équivoque, car il n'affirme pas expressément que la seule révélation de la pratique religieuse, sans les autres circonstances énumérées, est suffisante à caractériser l'atteinte à la vie privée.

³³¹ V. en ce sens : FENOUILLET D., *La conscience*, préf. G. CORNU, 1993, LGDJ, n° 849, qui observe que la notion de vie privée paraît recouvrir « les diverses manifestations positives de l'autonomie de conscience », cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc.*

³³² Paris, 20 sept. 2001, D. 2002. Somm. 2300, obs. A. Lepage ; sur le secret de vote, Toulouse, 26 fév. 1974, JCP 1975. II. 17903, note R. Lindon, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³³³ V. à ce propos Section I, Chapitre II du présent Titre.

³³⁴ Crim. 28 fév. 1874, DP 1974. 1. 275, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc.*

³³⁵ Paris, 11 fév. 1987, D. 1987. Somm. 385, obs. Lindon et Amson, RTD civ. 1988. 93, obs. J. Rubellin-Devichi, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³³⁶ Civ. 1ère, 6 mars 2001, n° 99-10.928, Bull. civ. I, n° 60, D. 2002. 248, note C. Duvert, Dr. et patr., juin 2001, p. 95, obs. G. Loiseau, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

204. Il semble donc que la seule révélation de la pratique religieuse d'un individu identifiable ne soit pas suffisante à caractériser, de façon autonome, l'atteinte à la vie privée. Une fois encore, il est permis de regretter que la motivation de la révélation soit un facteur pris en considération dans la caractérisation de l'atteinte, et que cette seule révélation, au-delà même de son dessein, ne puisse en elle-même constituer une entorse à la vie privée. La révélation du choix et de la pratique religieuse ne constitue donc pas, au regard de la jurisprudence, une atteinte autonome à la vie privée : la religion n'entre donc que partiellement sous le couvert de la vie privée.

205. *Loisirs et achats.* Les loisirs entrent également sous le couvert de la vie privée. L'atteinte est par exemple caractérisée par le fait de photographier sans leur consentement des personnes en vacances touristiques³³⁷ - même s'il s'agit d'une personnalité publique³³⁸. De même, une photographie illustrant les achats effectués par un particulier porte atteinte à sa vie privée³³⁹.

206. *Numérique et domicile.* La jurisprudence s'est adaptée aux évolutions numériques sociétales, en faisant entrer dans la sphère privée le numéro de sécurité sociale et les références bancaires³⁴⁰. Le numéro de téléphone personnel est également protégé³⁴¹, de sorte qu'il est possible de faire un parallèle entre ce numéro personnel et l'adresse du domicile personnel, qui relève également de la vie privée, via la protection civile et pénale à laquelle elle donne lieu.

207. Le domicile³⁴² est défini comme le lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et

³³⁷ Paris, 24 mars 1965, JCP 1965. II. 14305, D. 1965. Somm. 122, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³³⁸ En l'espèce, le Président de la République : TGI Paris, 4 avr. 1970, JCP 1970. II. 16328, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³³⁹ Paris, 19 sept. 1995, D. 1995. IR 238, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁴⁰ Civ. 1ère, 9 déc. 2003, n° 01-11.587, Bull. civ. I, n° 254, Gaz. Pal. 2005. Somm. 1399, obs. P. Guerder, RTD civ. 2004. 264, obs. J. Hauser, CCE 2004. Comm. 66, obs. A. Lepage ; V. aussi, pour le numéro de compte bancaire, Paris, 4 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. I. Somm. 201, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁴¹ T. corr. Briey, 15 sept. 1992, Gaz. Pal. 1993. I. 201 ; TGI Paris, 22 fév. 1995, Juris-Data, n° 1995-04.0693, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

³⁴² Le terme « domicile », utilisé tant par la jurisprudence que par la doctrine, n'est pas celui dont il est question aux articles 102 et suivants du Code civil, mais équivaut à « lieu de vie ».

l'affectation donnée aux locaux³⁴³. Le dictionnaire Littré ajoute qu'il s'agit du lieu où la personne est présumée être quant à l'exercice de ses droits et à l'accomplissement de ses fonctions. Le domicile est situé au lieu du principal établissement³⁴⁴. Le domicile n'est pas naturellement inclus dans le contenu de la vie privée, car il reste une entité extérieure à l'individu, seul sujet de la vie privée. Néanmoins, dans la mesure où il demeure incontestablement le lieu où se développe l'immense majorité de la vie privée de l'individu, toute atteinte ou violation du domicile est pénalement réprimée³⁴⁵. En droit civil, il n'existe pas de disposition relative à la protection du domicile, envisagé comme incarnation naturelle de la vie privée³⁴⁶, qui est préservée pour sa part via l'article 9 du Code civil. Cette absence de protection spécifique ne doit pas empêcher de penser le domicile comme un des noyaux durs de la vie privée. C'est par ce biais que la jurisprudence rattache le domicile à l'étendue de la vie privée³⁴⁷ ; ce dernier : « fait partie des éléments rattachés non point à la personne proprement dite mais à sa vie privée »³⁴⁸. Cette vision permet d'affirmer non seulement que le lieu peut influencer, positivement, sur l'étendue de la vie privée, mais également qu'il peut constituer, de façon autonome, un élément rattaché au cercle circonscrit de la vie privée, dont l'étendue peut opérer un glissement hors de la personne intéressée, qu'il s'agisse de tiers³⁴⁹ ou de lieux particuliers.

208. Patrimoine. La jurisprudence est fournie dès lors qu'elle se prononce sur l'appartenance du patrimoine - entendu comme les biens dont une personne est pourvue - à la sphère de la vie privée ; néanmoins, elle ne semble pas toujours homogène. Il a en effet été jugé qu'étaient couvertes par la vie privée les informations relatives à l'étendue d'un potentiel héritage³⁵⁰, celles afférentes à la situation de fortune attribuée à un personnage politique, ou aux détails sur ses déclarations fiscales³⁵¹, ou enfin celles qui concernent

³⁴³ Crim, 4 janv. 1977, Bull. crim. n° 6 ; Crim, 22 janv. 1997, Dr. pénal, juin 1997, n° 6, comm., p. 10, obs. M. Véron, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

³⁴⁴ C. civ., art. 104.

³⁴⁵ C. pén., art. 432-8 et 226-4.

³⁴⁶ Le domicile auquel se réfère l'article 102 du Code civil est sans lien avec la protection de la vie privée.

³⁴⁷ TGI Paris, 8 janv. 1986, D. 1987, som., 138, obs. R. Lindon, D. Amson, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

³⁴⁸ FERRIER D., *La protection de la vie privée*, Thèse de doctorat en Droit, Toulouse I, 1973.

³⁴⁹ TGI Paris, 28 mai 2003, *Op. Cit.*

³⁵⁰ Paris, 12 janv. 1987, D. 1987. Somm. 386, obs. R. Lindon et D. Amson, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc.*

³⁵¹ Paris, 19 juin 1989, D. 1989. IR 240, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid.*

l'achat d'un complexe immobilier par un huissier³⁵². Il est intéressant de souligner que la jurisprudence a pu affirmer que le bien qu'une personne ne souhaite plus posséder, en s'en débarrassant, ne signifie pas qu'elle souhaite pour autant en faire révélation publique : constitue par conséquent une atteinte à la vie privée le fait de fouiller dans les poubelles d'une célébrité afin de révéler les divers éléments qui y étaient contenus, tels que des médicaments³⁵³.

209. Image. Deux mouvements se confrontent à ce propos. Le premier, jurisprudentiel³⁵⁴ et doctrinal³⁵⁵, estime que la protection de l'image a pour socle le respect de la vie privée. Par antagonisme, il est proféré que l'image est une notion diamétralement autonome par rapport à la vie privée : le droit à l'image et le droit au respect de la vie privée seraient deux droits pleinement absolus et affranchis. L'image est intrinsèquement associée à l'individu, affichée dans sa vie privée et dans sa vie publique. Le particularisme et l'autonomie du droit à l'image sont illustrés par la jurisprudence³⁵⁶. Enfin, une proposition intermédiaire accorde à l'image un caractère complémentaire visant à protéger des intérêts disparates³⁵⁷. Le particularisme de l'image subsiste lorsque la personne est montrée dans une scène de sa vie publique. Nonobstant cela, lorsque l'image illustre la représentation d'un tableau de la vie privée, il semble à propos de faire prévaloir la vie privée sur l'image³⁵⁸. Partant de ce postulat, et considérant que la vision médiane présente un certain nombre d'avantages, signifions la volonté du présent travail d'éluder les problématiques posées par l'image et, *a fortiori*, le droit à l'image, afin de concentrer la réflexion sur la vie privée.

³⁵² Civ. 2^{ème}, 20 oct. 1976, Bull. civ. II, n° 279, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid*.

³⁵³ Paris, 30 mars 1995, D. 1995. IR 140, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid*.

³⁵⁴ Paris, 13 mars 1965, confirmé par Civ., 2^{ème}, 12 juil. 1966, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Ibid*.

³⁵⁵ KAYSER P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », RTD Civ. 1971, 445, spéc. n° 22, p. 468 ; MARTY G. et RAYNAUD P., Les personnes, par P. Raynaud, éd. Sirey, 1976, n°6, p. 7 ; HEBARRE J.-L., rapport de 1970, consacré au code d'honneur de l'information et aux mesures d'auto-discipline vis-à-vis du respect de la vie privée, cité par Cabannes, concl. sur Paris, 15 mai 1970, p. 468 ; ACQUARONE D., L'ambiguïté du droit à l'image, p. 129 à 132 ; MINIM P. note sous Civ., 2, 12 juil. 1966, p. 182.

³⁵⁶ V. notamment : TGI Paris, réf., 27 fév. 1970, J.-C.P. 1970, II, 16293, obs. R. Lindon, cité par DEPAGE A., Répertoire Dalloz de droit civil, Droits de la personnalité, *Préc*.

³⁵⁷ RAVANAS J., La protection de la personne..., *Op. cit*.

³⁵⁸ V. en ce sens : TGI Nanterre, ord. réf., 2 août 1996, D. 1998, som., 79, obs. J.-Y. Dupeux.

2. Énumération des données exclues de l'étendue de la vie privée

210. Certains éléments sont, de par leur nature, étrangers à l'étendue de la vie privée. Aussi le nom de famille en est-il exclu³⁵⁹ ; cela permet d'affirmer que les éléments présentant un caractère largement public et ne révélant aucun aspect de la vie privée en sont par essence forclos.

211. Affirmer que l'activité professionnelle n'est pas non plus partie à l'étendue de la vie privée relève de la généralité ; en effet, sans que cela soit synonyme d'évanouissement de celle-ci aux portes du lieu de travail, certains aspects qu'endosse l'activité professionnelle ne sont pas inclus dans la vie privée³⁶⁰, et l'appréciation par la jurisprudence de l'inclusion se fait au cas d'espèce - on pense ici notamment à l'intitulé du poste occupé. Le montant de la rétribution financière n'est pas directement rattaché à la situation professionnelle, mais à la situation patrimoniale.

212. Inversement à la situation outre-Atlantique³⁶¹, les Français attachent une particulière et méticuleuse attention à ce que leur situation patrimoniale ne soit pas mise à jour³⁶². La jurisprudence a déjà pu reconnaître que le patrimoine était inclus dans le contenu de la vie privée³⁶³. Néanmoins, la Cour de cassation a nouvellement assuré que la vie privée n'est pas émue par la publication de confidences exclusivement patrimoniales³⁶⁴. Ne sont donc pas couverts par la vie privée les renseignements sur les revenus professionnels d'une personne, ou sur l'utilisation de ces revenus³⁶⁵ - précision faite que chaque espèce est traitée singulièrement par la jurisprudence, rendant ardue l'assertion d'une banalité communément vérifiable.

³⁵⁹ V. en ce sens : Paris, 30 oct. 1998, RTDCiv. 1999, 61 obs. J. Hauser.

³⁶⁰ Paris, 1^{ère} ch., 16 mars 1955 ; Soc., 6 janv. 1972, J.-C.P. 1972, II, 17°45.

³⁶¹ Aux États-Unis, « on est fiers d'être riche ; c'est une preuve de mérites personnels ; aussi cherche-t-on toujours à situer la personne par rapport à l'argent dont elle dispose » : RAVANAS J., note sous Versailles, aud. sol., 17 mai 1995, D. 1996, 409, spéc. 411, note 20, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

³⁶² KAYSER P., note sous Civ., 1, 28 mai 1991, D. 1992, 213.

³⁶³ TGI Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., 3 fév. 1975, D. 1975, som., 112 et rejet du pourvoi Civ. 2, 20 oct. 1976, J.-C.P. 1976, IV.

³⁶⁴ Civ., 1^{ère}, 20 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 257, p. 182 ; Civ., 1^{ère}, 20 oct. 1993, D. 1993, I.R., 250 ; D. 1994, 594, note Y. Picod ; *contra*, Civ., 1, 19 déc. 1995, D. 1997, 158, note J. Ravanass.

³⁶⁵ TGI Paris, réf., 16 oct. 1991, Juris-Data, n° 051779.

213. Conception extensive de la notion de vie privée. Il vient d'être soulevé que les informations concernées par le champ d'action de la vie privée peuvent être aussi bien relatives à des faits désobligeants, dépréciatifs et accablants, qu'à des faits tout à fait avantageux, agréables et obséquieux pour la personne. Il semble donc que la « vie privée » ne doive pas être confondue avec l'honneur. En outre, parce qu'elle est une notion ductile, celle-ci est à même d'épouser les évolutions sociétales que nous traversons. Pour autant, ces évolutions n'amoindrissent que partiellement la vie privée, parce qu'elles ne s'attaquent en réalité qu'à certains de ces éléments, et non à sa globalité.

214. L'exemple de la « transparence » en donne une nette illustration : « Comment parler de la pudeur en des temps de regard dévorant, de regard insatiable, où la possibilité de tout voir et de tout savoir est revendiquée comme un droit, où la transparence est une obsession, où l'existence ne se prouve que de se montrer »³⁶⁶ ? Doit-on considérer que la montée de la transparence, assimilable à un véritable modèle social actuel, amoindrit le contenu et l'étendue de la vie privée³⁶⁷ ? Alors qu'il est tentant de répondre spontanément par l'affirmative, une seconde réflexion permettra d'affirmer que la transparence semble uniquement influencer sur le secret, spécifiquement, plus que sur la vie privée. En effet, cette dernière ne peut être assurément responsable d'un abaissement de la vie privée. Si l'opacité de la vie privée s'incline devant la transparence, les éléments révélés perdent exclusivement leur caractère secret, mais n'échappent pas de fait au joug de la vie privée. Cette caractéristique si particulière peut en partie expliquer que les juges retiennent parfois des motifs d'atteinte à la vie privée sans réellement s'en justifier. L'atteinte au droit au respect de la vie privée a à ce propos été caractérisée dans l'hypothèse d'une installation d'un système de vidéosurveillance avec enregistrement placé au-dessus de la caisse du magasin d'un salarié³⁶⁸, sans pour autant préciser les raisons - peut-être parce qu'elles sont impossibles à rapporter - de cette solution³⁶⁹.

³⁶⁶ « Pudeur », *Études* 2001/2, *Op. cit.*

³⁶⁷ Cet amoindrissement serait, entre autres, expliqué par la montée de l'absence de pudeur des individus, le développement des techniques d'investigation et les nouvelles technologies ; v. en ce sens : DE LAJARTRE A., « Fonctions et fictions des « miradors électroniques » publics. La « vidéosurveillance » dans la loi du 21 janvier 1995 », J.-C.P. 1996, I, 3955, n° 1.

³⁶⁸ Rennes, 19 juin 2003, CCE 2003 ; Comm. 114, obs. A. Lepage.

³⁶⁹ En revanche, plus rigoureux, Paris, 2 fév. 2005, CCE 2005. Comm. 106, obs. A. Lepage : la production du simple relevé des communications d'un salarié sur le poste téléphonique mis à disposition par l'employeur ne suffit pas à caractériser une violation du droit au respect de la vie privée » ; V. aussi, au sujet d'un reportage réalisé en caméra cachée dans la rédaction d'un magazine, TGI Paris, 12 nov. 2008, *Légipresse* 2009, I, p. 171 : « Les séquences s'étant déroulés non au domicile des personnes filmées mais au sein de la rédaction du

215. Au-delà de l'évolution de la notion même de « vie privée », une autre explication de l'extension de son appréciation par la jurisprudence trouve écho dans le double sens que reçoit le terme « privé ». Il est alors nécessaire de prendre exemple sur un fait concret, qui fait incontestablement partie de l'étendue de la vie privée, pour saisir la teneur de ce double sens. La notion de « correspondance » permet ce dessein.

216. Qualifiant la correspondance, le terme privé ne désigne pas son contenu, mais indique, sur la forme, que cette dernière est adressée à un ou plusieurs destinataires particuliers, et n'est ainsi pas destinée à un public³⁷⁰. La correspondance est ainsi, avant toute autre chose, privée parce qu'elle n'est pas destinée au public, sans qu'elle ait pour autant trait à la vie privée, par exemple parce que son contenu ne contient aucune information privée. Bien évidemment, la correspondance pourra être également privée, compte tenu du nombre déterminé de ses destinataires et, au surplus, avoir un contenu relatif à la vie privée.

217. On saisit ici bien les deux niveaux d'acceptation de la vie privée : le juge aura donc une double possibilité de condamnation pour un même fondement : sur la forme, parce que le périmètre de transmission de l'information révélée, bien que non privée, pouvait être légitimement circonscrit par l'intéressé, et sur le fond, lorsque c'est bel et bien l'information en elle-même, de par ses caractéristiques intrinsèques, qui aura directement trait à la vie privée, faisant par conséquent partie de son étendue.

218. Le juge civil n'est pas seul à étendre, par l'interprétation qu'il fait de la notion, le contenu de la vie privée. En effet, le juge pénal ne se refuse pas à donner une portée très large à l'article 226-1 du Code pénal³⁷¹, en incluant dans la vie privée des situations qui peuvent en paraître lointaines. Ainsi, un élève qui avait capté avec son téléphone portable et diffusé par suite les images d'un enseignant frappé par un autre élève au sein de l'établissement scolaire a été condamné pour atteinte à la vie privée et non-assistance à personne en danger³⁷². Sans remettre en cause le dommage subi par le professeur, il est contestable que celui-ci ait été atteint dans sa vie privée par les images publiées ; tout au plus son droit à l'image a-t-il été atteint. Force est de constater que la décision ne livre aucune motivation sur ce point.

magazine, rien ne permettait d'établir que les conversations ou les images captées à l'insu des demandeurs étaient relatives à l'intimité de leur vie privée ».

³⁷⁰ Entendu comme un ensemble indéterminé de personnes.

³⁷¹ Sur la protection de la vie privée par le droit pénal, v. Section 1, Chapitre 2 du Présent Titre.

³⁷² C. pén., art. 226-1 et 223-6, al. 2 ; TGI Versailles, 27 juin 2007, CCE 2007. Comm. 137, obs. A. Lepage.

219. Conclusion de la section. La présente réflexion tend à considérer que la vie privée, dans son acception duale physique/morale, peut être définie tout d'abord grâce à ses composantes, et, dans un second temps, au vu de son étendue. Composantes et étendue demeurent étanches, et par conséquent non assimilables entre elles. L'intimité est un élément de la vie privée, au même titre que la tranquillité ou la pudeur. Ces notions, parfois assimilées au « noyau dur » de la vie privée, sont englobées par la constituante mère, et, entre elles, la façonnent au gré du temps et des cultures. Santé, sexualité, vie affective et familiale, vie psychique, convictions personnelles, loisirs et achats, domicile, patrimoine et image ne constituent pas la vie privée, mais se heurtent à son étendue, qui aura des répercussions non négligeables sur leur acception : elles entrent « sous le couvert » de la vie privée, et non uniquement sous celui d'une seule de ses composantes. Toutes ces données sont protégées par la vie privée et - par extension - ses composantes.

220. L'étendue de la vie privée est à géométrie variable, notamment au vu de la zone géographique et temporelle considérée, mais également de la personne - des considérations et méthodes qui lui sont proches, de son allégeance aux lois et coutumes, de son éducation et de son évaluation de l'ordre public - mais surtout de son interprétation par la jurisprudence. Cette dernière définit l'étendue par voie d'énumération ; l'influence de la notoriété se doit d'être limitée, et la thèse relative à la sensibilité de l'information et la réaction attendue face à la révélation présente certaines limites contraignantes.

221. La vie privée s'étend à un ensemble d'informations et de situations présentant un caractère personnel, un abord privé parce qu'il n'est pas destiné au public. La révélation d'éléments appartenant à cet ensemble ne consume pas la vie privée, seul son caractère secret en est affecté. Cet ensemble est caractérisé, sur la forme, par un périmètre de transmission de l'information ou de réalisation de la situation, légitimement circonscrit par l'intéressé, et au fond, lorsque les caractéristiques intrinsèques de la révélation présenteront un caractère personnel par essence non destiné au public.

222. La vie privée s'étend à la santé et à la sexualité, qui présentent, au même titre que la relation de soin, une spécificité sanitaire certaine. Ce particularisme justifie l'originalité de l'encadrement juridique qui devra y être apporté.

223. Conclusion du chapitre. La vie privée est une donnée au périmètre ondoyant, au regard, entre autres, de sa représentation par les individus eux-mêmes. L'imprécision qui orne la notion de vie privée tient notamment au fait qu'elle peut alternativement désigner une revendication individuelle ou sociétale, une situation de fait, une forme de contrôle, un droit légalement garanti, ou encore un intérêt moral.

224. La vie privée est un contrôle personnel relatif à l'accessibilité physique et morale à soi. Elle est à la fois témoin du processus de civilisation et de socialisation, mais également de la conscience naturelle de soi et de l'autre, de son corps, de son esprit et de son environnement. Il existe, en sus de son histoire, une géographie et une culture de la vie privée, ainsi que des variations de sa représentation et de son interprétation. Ces données témoignent de la subjectivité incontestable de la notion. Liberté, secret, intimité, tranquillité, pudeur, regard et toucher. Forcée de plusieurs composantes, la vie privée s'attache à l'Homme et vise son corps et ses pensées. La notion appelle assurément son respect, qui consiste à estimer la construction de chaque sujet humain, afin de l'observer avec un regard familier permettant la reconnaissance.

225. L'étendue de la vie privée est à géométrie variable ; son interprétation est fixe : la jurisprudence en définit l'étendue par voie d'énumération. L'étendue a trait à un ensemble d'informations et de situations présentant un caractère personnel, un abord privé parce qu'il n'est pas destiné au public. Cet ensemble est caractérisé à la fois par un périmètre de transmission de l'information ou de réalisation de la situation, légitimement circonscrit par l'intéressé, mais également par les caractéristiques intrinsèques de la révélation, qui peuvent présenter un caractère personnel par essence non destiné au public.

226. Ainsi les tentatives de définitions juridiques de la vie privée ont-elles pu être mises en lumière, au vu d'une méthodologie assumée visant exclusivement ses composantes et son étendue ; encore faut-il déterminer à qui ces définitions sont applicables (**Chapitre II**).

Chapitre II. Sujets de la vie privée et enjeux de la relation de soin

« Toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée. »³⁷³

À titre liminaire,

227. Une notion subjective et culturelle. L'objectivation de la notion et du contenu de la vie privée permet de cerner ses contours, bien que cet élément reste difficilement définissable et son contenu éminemment subjectif. Par définition, la vie privée est déterminée à l'intérieur de l'esprit³⁷⁴, et reste - au même titre que ce dernier - culturellement influençable. L'environnement dans lequel elle évolue aura des répercussions non négligeables sur la notion elle-même, mais également sur les individus à qui elle s'applique. La vie privée est une plante qui trouve son fondement sur un modèle social, historique et international particulier. Pendant la première moitié du XIX^e siècle, tous les regards français sont tournés vers l'Angleterre. Par suite, l'Allemagne et, au début du XX^e siècle, les États-Unis, exerceront une attraction grandissante et parfois antagoniste au modèle social français. Il est certain que les modes et exemples de vie étrangers ont joué un rôle particulier dans l'élaboration de la vie privée française, du moins à partir de la fin du XIX^e siècle. Il est dès lors difficile de ne pas prendre en considération les styles de vie dans les pratiques de vie privée, qui s'extirpent progressivement des espaces nationaux³⁷⁵.

228. La Suède est l'un des rares pays, avec les États-Unis, à avoir charmé l'imaginaire français ; au « mythe américain » est-t-il dès lors possible d'adjoindre un « modèle suédois », assimilé - pas nécessairement à raison - à une certaine éthique sociale au-dessus

³⁷³ C. cass., 1^{ère} ch. civ., 23 octobre 1990, Bull. n° 222.

³⁷⁴ Déf. « Subjectif », dict. Littré : « Terme de philosophie. Qui a rapport au sujet. (...) Il se dit, par opposition à objectif, de ce qui se passe dans l'intérieur de l'esprit. (...) Conceptions subjectives, celles qui émanent directement de l'esprit sans mélange notable des conceptions objectives. (...) Méthode subjective, méthode dans laquelle le point de départ est une conception de l'esprit, qui pose a priori un certain principe métaphysique d'où il tire des déductions. »

³⁷⁵ V. en ce sens : ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), *Histoire de la vie privée*, T.4, Éd. du Seuil, 1987.

de tout soupçon³⁷⁶, qui tend à atteindre l'universalité grâce à des outils au nombre desquels la transparence occupe une place de choix : levée du secret, « déprivatisation », gestion publique du domaine privé. La préoccupation de l'éthique collective socio-démocrate reste l'atteinte d'une transparence totale dans toutes les relations et une translucidité de chaque secteur social, dont il convient de dresser succinctement les contours. Cette analyse permettra de saisir en quoi la vie privée reste une notion culturelle et, par conséquent, mouvante. La société suédoise est construite sur un modèle qui place l'information au cœur de son fonctionnement ; les illustrations pratiques de cette organisation sont multiples. Soulignons, à titre d'exemple, que contrairement à la « pudeur financière » française³⁷⁷, l'argent n'entre pas dans la sphère confidentielle en Suède. Pire, les déclarations fiscales sont publiques et consultables par tous³⁷⁸.

229. À partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, l'informatisation a permis d'énormes échanges de flux d'informations, entre le secteur privé et l'administration d'État, rendus possibles, entre autres, par l'existence d'un numéro personnel d'identification³⁷⁹. Paradoxalement, cette récente informatisation n'empêche pas l'utilisation de voies de communication plus anciennes. En effet, la presse écrite publie quotidiennement plusieurs photos de lecteurs, accompagnées de nombreuses lignes descriptives personnelles, à l'occasion de faits marquants dans leurs vies - anniversaire, mariage, naissance ou décès.

230. Devançant la « révolution sexuelle » qui vit le jour à partir de la fin des années 1960, le caractère privé de la sexualité fut partiellement écarté par l'éducation sexuelle, qui devint obligatoire à l'école dès 1955. En 1938, une loi relative à la contraception et l'avortement abrogea l'interdiction relative à la vente de moyens contraceptifs qui

³⁷⁶ « La Suisse a ses comptes bancaires secrets, l'Allemagne son passé lourd ; les valeurs américaines elles-mêmes sont entachées de suspicion (« impérialisme », « néocolonialisme », « violation des droits de l'homme »...). Les valeurs suédoises semblent tirées de l'impératif catégorique kantien : chacun peut vouloir qu'elles deviennent lois universelles », in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), *Histoire de la vie privée*, T.5, *Op. cit.*

³⁷⁷ « Mon seul adversaire, celui de la France, n'a aucunement cessé d'être l'argent », DE GAULLE Ch., in MALRAUX A., *Les chênes qu'on abat*, Gallimard, p. 166. De manière plus spécifique, toute question directe relative au montant du salaire ou, plus généralement, du patrimoine, provoquera une réaction allant du désintérêt à la contrariété : « [...] ce que je gagne ne concerne que moi et en doit pas transparaître [...] » in ZIMMER P., « enquête sur France-Inter », 9 juin 1985.

³⁷⁸ *Taxering kalender*.

³⁷⁹ « Créé en 1946, ce numéro, unique pour chaque citoyen, a été utilisé dans les services d'état civil bien avant la mise en service d'ordinateurs dans l'administration. Il entre dans la plupart des fichiers nominatifs suédois, qu'ils soient publics ou privés. La Suède avait été la première nation européenne à se doter d'un Bureau de statistiques au niveau central (en 1756) ; elle est aussi la première à rendre possible la centralisation, sous un seul chiffre, de toutes les informations relatives à l'individu », in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), *Histoire de la vie privée*, *op.cit.*, p. 521.

perdurait depuis 1910. Toutes les pharmacies ont l'obligation d'en posséder en stock, et leur vente est autorisée en 1959 en dehors des officines : la sexualité se meut désormais dans l'espace public. Le droit au plaisir sexuel succède au droit à l'information sexuelle. L'essence de cette proclamation est avant tout égalitaire, et vise à légitimer toutes les attitudes sexuelles. En 1964, le voyage de Georges Pompidou en Suède et la définition personnelle de l'idéal sociopolitique qu'il donne (« la Suède avec un peu plus de soleil »), renforcent la thèse du modèle idéal suédois, qui atteindra son apogée dans les années 1970, avant de décliner progressivement durant les vingt-cinq dernières années du XX^{ème} siècle.

231. La société de l'indulgence et de l'information va laisser place à une société pervertie et contraignante, où la montée du racisme, de la xénophobie, de l'alcoolisme et du nombre de suicides permet de constater que le modèle suédois n'a pu tenir tous ses engagements. La révolution du privée a déraillé : « Contrôles fiscaux et familiaux incessant, maniaques, façon Orwell, contrôle des revenus, contrôle des individus, l'État providence, l'État-ingérence se mêle de tout, y compris de la façon dont vous devez élever vos gosses. Il encourage la délation des parents « déviants » par les enfants, etc. »³⁸⁰. La frontière si particulière entre le public et le privé en Suède a pu progressivement conduire à observer plusieurs violations de l'espace privé par le modèle mis en place en son sein, qui fut pourtant convoité pour ces raisons durant le XX^{ème} siècle : « le modèle de l'anti-secret est devenu un impérialisme intolérable »³⁸¹.

232. L'exemple suédois est révélateur du fait que la vie privée est mouvante. C'est plus exactement la conception personnelle qui peut en être faite qui l'est - dans la mesure où aucune définition objective universelle n'a pu voir le jour. Cette mouvance est culturelle, et trouve application dans un contexte temporel et géographique particulier. La vie privée se meut au regard du temps et du lieu ; elle peut être invoquée aujourd'hui alors que ce n'était pas le cas hier, et inversement : « L'Éternel n'en a pas voulu à David d'avoir envoyé à la mort Urie, le mari encombrant de sa maîtresse Bethsabée³⁸². L'Éternel a pardonné à Salomon, époux de la fille de Pharaon, de s'être épuisé à satisfaire les deux cents femmes

³⁸⁰ SARAUTE Cl., in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), Histoire de la vie privée, *ibid.*, p. 547.

³⁸¹ ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), Histoire de la vie privée, *ibid.*, p. 518.

³⁸² Bible du Semeur, 2 Samuel 12:1-15. David reconnut son péché [celui d'avoir pris Bethsabée pour sa femme, et d'avoir envoyé son époux, Urie le Hittite, à une mort certaine au front] et dit à Nathan : « j'ai péché contre YHWH [Yahvé] ! » Alors Nathan dit à David : « De son côté, YHWH pardonne ta faute, tu ne mourras pas ». Cependant, Dieu tua le fils en punition : « Seulement, parce que tu as outragé YHWH en cette affaire, l'enfant qui t'est né mourra. »

de son harem, au point de négliger ses obligations professionnelles de roi d'Israël, négligence qui a généré après sa mort le schisme des tribus du Nord. Personne ne s'indigna que Louis XIV, le roi « très-chrétien », exhibât ses maîtresses et promût à des postes importants ses enfants adultérins »³⁸³. L'opportunité de se référer à la vie privée des siècles passés afin de définir notre propre modèle semble pouvoir être remise en cause.

233. En février 1999 se déroule devant la cour d'assises de Paris le procès d'une exciseuse et de mères ayant imposé la pratique à leurs filles³⁸⁴. Dans les tribus africaines dont sont issues accusées et plaignantes, l'excision est traditionnelle et obligatoire puisque, croit-on³⁸⁵, la femme non excisée est inféconde. Or, en droit français, l'excision est un crime³⁸⁶, et le respect de la vie privée ne pourra être invoqué afin de faire légitimer l'acte. Dès lors, se référer à la vie privée des terres éloignées afin de définir notre propre modèle ne semble pas non plus bienvenu.

234. L'évolution de la représentation des modèles de vie privée témoigne du fait que la notion est à la fois subjective et mouvante ; son interprétation, personnelle, est influencée par la culture, le lieu et l'époque à laquelle elle est considérée. Cette mouvance est à mettre en opposition avec le champ d'application définitivement individuel de l'élément présentement étudié : la vie privée est une notion subjective qui n'en demeure pas moins incontestablement personnelle et exclusive.

235. Elle tend à trouver application au sein d'un contexte social et relationnel inscrit dans une époque déterminée. C'est au sein de ce contexte particulier que la relation de soin s'instaurera, entre un patient affaibli et un professionnel de santé dominant aux visions personnelles souvent divergentes. La relation de soin n'étant pas une relation

³⁸³ SARAUTE Cl., in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), Histoire de la vie privée, *op. cit.*, p. 551.

³⁸⁴ GROSJEAN B., « Excision : deux ans ferme pour la mère de Mariatou. L'exciseuse, elle, a été condamnée à huit ans d'emprisonnement », Libération, 17 fév. 1999, URL : http://www.liberation.fr/societe/1999/02/17/excision-deux-ans-ferme-pour-la-mere-de-mariatou-l-exciseuse-elle-a-ete-condamnee-a-huit-ans-d-empri_265190, consultée le 6 fév. 2017. Références de la décision introuvées.

³⁸⁵ « Le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point », Pascal, *Pensées*, éd. Le Livre de Poche, p. 134, in BARSAC Ph., « Croyance et savoir », URL : <https://www.philippebarsac.com/wordpress/croyance-et-savoir/#sdfootnote1sym>, consultée le 6 fév. 2017 : « Ce que Pascal a fort bien compris et que sa formule rend parfaitement, c'est le caractère incommensurable de la raison et de la foi. Là où la foi passe, la raison trépasse ; et vice-versa ».

³⁸⁶ C. Pén., art. 222-9 : « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

En l'espèce, C. pén., art. 222-10 : « L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : 1° Sur un mineur de quinze ans (...) »

individuelle³⁸⁷, ses acteurs devront composer - sur un pied d'égalité - avec la définition que l'autre a donnée à sa propre vie privée : l'intégration d'une notion individuelle au sein d'une relation plurielle rend le couple vie privée/relation de soin tout à fait singulier. Cette singularité s'exprime au sein d'un contexte social et politique qui prône la transparence.

236. *La dictature de la transparence.* Il peut encore être considéré que la transparence - « qualité de ce qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer »³⁸⁸ - est un outil permettant l'accès à la vérité³⁸⁹ - avec qui elle a souvent été, à tort, confondue. Cette vision impose la transparence comme un modèle artificieux de lisibilité et d'appréhension de la Nature et de l'Homme, un argument équivoque conduisant au mépris de la liberté. « Du corps à l'âme, de l'objectif au subjectif, de l'organisme au sujet, la transparence a envahi nos représentations par le truchement d'une rationalité qui la favorise comme canon du vrai. Elle est devenue la pierre angulaire sur laquelle repose notre société. Elle n'est plus seulement un droit ou un but, elle est une exigence morale »³⁹⁰. Notre naissance, nos expériences de vie, nos rencontres, nos sentiments, nos échanges, notre domicile, notre patrimoine et notre mort doivent être mis à nu ; ce qui est abrité est douteux. L'intimité, et à plus forte raison, la vie privée, semble s'exiler³⁹¹. Le « vertige de la transparence »³⁹² habite notre modernité occidentale. Cet impératif correspond à l'idée selon laquelle tout doit pouvoir être dit et su, et qu'il s'agit là d'une qualité vertueuse au sein d'une société où l'information a vocation à être distribuée, tel un indice de vérité, de sincérité et d'intégrité. La transparence n'est pas une fin en soi ; elle n'est qu'un outil qui permet de nourrir le droit - légitime n'en doutons pas - à l'information. En effet, il ne peut sérieusement être remis en cause que la connaissance de données de vie

³⁸⁷ Du moins dans l'immense majorité des cas.

³⁸⁸ Dict. Le petit Robert.

³⁸⁹ V. en ce sens : HADOT P., « Le voile d'Isis. Essai sur l'histoire de l'idée de Nature », Paris, Gallimard, 2004, in Alexandre Klein, « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Appareil* [En ligne], 7 | 2011, mis en ligne le 11 avril 2011, consulté le 18 avril 2017. URL : <http://appareil.revues.org/1199> ; DOI : 10.4000/appareil.1199.

³⁹⁰ BREDIN J.-D., 2001, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, p. 5-16.

³⁹¹ GORI R., DEL VOLGO M.-J., *Exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, Paris, Denoël, 2008.

³⁹² MASSIS T., « La transparence et le secret. Champ social, débat de conscience », *Études*, 2001/6, t. 394, p. 751-761, in Alexandre Klein, « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Appareil* [En ligne], 7 | 2011, mis en ligne le 11 avril 2011, consulté le 18 avril 2017. URL : <http://appareil.revues.org/1199> ; DOI : 10.4000/appareil.1199.

personnelle peut effectivement contribuer, dans certains cas, à alimenter un débat d'intérêt général dans une société démocratique.

237. Néanmoins, certains s'interrogent, à juste titre : « Peut-on expliquer en quoi la connaissance de la liaison d'un président de la République ou de l'orientation sexuelle du vice-président d'un parti politique favorise le débat démocratique ? Où se situe l'intérêt du public à avoir accès à ces particules de vie privée dont ne voit pas, à l'œil nu, ce qu'elles ont de pertinent pour apprécier les conditions d'exercice de fonctions politiques »³⁹³ ? Poussée à bout, la transparence peut ignorer la lettre de l'article 9 du Code civil, garant du respect de la vie privée³⁹⁴. À son contact, toute dissimulation est immédiatement perçue comme une ambiguïté suspecte qu'il convient de mettre à nu, alors même qu'un adage bien connu souligne : « *Verba argentum (est) nec silentia aurum (est)* »³⁹⁵. Comme le souligne le Professeur Guy Carcassonne : « Le voile était pudique. Il est devenu indécent. Où rien ne devait troubler le regard, rien ne doit plus l'entraver. La transparence l'exige. La transparence est irrésistible. Il suffit qu'elle veuille pour que l'on doive. Hommes ou procédures, c'est tout un, il leur faut céder. Qui se veut respectable se doit d'être transparent. Autre retournement puisqu'il fut un temps où être jugé transparent était fort peu flatteur quand, désormais, c'est accuser quelqu'un de ne pas l'être qui est lui faire injure. La discrétion est suspecte, la pudeur malade, l'opacité illégitime, le secret monstrueux. Vivement que disparaissent les rideaux des fenêtres »³⁹⁶. La surabondance généralisée de transparence ne conditionne plus l'existence démocratique, bien au contraire. Il s'agit d'un agrément antinomique aux principes fondateurs de la liberté, qui compose avec le fait de rendre des comptes *a priori*, en dictant universellement, constamment et irrémissiblement un régime préventif, dont les juristes conçoivent qu'il est le plus limitatif de liberté³⁹⁷.

238. On le comprend néanmoins aisément, la vie privée des personnes publiques est susceptible d'être indisposée par le droit à l'information du public et, de manière plus générale, par la liberté d'expression. Cependant, il est primordial d'accepter la

³⁹³ LOISEAU G., « La tyrannie de la transparence », Recueil Dalloz 2015, p. 153.

³⁹⁴ Sur le droit au respect de la vie privée, v. Titre II de la présente Partie.

³⁹⁵ « La parole est d'argent mais le silence est d'or. » Il semblerait qu'il s'agisse de la traduction latine d'une formule du Talmud - l'un des textes fondamentaux du judaïsme rabbinique et la base de sa Halakha (« Loi ») - (à confirmer).

³⁹⁶ CARCASSONNE G., « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs* 2001/2 (n° 97), p. 17-23. DOI 10.3917/pouv.097.0017.

³⁹⁷ V. en ce sens : CARCASSONNE G., « Le trouble de la transparence », *Ibid.*

transgression de la vie privée par la liberté d'expression uniquement lorsqu'il est légitime que le fait qui s'y rapporte soit divulgué. La liberté d'expression prend ainsi le pas sur la vie privée lorsqu'il est motivé, au sein d'une société démocratique, que le fait révélé soit connu du public. Cette légitimité, et la motivation qui y est associée, est inconnue du principe de transparence, qui vise uniquement à rendre visible ce qui n'est pas. Elle justifie à elle seule que le droit au respect de la vie privée ne soit pas opposable à certains, afin de connaître jusqu'aux aspects les plus intimes de leur vie.

239. La balance droit à l'information du public/vie privée cesse d'exister dans le rapport transparence/vie privée, et ce pour des raisons obscures dont aucune ne semble raisonnable. Qui décide, d'ailleurs, qu'au nom de la transparence, certaines personnes n'ont pas droit à la balance droit à l'information/vie privée ? Ceux qui se réclament libres d'informer, et font de la transparence leur fonds de commerce : « Voilà une liberté bien malléable aux mains de ceux qui la manipulent, en l'occurrence dans un intérêt exclusivement marchand, alors que la liberté est un bien commun démocratique »³⁹⁸.

240. Toute atteinte à la vie privée peut être, certes condamnée ; mais il n'en demeure pas moins que la révélation est alors attestée, et le dommage avéré : nul n'ignore aujourd'hui la relation amoureuse du 24^{ème} président de la République, et l'homosexualité du vice-président du parti politique en question. Le juge des référés a condamné l'atteinte à sa vie privée³⁹⁹ dans ce second cas, mais chacun connaît tout de même l'orientation sexuelle de l'intéressé. Les personnes informées avaient-elles légitimement à connaître une telle information ? La question se pose, mais il est permis d'en douter : « Il semble légitime de s'inquiéter lorsque certains chiens de garde de la démocratie se comportent en prédateurs, avec l'instinct de loups »⁴⁰⁰.

241. La transparence a des vertus démocratiques indéniables sur lesquelles il serait injustifié de vouloir revenir. Néanmoins, le contexte social actuel semble tolérer que celle-ci efface la balance droit à l'information - témoin de la liberté d'expression - et vie privée. Ce contexte modifie nos rapports personnels à la vie privée, et témoigne de l'évolution de la notion. Si notre regard ne peut être détourné de cette réalité, cette dernière justifie que la vie privée soit placée au cœur de nos préoccupations, et qu'elle soit réaffirmée et expliquée. La connaissance et la compréhension permettent le respect ; c'est indéniable.

³⁹⁸ LOISEAU G., « La tyrannie de la transparence », *Op. cit.*, p. 153.

³⁹⁹ TGI Paris, 24 déc. 2014, Répertoire Général n° 14/60966.

⁴⁰⁰ LOISEAU G., « La tyrannie de la transparence », *Op. cit.*, p.153.

242. Le contexte dans lequel la vie privée s'épanouit influe largement sur l'interprétation de sa définition et de son contenu. En revanche, son caractère personnel et subjectif permet à sa portée et ses conséquences d'être orientées vers le seul individu.

243. « Dans une première approche, l'identification des bénéficiaires du droit au respect de la vie privée permet déjà d'en approfondir le contenu. En la matière, le Conseil constitutionnel détermine largement ses titulaires : les nationaux comme les étrangers⁴⁰¹, le badaud dont l'image serait captée par un système de vidéosurveillance, comme les parlementaires ou les candidats à l'élection présidentielle⁴⁰². On admet par ailleurs⁴⁰³ qu'il peut profiter aux personnes physiques comme aux personnes morales »⁴⁰⁴.

244. Cette orientation globale n'empêche pas au concept d'être adapté, au regard notamment de la nature de l'individu, et de la situation dans laquelle il peut être placé. Il est classiquement considéré que la qualité de « notable » (**Section I.**) module le champ d'application et l'intensité de la vie privée. En ce qui concerne la présente étude, l'opportunité de cerner la nature du patient se fait sentir (**Section II.**), afin de répondre notamment au questionnement suivant : qui peut se prévaloir de la vie privée ?

Section I. La vie privée des « notables » : personnes publiques et politiques

À titre liminaire,

245. *Théorie du renforcement des normes en conflit.* Les notables sont confrontés à une pratique tout à fait particulière : leur notoriété peut justifier, spécifiquement, que leur consentement ne soit pas sollicité pour outrepasser la vie privée à laquelle ils semblent pourtant pouvoir prétendre. Ce constat ne signifie pas pour autant que l'ampleur de la vie privée est à géométrie variable, *a fortiori* lorsqu'elle concerne un notable. Comme cela l'a été précisé en amont, un tel constat est uniquement vérifiable à l'occasion d'un conflit de normes. Lorsque ce dernier concerne un notable, l'ampleur de la norme en conflit avec la

⁴⁰¹ Parmi d'autres : Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, cons. 11 ; 11 oct. 2013, QPC 2013-347, cons. 7.

⁴⁰² Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, cons. 6-7 et 29.

⁴⁰³ V. du moins, en ce sens, à partir de l'inviolabilité du domicile et de la décision *Perquisitions fiscales*, par ex. : BURGORGUE-LARSEN L., « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. F. Sudre, Bruylant, 2005, p. 111, spéc. p. 77.

⁴⁰⁴ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Op. cit.*

vie privée sera plus importante que s'il s'était agi d'un anonyme. Si ce constat peut expliquer la légalité de la révélation, force est de constater qu'il n'y a pas pour autant de « réduction » de la vie privée du notable du seul fait de son caractère public. À titre d'exemple, et concernant une personnalité politique, il est bienvenu d'affirmer que le droit du public à l'information sera plus éminent que si l'intéressé avait été un anonyme ; ce droit prévaudra fréquemment sur la vie privée, non pas parce que celle-ci est mécaniquement plus faible s'agissant d'une personnalité politique, mais parce que le droit du public à l'information sera, en l'espèce, plus important - justifiant que le consentement ne soit par conséquent pas recueilli. Il est dès lors inexact d'affirmer que la vie privée des notables est par nature réduite ; ce sont, au contraire, les normes avec lesquelles elle peut entrer en conflit qui sont, au vu du caractère public de l'intéressé, souvent plus omnipotentes. On ne peut s'empêcher pour autant de mentionner l'existence de ce constat, qui est habituellement dressé envers les personnes publiques (1°§) et les personnalités politiques (2°§.), dont la vie privée est plus fréquemment menacée.

1°§. La vie privée des personnes publiques : revendication d'un socle universel de protection

A. Classification des personnes publiques

246. Dès l'origine, la vie privée des notables a été la première à obtenir une protection juridictionnelle, dans la mesure où, suscitant l'affection privilégiée des médias et de leurs destinataires, elle semble être la plus menacée. En effet, une volonté de « transparence républicaine » - on trouve légitime d'obtenir le maximum d'informations sur les personnes publiques, notamment les élus - conduit ainsi, à partir de l'Affaire Dreyfus, « à admettre plus facilement la diffusion par la presse d'informations (vraies ou présentées de bonne foi) sur tous les aspects de la vie des personnes publiques (ce qu'avait suggéré Royer-Collard). Le mur s'effrite ou tend à se transformer en une sorte de paroi de verre laissant passer la lumière sur la vie privée des personnes publiques »⁴⁰⁵. Le goût du public pour les révélations relatives à la vie privée des notables rassemble le meilleur comme - et c'est malheureusement souvent le cas - le pire. Les divulgations relatives aux faits privés

⁴⁰⁵ HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », Droit et cultures, 1^{er} oct. 2013, URL : <http://droitcultures.revues.org/3073>, consultée le 26 août 2016.

peuvent concerner, de manière non exhaustive, le caractère, la personnalité, la loyauté, l'authenticité des convictions publiquement proclamées, le patrimoine financier, le style de vie, voire les relations intimes et les activités sexuelles, souvent considérées comme « noyau dur »⁴⁰⁶ de la vie privée ou, par extension, de la personnalité⁴⁰⁷.

247. *Avant et ailleurs*⁴⁰⁸. Dès 1907, le législateur allemand n'a pas subordonné au consentement de la personne représentée la divulgation de l'image des « personnages de l'histoire contemporaine »⁴⁰⁹. La loi italienne du 22 avril 1941 relative à la protection du droit d'auteur et d'autres droits connexes s'est inspirée de l'exemple allemand en y ajoutant une définition élaborée des destinataires de l'exception ; dès lors, le consentement n'est pas nécessaire quand la reproduction de l'image est justifiée par la notoriété de la personne représentée, ou par la fonction publique qu'elle occupe⁴¹⁰. Le portrait ne peut toutefois être exposé ou commercialisé quand une telle divulgation porte atteinte à l'honneur, à la réputation ou encore à la considération de la personne concernée⁴¹¹.

248. L'encadrement de la vie privée des personnes publiques revêt un caractère autonome indéniable. Ainsi, la législation étasunienne sépare les personnes publiques en deux principales sous-catégories : celles qui revêtent cette qualité de manière absolue et illimitée⁴¹² et celles qui ne l'atteignent que de manière restreinte⁴¹³. Aucune législation ne distingue si le statut de personnage public a été acquis volontairement, ou si l'individu a été, parfois contre sa volonté, projeté dans le champ de l'actualité⁴¹⁴ - tel peut être le cas, par exemple, d'un malade⁴¹⁵. Néanmoins, l'intensité du régime protecteur de sa vie privée ne dépendra pas de la volonté de l'intéressé.

⁴⁰⁶ *Hardcore privacy* en anglais, *Persönlichkeitskern* en allemand.

⁴⁰⁷ L'insatisfaction suscitée chez plusieurs auteurs allemands par l'application de la méthode de pondération des intérêts les a conduits à s'efforcer de définir le « noyau dur » (*Kernbereich*) de la personnalité : WELLBROCK R., *Persönlichkeitsschutz und Kommunikationsfreiheit*, Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 48-52 ; STEINDORFF E., *Persönlichkeitsschutz im Zivilverkehr*, C.F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 19-25. Aux États-Unis, v. HENKIN L., « Privacy and Autonomy », 74 *Columbia Law Review*, 1974.

⁴⁰⁸ L'expression est empruntée à M. Perrot., in ARIÈS Ph., DUBY G., (dir.), *Histoire de la vie privée*, T.4, Éd. du Seuil, 1987, p. 15.

⁴⁰⁹ *Personen der Zeitgeschichte*.

⁴¹⁰ L. n° 633 du 22 avril 1941 sur la protection du droit d'auteur et d'autres droits connexes, article 97, al. 1^{er}.

⁴¹¹ L. n° 633 du 22 avril 1941, *Ibid.*, article 97, al. 2.

⁴¹² *Public figures for all purposes*.

⁴¹³ *Limited public figures*.

⁴¹⁴ F. RIGAUX, « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>, consultée le 7 fév. 2017.

⁴¹⁵ Comment ne pas penser ici à l'« Affaire Vincent Lambert ».

249. Classification générale des notables. Le concept de « notables » - auquel appartient la personne publique - doit être expliqué par opposition à la personne anonyme - ou privée - et contient de nombreuses sous-catégories qu'il convient de soigneusement distinguer. François Rigaux affirme que considérer les « notables » comme une catégorie homogène ne se révèle pas opportun ; ainsi les termes très généraux de « personnage » public ou de l'histoire contemporaine⁴¹⁶, ne doivent qu'être peu utilisés, puisqu'ils ne permettent pas de saisir la complexité et l'imbroglio de la notion. C'est pourquoi l'auteur propose les distinctions suivantes, dont nous soulignons ici l'opportunité :

- « Les personnages publics qui assument une fonction publique, sans que cette catégorie soit elle-même homogène : un chef d'État⁴¹⁷ ou de gouvernement, un ministre en fonction, le président d'un parti politique, un mandataire élu ou le candidat à une fonction électorale, un agent de l'autorité ;
- Les personnalités de la vie religieuse, chefs d'églises, animateurs de mouvements spirituels ;
- Les personnalités de la vie économique ;
- Les personnes qui s'adonnent régulièrement à une exploitation professionnelle des attributs de leur personnalité. Cela inclut les écrivains, les artistes et les sportifs⁴¹⁸ ;
- Les membres des familles régnantes⁴¹⁹ ou de familles qui ont régné, ainsi que les personnalités de la vie mondaine »⁴²⁰.

⁴¹⁶ « Appliquée d'abord à un « officier public » (*public official*), la notion de « *public figure* » s'est par la suite élargie. V. notamment CURTIS Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130, 1967 ; Bose Corporation v. Consumers Union of U.S., 466 U.S. 485, 1984 ; Hustler Magazine v. Jerry Falwell, 485, U.S. 46, 1988. », in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », in : Revue internationale de droit comparé. Vol. 43 n° 3, juil.-sept. 1991. pp. 539-563. DOI : 10.3406/ridc.1991.2290 http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1991_num_43_3_2290.

⁴¹⁷ V. par ex. : « Le matin du 9 janvier 1996, François Mitterrand est photographié sur son lit de mort. Le cliché est publié dans « Paris Match » le 16 janvier. Le magazine se vend très bien mais l'affaire fait scandale. D'autant que l'enquête n'a jamais révélé l'identité du photographe. Les soupçons portent notamment sur Claude Azoulay, qui suit Mitterrand pour l'hebdomadaire depuis plus de quinze ans, un autre photographe, Patrick Amory, et le petit ami de l'époque de Mazarine Pingeot », in ROSSIGNOL A., « Les 20 ans de la mort de Mitterrand », 8 janv. 2016, Le Parisien, URL : <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/dans-le-retro-les-20-ans-de-la-mort-de-mitterrand-06-01-2016-5414565.php>, consultée le 20 août 2017 ; v. également à ce sujet : BACQUÉ R., CHEMIN A., « François Mitterrand : le mystère de la dernière photo », Le Monde, 17 janv. 2007.

⁴¹⁸ Ici encore le caractère hétérogène de cette catégorie sera observé.

⁴¹⁹ À l'exception du souverain lui-même qui appartient à la première catégorie.

⁴²⁰ V. en ce sens : RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Préc.*

250. La pluralité des catégories de personnes publiques rend malaisée la généralisation de l'interprétation qui sera faite de leur vie privée. Cette notion demeure indubitablement personnelle et applicable au cas par cas. L'accent doit être mis sur l'importance d'un socle commun de vie privée universel, quitte à dégager ensuite un principe selon lequel le caractère public d'une personne peut justifier, individuellement et par l'intervention de normes omnipotentes, la réduction de l'étendue de la vie privée.

B. Étendue de la protection des personnes publiques

251. Une certaine jurisprudence considère que les limites dues à la protection de la vie privée d'un personnage public ne s'apprécient pas aussi strictement que lorsqu'il s'agit d'un anonyme : « Attendu que la vie privée d'une personne que sa naissance, ou encore les fonctions ou la profession qu'elle a accepté d'exercer, exposent à la notoriété, et donc à la vue du public, rejoint souvent sa vie publique et que les limites de la protection qui sont dues à son intimité, ne peuvent s'apprécier aussi strictement que lorsqu'il s'agit d'un citoyen anonyme, éloigné des médias par son mode de vie »⁴²¹. On retrouve ce même attendu dans de nombreuses autres décisions du tribunal de grande instance de Nanterre, ce tribunal étant avec celui de Paris, le plus pourvu en affaires d'atteinte à la vie privée à la fin du XXème siècle⁴²².

252. C'est ainsi qu'a été jugé non fautif l'article faisant état de l'intervention médicale subie par un monarque « dont l'état de santé est susceptible d'avoir des retentissements sur le fonctionnement des institutions de son pays et, le cas échéant, sur l'avenir politique de celui-ci si la gravité de cet état justifie l'ouverture de la succession au trône »⁴²³. Bien que

⁴²¹ TGI Nanterre, 31 mai 1995.

⁴²² TGI Nanterre, 17 janvier 1996 ; TGI Nanterre, 8 janvier 1997 ; TGI Nanterre, 3 juillet 1997.

⁴²³ TGI Nanterre, 31 mai 1995 ; TGI Nanterre, 17 janvier 1996 ; TGI Paris, 15 novembre 1995 ; v. cependant les nuances apportées par TGI Nanterre, 12 juin 1996 : « Attendu que s'il ne peut être reproché à l'article critiqué d'avoir fait état de la maladie qui frappait alors un comédien célèbre et qui, du fait de ses répercussions sur l'activité professionnelle de celui-ci, constituait un événement d'actualité, la publication d'une telle nouvelle n'excédant pas ce qui pouvait être diffusé sur une personnalité publique, il n'en demeure pas moins qu'en réalité l'auteur ne se contente pas d'être objectivement informatif à ce sujet, mais se livre, sans nécessité pour la stricte information du public, à des digressions sur le mode dramatique sur la gravité de la maladie dont souffre X, s'étendant sur les risques qu'elle a fait courir au comédien et ses séquelles décrites comme longues et douloureuses, met à profit son propos pour rappeler les noms de ses proches, en particulier celui de sa compagne, les liens de solidarité et d'affection qui les unissent, les noms de son médecin et de l'établissement de soins dans lequel il est soigné, et décrire avec complaisance et dans le détail les interventions et soins subis par X ». La faute réside ici, non pas dans la révélation d'une maladie, mais dans la présentation de l'article et les détails qu'il contient, y compris ceux dont il n'était pas évident qu'ils

la santé soit considérée par certains comme le sanctuaire de la vie privée, elle peut donc relever dans certains cas : « de la légitime information du public ».

253. Il n'est pas forcément nécessaire que le fait de vie privée soit étroitement lié à un aspect de vie publique. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Nanterre a estimé : « qu'il apparaît que les seuls renseignements donnés sur la vie de Claire Chazal par l'article litigieux, sont extrêmement limités et concernent la naissance de son fils, dont ils mentionnent, le sexe, le prénom et le service de maternité de naissance ; qu'il ne s'agit pas d'informations d'ordre intime excédant ce qu'une personnalité notoirement connue, telle que Claire Chazal, qui figure parmi les présentatrices les plus en vue de la télévision française, ayant choisi d'exercer son activité professionnelle en s'exhibant sous les yeux du public et dont la sphère de la vie privée ne peut dès lors s'apprécier aussi strictement que lorsqu'il s'agit de celle d'un particulier anonyme éloigné des médias par son mode de vie, doit s'attendre à voir divulguer sur elle »⁴²⁴. On regrettera que seule la vie privée de la présentatrice soit mentionnée - en des termes manquant parfois de nuance⁴²⁵ - par le tribunal, sans que celle de l'enfant, principal intéressé - bien qu'il ne soit pas en capacité, convenons-en, d'en exiger personnellement le respect - ne soit citée. Cette décision est révélatrice de l'étendue du droit au respect de la vie privée et des individus qui peuvent s'en prévaloir.

254. L'appréciation de la vie privée, et de l'atteinte qui peut y être faite, se fait donc au regard de deux éléments : le caractère public de la personne concernée - ou non en l'espèce puisqu'il s'agit d'un enfant dont la mère est une figure publique - et de la nature de l'information dévoilée.

255. De telles décisions, du moins dans leur rédaction, laissent entrevoir une diminution quasi-mathématique de l'amplitude de la vie privée des personnes publiques. Certes, les personnes impliquées dans un événement de l'actualité que la collectivité a un intérêt

soient dissociables de l'information sur la santé, jugée, non fautive (détails des soins et des interventions subis).

⁴²⁴ TGI Nanterre, Section A, 27 sept. 1995 ; cependant, en sens contraire : TGI Nanterre, Section C, 27 oct. 1998, au sujet d'une actrice célèbre : « la maternité constituant l'un des aspects de la vie privée, l'article pénètre dans la sphère de la vie privée d'X, et cette intrusion qui n'est pas dictée par les nécessités de l'information sur un événement d'actualité et qui n'a reçu aucun assentiment de la part de l'intéressé, apparaît fautive ».

⁴²⁵ « (...) s'exhibant sous les yeux du public (...) »

légitime à connaître subissent une atteinte ponctuelle au secret de leur vie privée⁴²⁶, sous réserve que l'information soit « légitime, sérieuse et objective, justifiant sa diffusion sur les réseaux nationaux d'information »⁴²⁷. Rappelons qu'il n'y a pas pour autant de rétrécissement du domaine de cette dernière. Le courant jurisprudentiel qui sous-entend le contraire, illustré par les décisions ci-avant mentionnées, semble discutable, pour les raisons qui ont déjà été exposées, et qui reposent sur la théorie du renforcement des normes entrant en conflit avec la vie privée à l'occasion d'une affaire impliquant un notable. Soulignons enfin que les notables ne sont aucunement contraints de rendre publique leur vie privée.

256. Ainsi, le concept extensif de « public figure » a justifié qu'un périodique jugé de qualité, le *New Yorker*, publie un reportage sur l'histoire d'un homme qui avait été, dans son enfance, un mathématicien prodige sans qu'il n'ait par la suite développé ses dons⁴²⁸. Il s'agissait d'une hypothèse dans laquelle la valeur informative du récit aurait dû être écartée par la protection de la vie privée, l'intéressé ayant d'ailleurs exprimé une volonté de mener une vie simple et anonyme⁴²⁹. Non moins discutable apparaît une décision de la Cour Suprême de l'Iowa, sur laquelle la Cour Suprême des États-Unis n'a pas estimé devoir exercer son contrôle : il n'a donc pas été jugé illégal que pour accroître la plausibilité d'un article concernant les fautes graves commises par les médecins d'un hôpital public, une publication dévoile l'identité d'une jeune femme inconsciemment soumise à une stérilisation chirurgicale⁴³⁰. Il peut sembler légitime d'informer le public de l'existence et la réalisation de faits de cette nature, mais le fait de dévoiler l'identité d'une victime ne saurait permettre une meilleure information, de sorte qu'il nous semble qu'elle aurait dû être passée sous silence, afin d'éviter une atteinte incontestable à la vie privée et au secret professionnel (*sur le secret professionnel, v. Partie II., Titre I.*).

⁴²⁶ TGI Seine, 3^{ème} ch., 4 oct. 1965, J.-C.P., 1966, II, 14482, note G. Lyon-Caen, et l'arrêt confirmatif Paris, 1^{ère} ch., 15 mars 1967, D. 1967, som., 78 (affaire Landru), in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* Op. cit.

⁴²⁷ Paris, 1^{ère} ch. B, 5 déc. 1997, SA Ediradio et autres c/ X..., op. cit, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* Ibid.

⁴²⁸ Sidis v. F.R. Pub. Corporation, 113 F. 2d 806 (2d Cir. 1940), certiorari denied, 311 U.S. 711 (1940), in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », Op. cit. p. 555.

⁴²⁹ Aussi cette décision a-t-elle été critiquée par la doctrine. V. notamment KALVEN Jr. H., « Privacy in tort Law - Were Warren and Brandeis Wrong ? », 31 Law and Contemporary Problems, 1966, p. 337 ; POST R.C., « The Social Foundations of Privacy : Community and Self in the Common Law Tort », 77 California Law Review (1989), 957- 1010, 999-1003, in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », Ibid. p. 555.

⁴³⁰ Howard v. Des Moines Register and Tribune Company, 283 N.W. 2nd 289, 1979, certiorari denied, 445 U.S. 904, 1980, in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », Ibid. p. 555.

257. Redivulgateion d'éléments privés. La jurisprudence a longtemps considéré que seule la personne privée a le droit de fixer les limites de ce qui peut être publié sur sa vie intime, en même temps que les circonstances et les conditions dans lesquelles ces publications peuvent intervenir. Un principe jurisprudentiel interdisait dès lors aux tiers de reprendre une information de vie privée, quand bien même elle aurait été tirée d'une interview consentie par la personne concernée. Il était conféré à l'information de vie privée une nature tout à fait singulière. Le commentaire n'en était alors pas permis, car il impliquait nécessairement de citer, voire paraphraser, l'élément exposé. Un droit à l'oubli recouvrait *de facto* tout ce qu'une personne privée avait pu dire d'elle-même, même à grand bruit.

258. Néanmoins, ce principe tend à s'inverser depuis une vingtaine d'années. C'est ainsi qu'il a pu être affirmé : « il résulte des pièces versées aux débats que cette information avait été antérieurement portée à la connaissance du public par la demanderesse ; qu'elle ne saurait dès lors reprocher à la défenderesse une divulgation et une révélation qu'elle a elle-même provoquées »⁴³¹. L'idée que la redivulgateion ne saurait être systématiquement fautive semble désormais acquise. Redire ce qui a déjà été dit par une personne privée de manière publique, ce n'est pas enfreindre un secret, c'est revenir sur une information déjà publique qui, de ce fait, perd toute protection au titre du respect dû à la vie privée.

259. Certaines juridictions ont néanmoins manifesté une certaine réticence à inverser la position longtemps dominante ci-avant exposée. Le tribunal de grande instance de Nanterre, dans une instance où l'article querellé tirait l'intégralité de sa substance de la biographie autorisée d'un acteur, a en effet estimé : « La circonstance selon laquelle l'article litigieux ne fait que reprendre les éléments contenus dans une biographie à laquelle l'acteur a donné son plein et entier assentiment, si elle n'est certes pas de nature à exonérer la société éditrice de toute responsabilité, dans la mesure où seule la personne concernée est habilitée à décider de faire ou de laisser publier la relation de fait ayant trait à sa vie privée, et ce, dans les termes, le support et le contexte choisis par elle, de telle sorte qu'une nouvelle publication ne peut être réalisée sans son autorisation spéciale à cet effet, est toutefois de nature à exercer une influence sur l'appréciation du préjudice pour en relativiser considérablement l'importance »⁴³². Dans cette décision, l'idée ancienne que l'information est intimement liée à son support pour ne jamais s'en détacher est bel et bien présente. L'information de vie privée conserve sa nature particulière, puisqu'une fois publique, elle demeure protégeable au bénéfice de la personne concernée. Le préjudice de

⁴³¹ TGI Paris, 4 janv. 1998.

⁴³² TGI Nanterre, 1^{er} juin 1999.

redivulgation est en l'espèce constitué, mais sera néanmoins atténué par le fait que l'information avait déjà été donnée publiquement une première fois.

260. Il est ainsi ardu de mettre en exergue un principe général et immuable quant à la certitude de l'atteinte à la vie privée d'une personne publique suite à la révélation d'informations déjà évoquées par elle-même. Si cette première révélation, personnelle, semble jouer un rôle majeur dans l'atténuation de l'atteinte, il n'est pas assuré qu'elle dédouane le révélateur de toute responsabilité, ce qui prouve que la vie privée, et l'appréciation de l'atteinte qui peut y être faite, reste un principe jurisprudentiel, examiné au cas d'espèce.

261. « La vie privée de l'homme public est publique »⁴³³ nous dit William Ewart Gladstone⁴³⁴, résumant avec hâte une réalité fort heureusement moins simpliste, au prisme de laquelle les observations suivantes peuvent-être mises en exergue. L'objet de la présente réflexion tend à démontrer qu'il semble souhaitable, dans le seul cas où la révélation n'incombe pas à la personne concernée, de consacrer un seul et unique niveau de protection de la vie privée, qui transcenderait l'idée selon laquelle il existerait, au regard de la qualité ou de la fonction de la personne, plusieurs strates - ou niveaux - de protection de la vie privée. Contrairement à ce qui est souvent avancé, le statut public de la personne doit pouvoir être invoqué comme un fait justificatif de la révélation de l'information uniquement lorsque la donnée dévoilée est légitimée par le droit du public de savoir. Cela ne signifie pas pour autant - et c'est ici que la nuance doit être faite - que les personnes publiques ont communément une vie privée nécessairement plus affaiblie que les personnes privées. Il doit préférablement être considéré qu'elles acceptent, en accédant à leur fonction ou à leur statut, que certains éléments de leur vie privée soient régulièrement confrontés à diverses normes omnipotentes - et notamment au droit du public de savoir - qui pourront occasionnellement primer sur la vie privée lorsque l'information sera légitimement « révélabile ».

⁴³³ Cité par : LAPIE P.O., « Les aspects contemporains des atteintes à la vie privée », Rev. travaux Académie sciences morales et politiques, 1^{er} sem. 1973, p. 40.

⁴³⁴ William Ewart Gladstone (1809 - 1898) est un homme politique britannique qui fut Premier ministre.

262. Revenons sur une affaire précédemment mentionnée⁴³⁵ : les informations concernant le fils de Claire Chazal ne nous semblent pas revêtir un caractère informatif d'une importance telle que le public était légitime à en être informé⁴³⁶. L'argument relatif à la banalité de ces informations ne saurait prospérer, en ce qu'il ouvrirait la voie à de trop nombreuses révélations, anodines mais ne desservant pas inévitablement l'intérêt général. En l'espèce, le TGI se livre à un exercice imparfait en avançant que la sphère privée de la journaliste ne peut s'apprécier aussi strictement qu'un particulier. Ce faisant, il assied explicitement le principe selon lequel la vie privée d'une personne publique est par définition réduite. Cette théorie ne saurait fructifier, dans la mesure où l'étendue de la sphère privée d'une personnalité publique ne peut, juridiquement, s'apprécier autrement que celle d'une personne privée. Le principe posé à l'article 9 du Code civil ne doit pas laisser libre cours à l'interprétation extensive : chacun - personne privée et personne publique, quelle qu'elle soit et peu importe la nature de ses fonctions - a droit au respect de sa vie privée.

263. Nous en avons déjà convenu, une exception à ce principe unificateur doit être posée. Elle trouve dès lors illustration dans le fait que le droit au public à l'information primera sur la vie privée de la personne si, au regard de sa fonction et de la nature de l'information à révéler, il est légitime de l'éventer. Osons constater qu'il en va de même pour les personnes privées : il peut être légitime de divulguer, dans certains cas qui doivent être justifiés, des éléments de leur vie privée. Dans certaines hypothèses donc, le régime applicable à la personne privée sera identique - du moins c'est souhaitable et juridiquement fondé - à une personne publique. Pourquoi dès lors généraliser le régime de vie privée des personnes publiques, en affirmant expressément la réduction naturelle et chronique de leur vie privée ? Il semble dérangeant d'affirmer une telle généralité, qui demeure au surplus juridiquement infondée.

264. La réduction de la vie privée des personnes publiques est une exception à son principe d'universalité, dont l'opportunité demeure individuellement appréciée. Dans une décision du 24 juin 2004, la Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré que : « Toute personne même connue du grand public doit pouvoir bénéficier d'une espérance

⁴³⁵ Pour rappel : TGI Nanterre, Section A, 27 sept. 1995.

⁴³⁶ Pour rappel, les révélations portaient sur son prénom, son sexe et le service de maternité dans lequel il était né.

légitime de protection et de respect de sa vie privée »⁴³⁷. Sans aucunement ambitionner de remettre en cause le bienfondé de cette décision, et son essence résolument protectrice, il semble bienvenu de préciser les termes qui y sont retenus. Car plus qu'une « espérance légitime de protection » - et pour des raisons qui ont déjà été évoquées - les personnes publiques ont bel et bien droit à une véritable vie privée, surpassant ainsi l'« espérance ». La seule exception acceptable pourrait éventuellement concerner les personnes publiques élues, en qui une majorité de citoyens place sa confiance via suffrage.

265. La notion de confiance pourrait être un élément à prendre davantage en compte dans l'évaluation de la restriction de vie privée des personnes publiques. On apporte moins sa confiance à un journaliste, dont la prise de fonction n'a pas été démocratiquement décidée.

266. Une autre problématique a trait au fait que la révélation de faits privés n'est pas toujours le meilleur moyen d'atteindre la finalité recherchée - à savoir l'information du public. En d'autres termes, la révélation de faits couverts par la vie privée ne sert pas toujours le droit du public à l'information. Dans une société démocratique, l'information peut être donnée sans que ne soit fatalement dévoilé un élément de vie privée ; il existe une conciliation dont on entend trop peu parler.

267. Le cas des sportifs de haut niveau est, à ce stade de développement, révélateur : s'il est légitime d'informer le public d'un cas de dopage, est-ce à dire pour autant qu'il faille, pour se faire, révéler les bilans médicaux ayant conduit à le prouver, en violant ainsi la vie privée du sportif ? Si la révélation est faite par une autorité dont le sérieux et la légitimité ne peuvent être remis en cause, la question de la preuve - du moins à l'échelle du public - ne se pose pas. Il est donc opportun de se questionner sur les moyens employés pour asseoir et démontrer le bienfondé de la communication au public.

268. Dès lors, une grande partie des informations révélées au public n'a pas à être communiquée, car celui-ci n'est pas légitime à en être informé. En outre, les moyens utilisés pour révéler ces informations puisent trop souvent dans la vie privée des personnalités publiques concernées, alors qu'il n'est pas incertain qu'il existe d'autres biais permettant la communication raisonnable d'une information légitime sans atteindre la vie privée. Le cas des personnalités politiques est à ce sujet relativement parlant.

⁴³⁷ CourEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, Von Hannover c. Allemagne.

2°§. La vie privée des personnalités politiques : intérêt général et accessibilité

« Ma nature m'avertit, mon expérience m'a appris qu'au sommet des affaires on ne sauvegarde son temps et sa personne qu'en se tenant méthodiquement assez haut et assez loin. »

Charles DE GAULLE⁴³⁸

269. Il peut être inopportunément considéré qu'il ne peut y avoir de démocratie sans une complète transparence. Pourtant, souhaiter déchirer le voile opaque entre élus et électeurs peut s'accompagner de conséquences dommageables et foncièrement opposées à l'objectif démocratique initial. Rappelons à ce propos que la transparence absolue a été l'alliée des régimes totalitaires, qui dans leur obsession, craignaient que ne se cachent en leur sein des raisonnements individuels et collectifs. C'est à cela qu'il convient de résister, en restant convaincus que la liberté d'expression, en ce qu'elle ne sert pas constamment l'intérêt général et l'avancée démocratique, doit être ordinairement limitée par celle de préserver la vie privée.

270. *Révélations publiques et avancées démocratiques.* Le principe selon lequel personnes privées et publiques auraient, à l'identique, la même vie privée, est consacré par le Code civil⁴³⁹. Néanmoins, la pratique veut que la vie privée des personnes publiques, et à plus forte raison politiques, bénéficient d'une vie privée *diminuée*, justifiée par la responsabilité inhérente à leurs fonctions, et notamment l'accès à celles-ci, dans la mesure où il faut connaître un individu et sa personnalité - intimement oserons-nous dire - presque plus que ses idées avant de lui apporter confiance et suffrage. Ce constat appelle d'ailleurs un séduisant débat dont nous ferons, à regret, l'économie.

271. D'aucun condamne cette adaptabilité de la vie privée - c'est notre cas - d'autres s'en félicitent. Il a par exemple pu être considéré que les révélations sur la vie amoureuse de François Hollande, alors président de la République⁴⁴⁰, « représentent des avancées pour notre démocratie »⁴⁴¹, et qu'il est impossible, de nos jours, de « soutenir sommairement

⁴³⁸ Mémoires de Guerres, T. 1.

⁴³⁹ C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

⁴⁴⁰ Le 10 janvier 2014, le magazine *Closer* évoque la possible relation de François Hollande avec l'actrice Julie Gayet, publiant des photos à l'appui de ses affirmations ; v. DEBOUTÉ A., « Closer, le pavé dans la mare des magazines people », *Le Figaro*, janv. 2014, URL : www.lefigaro.fr.

⁴⁴¹ P. Bilger, Blog, 12 janv. 2014, cité par : ROME F., « Une affaire d'ébats », *Recueil Dalloz* 2014, p. 73.

qu'un président de la République a aussi ce droit [au respect de la vie privée] ». Suivant cette logique, il serait malvenu de condamner le journal à scandale qui a publié des photographies révélant la vie amoureuse de l'ancien président de la République française. Rappelons que la vie amoureuse entre sous le couvert de la vie privée, au vu notamment d'une jurisprudence constante déjà mentionnée⁴⁴². Elle n'a donc pas, par analogie, à faire l'objet d'un dévoilement non consenti.

272. Néanmoins, une partie de la doctrine revendique le fait que la vie amoureuse d'un chef d'État bascule dans le domaine de la vie publique et relève systématiquement et fatalement du droit du public à l'information. En l'espèce, et de manière exclusive, soulignons que la presse nationale a aussitôt repris l'information révélée⁴⁴³, alors même qu'elle emporte une incontestable atteinte à la vie privée, dont l'article 9 du Code civil - en vigueur depuis le 19 juillet 1970, et non abrogé à l'heure actuelle - énonce que *chacun* a droit à son respect.

273. Dès lors, un président de la République, « comme tout un chacun, peut s'en prévaloir en justice » nous rappelle Félix Rome⁴⁴⁴, et ce même au sein d'une démocratie qui consacre, au plus haut niveau de sa jurisprudence⁴⁴⁵, le droit du public à l'information. En aucun cas ce droit ne paraît motiver l'atteinte présentement portée à la vie privée de la figure politique considérée, d'autant plus au vu de l'objet de ces révélations, qui vise avant tout à ébranler, moyennant finance, les indiscretions perverses des bouquineurs.

274. Félix Rome souligne enfin que l'argument de la rédactrice en chef du journal concerné, avançant qu'« à Président normal⁴⁴⁶, traitement médiatique normal ! » ne saurait sérieusement surpasser l'article 9 du Code civil. Comme tout autre citoyen, et pour des raisons longuement exprimées plus haut, le président de la République, « en dépit de son

⁴⁴² V. notamment TGI Paris, 29 avr. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 139 ; Paris, 21 oct. 2004, CCE 2005.

⁴⁴³ JAMET C., « Les infidélités supposées de François Hollande font jaser la presse étrangère », 10 janv. 2014, URL : www.lefigaro.fr.

⁴⁴⁴ ROME F., « Une affaire d'ébats », *Préc.*

⁴⁴⁵ Déc. n°84-181DC du 11 oct. 1984, « loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse » ; Déc. n°86-217DC du 18 sept. 1986 « loi relative à la liberté de communication » ; Décision n°82-141DC du 27 juillet 1982 « loi sur la communication audiovisuelle »

⁴⁴⁶ En 2012, François Hollande annonçait une « présidence normale ». S'il était élu à la tête de l'État, il voulait donc être un « président normal », in ERNENWEIN F., « Un « président normal », *La Croix*, 25 oct. 2016, URL : <http://www.la-croix.com/Debats/Editos/Un-president-normal-2016-10-25-1200798764>, consultée le 8 fév. 2017.

statut exceptionnel, a le droit que personne, et surtout pas la presse, ne pénètre, sans son autorisation, dans son jardin secret »⁴⁴⁷.

275. Cette presse - « people » - semble experte dans la révélation de données pourtant touchées par l'étendue de la vie privée, et donne incontestablement à penser : Dominique Quinio nous indique qu'elle poursuit les notables, négocie avec eux et, en cas de désaccord, s'acquitte sans problème apparent des sommes que la justice l'astreint à payer⁴⁴⁸. Les auteurs de l'article collectif « Pudeur » ne doutent pas que certains notables ont volontairement pris part à ce système médiatique, en acceptant que leurs proches soient photographiés, afin de « lisser » leur image⁴⁴⁹. Ces pratiques sont encore bien éloignées des agissements anglo-saxons, mais force est de constater que de nombreuses abîmes ont été enjambées dans l'hexagone. En témoignent « les photos de la fille de François Mitterrand, les vacances du président Chirac à l'île Maurice, les images d'une journée de travail à Matignon pour le Premier ministre et son équipe, les confidences de Martine Aubry avant son départ pour Lille, ou les chaussettes usées de Jean-Marie Messier, patron de Vivendi... »⁴⁵⁰.

276. Dans les médias, artistes et responsables politiques se côtoient afin de divertir le spectateur, illustrant l'exigence - presque fataliste - de s'épancher sur soi, de se mettre publiquement à nu. « Souffririons-nous d'un excès de vie trop privée - que personne donc ne partage -, qu'il faille la révéler au monde entier ? Un seul être vous manque... il vous en faut des millions pour donner du sel à la vie »⁴⁵¹ !

A. L'accessibilité à la vie privée des figures politiques élues

277. Il serait malvenu de considérer que la vie privée doive être posée sur un piédestal inaccessible aux protections blâmables, tel que le mensonge : « La vérité est une chose trop importante pour ne pas être protégée par quelques mensonges »⁴⁵² disait pourtant Churchill. Au nom du bien commun démocratique, ce mensonge est-il à souhaiter ? Ambitionnons-

⁴⁴⁷ ROME F., « Une affaire d'ébats », *Préc.*

⁴⁴⁸ QUINIO D., « Monument au Français inconnu », in « Pudeur », *Études* 2001/2 (Tome 394), p. 180-196.

⁴⁴⁹ « Pudeur », *Ibid.*

⁴⁵⁰ « Pudeur », *Ibid.*

⁴⁵¹ « Pudeur », *Ibid.*

⁴⁵² Winston CHURCHILL.

nous le théâtre de Washington, qui vit Bill Clinton échapper *in extremis* à la destitution suite à une relation sexuelle consentie avec une stagiaire de la Maison-Blanche ? L'inaccessibilité - qui plus est au prix de la malhonnêteté - de la vie privée n'est pas à souhaiter ; de même, l'extrême opposition entre la vie privée des élus et celle des électeurs n'est pas enviable.

278. Historiquement, la vie privée des notables, au même titre que leur santé, fit généralement l'objet de « simples » rumeurs. Celles-ci furent pugnaces, et l'exemple du discrédit jeté sur Marie-Antoinette, en rappelle l'ancienneté⁴⁵³. Pourtant ces dernières semblent n'avoir jamais autant été d'actualité : elles trouvent depuis une dizaine d'années une place de choix sur Internet, terrain fertile ô combien accessible, permettant la prolifération d'indiscrétions et autres charmantes avanies. Il est possible, pour qui veut trouver une information privée concernant un chef d'État, de dénicher quelques déclarations à faire pâlir le législateur de 1970. On y annonce que le bulletin de santé de François Hollande est normal⁴⁵⁴, et l'on se félicite avec étonnement que la santé de Castro Ruz ait été tenue secrète jusqu'à sa mort⁴⁵⁵. Pourquoi donc cet ébahissement ? Rien ne le justifie, du moins juridiquement, dans la mesure où la vie privée n'est, *a priori*, pas à géométrie variable du seul fait de la qualité de l'intéressé. Rappelons que seul un conflit de norme fera de la notoriété un éventuel facteur de résolution du contentieux. Le contenu et l'étendue de la vie privée se doivent de rester de marbre. On saisit mal, dès lors, que des éléments relatifs à la santé d'un homme politique puissent être dévoilés ; aucune assise juridique ne permet de l'admettre. Si certaines atteintes à la vie privée d'une figure politique pourront être déclarées licites - au même titre qu'un particulier - en aucun cas la révélation relative à la santé ne pourra trouver sa fondation sur la seule notoriété de l'intéressé. D'autres éléments devront nécessairement s'y adjoindre, telle que l'incompatibilité à exercer une fonction politique des suites d'une grave infirmité.

⁴⁵³ Nous pensons à l'« Affaire du collier de la reine », en 1785 ; v. en ce sens : JEANNENEY J.-N., « La Tribune et l'Alcôve. Les politiques ont-ils droit à une vie privée ? », in FRYDMAN R. et al., *Tout dire ? Transparence ou secret*, Presses Universitaires de France « Hors collection », 2012, p. 125-130.

⁴⁵⁴ « Le bulletin de santé de François Hollande est « normal » », France Tv info avec AFP, 4 fév. 2014 : « Les conclusions d'un bilan médical et biologique sur l'état de santé de François Hollande révèle des résultats normaux, selon l'Élysée. Ce bilan intervient deux mois après la révélation par la presse d'une opération de la prostate, en février 2011. Deux bulletins de santé ont par la suite été publiés, l'Élysée ayant mentionné que l'engagement était pris d'en publier un tous les six mois ».

⁴⁵⁵ « La santé de Fidel Castro, tenue secrète jusqu'au bout », Le Point, 29 nov. 2016, La Havane, 2016 AFP : « Des jours et des nuits de travail continu, sans à peine dormir, ont fait que ma santé, qui a résisté à toutes les épreuves, a été soumise à un stress extrême et a été ébranlée ». Le dossier médical de Fidel Castro a toujours été un secret pour les Cubains, à l'exception de sa felle, ses enfants, et un cercle étroit de fonctionnaires et d'amis ».

279. En tout état de cause : « Ce qui explique qu'une même information puisse, selon les situations, faire ou non l'objet d'une recherche ou d'une divulgation, n'est donc pas que la vie privée a une étendue variable d'une personne à l'autre. C'est au contraire que la légitimité de l'accès des tiers à la connaissance de l'information personnelle varie d'une situation à l'autre »⁴⁵⁶.

280. Loin de nous pour autant l'idée que la responsabilité des hommes politiques dans le dévoilement de leur vie privée soit constamment oubliée. Jean-Noël Jeanneney nous rappelle à ce propos que Valéry Giscard d'Estaing s'afficha avec sa fille Jacinte, âgée de treize ans, sur tous les murs de France avant les élections législatives de 1973. De même, Louis Sarkozy, alors âgé de dix ans, s'écria, à l'orée de la campagne présidentielle de 2007 : « Bonne chance papa ! » lors du meeting d'intronisation du Bourget. Il est ainsi parfois bien difficile, pour les juridictions, de faire garantir, strictement, « le mur de la vie privée à qui l'a si souvent contourné par des poternes latérales »⁴⁵⁷. Le consentement au dévoilement constitutif de l'atteinte semble partiellement remettre en cause le raisonnement établi jusqu'alors⁴⁵⁸.

B. L'accessibilité à la vie privée des figures politiques non élues

281. Compte tenu de leur notoriété, la vie privée des personnalités peut être diluée dans la liberté d'expression, la liberté de la presse et, *a fortiori* le droit du public d'être informé. S'agissant de l'expression politique, la Cour européenne des droits de l'homme accorde à la liberté de la presse une protection conséquente. Dans un arrêt du 24 juin 1986, il a été considéré que : « les limites de la critique admissible sont plus larges » lorsqu'il s'agit de l'expression politique⁴⁵⁹. Considérée comme l'un des acteurs principaux de l'actualité, la presse justifie que certains faits de la vie privée, compte tenu de leur dimension ou de la notoriété de ceux qu'ils intéressent, possèdent désormais un caractère public, voire anodin⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ GUTMANN D., *Le sentiment d'identité*, *Op. cit.*

⁴⁵⁷ JEANNENEY J.-N., « La Tribune et l'Alcôve. Les politiques ont-ils droit à une vie privée ? », *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁵⁸ Sur le consentement, v. Chapitre II, Titre II de la présente partie.

⁴⁵⁹ CourEDH, 8 juil. 1986, Série A103, Lingens c. Autriche.

⁴⁶⁰ V. en ce sens : C. cass., 1^{ère} ch. civ., 3 avril 2002, pourvoi n°99-19852, Bull. n° 110, confirmé par C. cass., 1^{ère} ch. civ., 23 avril 2003.

282. Suivant cette réflexion, la Cour Européenne des droits de l'homme condamne la France le 6 mai 2010⁴⁶¹ : alors que le journal *Lyon Mag'* publie un numéro intitulé « Exclusif, Sondage SOFRES, les musulmans de l'agglomération face au terrorisme. Enquête : Faut-il avoir peur des réseaux islamistes à Lyon ? », M. T. évoque son droit au respect à la vie privée, faisant la une du magazine, illustré par une photo légendée « T. Un des leaders musulmans⁴⁶² les plus influents à Lyon ». Pour la Cour, cette publication s'intégrait dans un débat d'intérêt général intervenant un mois après les attentats du World Trade Center. Dès lors, « l'intérêt des requérants à communiquer et celui du public à recevoir des informations sur ce sujet l'emporte sur le droit de T. à la protection de sa réputation ». La Cour, qui ne cite donc pas la *vie privée*, mais bien la *réputation* de M. T., défend sa position en ajoutant que « la dose d'exagération acceptable en matière de liberté journalistique n'était pas dépassée, d'autant que T. en tant que conférencier actif pouvait s'attendre à un examen minutieux de ses propos ». Permettons-nous de douter qu'un *examen minutieux des propos* - qui semble en effet légitime - soit rendu possible par la publication d'une photo permettant l'identification de M. T. à la une d'un magazine destiné au grand public. À nouveau, la fin ne justifie pas toujours les moyens : l'information aurait pu être révélée sans que le cliché - comparable à l'édiction du portrait-robot de l'homme recherché - ne tombe dans la sphère publique.

283. Conclusion de la section. Il est souhaitable, pour les raisons qui viennent d'être développées, de renverser le principe actuel dominant selon lequel les personnes publiques, et à plus forte raison les figures politiques, bénéficieraient, en comparaison avec les personnes privées, d'une vie privée amoindrie. Il est enviable que le caractère public permette de justifier, au cas d'espèce, que le droit au public à l'information, omnipotent, puisse primer sur la vie privée. La réponse à la question initiale - « La vie privée : pour qui ? » - semble désormais plus aisée. Mais il serait faux de penser avoir cerné l'entière portée de la problématique en s'étant attardé sur la nature et l'opportunité de l'opposition classique existante entre personnes privées et personnes publiques, qui n'est pas le seul

⁴⁶¹ CourEDH, Affaire Brunet Lecomte et Lyon mag c. France, Req. n° 17265/05, Arrêt Strasbourg, 6 mai 2010, définitif le 06 août 2010, en vertu de l'article 44 § 2 de la ConvEDH.

⁴⁶² Nous convenons qu'il ne s'agit pas ici d'une personnalité ayant été placée en fonction de manière électorale ; en revanche, son action concerne directement la politique, au sens qu'en donne le dict. Littré : « Qui a rapport aux affaires publiques ».

biais de catégoriser⁴⁶³ les individus. Bien qu'il soit condamnable de considérer la personne au regard de son état de santé, le statut de patient fait incontestablement écho à la question initiale mentionnée : « La vie privée : pour le patient ? ».

Section II. La vie privée du patient : un corps médical et sexué

284. Les Romains édifiaient la vie politique grâce à la *summa divisio* : *alieni iuris* et *sui iuris* caractérisaient les hommes libres, maîtres de leur corps et de leur esprit, et les autres⁴⁶⁴ se trouvaient fatalement sous tutelle. La chrétienté aborde également ce rouage tutélaire, en affirmant que le corps, temple de Dieu, n'appartient plus au chrétien : « Le corps n'est pas pour l'inconduite, il est pour le Seigneur et le Seigneur pour le corps⁴⁶⁵ [...] Celui qui se livre à l'inconduite pêche contre son propre corps »⁴⁶⁶. La vision contemporaine du corps s'est éloignée de ces approches, bien qu'une importante partie de la doctrine estime que la vie et l'existence n'appartiennent pas à la personne⁴⁶⁷ - en affirmant que la propriété n'est pas appropriée pour illustrer la relation de l'individu à son corps et à sa vie⁴⁶⁸. Néanmoins, une acception progressiste de la problématique emporte la conception d'une relation d'affiliation à soi-même. Dès lors, l'apophtegme féministe des années 1960 « Mon corps m'appartient » témoignait déjà d'un élan émancipateur et résistant. Cette émulation trouve une illustration contemporaine auprès du transsexuel, de la mère porteuse, de l'aidant sexuel ou du patient en fin de vie.

285. Traiter de la vie privée du patient suppose en premier lieu de s'attarder à la personne qui acquiert ce statut du fait de sa participation à la relation de soin. Le philosophe Guillaume Leblanc le qualifie de « vivant dérangé, falsifié, dont l'ordre organique est troublé, [...] faisant l'expérience de la maladie par la double expérience de

⁴⁶³ Le terme est volontairement choisi dans une acception qui se veut non péjorative.

⁴⁶⁴ Femmes, enfants, étrangers et esclaves.

⁴⁶⁵ Saint-Paul, I, Cor.6.13.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, 6, 18.

⁴⁶⁷ V. en ce sens : BORRILLO D., « Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort ? », publié par www.yagg.fr à l'occasion d'un colloque organisé par le syndicat de la magistrature : « Le corps du délit ou la libre disposition de soi », 3 nov. 2014, Sénat, Paris.

⁴⁶⁸ « Les publicistes parleront plutôt d'une liberté que d'un droit subjectif et les privatistes oscilleront entre la notion de contrat (lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité civile) ou de primauté de la personne humaine (lorsqu'il s'agit de justifier les limitations à la libre disposition de soi) » : BORRILLO D., « Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort ? », *Ibid.*

l'intrusion et de la perte »⁴⁶⁹. Étymologiquement⁴⁷⁰ particularisé par sa souffrance et sa patience, le patient est un « attendeur » de soin acteur de la relation médicale. Son corps et son esprit, bouleversés, revendiqueront un traitement *normal*, administré à une *personne normale* qui doit être traitée comme telle, sans modification du régime juridique qui lui est applicable hors relation de soin. Corps et esprit médicalement éprouvés (1°§.) devront s'effacer au profit du corps et de l'esprit revendiqués robustes, usuels et courants, animés par ce qui anime tout être humain : l'envie et le désir (2°§.).

1°§. Un corps médical

286. L'histoire du corps au XXème siècle trahit une médicalisation sans précédent. Elle prescrit ses règles de conduite et proscriit les plaisirs en imposant des recommandations souvent draconiennes. Son alibi trouve un écho certain dans l'accroissement des connaissances relatives à l'organisme et le succès revendiqué sur les maladies, dont témoignerait l'allongement de l'espérance de vie. Cette histoire trahit une dépossession et une réappropriation du corps par l'individu, motivées par l'idée d'une certaine transparence - physique, cette fois : un corps mis en lumière, inspecté dans ses entrailles, et finalement accessible sans ambages. C'est ainsi que la relation de soin réaffirme la singularité (A.) et la transparence (B.) du corps.

287. Le XXème siècle se vante de ses victoires sur les maladies. La pratique démontre néanmoins que la maladie a été diluée plus que vaincue ; son expérience a été fondamentalement bouleversée, en ce sens qu'elle a été reportée dans l'histoire personnelle, transformée en une appréhension épouvantable à l'égard d'un mal inconnu guettant l'arrivée de la vieillesse et de la mort. Nous vivons avec la maladie, nous l'avons apprivoisée. La relation de soin ne nous apparaît pas à brûle-pourpoint comme une contrainte au corps, alors que nous débectons le legs ignominieux que sont les servitudes et autres contraintes corporelles. Pourtant, cette relation n'en demeure pas moins attentatoire au corps, et ce malgré les bonnes intentions du professionnel. À titre d'exemple - volontairement hyperbolique - le lit de réanimation a pu être analysé comme une

⁴⁶⁹ LE BLANC G., *La philosophie du soin, Éthique, médecine et société*, PUF, Paris 2010, p. 301-317.

⁴⁷⁰ Le mot « patient » est dérivé du mot latin *patiens*, participe présent du verbe déponent *pati*, signifiant « celui qui endure » ou « celui qui souffre ».

crucifixion où le corps accuse les dernières avanies : exposé au regard sous une lumière blafarde, dénudé, attaché aux extrémités des membres, bâillonné par l'intubation, lanciné par sondes et tuyaux.

288. La médicalisation implique une manifestation mise en scène par Jules Romains dans *Knock*⁴⁷¹ ? Si le médecin est devenu spécialiste aguerri de nombreuses affaires - publiques et privées - c'est que tout corps sain n'en demeure pas moins un malade potentiel⁴⁷². Là se situe le paradoxe de la grande aventure du corps au XXème siècle, nous avertit Jean-Jacques Coutine : « l'exhibitionnisme de la maladie n'est plus de mise, réduit par l'idéal de décence. Le corps est le lieu où l'on doit s'efforcer de paraître en bonne santé. En revanche, tout l'art de la médecine, en particulier de la médecine préventive, consiste à troubler ce calme et à dénoncer chez tout un chacun un désordre secret. La médecine suggère les signes d'alarmes, invente le dépistage, les *check-up* à intervalles réguliers, dont le rythme s'accélère encore en cas d'antécédents familiaux ».

A. Affirmation de la singularité du corps

289. Chaque homme connaît un destin individuel qui lui est exclusif. Le corps concourt à cette particularité. Il n'est pas uniquement « principe d'individualisation »⁴⁷³, comme l'écrivait le sociologue Émile Durkheim, paraphrasant Aristote : « il est le moyen unique d'expression, d'action et de pathos, de séduction et de rejet, vecteur fondamental de notre être-au-monde. Notre âme n'est pas logée dans le corps comme un capitaine en son navire, comme l'avait bien vu Descartes, mais entre avec lui dans un rapport d'intimité, différenciant à jamais « mon corps » et celui de l'Autre »⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ CORVOL P., POSTEL-VINAY N., *Le Retour du Dr Knock. Essai sur le risque cardio-vasculaire*, Paris, Odile Jacob, 1999, in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, T.3, Les mutations du regard. Le XXème siècle, Éd. du Seuil, 2006, p. 18.

⁴⁷² ZAFRAN M., « Écrire, soigner », *Agora*, n° 34, 1995, p. 74 ; FOUCAULT M. et al., *Les Machines à guérir. Aux origines de l'hôpital moderne*, Bruxelles, Pierre Mardaga, 1979 ; GOUBERT J.-P., *La Conquête de l'eau. L'avènement de la santé à l'âge industriel*, Paris, Robert Laffont, 1986 ; LÉONARD J., *Archives du corps. La santé au XIXème siècle*, Rennes, Ouest France, 1986, in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, T.3, Les mutations du regard, *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷³ DURKHEIM É., *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, PUF, 1968, p.386.

⁴⁷⁴ COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, *Op. cit.*, p. 20.

290. En 1935, le philosophe autrichien Edmund Husserl⁴⁷⁵ appelle à une rationalité qui prône l'unité du corps et de la pensée. Les phénoménologues contemporains développent la notion de « corps propre », et l'opposent au corps quelconque et étranger de la science. Le pasteur et ethnologue Maurice Leenhardt raconte dans *Do Kamo* qu'interrogeant un vieillard canaque sur l'influence sociale et sociétale des valeurs occidentales, la réponse suivante lui fut apportée : « Ce que vous nous avez apporté, c'est le corps »⁴⁷⁶. Le fait de personnaliser et d'individualiser le corps s'appréhenderait-il uniquement comme une logique culturelle occidentale ? L'un de ses aspects et attributs, la couleur de peau, a fortement intéressé la science, au point d'accepter l'existence malavisée de races humaines - manifestement interfécondes, témoins en réalité de l'abondante variété des corps.

291. Le rapprochement sensible de la biologie et de la médecine, initié par le médecin et physiologiste Claude Bernard, a permis, entre autres, à la biologie du XX^{ème} siècle, longtemps orientée par la zoologie vers la considération globale de l'espèce, de se lier à ce que le médecin avait toujours appris, depuis Hippocrate, de la singularité et de l'individualité de son patient. En 1900, le médecin autrichien Karl Landsteiner mélange les globules rouges des uns et les sérums⁴⁷⁷ des autres. Des phénomènes d'agglutination mettent en exergue des différences entre globules, qui permettent de continger les hommes entre différents groupes sanguins, étrangers à la couleur de peau et l'origine géographique. L'esquisse des groupes A, B et O n'est que le début d'un inventaire d'une incroyable richesse, témoin de ce que le prix Nobel Peter Brian Medawar, biologiste britannique, appelle en 1954 *the uniqueness of the individual*. Les empreintes digitales, distinguées depuis la fin du XIX^{ème} siècle, au même titre que le sang, les tissus et les membranes, sont constituées de molécules uniques qui diffèrent d'un individu à un autre : il n'est pas deux êtres humains identiques⁴⁷⁸. En témoigne également une étude immunologique, qui décrit, passée la période fœtale, l'extrême difficulté des transferts d'organes entre individus appartenant pourtant à la même espèce. Le rejet des greffes de peau, tentées pour soigner les grands brûlés pendant la Seconde Guerre mondiale, éclaire cette adversité.

⁴⁷⁵ HUSSERL E., *La Crise des sciences européennes et la Phénoménologie transcendante*, Paris, Gallimard, 1976.

⁴⁷⁶ LEENHARDT M., *Do Kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, Paris, Gallimard, 1947.

⁴⁷⁷ Le sang auquel sont soustraites les globules.

⁴⁷⁸ À l'exception des vrais jumeaux, dont le cas a interrogé la majorité des civilisations, au sein desquelles ils ont été récursivement auréolés et abominés.

292. Au XX^{ème} siècle, l'entrée du corps singulier dans la science s'est couplée d'une appréhension juridique. Désormais, l'individualité de la personne est liée à l'intégrité du corps que le droit s'inquiète de définir, de réglementer et de protéger. Proclamé extrapatrimonial, inaliénable même par son possesseur, le corps est reconnu comme sujet de droits et de devoir⁴⁷⁹, en rapport avec les techniques qui en permettent de nouveaux usages⁴⁸⁰. La Renaissance a fait émerger l'individu, abattant, à l'aide de la raison, les communautés corporatives. Les Lumières ont complété cette émergence de doléances égalitaires. Le XX^{ème} siècle a adjoint à l'individu émancipé un corps singulier, au travers duquel il est désormais possible de voir.

B. Affirmation de la transparence du corps

293. L'anatomie⁴⁸¹ a indubitablement permis une meilleure connaissance du corps. Durant des siècles, l'autopsie didactique a eu la lourde tâche de délier les médecins d'un tabou prédominant : celui de regarder à l'intérieur - parfois au plus profond de l'intimité - du corps. Le chirurgien américain Richard Selzer confessa : « Je te comprends Vésale, aujourd'hui encore, après tant de voyages vers le dedans, j'éprouve le même sentiment de transgression d'un interdit quand je contemple l'intérieur du corps, la même crainte irrationnelle de commettre une mauvaise action pour laquelle je serais châtié »⁴⁸².

294. Au sein de l'ancienne faculté de médecine de Paris, une statue représente une femme qui dénude ses seins dans le hall d'entrée⁴⁸³. Il n'est pas évidant, de prime abord, de

⁴⁷⁹ C. civ., art. 16-1.

⁴⁸⁰ On pense ici notamment au fait de faire évoluer son apparence. La découverte de la plasticité relative du corps, couplée à l'essor de la chirurgie esthétique, permet d'envisager « l'amélioration » des contours - voire l'invention d'un visage ou la transformation d'un sexe, à la poursuite d'une adéquation entre l'image corporelle et la vérité personnelle. La plupart des tribunaux occidentaux, jadis gardiens d'un ordre irrévocable, ont fini par prendre en compte la réassignation du corps.

⁴⁸¹ Déf. « Anatomie », dict. Littré : Art de disséquer les différentes parties des corps organisés. Science qui a pour objet les corps organisés considérés à l'état de repos, et pour but la connaissance de leur organisation ou constitution.

⁴⁸² SELZER R., *La Chair et le couteau. Confession d'un chirurgien*, Paris, Éd. du Seuil, 1987, p. 17, in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, Op. cit., p. 55.

⁴⁸³ « La Nature se dévoilant devant les Sciences » se trouve dans l'ancienne Faculté de médecine de Paris, rue de l'Ecole de Médecine. Il s'agit de l'œuvre du sculpteur français Ernest Barrias (1841-1905). Elle représente une jeune femme, allégorie de la nature, qui se dévoile devant les sciences pour qu'elles puissent découvrir sa beauté et ses secrets. La commande, de 1889, était tout d'abord destinée à la Faculté de Bordeaux. Un second exemplaire fut réalisé en 1899 pour le Conservatoire des Arts et Métiers à Paris. Elle est actuellement

saisir l'allégorie de la scène : la nature qui se découvre aux médecins, qui renvoie également à la nudité du malade lors de l'auscultation, jadis perçue comme condition obligatoire de réalisation du diagnostic⁴⁸⁴. La nudité permet l'observation d'un corps plus ou moins assumé, besogneux ou robuste, laissant libre champ à la vision de la coloration de la peau, des déformations et autres diverses blessures, qui permettent, après interprétation, la conclusion du diagnostic. L'auscultation revêt un caractère tout à fait particulier et évolutif quand il s'agit d'étudier son rapport au corps. La recherche de bruits anormaux respiratoires ou cardiaques obtenus en plaçant le stéthoscope sur la poitrine peut laisser place au phonocardiogramme, plus précis que l'audition humaine, capable de décomposer et d'interpréter les messages auditifs⁴⁸⁵. Les nouvelles techniques d'exploration ont graduellement atténué l'apprentissage clinique du corps d'autrui fondé sur la proximité physique, et l'appel aux cinq sens. « Il ne m'a pas touché », pu dire un enfant malade suite à la consultation d'un célèbre médecin⁴⁸⁶.

295. Il s'agit davantage ici de dresser un constat que de faire la critique de cette évolution. Nous constaterons néanmoins que le corps du patient circule de plus en plus entre des machines que manipulent des professionnels silencieux. Est-ce à dire que la « clinique » dont Foucault avait célébré la « naissance »⁴⁸⁷ a laissé le pas à l'instrumentalisation médicalisée du corps humain et de la relation de soin ?

296. Parmi les nouvelles techniques médicales ayant vu le jour au XVIIIème et XIXème siècles, l'exploration optique du vivant tient une place de choix qui donne à penser. Elle a non seulement modifié la pratique professionnelle, mais également influé sur le rapport de chacun à son image. Le virtuel est une réalité médicale, au même titre qu'une forme d'atteinte inédite au corps et à la vie privée. Pourtant, le public semble s'être familiarisé à

au Musée d'Orsay. Un exemplaire en plâtre est conservé au Musée de Grenoble. Celui de la Faculté de Médecine de Paris est en marbre blanc. Il fut exposé au salon de 1902 avant d'être installé à son emplacement actuel.

Source : <http://www.paristoric.com/index.php/paris-d-hier/statues/autres-statues/3521-la-statue-la-nature-se-devoilant-devant-les-sciences>, consultée le 14 fév. 2017.

⁴⁸⁴ HOERNI B., *Histoire de l'examen clinique. D'Hippocrate à nos jours.*, Paris, Imhotep, 1996.

⁴⁸⁵ « Ah ! Je vois que vous utilisez le stéthoscope ! Vous avez raison. Je m'y étais mis également. Oh ! remarquez bien, sur certaines juvénilités, l'auscultation directe à l'oreille avait son charme, mais je reconnais que dans d'autres cas, les plus fréquents hélas ! ce n'était pas l'idéal. Certes, on entend aussi bien à l'oreille, mais que de courage pour l'appliquer sur certaines poitrines que l'on ne mobilise qu'avec appréhension ! Il faut le reconnaître, l'hygiène n'est pas le propre du Périgord ! », in TAMAIN L., *Médecin de campagne*, De Borée, 2011, p.42.

⁴⁸⁶ RAIMBAULT G., ZYGOURIS R., *Corps de souffrance, corps de savoir*, L'Âge d'homme, 1976.

⁴⁸⁷ FOUCAULT M., *Naissance de la clinique*, Paris, PUF, 1960.

cette technique, et ne refuse que rarement sa prescription, sans nul doute parce que sa conception n'a rien d'affolant : « Le savoir anatomique du passé, extrait sur le mort, restait nimbé d'une aura effrayante. L'imagerie du corps au XXème siècle a pour première caractéristique d'être une imagerie du vivant et d'offrir à tous le moyen de regarder sans violence à l'intérieur du corps »⁴⁸⁸.

297. Le XIXème siècle invente le cinéma ; l'ajout d'un écran fluorescent au dispositif à rayon X rend possible la vision du mouvement de la cage thoracique et l'éclaircissement des poumons à l'inspiration et à la toux. La découverte des rayons X, par le physicien Wilhelm Conrad Röntgen en 1895, couplée aux techniques d'imagerie médicale⁴⁸⁹, a profondément modifié le regard médical et, *a fortiori*, la relation de soin. Ce regard, qualifié d'« imagique contemplatif »⁴⁹⁰, fait suite au regard clinique interprétatif. Désormais, l'image remplace le toucher médical. Est-ce à dire pour autant que la vie privée du patient n'a plus à être inquiétée ? Rien n'est moins sûr, puisque le corps vivant est devenu le support de la transparence : « tout à la fois juge et partie de la transparence, le corps vivant translucide est devenu l'objet et le sujet de sa propre vérité »⁴⁹¹.

298. L'observation du fonctionnement intime des organes corporels est désormais une réalité, et témoigne non seulement du passage de l'ère de la *vision* - mécanique⁴⁹² - à celle du *regard* - en tant qu'attention intentionnelle, mais également de la distanciation physique qui peut prendre place au sein de la relation de soin. En effet, si au début du XXème siècle le radiologue tenait l'appareil permettant le captage de l'image à proximité du patient, il semble que la radiologie représente, de nos jours, la quintessence de l'examen à distance - et ne nécessitant par conséquent aucun toucher.

⁴⁸⁸ COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, *Op. cit.*.

⁴⁸⁹ IRM, échographie, scanner, endoscopie, tomodensitométrie, tomographie à émission de positron.

⁴⁹⁰ MASQUELET A.-C., « Mutations du regard médical », in MASQUELET A.-C., (dir.), *Le corps relégué*, 2007, p. 66, in KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », 11 avr. 2011. URL : <http://appareil.revues.org/1199>, consulté le 24 avr. 2017 ; DOI : 10.4000/appareil.1199.

⁴⁹¹ KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Ibid.*

⁴⁹² « Le visuel est le monde qui se donne sans y penser, sans altérité suffisante pour susciter le regard », « Lorsque le regard perd sa qualité de tact, alors le sens s'épuise dans un simple coup d'œil où le vu vaut pour le vrai sans que le langage assure la nécessaire médiation de l'un à l'autre », in LE BRETON D., *Anthropologie du corps et modernité*, 2006, p. 65.

299. Les progrès de la médecine posent de nombreuses interrogations, éthiques et juridiques, sur un avenir à sauvegarder et à prévoir. Dans le meilleur des cas, la connaissance détaillée par l'individu de ses potentialités génétiques pourrait lui permettre de corriger son quotidien, et d'améliorer son existence. La responsabilité personnelle de l'individu face à son propre corps est par conséquent croissante. Il n'est pas impossible qu'à l'avenir, l'individu ayant obtenu les clés de la connaissance intime de son corps, puisse le gérer en autonomie, et accomplir l'ambition utopique mise en exergue par Descartes d'être le médecin de soi-même⁴⁹³.

En tout état de cause, la gêne et l'embarras populaires à appréhender l'intérieur corporel, différent de ce qui est donné à voir à l'autre - le moi-peau⁴⁹⁴, seul véritable porteur de l'individualité - n'est plus. Si la maxime « Connais-toi toi même ! » écartait le corps non du travail réflexif personnel, l'exploration freudienne de l'inconscient a permis de réintroduire la personne en son propre corps, médical, désireux ou sexué.

2°§. Un corps sexué

300. Placé au sein de la relation de soin, le corps médical n'en demeure pas moins humain dans son fonctionnement, ses attentes, ses excès et désirs. Couverte par la vie privée, la sexualité est également rattachable à la dignité. Garantir un droit à la sexualité, quelle qu'elle soit, et peu importe le lieu où elle s'exerce - sous réserve de l'ordre public - revient à garantir le respect égalitaire de la primauté de la personne⁴⁹⁵. Longtemps, la sexualité a été passée sous silence ou assimilée à la saleté et au péché. Les évolutions seront apathiques et difficilement palpables, faute notamment d'études statistiques avant les années 1970. Les corps se dénudent dès les années 1920, mais l'acte sexuel en pleine lumière n'est pas encore toléré. Néanmoins, les censures prescrites par l'Église tombent progressivement en désuétude : les relations sexuelles pendant la grossesse ou les règles obéissent dorénavant aux seuls apophtegmes de la santé et de l'hygiène. Les caresses, de même, sont plus imaginatives, et certaines, jusqu'alors pratiquées par les femmes habituées et les prostituées, se banalisent⁴⁹⁶.

⁴⁹³ AZIZA-SHUSTER É., *Le médecin de soi-même*, Paris, PUF, 1972.

⁴⁹⁴ ANZIEU D., *Le Moi-peau*, Paris, Dunod, 1985.

⁴⁹⁵ C. civ., art. 16.

⁴⁹⁶ On pense notamment à la masturbation, qui devient dicible pour tous à partir de la seconde moitié du XXème siècle. Depuis les années 1970, les sexologues considèrent l'orgasme comme le corollaire de la

301. L'histoire de la sexualité tend à prouver que la morale ne proscriit désormais plus les gestes autrefois jugés obscènes. Ces derniers sont dès lors examinés au regard du bienfait, de l'affliction et de l'aversion physique. Le XX^{ème} siècle a également permis la réalisation de deux modifications sans précédent : la distinction irrémédiable entre sexualité et reproduction, ainsi que la possibilité - longtemps dissimulée - de s'épanouir sexuellement en dehors du mariage. La sexualité du corps ordinaire répond progressivement à des normes qui tendent à être acceptées et banalisées. La sexualité du corps extraordinaire est d'autant plus difficile à cerner que ce dernier, malgré d'heureuses évolutions, se heurte encore aujourd'hui à certaines appréhensions dont l'étude de l'histoire de la vieillesse et du handicap nous permet d'en cerner certains contours.

A. Corps sexué et vieillesse

302. La vision humaniste évoquée doit permettre, au sein de la relation de soin, au professionnel de santé, au patient et ses proches, de conserver une vision bienveillante à l'origine d'un épanouissement commun et, *in fine*, à une meilleure réalisation de l'objectif de cette relation. Néanmoins, il est opportun de questionner la place de la vision sexuée de l'autre dans cette acception. En effet, cette humanisation laissera-t-elle libre cours à la représentation d'un individu ayant besoin d'épanchements, d'affect, de contact physique, et pouvant témoigner, plus encore que des besoins et expressions sexuelles, de véritables désirs ? Quel regard est porté sur l'intimité des corps extraordinaires, infirmes, handicapés ou vieillissant ? Au-delà, comment ce regard permet une prise en charge médicale respectueuse de la vie privée ?

303. Au même titre que la vie privée, il existe plusieurs handicaps, plusieurs vieillesse, subjectifs, empreints d'histoire et de culture. Faire un amalgame entre la sexualité d'une personne de 70 et une personne de 90 ans⁴⁹⁷ n'est par exemple pas constructif.

304. La vieillesse suppose un temps d'adaptation personnel nécessaire à un corps aux multiples facettes en évolution⁴⁹⁸ : corps interne marqué par le ressenti du vieillissement

masturbation. En 1970, 73 % des hommes et 19 % des femmes déclarent se masturber. En 1992, les chiffres sont de 84 % et 42 % pour les femmes, *in* COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, *Op. cit.*, p. 116.

⁴⁹⁷ Le faire entre une personne de 30 et 50 ne l'est pas plus.

⁴⁹⁸ V. en ce sens : RIBES. G., « Regard sur l'intimité du dément », *Gérontologie et société* 2012/1 (n°140), p. 159-169.

physique et moral, corps externe marqué par les transformations existentielles, les écorchures et autres altérations. Le maintien de l'existence d'un corps-plaisir et sexuel nécessite un travail personnel et collectif considérable ayant trait à l'intimité à soi et à l'intimité à l'autre.

305. Où se situe l'échalière entre le monde adulte et le monde des personnes âgées ? Par quoi les deux mondes sont-ils opposés ? Principalement par la déssexualisation, cette difficulté qui semble insurmontable à se représenter le désir, l'érotisme et la sexualité des personnes âgées, réduites à l'aveulissement, la continence et le calvaire de l'attente de la mort. La personne âgée doit indubitablement composer avec cette image sociale, à laquelle personne n'échappera. Lorsqu'elle est placée en établissement de santé, cette dernière est contrainte à la « double peine » suivante : celle de l'âge et - dans l'immense majorité des cas, de la maladie⁴⁹⁹.

306. Afin d'assurer une prise en charge bienveillante et respectueuse des attentes du corps désireux, la Charte Alzheimer, éthique et société, édicte un certain encadrement de prise en charge : « (...) les liens affectifs et amicaux dans toutes leurs diversités, anciens et nouveaux, doivent être préservés et respectés (...) Pour préserver ces liens, des solutions de proximité pour l'accueil et les soins doivent être systématiquement recherchées »⁵⁰⁰. Pour autant, l'intimité de la personne âgée n'est pas toujours, en pratique, facilement appréhendable.

307. Certaines réglementations institutionnelles ne permettent pas l'épanouissement de l'intimité de la personne accueillie, au sein même de sa chambre, et viennent même à sanctionner des comportements jugés - sans fondement exprès - inappropriés en public : « Le résident, sous le regard permanent de l'autre, et ce d'autant plus qu'il est diagnostiqué « dément », n'aura d'autres alternatives que d'être cet individu public, privé d'intimité, exhibant son besoin de proximité avec le risque de renforcer ainsi la perception d'un individu ne pouvant plus contenir ses pulsions »⁵⁰¹. La représentation sociale de la personne âgée tend à assimiler sa sexualité à une décadence perverse, aux antipodes du développement et de l'épanouissement personnel. L'institutionnalisation, profondément

⁴⁹⁹ V. en ce sens : RIBES. G., « Regard sur l'intimité du dément », *Op. cit.*, p. 162.

⁵⁰⁰ Espace éthique/AP-HP - département de recherche en éthique, Université Paris-Sud 11, version 2010.

⁵⁰¹ V. en ce sens : RIBES G., GAUCHER J., « La non sexualité du sujet âgé. Un trouble du comportement ? », *Repères en Gériatrie*, vol. 13, numéro 111 :2-6.

influencée par ce regard social, se détache péniblement de cette vision amalgamée d'une personne mue par ses seuls instincts, imprégnée de pulsions libidineuses auxquelles il est essentiel d'échapper.

308. Outre les questions de l'intime et du corps sexué et sexuel, il est opportun de s'interroger sur l'élaboration d'un lien affectif chez la personne en situation de handicap, droit inaliénable, et sur la possibilité de nouer une relation avec un nouveau partenaire, quels que soient l'âge et l'infirmité des personnes considérées.

B. Corps sexué et handicap

À titre liminaire,

309. *Le spectacle du handicap.* Dans son ouvrage, Jean-Jacques Courtine nous « présente » Giovanni et Giacomo Battista Tocci⁵⁰², qui possédaient quatre bras, deux têtes, deux bustes, deux jambes, un sexe. Cette originalité, alors savamment mis en scène par Battista Tocci - la mère - est pour le moins « naturelle »⁵⁰³, dans le sens où l'exhibition des difformités est courante à partir des deux dernières décennies du XIX^{ème} siècle. De nos jours, le tableau offert par Battista Tocci semble abject ; sa nature nous semble limpide : une exploitation commerciale de l'infirmité, un abominable strip-tease, une pornographie du handicap. Mais pour les regards de l'époque, le tarif de l'étalage proposé par Tocci est accepté, la pratique étant alors courante. La préfecture opposera malgré tout un refus catégorique à ce que nous jugeons avec notre recul actuel comme étant du voyeurisme malsain : « Je ne suis pas d'avis que de pareilles monstruosité⁵⁰⁴ soient exhibées en public. Elles relèvent uniquement de la faculté de médecine ». Tout l'attrait de l'affaire Tocci

⁵⁰² Sur les Tocci, v. notamment MARTIN E. (Dr), *Histoire des monstres, de l'Antiquité jusqu'à nos jours*, 1880, Grenoble, Jérôme Million, 2002. « Les Tocci tentèrent leur chance dans le Nouveau Monde, où ils débarquèrent en 1892. Ayant fait fortune dans le pays de Barnum, ils finirent par s'installer près de Venise, où, rapporte leur légende, ils épousèrent deux sœurs et se retirèrent du monde, pour couler des jours heureux à l'abri des regards », in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, *Op. cit.*, p. 486.

⁵⁰³ Dans le sens où il ne s'agit pas « d'une « barnumination » dont regorgeaient les foires du XIX^{ème} siècle, un « albinos d'Australie » né dans le New Jersey ou un « sauvage de Bornéo » originaire de Pantin » : in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, *Ibid.*, p. 231. Le terme « barnumination » est tiré du fameux Cirque Barnum, fondé en 1871 par Phineas Taylor Barnum (1810-1891), entrepreneur de spectacles américain, au sein duquel de nombreux « monstres » - comme ils étaient appelés à l'époque - performaient.

⁵⁰⁴ Le terme est alors courant, et il n'est employé ici qu'afin de retranscrire avec justesse un propos historique dont nous n'entendons en aucun cas donner approbation.

réside dans le fait qu'elle révèle le moment où l'exhibition de monstruosité humaines abandonne sa banalité au profit de la désobligeance.

310. Parallèlement, la photographie médicale des monstruosité⁵⁰⁵ s'associe sans vergogne à celui du portrait : l'arrière-plan laisse place au symptôme tératologique⁵⁰⁶, la surexposition du corps dénudé accentue l'intelligibilité des infirmités, les clichés trahissent l'accablement des patients qui furent les objets de l'appétence photographique des médecins du XIX^{ème} siècle, qui « s'emploie à naturaliser les monstres »⁵⁰⁷.

311. *La montée de la compassion.* « Je suivrai dans cet ouvrage l'exemple de ces (...) anatomistes et je distinguerai comme eux (...) les monstruosité des autres déviations d'un type spécifique (...) parce que je partage la répugnance qu'ils éprouvaient à appeler « monstres » des êtres à peine différents de l'état normal »⁵⁰⁸.

312. Une compassion certaine apparaît lentement au cours du XIX^{ème} siècle : un regard nouveau sur les difformités du corps y verra le jour. L'acception, grâce à la tératologie de la famille Geoffroy Saint-Hilaire⁵⁰⁹, du caractère indubitablement humain des monstruosité a certainement constitué un facteur important de cette conversion des acuités. Les effets de la consécration de la tératologie ne se sont cependant faits que nonchalamment ressentir en matière juridique, où la monstruosité est alors synonyme d'exclusion absolue et d'acharnement primitifs prévus par la loi⁵¹⁰. La plupart des traités

⁵⁰⁵ V. notamment BURAI A., *Applications de la photographie à la médecine*, Paris, Gauthier-Villars, 1896 ; LONDE A., *La photographie médicale, applications aux sciences médicales et physiologistes*, Paris, Gauthier-Villars, 1893 ; DIDI-HUBERMAN G., *Invention de l'hystérie. Charcot et l'iconographie photographique de la Salpêtrière*, Paris, Macula, 1982 ; ROUILLÉ A. MARBOT B., *Le corps et son image. Photographies du XIX^{ème} siècle*, Paris, Contrejour, Bibliothèque nationale, 1986 ; PUJADE R., SICARD M., WALLACH D., *À corps et à raison*, in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps, Ibid.*, p. 487.

⁵⁰⁶ La tératologie - science des anomalies de l'organisation anatomique, congénitale et héréditaire, des êtres vivants - a constitué une avancée cruciale dans la connaissance du vivant, en ceci qu'elle a montré l'appartenance à l'espèce humaine des formes de vie qui semblaient manifester à son égard la plus irréductible altérité. Sa leçon est claire et simple : le corps monstrueux est un corps humain.

⁵⁰⁷ CANGUILHEM G., « La monstruosité et le monstrueux », in *La connaissance de la vie* [1952], Paris, Vrin, 1965, p. 178.

⁵⁰⁸ SAINT-HILAIRE I. G., *Histoire générale et particulière des anomalies, ou Traité de tératologie*, Paris, Baillière, 1832-1836, p. 8.

⁵⁰⁹ Étienne Geoffroy Saint-Hilaire (1772-1844), est un naturaliste français. Son fils, Isidore Geoffroy Saint-Hilaire (1805-1861), est un zoologiste français. De 1832 à 1836, il publie son œuvre principale sur la tératologie, *Histoire générale et particulière des anomalies de l'organisation chez l'homme et les animaux*.

⁵¹⁰ V. en ce sens : COURTINE J.-J., « Le désenchantement des monstres », Million, 2002, p. 16-22.

juridiques du début du XIX^{ème} siècle prennent pour modèle leurs prédécesseurs et refusent aux « monstres » le profit des droits civils. Ce dernier est assimilé à une infraction aux lois, dérogeant aux règles de la société et à l'ordre de la nature : le « monstre » est « contre-nature » et « hors-la-loi »⁵¹¹.

313. Les évolutions sur le regard porté au corps extraordinaire seront avant tout sociales, et non juridiques. Progressivement, les regards ont chancelé à l'entrée de la fête, ils se sont empreints d'embarras, puis ont fini par se détourner. Les bizarreries anatomiques qui courraient les tréteaux de foire vont donner lieu à compassion : on va reconnaître leur humanité, ressentir leur souffrance. La bienveillance envers les « infortunes anatomiques » s'est épanchée dans la bonne société, et a initié de nouveaux circuits monétaires : une *économie de la compassion* s'instaure de manière autonome, en ce qu'elle se distingue des pratiques habituelles de recueil des dons religieux ou étatiques d'assistance envers les invalides. Il s'agit pour la première fois d'un appel absolu individuel, par un biais publicitaire de grande envergure, à voir dans le « monstre » un semblable. Cela aura été l'une des découvertes scientifiques, littéraires et esthétiques essentielles du XIX^{ème} siècle : les monstres ont une âme ; ils sont incontestablement humains.

314. *La naissance du « handicap ».* Condamné par la police administrative, défendu par la commisération publique, le corps monstrueux quitte progressivement l'univers des ébats populaires. Le rapport à la difformité humaine, jusqu'alors assimilée à la figure du monstre, tend à s'émietter : le corps difforme s'éloigne du corps monstrueux, et préoccupe certaines spécialités médicales attachées à sa rééducation. Cette amélioration trouvera un accomplissement au sein de la loi du 14 juillet 1905, qui prévoit des secours à l'attention de « ceux atteints d'une infirmité ou d'une maladie reconnue incurable »⁵¹².

315. Un égalitarisme démocratique semble se dessiner, emportant avec lui l'objectif de réduction des formes d'exclusion jusqu'alors considérées irrémédiables car conséquences des aspérités « naturelles » entre les corps. Au lendemain de la Première Guerre mondiale, la reconnaissance de l'infirmité semblera nécessaire : le retour du front des nombreux blessés, amputés, démembrés, défigurés, brûlés, assoie un certain trauma social de la souffrance psychique basé sur la faiblesse, la vulnérabilité, et l'idée selon laquelle le corps

⁵¹¹ V. en ce sens : FOUCAULT M., *Les Anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard-Éd. du Seuil, coll. « Hautes études », 1999, p. 51.

⁵¹² DUGÉ DE BERNONVILLE L., « La Loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables : ses premiers résultats », *Journal de la société française de statistique* n° 52, 1911 : 216-229, URL : <http://eudml.org/doc/243259>, consultée le 15 fév. 2017.

ordinaire n'est pas acquis. « La guerre révèle à un peuple ses faiblesses, mais aussi ses vertus » affirme Gustave Le Bon⁵¹³. Si le XIX^{ème} siècle a initié la rééducation du corps extraordinaire, les années de l'entre-deux-guerres verront dans l'invalidé une « insuffisance à compenser, une défaillance à faire disparaître. Dire ce glissement sera une des fonctions du nouveau langage, celui du « handicap ». Notion générale, enfin : elle va s'étendre à tous les handicapés, à toutes les formes de handicap. Dans les années 1920, un basculement se produit et une nouvelle logique s'installe »⁵¹⁴.

316. Aussi la science a-t-elle fini par replacer le « monstre » dans son appartenance à l'humanité biologique. Le droit l'a pour sa part admis au sein des personnes juridiques, et l'élévation de la commisération, à laquelle vint s'adjoindre une médecine analeptique et bienfaisante, a couronné l'inclusion dans l'ordre humain de ceux qui avaient, pour des raisons qui semblent aujourd'hui inacceptables, trop longtemps été marginalisés. Encore faut-il préciser que cette humanisation pu être davantage évasive, fréquemment brumeuse, quelquefois cruelle⁵¹⁵.

⁵¹³ Certains auteurs ont, de tous temps, mis en exergue l'idée dérangeante que la guerre pourrait avoir certains avantages. Un auteur allemand, Max Jahns, publie en 1893 une ardente apologie de la guerre. Selon lui, « elle régénère les peuples corrompus, elle réveille les nations endormies, elle tire de leur mortelle langueur les races qui s'oublient et s'abandonnent. La guerre a été de tout temps un des facteurs essentiels de la civilisation; elle a exercé une heureuse influence sur les mœurs, les arts et les sciences ». V. JAHNS M., *Über Krieg, Frieden und Kultur*, Berlin, 1893, in NOVICOW J., *La guerre et ses prétendus bienfaits*, Éd. Armand Colin & cie, Paris, 1894, p. 3.

⁵¹⁴ STIKER H.-J., *Corps infirmes et société*, Paris, Dunod, 1997, p.128.

⁵¹⁵ On pense ici au développement de l'eugénisme, entre la fin du XIX^{ème} siècle et les années 1940. À ce sujet, Alexis Carrel dira : « Beaucoup d'individus inférieurs ont été conservés grâce aux efforts de l'hygiène et de la médecine. Leur multiplication a été nuisible à la race. Il y a un seul moyen d'empêcher la prédominance des désastreuse des faibles. C'est de développer les forts », in CARREL A., *L'Homme, cet inconnu*, Paris, Plon, 1935, p. 359. On sait qu'en France, le corps médical sut globalement opposer un ensemble de résistances éthiques, politiques et religieuses à l'apparition de l'eugénisme positif (sélection et élevage d'élément racialement sains) et négatif (combat de l'« empoisonnement du sang » par la ségrégation sexuelle et la stérilisation de masse). En Allemagne, en juillet 1933, la loi prévoit la stérilisation de celui dont « il est à présumer, avec grande probabilité, que sa progéniture sera atteinte de graves défaut héréditaires, soit physiques, soit intellectuels », in CAROL A., *Histoire de l'eugénisme en France. Les médecins et la procréation, XIX-XX^{ème} siècle*, Paris, Éd. du Seuil, 1995. On sait moins que la loi nazie dut conçue sur le modèle du programme de l'État de Californie. On compte dès 1934 plus de 50 000 applications de la loi, qui est étendue la même année aux criminels, fous et faibles d'esprit, êtres infirmes et difformes : extinctions préventives, prélude à la solution finale ; on estime à 400 000 le nombre de citoyens allemands auxquels cette législation fut appliquée. Au sein des camps d'extermination, les expériences sur les personnes de petite taille se développent, sous la direction du Docteur Joseph Mengele, qui affirme : « J'ai baigné les corps d'invalides et de nains dans une solution au chlorure de calcium, et je les ai fait cuire dans des cuves pour que ces squelettes préparés dans les règles de l'art puissent aboutir dans les musées du III^{ème} Reich, où il devait servir aux générations futures, auxquelles ils prouveraient la nécessité d'exterminer les « races inférieures » » : témoignage de Miklos Nyiszli, assistant de Mengele, chargé des dissections, in KLEE E., *La*

317. Si l'acceptation des différences causées par le handicap est le fruit du lente évolution historique initiée par la compassion, un long chemin reste encore à parcourir en matière de sexualité - qui rappelons-le entre sous le couvert de la vie privée - dès lors qu'elle s'écarte d'un modèle sociologiquement préconçu. La sexualité des individus empreints de différence dérange ; c'est notamment vrai pour les personnes âgées ou en situation de handicap. Cela est dû au fait qu'il existe une véritable interprétation sociale, médicale et médiatique de la sexualité, au vu de la personne considérée.

318. *Interprétation sociale, médicale et médiatique des besoins sexuels au regard de la personne.* Un exemple est révélateur des différentes visions qu'il est possible d'avoir de la sexualité d'une personne au regard de certaines de ses caractéristiques. Les personnes transsexuelles⁵¹⁶ ont longtemps refusé l'assimilation de leur situation à celle des artistes de cabaret, à des prostitué(e)s ou des acteurs pornographiques. Ces amalgames étaient pour partie opérés par voie médiatique. Ce faisant, ces personnes se sont longuement défendues de toute forme de sexualité, au même titre que les personnes en situation de handicap, dont la sexualité a longtemps relevé - pour des raisons différentes, certes - du tabou.

319. Plus récemment, et dans le domaine de la pornographie uniquement, internet et ses *tubes*⁵¹⁷ professionnels et amateurs, au même titre que les productions de studios, proposent une toute autre représentation des personnes transsexuelles : le *TGirl Sex* - impliquant des femmes trans non opérées - y est présenté comme un genre à part entière, revendiquant l'abord « massif et stéréo-typé »⁵¹⁸ des actrices : « Elle [l'actrice] est proie/chasseuse, passive/active ou encore dominatrice. La tranny ou la Tgirl ne se contente pas d'être une figure sexuelle multiculturelle, elle associe et hybride figures transgenres et transsexuelles »⁵¹⁹. Les productions pornographiques définies comme la « raillerie des

Médecine nazie et ses victoires, Arles, Solin-Actes Sud, 1998, p. 354. Le docteur Mengele s'éteignit paisiblement sur une plage brésilienne en 1979.

⁵¹⁶ Dans les discours médicaux et médiatiques, les personnes transsexuelles et transgenres sont distinguées par le fait que les premières auraient recours à l'opération de réassignation sexuelle tandis que les secondes n'en exprimeraient ni le désir ni le besoin.

⁵¹⁷ PEREA, F., « Les sites pornographiques par le menu : pornotypes linguistiques et procédés médiatiques », *Genre, sexualité & société*, n° 7, 1^{er} juin 2012. En ligne sur : <gss.revues.org/2395>, consulté le 07 avr. 2014, in ESPINEIRA K., « La sexualité des sujets transgenres et transsexuels saisie par les médias », Hermès, La Revue 2014/2 (n° 69), p. 105-109.

⁵¹⁸ RONAN-DUBOIS F., « La cohérence visuelle et formelle des *tubes* pornographiques. Le cas de la catégorie *asian* sur un *tube* gay », *Revue Proteus*, n° 5, dossier « Pornographies: entre l'animal et la machine », 2013, p. 48-54, in ESPINEIRA K., « La sexualité des sujets transgenres et transsexuels saisie par les médias », *Ibid.*

⁵¹⁹ ESPINEIRA K., « La sexualité des sujets transgenres et transsexuels saisie par les médias », *Ibid.*

conventions de genre »⁵²⁰, la « résistance » et le post-porno trans « doté d'un contenu politique »⁵²¹ sont parallèlement développées et produites par des studios spécialisés, qui ébrèchent la pornographie centrée sur les sujets trans à usage d'un public non trans.

320. Contrairement aux principaux intéressés, l'industrie pornographique sursexualise la personne trans. Force est de constater qu'il n'en va pas de même de la relation de soin, qui doit passer outre la différence, réelle, existante entre représentation sociale, médicale et médiatique de la sexualité. La vision unifiée et objective que doivent avoir les acteurs de la relation de soin de la sexualité du patient tend aujourd'hui à se transformer - ou à s'illustrer - en déni, en revendication inaudible. Pourtant, la réalisation de la quête identitaire par la sexualité (1.) peut trouver un écho favorable grâce à la revendication controversée qu'est l'assistance sexuelle (2.).

1. La sexualité des personnes en situation de handicap : la réalisation d'une quête identitaire

« Au lieu de vouloir une sexualité normalisée et être comme tout le monde, il s'agit plutôt de se construire une identité narrative en devenant lecteur et scripteur de sa vie sexuelle (Ricoeur, 1985). Il s'agit de décrire et de donner un sens à ses valeurs, ses croyances, ses expériences, ses rêves, ses désirs et ses buts pour une meilleure connaissance de soi. Le récit de vie permet de se raconter pour formuler ses désirs, de s'appréhender comme être désirable, de s'envisager avec l'autre dans une rencontre sexuelle. »

André DUPRAS⁵²²

321. La sexualité des personnes en situation de handicap n'est pas sans poser, convenons-en, plusieurs problématiques ; deux d'entre elles, très personnelles, peuvent éminemment être mises en avant. La première a trait à l'identité même de la personne, qui à travers la sexualité souhaite être reconnue comme un être humain ; la seconde concerne

⁵²⁰ BOUCHER P., « Le cri de la hyène : trans, cybermedia et post-porno- graphie », *Rue Descartes*, n° 79, 2013, p. 16-28.

⁵²¹ BORGHI R., « Post-Porn », *Rue Descartes*, n° 79, 2013, p. 29-41.

⁵²² DUPRAS A., « La sexualité des hommes en situation de handicap comme quête d'identité et de reconnaissance », *VST - Vie sociale et traitements* 2014/3 (n° 123), p. 44-50.

le pouvoir de séduction et d'attraction : la sexualité exige de pouvoir faire naître l'attirance et le désir d'une personne⁵²³.

322. Un grand nombre de raisons, non-exhaustives, justifient l'existence, et dans certains cas la concrétisation d'une sexualité. Ces raisons convergent, en majeure partie, vers une quête identitaire sexuée, qui tient en horreur la virginité et l'approche de la mort sans avoir connu de relation intime. De manière générale, il est refusé qu'apparence et comportement ne s'éloignent des normes sociales en vigueur. Influencé de la sorte, Jean Massin, handicapé au niveau des jambes, se questionne sur son identité, sa vie sentimentale et sexuelle : « Je finissais par me demander si je n'étais pas un monstre incapable d'être amoureux »⁵²⁴. La demande de sexualité atteste donc du souhait d'appartenir à l'humanité, d'accéder au statut de sujet humain, au risque d'adopter les modèles communs et autres codes sociaux de vie sexuelle.

323. Un grand nombre d'hommes en situation de handicap n'a pas cultivé d'attributs socialement liés à la virilité. Or, l'acte sexuel n'est que trop difficilement assimilé à la virilité dès lors qu'il n'endosse pas les caractéristiques sociales et culturelles qui lui sont, à tort certes, déferées. Car les dysmorphies et autres limitations physiques actionnent moins l'attraction que la répulsion, sans que le handicap physique, quel que soit son niveau, annule nécessairement tout pouvoir d'attraction - qui ne peut être réduit à un comportement monotone, uniforme et objectif. Ce dernier ne se limite pas au sentiment d'identité, et sous-entend la capacité d'entrer en relation avec les autres via une communication sensible et affectueuse. Le pouvoir d'attraction est également influencé par le rôle majeur que joue l'environnement sur la confiance ressentie par l'individu.

324. La responsabilité des contextes sociologique, économique et politique actuels ne doit pas être passée sous silence, dans la mesure où notre société néolibérale, qui prône la beauté, la performance et la surconsommation - notamment sexuelle - influence les représentations personnelles, individuelles et collectives. Les personnes en situation de handicap sont légitimement à la recherche d'une vie sexuelle prospère et éclatante, dont l'atteinte sera émaillée d'écueils se nourrissant de la déshumanisation, de l'infantilisation et de la dévirilisation à laquelle elles peuvent être aisément et malheureusement confrontées.

⁵²³ V. en ce sens : DUPRAS A., *Ibid.*, p. 44-50.

⁵²⁴ MASSIN J., *Le Gué de Jacob. Le rire d'un infirme*, 1980, Paris, Stock.

325. Récuser les solutions consuméristes inadéquates proposées reste le principal objectif à atteindre, afin de privilégier des modèles basés sur la compréhension de la différence et l'estime de la diversité. Cet objectif ne pourra être atteint sans une sensibilité et un certain égard au sein du regard social, avant tout individuel, porté sur les personnes en situation de handicap. Un regard respectueux, bienveillant et digne, qui sous-entend de se reconnaître dans l'autre, d'accepter qu'il puisse éveiller notre conscience, élever notre rapport à la différence, et rendre possible la confrontation, non aisée, à nos propres limites.

326. Cette difficulté permet de saisir, sans tomber dans une généralité contre-indiquée, que la sexualité - et *a fortiori* la vie privée - des personnes en situation de handicap doit être appréhendée avec un certain égard, afin d'éviter de faire de cette concrétisation personnelle et humaine une épreuve outrageante. Cet égard trouve illustration dans l'assistance sexuelle, qui présente la particularité de faire d'une composante de la vie privée - à savoir la sexualité - une composante de la relation de soin. L'encadrement juridique de cette pratique est à souhaiter, à l'heure où seuls son rejet et son interdiction demeurent privilégiés.

327. Cette réaction est par nature opposée à la notion de « santé sexuelle » érigée par l'Organisation mondiale de la santé, qui a largement influencé la considération sociale de la sexualité des personnes handicapées mentales, et accompagné les ébranlements auxquels elle a été confrontée. Celle-ci tend à assimiler la sexualité à une composante de la santé - et, à plus forte raison, à la relation de soin. La sexualité présenterait la particularité, en tant que composante et moyen de réalisation de la relation de soin, d'être couverte par la vie privée. Ce constat est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de s'appliquer à la personne en situation de handicap, et n'est pas sans poser diverses questions, dont les réponses divergent au vu des positions individuelles.

328. Une divergence duale. La mise en lumière de conflits opposant parents et éducateurs, relativement à la sexualité des personnes en situation de handicap, revient à Alain Giami, qui oppose deux représentations : angélique pour les uns - parents - et bestiale pour les autres - éducateurs. Un constat unique surplombe ces perceptions : la coercition et la condamnation de leur sexualité en établissement spécialisé⁵²⁵. Les

⁵²⁵ GIAMI A., HUMBERT C. et LAVAL D., *L'Ange et la Bête. Représentations de la sexualité des handicapés mentaux par les parents et les éducateurs*, Paris, CTNERHI, 1983, in NAYAK L., « Paradoxe et conflits autour de la sexualité des personnes « handicapées mentales » en institution spécialisée », *Hermès, La Revue* 2014/2 (n° 69), p. 186-191.

recherches d'Irving Zola ont associé, dans les années 1980, le handicap à une situation sociale élaborée⁵²⁶, résultant d'obstacles environnementaux. Cette évolution fera de la sexualité des personnes en situation de handicap mental un facteur conforté par la perspective de « santé sexuelle », qui assimile la sexualité à un « besoin humain », et un « droit légitime »⁵²⁷.

329. Force est ainsi de souligner la « santéisation » de la sexualité⁵²⁸, qui prend une place autonome dans la relation de soin, afin de servir la santé et le mieux-être de la personne concernée. Cette sexualité n'en demeure pas moins particulière ; pour le soignant, elle doit généralement se conformer à des normes idiopathiques, assimilables à ce que l'anthropologue Gayle Rubin a nommé « *the charmed circle* »⁵²⁹, soit « l'ensemble des comportements sexuels socialement préconisés, notamment la conformité de ces comportements aux normes de genre, l'association de la sexualité et des sentiments amoureux ou l'exclusivité sexuelle et sentimentale »⁵³⁰. Dès lors, les conflits opposent désormais ceux qui conservent des représentations angéliques ou bestiales de la sexualité des personnes en situation de handicap - qui prônent une interdiction de la sexualité - à ceux qui considèrent uniquement la « personne » et la « situation » - qui avantagent sa sexualité dans un objectif d'essor individuel et de santé.

330. Une divergence ancrée. Dans la pratique, après avoir affirmé pourquoi les personnes en situation de handicap « sont des personnes comme nous », parents et éducateurs annoncent couramment pourquoi elles ne le sont finalement pas à part entière, admettant ainsi que leur sexualité doive être bridée. En attestent la prohibition de procréer et les difficultés rencontrées par les personnes en situation de handicap et les personnes

⁵²⁶ ZOLA I.K., « Developing New Self-Images and Interdependence », in CREWE N., ZOLA, I.K. (dir.), *Independent Living for Physically Disabled People*, San Francisco, Jossey-Bass, 1983, p. 49-59, in NAYAK L., « Paradoxe et conflits autour de la sexualité des personnes « handicapées mentales » en institution spécialisée », *Ibid.*

⁵²⁷ OMS, *Defining Sexual Health. Report of a Technical Consultation on Sexual Health 28-31 January 2002*, Genève, éd. de l'OMS, 2006, in NAYAK L., « Paradoxe et conflits autour de la sexualité des personnes « handicapées mentales » en institution spécialisée », *Ibid.*

⁵²⁸ AÏACH, P., « Médicalisation/santéisation et psychopathologisation du social », in BRESSON M., (dir.), *La Psychologisation de l'intervention sociale : mythes et réalités*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 65-73.

⁵²⁹ RUBIN, G., « Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality », in VANCE C.S. (dir.), *Pleasure and Danger : Exploring Female Sexuality*, Londres, Pandora, 1984, p. 267-319, in NAYAK L., « Paradoxe et conflits autour de la sexualité des personnes « handicapées mentales » en institution spécialisée », *Op. cit.*

⁵³⁰ NAYAK L., « Paradoxe et conflits autour de la sexualité des personnes « handicapées mentales » en institution spécialisée », *Ibid.*

« valides » lorsqu'elles souhaitent avoir une relation sexuelle⁵³¹. Ceci confirme l'encrage des personnes en situation de handicap dans un statut intermédiaire permanent. En effet, « il devient difficile de nier leurs « besoins sexuels », mais on ne parvient pas non plus à leur permettre d'y répondre au même titre que les « valides » affirme Lucie Nayak. Est-ce à dire que ces personnes ont une vie privée par nature réduite - comme cela a pu être affirmé concernant les personnes publiques ? Là encore, cette assertion n'est pas souhaitable, puisqu'il existe au demeurant une solution pour faire de la santé sexuelle un gage de respect de la vie privée pour tous.

2. L'assistance sexuelle

« En matière de sexualité des personnes handicapées, le CCNE ne peut discerner quelque devoir et obligation de la part de la collectivité ou des individus en dehors de la facilitation des rencontres et de la vie sociale⁵³². »

CCNE, avis 118, 4 oct. 2012

« Tout ce qui est fait pour moi, sans moi, est fait contre moi. »

Mohandas Karamchand GANDHI

331. La sexualité du patient : événement indésirable. Le Professeur Vialla relève que certaines questions sociales sont abordées avec une particulière difficulté. Il est regrettable de constater que la solution commune consiste alors à nier leur existence ; à plus forte raison lorsque ces questions ont trait à la maladie, la vieillesse ou au handicap⁵³³. On pense ici, de manière exhaustive, à la question de la sexualité du patient en établissement de santé, qui dérange, alors même qu'elle constitue un facteur essentiel du bien-être de la personne prise en charge ou accueillie, dont les sollicitations ne sont pas toujours prises en considération.

⁵³¹ Si le Code pénal n'interdit pas spécifiquement les relations sexuelles entre personnes « handicapées mentales » et « valides », le partenaire « valide » risque de se voir accuser de viol en cas de plainte déposée par un tiers et au vu de la jurisprudence en la matière ; v. en ce sens : IACUB M., *Le Crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Epel, 2002.

⁵³² CCNE, avis 118, 4/10/2012, in VIALLA F., MARTINEZ E. (dir.), *Les Grands avis du Comité Consultatif National d'Ethique*, oct. 2013, Éd. LGDJ.

⁵³³ V. en ce sens : VIALLA F., « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », RDS 2012, n° 45, p. 23 à 35.

332. L'article 16 du Code civil affirme : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »⁵³⁴. Dès lors, tout sujet, malade, âgé ou handicapé, doit être reconnu comme une personne, peu importe l'existence et l'ampleur de ses infirmités et autres fragilités. Cette affirmation est à coupler au fait que, même si une grande partie de la prise en charge relève de la vie collective, la majeure partie du temps passé par l'individu dans l'établissement ne peut y être circonscrit, au vu notamment de sa vie privée. Or, rappelons que la sexualité a bien trait à la vie privée⁵³⁵. Il est dès lors remarquable que la sexualité du patient - et *a fortiori* du patient âgé ou handicapé - soit encore trop souvent assimilée à un événement indésirable⁵³⁶, et dès lors formellement interdit, alors même qu'un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé, le 6 novembre 2012⁵³⁷, que l'ingérence dans l'exercice du droit d'une personne atteinte de troubles mentaux hospitalisée sans son consentement au respect de sa vie privée, qui constitue une liberté individuelle et dont le respect de la vie sexuelle est une composante, par une autorité publique, ne peut être légale que si elle répond à des finalités légitimes et qu'elle est adéquate et proportionnée au regard de ses finalités. Ce faisant, un règlement intérieur interdisant à tous les patients, quelle que soit leur pathologie, son degré de gravité, et pendant toute la durée de leur hospitalisation, de s'adonner à des pratiques sexuelles, présente un caractère général et absolu illégal.

333. Comment justifier néanmoins l'existence de telles interdictions, qui trahissent une vision qui restreint incontestablement la liberté sexuelle ? Il faut partir du principe que l'accueil d'une personne au sein d'un établissement de santé questionne la conciliation de droits fondamentaux et d'exigences organisationnelles. Ces dernières sont liées à la vie en

⁵³⁴ V. également : CSP, art. L. 1110-2 ; CASF, art. L. 311-3 ; ConvEDH, art. 8.

⁵³⁵ Ajoutons aux jurisprudences nationales précédemment citées : CourEDH, 22 octobre 1981, n°7525/76 ; CourEDH, 19 février 1997, n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, D. 1998. 97, note LARRALDE J.-M.

⁵³⁶ A titre d'ex., peuvent être mentionnées dans les règlements intérieurs d'établissements médico-sociaux les interdictions suivantes : « Ne pas manifester ostensiblement une relation affective au sein de l'unité ; les relations sexuelles sont interdites dans l'établissement » ; « Droit à l'expression de sa vie affective : tous les jeunes ont le droit d'avoir une vie affective dans le respect de leur intimité. La manifestation publique de leurs sentiments, comme l'amitié ou l'affection qu'ils se portent, doit s'exprimer dans des comportements adaptés. Les flirts et relations sexuelles sont interdits dans l'enceinte de l'établissement » ; « L'unité est un lieu de soins où l'intimité, la sécurité, et la tranquillité du patient hospitalisé doivent être assurées. Le respect de sa propre intimité et de celle d'autrui est nécessaire. A ce titre, les relations de nature sexuelle ne sont pas autorisées. Cette interdiction s'impose dans la mesure où les patients d'un établissement psychiatrique sont vulnérables et nécessitent d'être protégés ».

⁵³⁷ CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 6 nov. 2012, n° 11BX01790.

collectivité, et souvent matérialisées par une liste d'interdits justifiés par le maintien de l'ordre public⁵³⁸. En matière médico-sociale, plus encore que dans un établissement de santé « sanitaire », l'accueil conjugue la vie de groupe - publique - et la vie privée, au sein de laquelle des ingérences institutionnelles peuvent être excusées par l'objectif de la relation de soin.

334. En outre, le principal argument à la restriction assumée de la liberté sexuelle en établissement trouve illustration dans la protection de la personne - contre elle-même - et celle des autres patients, contre les abus et violences sexuelles, la transmission de maladies ou les grossesses non désirées. Une autre raison, moins dicible, consiste à éviter l'engagement de la responsabilité de l'établissement en cas de conséquence dommageable, au prix d'un contingentement assumé d'une liberté fondamentale.

335. *Particularité et multiplicité des situations.* La vie affective et sexuelle du patient semble chose indicible, par pudeur ou décence. Elle est souvent mise hors de la relation de soin. Cette hypocrisie ne donne pas moins lieu à de nombreuses et croissantes réflexions. Ces questionnements concernent en majeure partie les personnes handicapées ou âgées, alors qu'elles ne représentent finalement qu'une mince partie du public pris en charge ; quid du mineur et de la personne « valide » ? Leur situation ne mérite-t-elle pas pareille attention⁵³⁹ ? Ajuster la réflexion sur un certain public - dont les situations sont d'ailleurs bien diverses et difficilement généralisables⁵⁴⁰ - n'est-il pas stigmatisant ? Cette stigmatisation n'est pas suscitée par le droit⁵⁴¹ ?

336. Les relations sexuelles sont juridiquement justifiées par la liberté sexuelle⁵⁴². Ce n'est dès lors que par exception qu'elles sont interdites - on pense ici au viol⁵⁴³ et aux

⁵³⁸ V. en ce sens : THIERRY J.-B., « Intimité et vie privée de la personne en institution », in VIALLA F., (dir.), *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Dunod, 2012, p. 249-260.

⁵³⁹ Certains auteurs considèrent que la vie affective et sexuelle des personnes valides n'appelle guère de remarques ; v. en ce sens : V. en ce sens : THIERRY J.-B., « Intimité et vie privée de la personne en institution », in VIALLA F., (dir.), *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, *Ibid.*, p. 256.

⁵⁴⁰ V. en ce sens : CASF, article L.114, créé par loi n°2005-102 du 11 fév. 2005 - art. 2 (M) JORF 12 fév. 2005, modifié par L. n° 2005-102 du 11 fév. 2005 - art. 2 (V) : « *Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ».

⁵⁴¹ En ce sens qu'il n'interdit pas aux personnes en situation de handicap d'avoir des relations sexuelles.

⁵⁴² DEFFAINS N., PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy : Presses Universitaires de Nancy, 2011, Santé, qualité de vie, handicap ; BORILLO D., LOCHAK D., (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris : PUF, 2005.

agressions sexuelles⁵⁴⁴. Comment ne pas faire mention de la difficulté - et non de l'impossibilité - relative au recueil du consentement de la personne en situation de handicap mental, qui pose inéluctablement le questionnement de l'éventuelle responsabilité civile, voire pénale, de l'un des partenaires - majeur en situation de handicap mental⁵⁴⁵. En ce qu'elles posent des difficultés qui n'existent pas dès lors que la relation sexuelle a lieu entre deux personnes « valides », la sexualité des personnes en situation de handicap mérite une attention toute particulière, notamment lorsqu'il y est fait écho via l'assistance sexuelle, qui fait d'une donnée placée dans le périmètre d'action de la vie privée un élément de la relation de soin concourant à la réalisation de ses objectifs.

337. *L'utilisation d'une donnée de l'étendue de la vie privée comme élément de soin.*

Nous n'avons pas la prétention de traiter ici, au fond, de toutes les problématiques posées par la sexualité des personnes handicapées, qui pourrait à elle seule faire l'objet de longs travaux spécialisés. Mais il ne semble pas pour autant bienvenu de faire l'économie de l'analyse des liens existants entre la situation de fait et de droit engendrée par l'assistance sexuelle, et la vie privée. Il s'agit alors de penser la sexualité comme donnée de l'étendue de la vie privée⁵⁴⁶ et, cumulativement, de la relation de soin - qui doit mener, si ce n'est à la guérison, au mieux-être - au sens que lui donne Littré : « services qu'on rend à

⁵⁴³ C. pén., art. 222-23 : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. (...) Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle » ; C. pén., art. 222-24, 3° : « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : 3° Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur ».

⁵⁴⁴ C. pén., art. 222-27 : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende » ; C. pén., art. 222-29, 2° : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées à une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur ».

⁵⁴⁵ V. en ce sens : Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 1996, n° 94-11.028 : La Cour retient la responsabilité de l'association accueillant deux mineurs en situation de handicap mental ayant eu une relation sexuelle, étant précisé que la jeune fille était vierge au moment des faits. Il a été reproché à cette décision de ne pas s'être penchée sur l'éventuelle responsabilité personnelle du jeune homme (le recours ayant été intenté par les représentants de la jeune fille). Le viol n'ayant pas été évoqué, le fait d'analyser l'acte sexuel sur une jeune fille vierge de 16 ans consentante comme un acte répréhensible est juridiquement inexact : « *ou bien la jeune fille n'a pas donné son consentement, et il faut parler de viol, constitutif d'un acte illicite. Ou bien elle a consenti, et il y avait de simples relations sexuelles non répréhensibles, ce qui exclut la responsabilité du centre* », Obs. A. Bateau.

⁵⁴⁶ V. en ce sens : Chapitre I du présent titre : la jurisprudence met un point d'honneur à reconnaître la sexualité et les pratiques sexuelles (homosexualité, sadomasochisme...) comme éléments de la vie privée (sur l'homosexualité : TGI Paris, 4 juil. 1984, D. 1986. IR 447 ; sur le sadomasochisme : TGI Paris, 29 avr. 2008, Légipresse 2008, I, p. 139).

quelqu'un, attentions qu'on a pour lui ». Littré définit ainsi *les soins*, mais convient que l'on puisse utiliser le terme au singulier. La particularité réside en l'espèce dans le fait que la sexualité, élément de la vie privée, peut devenir, lorsqu'elle est traitée du point de vue de certaines personnes en situation de handicap, un élément central de la relation de soin.

338. L'assistance sexuelle, plus encore que la sexualité, confronte *a priori* le droit à une première problématique, exclusive, matérialisée par le basculement opéré de la donnée couverte par la vie privée vers l'élément de soin, ce qui rend d'autant plus ardu son encadrement juridique. Ce basculement est-il par ailleurs total ? Le soin via l'assistance sexuelle rend-il *de facto* obsolète toute existence de vie privée ? Il serait tentant de considérer que la vie privée, telle que nous la considérons habituellement, ne peut, en cette hypothèse, être respectée : on y renonce alors au profit de la relation de soin et de ses objectifs.

339. Mais le « respect » a autant de significations que de manifestations : il peut par exemple s'agir de la considération d'une personne pour une autre, ou de la déférence ressentie, et ce peu importe la situation considérée. Si en l'espèce l'assistance sexuelle transforme un élément de la vie privée en élément de soin, cette pratique n'actionne pas nécessairement la violation de la vie privée, sous couvert d'être réalisée avec respect et déférence, après avoir obtenu le consentement exprès de tous les intéressés. Il semble que l'assistance sexuelle n'entre pas en conflit avec cette approche attentionnée. Elle n'en demeure pas moins controversée.

340. Une revendication controversée. La possibilité d'une assistance sexuelle éclot en France dans les années 2000 - plusieurs décennies après que des solutions ont été mises en place dans d'autres pays⁵⁴⁷. La loi du 11 février 2005⁵⁴⁸ introduit en France l'idée de la compensation⁵⁴⁹ de toutes les conséquences du handicap, mais à aucun moment ne

⁵⁴⁷ Réflexions dès les années 1970 aux États-Unis (travaux des sexologues William Masters et Virginia Johnson), mise en place des *sex surrogate*. Création de la *Stichting Alternatieve Relatiebemiddeling* (Fondation pour les relations alternatives) aux Pays-Bas en 1982, d'associations de service de contact corporel au Danemark en 1987 et en Allemagne en 1995, et légalisation de l'assistance à la sexualité en Suisse romande en 2009, après avoir été mise en place en 2003 dans la région alémanique.

⁵⁴⁸ L. n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n°36, 12/02/2005, p. 2353, texte 1.

⁵⁴⁹ L. n° 2005-102, *Ibid.*, art. 11, codifié à l'art. L. 114-1-1 du CASF : « La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie. Cette compensation consiste à répondre à ses besoins (...) Les besoins de compensation sont inscrits dans un plan élaboré en considération des besoins et des aspirations de la

mentionne la vie affective et sexuelle des personnes concernées comme devant être « compensée ». Ce choix fait écho à l'avis susvisé rendu par le CCNE, expressément défavorable à la création d'une telle compensation via législation relative à l'assistance sexuelle - cette défaveur trouvant appui sur le principe de non-marchandisation du corps.

341. Depuis 2012, les réactions face à cette proposition ne semblent guère avoir évolué ; la majorité de la classe politique française convient que mettre en jeu son corps et son intimité constitue une altération de sa propre intégrité, et ne peut s'inscrire dans une relation saine, basée sur la réciprocité de l'attraction - ce qui est faux - hors cadre transactionnel⁵⁵⁰. La difficulté à laquelle semble confronté le débat sur l'assistance sexuelle peut s'expliquer par le fait qu'il soulève des questionnements relatifs à la place de l'intime dans la revendication de nouveaux droits, l'adhésion à l'intime du patient par le professionnel de santé, la délimitation du sexuel et son caractère thérapeutique, ainsi que notre rapport personnel à la vie privée.

342. Dans un rapport parlementaire, l'accompagnement sexuel, déjà encadré dans certains pays limitrophes - bien que n'ayant jamais donné lieu à la consécration d'un statut juridique d'« aidant sexuel » - est abordé sous le l'angle de l'assistance sexuelle, un « service sexuel rendu par des personnes spécifiquement formées à des personnes handicapées, contre rémunération »⁵⁵¹. Si le législateur français se décidait à asseoir un statut juridique d'assistant sexuel⁵⁵², cela ferait de la France un pays précurseur en la

personne handicapée tels qu'ils sont exprimés dans son projet de vie, formulé par la personne elle-même ou, à défaut, avec ou pour elle par son représentant légal lorsqu'elle ne peut exprimer son avis ».

⁵⁵⁰ V. en ce sens : BRASSEUR P., DETUNCQ P., « L'assistance sexuelle : qu'est-ce à dire ? Quels enjeux ? », *VST - Vie sociale et traitements* 2014/3, n° 123, p. 51-56.

⁵⁵¹ GEOFFROY G., *Rapp. AN en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France*, n° 3334 du 31 avril 2011, p. 282 et s.

⁵⁵² Pour un rappel des arguments employés au sujet de l'assistance sexuelle : « Les droits des usagers des structures sociales et médico-sociales », ASH, déc. 2011, p. 83. V. également : GAMI A., « L'assistance sexuelle ne résout pas le problème de la vie en institution », ASH n° 2729, 21 oct. 2011, p. 36 ; PY B., « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *Rev. Droit & Santé*, février 2011, n° 40 ; THIERRY J.-B., « Appréhension juridique de la sexualité des personnes handicapées : le droit a-t-il réponse à tout ? », in PITAUD Ph., dir., *Sexualité, handicaps et vieillissement*, éd. Érès, 2011, coll. Pratiques du champ social, p. 141 ; THIERRY J.-B., « La sexualité des personnes handicapées », in PY B., dir., *La pudeur et le soin*, Presse Universitaires de Nancy, 2011, coll. Santé, Qualité de vie, Handicap ; THIERRY J.-B., « L'assistance sexuelle pour les personnes handicapées », *Lamy Droit de la santé, Bulletin d'actualités* n° 104, mars 2011 ; « Libres propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », in DEFFAINS N. et PY B., dir., *Le sexe et la norme*, PUN, 2011, p. 301 ; THIERRY J.-B., « Appréhension juridique de la sexualité des personnes handicapées : le droit a-t-il réponse à tout ? », *Revue du CREA PACA*, numéro spécial, 2010, p. 44, VIALLA F., « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », RDS, 2012, n° 45, p. 23, in VIALLA F., dir., *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Dunod, 2012, p. 258-259.

matière ; en effet, aucun des pays susmentionnés - États-Unis, Pays-Bas, Danemark, Allemagne, Suisse alémanique et romande - ne possède de législation spécifique à l'assistance sexuelle : sa reconnaissance se fait via autorisation de la prostitution et/ou du proxénétisme.

343. En France, et en l'état du droit interne, l'accompagnement tarifé relève de la prostitution, ce qui n'est juridiquement pas équivoque. Pour rappel, la prostitution n'est pas illégale dans l'hexagone, malgré l'adoption récente d'une loi interdisant l'achat de services sexuels⁵⁵³ ; seules certaines activités liées à la prostitution restent illégales - proxénétisme, établissement d'un lupanar et prostitution de mineurs. Dès lors, le proxénétisme par entremise, ou le fait de servir d'intermédiaire entre une personne se livrant à la prostitution et une autre rémunérant cet acte, est interdit⁵⁵⁴. En l'espèce, la problématique provient donc de l'intermédiaire fréquemment nécessaire entre la personne handicapée et le prestataire du service sexuel, souvent assumé par les proches, voir les professionnels de santé, et qui relève bel et bien du proxénétisme⁵⁵⁵. Pourtant, l'assistance sexuelle a déjà pu être assimilée à de la prostitution⁵⁵⁶.

⁵⁵³ L. n° 2016-444 du 13 avr. 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

⁵⁵⁴ C. pén., art. 225-6 : « Est assimilé au proxénétisme et puni des peines prévues par l'article 225-5 le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit :

1° De faire office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui ;

2° De faciliter à un proxénète la justification de ressources fictives ;

3° De ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ;

4° D'entraver l'action de prévention, de contrôle, d'assistance ou de rééducation entreprise par les organismes qualifiés à l'égard de personnes en danger de prostitution ou se livrant à la prostitution ».

⁵⁵⁵ C. pénal, art. 225-5 : « Le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit :

1° D'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ;

2° De tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ;

3° D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire.

Le proxénétisme est puni de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

⁵⁵⁶ Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-82°16 : *Bull. crim.* n° 138 ; *Dr. pén.*, 1996, n° 182, note VÉRON M. ; *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 853, obs. MAYAUD Y. : l'assistance sexuelle y est définie comme le fait de « se prêter, moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui ».

344. À l'heure actuelle, la seule solution consiste en l'élaboration d'une exception à la législation sur le proxénétisme, qui conduirait à autoriser l'intermédiaire⁵⁵⁷. Sur ce point, l'hostilité reste de mise, notamment parce que la sexualité des personnes en situation de handicap est souvent identifiée à un besoin abondant et globalisé, alors même que toutes les personnes en situation de handicap ne désirent pas y avoir recours.

345. En tout état de cause, la problématique se pare malgré elle de nombreux amalgames et autres stigmatisations : « ne voir la sexualité des personnes handicapées que par le spectre de l'assistance sexuelle déplace le problème et tend à admettre que les individus qui souffrent d'un handicap ne peuvent qu'avoir une place à part. Il ne peut s'agir que d'une solution d'exception, secondaire, qui ne peut être envisagée qu'après que les autres leviers de l'égalité aient été actionnés »⁵⁵⁸.

346. Une autre solution consiste à multiplier les efforts relatifs à la formation des accompagnants et à l'information des proches et professionnels de santé. En effet, « familles envahissantes et soignants intrusifs doivent apprendre à donner du sens à la présence de l'adjectif possessif « sa » dans les textes qui protègent la vie privée de chacun ayant droit au respect de « sa » vie privée »⁵⁵⁹.

347. Conclusion de la section. La vie privée de la personne handicapée est indubitablement mise à mal par l'assistance sexuelle, assimilable dans ce cas précis à la relation de soin - de par l'objectif de mieux-être qu'elles poursuivent communément. L'argument selon lequel cette atteinte trouverait sa justification et sa légitimité dans le fait que, contrairement à tout autre patient, la personne en situation de handicap entre elle-même dans cette relation de soin, en faisant le choix éclairé de passer sous couvert sa vie privée au profit du mieux-être - au même titre que l'homme politique qui devrait automatiquement y renoncer - n'est pas viable, car chacun doit avoir droit au respect de sa vie privée, sans que ne soient pris en compte la fonction professionnelle ou l'état physique

⁵⁵⁷ V. en ce sens : PY B., « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *Op. cit.*

⁵⁵⁸ THIERRY J.-B., « L'assistance sexuelle pour les personnes handicapées », *Lamy Droit de la santé, Bulletin d'actualités* n° 104, mars 2011.

⁵⁵⁹ V. en ce sens VIALLA F., « Vie privée et vie sexuelle en institution : on n'est pas des anges », *Jurisassociations* 530, 15décembre 2015, p. 17-19.

ou mental. L'article 9 du Code civil ne prévoit-il pas que « chacun »⁵⁶⁰ peut s'en prévaloir ?

348. À moins d'opérer une formidable régression dans le temps, lorsque la vie privée des monstres de foire était impensable, il ne semble pas que puisse être exonérée du droit au respect de la vie privée quelque personne qu'il soit, au surplus pour des motifs d'ordre professionnel, physique ou mental. Ce « chacun » défend un modèle d'ouverture et d'englobement pour tous du droit au respect de la vie privée qui n'est, en pratique, pas toujours respecté. Il prône l'émancipation des modèles sociaux occidentaux pour faire part à une plus grande tolérance et une acceptation de l'autre accrue. Il permet la réalisation d'un socle commun de vie privée, sur lequel vont s'appuyer des vies privées spécifiques, dont la vie privée sanitaire, applicable au patient, plus spécifiquement, pour une meilleure compréhension des problématiques, une appréhension de la relation de soin bonifiée, et une efficience dans la protection de ses acteurs (*v. infra*).

349. Conclusion du chapitre. Il a pu être mis en avant le fait que l'acception et l'appréhension de la vie privée sont différentes - ce qui est à déplorer - en fonction de la qualité et de l'état de la personne. Des exemples concrets ont permis d'illustrer cette variabilité de vie privée. Son application et sa revendication sont rendues difficilement réalisables pour la personne publique, voire impossible - du moins en autonomie - pour la personne en situation de handicap. La vie privée est une notion intimement personnelle ; elle trouve application chez le seul individu, et il n'est pas étonnant qu'elle soit influencée par lui. Cette influence ne doit cependant pas se faire dans l'irrespect, au détriment de la personne. C'est pourquoi il est nécessaire d'avoir plusieurs lectures de la vie privée, et plusieurs approches du respect. Au même titre qu'il existe une infinité de relations de soin, il existe plusieurs vies privées, et plusieurs manifestations du respect. Il est plaisant de penser que le respect de la vie privée peut, individuellement et « comportementalement », en quelque situation qu'il soit, trouver une illustration certaine.

⁵⁶⁰ Déf. « Chacun », dict. Littré : Chaque personne, chaque chose. D'une manière indéfinie, en parlant des hommes ou des femmes, toute personne, qui que ce soit, tout le monde, on.

350. Conclusion du titre. La vie privée est une donnée subjective et imprécise, qui se meut au gré de sa représentation par les individus eux-mêmes. Elle insinue un contrôle personnel relatif à l'accessibilité physique et morale à soi. Elle est à la fois témoin du processus de civilisation et de socialisation, mais également de la conscience naturelle de soi et de l'autre, de son corps, de son esprit et de son environnement. Il existe, en sus de son histoire, une géographie et une culture de la vie privée, ainsi que des variations de sa représentation et de l'interprétation de ses composantes : liberté, secret, intimité, tranquillité, pudeur, regard et toucher. L'étendue de la vie privée est à géométrie variable, bien que la jurisprudence en définisse l'étendue par voie d'énumération. Cette dernière a trait à un ensemble d'informations et de situations présentant un caractère personnel, un abord privé qui n'est pas destiné au public.

351. En outre l'acception et l'appréhension de la vie privée varient, en pratique, en fonction de la qualité et de l'état de la personne. L'invariabilité de la notion concerne le fait qu'elle demeure en toute situation intimement personnelle, en ce sens qu'elle trouve application chez le seul individu ; il n'est dès lors pas étonnant qu'elle soit influencée par lui.

352. Il n'a pas été abordé, jusqu'à présent, en sus de la personne publique, âgée ou en situation de handicap, la qualité et les caractéristiques générales du patient - si ce n'est très succinctement lors des réflexions afférentes à la sexualité en établissement de santé. Celles-ci ont déjà démontré que le corps du patient témoigne d'un certain particularisme. En prenant pour élément central le patient adulte, anonyme et « valide », placé au cœur de la relation de soin, il est légitime de se questionner sur l'existence et l'applicabilité d'une vie privée en une pareille hypothèse. Bien que la qualité de patient ne puisse être assimilée à celle de personne publique, âgée ou en situation de handicap, celle-ci présente de telles caractéristiques qu'il semble admissible de penser qu'elle puisse être un facteur de variabilité de la vie privée. Cette dernière, multiple, va être à l'origine d'une protection, déjà évoquée, envisagée par le législateur : le droit commun et spécifique au respect de la vie privée, applicable notamment dans le contexte remarquable de la relation de soin (v. *Titre II*).

- TITRE II. -

Objet du droit commun au respect de la vie privée au prisme de la relation de soin

353. Le respect de la vie privée est à l'heure actuelle assuré par la loi via l'édiction d'un droit commun. Malgré une construction historique prenant corps sur plusieurs siècles, on constate que le contenu (**Chapitre I.**) et la nature (**Chapitre II.**) du droit au respect de la vie privée demeurent incertains. C'est au prisme de ces deux éléments qu'il sera *in fine* possible de déterminer si le patient, citoyen placé au cœur de la relation de soin, pourra se prévaloir du droit commun afin d'assurer la protection de sa vie privée⁵⁶¹. La question de la suffisance de la protection commune, indépendante et parallèle au droit de la santé (v. **Partie II.**) prend alors tout son sens.

⁵⁶¹ Cet objectif n'étant pas rattachable à la recherche de sanction de l'éventuelle atteinte à la vie privée ; c'est en ce sens que le présent travail est davantage axé sur la protection assurée par le droit civil, et non la sanction prévue par le droit pénal - bien que celle-ci soit ci-après compendieusement évoquée.

Chapitre I. Construction historique et contenu du droit commun au respect de la vie privée

354. Le droit au respect de la vie privée a été consacré en France, par le droit commun, via la loi du 19 juillet 1970⁵⁶². Cette ratification s'est faite au prix de plus d'un siècle d'évolutions sociales et de réflexions doctrinales et jurisprudentielles (**Section I.**) ; elle a donné lieu à l'avènement d'un droit dont le contenu et les contours ne sont pas distinctement établis (**Section II.**).

Section I. La construction historique du droit au respect de la vie privée

« Voilà donc la vie privée murée... elle est déclarée indivisible, elle est renfermée dans les
maisons. »

Pierre-Paul ROYER-COLLARD⁵⁶³

355. Les historiens Philippe Ariès et Georges Duby rappellent que : « La vie privée n'est pas une réalité naturelle, donnée depuis l'origine des temps ; c'est une réalité historique, construite de façon différente par des sociétés déterminées. Il n'y a pas une vie privée, aux limites définies une fois pour toutes, mais un découpage lui-même changeant de l'activité humaine entre la sphère privée et la sphère publique »⁵⁶⁴.

356. La construction historique du droit au respect de la vie privée a été rendue possible à la suite d'un cheminement progressif aisément identifiable. Alors que la vie privée fait aujourd'hui l'objet d'une exploitation économique, c'est avant tout un concept idéologique qui prend corps au XIX^e siècle sous l'impulsion historique de la classe bourgeoise (1^{er} §.). Sa consécration législative sera par suite imparfaitement impulsée par le droit pénal, avant que l'influence jurisprudentielle, davantage marquée, n'invite la doctrine et le législateur à s'emparer de la question de sa protection juridique. C'est en ce sens que l'origine de la loi du 17 juillet 1970 demeure jurisprudentielle (2^o §.).

⁵⁶² L. n° 70-643 du 17 juillet 1970 - art. 22 (dispositions civiles) et 23 (dispositions pénales) JORF.

⁵⁶³ Pierre-Paul ROYER-COLLARD (1763 – 1845), homme politique libéral et philosophe français.

⁵⁶⁴ ARIÈS Ph., DUBY G. (Dir.), Histoire de la vie privée, t. 5, *Op. cit.*

1°§. L'origine historique et doctrinale du droit au respect de la vie privée

357. *Emparement bourgeois, prolétaire et politique de la vie privée.* Distinction, autonomisation et démocratisation de la vie privée s'opèreront à l'initiative de la classe bourgeoise, par scission progressive avec la vie publique. La dichotomie actuelle effectuée entre vie privée et vie publique n'a en effet pas toujours eu le même écho au sein des divers milieux sociaux. La bourgeoisie de la Belle Époque⁵⁶⁵ bénéficie certainement d'un « mur de la vie privée », visant à séparer vie privée et vie publique. Au-delà de la frontière posée par ce mur protecteur, la vie privée rejoint assidûment les contours donnés à la famille. Si les fondements de ce mur sont renforcés par un certain nombre de prescriptions comportementales⁵⁶⁶, c'est principalement le lieu de vie qui témoigne, presque exclusivement, de la disjonction progressive opérée par la bourgeoisie entre vie privée et vie publique ; il s'agit là d'une réalité architecturale. En effet, l'appartement ou la maison bourgeoise témoigne d'une différence catégorique entre les pièces de réception et les autres, matérialisée par un véritable espace de transition entre la vie privée et l'existence publique.

358. Si la « vie privée bourgeoise » est distinctement circonscrite, il n'en va pas de même des autres milieux sociaux, dont l'immense majorité reste défavorisée : paysans, ouvriers ou petit peuple des villes bénéficient de conditions de vie qui n'admettent pas de mise à l'abri et, *a fortiori*, de vie privée⁵⁶⁷. L'exemple des rues populaires de Naples, emprunté à Jean-Paul Sartre⁵⁶⁸ est assez éloquent, dans la mesure où il illustre admirablement l'abîme alors existante entre la vie privée bourgeoise et - l'absence de - vie privée ouvrière : « Au rez-de-chaussée de chaque maison, on a percé une foule de petites pièces qui donnent directement sur la rue, et chacune de ces petites pièces contient une famille. (...) Ce sont des pièces à tout faire, ils y dorment, mangent et travaillent de leur

⁵⁶⁵ La Belle Époque est une période marquée par les progrès sociaux, économiques, technologiques et politiques principalement en France et en Belgique, s'étendant de la fin du XIX^e siècle (1879, date symbolique de l'adoption définitive de la Marseillaise en tant qu'hymne national) au début de la Première Guerre mondiale en 1914.

⁵⁶⁶ « Moins on *voisine*, plus on mérite l'estime et la considération de ceux qui nous entourent (...) En wagon ou tout autre lieu public, les gens bien élevés n'engagent jamais de conversation avec des inconnus » : Baronne Staffe, *Usages du monde, règles du savoir-vivre dans la société moderne*, Paris, Victor-Havard, 1893, p. 317 et 342.

⁵⁶⁷ V. en ce sens : ZOLA É., *Germinal*, 1885.

⁵⁶⁸ SARTRE J.-P., *Lettre au Castor et à quelques autres*, Paris, Gallimard, 1983, t. 1, p. 79.

métier. Seulement (...) la rue attire les gens. Ils sortent, par économie, pour n'avoir pas à allumer les lampes, pour être au frais et aussi, je pense, par humanisme, pour se sentir grouiller avec les autres. Ils tirent des chaises et des tables dans la rue, ou à cheval sur le seuil de leur chambre, à moitié dedans, à moitié dehors, et c'est dans ce monde intermédiaire qu'ils font les actes principaux de leur vie. Si bien qu'il n'y a plus ni dedans ni dehors et que la rue est le prolongement de leur chambre, ils l'emplissent de leurs odeurs intimes et de leurs meubles ». Bénéficier d'une vie privée à la fin du XIX^{ème} siècle relève du privilège de classe : celui d'une bourgeoisie fastueusement logée. L'histoire de la vie privée serait dès lors intimement liée à celle de sa démocratisation, qui n'interviendra qu'au milieu du XX^{ème} siècle, marqué par les destructions de la Seconde Guerre mondiale.

359. Avant la révolution française du logement, intervenue dans les années 50, et à l'exception de la classe bourgeoise, la vie privée était fatalement partagée avec ceux qui logeaient dans le même espace intérieur. Le mur de la vie privée existait uniquement envers les étrangers au groupe familial ; la vie privée individuelle était une chimère, puisqu'au-delà du mur, la place nécessaire à fournir un espace privé à chaque membre de la famille n'existait pas. L'intimité personnelle semble en outre impossible, au vu de la pression qu'exerçait le groupe familial sur ses membres - pourtant difficilement imaginable de nos jours.

360. L'isolement domestique est inimaginable : parents et enfants vivent entassés au sein d'une seule et unique pièce de vie, saturée, au sein de laquelle tous les actes domestiques prennent corps. La toilette se fait dès lors sous le regard des proches, qui ne le détournent pas nécessairement, quitte à ébranler la pudeur. Impossible de cacher la moindre donnée personnelle à ses proches : toute indisposition est immédiatement découverte, et toute entreprise d'isolement attire brusquement l'attention. La sexualité, qui relève du tabou dans les familles bourgeoises disposant d'espaces privés - chambre conjugale, boudoir ou, *a minima*, alcôve - ne peut nécessairement pas être tenue secrète chez les prolétaires. De même, les jeunes filles ne peuvent avoir leurs règles sans que cela ne se remarque, et, « dans les familles de mineurs, le calendrier en était même tenu sur le calendrier des postes, punaisé au mur de la cuisine »⁵⁶⁹. Enfin, les rapports sexuels se situent souvent en

⁵⁶⁹ ARIÈS Ph., DUBY G. (Dir.), Histoire de la vie privée, t. 5, *Op. Cit.*, p. 60.

marge des espaces privés et publics - en extérieur par exemple - ou n'échappent parfois même pas au regard du groupe familial.

361. Pendant la première partie du XX^{ème} siècle, la vie privée de l'immense majorité des Français se confond, par la force des lieux plus que par la force des choses, avec celle de leur groupe familial. Aussi la notion de vie privée - du moins telle que nous l'envisageons aujourd'hui - n'a-t-elle encore, dans ce contexte, pas de sens.

362. Précisons, au surplus, que l'arrivée progressive de l'électricité en ville s'accompagne nécessairement d'une atténuation de la vie privée des classes ouvrières. Au début du XX^{ème} siècle, les soirées se déroulent dans l'obscurité. Le passage à l'électricité permet de témoigner de la modification opérée sur le mode de vie des Français, et notamment sur leur vie privée : « Bernard Cazeau, né à Paris en 1909, passe son enfance dans un appartement éclairé au gaz. Aujourd'hui, il se rappelle encore l'émerveillement ressenti le jour où il est entré, chez un camarade, dans un appartement éclairé à l'électricité. C'était la fin des recoins sombres, la victoire sur les dernières ténèbres »⁵⁷⁰. Déjà privée d'intimité par la configuration de son habitat, la classe populaire voit dans l'arrivée de l'électricité l'ultime coup à sa vie privée, cette dernière lui empêchant désormais de se fondre dans l'obscurité pour forcer son intimité. Les logements plus contemporains, dont elle bénéficiera bientôt, permettront de mettre fin à cette situation, et à démocratiser l'universalité de la vie privée.

363. La sédentarisation de la classe ouvrière se couple d'une aggravation de ses conditions de vie. Récriminations et convoitises sont clarifiées. À l'occasion d'une enquête parlementaire en 1884, les ouvriers, interrogés pour la première fois, s'attaquent à la malpropreté des logements, « chambres à punaises », et des immeubles délabrés. Ils expriment par ailleurs certains désirs : davantage d'espace - deux pièces *a minima* lorsqu'il y a des enfants - et « si le père de famille se respecte, trois ou quatre pièces ne sont pas de trop ». Le souhait de séparer le coucher des parents de celui des enfants se fait fortement ressentir. Au contraire, les projets de constructions ouvrières n'envisagent pas de prévoir des toilettes particulières : « Le peuple ne demande pas à avoir des cabinets chez lui ».

⁵⁷⁰ Cette révolution voit le jour dans les foyers parisiens en 1890 ; jusqu'alors, les gens aisés utilisent la bougie - couteuse par rapport à la chandelle de suif - et/ou la lampe à huile. La lampe inventée par l'horloger Bertrand Guillaume Carcel, en 1800, est massivement adoptée ; l'éclairage au gaz se répand dans les foyers à partir de 1825 ; v. ARIÈS Ph., DUBY G. (Dir.), Histoire de la vie privée, t. 4. *Op. cit.*, p. 190.

364. Ces mêmes doléances se font ressentir outre-Manche, où les enquêtes signalent dans la classe ouvrière anglaise un besoin accru de la *privacy* du *home*, « tant est grande la crainte d'une intrusion incontrôlée du voisin »⁵⁷¹. « Un triple désir d'intimité familiale, conjugale et personnelle traverse l'ensemble de la société et s'affirme avec une insistance particulière au début du XX^{ème} siècle »⁵⁷².

365. Ce désir trouve illustration dans le refus de subir les contraintes de mitoyenneté et de proximité, ainsi que dans l'aversion grandissante pour le panoptisme des espaces collectifs, tel que l'hôpital. Le personnel des hôpitaux parisiens s'est à ce sujet révolté contre l'internement : « La vie en commun qui était une des règles fondamentales de la vie hospitalière d'autrefois est devenue lourde à supporter pour la plupart de nos agents (...). Ils souffrent de manger dans des réfectoires, de coucher en dortoirs. Ils ne se sentent pas « chez eux » à l'hôpital, et c'est un « chez-soi » qu'ils rêvent avec son intimité et son confort relatif. Ils veulent enfin, en dehors des heures de service, soustraire leur vie privée à toute dépendance administrative »⁵⁷³, écrit en 1910 le conseiller municipal Mesureur, défendant ainsi les patients, tout en considérant néanmoins que, pour les femmes célibataires, la sécurité de l'internement est préférable.

366. La vie privée se blottit également dans les bras des secrets : secret de famille, mais également personnels : « rêves, désirs, peurs, regrets, pensées fugitives ou tenaces, mais qui restaient généralement informulées »⁵⁷⁴. Certains personnages, extérieurs à la famille, deviennent alors les confidents privilégiés de ces choses inexprimées⁵⁷⁵. S'il est permis de penser au médecin, force est de constater que le milieu populaire ne fait que trop peu appel à lui : il ne vient que dans les cas les plus alarmants, et sa consultation est généralement peu propice aux épanchements.

367. Dans ces conditions, user du terme de « révolution » pour caractériser les modifications intervenues dans les conditions de logement de la majorité des Français n'est pas déraisonnable. Cela prouve que le niveau de confort dont on bénéficie peut influencer

⁵⁷¹ BÉDARIDA Fr., « La vie de quartier en Angleterre. Enquêtes empiriques et approches théoriques », *Le Mouvement social*, 1982, 1, n° 118, p. 14.

⁵⁷² ARIÈS Ph., DUBY G. (Dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 4. *Op. cit.*

⁵⁷³ Cité par LEROUX-HUGON V., *Infirmières des hôpitaux parisiens (1871-1914). Ébauches d'une profession*, thèse de 3^{ème} cycle, Paris-VII, 1981, p. 160.

⁵⁷⁴ ARIÈS Ph., DUBY G. (Dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 5. *Op. cit.*, p. 61.

⁵⁷⁵ V. en ce sens : VIEILLEDENT G., *Médecin de campagne, une vie*, oct. 2014, Éd. Calmann-Lévy.

la vie privée. Le logement contemporain, composé de plusieurs pièces, souvent indépendantes, chauffées et éclairées, permet à chaque membre de la famille de se voir attribuer, individuellement, un espace personnel. L'existence se divise dès lors, à partir des années 1950, en quatre parts inégales : la vie publique, le travail, la vie privée familiale⁵⁷⁶ et la vie personnelle - qui concentre l'essence la plus privée de l'individu.

368. *Lutte contre la curiosité médiatique.* La construction historique du droit au respect de la vie privée a, avant toute autre chose, été rendue possible parce qu'elle a été, à un instant donné, nécessaire aux yeux de certains⁵⁷⁷.

369. « La vie privée est une plante de culture bourgeoise » affirme François Rigaux⁵⁷⁸, qui ajoute que cette dernière était « ignorée ou méprisée des cours et des nobles milieux, où les secrets les plus intimes se passaient de bouche à oreille. Le goût du secret est une vertu puritaine et bourgeoise. La vie privée des riches est protégée par les murs dont ils s'entourent et par les domestiques qui les séparent de la société globale⁵⁷⁹ ».

370. Progressivement, les membres de ce groupe social ont mal supporté la curiosité médiatique, et surtout la manière dont les tiers se sont par ce biais progressivement insinués dans leur intimité. Dans les souvenirs publiés sous son nom, Greta Garbo déclara que la vie privée dans laquelle elle s'était séquestrée à la fin de sa carrière n'avait été possible que grâce à son indépendance financière - ce qui n'est pas sans faire écho à une problématique très contemporaine, notamment en institution médico-sociale, où l'accès peut être restreint pour des motifs financiers - : « *To defend my achievement I choose as weapon complete silence. You can use that weapon very successfully if you have enough money to maintain absolute privacy* »⁵⁸⁰.

371. Le droit au respect de la vie privée semble dans un premier temps - révolu ? - pouvoir se moyenniser. Nous l'avons déjà mentionné, il n'est initialement pas rendu

⁵⁷⁶ La notion de « vie privée familiale » renvoie nécessairement à l'époque où les classes sociales défavorisées ne pouvaient pas prétendre à une vie privée personnelle ; de nos jours, on admettra que la notion est tombée en désuétude.

⁵⁷⁷ Comment ne pas penser ici aux accouchements en public des reines de France ?

⁵⁷⁸ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>.

⁵⁷⁹ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », *Ibid*, p. 47.

⁵⁸⁰ Qui pourrait être traduit par : « Afin de défendre ma réussite, je choisis comme arme le silence le plus complet. Il est possible d'utiliser cette arme avec succès à la condition de posséder assez d'argent pour maintenir une confidentialité absolue », cité par : RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », *Ibid*, p. 48.

accessible à tous. Les atteintes qui y seront faites donneront initialement lieu, suite à l'intervention du législateur français, à sanction plutôt qu'à réparation. Paradoxalement, l'objectif semble d'assurer une protection pour tous, bien que l'exploitation idéologique de la vie privée fût d'abord l'affaire d'une minorité. Cette protection sera impulsée par le droit pénal, la matière civile ayant fait preuve - du moins d'un point de vue législatif - de moins de promptitude.

372. *Une protection législative insatisfaisante impulsée par le droit pénal.* En France, c'est le droit pénal qui participa en premier lieu à la construction juridique progressive de la vie privée. La notion apparaît expressément dans une loi du 26 mai 1819 relative aux crimes et aux délits commis par la voie de presse ou par tout autre moyen de communication. Son article 20 dispose alors : « La preuve de la vérité d'une imputation diffamatoire ne peut être rapportée par un fait de la vie privée ». La notion fut par suite directement consacrée au sein d'une loi quelque peu avant-gardiste, datée du 11 mai 1868, qui en son article 11 prévoyait : « Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de vie privée constitue une contravention punie d'une amende de 500 francs ». Considéré trop rigide à l'époque, le texte ne fut pas repris par la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, qui ignore diamétralement le concept de vie privée, qui ne fut repris que par une ordonnance prise en date du 6 mai 1944, relative à la répression des délits de presse, qui introduisit dans la loi précitée une disposition selon laquelle : « La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : a) lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne (...) ». Néanmoins, et contrairement au texte de 1868, cette disposition ne permettait pas de sanctionner une atteinte directe à la vie privée, mais seulement d'interdire la justification d'une diffamation par l'utilisation d'une information relative à la vie privée.

373. Le droit pénal semble en tout état de cause vouloir s'emparer, relativement tôt, de l'encadrement et de la protection de la vie privée contre les délits de presse uniquement, par le biais législatif. Un pari osé qui ne concerne malgré tout - et par fluctuations - que la divulgation, par voie de presse et de manière diffamatoire, de faits de vie privée. Aucune protection pénale directe et plus englobante de la vie privée ne trouvera écho au sein de la législation française avant 1970. Il en va de même en matière civile, qui ne connaîtra point de prémices législatifs, fussent-ils directs ou, comme en droit pénal, allusifs et insatisfaisants. C'est par conséquent la jurisprudence qui définira l'encadrement de la protection de la vie privée et la réparation des atteintes y étant portées.

374. Une protection civile initialement jurisprudentielle. Le premier Code civil⁵⁸¹ ne mentionnait aucunement la vie privée, ni même, *a fortiori*, de disposition envisageant sa protection. Une mention encadrant le vis-à-vis entre deux propriétés trouvait néanmoins illustration aux articles 675 à 679⁵⁸², permettant ce faisant d'entretenir une certaine intimité dans les rapports mitoyens. Celle-ci demeurait malgré tout assimilable au droit des biens, et non aux droits inhérents à la personne.

375. Jusqu'en 1970, l'absence de disposition spécifique astreignit le juge civil à puiser la justification de ses décisions dans le droit commun de la responsabilité civile⁵⁸³ : toute immixtion dans la vie privée d'autrui constitue ainsi une faute cause d'un préjudice ouvrant droit à réparation et/ou à cessation de l'illicite. La première décision qui semble avoir protégé la vie privée est un jugement du tribunal civil de la Seine du 16 juin 1858⁵⁸⁴, qui admis que la sœur de la grande tragédienne Élisabeth Félix, dite Mademoiselle Rachel, était en droit d'interdire à un peintre de reproduire le portrait de l'actrice sur son lit de mort : « Nul ne peut sans le consentement formel de la famille reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort (...) le droit de s'opposer à une telle reproduction est absolu ; qu'il a son principe dans le respect que commande la douleur des familles et qu'il ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature et de la piété domestique »⁵⁸⁵.

376. Si le terme de « vie privée » n'apparaît pas expressément dans le jugement - qui semble d'ailleurs avoir davantage trait au droit à l'image - la lecture du réquisitoire prononcé par le représentant du ministère public, et produit sous le jugement, ne laisse alors aucun doute sur l'objet du droit : « Madame O'connell a-t-elle peint Rachel morte, avec son imagination, ses souvenirs, avec la mémoire du passé ? Non, elle l'a peinte morte, sur une photographie de famille qu'une main indiscrete lui avait livrée. Quelque grande que soit une artiste, quelque historique que soit un homme, ils ont leur vie privée distincte

⁵⁸¹ Promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII) par Napoléon Bonaparte.

⁵⁸² A titre d'ex. : C. Civ., art. 675, créé par L. 1804-01-31, promulguée le 10 fév. 1804, version en vigueur au 1^{er} mai 2017 : « L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant ».

⁵⁸³ C. civ., art. 1240 et s. (actuels) ; C. civ., art. 1382 et s. (anciens).

⁵⁸⁴ DP 1858, jurispr. p.62.

⁵⁸⁵ Trib. Seine, 16 juin 1858, D. 1858. 3. 62 ; Les termes de cette décision ont été reproduits par l'ordonnance de référé rendue à propos de la réalisation et la publication de la photographie de l'acteur Jean Gabin sur son lit de mort : TGI Paris, Référés, 11 janv. 1977, D. 1977. 83, note R. Lindon ; TGI Paris, 31 mai 1989 et C. Cass. 1^{ère} civ., 1er déc. 1989, Gaz. Pal. 1989. 2, somm. 525.

de leur vie publique, leur foyer domestique séparé de la scène et du forum. Ils peuvent vouloir mourir dans l'obscurité quand ils ont vécu, ou parce qu'ils ont vécu dans le triomphe ».

377. Deux limites peuvent être ici mises en exergue : le fait que seul le droit au respect de la vie privée de la personne publique après sa mort soit en l'espèce consacré, et que le silence soit gardé sur l'existence et l'application d'un tel droit à une personne - fut-elle anonyme - vivante. Cette décision reste néanmoins révélatrice du fait que les premières exploitations idéologiques et jurisprudentielles de la vie privée concernent essentiellement une catégorie sociale privilégiée - constituée en grande partie de personnalités publiques. En tout état de cause, le fait que les juridictions civiles s'emparent de la thématique laisse entrevoir sa future démocratisation à venir.

378. À l'image de l'encadrement qui sera fait de la vie privée, cette démocratisation sera entre autres permise par la doctrine internationale, qui, s'appuyant sur cette même jurisprudence, ne reste pas insensible au développement ascendant du droit - bien qu'encore non consacré - au respect de la vie privée.

379. *Premières élaborations doctrinales de la « privacy ».* François Rigaux nous indique que « la science comparative attribue généralement à deux auteurs américains, Samuel Warren et Louis Brandeis, la première élaboration doctrinale⁵⁸⁶ » de ce qui sera nommé outre-Atlantique *privacy*⁵⁸⁷. Ce dernier ajoute que ces auteurs évoquent deux applications jurisprudentielles du principe en Angleterre, en oubliant de faire mention d'une précédente affaire s'étant déroulée aux États-Unis⁵⁸⁸.

380. En tout état de cause, François Rigaux souligne que l'une des affaires anglaises présente de nombreuses similitudes avec celle de l'affaire Lacordaire qu'aura à connaître la cour d'appel de Lyon. Dès lors, l'une et l'autre (*Abernethy v. Hutchinson* et *Lacordaire*) concernent la retranscription écrite de deux discours publics : la conférence d'un médecin⁵⁸⁹, et des sermons prononcés en chaire⁵⁹⁰. Les juridictions retiennent alors que la retranscription ne peut être publiée à l'identique sans que l'auteur y ait donné son accord.

⁵⁸⁶ RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 43 n° 3, juil. - sept. 1991, pp. 539-563.

⁵⁸⁷ WARREN S.D. et BRANDEIS L.D., « The Right to-Privacy », 4 *Harvard Law Review* (1890), 193-220, in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

⁵⁸⁸ *De May v. Roberts*, 46 Mich. 160, 9 N.W. 146 (1881), in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Abernethy v. Hutchinson*, 1 H. and Tw. 28 (1825), reproduit dans 47 *The English Reports* 1313 (Chanc), in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, *Ibid.*

381. L'autre affaire anglaise (Prince Albert v. Strange) concerne la gravure d'un « album d'esquisses que lui avaient confié la reine Victoria et le prince-consort⁵⁹¹. Le couple royal avait l'intention d'envoyer à un cercle de parents et d'intimes l'album gravé à leur demande. Le prince Albert a obtenu une injonction interdisant au graveur d'exposer et de mettre en vente les exemplaires tirés en sus de la commande⁵⁹² ».

382. François Rigaux analyse les décisions de la sorte : « Les trois décisions - anglaises et française - reconnaissent au sujet qui s'est exprimé la maîtrise de toute divulgation autre que celle qu'il a choisie (Abernethy et Lacordaire) ou celle qui s'étendrait au-delà du cercle de destinataires choisi par lui (Prince Albert). Dans ce dernier cas, l'affaire a pu être résolue sur le seul terrain du droit des contrats : le graveur qui entend diffuser à son profit les dessins qui lui ont été confiés commet une faute contractuelle indéniable. La même idée paraît sous-jacente dans l'affaire Abernethy : l'accès à une conférence s'accompagnerait d'une convention tacite interdisant aux auditeurs de reproduire par écrit les propos qui y ont été tenus sans l'autorisation de celui qui les a prononcés. En outre, seul le tribunal correctionnel de Lyon se fonde, dans l'instance précédant l'affaire portée devant la cour d'appel, explicitement sur « la personnalité morale »⁵⁹³ du prédicateur, qui subit une atteinte si les sermons sont reproduits par écrit sans son autorisation⁵⁹⁴ ».

383. Il pourra être avancé, au vu de ces différentes affaires, que la protection qu'ont obtenue les plaignants présente des similitudes avec le droit d'auteur, dans la mesure où les œuvres dont elles font état auraient du moins « pu faire l'objet d'un tel droit » affirme François Rigaux. Les juristes américains Warren et Brandeis répondent pour leur part que le droit d'auteur est davantage limité que le droit au respect de la *privacy*, dans la mesure où ce premier est limité à la prohibition de reproduire une œuvre sans avoir obtenu le consentement de son auteur, et ne vise dès lors pas la divulgation - mais bien uniquement

⁵⁹⁰ CA Lyon, 17 juil. 1845, Marie c. Lacordaire, S., 1845, 2, 470, *in* RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

⁵⁹¹ Prince Albert v. Strange, 2 De G. and Sw. 712 (1849) ; 1 Mac. and G. 24 ; 1 H. and Tw. 3. Les trois décisions ont été reproduites dans The English Reports, respectivement : 64 E.R. 293 (Chanc), 41 E.R. 1171 (Chanc.) et 47 E.R. 1302 (Chanc), *in* RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

⁵⁹² RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

⁵⁹³ Selon la motivation du premier juge, « au point de vue de sa personnalité morale et dans l'intérêt même de ses doctrines, l'auteur doit toujours conserver le droit de revoir et corriger son œuvre » (corr. Lyon, 10 juin 1845). Il s'agit d'une condamnation pénale du chef de contrefaçon. L'arrêt confirmatif n'a pas repris cette partie de la motivation.

⁵⁹⁴ RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Préc.*

la reproduction : contrairement au droit au respect de la *privacy*, « le droit de divulgation n'est pas intégré au droit d'auteur » affirme Rigaux⁵⁹⁵.

384. La doctrine américaine considère alors très tôt l'autonomie et l'exclusivité de ce qu'elle nomme « *right to privacy* » : ce dernier se pose sur l'œuvre tel un vernis et, avant même qu'il soit question de reproduction, la protège contre toute divulgation, voire contre toutes « formes expressives autres que celle que l'auteur a choisie⁵⁹⁶ ». Il semble dès lors que le droit d'auteur protège contre la reproduction de l'œuvre sans le consentement de son auteur, alors que la *privacy* génère une protection plus globale prenant en considération la reproduction et la divulgation. C'est ainsi la finalité du droit d'auteur qui diffère de celle du droit au respect de la vie privée : l'un protège contre la reproduction d'une création lorsque l'autre défend un contenu, physique et moral, ne nécessitant pas l'existence d'une création, et la surplombant donc de fait. C'est plus précisément l'immixtion au sein de ce contenu, et/ou la révélation d'une information le concernant, qui sont en réalité visées par le droit au respect de la vie privée. Cette conception reste néanmoins contemporaine aux exemples doctrinaux cités.

385. Suite aux travaux de Warren et Brandeis, le début du XX^{ème} siècle marque l'intérêt croissant de la doctrine sur les droits de la personnalité, auxquels participe la protection de la vie privée⁵⁹⁷, qui sous-entend d'abord, au vu de la jurisprudence, la liberté d'organiser sa vie privée - et non un droit exprès et subjectif au respect de la vie privée. Les réflexions et diverses considérations sur le sujet ne permettront pas à la majorité de la doctrine de se prononcer pour une compétence du droit à sanctionner la violation de la vie privée⁵⁹⁸. C'est néanmoins à cette même époque, et suite au second conflit mondial, qu'une autre partie des réflexions s'axa progressivement sur l'individu⁵⁹⁹ et s'inscrivit, plus globalement, dans

⁵⁹⁵ Au moins d'après les textes. Les lois actuellement en vigueur confèrent un droit d'auteur sur une œuvre de l'esprit « du seul fait de sa création » (loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 1er, al. 1er). Dans le même sens : loi allemande du 9 sept. 1965 sur le droit d'auteur et les droits de protection similaires (Urheberrechtsgesetz), § 11, in RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*

⁵⁹⁶ RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Ibid.*, p. 543.

⁵⁹⁷ V. en ce sens : PERREAU H., *Des droits de la personnalité*, RTD civ. 1909. 501.

⁵⁹⁸ V. en ce sens : NERSON R., *Les droits extrapatrimoniaux*, préf. P. ROUBIER, 1939, LGDJ, p. 173 et 174.

⁵⁹⁹ La Professeur Yves Madiot parlera d'un « recentrage sur l'individu » ; v. en ce sens : MADIOT. Y., « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, 1992, PUF, p. 353 et s.

un mouvement plus intense acéré⁶⁰⁰ de « promotion juridique contemporaine de la personne »⁶⁰¹. Devant cet engouement, couplé à l'encadrement - restreint - législatif pénal et la croissance irréfutable des affaires contentieuses portées devant les juridictions civiles, le législateur français se devait de réagir. La jurisprudence civile s'égrainera tout au long du XXème siècle et la réaction législative ne verra le jour qu'en 1970.

2°§. L'origine jurisprudentielle de l'encadrement législatif du droit au respect de la vie privée

386. Parallèlement à l'intérêt doctrinal croissant précédemment souligné, le contentieux relatif aux atteintes à la vie privée s'intensifie tout au long du XXème siècle. La jurisprudence distance même les espérances doctrinales, en consacrant de nouveaux droits subjectifs au profit des victimes de certaines atteintes au respect de leur vie privée. Précédemment déjà, à travers une jurisprudence dont les premières décisions remontent à notre ancien droit, le droit au secret des lettres confidentielles, c'est-à-dire le droit de la personne intéressée au secret consigné dans une lettre à ce que celle-ci ne soit pas divulguée, fut consacré⁶⁰². Il en va de même du droit de la personne sur son image, c'est-à-dire sur la reproduction de sa personnalité physique au moyen d'un art ou d'une technique⁶⁰³. La jurisprudence a d'abord admis le droit d'une personne à ce que son image ne soit pas publiée sans son autorisation préalable, ou celle de ses héritiers⁶⁰⁴.

387. La Cour de cassation s'est ensuite prononcée dans le même sens pour une personne vivante en décidant, dans l'affaire *Eden c/ Whistler*, qu'un peintre ayant accepté la commande d'un portrait, et refusant de le livrer à l'auteur de la commande, ne peut en faire « un usage quelconque avant d'en avoir modifié l'aspect, de manière à le rendre méconnaissable »⁶⁰⁵. Le droit au secret des lettres confidentielles et le droit d'une personne

⁶⁰⁰ V. notamment : KAYSER P., « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges R. Savatier*, 1965, Dalloz, p. 405 et s.

⁶⁰¹ V. en ce sens : SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, 1959, Dalloz, p. 5 à 29.

⁶⁰² Sur le secret des lettres confidentielles, v. entre autres : GENY F., *Des droits sur les lettres missives*, t. I, p.178-233.

⁶⁰³ Sur le droit de la personne sur son image, v. entre autres : FOUGEROL H., *La figure humaine et le droit*, thèse, Paris, 1913 ; J. CARBONNIER, note sous Trib. corr. Grasse, 8 février 1950, D. 1950, J. 712 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon, 1939, p.136.

⁶⁰⁴ Trib. de la Seine, 16 juin 1858, D. 1858.3.62.

⁶⁰⁵ Civ. rej., 14 mars 1900, D.1900.I.497, note Pagnol.

à ce que son image ne soit pas publiée sans son autorisation préalable impliquent indirectement le droit d'une personne à ce qu'un événement quelconque de sa vie privée ne soit pas divulgué sans son autorisation. Il n'est ainsi pas surprenant que la jurisprudence ait été progressivement amenée à faire état, dans les motifs de certaines de ses décisions datées des années 1960, d'un droit subjectif, de portée générale, au respect de la vie privée.

388. C'est à cette période que s'opère une éclatante recrudescence d'affaires contentieuses relatives à la vie privée, qui peut s'expliquer, partiellement et factuellement, par le développement d'appareils techniques élaborés et affûtés permettant notamment la capture et l'enregistrement audio et visuel. Cette évolution aura fortement et incontestablement influencé l'amélioration et la délimitation du droit au respect de la vie privée, de par la menace qu'elle fait peser sur la notion mère, en permettant une sérieuse ingérence dans l'intimité tierce.

389. Le développement des techniques susvisées permettra, dans ce même temps, l'éclosion de la presse à sensation. Le journal « People » sera pour la première fois édité en 1974 aux États-Unis, sous l'égide des paparazzi⁶⁰⁶. L'apparition de cette presse, qui se nourrit exclusivement de la vie privée des notables, s'accorde avec un accroissement sans précédent de procès à l'initiative de célébrités - du cinéma - dont les requêtes sont toutes fondées sur la responsabilité civile des éditeurs.

390. En effet, en l'absence de dispositions spécifiques, le juge est contraint de se « contenter » de prononcer des condamnations sur la base - explicite ou non - de l'actuel article 1240 du Code civil⁶⁰⁷. Comme souligné, un préjudice naît de la faute qui trouve écho dans le fait de porter atteinte à la vie privée de l'intéressé⁶⁰⁸ : la faute, le préjudice et leur lien de causalité, caractéristiques ultimes de la responsabilité civile, semblent ainsi consommés. Il est admis que la faute ne consiste pas nécessairement dans un manquement à une obligation légale, mais, de manière générale, dans le fait de ne pas se comporter comme un homme honnête et avisé. Le préjudice qui en résulte pour la victime est dans la plupart du temps exclusivement moral. Quant au lien de causalité entre la faute et le préjudice, il est en fait si évidemment que son existence semble n'avoir jamais été remise en cause.

⁶⁰⁶ Le terme est directement emprunté au personnage de chasseur d'image nommé « Paparazzo » interprété par l'acteur italien Walter Santesso dans « La dolce vita », film réalisé en 1960 par Federico Fellini.

⁶⁰⁷ C. civ., art. 1240, modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 - art. 2 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

⁶⁰⁸ TGI Seine, 24 nov. 1965, D. 1967. 457.

391. Certaines décisions eurent néanmoins l'audace de reconnaître, explicitement et de manière autonome, l'existence d'un droit au respect de la vie privée, préfigurant ainsi la jurisprudence actuelle : « chaque individu a droit au secret de sa vie privée et est fondé à en obtenir la protection ; (...) que la personne privée a seule le droit de fixer les limites ce qui peut être publié ou non sur sa vie intime, en même temps que les circonstances et les conditions dans lesquelles ces publications peuvent intervenir »⁶⁰⁹. Une autre décision ajoute que « le droit à la liberté d'expression (...) ne peut s'exercer qu'à la condition de ne pas porter atteinte au droit au respect de la vie privée », définissant ce droit en empruntant cette définition au doyen Strömholm, « le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures »⁶¹⁰.

392. Ce faisant, la jurisprudence inclinait à reconnaître le droit au respect de la vie privée bien avant sa consécration par la loi du 17 juillet 1970⁶¹¹ ; mais aussi avant-gardiste qu'elle put être, elle se heurtait couramment au fait que le juge ne pouvait créer d'incriminations. Dès lors, en l'absence de législation spécifique, les atteintes les plus importantes à la vie privée ne pouvaient être sanctionnées, du moins pénalement. Cette limite donna un poids considérable et additionnel à l'incitation jurisprudentielle et doctrinale adressé au législateur⁶¹². Cet appel fut définitivement entendu, et le droit au respect de la vie privée fut somme toute consacré par la loi précitée datée du 17 juillet 1970.

393. L'article 22, situé dans la troisième partie de cette loi, explicitement titrée « Protection de la vie privée », donne alors à l'article 9 du Code civil, abrogé par la loi du 10 août 1927 sur la nationalité, un nouveau contenu⁶¹³. La consécration de ce droit n'a pas pour effet d'exclure la responsabilité civile, sur le fondement de l'actuel article 1240, de l'auteur d'une atteinte au respect de la vie privée : l'alinéa 2 de l'article 9 précisant : « sans préjudice de la réparation du dommage subi ». L'article 23 complète ces mesures civiles en

⁶⁰⁹ CA Paris, 17 mars 1966, D. 1966. 749.

⁶¹⁰ Paris, 7^{ème} ch., 15 mai 1970, Soc. France Éditions et Publications c/ Époux Tenenbaum, D. 1970, J. 466, conclusions de l'Avocat général Cabannes, note P.A. et H.M. ; observations R. NERSON, Rev. trim. dr. civ., 1971, p.114, V. dans la doctrine, en faveur de ce droit, SPOHN H.-U., *La protection de l'intimité de la personne par le droit de la responsabilité en France et en Allemagne*, thèse, Nancy, 1967, p.304-326.

⁶¹¹ L. n° 70-643, J.O., 19 juillet, p. 6751.

⁶¹² V. en ce sens : BADINTER R., *Le respect de la vie privée*, JCP 1968. I. 2136.

⁶¹³ Ce dernier dispose : « Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

introduisant dans les articles 368 à 372 de l'ancien Code pénal plusieurs infractions nouvelles qui répriment des atteintes à l'intimité de la vie privée perpétrées par des procédés issus de progrès des sciences et des techniques. Ces infractions ont été reprises et étendues, appliquées aux personnes morales et les peines maximales ont été élevées par le nouveau Code pénal⁶¹⁴. Cette loi fera suite à l'insertion du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance dans l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le 4 novembre 1950.

394. Ces consécration, notamment internationales, requièrent que l'on s'interroge sur la place occupée par la vie privée parmi les autres droits de l'homme. Il s'agit d'un droit très proche des libertés fondamentales originelles mais dont l'ampleur a été découverte à une époque relativement récente, même si deux de ses attributs figurent en bonne place dans les premières Déclarations de la fin du XVIII^e siècle, à savoir l'inviolabilité du domicile et l'inviolabilité du secret des lettres. Les deux libertés garanties dès l'origine expriment une double orientation de la *privacy* : le domicile est le lieu où le citoyen a le droit d'être à l'abri de toute investigation intempestive, et quand l'individu sort de son domicile par le moyen symbolique de la communication avec un sujet qui ne s'y trouve point, il a droit au secret.

395. Imparfaitement consacré par le droit pénal, utilisé avant même sa consécration législative par la jurisprudence civile, analysé dès la fin du XIX^e siècle par la doctrine internationale, le droit au respect de la vie privée ne connaît pas l'indifférence, et a connu un avènement qui dépasse les frontières nationales. Son contenu est révélateur de l'importance que nous lui avons progressivement accordée en France (**Section II**).

Section II. Le contenu de la protection et du droit au respect de la vie privée

396. Il semble opportun de mener à présent une étude relative au contenu de la protection et du droit au respect de la vie privée tels qu'ils sont consacrés par le droit commun français, afin de cerner *in fine* l'applicabilité d'une telle protection au patient. En l'état actuel du droit, cette protection se veut duale (**1^o§.**) et hiérarchisée (**2^o§.**).

⁶¹⁴ C. pénal, art. 226-1 à 226-7.

1°§. Une protection duale

397. La dualité de la protection commune tient au fait qu'elle est mentionnée par des dispositions civiles (A.) et pénales (B.).

A. La protection de la vie privée par le droit civil

398. En disposant que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée », l'article 9 du Code civil consacre une jurisprudence abondante, qui admet la possibilité déduite et interprétée de consentir ou s'opposer aux immixtions dans la sphère privée ainsi qu'aux divulgations d'informations privées. Cette appréciation se fait au surplus au regard du lieu dans lequel l'atteinte est observée.

399. *Consécration législative d'une jurisprudence abondante et émergence de deux prérogatives.* En posant le principe contenu à l'article 9 du Code civil, le législateur n'a certainement pas innové ; il a en effet tout au plus consacré une jurisprudence qui sanctionnait déjà les violations du droit au respect de la vie privée par l'application, dans un premier temps, de règles de la responsabilité, et par la création, ensuite, de droits subjectifs autonomes⁶¹⁵. Cette dernière a longtemps appliqué l'actuel article 1240 du Code civil aux auteurs d'atteintes au secret de la vie privée, et a consacré au profit des victimes plusieurs droits subjectifs afin de les protéger contre des atteintes graves ou fréquentes à leur vie privée. Ces droits subjectifs particuliers ont donné naissance à un droit subjectif, de portée générale, au respect de la vie privée, consacré par la loi du 17 juillet 1970 « tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens ».

400. L'article 9, alinéa 1, du Code civil consacre ce droit dans les mêmes termes que l'article 8, 1°§, de la Convention européenne des droits de l'homme : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Il n'ajoute néanmoins pas, contrairement à la Convention : « ...et familiale, de son domicile, de sa correspondance », très certainement parce que ces éléments ont dû sembler compris dans la vie privée aux rédacteurs dudit article. Force est de constater que le texte ne détermine pas le contenu de ce droit, pas plus qu'il ne donne de définition du « respect » et de la « vie privée ». L'exposé des motifs du projet de loi

⁶¹⁵ V. notamment : CA Paris, 17 mars 1966, *Op. Cit.*

déclare que les tribunaux ont fait du droit au respect de la vie privée « de multiples applications »⁶¹⁶. Le rapporteur du projet au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, M. de Grailly, reconnaît que la loi « tend à consacrer, par sa formulation générale, la jurisprudence »⁶¹⁷.

401. *Interprétations jurisprudentielles du principe législatif.* Si les motifs des décisions de justice antérieures à la loi du 17 juillet 1970 ne permettent pas de découvrir le strict contenu du droit au respect de la vie privée, les dispositifs de ces décisions consacrent un droit comportant deux prérogatives. Celle de toute personne à ce que sa vie privée ne soit pas divulguée sans son autorisation préalable⁶¹⁸, et celle de toute personne à ce qu'un élément de sa vie privée ne soit pas l'objet d'une investigation sans son consentement antérieur. Les violations de la vie privée consistent donc soit en des investigations, soit en des divulgations, les unes et les autres étant notamment rendues plus fréquentes et dangereuses par les progrès techniques de la science.

402. Cette dualité ne trouve néanmoins aucun écho législatif, de sorte que l'article 9 ne mentionne ni l'investigation - ou l'« immixtion », pour reprendre une terminologie chère à la doctrine - ni la divulgation ; il en va de même du droit pénal⁶¹⁹. La dualité du droit au respect de la vie privée peut donc être consacrée à deux égards : elle existe du fait que le droit auquel elle se rapporte protège des immixtions et des divulgations - bien qu'aucun texte ne le prévoie explicitement - et trouve également écho dans la double protection, civile et pénale, dont bénéficie le droit commun au respect de la vie privée. Le présent travail fait le choix assumé de présenter la dualité sous la forme explicitement retenue par le législateur - droit civil/droit pénal⁶²⁰.

403. Quoiqu'il en soit, le droit au respect de la vie privée, consacré par l'alinéa 1 de l'article 9 du Code civil, sous-entend la réunion implicite de ces deux prérogatives. Elles ont pour contrepartie le devoir juridique de toute personne de ne pas divulguer la vie privée

⁶¹⁶ Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 déc. 1969, n° 974, Exposé des motifs, p.11.

⁶¹⁷ Doc. Ass. Nat. 1970, n°1147, t. II, 3^{ème} partie, p. 7.

⁶¹⁸ Consacré par : Paris, 1^{ère} ch., 16 mars 1955, Marlène Dietrich c/ Soc. France-Dimanche, D. 1955, J. 295.

⁶¹⁹ Qui ne les mentionne du moins pas explicitement.

⁶²⁰ Bien que d'autres branches du droit prévoient une protection de la vie privée - c'est notamment vrai en droit de la santé (v. en ce sens : Partie II.) ; mais il s'agit de ne traiter ici que du droit commun.

d'autrui et de ne pas s'immiscer dans celle-ci⁶²¹. Rappelons, avant de s'atteler à expliciter ces deux prérogatives, que l'appréciation de ce devoir peut être influencée par le lieu.

404. *Appréciation du principe généraliste au regard du lieu.* Si, selon les termes très généraux formulés par l'article 9 du Code civil : « chacun a droit au respect de sa vie privée », les juges ont, en pratique, conservé une certaine marge d'interprétation dans l'application de ce principe. La manière dont procède la jurisprudence en matière d'atteinte à la vie privée témoigne de cette volonté de conserver une certaine marge d'interprétation dans l'application d'un principe général, lequel, à première vue, n'autorise pourtant aucune exception⁶²².

405. Cette interprétation trouve une application toute particulière en matière de légitimation de l'atteinte à la vie privée, en diverses hypothèses, au regard du lieu dans lequel l'atteinte à la vie privée a été opérée. En effet, dans certains cas très spécifiques, la jurisprudence a pu tirer des conséquences de la nature des lieux. Ainsi, lorsque le lieu est non seulement public mais plus encore médiatisé, alors ceux qui s'y trouvent peuvent sortir du cadre de leur vie privée. Ils doivent en effet s'attendre, dans de tels lieux, à ce que leurs faits et gestes soient rapportés. C'est ainsi que l'action d'un célèbre chanteur n'a pas abouti, pour un article illustré évoquant les excès d'alcool qu'il avait commis dans une boîte de nuit - lieu considéré public. Le tribunal de Paris, dans un jugement du 15 mai 1996, relève : « Ainsi, ne sont pas révélées des informations de caractère intime et excédant ce qu'une personne célèbre ayant accepté de paraître en public dans l'état où elle se trouvait, ayant consenti dans le passé une certaine intrusion des médias dans sa vie personnelle et exerçant par ailleurs son activité professionnelle sous les yeux de tous, doit s'attendre à voir divulguer sur elle ». Il ne s'agissait cependant pas d'une banale sortie en boîte de nuit puisque ce soir-là, y était organisée une soirée pour le lancement d'un disque d'un ami de ladite personnalité. C'est ainsi que, dans cette décision, le tribunal souligne : « en se rendant à cette réception publique, Johnny Halliday s'est exposé au regard de tous et livré à la curiosité des photographes et des journalistes également conviés pour que soit donnée une publicité, à l'événement, souhaitée ».

⁶²¹ V. en ce sens de l'inclusion de ces deux prérogatives dans le droit au respect de la vie privée : GULPHE P., *Les tribunaux français gardiens de l'intimité de la vie privée*, Rapport au XIV^{ème} Congrès de l'Institut international de droit d'expression française, Montréal, 12-19 sept. 1981, Revue juridique et politique indépendance et coopération, 1982, p. 558.

⁶²² V. en ce sens D'ANTIN O., BROSSOLET L., « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », LEGICOM, 1999/4 n° 20, p. 9-19, DOI : 10.3917/legi.020.0009.

406. Cette solution n'est-elle pas discutable en droit dès lors que la publicité donnée à un événement prive nécessairement tous ceux qui y participent - et pas uniquement la personne publique - de la possibilité de prétendre, en la circonstance, agir dans le domaine de leur vie privée ? Ce raisonnement a néanmoins conduit le Tribunal de grande instance de Nanterre à exclure toute atteinte à la vie privée lorsque sont commentées dans la presse les apparitions de deux célèbres princesses au Beach Club de Monaco : « Attendu que Caroline Grimaldi, personnalité de premier plan de la principauté de Monaco, ne pouvait ignorer qu'en se rendant dans un lieu aussi médiatisé que le Beach Club et, qui plus est, en s'y livrant à un exercice pour le moins inattendu, elle s'exposerait nécessairement à la curiosité du public et par là même à l'intérêt d'éventuels journalistes en quête de sujet »⁶²³. Ce tribunal, plus nettement encore, dans un jugement concernant la sœur cadette, a estimé : « Sa présence au contraire dans ce lieu démontre qu'elle s'est volontairement exposée aux regards et aux objectifs pour que ceux-ci transmettent l'image offerte d'elle-même qu'elle désirait donner au public »⁶²⁴. En d'autres termes, le consentement tacite d'une personne à voir évoquer ponctuellement sa vie privée peut se déduire de sa présence dans un lieu où elle se sait observée.

407. Le droit au respect de la vie privée peut donc s'estomper, dans certaines conditions, dans des lieux publics où l'on se sait observé. Osons un parallèle, en précisant qu'un établissement de santé peut être assimilé à un lieu public, où il est d'ailleurs plus que courant d'être « gardé en observation ». Cela signifie-t-il qu'il faille nécessairement renoncer à sa vie privée en pénétrant dans un tel établissement ? Il est vrai en l'occurrence qu'un établissement de santé n'est pas soumis - bien que ce ne soit pas toujours vrai - à l'action médiatique. Néanmoins, il est opportun de souligner la ressemblance apparente entre deux situations pourtant bien opposées. Le patient qui souhaiterait engager une action en réparation pour le préjudice qu'il estimera avoir subi du fait de l'immixtion dans sa vie privée, pourrait hypothétiquement, au vu des décisions précitées, voir son action rejetée au motif qu'il se savait *de facto* observé, en acceptant de se rendre dans un établissement de santé. Bien que simpliste et réducteur, ce parallèle permet de souligner la spécificité de la relation de soin, qui doit, c'est à souhaiter, donner lieu à une protection particulièrement caractérisée (*v. infra*).

⁶²³ TGI Nanterre, 4 nov. 1998.

⁶²⁴ TGI Nanterre, 9 janv. 1997.

408. Ce constat pousse également à se questionner sur la nature publique - ou privée - de l'établissement de santé. Il semble bien malaisé, à l'heure actuelle, d'y apporter une réponse empreinte de certitude. Constituent traditionnellement des lieux publics les lieux dont l'accès est libre (plages, jardins, promenades publiques...) ainsi que les lieux dont l'accès est possible, même sous condition, dans la mesure où toute personne qui le souhaite peut remplir cette condition (paiement d'une place de cinéma ou de théâtre par exemple). Les commerces (cafés, restaurants, magasins), les établissements bancaires, les gares, les aéroports et les différents modes de transport en commun sont ainsi des espaces publics. La jurisprudence judiciaire considère que le lieu privé doit être conçu comme un endroit qui n'est ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe d'une manière permanente ou temporaire⁶²⁵. Deux espaces semblent donc cohabiter au sein d'un établissement de santé : publics - zones d'accueil du public - et privés - chambres, blocs, cabinets. Cette affirmation est confirmée par la jurisprudence, qui considère la chambre du patient comme un lieu privé (*v. infra*).

409. Si l'influence du lieu sur le droit au respect de la vie privée est indéniable, et peut par là même constituer une éclatante limite à son application, ce dernier sous-tend, en tout état de cause, le droit de consentir ou s'opposer à la divulgation (1.) d'un élément privé ou à l'immixtion (2.) dans sa sphère privée.

1. Droit de consentir ou s'opposer à la divulgation

410. Factuellement, il semble cohérent que l'analyse du droit d'accepter ou refuser la révélation personnelle succède à celle relative au droit d'accepter ou refuser l'immixtion ; en effet, dans la majeure partie des hypothèses envisageables, la révélation distance l'immixtion, qui lui est habituellement antérieure. Néanmoins, d'un point de vue historique et juridique, il demeure bienvenu de souligner que c'est au regard de certaines révélations inélégantes que la protection de la vie privée a progressivement trouvé un écho au sein de notre système canonique. Ce n'est que dans un second temps que cette préservation s'est amplifiée pour avoir également trait à la protection de la personne contre les immixtions.

411. Le droit au respect de la vie privée admet principalement un contrôle individuel sur les informations couvertes par la vie privée, ainsi que le droit de contester le dévoilement

⁶²⁵ CA Besançon, 5 janv. 1978.

de ces dernières par un ou plusieurs tiers⁶²⁶. La conséquence première de cette affirmation trouve une illustration certaine dans le fait de recueillir le consentement exprès de l'intéressé avant de procéder à quelque révélation qu'il soit, qu'elle résulte d'une immixtion antérieure ou non. En effet, quiconque peut obtenir une information personnelle sans ingérence préliminaire, en l'apprenant par exemple de manière fortuite, ou en l'obtenant directement auprès de la personne concernée. Néanmoins, toute divulgation de cette information constituera, sans obtention du consentement de l'intéressé, une atteinte au droit au respect de sa vie privée - peu importe les moyens ou motifs de l'acquisition de ladite information.

412. La consommation de l'atteinte à la vie privée est constatée dès lors que le dévoilement d'une information couverte par la vie privée est effectué au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées. Peu importe dès lors que l'aveu soit porté à l'attention d'un public indéterminé - et par nature plus nombreux⁶²⁷. De même, le motif de la révélation peut rarement la justifier : la divulgation d'une information personnelle non consentie caractérise certainement l'atteinte à la vie privée, et ce indépendamment du « mode compassionnel, bienveillant ou désobligeant sur lequel elle est opérée »⁶²⁸. La justification de la révélation, au même titre que les raisons qui l'ont motivées, ne peut dès lors permettre l'atténuation, ni même la suppression de l'atteinte. Il en va de même des conditions dans lesquelles l'information a été divulguée ; ainsi, l'utilisation du conditionnel n'admet pas l'allègement de l'offense⁶²⁹. Enfin, l'atteinte est caractérisée même si elle ne révèle que partiellement ou imprécisément l'information recueillie ; c'est par exemple le cas du titre d'une première couverture journalistique - et ce peu importe le détail des informations par suite mentionnées dans l'article annoncé : « la divulgation par titre de presse d'un fait présenté comme relevant de la vie privée porte atteinte à celle-ci, peu important que l'objet réel de l'information soit tout autre et accessible au lecteur qui se

⁶²⁶ V. en ce sens : TGI Nanterre, 10 nov. 2004, *Légipresse* 2005, I, p. 32.

⁶²⁷ V. en ce sens : Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1998, n° 96-13.600, *Bull. civ. I*, n° 274, *RTD civ.* 1999, 62, obs. J. Hauser, D. 1999, Somm. 376, obs. J.-J. Lemouland : une lettre comportant la mention confidentielle avait été largement diffusée, alors que son objet était de révéler une situation de concubinage ; la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir vu dans cette diffusion une atteinte à la vie privée sur le fondement de l'art. 9 du C. civ.

⁶²⁸ V. en ce sens : Civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, n° 01-01.851 ; V. également : TGI Nanterre, 8 mars 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 69 : peu importe que le texte attentatoire à la vie privée soit « optimiste » ; V. néanmoins : TGI Paris, 23 janv. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 70, qui tient compte du caractère bienveillant de l'article, couplé cependant à d'autres circonstances plus pertinentes.

⁶²⁹ V. en ce sens : TGI Paris, 16 avr. 2008, www.legalis.net.

reporte aux développements intérieurs de la publication »⁶³⁰. Certains déplorent la connotation protectionniste de cette décision⁶³¹, en affirmant que la « Cour de cassation s'engage ainsi dans la voie d'une condamnation des atteintes seulement potentielles à la vie privée, ou encore de « l'apparence » d'atteinte à la vie privée ». Il semble néanmoins que le titre d'une une journalistique peut résolument se révéler attentatoire à la vie privée, et ce indépendamment de l'article annoncé. C'est par exemple le cas d'une une de la revue « Closer », qui se revendique, pour l'anecdote, comme étant le premier des magazines féminins people en France, titrée : « Enfin enceinte ! ». Dans la mesure où la révélation non consentie d'une grossesse est attentatoire à la vie privée⁶³², ces deux mots suffisent, indépendamment de l'article journalistique qu'ils annoncent, à caractériser une atteinte au droit au respect de la vie privée.

413. Plus complexes apparaissent les problématiques relatives à la véracité de la divulgation. À ce sujet, la jurisprudence refuse de faire droit aux demandes en réparation non fondées sur l'article 9 du Code civil mais sur une éventuelle atteinte autonome à la personnalité aux yeux du public, et fait au surplus l'impasse sur l'examen de la véracité de l'information dévoilée.

414. Assimilation de l'atteinte à la personnalité à l'atteinte à la vie privée. De manière atypique s'est amplifiée une jurisprudence sur le fondement de l'article 9 du Code civil afférente à la particularité du respect de la personnalité, matérialisée par le fait de ne pas en faire une énonciation réaliste et authentique. Cette supposition admet qu'un individu soit publiquement affiché sous des attributs essentiels irréels, et demande, par voie de conséquence et sur le fondement de l'article 9 du Code civil, la rémission de l'atteinte, voire la compensation du préjudice subi. En d'autres termes, la plainte n'est pas fondée, en l'espèce, sur le fait qu'une révélation indiscrete relative à un élément privé ait été réalisée, mais bel et bien sur l'inexactitude - subjectivement considérée - de la présentation

⁶³⁰ Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 05-10.488, Bull. civ. I, n° 141, D. 2006. IR 813 et Pan. 2707, obs. L. Marino.

⁶³¹ V. notamment obs. de L. Marino, *Ibid.*

⁶³² Le TGI de Paris n'a pas admis qu'il puisse être fait mention de la grossesse d'une actrice, alors même que son état avait pu être observé lors d'un festival international de cinéma - manifestation professionnelle et publique retransmise à la télévision : TGI Paris, 1^{er} avril 1993.

personnelle, causant de fait une atteinte de la personnalité dans la mesure où celle-ci n'est pas scrupuleusement rétrocédée⁶³³.

415. Suite à l'admission du droit au respect de la vie privée au sein du Code civil, la doctrine avait déjà souligné que ce cas de figure n'était pas assimilable à une atteinte conventionnelle à la vie privée⁶³⁴, mais bien d'une atteinte à la personnalité aux yeux du public, en avançant qu'« une personne peut être présentée de manière inexacte aussi bien quant à ses activités publiques qu'à propos de sa vie privée. Sa personnalité sociale peut être altérée tout autant que sa personnalité psychologique. Et d'ailleurs, la protection qu'il s'agit ici d'établir ne visera pas à préserver la vie privée de la personne de l'indiscrétion du public, mais à défendre, aux yeux de celui-ci, la réalité de sa personnalité [...] C'est toute présentation inexacte et non pas simplement une présentation péjorative qui doit pouvoir faire l'objet d'une protection ».

416. Le Professeur Jacques Mestre, dont les travaux nous sont présentés par Agnès Lepage, estime dès lors que la lettre de l'article 9 du Code civil, ainsi que celle présente au sein du Code pénal⁶³⁵, apparaît insuffisante à assurer la protection absolue de la personnalité contre les altérations qui peuvent y être faites. Ce dernier propose ainsi que soit mise en œuvre la méthode du droit subjectif, déjà exploitée pour le respect de la vie privée, et revendique l'intervention législative dans l'objectif de « reconnaître un nouveau droit de la personnalité, consistant dans celui, reconnu à toute personne physique et à toute personne morale, à ce que sa personnalité ne soit pas l'objet d'une altération publique. À ce droit correspondrait le devoir juridique des autres personnes de ne pas altérer la personnalité d'autrui. La personne physique ou la personne morale se trouverait ainsi dans la situation analogue à celle d'un créancier d'une obligation de ne pas faire ».

417. La requête de Jacques Mestre est jusqu'alors restée lettre morte - du moins en apparence. À l'heure actuelle, et lorsque des informations erronées sont communiquées au sujet d'un individu, la pratique jurisprudentielle consiste à assimiler l'atteinte à la personnalité aux yeux du public à une « simple » atteinte à la vie privée, sur le fondement

⁶³³ L'hypothèse est différente de la diffamation car elle ne suppose pas nécessairement que la révélation porte atteinte à l'honneur. De plus, la diffamation ne suppose pas que les faits imputés soient faux, alors que c'est le cas ici.

⁶³⁴ MESTRE J., « La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public », JCP 1974. I. 2623, cité par : LEPAGE A., « Les droits de la personnalité », RDC, *Préc.*

⁶³⁵ C. pén., art. 226-1 : seules l'incrimination de montage de paroles ou d'images et diffamation y sont envisagées.

unique de l'article 9 du Code civil. Dans les faits, l'adultération de la personnalité aux yeux du public peut trouver illustration dans la confusion volontairement opérée entre deux individus : celui à qui il a été alloué des attributs tiers ne peut dès lors exiger une réparation de cette atteinte que sur le seul fondement de l'article 9 du Code civil, même s'il estime que sa vie privée n'a pas été atteinte, et que seule sa personnalité l'a été, du fait de l'erreur de l'information révélée. Le choix n'est pas permis quant au fondement de l'action en réparation.

418. Caractérise également l'altération de la vie privée d'une personne - et non de sa personnalité aux yeux du public - le fait, pour l'auteur d'un ouvrage, de lui approprier des composants de la biographie d'une personne tierce⁶³⁶. De même, un homme était équivoquement affiché dans un article journalistique comme le grand-père d'une petite-fille qui n'était en réalité pas la sienne. Le véritable grand-père est parvenu à obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de l'article 9 du Code civil, le juge ayant considéré que l'impérieuse assignation de sa paternité à un tiers constituait une désignation de sa vie privée, même si son nom de famille n'était pas dévoilé⁶³⁷. Cette solution semble faire une large appréciation de l'article 9 du Code civil, au vu notamment d'une jurisprudence constante qui énonce explicitement que la recevabilité de l'action fondée sur l'atteinte à la vie privée est subordonnée à l'observation d'un intérêt direct et personnel, et qu'un individu ne peut agir pour le compte d'un tiers dont la vie privée aurait été bafouée - tel est par exemple le cas d'un individu non cité dans un article journalistique portant atteinte à la vie privée de son conjoint, déclaré irrecevable à agir sur le fondement de l'article 9 du Code civil⁶³⁸.

419. *Divulgation et vérité.* Parallèlement à l'amalgame qui peut être fait entre deux personnes, une jurisprudence établie affirme que sur le terrain de la vie privée, l'impasse est faite sur l'examen de la véracité de l'information dévoilée. L'abondance des décisions

⁶³⁶ TGI Paris, 26 fév. 2002, CCE 2002. Comm. 135, obs. A. Lepage, in LEPAGE A., « Les droits de la personnalité », RDC, *Préc.*

⁶³⁷ Montpellier, 23 avr. 2001, D. 2002. 2301, obs. A. Lepage, in LEPAGE A., « Les droits de la personnalité », RDC, *Ibid.*

⁶³⁸ TGI Nanterre, 10 nov. 2004, Légipresse 2005, I, p. 32 ; V. aussi TGI Paris, 14 fév. 2005, Légipresse 2005, I, p. 92, qui énonce que l'atteinte à la vie privée ne saurait être ni indirecte, ni hypothétique ; de même, le droit de réponse ne peut être exercé par une personne qui n'a pas été mise en cause, ce qui implique qu'elle soit désignée, cité par : in LEPAGE A., « Les droits de la personnalité », RDC, *Ibid.*

des juges du fond n'est plus à démontrer⁶³⁹. Dans un arrêt distingué, la Cour de cassation a fait entrer dans l'aire de la protection contre l'atteinte à la vie privée le cas d'espèce dans lequel les traits erronés ont été attribués à une personne réelle, sans que cela ne soit le fruit d'une quelconque erreur - confessée ou non - mais bien de l'imagination visant à l'édification artistique. Elle a affirmé, ce faisant, qu'« une œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée »⁶⁴⁰. Cette décision est d'une importance capitale - bien qu'ésotérique - en ce qu'elle étend ardemment la portée de l'article 9 du Code civil. Si la protection de l'individu contre les révélations faites sur sa vie privée est ici réaffirmée, l'hypothèse selon laquelle il n'est pas permis de laisser penser que ledit individu exhibe certains traits éloignés de la réalité est mise en exergue.

420. Il convient par conséquent de souligner que « l'intégration en milieu protégé de faits intimes encore qu'ils soient imaginaires paraît au fond une solution heureuse. Ce qui compte, en effet, c'est la perception que le public en a, la croyance que ces faits touchant à la sphère de la vie privée de la personne se rapportent effectivement à elle. Peu important donc l'irréalité des choses et la considération qu'elles relèvent de la libre imagination de l'auteur : lorsqu'il n'est plus possible de faire la part du réel et de l'inventé, parce que l'auteur a lui-même étroitement mêlé fiction et réalité, seul importe le regard que les tiers peuvent porter sur la personne dont cet auteur a exposé l'intimité »⁶⁴¹.

421. Cet arrêt affirme formellement que l'individu, au-delà de sa vie privée, est maître de son image sociale, et que cette dernière ne saurait sérieusement être menacée par les accoutrements chimériques adjoints par un tiers. Il semble que l'article 9 du Code civil serve désormais moins de fondement à la protection de la vie privée qu'à la protection de la personnalité, atteinte en l'espèce par une déformation factuelle.

422. En conclusion, la jurisprudence considère que l'atteinte à la personnalité est assimilable à l'atteinte à la vie privée, qui sont toutes deux protégées par l'article 9 du

⁶³⁹ TGI Paris, 6 mai 2002, *Légipresse* 2002, I, p. 126 ; TGI Nanterre, 8 mars 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 69 ; 5 juin 2001, *Légipresse* 2001, I, p. 119 : « Une légende de photographie pouvant laisser croire qu'un enfant vit avec son père, alors qu'il habite avec sa mère, porte atteinte au respect dû à la vie privée du jeune garçon », cité par : LEPAGE A., « Les droits de la personnalité », RDC, *Ibid.*

⁶⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 7 fév. 2006, n° 04-10.941, JCP 2006. II. 10041, note G. Loiseau, RCA 2006. 107, RTD civ. 2006. 279, obs. J. Hauser, cité par : LEPAGE A., « Les droits de la personnalité », RDC, *Ibid.*

⁶⁴¹ LOISEAU G., *Ibid.*

Code civil, de sorte qu'on ne peut obtenir réparation de l'atteinte à sa personnalité aux yeux du public que sur le fondement dudit article, peu importe en outre la vérité du propos ou sa justification - volonté de révéler, erreur, création artistique. Sa position est différente en cas de redivulcation.

423. *L'hypothèse de la redivulcation.* François Rigaux affirme que : « Les personnes qui, par la publication de souvenirs ou lors d'interviews, divulguent des faits relatifs à leur vie privée, font le choix de porter elles-mêmes ces faits à la connaissance du public. Il n'est alors pas illicite que de tels faits soient ultérieurement rapportés ; la notion de "redivulcation", accueillie par la cour d'appel de Paris mais non par la Cour de cassation⁶⁴² », trouve alors tout son sens. Ce dernier ajoute que : « Quand le sujet a lui-même consenti à une divulgation publique de faits personnels intimes, il y a lieu d'appliquer par analogie le droit de citation (*fair use*) et de commentaire objectif (*fair comment*) »⁶⁴³. La divulgation volontaire de faits couverts par la vie privée par le principal intéressé ne signifie pas pour autant que les individu en ayant été informés par ce biais puisse s'approprier l'information. François Rigaux rappelle à ce propos que la publicité donnée aux propos les place dans un débat public, et non individuel. De même, ce débat ne concerne que les faits sciemment et personnellement révélés : « La « tolérance » ainsi manifestée par le sujet n'autorise pas en principe que d'autres faits de même nature soient ultérieurement divulgués sans son contentement⁶⁴⁴. Quand le sujet a lui-même rendu publics certains faits personnels ou intimes, il s'expose cependant à ce que la vérité de ces faits soit contredite, ou même que l'image qu'il a donnée de lui-même soit corrigée ou complétée »⁶⁴⁵ avance François Rigaux⁶⁴⁶.

424. Une autre hypothèse tient au fait que l'individu à l'origine de la publicité des informations peut indirectement, par ses déclarations, atteindre la vie privée « de ceux dont il a partagé la vie »⁶⁴⁷, peu importe que la période considérée soit étendue ou succincte.

⁶⁴² Cass. 2^{ème} ch. civ., 14 nov. 1975, Charlie Chaplin, D., 1976, 421, note B. EDELMAN.

⁶⁴³ RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Op. cit., p. 550.

⁶⁴⁴ La jurisprudence française est constante sur ce point : Civ., 6 janv. 1971, Günther SACHS, J.C.P., 1971, II, 16723, cité par : RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Ibid., p. 550.

⁶⁴⁵ Paris (réf.), 26 fév. 1989, Bernard Tapie c. Jean-Hedern Hallier, Gaz. Pal., 17- 18 mars 1989, p. 8, p. 25, cité par : RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Ibid., p. 550.

⁶⁴⁶ RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Ibid., p. 550.

⁶⁴⁷ Paris, 6 juil. 1965, « Vivre avec Picasso », Gaz. Pal., 1966, I, 37, in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Ibid., p. 551.

C'est ainsi que la sanction de la diffamation peut œuvrer aux côtés de la répression de l'atteinte à la vie privée. En tout état de cause, la révélation d'informations qui portent atteinte à la vie privée des tiers, fussent-elles vraies, ne saurait, d'un point de vue juridique, être tolérée. Dès lors, « l'un des partenaires d'une relation intime n'a pas le droit d'exposer l'autre à la divulgation de celle-ci. Le consentement donné à une telle relation ne s'étend pas à la publicité qu'elle recevrait de la décision unilatérale d'un seul des partenaires. Au contraire, il faut plutôt affirmer que la participation volontaire à des relations intimes s'accompagne d'un devoir de confidentialité. Il a ainsi été jugé illicite qu'un époux en instance de divorce fasse à la presse des révélations relatives aux soubresauts de sa vie conjugale »⁶⁴⁸.

425. Le droit de consentir ou s'opposer aux divulgations concerne les données ou informations couvertes par la vie privée qui sont publiquement dévoilées à une ou plusieurs personnes déterminées ou à un public indéterminé, peu importe la justification et la motivation de la révélation, ou que l'information en question soit vraie ou fausse. De plus, le droit au respect de la vie privée englobe l'altération de la personnalité aux yeux du public, qui n'a juridiquement pas trouvé son autonomie. La divulgation erronée, fut-elle flatteuse, porte atteinte à la vie privée, et sera par conséquent réparable sur le fondement unique de l'article 9 du Code civil. Enfin, le droit de consentir ou de s'opposer à la divulgation s'estompe en cas de précédente divulgation à l'initiative de l'intéressé : la redivulgation est communément admise.

2. Droit de consentir ou s'opposer aux immixtions

426. *Une reconnaissance tardive en adéquation avec la protection législative pénale.*

À l'image de ce qui a pu être avancé concernant la révélation d'informations couvertes par la vie privée, le droit au respect de la vie privée présente une dualité certaine en matière d'immixtion : l'intéressé doit consentir en amont à une immixtion dans sa vie privée, et peut dans un second temps s'y opposer. Le consentement et l'opposition aux immixtions dans la vie privée n'ont pas toujours attiré l'attention de la doctrine, qui ne les a du moins

⁶⁴⁸ Margaret, Duchess of Argyll (Feme Sole) v Duke of Argyll and Others, Chancery division, 17, 20, 27, 30 novembre et 1er, 4, et 9 décembre 196, cité par : RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, *Ibid.*, p. 551.

pas d'emblée considérés comme apodictiques⁶⁴⁹. L'évolution doctrinale à ce sujet ne s'est néanmoins point fait attendre, et a progressivement permis la distinction entre le droit de s'opposer à la divulgation de sa vie privée, et celui de refuser l'immixtion dans celle-ci⁶⁵⁰. Cette distinction fait écho à la reconnaissance du fait que l'obtention de l'information - via immixtion - est généralement, mais pas uniquement, un prérequis à sa révélation.

427. De nos jours, la Cour de cassation affirme explicitement qu' « est illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui »⁶⁵¹. La protection civile de la vie privée se place dès lors en adéquation avec le droit pénal, qui protège non explicitement l'individu à la fois contre l'immixtion et les révélations relatives à sa vie privée, en incriminant le fait de fixer, enregistrer ou transmettre, sans le consentement de celle-ci les paroles ou l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé⁶⁵². L'immixtion trouve un écho à travers la fixation - « fixer » - et l'enregistrement - « enregistrer » ; la révélation s'illustre grâce à la transmission - « transmettre » - à autrui. Précisons que la protection contre l'immixtion dans la vie privée est également matérialisée à l'article 226-4 du Code pénal, relatif à la violation du domicile d'autrui⁶⁵³, ainsi qu'à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui dispose précisément que : « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile, sa correspondance... ». Les immixtions portant atteinte au droit à la vie privée sont aussi composites que peuvent l'être les révélations. Il en existe dès lors des plus ou moins frontales.

428. *Immixtions directes.* L'immixtion directe peut s'apparenter à une demande démesurée et excessive de renseignements : caractérise une atteinte à la vie privée la demande de transmission de la déclaration de revenus afin d'étudier l'allocation d'une gratification financière, dans la mesure où ladite déclaration précise la situation de famille, l'estimation de la fortune ou la présence de dettes, qui sont des éléments non-essentiels à la

⁶⁴⁹ V. par ex. une démonstration relative à l'image mais extrapolable à la vie privée : CARBONNIER J., note sous T. corr. Grasse, 8 fév. 1950, D. 1950. 712.

⁶⁵⁰ V. en ce sens : KAYSER P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », RTD civ. 1971. 445, spéc. n° 22 et s.

⁶⁵¹ Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, préc. supra, n° 85 ; pour la même affirmation, V. Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 02-19.886, D. 2004. 2069, note J. Ravanais, et 2005. Pan. 2651, obs. L. Marino.

⁶⁵² C. pén., art. 226-1.

⁶⁵³ C. pén., art. 226-4, modifié par la l. n° 2015-714 du 24 juin 2015 - art. unique : « L'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Le maintien dans le domicile d'autrui à la suite de l'introduction mentionnée au premier alinéa, hors les cas où la loi le permet, est puni des mêmes peines ».

détermination de l'attribution de la gratification⁶⁵⁴. La demande de renseignements n'est pas dommageable en elle-même, au surplus lorsqu'il est consenti d'y répondre, mais le devient dès lors qu'elle nécessite obligatoirement la révélation d'éléments étrangers à ceux initialement demandés. L'immixtion peut également trouver une place de choix au contact de vérifications abusives, et ainsi caractériser l'atteinte à la vie privée⁶⁵⁵. Ainsi, une société ne peut éprouver les affirmations certifiées sur l'honneur d'un client sans se livrer à une immixtion attentatoire à sa vie privée⁶⁵⁶. Enfin, certaines justifications contraintes témoignent d'atteintes à la vie privée⁶⁵⁷.

429. Constituent donc des immixtions dans la vie privée une demande démesurée et excessive de renseignements, une demande de renseignements qui nécessite la révélation d'éléments étrangers à ceux initialement demandés, une vérification abusive, ainsi qu'une demande de justification abusive.

430. *Immixtions indirectes.* L'immixtion dans la vie privée peut être frontale - dans le sens où elle nécessite une confrontation directe avec l'intéressé - ou détournée, voire cachée ; c'est en ce sens que la filature représente un autre usage de l'immixtion dans la vie privée. Classiquement, et cela s'entend aisément, est constitutive d'une atteinte à la vie privée l'immixtion caractérisée par la filature et le pistage d'une femme réalisés par un détective privé, à la demande de l'ex-mari qui, souhaitant mettre un terme au versement d'une prestation compensatoire, lui avait demandé d'attester de l'existence hypothétique

⁶⁵⁴ Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n° 176.

⁶⁵⁵ Le contrôle de l'adresse d'une personne aux fins d'établir une attestation ne comportant que des renseignements d'ordre patrimonial est attentatoire à la vie privée dès lors que le tiers a, à l'insu de la personne concernée, conduit des investigations sur les conditions dans lesquelles elle occupait un logement : Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996.

⁶⁵⁶ Paris, 12 juin 2003, D. 2004. Somm. 1631, obs. A. Lepage ; V. également Nancy, 15 mai 2003, Juris-Data, n° 232169 : si un organisme bancaire a l'obligation, avant d'accorder un prêt, de procéder à l'examen de la situation de l'emprunteur sur le fondement d'informations fournies par ce dernier dans sa demande de prêt, il n'est pas tenu pour autant de procéder ou de faire procéder à des investigations particulières sur la situation personnelle, professionnelle et financière de l'emprunteur, sans porter atteinte au respect dû à sa vie privée.

⁶⁵⁷ En ce sens, il n'appartient pas à l'opérateur téléphonique de s'immiscer dans la vie privée du souscripteur de l'abonnement en exigeant qu'il justifie de sa résidence effective à l'adresse d'ouverture d'une seconde ligne téléphonique, ni de rechercher qui userait effectivement de ses services : Aix-en-Provence, 29 oct. 2002, Juris-Data, n° 223072.

d'un concubinage⁶⁵⁸. Cette même immixtion est constituée indépendamment du fait que la filature soit afférente à une personne anonyme ou publique⁶⁵⁹.

431. *Immixtions étatiques.* Dans la mesure où les immixtions dans la vie privée peuvent autant concerner les personnes privées que publiques, il semble bienvenu d'ajouter que les auteurs de ces immixtions ne sont pas uniquement rattachables aux particuliers ; certaines interpositions sont parfois du fait de l'État. Preuve en est à l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui mentionne « l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice » du droit au respect de la vie privée. Aussi certaines écoutes téléphoniques judiciaires ont-elles justifié une fameuse condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁶⁰, cette dernière considérant que la réglementation les encadrant, principalement appliquée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, manquait d'équilibre et de spécification. Cette dernière n'a dès lors pas manqué de circonstancier son propos⁶⁶¹, ce qui n'a pas dédouané le législateur de prévoir un nouvel encadrement juridique de l'agissement, qui prévoit notamment la prescription, par le juge d'instruction, en matière criminelle ou correctionnelle, de l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques⁶⁶².

432. C'est pourquoi la mise sous écoutes téléphoniques d'un individu hors cette procédure, principalement au sein de son domicile, caractérise l'atteinte à l'intimité de la vie privée telle que prévue à l'article 226-2 du Code pénal, et ce même si cette mesure a été ordonnée par le président de la République⁶⁶³. Cette affirmation ne saurait pour autant concéder le dogmatisme de l'inviolabilité du domicile. Cette dernière doit composer, dans

⁶⁵⁸ Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004 ; V. aussi au sujet de la filature d'un salarié, Civ. 1^{ère} 25 janv. 2000, n° 97-21.846, D. 2000. Somm. 267, obs. A. Lepage ; 26 nov. 2002, D. 2003. 1858, note J.-M. Bruguière, et Somm. 1536, obs. A. Lepage.

⁶⁵⁹ Même s'il s'agit d'un personnage public, le fait de le faire suivre, pour le filmer, sans son consentement, constitue une immixtion dans sa vie privée : TGI Paris, 3 déc. 1997, JCP 1998. II. 10067, note M. Serna.

⁶⁶⁰ CourEDH, 2 arrêts, 24 avr. 1990, D. 1990. 353, note J. Pradel.

⁶⁶¹ Crim. 15 mai et 17 juil. 1990, n° 90-80.827 et 90-82.614, Bull. crim. n° 193 et 286.

⁶⁶² L. n° 91-646 du 10 juil. 1991 ; CPP, art. 100 et s. ; sur cette loi, v. entre autres : KAYSER P., La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, JCP 1992. I. 3559 ; PRADEL J., Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, D. 1992. Chron. 49.

⁶⁶³ Crim. 4 mars 1997, n° 96-84.773, Bull. crim. n° 83, Dr. pénal 1997. Comm. 75, obs. M. Véron, RSC 1997. 669, obs. J.-P. Dintilhac.

certaines « cas prévus par la loi »⁶⁶⁴, avec l'exigence de concéder à des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, agissant dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur mission, le droit de pénétrer au sein du domicile d'autrui, dans le respect des conditions posées par la loi et de l'objectif prédéterminé⁶⁶⁵.

433. La protection prévue à l'article 9 du Code civil sous-tend donc la possibilité pour l'individu de consentir aux immixtions et divulgations relatives à sa vie privée. Si cette dualité n'est pas expressément mise en lumière, elle permet à l'intéressé de mettre en avant son autodétermination.

434. *L'autodétermination, ou la conception enrichie du contenu du droit au respect de la vie privée*⁶⁶⁶. L'article 9 du Code civil permet à la jurisprudence de reconnaître que l'individu est maître de ses informations personnelles, de sorte qu'il peut s'opposer à toute divulgation les concernant, qu'elle fasse suite ou non à une immixtion au sein de sa sphère privée - qui fait également l'objet d'une interdiction autonome. Mais une lecture extensive de l'article 9 du Code civil permet d'affirmer que le droit au respect de la vie privée justifie que l'individu puisse en outre revendiquer son autodétermination, et, plus généralement, comme le souhaitait le Professeur Jacques Mestre, astreindre autrui à ne pas altérer sa personnalité. Il convient ainsi d'adjoindre au droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du corps humain le droit, pour tout un chacun, de jouir ouvertement de son corps et, *a fortiori*, de sa personne, sur le fondement du droit au respect de la liberté psychique et de la liberté corporelle, « support de toutes les autres libertés. Il s'agit de respecter l'autonomie de la personne et son droit à l'autodétermination, en vertu desquels il appartient à chaque être humain de prendre les décisions qui l'affecteront »⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ C. pén., art. 432-8.

⁶⁶⁵ Par ex., perquisition effectuée par le juge d'instruction, CPP, art. 81, al. 1^{er} et art. 94 ; perquisitions et visites domiciliaires en cas de flagrance, art. 59, al. 1^{er} ; perquisitions et visites domiciliaires en matière d'enquête préliminaire, art. 76, al. 1^{er} ; exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt, art. 134 ; pour d'autres cas, v. : MATSOPOULOU H., « Atteintes à l'inviolabilité du domicile par des personnes exerçant une fonction publique », JC., C. Pén., art. 432-8, n° 50 et s.

⁶⁶⁶ Le titre est emprunté à : LEPAGE A., « Droits de la personnalité », RDC, *Préc.*

⁶⁶⁷ MOLINARI P.A., La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique, Études offertes à J.-M. Auby, éd. Dalloz, 1992, p. 771, spéc. 780. p. 778, *in* DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

435. Ces décisions entrent sous le couvert de la vie privée, qui grâce au secret, permet de défendre la liberté individuelle - sans pour autant y être assimilé. En d'autres termes, le respect de la vie privée n'est plus uniquement assimilable au respect - grâce aux éléments de la vie privée - de certaines données couvertes par la vie privée - domicile, santé, sexualité, loisirs... - desquelles les tiers peuvent être sciemment et personnellement écartés. Plus encore, ce respect sous-entend désormais l'affermissement de la volonté individuelle, et fait du secret une condition de l'autonomie. Est dès lors enjambé « le chemin qui sépare le « droit d'être laissé seul » au droit à l'autodétermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance) »⁶⁶⁸. L'individu est désireux d'être maître de lui-même : « Je suis le maître de mon destin, le capitaine de mon âme » disait William Ernest Henley⁶⁶⁹. La vie privée - et à plus forte raison le droit au respect de la vie privée - lui permet de briguer son autodétermination et sa liberté individuelle. Cette conception est à rapprocher de certains desseins étrangers, où la *privacy* est intimement attachée à l'individualité, et emporte avec elle l'idée d'une certaine autonomie⁶⁷⁰. Aussi le droit de la personnalité est-il assimilé en Allemagne à un droit à l'autodétermination⁶⁷¹.

436. Le droit au respect de la vie privée, tel que déterminé par le droit civil, sous-entend le droit de s'opposer à toute immixtion au sein de sa sphère privée, et celui d'affronter les divulgations relatives à des faits ou données privées. Une conception élargie de la protection proposée par l'article 9 du Code civil met en lumière un droit à l'autodétermination, physique et morale, rendu possible par le secret, permettant à l'individu de prendre des choix personnels. Force est de constater que le droit civil ne fait pas mention du caractère dichotomique de la vie privée, relatif à la teneur physique et morale de la notion ; le droit pénal n'est pas plus explicite sur ce point.

⁶⁶⁸ MEULDERS-KLEIN M.-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », RIDC 1992-4/767, p. 771.

⁶⁶⁹ HENLEY W. E., *Invictus*. Le titre latin signifie « invaincu, dont on ne triomphe pas, invincible » et se fonde sur la propre expérience de l'auteur puisque ce poème fut écrit en 1875 sur son lit d'hôpital, à la suite de son amputation du pied. Lorsque le texte est écrit, William Henley a vingt-cinq ans. Il survivra à son opération et vivra avec un seul pied jusqu'à l'âge de cinquante-trois ans. Ce poème est publié pour la première fois en 1888 dans un recueil d'Henley, au sein d'une série de quatre textes sur la vie et la mort. À l'origine, ce poème ne possédait pas de titre, celui-ci fut ajouté par Arthur Quiller-Couch en 1900.

⁶⁷⁰ RIGAUX F., « L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine », RIDC 1980. 701.

⁶⁷¹ C'est du moins la position du tribunal constitutionnel fédéral allemand ; v. en ce sens : RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *Op. cit.*, p. 541.

B. La protection de la vie privée par le droit pénal

437. Le droit pénal interne comporte depuis longtemps des infractions qui ont en partie pour fin de protéger la vie privée contre des atteintes d'une gravité particulière. Malgré les prémices de protection apparus relativement tôt, c'est finalement l'article 23 de la loi n° 70-643, datée du 17 juillet 1970, qui consacrera de manière expresse le droit au respect de la vie privée sous l'angle pénal. Cet article crée les articles 368 à 372 de l'ancien Code pénal ; ces dispositions sont désormais reprises aux articles 226-1 et suivants du Code pénal en vigueur. Est depuis 1970 puni le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de volontairement porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, ou en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé⁶⁷².

438. Comme en matière civile, il sera nécessaire de souligner que l'hypothèse de la personne se trouvant dans un lieu public n'est pas abordée, comme si le fait de se trouver dans un tel espace sous-entendait un accord implicite à voir sa vie privée dévoilée. Une telle omission semble à nouveau paradoxale lorsque l'on sait que le lieu joue un rôle majeur sur la constatation de l'atteinte au droit au respect de la vie privée. Certains exemples permettent de cerner l'ampleur de la protection pénale.

439. La protection prévue par le législateur a été interprétée par la jurisprudence afin d'assurer une protection qui se veut complète ; celle-ci s'efforce, à nouveau de viser les immixtions - ou investigations, qui visent principalement le domicile - et les divulgations de faits ou de données couverts par la vie privée, matérialisées en droit pénal par la diffamation.

⁶⁷² C. pén., art. 226-1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 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 ».

440. Protection contre les immixtions : exemple du domicile. L'inviolabilité du domicile est proclamée par la Constitution de 1791, par celles de l'an III, de l'an VIII et de 1848, avant de ne plus être mentionnée par les suivantes. En revanche, la violation du domicile est encore à l'heure actuelle un délit qui protège, par extension, la vie privée. Le Conseil constitutionnel a élevé son inviolabilité au rang de principe constitutionnel⁶⁷³, et a même étendu la protection du domicile, au sens de l'article 102 du Code civil⁶⁷⁴ - à savoir le principal établissement d'une personne - à tous les lieux privés⁶⁷⁵.

441. Ce qui a trait au domicile relève donc de la vie privée. Sur ce point, le droit pénal et le droit civil assurent une protection complémentaire. Le délit de violation de domicile commis par un particulier constitue une infraction d'atteinte à la vie privée⁶⁷⁶. En droit civil, il n'existe pas de texte propre à la protection du domicile envisagé comme réceptacle naturel de la vie privée. Le domicile auquel se réfère l'article 102 du Code civil est sans lien apparent avec la protection de la vie privée. Cette protection est par conséquent assurée sur le fondement de l'article 9 du Code civil.

442. La notion de « domicile » a fait l'objet d'une interprétation extensive de la jurisprudence. Elle a donné au mot, dans l'article 432-8 du Code pénal⁶⁷⁷, un sens plus large que dans l'article 102 du Code civil. Elle entend par domicile, pénalement, non seulement, et conformément à la définition du Code civil, le principal établissement d'une personne, mais, d'une manière générale, le lieu où une personne a le droit de se dire chez elle, quelle que soit l'affectation de ce lieu et quel que soit le titre juridique de son occupation⁶⁷⁸. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle l'habite⁶⁷⁹. Peu importe aussi la nature de ce lieu, immeuble ou meubles tels que caravanes, roulottes, tentes de camping ; peu importe aussi l'affectation du lieu, résidence principale, secondaire, ou exercice d'une

⁶⁷³ Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, J.O. 30 décembre 1983, p. 3873.

⁶⁷⁴ C. civ., article 102 : « Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. (...) »

⁶⁷⁵ P. KAYSER, « Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », *Mélanges Pierre Raynaud*, p. 340, n° 8.

⁶⁷⁶ C. pén., art. 226-4 et 432-8.

⁶⁷⁷ C. pén., article 432-8 : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

⁶⁷⁸ Crim., 4 janvier 1977, Bull. crim., n° 6, p. 17.

⁶⁷⁹ Crim., 13 octobre 1982, Bull. crim., n° 218, p. 597.

profession ; peu importe enfin le titre juridique de l'occupant, propriété, bail à usage d'habitation, bail à usage professionnel, location vide ou meublée, contrat hôtelier, convention d'occupation temporaire. Il existe donc une convergence entre l'interprétation par la Chambre criminelle de la notion de domicile dans l'article 432-8 du Code pénal, et l'extension par le Conseil constitutionnel de l'inviolabilité du domicile à tous les lieux privés⁶⁸⁰.

443. Positivement, la vie privée recouvre donc déjà le domicile, d'ailleurs défini de manière compréhensive, puisqu'il a notamment été employé, bien au-delà de la définition qu'en donne le Code civil, au sujet d'automobiles⁶⁸¹, ou de navires⁶⁸². En outre, à l'inviolabilité du domicile s'ajoute la liberté de choisir son domicile, que l'on peut croiser dans la décision relative au régime de circulation des gens du voyage, où l'obligation de rattachement à une commune pour les personnes n'ayant pas de résidence fixe depuis plus de six mois était contestée⁶⁸³.

444. Les divers aspects des immixtions dans la vie privée démontrent que « l'espace de la vie privée est (...) ressenti comme un espace avant tout immatériel »⁶⁸⁴. Mais la vie privée peut aussi correspondre aussi à un écrin physique, un lieu où chacun peut être abrité des tiers. C'est pourquoi le droit civil⁶⁸⁵ et le droit pénal⁶⁸⁶ ont mis un point d'honneur à faire de l'immixtion sans consentement préalable dans le domicile une véritable atteinte à la vie privée. Le contrôle de l'abord du domicile témoigne d'un double objectif, matérialisé par la sauvegarde physique de l'intéressé - notamment en droit pénal - et la défense contre les agissements des tiers qui, en s'engageant sans y avoir été invités au sein du domicile, accèdent dans ce que certains considèrent comme étant le noyau dur de la vie privée, lieu de développement et d'expression immatérielle de la personnalité. La dichotomie relative à la vie privée, matérialisée par l'aspect physique et moral, matériel et immatériel de la notion, trouve un écho au sein de la doctrine et, parfois, de la jurisprudence. Mais elle reste, fût-ce en droit civil et pénal, absente des dispositions législatives.

⁶⁸⁰ Sur la protection par le Conseil constitutionnel de la vie privée, v. 2°§ de la présente section.

⁶⁸¹ Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC ; Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 14 et s.

⁶⁸² Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC.

⁶⁸³ Cons. const., 5 oct. 2012, n° 2012279 QPC, cons. 27, in MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Op. cit.*

⁶⁸⁴ GUTMANN D., « Le sentiment d'identité », *Op. cit.*

⁶⁸⁵ De manière indirecte : C. civ., art. 9.

⁶⁸⁶ De manière directe : C. pén., art. 226-4.

445. Protection contre les immixtions : spécificité de la chambre. « Écoutez, ce n'est peut-être pas le sujet, ou pas ce que vous voulez entendre, mais ça fait trop longtemps que j'y pense, j'en suis malade, ça m'obsède. C'est la manière dont vous entrez dans ma chambre. La plupart d'entre vous, vous frappez quand même à la porte, mais vous entrez en même temps. À chaque fois, je sursaute. À chaque fois, ça me surprend, ou ça me réveille, et me fait peur. Et puis, si j'étais en train de faire quelque chose qui ne vous regarde pas ? Maintenant, je m'en suis bien rendu compte, j'y pense tellement, ça m'obsède cette histoire, maintenant, je le vois bien, je ne fais plus rien sans cette menace »⁶⁸⁷.

446. « Seul ou en couple, l'adulte dont l'autonomie est symbolisée par le logement où il a élu domicile, considère sa chambre comme l'endroit où il peut être lui-même, sans autre témoin que ceux qu'il a choisis. Le reste de la maison peut être dévolu à la vie familiale et sociale, voire à la vie professionnelle ; seule la chambre a ce caractère privé qui en fait un espace presque secret »⁶⁸⁸. La chambre est une pièce intime et complexe ; il est ardu de l'évoquer et de la raconter : « Les valeurs d'intimité sont si absorbantes que le lecteur ne lit plus votre chambre : il revoit la sienne »⁶⁸⁹.

447. Quelle que soit l'acception personnelle du reste de l'espace, la chambre du patient - ainsi que l'éventuelle salle de bains privative - doit regrouper en un lieu unique la réalisation de plusieurs situations : dormir, s'habiller, se laver, ranger ses effets personnels, manger, recevoir des soins, accueillir des visiteurs ou flâner. En comparaison avec la chambre du domicile, son essence restrictive et fonctionnelle prend le pas sur son abord intime. En effet, un espace intime ne saurait être rattaché au fait de regrouper toutes ses activités au sein d'une même pièce, sans que la possibilité ne soit laissée de s'abriter dans une autre sphère, au sein de laquelle quiconque ne peut entrer.

448. C'est en ce sens que la chambre du patient bascule invariablement entre divers états antinomiques : celui d'un « équivalent-logement »⁶⁹⁰ au sein duquel certaines libertés sont garanties⁶⁹¹, celui d'un espace où évoluent les professionnels de santé, et celui de l'espace

⁶⁸⁷ PÉLISSIER J., « Intimités », *Op. cit.*

⁶⁸⁸ EYNARD C., « La chambre comme espace d'intimité », *Gérontologie et société* 2007/3 (n° 122), p. 85-89. DOI 10.3917/gs.122.0085.

⁶⁸⁹ BACHELARD G., *La poétique de l'espace*, Presses Universitaires de France. 1984.

⁶⁹⁰ V. en ce sens : EYNARD C., « La chambre comme espace d'intimité », *Op. cit.*

⁶⁹¹ On pense notamment à la possibilité de fumer au sein de la chambre.

institutionnel, dont l’empreinte reste habituellement visible⁶⁹². Cette affirmation témoigne de l’impossibilité pour le patient de se retirer solitairement dans une pièce, d’y faire l’expérience d’épisodes intimes. La chambre n’est jamais inviolable, de sorte qu’il est bien abstrus pour le patient de déterminer ce qu’il souhaite donner à voir et ce qu’il désire éclipser aux yeux des tiers, quels qu’ils soient.

449. Dès lors, la mention de l’article 432-8 du Code pénal, relatif pour rappel à l’introduction dans le domicile d’autrui, peut intéresser le présent travail, dans la mesure où il est envisageable d’imaginer son application aux professionnels de santé. Ces derniers peuvent œuvrer au sein d’un établissement de santé assurant une mission de service public⁶⁹³, voire assurer eux-mêmes cette mission⁶⁹⁴. À l’occasion de l’exercice de cette mission - pour reprendre les termes de l’article 432-8 du Code pénal - le professionnel peut s’introduire dans la chambre de son patient, qui est considérée, par une jurisprudence constante, comme son domicile⁶⁹⁵. L’infraction semble donc caractérisée, et la poursuite pénale pourrait avoir lieu, si l’objectif de la relation de soin et le consentement du patient n’empêchaient pas l’application des réparations et sanctions prévues par le droit commun.

450. En outre est-il opportun de mentionner l’article 226-4 du Code pénal⁶⁹⁶, dont l’infraction qu’il met en exergue nécessite, pour être caractérisée : « l’introduction ou le maintien dans le domicile d’autrui à l’aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes ». Ce texte ne semble pas s’appliquer à l’autorité exerçant une mission de service public, et vise dès lors une assistance plus large. Dans ces conditions, toute

⁶⁹² Choix des couleurs et des revêtements, liste plus ou moins longue d’interdictions diverses, intrusion des responsables et des professionnels en l’absence de la personne qui l’occupe.

⁶⁹³ CSP, art. L. 6112-1.

⁶⁹⁴ CSP, art. L. 6112-2.

⁶⁹⁵ V. en ce sens : CA Paris, 11^{ème} ch. corr., 17 mars 1986, JurisData n° 1986-022063 : « Une chambre d’hôpital occupée par un malade constitue pour lui au sens de l’article 184 du Code pénal (actuel article 226-4 du Code pénal), un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu’il occupe à titre temporaire mais certain et privatif et où, à partir du moment où cette chambre lui est affectée et pour tout le temps que dure cette affectation, il a le droit, sous la seule réserve des nécessités du service, de se dire chez lui et notamment d’être défendu contre la curiosité publique ; (...) Considérant que pour s’introduire dans la chambre de [la victime] qui était fermée à clé, [les prévenus] ont utilisé des blouses d’infirmiers (...) et le passe-partout dérobé [par l’un d’entre eux] et qu’ils se sont ainsi livrés aux manœuvres visées par l’article 184 du Code pénal ».

⁶⁹⁶ C. pén., art. 226-4 : « L’introduction dans le domicile d’autrui à l’aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende.

Le maintien dans le domicile d’autrui à la suite de l’introduction mentionnée au premier alinéa, hors les cas où la loi le permet, est puni des mêmes peines ».

introduction dans la chambre d'un patient n'est pas, sur le fondement de l'article 226-4, constitutive de l'infraction de violation du domicile. Est-ce à dire que l'atteinte à la vie privée n'est pas caractérisée lorsque le professionnel de santé entre irrespectueusement ou imprévisiblement dans la chambre ? Rien n'est moins sûr⁶⁹⁷.

451. L'objectif reste ici de cerner le fait que la relation de soin - et les acteurs qui y participent - atteint de manière indubitable la vie privée du patient, et que la protection qui doit répondre à cette atteinte se doit d'être circonstanciée (*v. infra*), dans la mesure où ladite relation semble posséder de nombreuses caractéristiques de l'atteinte au droit au respect de la vie privée tel qu'il est prévu par les dispositions générales. En tout état de cause, le lieu semble jouer, en matière pénale comme civile, un rôle prépondérant dans la réalisation de l'atteinte mentionnée.

452. *Influence du lieu public sur la protection pénale.* La problématique a déjà été abordée⁶⁹⁸, mais rappelons que le lieu public n'écarte pas nécessairement la vie privée⁶⁹⁹, de sorte que la différence entre lieu privé et lieu public ne concorde pas avec celle qui existe entre vie privée et vie publique. Agnès Lepage nous indique qu'un certain égarement à ce propos proviendrait d'une interprétation des textes de droit pénal, qui subordonnent l'incrimination d'atteinte à l'intimité de la vie privée à la fixation non autorisée de l'image d'une personne⁷⁰⁰ « dans un lieu privé ».

453. Cette précision ne doit pas être captée comme un élément d'interprétation de la notion de « vie privée ». Il s'agit de refuser de croire que celle-ci peut être définie par référence à l'espace, en assurant fallacieusement « que le contenu-vie privée coïnciderait avec le contenant-lieu privé⁷⁰¹ ». Les deux notions sont profondément dissociables. Le lieu privé n'est pas conditionné par la vie privée, et se définit, selon la jurisprudence, comme « l'endroit n'étant ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe, par opposition à un lieu accessible à tous »⁷⁰².

⁶⁹⁷ V. en ce sens : THIERRY J.-B., « Intimité et vie privée de la personne en institution », in VIALLA F., dir., *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, *Op. cit.*, p. 255.

⁶⁹⁸ V. A. du présent paragraphe, ainsi que Partie I., Titre I., Chapitre I., Section II., 1°§., A., 1.

⁶⁹⁹ TGI Paris, 2 juin 1976, 2^{ème} esp., note R. Lindon.

⁷⁰⁰ C. pén., article 226-1.

⁷⁰¹ LEPAGE A., « Droits de la personnalité », RDC, sept. 2009, 1°§ Sphère de la vie privée.

⁷⁰² Crim. 28 nov. 2006, CCE 2007. Comm. 45 ; V. aussi Besançon, 5 janv. 1978, D. 1978. 357 ; Crim. 16 janv. 1990, n° 89-83.075, Bull. crim. n° 25

454. Dès lors, si le lieu privé est souvent le théâtre de la vie privée - c'est le cas du domicile -, il peut aussi, tel un bureau, être l'endroit où se déroule la vie professionnelle. Inversement, la vie privée peut se dérouler dans un lieu public. Si le droit pénal n'incrimine, à l'article 226-1 du Code pénal, que l'atteinte à l'intimité de la vie privée commise par la fixation de l'image d'une personne dans un lieu privé, c'est parce que le droit pénal joue ici son rôle de sélection des actes les plus graves érigés en infractions. Il est en effet moins grave de porter atteinte à la vie privée d'une personne lorsqu'elle se trouve dans un lieu public que lorsqu'elle est dans un lieu privé, car dans ce dernier, elle est en mesure de s'estimer raisonnablement à l'abri de l'indiscrétion des tiers.

455. Aussi le droit pénal réserve-t-il ses sanctions à l'atteinte la plus grave, précisément à l'atteinte à la vie privée commise par l'entremise de l'image de la personne se trouvant dans un lieu privé⁷⁰³. Si la fixation non autorisée de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu public ne suffit donc pas à caractériser l'atteinte à l'intimité de la vie privée incriminée à l'article 226-1 du Code pénal, il se peut qu'elle n'en constitue pas moins une atteinte à la vie privée ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 9 du Code civil. Seul le droit et les juridictions civils attestent dès lors du fait que la vie privée peut parfaitement se dérouler dans un lieu public⁷⁰⁴, et rappellent *a fortiori* que le contenu juridique de la vie privée ne peut être défini, « jurisprudentiellement » parlant, en se référant au seul lieu au sein duquel l'atteinte est commise.

456. À ce sujet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a souligné, au sein d'un fameux arrêt de principe, que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au

⁷⁰³ C. pén., art. 226-1, 2°.

⁷⁰⁴ Par ex. : Civ. 2ème, 10 mars 2004, RJPf 2004. 13 : dans cette affaire où un footballeur et un mannequin ont été photographiés alors qu'ils assistaient à un tournoi de tennis, la Cour de cassation a considéré que « les photographies de M. X... et de Mme Y..., prises au tournoi de tennis de Monte-Carlo, à l'insu des intéressés avec un cadrage les isolant du public environnant, ont été publiées et divulguées sans leur autorisation, sans que la société Hachette Filipacchi associés puisse se prévaloir du caractère public du lieu où les photos ont été prises pour invoquer une renonciation quelconque de M. X... à ses droits ; que la vie sentimentale et affective comme les amours et l'état de grossesse, même apparent, de Mme Y..., fussent-ils accompagnés de gestes visibles du public en des lieux particulièrement fréquentés par des personnes jouissant d'une notoriété momentanée, ou circonstancielle, qu'il appartient à chacun de gérer à sa guise et selon des conditions préalablement discutées avec tout support médiatique désireux de répondre à la curiosité réelle ou suscitée du public, constituaient une atteinte due au respect de sa vie privée » ; V. aussi Civ. 2ème, 18 mars 2004, n° 02-12.981, LégiPresse 2004, III, p. 89 : « Les photographies illustrant l'article, si elles ont été prises lors d'une manifestation publique, ont été réalisées au téléobjectif, à l'insu des personnes concernées, et sont accompagnées de légendes relatives à leur vie privée » ; TGI Nanterre, 20 déc. 2000, LégiPresse 2001, I, p. 30 : « Le fait que l'église puisse être considérée comme un lieu public n'ôte pas à la cérémonie nuptiale son caractère privé ».

respect de l'intimité de sa vie privée »⁷⁰⁵. La conclusion est diaphane : analyser le droit au respect de la vie privée - au même titre que la vie privée elle-même finalement - au vu de l'espace géographique est inadéquat. D'une part, « le Nouveau Code pénal (...) considère qu'un lieu public par nature peut devenir un lieu privé par l'utilisation qui en est faite »⁷⁰⁶ - il en va de même de la jurisprudence⁷⁰⁷. En outre, pour affubler une conversation d'un caractère privé ou public, la doctrine recommande de déchiffrer « le comportement psychologique subjectif » des individus prenant part à ladite conversation, précision faite que ce comportement est indépendant du lieu d'où ils s'expriment⁷⁰⁸. La cour d'appel de Paris affirme enfin que « la vie privée des particuliers ne se réduit pas à l'intimité du foyer et aux seules activités poursuivies dans un lieu privé, mais peut aussi bien se dérouler dans des endroits publics, la notion de vie privée recouvrant les activités étrangères à la vie publique qui sont poursuivies aussi bien dans un lieu public que dans un lieu privé »⁷⁰⁹. Il est par conséquent inopportun de penser définir la protection prévue par le droit au respect de la vie privée par référence au lieu dans lequel une situation prend place ; mais il est au surplus inconcevable que ce lieu ait un dessein quelconque dans l'éventuel infléchissement dépréciatif de ce droit.

457. Protection pénale contre la divulgation : exemples de la diffamation et du droit de réponse. Lorsque certains éléments privés sont dévoilés à propos d'un individu - par voie journalistique par exemple - et que ce dernier estime qu'ils ne sont pas réels, et qu'ils portent atteinte à son honneur, alors ce dernier peut porter plainte pour diffamation, qui reste une infraction de presse⁷¹⁰. Parallèlement à toute action contentieuse, et sans que les propos controversés ne soient assimilables à une faute, il reste également envisageable de déployer un droit de réponse⁷¹¹, qui permet à l'individu de répondre aux éléments qu'il

⁷⁰⁵ Cass. soc., 2 oct. 2001, Nikon, Droit social, 2001, p. 920, obs. Ray J.-E.

⁷⁰⁶ FAROUZ F., *Les atteintes à l'intimité de la vie privée et le nouveau Code pénal*, mémoire de DEA de droit pénal et sciences criminelles, Université Paul Cézanne, 1994, p. 19.

⁷⁰⁷ Il est possible, parfois, de différencier, au sein d'un lieu public, un lieu particulier (toilettes, cabines d'essayage) devenant un lieu privé ; V. en ce sens : CA Besançon, 5 janvier 1978.

⁷⁰⁸ FAROUZ F., *Les atteintes à l'intimité de la vie privée et le nouveau Code pénal*, Op. cit. p. 20.

⁷⁰⁹ CA Paris, 27 février 1981, D., 81.457, note Lindon (Affaire Adjani).

⁷¹⁰ L. 29 juil. 1881 sur la liberté de la presse, art. 29 et s. ; il faut néanmoins préciser, afin d'éviter une confusion qui est souvent faite, que la diffamation ne suppose pas, pour sa constitution, que les faits imputés à autrui soient faux : le caractère erroné ou exact de l'imputation diffamatoire n'entre le cas échéant en ligne de compte qu'au plan de la justification de l'infraction, dans les conditions de l'art. 35 de la loi du 29 juil. 1881.

⁷¹¹ L. 29 juil. 1881, *Ibid.*, art. 13, pour la presse écrite.

estime attentatoires à son honneur. Le droit de réponse n'est donc pas incompatible avec l'action contentieuse si les propos possèdent un caractère diffamatoire.

458. Dans la mesure où les investigations dans la vie privée sont souvent suivies de divulgations, ces dernières peuvent elles-mêmes constituer des infractions pénales. De ce point de vue, la plupart des divulgations de la vie privée constituent le délit de diffamation consacré par les articles 29, alinéa 1 et 32 de la loi du 29 juillet 1881. Il suffit, pour qu'elles constituent ce délit, qu'elles consistent, suivant les termes de l'article 29, alinéa 1, dans l'« allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne (...) à laquelle le fait est imputé (...) », et qu'elles aient été réalisées par l'un des moyens énoncés par l'article 23 de la loi, c'est-à-dire des paroles prononcées publiquement ou la publication d'écrits. Il importe de constater que la fausseté des propos n'est pas mentionnée.

459. La protection du droit au respect de la vie privée prévue à l'article 226-1 du Code pénal est néanmoins à différencier de la diffamation. S'il vise expressément la divulgation, à travers le participe présent « transmettant » relatif à la communication d'éléments audio ou images sans le consentement de l'intéressé, l'atteinte à l'honneur ou à la considération, qui caractérisent la diffamation, n'est pour sa part pas visée. Cette dernière vient s'adjoindre à la protection de l'article 226-1 du Code pénal en cas de révélation présentant certaines caractéristiques.

460. Il peut être une nouvelle fois question de définir si le professionnel de santé peut être accusé de diffamation, au regard du fait que dans le cadre de ses fonctions, celui-ci peut alléguer des faits qui, de par leur nature tout à fait particulière, peuvent porter atteinte à la considération de la personne. La réponse ne sera pas aisée, et ne pourra satisfaire tous les points de vue. En effet, les notions d'« honneur » et de « considération », de par leur subjectivité, ne peuvent unanimement justifier que l'on considère l'annonce d'un diagnostic comme une atteinte à l'honneur ou à la considération. Mais la relation de soin ne se limitant pas au diagnostic, il faut également prendre en compte une de ses principales caractéristiques, qui tient au fait qu'elle sous-entend le toucher, et bien souvent la nudité (*v. infra sur ce point*). Or, lorsque certains verront en cela une étape nécessaire sur le chemin de la guérison et du mieux-être, d'autres considéreront l'atteinte à leur honneur caractérisée.

461. Comment dès lors distinguer les pratiques qui peuvent exister au sein de la relation de soin et la diffamation ? La solution semble toute tracée ; elle trouve sa justification dans le fait que la diffamation ne concerne que des propos oraux ou écrits, ce qui exclut *de facto* l'hypothétique atteinte à l'honneur via toucher et nudité. En outre ces propos doivent-ils être tenus publiquement, alors même que la prend corps au sein d'un colloque singulier, de nature privée, qui réunit des professionnels de santé autorisés, sous condition, à échanger lesdits propos⁷¹². Il convient de souligner, à nouveau, que la relation de soin présente dans sa réalisation de nombreux signes distinctifs qui tendent à l'assimiler de manière systématique à une atteinte à la vie privée - du moins telle qu'elle est protégée par le droit commun. Ce constat pose nécessairement la problématique de la justification d'une telle atteinte.

462. Précisons enfin que si l'activité du professionnel de santé ne peut être assimilable à de la diffamation - bien qu'il ne soit pas impossible qu'il en soit accusé - elle n'entre pas non plus, *de facto*, sous la coupe de l'article 226-1 du Code pénal⁷¹³, dans la mesure où la relation de soin sous-entend, globalement, le consentement. C'est pourquoi la protection prévue par le droit pénal est moins applicable à la relation de soin que peut l'être l'écran prévu par le Code pénal.

463. Deux protections voient le jour au sein du droit commun au respect de la vie privée : le droit civil proclame pour sa part un droit indéfini et général à la vie privée, lorsque le droit pénal prévoit une peine précise, sans prendre le soin de consacrer de droit générique au respect de la vie privée. La dualité des protections trouvera un premier écho commun et réunificateur à travers de la notion d' « intimité de la vie privée », qui laissera néanmoins transparaître *in fine* une protection à deux vitesses (2°§.).

⁷¹² Sous conditions, v. *infra*.

⁷¹³ Comme en matière de diffamation, il n'est pas impossible que le comportement ou les actes du professionnel de santé donne lieu à une sanction sur le fondement de l'article 226-1 du Code pénal. Nous parlons d'un cas théorique où le praticien agit dans le respect de la déontologie, de telle sorte qu'il ne peut être inquiété à ce propos.

2°§. Une protection hiérarchisée et faussement réunifiée autour de la notion d' « intimité »

464. Présentées comme duales, la réunification des protections civile et pénale trouve illustration en la notion d' « intimité de la vie privée », qu'elles citent respectivement⁷¹⁴. Cet apparent caractère unitaire cache en réalité une sauvegarde à deux vitesses, qui met en échec la tentative unificatrice (A.). Cette union pourra finalement trouver un écho dans la consécration constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, qui transcende la segmentation opérée par les encadrements civil et pénal (B.).

A. L' « intimité de la vie privée », socle commun apparent aux protections civile et pénale

465. *L'intimité de la vie privée.* La doctrine assimile habituellement la vie privée à l'intimité de l'individu, qui est en réalité un élément de la vie privée, et non un synonyme. Comme évoqué précédemment, l'intimité fait partie intégrante de la vie privée, et permet sa réalisation ; elle n'y est pourtant pas assimilable. Le philosophe Pierre-André Lalande précise qu'« *intimus* est le superlatif dont *interior* est le comparatif. L'idée générale est donc : ce qui est le plus intérieur aux différents sens de ce mot. 1) Intérieur au sens où ce mot s'oppose à public, extérieur, manifesté. Est intime ce qui est fermé, inaccessible à la foule, ce qui est individuel, connu du sujet seul, soit accidentellement, soit essentiellement et par nature. (...) 2) Intérieur au sens où ce mot s'oppose à superficiel ; profond, qui tient à l'essence de l'être dont il s'agit ; qui en pénètre toutes les parties »⁷¹⁵. Le philosophe détaille son raisonnement en ajoutant que la seconde portée du terme ne fait pas fatalement écho au secret ; c'est par exemple le cas d'une « personnalité profonde qui développe ce qu'elle a de plus intime, ce qui la constitue le plus essentiellement, par le fait de se communiquer à plusieurs esprits et de s'élargir à son tour par leurs actions »⁷¹⁶.

⁷¹⁴ C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ».

C. pén., art. 226-1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ».

⁷¹⁵ Les deux significations du mot « intime » sont donc « caché » et « profond ». La première signification renvoie sans équivoque à la logique du secret.

⁷¹⁶ LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2002, pp. 533-535.

466. La notion d'« intimité de la vie privée » doit être considérée, dans notre droit, comme une innovation de la loi du 17 juillet 1970, qui la consacre à la fois dans ses dispositions civiles, article 22, et pénales, article 23. Dans les premières, elle subordonne le pouvoir des juges, en particulier du juge des référés, de prescrire une mesure limitative de la liberté d'expression au constat d'une telle atteinte⁷¹⁷. Dans les secondes, elle subordonne également à une telle atteinte la réalisation de l'infraction de l'article 226-1 du Code pénal⁷¹⁸. Il s'agit donc de la même notion, identifiable à deux reprises, qui brille une nouvelle fois par son absence de définition. Il reste possible au demeurant d'en dresser les contours.

467. L'atteinte à l'intimité de la vie privée implique tout d'abord une atteinte au droit au respect de la vie privée consacré par l'article 9, alinéa 1 du Code civil. Elle implique d'autre part que cette atteinte soit portée, non à un élément quelconque de la vie privée, mais à sa partie intime, celle-ci étant en quelque sorte le noyau dur de la vie privée⁷¹⁹, un cercle plus petit inscrit dans celui de la vie privée. Cette précision - l'« intimité » - revêt une importance capitale⁷²⁰. En effet, en matière civile, au-delà de la réparation du dommage subi du fait de l'atteinte à la vie privée, l'intervention du juge visant à faire cesser le préjudice ne pourra avoir lieu qu'en cas d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Démontrer une atteinte à la vie privée donnera ainsi lieu à réparation, lorsque rapporter la preuve d'une atteinte à l'intimité de la vie privée conduira au surplus le juge à user de son pouvoir pour la faire cesser. En matière pénale, si une atteinte au droit au respect de la vie privée est nécessaire pour qu'existe l'infraction de l'article 226-1, elle n'est pas suffisante : il faut que l'atteinte soit portée à l'intimité de la vie privée.

⁷¹⁷ C. civ., art. 9, al. 2.

⁷¹⁸ C. pén. (ancien), article 368, C., pén. en vig., art. 226-1 : « Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2.000 à 60.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° En écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci ;

2° En fixant ou transmettant, au moyen d'un appareil quelconque, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans le consentement de celle-ci.

Lorsque les actes énoncés au présent article auront été accomplis au cours d'une réunion au vu et au su de ses participants, le consentement de ceux-ci sera présumé. »

⁷¹⁹ Déf. « Intime », dict. Littré : ce qui est le plus au dedans et le plus essentiel, ce qu'il y a de plus profond dans une chose.

⁷²⁰ V. en ce sens : Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2ème éd., 1990, p. 277-280.

468. Il a été *a contrario* considéré que l'atteinte à l'intimité de la vie privée n'est pas un élément distinct de l'infraction de l'article 226-1 du Code pénal : cet élément existerait dès lors par le seul fait qu'une atteinte au respect de la vie privée d'une personne soit caractérisée. La vie privée deviendrait ainsi unique, indivisible et insécable ; l'intimité y serait directement adjointe. C'est en ce sens que la Commission des lois de l'Assemblée nationale avait proposé de substituer à l' « atteinte à l'intimité de la vie privée » prévue par le projet l' « atteinte au respect de la vie privée »⁷²¹. Le terme d' « atteinte à l'intimité de la vie privée » avait néanmoins été rétabli, à la demande du Garde des Sceaux, par l'Assemblée nationale⁷²².

469. Dès lors, l'esprit de la loi du 17 juillet 1970 semble trouver illustration dans la séparation assumée des notions de « vie privée » et d' « intimité de la vie privée » ; c'est du moins ce qu'il est possible d'affirmer à la lecture des conclusions du rapport de MM. Bellegou et Molle au nom de la Commission des lois du Sénat : « S'il convenait que la formulation proprement dite du droit [au respect de la vie privée] se réfère à la seule notion de vie privée, en revanche, il importait de limiter l'intervention des mesures de saisie ou de séquestre, ainsi que la constatation des infractions, aux seules atteintes à l'intimité de la vie privée »⁷²³. Il semble admis dès lors qu'il ne peut y avoir constatation des infractions pénales et intervention du juge civil visant à faire cesser l'atteinte uniquement s'il est démontré que c'est bien l'intimité de la vie privée qui a été atteinte.

470. *Silence législatif et définition jurisprudentielle.* L'atteinte à l' « intimité de la vie privée » semble donc être un élément conditionnant non seulement la réalisation de l'infraction prévue à l'article 226-1 du Code pénal, mais également l'intervention du juge civil afin de faire cesser l'atteinte au droit au respect de la vie privée. Pour autant, les articles concernés se gardent de tracer les contours de la notion. Cette dernière peut néanmoins être interprétée au regard de la jurisprudence qui se prononce sur le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article 9 du Code civil. Le juge tend à assimiler cette notion à celle d'« immixtion intolérable dans la vie privée », dont l'existence justifie selon elle l'intervention du juge des référés. Cette immixtion trouve une illustration dans les divulgations de la vie privée particulièrement graves, spécialement par leur objet relatif à ce qu'il y a de plus secret - intime - dans la vie privée : une liaison extraconjugale et sa

⁷²¹ AN, Première session ordinaire de 1969-1970, n° 1147, p. 11, amendement n° 71 et p. 39.

⁷²² AN, Débats, 1^{ère} séance du 28 mai 1970, J.O., 29 mai, p. 2072 et 2073.

⁷²³ Sénat, Seconde session ordinaire de 1969-1970, n° 282, p. 80.

rupture⁷²⁴, l'annonce du nouveau mariage d'une femme mariée⁷²⁵, la publication de la photographie d'une personne - fut-elle publique - sur son lit de mort⁷²⁶, et, pour le sujet qui nous intéresse, la révélation d'une intervention chirurgicale, parce qu'elle affecte « l'intimité corporelle, et appartient donc à la sphère la plus étroite de la vie privée »⁷²⁷.

471. Le Conseil constitutionnel précise la notion en l'invoquant par exemple pour garantir aux partenaires d'un PACS que la publicité de leur situation de couple soit bordée, et ne divulgue pas leur préférence sexuelle⁷²⁸. L'intimité de la vie privée confirme également l'anonymat de la mère ayant accouché sous X⁷²⁹, ou « permet le contrôle des mesures conditionnant l'acquisition de la nationalité française par le conjoint d'un français à l'épanchement d'une année de mariage sans rupture de la communauté de vie »⁷³⁰. L'intimité de la vie privée est ainsi rattachée, selon le Conseil constitutionnel, aux représentations des relations de couple, de filiation ou sexuelles⁷³¹.

472. La jurisprudence nous indique, à divers niveaux, de quelle manière il importe de délimiter l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Si les dispositions civiles et pénales s'accordent à justifier l'intervention du juge à faire cesser et à sanctionner le trouble occasionné par l'atteinte à l'intimité de la vie privée, seul le Code civil proclame, au surplus et de manière expresse, un droit commun au respect de la vie privée. Celui-ci constitue le socle de la protection de la vie privée, dont l'entorse donnera lieu à réparation. Par la suite, seule une atteinte à ce qui constitue la partie la plus intime de la vie privée - soulignons le pléonasme - justifiera, en sus de la réparation du préjudice subi, l'intervention du juge visant à faire cesser ladite atteinte et/ou à mettre en application les peines prévues. À titre d'illustration jurisprudentielle, il sera bienvenu de souligner que le

⁷²⁴ TGI Paris, Réf., 28 juin 1974, Alain Delon et Mireille Darc c. Société France Éditions et Publications, D. 1974, J., 751, 1^{ère} esp., note R. LINDON.

⁷²⁵ Civ., 2^{ème} ch., 7 janvier 1976, motifs, A. et autre c. M., Bull., 2, p. 3, n° 3.

⁷²⁶ TGI Paris, Référés, 11 janvier 1977, Marcelle Fournier, épouse J. Gabin-Moncorgé c. Soc. Cogedi-Pressé, D. 1977, J., 83, note R. LINDON ; J.C.P. 1977, II, 18711, note FERRIER.

⁷²⁷ TGI Paris, 3^{ème} ch., 20 juin 1973, Dame Huet c. Boizeau, D. 1974, J., 766, 1^{ère} esp., note R. LINDON.

⁷²⁸ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, cons. 33, cité par MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*

⁷²⁹ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 6 et 8, cité par MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

⁷³⁰ Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 8, cité par MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

⁷³¹ V. en ce sens : MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

fait pour un huissier d'avoir, à la demande d'une femme mariée séparée de son mari, dressé un constat de sa conversation téléphonique avec ce dernier, dans laquelle elle lui réclamait infructueusement une pension alimentaire, n'a pas été considéré comme une atteinte à l'intimité de la vie privée du mari, dans la mesure où les rapports patrimoniaux entre époux font « seulement » partie de leur vie privée, et non de l'intimité de celle-ci⁷³².

473. Il s'agit donc bien ici d'une protection à double vitesse, la preuve de l'atteinte à l'intimité de la vie privée constituant le moyen de passer de l'une à l'autre. Ce faisant, le législateur a non seulement ouvertement considéré qu'il existe bel et bien plusieurs niveaux d'intensité dans l'atteinte qui peut être portée à la vie privée - chacun de ces niveaux justifiant une protection commune ou renforcée - mais il a également admis, par la même occasion, l'existence de plusieurs vies privées.

474. En prenant appui sur ce modèle de pluralité - vie privée/intimité de la vie privée - il est possible de mettre en lumière la notion de « vie privée sanitaire » y faisant écho (*V. infra sur ce point*). Dès lors, si l'atteinte à la vie privée donne lieu à une protection commune, et l'atteinte à l'intimité de la vie privée à une protection renforcée, il est souhaitable que l'atteinte à la vie privée sanitaire justifie une protection particulière et spécialisée. Le risque est qu'en consacrant la notion de « vie privée sanitaire », autonome et distincte de l'intimité de la vie privée, il ne soit plus possible d'y appliquer les protections prévues par le Code civil et le Code pénal. Il est donc nécessaire d'assortir la notion de vie privée sanitaire d'une protection qui prendrait en considération les spécificités de la matière, en se référant aux protections généralistes actuellement envisagées.

475. Une protection faisant fi de la dichotomie investigation/divulgateion. Si la protection assurée par le droit commun se révèle binaire, que l'atteinte soit portée à la vie privée ou à l'intimité de la vie privée, il convient de remarquer que cette binarité ne concerne pas la qualification de l'atteinte. L'objet de l'atteinte - qu'est ce qui est atteint ? - peut être dual, mais les moyens et l'étendue de celle-ci - comment l'atteinte est-elle portée ? - importent moins.

⁷³² C'est en raison de l'absence de la preuve d'une atteinte à l'intimité de la vie privée que l'on doit expliquer la cassation, pour insuffisance de motifs, d'un arrêt de la cour d'appel de Besançon par Crim., 27 janvier 1981, Malherbet, J.C.P., 1982, II, 19742, 1^{ère} esp., note critique D. BECOURT.

476. Il ne semble dès lors pas, au vu de ce qui vient d'être avancé, que le Code civil vise uniquement les divulgations de la vie privée, et le Code pénal les investigations dans celle-ci⁷³³. En reprenant la lettre des articles concernés, il s'avère que l'article 9 du Code civil ne distingue pas entre « divulgation » et « investigation », et l'article 226-1 du Code pénal fait incontestablement référence à la captation, à l'enregistrement, et à la transmission de paroles et images personnelles sans le consentement de l'intéressé. Si la captation et l'enregistrement de paroles et images font expressément référence à l'investigation dans la vie privée, la transmission fait écho à la divulgation, de sorte qu'il est constant que le Code pénal ne fait pas moins référence à la divulgation qu'à l'investigation dans la vie privée d'autrui. Codes civil et pénal protègent dès lors des atteintes faites à la vie privée par le biais de la divulgation et de la révélation. La dichotomie entre ces deux notions demeure intéressante, mais se révèle limitée dès lors qu'il s'agit de définir leur influence sur l'étendue de la protection consacrée par le droit commun. Cette étendue sera uniquement fonction de l'intensité et de la visée de l'atteinte - vie privée ou intimité de la vie privée - et non des moyens employés pour la réaliser - investigation et/ou divulgation.

477. La notion d' « intimité de la vie privée » est commune aux protections civiles et pénales. Son apparent caractère réunificateur et unitaire cache en réalité une sauvegarde à deux vitesses, et la nécessité de penser une protection à appréhender dans sa globalité : un droit au respect de la vie privée garanti en cas d'atteinte à celle-ci, assorti d'une possible poursuite pénale en cas d'atteinte majeure à l'intimité de cette dernière. L'appréhension réunifiée de la notion est peut-être dès lors à rechercher dans la consécration de sa valeur constitutionnelle.

B. La valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée

478. Le droit au respect de la vie privée n'est pas expressément mentionné par la Constitution du 4 octobre 1958, bien que sa valeur constitutionnelle soit incontestable : il est présentement considéré que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du

⁷³³ C'est ce qui est soutenu par Pierre Kayser : KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée*, 2^{ème} éd., 1990, p. 279.

citoyen du 26 août 1789⁷³⁴, texte à valeur constitutionnelle⁷³⁵, implique le respect de la vie privée. Cette reconnaissance indirecte mais assumée de la constitutionnalité du droit au respect de la vie privée est le fruit d'une lente et tardive évolution, et trahit une conception restreinte de la notion.

479. Constitutionnalisation tardive du droit au respect de la vie privée. Il fut longtemps malaisé, voire litigieux, d'étudier le droit au respect de la vie privée au prisme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, une partie de la doctrine considère qu'il n'est pas avéré que ce droit « ait, en lui-même, valeur constitutionnelle »⁷³⁶. Progressivement néanmoins, la jurisprudence du Conseil contribuera à attribuer au droit au respect de la vie privée une valeur constitutionnelle qui ne fait aujourd'hui plus de doute⁷³⁷.

480. L'année 1977 marquera la première ébauche de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée⁷³⁸. Le Conseil condamne une mesure accordant une ample inspection d'automobiles, et ce sur le fondement de la liberté individuelle⁷³⁹. Le droit au respect de la vie privée n'est dès lors pas explicitement et directement nommé au sein de la décision, mais Vincent Mazeaud nous indique que la doctrine y voit alors la « première étape de la reconnaissance, sous le couvert de la liberté individuelle, du secret de la vie privée comme un principe constitutionnel, la voiture pouvant être considérée, selon le Professeur Pierre Kayser, comme le siège en mouvement

⁷³⁴ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789, article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁷³⁵ Valeur constitutionnelle depuis Décisions n° 71-44 DC « Liberté d'association » du 16 juillet 1971, et n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, qui ont intégré la DDHC dans le bloc de constitutionnalité en raison de la référence faite à la Déclaration dans le préambule de la Constitution de 1958.

⁷³⁶ MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1997, n° 163, cité par : cités par MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*, p. 5-20.

⁷³⁷ Il faut néanmoins préciser que la jurisprudence constitutionnelle méconnaît encore aujourd'hui la théorie des droits de la personnalité, et n'admet pas davantage la « propriété » de ces droits ; v. en ce sens : BIOY X., « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison », *RIDC* 2003, p. 123.

⁷³⁸ Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 17^{ème} éd., n° 29.

⁷³⁹ La liberté individuelle est un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; l'article 66 de la Constitution affirme : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

de la vie privée »⁷⁴⁰. Force est de constater que la décision du 12 janvier 1977 « constitutionnalise » le droit au respect de la vie privée en faisant uniquement référence à la liberté individuelle, elle-même « garantie par un principe fondamental reconnu par les lois de la République et non directement par l'article 66 de la Constitution, lequel se bornait (alors) à confier à l'autorité judiciaire sa protection »⁷⁴¹. Cette action ne permet pas de discerner ostensiblement la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, de sorte que certains commentaires relatifs à cette décision ont démenti la constitutionnalisation de la protection de la vie privée⁷⁴². Les décisions à venir donnèrent d'ailleurs raison à ces analyses, le Conseil relevant à plusieurs reprises que le « grief manquait en fait » lorsque l'atteinte à la vie privée était alléguée, en évitant habilement d'émettre la moindre précision quant à la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée⁷⁴³.

481. Les réserves du Conseil cesseront en 1995, lorsque ce dernier mettra directement en exergue le droit au respect de la vie privée, estimant : « que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »⁷⁴⁴. Malgré une référence directe, le droit au respect de la vie privée est à nouveau relayé au stade d'expression de la liberté individuelle : « Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile ; que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée, Op. cit.* ; « Le Conseil constitutionnel, protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 330 ; LAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée », *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, t. I, p. 411, cités par MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*

⁷⁴¹ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

⁷⁴² V. notamment : MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Op. cit.*

⁷⁴³ Cons. const., 14 déc. 1982, n° 82-148 DC, cons. 1 ; 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, cons. 35 et 41 ; 26 juil. 1984, n° 84-172 DC, cons. 15, cité par MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*

⁷⁴⁴ Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 3 ; rappr. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.

⁷⁴⁵ Cons. const., 18 janv. 1995, *Ibid.*

482. C'est finalement l'année 1999 qui consacrera définitivement la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, à l'occasion d'un contrôle des dispositions relatives à la loi portant création de la CMU⁷⁴⁶. Le droit au respect de la vie privée sera alors frontalement intégré à l'article 2 de la DDHC de 1789 qui mentionne la « liberté » au sein des « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »⁷⁴⁷. Cette solution contient un considérant de principe selon lequel la liberté visée par la DDHC « implique le respect de la vie privée »⁷⁴⁸. Vincent Mazeaux indique que certains considèrent qu'il s'agit ici de la consécration d'un droit « constitutionnel dérivé »⁷⁴⁹, mais préfère voir dans cette décision la consécration de l'autonomie de la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, illustrée par une formule employée par le Conseil, qui affirme que « le droit au respect de la vie privée (est) protégé (...) » par l'article 2 de la Déclaration de 1789⁷⁵⁰.

483. Le Conseil réaffirme ce principe dans une décision n° 2009-580 DC datée du 10 juin 2009, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : « 22. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ».

484. Dans cette même décision, le Conseil rappelle que la collecte de données à caractère personnel encadrée par la législation du 6 janvier 1978 est soumise au droit au respect de la vie privée : « 27. Considérant que la lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle ; que, toutefois, l'autorisation donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne conduit à la mise en œuvre, par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions ; qu'une telle autorisation ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, avoir d'autres finalités que de permettre aux titulaires du droit d'auteur et de

⁷⁴⁶ Couverture maladie universelle.

⁷⁴⁷ Cons. const., 23 juil. 1999, n° 99-416 DC, cons. 45.

⁷⁴⁸ Par ex. : Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 6.

⁷⁴⁹ V. notamment : LAPAGE A., *in Rép. civ.* Dalloz, v° *Vie privée*, n° 45.

⁷⁵⁰ Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693, cons. 10.

droits voisins d'exercer les recours juridictionnels dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime ».

485. Ainsi, si le droit au respect de la vie privée n'est pas expressément énoncé par la Constitution de la Vème République, le Sénat a déjà eu l'occasion de rappeler que, depuis 1995, le droit au respect de la vie privée est un principe à valeur constitutionnelle, en réaffirmant que le Conseil constitutionnel a consacré ce droit, en considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique nécessairement le respect de la vie privée. En outre, le comité de réflexion sur le préambule de la Constitution, présidé par Mme Simone Veil, a considéré que : « La réaffirmation expresse, dans la Constitution, du droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles serait dépourvue de portée pratique, au regard des impératifs auxquels est d'ores et déjà soumis le législateur par le double effet de la jurisprudence constitutionnelle et des traités internationaux »⁷⁵¹.

486. *Conception classique du droit au respect de la vie privée.* Contrairement à la jurisprudence civile, le Conseil constitutionnel s'est souvent refusé à étendre le champ du droit au respect de la vie privée. Il a dès lors affirmé que « la contestation de la nationalité d'une personne ne mettait pas en cause son droit au respect de la vie privée »⁷⁵², pas plus d'ailleurs que « la déchéance de nationalité prononcée à l'encontre d'un terroriste »⁷⁵³ : l'intimité n'est pas assimilable à la nationalité, nous rappelle Vincent Mazeaud⁷⁵⁴. Parallèlement, à l'occasion de l'analyse de la conformité de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁷⁵⁵ à la Constitution, le Conseil a fait le choix de ne pas se référer à la vie privée, contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, qui estima le droit au respect de la vie privée bafoué, dans la mesure où la façon

⁷⁵¹ V. en ce sens : Inscription du droit au respect de la vie privée dans la Constitution (13ème législature), question écrite n° 10881 de Mme Anne-Marie Escoffier (Aveyron - RDSE), publiée dans le JO Sénat du 12/11/2009 - page 2618, URL : <https://www.senat.fr/questions/base/2009/qSEQ091110881.html>, consultée le 15 mai 2017.

⁷⁵² Cons. const., 22 nov. 2013, n° 2013-354 QPC, cons. 10., *in* MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*

⁷⁵³ Cons. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, cons. 22., *in* MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

⁷⁵⁴ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

⁷⁵⁵ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

de s'habiller a trait à « l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée »⁷⁵⁶.

487. Ces solutions illustrent l'objectif défendu par le Conseil de cerner et restreindre l'étendue de la notion de vie privée, contraire à la vision de la Cour européenne des droits de l'homme, qui permet à la vie privée de justifier l'émergence de nouveaux droits. Il ne faut pas pour autant commettre l'erreur de généraliser ce propos. Aussi le Conseil a-t-il pu fonder de nombreuses décisions sur le droit au respect de la vie privée. Vincent Mazeaud souligne ainsi que les dispositions imposant la mise en lumière des déclarations patrimoniales des candidats à l'élection présidentielle ont été considérées par le Conseil comme incompatibles avec le droit au respect de la vie privée, alors même que la Cour de cassation considère que des données purement financières n'entrent pas sous le couvert de la vie privée⁷⁵⁷. Il en a été jugé différemment de l'obligation des parlementaires de communiquer des informations personnelles relatives à leur famille⁷⁵⁸. Ces divergences conduisent en tout état de cause au « constat, aussi banal que frappant, qu'il doit sembler bien curieux au justiciable amené à fréquenter ces différentes « juridictions » qu'une même « notion » s'entende différemment en fonction du juge qui l'utilise... »⁷⁵⁹.

488. « Un instant de recul nous permet d'apprécier l'ascension remarquable du droit au respect de la vie privée parmi les principes à valeur constitutionnelle : ignoré pendant des années, il a désormais trouvé sa place dans la jurisprudence constitutionnelle dont il est devenu un rouage essentiel. Si l'intensité de la protection qui lui est accordée peut être discutée, nul ne remet plus en cause sa réalité et sa nécessité, ce qui est déjà le signe d'une victoire pour un principe dont la pleine consécration n'est intervenue que tardivement »⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ CourEDH, *SAS c. France*, 1er juillet 2014, req. n° 43835/11, § 107 ; de même, le Conseil constitutionnel s'éloigne à nouveau de la jurisprudence européenne en retenant, à de multiples reprises, que le droit à la connaissance de ses origines ne peut être déduit du droit au respect de la vie privée : Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, cons. 6 ; 16 mai 2012, 2012-248 QPC, cons. 6 et 8, cité par : MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*

⁷⁵⁷ Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, cons. 6-7, cons. 29. Sur la position traditionnelle du Conseil, v. : MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. préc., n° 158. Sur la position de la Cour de cassation, v. : Civ. 1^{ère}, 20 novembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 257, 89-13049 ; *adde* Civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, *Bull. civ. I*, 191, 06-18448.

⁷⁵⁸ Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, cons. 6-7 (candidats à l'élection présidentielle), cons. 29 (parlementaires).

⁷⁵⁹ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Op. Cit.*

⁷⁶⁰ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

489. Conclusion de la section. La consécration constitutionnelle du droit au respect de la vie privée, par référence expresse à la liberté individuelle, et dans les termes retenus par l'article 9 du Code civil, permet l'assurance d'une protection renforcée au bénéfice du citoyen et, *a fortiori*, du patient. Mais les ressemblances entre protection de droit commun et protection constitutionnelle permettent de mettre en avant, au vu de la généralité et de l'indéfinition de ces garde-fous, l'existence de limites communes. Rien ne permet, de plus, d'affirmer que la constitutionnalisation de la protection du droit au respect de la vie privée fera du droit commun un modèle de protection unique et suffisant pour le patient. Certaines limites semblent donc être rattachables au contenu de la protection envisagée par le droit commun ; ces dernières ne seront pas levées par l'étude de la nature juridique du droit au respect de la vie privée (**Chapitre II**).

490. Conclusion du chapitre. La vie privée est une notion sociale qui chemine entre les destins de chacun. La jurisprudence s'empare la première de ce concept bourgeois, incitant le législateur à en faire de même. Rien ne permet d'expliquer l'attente législative qui a pesé jusqu'en 1970 sur la vie privée, mais il est nécessaire de nuancer la critique : la vie privée reste une notion moderne, et il n'était pas évident de consacrer son encadrement généralisé alors qu'elle semble s'apprécier au cas d'espèce. En tout état de cause, l'interprétation de la lettre de l'article 9 du Code civil permet de saisir que ce dernier autorise l'individu à consentir ou s'opposer aux immixtions arbitraires et autres divulgations d'informations couvertes par la vie privée ; il ne s'agit pas là d'une protection expresse.

491. Cette analyse permet d'affilier le droit au respect de la vie privée à un réel défenseur de l'autodétermination et de la liberté individuelle. D'autres études distinguent, d'une part, la défense du « secret de la vie privée », entendue comme une protection contre toute révélation d'un élément de la vie intime et, d'autre part, la « liberté de la vie privée », laquelle s'entendrait du pouvoir « de se comporter comme (on) l'entend dans cette partie de sa vie »⁷⁶¹.

⁷⁶¹ KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit, Protection du secret de la vie privée*, Op. cit ; RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », Op. cit. p. 547-548.

492. La protection civile de la vie privée comprendrait alors deux niveaux : pouvoir de cacher et bénéficier d'une liberté d'agir comme on l'entend⁷⁶². La protection pénale vise pour sa part davantage l'immixtion, à travers la sauvegarde du domicile, mais également la divulgation, grâce à l'action en diffamation. Elle reprend ces deux éléments au sein de l'article 226-1 du Code pénal. Cette dualité n'est pas solutionnée par la mention commune de l'« intimité de la vie privée », au sein des dispositions civiles et pénales, qui révèle en réalité une protection à deux vitesses.

493. Il ne semble par ailleurs pas bienvenu de conditionner l'action du juge et la mise en œuvre de sanctions pénales au constat d'une notion non définie. C'est pourquoi nous proposons, au delà d'une réécriture de l'article 9 du Code civil, la suppression de cette notion, qui permettra la mise en lumière d'une protection simplifiée, unifiée et davantage intelligible, qui surpassera les interrogations relatives à la nature et aux limites du droit au respect de la vie privée (*v. Chapitre II*).

⁷⁶² V. en ce sens : MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Op. cit.*

Chapitre II. Nature et limites du droit commun au respect de la vie privée

494. Il a été démontré que l'objet d'un droit trouve d'abord écho en ce qu'il permet, c'est à dire l'ensemble des prérogatives ou pouvoirs qu'il confère à son titulaire, ce que l'on pourrait dénommer le « contenu juridique du droit »⁷⁶³. Dans cette perspective, et au regard de la lettre de l'article 9 du Code civil, le droit au respect de la vie privée permet à son titulaire d'en exiger le respect via le pouvoir de consentir ou non aux immixtions et aux divulgations. Un droit subjectif semble, par définition, se dessiner. Mais l'objet du droit peut, dans un sens strict, viser ce sur quoi il porte, c'est-à-dire l'intérêt juridiquement protégé. Le droit consacré par l'article 9 du Code civil porte alors sur un intérêt moral - la vie privée, gage de liberté. L'objet du droit au respect de la vie privée semble être le pouvoir⁷⁶⁴ de tout homme d'exiger, par application d'un droit subjectif, le respect d'un intérêt moral constitué par la vie privée.

495. Le droit au respect de la vie privée présente des caractéristiques tout à fait particulières ; au confluent du *droit*, de la *liberté* et de l'*intérêt*, sa nature et sa classification ne sont pas évidentes à appréhender. L'étude de la nature d'un droit permet irrémédiablement de saisir la volonté de son instaurateur (**Section I.**), et de mettre en lumière les limites existantes et autres améliorations qu'il est souhaitable d'y apporter (**Section II.**).

Section I. Nature juridique du droit au respect de la vie privée

496. Le droit au respect de la vie privée se pare d'une nature pour le moins incertaine. Si son existence est rendue possible par la liberté individuelle - et le droit implicite à la vie privée - il ne peut être directement assimilé à une liberté : il en est une « simple » expression. Il s'agit en outre d'un droit subjectif extrapatrimonial, qui surpasse la

⁷⁶³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, in *Droits de la personnalité*, J.-C. SAINT-PAU.

⁷⁶⁴ Et non la prérogative, qui s'entend comme : « Tout pouvoir ou autorité qu'une personne ou un corps a de plus qu'un autre, et qui les distingue de ceux qui ne l'ont pas. » (Déf. dict. Littré). Le choix de cette notion irait à l'encontre de l'esprit généraliste de l'article 9 du Code civil, et de la terminologie « Chacun a droit » qu'il met en lumière.

démarcation classique du droit privé et du droit public, et ne peut ni être rattaché à l'état des personnes, ni au droit d'auteur ; il bénéficie enfin d'une application particulière dans le temps (1°§.). La complexité de cette nature est assise par le fait qu'elle présente au surplus un caractère évolutif (2°§.).

1°§. Une nature incertaine

497. L'incertitude qui caractérise la nature juridique du droit au respect de la vie privée trouve illustration dès lors qu'une tentative de qualification (A.) et de classification (B.) en est faite.

A. La qualification du droit au respect de la vie privée

498. *Une composante de la liberté individuelle.* Le sentiment profond de discrétion et de pudeur qui existe au fond de chaque être humain exige la protection de la vie privée. Cette dernière est l'un des aspects de la liberté de notre existence : sa réalité et sa justification sont permises par son rattachement direct et exprès à la liberté.

499. Le lien de subordination existant entre liberté individuelle et droit au respect de la vie privée est réaffirmé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui, pour rappel, affirme que la vie privée tire sa légitimité de la liberté individuelle et déclare non conformes à la Constitution des dispositions légales limitant la vie privée au profit d'agents de l'autorité publique⁷⁶⁵. Le Conseil ne déclare pas expressément ces dispositions inconstitutionnelles en ce qu'elles seraient attentatoires à la vie privée. Il affirme leur absence de conformité à la Constitution parce qu'elles atteignent la liberté individuelle⁷⁶⁶. Sa large interprétation de la liberté individuelle justifie que son étendue se propage jusqu'à la vie privée, dont la valeur constitutionnelle du droit à son respect est, par ce biais,

⁷⁶⁵ V. en particulier LAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules ». Études offertes à Pierre Kayser, t. 1, p. 411-425.

⁷⁶⁶ Principe fondamental garanti par les lois de la République, Constitution du 4 oct. 1958, art. 66.

proclamée. À partir de 1977, de nombreuses décisions du Conseil assoiront le droit au respect de la vie privée⁷⁶⁷.

500. Au terme de l'évolution jurisprudentielle, la protection de la vie privée est assurée à trois reprises : dans les rapports entre particuliers, par la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte, et par le droit au respect de la vie privée - en tant que droit subjectif autonome ; elle l'est également via la tendance du Conseil constitutionnel à inclure la vie privée dans la protection de la liberté individuelle. La jurisprudence constitutionnelle conduit ainsi à se questionner sur la qualification du droit au respect de la vie privée : le terme de « liberté » est-il en somme préférable à celui de « droit » ?

501. *L'impossible assimilation à la liberté individuelle.* Certains auteurs qualifient le droit au respect de la vie privée de liberté⁷⁶⁸. Il semble bienvenu de considérer ce droit, non comme une liberté - individuelle - en tant que telle, mais comme la conséquence et l'aboutissement de la liberté individuelle. Le droit au respect de la vie privée est alors conditionné par le droit à la vie privée, dont l'existence supposée tire sa justification de la liberté de vie privée ; celle-ci garantit d'ailleurs son respect. Mais il ne saurait être considéré comme une liberté en tant que tel. Deux notions - complémentaires certes mais non assimilables - sont donc à mettre en exergue : la liberté de la vie privée, non explicitement consacrée, mais considérée comme une émanation directe de la liberté individuelle, ainsi que le droit au respect de la vie privée, découlant du droit à la vie privée - également non consacré -, et garant de la protection de la liberté et de ses différentes manifestations⁷⁶⁹.

502. La différence entre le droit subjectif au respect de la vie privée et la liberté de la vie privée semble donc bien réelle, et se doit d'être soulignée. Le droit au respect de la vie privée permet le contrôle du flux d'informations relatives à la vie privée, ainsi que la possibilité de consentir ou non aux immixtions et aux divulgations, lorsque la liberté de la vie privée a trait à des « possibilités d'actions [...] infinies », qui « constituent des

⁷⁶⁷ Pour rappel : Décision 76-75 DC du 12 janvier 1977, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1977, p. 33 : est déclarée non conforme à la Constitution une loi qui habilitait un grand nombre d'agents de l'autorité publique à visiter les véhicules et leur contenu.

⁷⁶⁸ V. en ce sens : F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », *Op. cit.*

⁷⁶⁹ Hiérarchiquement, il est possible de tracer l'évolution croissante suivante : droit au respect de la vie privée < droit à la vie privée < liberté de vie privée < liberté individuelle.

phénomènes de non-droit »⁷⁷⁰. La doctrine s'est initialement intéressée à la protection de la vie privée par le biais du secret, en ne mentionnant pas les enjeux relatifs à la liberté⁷⁷¹.

503. Habituellement, la liberté de la vie privée assoie un objectif commun de la vie privée et du secret. Le fait que la personne ait pleinement conscience de sa vie privée, et de la possibilité d'avoir, par conséquent, recours au secret, justifiera qu'elle puisse s'exprimer et permettre de déployer sa personnalité. Il est avéré que l'on affirme souvent sa personnalité profonde au sein de sa sphère privée, lieu de développement des agissements les plus libres. Néanmoins, plus encore que l'action - et la liberté d'action - c'est la personne qui est l'objet premier et privilégié de la protection accordée par le droit au respect de la vie privée⁷⁷².

504. Ainsi, l'état de santé est couvert par le droit au respect de la vie privée, abstraction faite de toute donnée relative à la liberté. Preuve en est que « si la liberté est une des finalités poursuivies par la protection de la vie privée, elle ne peut se confondre, ni avec l'étendue de la vie privée elle-même, ni avec la nature du droit au respect de la vie privée »⁷⁷³.

505. Une conséquence du droit sous-entendu à la vie privée. En disposant que chacun a droit au respect de sa vie privée, l'article 9 du Code civil consacre indubitablement une prérogative défensive : le droit subjectif à l'inviolabilité de la vie privée. Mais ce pouvoir d'opposition apparaît en réalité comme une conséquence naturelle d'un pouvoir d'action : la liberté de bénéficier d'une vie privée. C'est en effet parce que chacun est libre de mener sa vie privée - et *a fortiori* sa vie - comme il l'entend - sous réserve de l'ordre public et des droits des tiers -, que le droit positif accorde une protection à cette situation juridique, en consacrant notamment son inviolabilité. Le droit au respect de la vie privée n'apparaît donc que comme le prolongement juridique d'une liberté individuelle civile et publique dont il ne peut être fait abstraction, et qui s'incorpore incontestablement au droit subjectif.

506. Le droit à la vie privée, légitimé par la liberté de vie privée, elle-même rendue existante par la liberté individuelle, ne trouve pourtant aucune illustration au sein du carcan normatif actuel. Son existence peut être, à l'heure actuelle, purement déduite. N'est-il pas

⁷⁷⁰ SAINT-PAU J.-C., « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *Mélanges H. Groutel*, Litec, 2006.

⁷⁷¹ V. en ce sens : MARTIN L., « Le secret de la vie privée », *Op. cit.*

⁷⁷² V. en ce sens : GUTMANN D., « Le sentiment d'identité », *Op. cit.*

⁷⁷³ GUTMANN D., « Le sentiment d'identité », *Ibid.*

dès lors à souhaiter la consécration, au sein de l'article 9 du Code civil, du prérequis au droit au respect de la vie privée qu'est le droit à la vie privée ? À l'heure actuelle, le Code civil proclame le droit au respect de la vie privée sans assurer explicitement de droit à la vie privée. Dès lors, l'arsenal juridique français et européen sous-entend l'existence d'une vie privée, légitime, licite et protégée, sans pour autant en faire mention. Pour autant, le droit au respect de la vie privée ne peut être assimilé à un droit opposable à la vie privée.

507. Ainsi, et concernant la thématique afférente au présent travail, il semble paradoxal pour le patient de réclamer le respect de sa vie privée, dès lors qu'il ne peut opposer y avoir droit. Cependant, au vu des textes proclamant le droit au respect de la vie privée, cette analyse peut être remise en question. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, il pourrait être opposé au patient la non consécration du droit à la vie privée. Il est nécessaire que cette reconnaissance ait lieu.

508. La qualification de liberté ou de droit au respect de la vie privée n'est pas limpide ; les exemples internationaux donnent également à penser.

509. *Droit au respect de la vie privée : qualifications internationales et défense d'un intérêt moral.* Aux États-Unis, où la protection de la *privacy* a été fortement défendue, la doctrine a renoncé à sa conception unitaire (droit/liberté). Selon une typologie proposée par William L. Prosser⁷⁷⁴, accueillie par la jurisprudence⁷⁷⁵ et reprise dans le *Restatement (Second) of Torts*, il existerait quatre *privacy torts*⁷⁷⁶. Le *right to privacy* ne désignerait pas un droit - subjectif - unique, mais un conglomerat d'intérêts divers contrebalancés par les

⁷⁷⁴ William L. PROSSER, « Privacy », 48 California Law Review, 1960, 384-423. in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée. Op. cit.*

⁷⁷⁵ « Déjà attestée par les nombreuses références qu'y ont faites les décisions judiciaires, l'influence de PROSSER a été considérable. Il fut doyen de la California School of Law, Berkeley, et la jurisprudence californienne a été parmi les plus protectrices de la privacy, garantie par l'article 1er de la Constitution de l'État. Aux États-Unis, la protection civile et pénale de la privacy est en principe une compétence des États fédérés, sous réserve de la compatibilité de la common law, des lois d'État et des décisions judiciaires avec la Constitution fédérale. Devant la Cour Suprême des États-Unis, la protection civile de la privacy a occupé une position défensive, étant souvent restreinte par d'autres libertés, notamment la liberté d'expression », in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée, Op. cit.*

⁷⁷⁶ *Restatement (Second) of Torts*, § 652 A (2). Les quatre privacy torts de PROSSER sont : 1° l'intrusion dans la solitude ou dans les affaires privées du demandeur ; 2° la divulgation publique de faits privés embarrassants ; 3° la publicité plaçant le demandeur sous un faux jour (*false light*) devant le public ; 4° l'appropriation par le défendeur du nom ou de l'image du demandeur, in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée, Op. cit.*

intérêts avec lesquels ils entrent en conflit⁷⁷⁷. Il s'agit d'un concept-cadre occupant dans la dogmatique juridique une place analogue à celle du droit réel ou du droit de créance, avec la différence essentielle que cette catégorie conceptuelle ne se compose pas de droits subjectifs mais d'intérêts protégés par la loi.

510. La conception étasunienne du droit au respect de la vie privée tend à considérer le respect de la vie privée comme un intérêt, et non comme un droit, dans la mesure où sa nature lui impose d'entrer en conflit avec les intérêts publics - généraux - et privés - d'autrui. La conception française pense le droit au respect de la vie privée comme l'encadrement juridique d'un intérêt moral - la vie privée - via l'édiction d'un droit subjectif. Il reste néanmoins opportun d'emprunter aux conceptions étrangères le fait que le droit subjectif français au respect de la vie privée encadre une notion conflictuelle personnelle assimilable à un intérêt moral.

511. En outre François Rigaux pointe-t-il du doigt le fait qu'il a pu être reproché au législateur d'avoir consacré un droit subjectif au respect de la vie privée, visant à protéger les intérêts moraux des personnes, au sein d'un système juridique basé sur l'idée que toute faute dommageable doit nécessairement entraîner une réparation, sans que soit pour autant prévue l'existence d'un droit spécifique et autonome. Cette consécration serait ainsi, par nature, inutile, l'article 1240 suffisant à réparer les torts causés à la vie privée. Rappelons que cette dernière constitue malgré tout l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle de plus d'un siècle.

512. De plus, et même si la force d'un tel argument peut être aisément remise en cause, ce n'est pas la première fois que certains droits subjectifs extrapatrimoniaux font l'objet d'une consécration législative. Citons à titre d'exemple le droit de la personne sur son nom ou le droit de réponse (*v. infra*). Soulignons que le fait que ces droits aient été consacrés de manière indépendante et autonome n'est pas incompatible avec la recherche de la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Aussi cette consécration rend-elle plus efficace la protection des intérêts patrimoniaux et moraux.

⁷⁷⁷ La section 652 D du *Restatement* contient la réserve selon laquelle la divulgation de faits personnels n'est illicite que si ceux-ci ne font pas l'objet d'un intérêt légitime du public (*is not of legitimate concern for the public*) in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, *Ibid.*

513. La qualification de « droit » au respect de la vie privée est source de réflexion. Ce dernier vise à défendre une liberté individuelle - la liberté de vie privée - et un intérêt moral - la vie privée. Ce n'est ni une liberté ni un intérêt. Les problématiques relatives à sa classification sont également nombreuses.

B. La classification du droit au respect de la vie privée

514. Selon une opinion qui paraît dominante dans la doctrine de plusieurs pays européens, le droit au respect de la vie privée (France), les droits de la personnalité (Allemagne, Suisse), le droit à l'intimité et au secret (*diritto alla riservatezza*⁷⁷⁸ : Italie) présentent une double caractéristique : il s'agirait de droits subjectifs non patrimoniaux. Néanmoins, le concept de vie privée étant subjectif et évolutif, la nature juridique et la classification du droit au respect de la vie privée s'en trouve affectées, c'est pourquoi elles peuvent apparaître incertaines et difficiles à cerner.

515. La classification du droit au respect de la vie privée laisse transparaître plusieurs éléments, notamment le fait que ce dernier, dont l'apparence subjective et extrapatrimoniale demeure ambiguë, transcende la démarcation familière existante entre le droit public et le droit privé. Cette classification n'est donc pas aisée, dans la mesure où le droit au respect de la vie privée présente des caractéristiques propres qui ne permettent pas son rattachement à des notions juridiques telles que l'état des personnes ou le droit d'auteur, et qui font de son appréciation dans le temps une donnée tout à fait particulière.

516. *La transcendance de la démarcation familière « droit public » / « droit privé ».* La protection constitutionnelle et internationale de la vie privée⁷⁷⁹ a contribué à effacer, à certains égards, une démarcation familière à la dogmatique juridique traditionnelle : celle qui sépare le droit public du droit privé. Les biens de la personnalité ne sont pas seulement des biens juridiques soumis au droit privé - la terminologie du droit au respect de la vie privée ne laissant pas la place au doute sur ce point : ils relèvent aussi du droit public, de par leur confrontation à d'autres libertés, principalement la liberté de l'art, la liberté

⁷⁷⁸ Littéralement : « droit à la réserve ».

⁷⁷⁹ DDHC, article 2 ; Convention européenne des droits de l'homme, article 8.

d'expression, et la liberté de l'information⁷⁸⁰. Comparé aux autres libertés fondamentales, ce droit se caractérise par l'attention qu'il prête aux qualités propres du sujet, à l'originalité de tout être humain, et au dommage qui lui est infligé en raison de sa situation particulière - distinction réelle entre personne publique et personne privée⁷⁸¹.

517. Il reste néanmoins que les attributs de la personnalité et l'étendue de la protection qu'ils méritent varient selon les circonstances dans lesquelles l'atteinte alléguée y a été portée. Plus que tout autre, la jurisprudence constitutionnelle repose sur l'arbitrage d'un conflit d'intérêts : l'individu doit-il tolérer des restrictions à l'épanouissement de sa personnalité, fussent-elles justifiées par l'intérêt général ou la liberté - notamment d'expression - de ses concitoyens ? Un conflit entre libertés semble donc voir le jour, mais il ne saurait remettre en cause l'idée selon laquelle le droit au respect de la vie privée a trait à la fois au droit public et au droit privé.

518. *Une nature ambiguë à l'apparence subjective et extrapatrimoniale.* Il n'est pas aisé de classer le droit au respect de la vie privée : reconnu comme un droit de l'homme par la Déclaration universelle, par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et par la Convention européenne des droits de l'Homme, tous trois ratifiés par la France, il est consacré comme droit subjectif par l'article 9 alinéa 1 du Code civil. Les termes dans lesquels ce texte le consacre en font un droit de la personnalité, et une grande majorité de la doctrine tend à le considérer comme tel⁷⁸². Il correspond à la définition des droits de la personnalité, c'est-à-dire des pouvoirs déterminés appartenant à toutes les personnes afin d'assurer la protection d'intérêts extrapatrimoniaux⁷⁸³. Chacun jouit librement de sa vie privée tant qu'il n'est pas victime d'une immixtion dans celle-ci ou d'une divulgation, de même que le propriétaire peut user, jouir et disposer de la chose, objet de son droit, les tiers ayant seulement le devoir juridique de ne pas porter atteinte à ses pouvoirs, de sorte qu'il est tentant d'y voir un monopole d'exploitation.

⁷⁸⁰ V. *infra*, notamment 2°§ de la présente section.

⁷⁸¹ V. *supra*.

⁷⁸² V. en ce sens BADINTER R., *Le droit au respect de la vie privée*, *Op. cit.* ; FERRIER D., *La protection de la vie privée*, Toulouse, 1973, n°138 ; LINDON R., « Les droits de la personnalité », 1974, n° 20, p. 9.

⁷⁸³ V. KAYSER P., « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 445 ; IONESCU O., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^{ème} éd., 1978.

519. Monopole d'exploitation de la vie privée. Il ne s'agit ici que d'une simple analogie entre le droit au respect de la vie privée et le droit d'auteur propriétaire de son œuvre - dont l'opportunité semble néanmoins réelle - car le monopole d'exploitation de l'auteur a pour objet une œuvre de son esprit qu'il a créée, alors que le monopole d'exploitation d'une personne sur sa vie privée a directement celle-ci pour objet, sans action créatrice.

520. Quand une personne autorise la divulgation d'éléments de sa vie privée, elle exploite volontairement sa vie privée, et c'est au bénéficiaire de cette autorisation qu'appartient finalement le droit d'auteur. Il existe néanmoins ce qu'il sera possible de qualifier de « monopole d'exploitation », que toute personne possède sur sa vie privée, sous réserve de le faire valoir. Ce monopole est une conséquence du droit extrapatrimonial au respect de sa vie privée, qui a pour fin la protection de son intérêt moral à la paix et la tranquillité de cette part de sa vie, et qui existe *de facto* au vu de sa consécration par l'article 9 du Code civil. Ce monopole tend à s'appliquer uniquement lorsque la personne décide de l'exercer. Inversement, l'auteur d'une œuvre de l'esprit a sur celle-ci, du seul fait de sa création, à la fois des attributs d'ordre intellectuel et moral et des attributs d'ordre patrimonial⁷⁸⁴. Le droit au respect de la vie privée diffère donc de celui du droit d'auteur, puisqu'une personne ne peut bénéficier d'un droit d'auteur sur un élément de sa vie privée - mais d'un seul droit d'exploitation - que celui-ci ait été ou non divulgué ou inspecté.

521. Dès lors, le droit d'auteur et le droit au respect de la vie privée ne peuvent être assimilés, puisque le premier existe du fait de la création d'une œuvre intellectuelle, alors que l'autre vise un public plus large - « Chacun » - et une existence consacrée sans condition particulière. En outre, le monopole d'exploitation, justifié par le droit au respect de la vie privée, ne trouve application que si la personne concernée choisit individuellement de le mettre en œuvre, alors que l'auteur d'une œuvre intellectuelle bénéficiera, sans pouvoir en décider autrement, du droit d'auteur. C'est en ce sens que le monopole d'exploitation de sa vie privée - soit *a fortiori* le droit au respect de la vie privée - et le droit d'auteur, ne peuvent être assimilés ; leur objet et leur condition d'existence sont véritablement distincts.

⁷⁸⁴ L. n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, article 1^{er}, alinéa 1^{er}, abrogée par la L. n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative), qui crée l'actuel Code de propriété intellectuelle.

522. Le terme d'« exploitation » n'est pas le fruit du hasard. Résolument patrimoniale, son essence laisse entrevoir une évolution de la nature du droit au respect de la vie privée, et témoigne, entre autres, de son particularisme ; celui-ci s'exprime également à travers le fait qu'il est impossible d'assimiler le droit au respect de la vie privée à l'état des personnes.

523. *L'impossible rattachement du droit au respect de la vie privée et de l'état de santé à l'état des personnes.* La question s'est posée de savoir si la loi n°70-589 du 9 juillet 1970 comprenait dans l'état des personnes le droit au respect de la vie privée, et, par extension, les éléments mentionnés et la sanction alors donnée par l'article 368 du Code pénal⁷⁸⁵. La Chambre criminelle ne l'a pas admis⁷⁸⁶. Il est possible d'émettre des doutes sur l'exactitude de cette réponse, en faisant observer que, dans un sens large, l'état des personnes correspond à leur « situation juridique ». Or, le droit au respect de la vie privée semble aux premiers abords en faire partie, ne serait-ce que par les informations privées qu'il embrasse, et qui entrent pour la plupart sous le couvert de l'état des personnes.

524. Mais l'expression a pris dans la langue juridique un sens plus étroit, désignant la situation de la personne par rapport à l'État et à la famille⁷⁸⁷. L'état des personnes consiste ainsi à les classer, à les répertorier en différentes catégories par rapport à leur situation politique et familiale. Or, le droit au respect de la vie privée appartient à toutes les personnes : « *Chacun* a droit au respect de sa vie privée ». Il est donc ardu, en adoptant un point de vue et une interprétation relativement stricts, de rattacher la vie privée, principe généralisant et englobant, à l'état des personnes, principe par essence spécialisant.

525. Cette analyse semble d'autant plus bienvenue au regard du sujet qui intéresse le présent travail. En effet, admettre que des données couvertes par la vie privée - telle que la santé⁷⁸⁸ - puissent être rattachées à l'état des personnes avalise le fait que des éléments

⁷⁸⁵ Version en vigueur au moment des faits ; abrogée au 1 mars 1994. Actuel C. pén., art. 226-1.

⁷⁸⁶ C. cass., 16 avril 1980, Besson et Lechêne, Bull. crim., n° 108 ; D. 1981, J. 68, note J. Mestre ; obs. G. Levasseur, Rev. sc. crim., 1981, p. 877, n° 5, I.

⁷⁸⁷ Français ou étranger, marié, célibataire, veuf, divorcé, séparé de corps, enfant légitime, naturel, adoptif.

⁷⁸⁸ Pour rappel : CJCE 5 oct. 1994, D. 1995. 421, obs. J.- L. Clergerie ; Versailles, 16 janv. 2003, Légipresse 2003, I, p. 106 : porte atteinte à la vie privée d'un prince un article qui évoque une possible affection héréditaire ; Civ. 2^{ème}, 12 juil. 1966, D. 1967. 181, note P. Mimin ; Paris, 9 juil. 1980, D. 1981. 72, 2^{ème} esp., note R. Lindon ; photographie d'une comédienne à sa sortie d'hôpital : Civ. 1^{ère}, 6 juin 1987, Bull. civ. I, n° 191 ; Paris, 26 juin 1986, D. 1987. Somm. 136 ; TGI Paris, 20 nov. 1985, D. 1987. Somm. 140 ; 17 déc. 1986, Gaz. Pal. 1988. I. Somm. 145 ; CEDH 6 fév. 2001, JCP 2001. I. 342, obs. F. Sudre ; TGI Paris, 5 mars 2007, Légipresse 2007, I, p. 162 ; TGI Nanterre, 4 avr. 2005, Légipresse 2005, I, p. 145.

relatifs à l'état de santé d'une personne y figurent⁷⁸⁹. L'état de santé pourrait par ce biais constituer un facteur de classification des individus qu'il importe de souligner, dans la mesure où ce dernier pourrait mener à bafouer les principes d'égalité et de vie privée, et conduire à réduire l'état d'une personne à son état de santé. Il reste néanmoins intéressant de se questionner sur l'insertion de l'état de santé dans le patrimoine juridique individuel de tout un chacun.

526. Ce rapport tend néanmoins à être remis en cause par la modification actuelle de la relation de soin, par l'influence et l'intérêt croissant des données de santé, et par le fait que de nos jours, la santé, et plus précisément la maladie, peut caractériser le vivant. En effet, santé et maladie, bien loin de constituer deux entités opposées, se combineraient en fait à des degrés divers en chaque individu, ou plutôt la maladie ne serait qu'une vicissitude de la santé, voire un élément constitutif de celle-ci. Georges Canguilhem est un épistémologue des temps modernes quand il souligne, peu de temps avant sa mort⁷⁹⁰, et dans la ligne droite de sa thèse de 1943 sur le « Normal et le Pathologique », que la maladie n'est au fond qu'une épreuve inévitable, visant en son principe à tester et renforcer les défenses de l'organisme. La maladie ne stigmatise pas - ou plus - bien au contraire, elle caractérise en quelque sorte le vivant. Cela pose, bien évidemment, la question de savoir si la caractérisation ne peut pas être assimilable à la stigmatisation. On pourrait en effet considérer que caractériser⁷⁹¹ un individu revient à le stigmatiser⁷⁹². Ce ne semble pas être le point de vue de l'auteur, qui indique que la maladie caractérise l'humain, et non l'individu ; son essence est nécessairement plus englobante, c'est pourquoi la maladie, et par extension l'état de santé ne peut faire partie de l'état des personnes : elle fait irrémédiablement et plus spécifiquement partie de l'état de l'homme.

527. *Inclusion de certaines données privée dans l'état des personnes et nom de famille.* Les problématiques relatives à l'état des personnes⁷⁹³ ne sont donc pas étrangères au droit au respect de la vie privée. Il a pu être affirmé que « le nom patronymique, destiné à identifier une personne dans les actes de la vie civile, échappe par sa nature à la sphère de

⁷⁸⁹ Le Doyen René Savatier considère à ce propos que la santé est un droit de la personnalité.

⁷⁹⁰ CANGUILHEM G., « La santé, vérité du corps », in Coll. *L'Homme et la santé*, Paris, Éd. du Seuil, 1992, p. 99-108, in COURTINE J.-J. (dir.), *Histoire du corps*, *Op. cit.*

⁷⁹¹ Caractériser : Indiquer, mettre en relief le caractère, la qualité propre.

⁷⁹² Stigmatiser : Marquer avec un fer rouge ou autrement. Imprimer à quelqu'un un blâme sévère, une flétrissure publique.

⁷⁹³ V. en ce sens : LEROYER A.-M., *La notion d'état des personnes, Ruptures, mouvements et continuité du droit*, 2004, Economica, p. 247.

la vie privée »⁷⁹⁴. En revanche, au regard de sa fonction de reconnaissance individuelle et d'affiliation familiale, la Cour européenne des droits de l'homme affirme *a contrario* que le nom de famille concerne la vie privée et familiale⁷⁹⁵. La réflexion privilégiée consiste à considérer que la mention du nom rend possible l'identification personnelle, qui est une condition d'existence et d'application des droits de la personnalité, parmi lesquels figure le droit au respect de la vie privée. Preuve en est, l'aveu public du nom de famille d'un chanteur connu sous un pseudonyme a été jugé constitutif d'une atteinte à sa vie privée⁷⁹⁶.

528. De même, le changement de la mention du sexe à l'état civil suite à une réassignation chirurgicale et médicamenteuse a été établie par la Cour de cassation sur le fondement du droit au respect de la vie privée : l'information relative au changement de sexe peut être gardée secrète⁷⁹⁷, au même titre que l'ancienne identité de l'intéressé⁷⁹⁸. En outre est-il nécessaire de préciser que la date et le lieu de naissance sont des données couvertes par l'article 9 du Code civil⁷⁹⁹.

529. Il est par conséquent nécessaire de retenir que le droit au respect de la vie privée ne fait pas partie de l'état des personnes, au même titre que l'état de santé, qui peut par extension être rattaché à l'état de l'homme. La jurisprudence atteste néanmoins que certaines données couvertes par la vie privée font partie de l'état des personnes, et que le droit au respect de la vie privée bénéficie d'une application dans le temps particulière.

530. *Classification temporelle du droit au respect de la vie privée.* Le droit au respect de la vie privée étant avant tout un droit de la personnalité, soit le pouvoir appartenant à

⁷⁹⁴ Paris, 30 oct. 1998, D. 1998. IR 259, RTD civ. 1999. 61, obs. J. Hauser ; TGI Nanterre, 27 avr. 2006, Légipresse 2006, I, p. 125 ; V. aussi TGI Paris, 3 mars 2003, Légipresse 2003, I, p. 123, au sujet de la mention d'une ancienne actrice de films à caractère pornographique dans un ouvrage permettant aux lecteurs d'associer celui-ci au pseudonyme, également mentionné, qu'elle avait pris pour exercer la profession d'actrice : jugé que « cette divulgation ne constitue pas en elle-même une atteinte à la sphère protégée par le second alinéa de l'article 9 du Code civil, dès lors qu'elle permet seulement au lecteur de découvrir le nom véritable de l'actrice connue sous un pseudonyme, mais en aucune façon, en l'absence de toute autre précision, de l'identifier dans des conditions susceptibles de constituer l'atteinte exigée à l'intimité de sa vie privée ».

⁷⁹⁵ CourEDH 24 oct. 1996, Guillot c/ France, RTD civ. 1997. 551, obs. J.-P. Marguénaud.

⁷⁹⁶ Bien que l'aveu concernait également d'autres éléments, telle que l'adresse de l'intéressé, qui justifiaient probablement, à eux seuls, l'atteinte à la vie privée ; v. en ce sens : Paris, 15 mai 1970, D. 1970. 466, concl. Cabannes.

⁷⁹⁷ C. cass., ass. plén., 11 déc. 1992, 2 arrêts, JCP 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau.

⁷⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 7 mai 2008, n° 07-12.126, Bull. civ. I, n° 126, CCE 2008. Comm. 94, obs. A. Lepage.

⁷⁹⁹ Paris, 4 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. I. Somm. 201.

chaque personne de protéger ses propres intérêts, son existence est avérée dès la naissance de son titulaire, et prend fin, semble-t-il, à son décès⁸⁰⁰. C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à préciser qu'une personnalité ne pouvait se plaindre des précisions données dans un ouvrage sur sa vie intra utérine, ainsi que sur les événements et conditions de réalisation ayant entouré sa genèse : « mais qu'attendu au sens de l'article 9 susvisé l'atteinte à la vie privée suppose l'existence d'une référence ou allusion à la vie de la personne qui entend se prévaloir de cette atteinte. Que par son appartenance à la catégorie des droits de la personnalité, expression de l'originalité de l'individu dans son environnement social, le droit au respect de la vie privée n'existe qu'au profit de ceux qui, une fois nés, sont susceptibles de se plaindre, soit d'une ingérence illégitime dans leur vie personnelle, soit de la divulgation fautive de faits, actes ou comportements qui leur sont attribués et qu'ils sont fondés à soustraire à la curiosité du public [...] attendu que, même si dans certains domaines étrangers au respect de la vie privée, les droits de la personne rétroagissent au jour de sa conception, ne relève pas pour l'enfant des dispositions de l'article 9 du Code civil, la révélation par une femme de son refus de la maternité et des sentiments qui l'animaient avant ou au moment de la naissance »⁸⁰¹.

531. Cette décision est primordiale ; s'il n'y est pas avancé le fait que la vie privée n'est pas acquise à la naissance, il y est consacré l'idée selon laquelle exiger le respect de sa vie privée ne peut se faire qu'à l'instant où l'intéressé est en capacité de revendiquer, non rétroactivement, une atteinte qui y est faite. Se prévaloir du respect de la vie privée sous-entend nécessairement la capacité d'en exiger le respect. *A contrario*, cette absence de capacité empêchera quiconque de se prévaloir d'un tel respect. Quid du respect de la vie privée de l'enfant, ou de certains majeurs protégés ? Il semble nécessaire de consacrer le droit au respect de la vie privée dès le commencement de sa vie, même si on ne peut personnellement en exiger le respect.

532. Lorsque l'atteinte à la vie privée est postérieure au décès de l'intéressé, la jurisprudence tend à admettre que la protection de sa vie privée subsiste un certain temps après sa mort, et qu'après cette période elle s'efface au bénéfice du public - historien et critique notamment. Ce maintien de la protection de la vie privée ne trouve pas son fondement dans une transmission automatique aux ayants-droit du défunt de son droit au respect de sa vie privée, mais par la responsabilité civile de l'auteur de l'atteinte à l'égard

⁸⁰⁰ V. KAYSER P., « Les droits de la personnalité », *Op. cit.*

⁸⁰¹ TGI Paris, 5 mars 1997 ; CA Paris, 1^{ère} ch., 30 avril 1990, *Gazette du Palais*, 25-26 août 1993, p. 20.

des proches du défunt, de son conjoint et ses enfants en particulier ; le droit au respect de la vie privée n'est donc pas transmissible par décès, et les personnes justifiant d'un intérêt n'agissent pas en qualité d'ayants-droit du défunt, mais en leur nom personnel, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil⁸⁰².

533. Quand l'atteinte au respect de la vie privée d'une personne a été portée avant son décès, et qu'elle n'a pas agi contre l'auteur de l'atteinte, ne faut-il pas admettre que ses ayants droit peuvent le faire à sa place ? Il est constant que la protection d'un droit semble plus élevée en admettant que, faute d'agir elles-mêmes contre l'auteur de l'atteinte, les personnes concernées peuvent être relayées par leurs ayants droit. Mais ce parti soulève une objection grave : la victime n'a peut-être pas agi parce qu'elle a craint que la publicité de débats judiciaires ait pour conséquence une divulgation plus étendue de sa vie privée. Certes, l'article 435 du Code de procédure civile prévoit que le juge peut décider que les débats auront lieu - ou se poursuivront - en chambre du conseil, s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée de l'une des parties. Il ne s'agit cependant que d'une liberté soumise à l'appréciation du juge, dont les contours ne sont pas définis.

534. En outre, l'exercice du droit au respect de la vie privée impliquant l'appréciation d'un intérêt moral qui ne peut être faite que par le titulaire de ce droit, ce droit doit être considéré comme attaché à sa personne et intransmissible à sa mort à ses ayants droit. Dès lors que l'intéressé n'a pas engagé d'action de son vivant, ses ayants droit ne pourront ester en justice afin de faire réparer une atteinte au respect de sa vie privée. Enfin, il est possible de considérer, par analogie, que si le titulaire du droit a agi contre l'auteur de l'atteinte et est décédé au cours de l'instance, ses ayants droit peuvent la continuer, de sorte que l'action devient évolutive, à l'image de la nature du droit dont elle se prévaut.

535. Toute information relative au décès est couverte par le droit au respect de la vie privée⁸⁰³. En tant que droit de la personnalité, le droit au respect de la vie privée est donc, pour les raisons à l'instant évoquées, incessible pour cause de décès ; c'est ainsi que le droit d'agir en justice « s'éteint au décès de la personne, seule titulaire de ce droit »⁸⁰⁴. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée, dans la mesure où la jurisprudence reconnaît et

⁸⁰² Créé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 - art. 4.

⁸⁰³ Civ. 2^{ème}, 26 nov. 1975, D. 1977. Jur. 33, 2^{ème} esp., note R. Lindon ; V. : KAYSER P., La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée, Economica-PUAM, 3^{ème} éd., 1995, p. 256, n° 45.

⁸⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, D. 2000. Somm. 266, note C. Caron ; RTD civ. 2000. 291, note J. Hauser.

avalise l'action de l'héritier souhaitant non seulement faire reconnaître une atteinte à son propre droit au respect de sa vie privée, mais également au « respect dû à la mort et à l'épreuve qui l'entoure »⁸⁰⁵.

536. C'est pourquoi la Cour de cassation a pu affirmer l'idée selon laquelle « la fixation de l'image de la personne, vivante ou morte, sans autorisation préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder est prohibée »⁸⁰⁶, dans la mesure où elle ébranle leur abattement et leur deuil, lesquels ont trait à leur vie privée⁸⁰⁷. Il est donc ici fait mention de la vie privée des ayants droit, ce qui prouve qu'au décès de l'intéressé, seuls les héritiers peuvent intenter une action sur le fondement de l'atteinte à leur propre vie privée.

537. Néanmoins, une décision quasi désuète reconnaît que l'héritier ne peut agir contre la révélation d'informations relatives à la vie privée de son géniteur dans la seule hypothèse où il entend « défendre sa mémoire contre l'atteinte que lui porte la révélation de faits erronés ou déformés publiés de mauvaise foi ou avec une légèreté excessive »⁸⁰⁸ ; cette solution, fondée sur la liberté d'information et d'expression de l'historien et du critique, semble ne pas faire cas de l'existence d'un préjudice né de la révélation d'informations privées relatives au défunt en l'absence de propos « erronés ou déformés ». Or, cette éventualité semble tout à fait réalisable ; le critère de la révélation de seuls faits anachroniques n'est pas pertinent : le droit au respect de la vie privée devrait s'y opposer, peu importe que l'information soit erronée ou non.

538. Si certains éléments privés peuvent être dévoilés au décès de l'individu - sous réserve qu'ils ne portent pas atteinte à la vie privée de ses proches et qu'ils ne soient pas erronés - la jurisprudence met un point d'honneur à ce que les révélations faites au décès de l'intéressé ne concernent qu'un contenu et un public restreint. Il est à ce sujet considéré qu'un établissement bancaire est tenu de transmettre les relevés bancaires à l'héritier justifiant de leur qualité, mais qu'il peut néanmoins écuser les informations rigoureusement personnelles dont il aurait eu connaissance, de sorte que la divulgation ne

⁸⁰⁵ CORNU G., *Droit civil. Les personnes*, Domat Montchrestien, 13^{ème} éd., n° 36.

⁸⁰⁶ Crim. 20 oct. 1998, D. 1999. Jur. 106, note B. Beignier.

⁸⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2000, D. 2001. 872 et 885, par Gridel. Cette solution semble prendre modèle sur le droit moral de l'auteur, cessible aux héritiers en vertu de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, afin d'accorder une protection *post mortem* à certains droits de la personnalité, tel que le droit à l'image.

⁸⁰⁸ Paris, 3 nov. 1982, D. 1983. Jur. 248, note R. Lindon.

saurait uniquement concerner que les éléments strictement patrimoniaux⁸⁰⁹. La divulgation ne peut donc concerner que les questions strictement patrimoniales. Cette illustration confirme que le droit au respect de la vie privée ne s'éteint pas au décès de la personne qui en bénéficiait de son vivant ; cela est particulièrement vrai à l'égard des tiers, mais également concernant ses ayants droit⁸¹⁰.

539. En tout état de cause, si la jurisprudence s'accorde à adjoindre à la vie privée personnelle celle des membres de la famille restreinte⁸¹¹, force est de constater que la notion de « vie privée familiale » n'apparaît pas convaincante. S'il existe une véritable vie privée commune à toute la famille lorsque ses membres éprouvent ensemble certains moments, la vie privée individuelle, conduite en autonomie à l'extérieur du cercle familial, ne peut faire l'objet d'un quelconque partage. Soulignons d'ailleurs une antilogie dans le fait d'intenter une action pour atteinte au respect de la vie privée d'une tierce personne, qui vise à défendre un droit subjectif et intrinsèquement personnel.

540. Le droit à la protection de la vie privée est un droit de la personnalité ; l'action fondée sur une atteinte à la vie privée pour être recevable doit donc porter sur des faits qui visent une personne juridique existante et la concerne directement et elle seule. L'exception à ce principe permet d'exiger le respect de la vie privée d'une personne tierce décédée, dans la seule hypothèse de défense de sa mémoire lorsque les propos relatent des faits déformés ou empreints de mauvaise foi. Ce droit de la personnalité n'en demeure pas moins muable et évolutif, ce qui laisse penser qu'à l'image de ses classifications subjectives et extrapatrimoniales, sa non-transmission pourra être, dans un futur plus ou moins proche, remise en question.

⁸⁰⁹ La Cour de cassation considère à ce sujet que n'ont pas trait à la vie privée des renseignements d'ordre purement patrimonial, exclusifs de toute allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé : Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 257 ; 28 mai 1991, D. 1992. 213, note P. Kayser.

⁸¹⁰ V. Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. civ. I, n° 197, sur le refus d'ouverture d'un coffre détenu par le défunt dans un établissement bancaire demandé par les héritiers.

⁸¹¹ V. toutefois les décisions de justice qui ne reconnaissent pas une atteinte à la « vie privée familiale » faute de référence ou d'allusion à la vie privée de la personne qui prétend s'en prévaloir, Civ. 2^{ème}, 22 mai 1996, I.R., 196, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

2°§. Une nature évolutive

541. Le droit au respect de la vie privée est justifié par la liberté individuelle, et tend à protéger un intérêt moral. Ce dernier bénéficie au demeurant d'une nature pour le moins évolutive. Il opère un dépassement de la scission classique existante entre le droit public et le droit privé, témoigne de l'inopportunité de la distinction existante entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux, et justifie en outre qu'une dimension morale parallèle aux droits - notamment patrimoniaux - soit consacrée (A.). Son caractère apparemment extrapatrimonial peut être remis en cause par la contractualisation, l'exploitation économique, et le *right of publicity* qui sont venus depuis peu se greffer à ses caractéristiques (B.).

A. Remise en cause de la dualité patrimonial/extrapatrimonial

542. Il serait en première apparence étonnant de tenir le droit au respect de la vie privée pour un droit patrimonial. Néanmoins, l'évolution de sa nature est caractérisée par la remise en cause de la distinction existante entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, et le dessin parallèle d'un intérêt moral s'y adjoignant.

543. L'évolution subie par les droits intellectuels, principalement par le droit d'auteur, et l'émergence des droits voisins du droit d'auteur ont conduit une partie de la doctrine à rejeter la distinction traditionnelle entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux. Les biens de la personnalité, telle que la vie privée, participent à la même ambiguïté, qui consiste à se questionner sur la validité de la qualification exclusivement patrimoniale ou extrapatrimoniale conférée aux droits généralement tenus pour tels, qu'il s'agisse du droit de propriété et de créance pour la première catégorie ou du droit au respect de la vie privée pour la seconde.

544. Dès le XIX^{ème} siècle, la pratique jurisprudentielle et la doctrine ont reconnu que certains biens traditionnels, les tombeaux, les souvenirs et les bijoux de famille, comportaient une dimension « morale » justifiant des dérogations au droit commun des successions⁸¹². Un préjudice d'affection, distinct du droit de propriété, a pu par exemple

⁸¹² LINDON R., *Les droits de la personnalité*, Op. cit. ; POUSSON J. et A., *L'affection et le droit*, Éd. du CNRS, 1990, pp. 235-237, in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Op. Cit.

être reconnu au propriétaire d'un cheval victime de la faute d'un tiers⁸¹³. Il ne faut pas beaucoup chercher pour trouver d'autres exemples non moins significatifs dans le droit des contrats.

545. Les législations protectrices du locataire ont fait prévaloir sur la stricte application des dispositions du Code civil relatives au bail à loyer le « droit au logement » du locataire. Sans doute le droit ainsi attribué prend-il la forme classique d'un droit de créance institué par la loi, par la voie des dispositions impératives auxquelles l'article 6 du Code civil⁸¹⁴ interdit toute dérogation. Il reste cependant que face au droit patrimonial du propriétaire se laisse dessiner l'intérêt moral du locataire à ne pas perdre son logement.

546. De même, la réglementation impérative du contrat de travail tend à protéger l'intérêt du travailleur, qui ne se limite pas, dans tous les cas, aux avantages pécuniaires qu'il retire de l'exécution du contrat, mais prend en compte un intérêt non patrimonial, une reconnaissance certes limitée du droit au travail, mais prônant une approche sociale et sociologique du contrat de travail.

547. À l'image du droit au logement, le droit au respect de la vie privée peut légitimement s'accompagner d'un intérêt moral pour l'individu à espérer que sa vie privée soit respectée, au-delà même de son acception patrimoniale ou extrapatrimoniale.

548. La qualification patrimoniale conférée au droit de propriété et aux droits de créance s'explique par la position dominante dont ont traditionnellement joui le propriétaire et, en matière contractuelle, l'entrepreneur qui exerce une activité professionnelle. Dans une société marchande, les contrats conclus par cette catégorie d'agents juridiques poursuivent une fin principalement sinon exclusivement patrimoniale. Cette analyse se révèle cependant moins adéquate si l'on prend en considération la position de l'autre partie. Le locataire, le travailleur, l'assuré, le consommateur de produits divers veulent sans doute acquérir des biens de nature patrimoniale, mais il s'agit de biens dont la jouissance est directement liée à leurs conditions de vie et dont la privation inopinée est de nature à porter atteinte à leur personnalité. L'éviction d'un locataire à une époque de rareté des logements disponibles ou de flambée des prix de location, l'interruption brutale du service des fluides, la perte d'un emploi en période de chômage ne privent pas seulement le titulaire de ces

⁸¹³ Civ. 1^{ère}, 16 janv. 1962, Soc. hippique des courses de Langon, Fahre et Cie la Providence c/ Daille et de Lotherie, D, in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, Op. Cit.

⁸¹⁴ C. Civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

prestations d'un avantage économique certain ; elles le menacent dans la dignité à laquelle il a droit. Il est ainsi permis de dégager un principe de qualification des droits de créance, qui conduit à récuser la distinction systématique entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux. De même, la fonction sociale de la propriété affirmée par certaines constitutions européennes n'est pas une invocation pieuse : elle révèle les fins humaines des droits tenus pour patrimoniaux.

549. La distinction existante entre droit patrimonial et droit extrapatrimonial n'est dès lors pas toujours opportune, puisque certaines situations, entendues et comprises dans leur globalité, font directement appel aux deux sous-divisions. En outre, un intérêt moral peut s'adjoindre au droit patrimonial et/ou extrapatrimonial. Cette adjonction permet de considérer l'opportunité d'une approche sociologique et humaine, et non uniquement économique. Le droit au respect de la vie privée participe à cette vision pluridisciplinaire : qu'il soit assimilable à un droit extrapatrimonial - qui tend certes à se « patrimonialiser » - ne compromet pas son adjonction à un intérêt moral.

550. La division des droits et des intérêts selon qu'ils seraient ou non patrimoniaux ne rencontre pas seulement des obstacles insurmontables quand elle est appliquée aux droits intellectuels et aux biens de la personnalité ; certains considèrent qu'elle a cessé d'être adéquate pour la totalité des droits subjectifs et des intérêts protégés par la loi. Droits et intérêts, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, auraient alors de manière générale une double composante : économique - ou patrimoniale -, et morale.

551. Ce n'est pas pour autant que la division classique doive être entièrement rejetée, si elle ne subsiste que pour indiquer la note dominante d'un ensemble dualiste : l'élément patrimonial du droit de propriété, qui si en matière de droits de créance et droits intellectuels est certes prépondérant, n'en est pas pour autant exclusif. En ce qui concerne les biens de la personnalité, « ils sont nés sous le signe de l'extra-patrimonialité, pour accéder progressivement au marché d'échange généralisé qui caractérise les sociétés marchandes actuelles »⁸¹⁵ (*v. infra sur ce point*).

552. Le droit au respect de la vie privée présente alors un caractère particulier : il semble alors que constitue un droit subjectif extrapatrimonial, visant à protéger un intérêt moral, et

⁸¹⁵ RIGAUX F., La liberté de la vie privée, Préc., p. 563.

tendant à devenir, à certains égards, un droit patrimonial. Il semble donc se situer au confluent des droits subjectifs patrimoniaux et extrapatrimoniaux, en étant la parfaite illustration que ces deux catégories peuvent, également, présenter un caractère moral indéniable, matérialisé par la sauvegarde d'un intérêt moral.

553. Ce faisant, le droit au respect de la vie privée participe à gommer la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux, en se plaçant au cœur de chacune de ces deux catégories. Il témoigne de l'évolution certaine d'un droit initialement subjectif et extrapatrimonial, visant à garantir la sauvegarde d'un intérêt moral. La contractualisation à visée patrimoniale du droit au respect de la vie privée peut désormais, et sous certaines conditions, être constatée.

B. Contractualisation et patrimonialisation du droit au respect de la vie privée

554. *Le monopole d'exploitation de la vie privée.* Droit de la personnalité, le droit au respect de la vie privée est considéré comme un droit extrapatrimonial, parce qu'il assure la protection d'intérêts moraux et qu'il est difficilement susceptible de faire l'objet d'une évaluation pécuniaire. Il est néanmoins possible de se demander s'il n'a pas donné naissance, comme le droit des personnes sur leur image, à un droit patrimonial. En effet, lorsque certaines personnes consentent à la publication de leur image en contrepartie d'une compensation financière, elles autorisent la divulgation d'éléments de leur vie privée moyennant contrepartie. Il est parfaitement envisageable qu'une même convention ait pour objet la publication de l'image d'une personne et de faits relevant de sa vie privée, fut-elle conclue à titre onéreux. On est ainsi amené à reconnaître qu'une personne est investie d'un monopole d'exploitation de sa vie privée, assimilable au monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre⁸¹⁶ - mais différenciable du droit d'auteur.

555. Le droit au respect de la vie privée a très vite dû composer avec son ennemi. Ainsi, le régime des contrats a circonvenu les droits de la personnalité qui, d'un seul mouvement, sont entrés dans la sphère patrimoniale et dans l'espace public grâce au *right of publicity*. Si le droit au respect de la vie privée est par nature défensif, de sorte que « son titulaire

⁸¹⁶ AGOSTINI E., note sous Paris, 1^{ère} ch., 26 mars 1987 et TGI Paris, 1^{ère} ch., 4 mars 1987, J.C.P. 1987, II, 20904, cité par : RIGAUX F., *La liberté de la vie privée*, *Op. cit.*

entend se protéger contre toute agression, toute immixtion dans la solitude, la vie paisible et discrète dont il a fait le choix, le titulaire du *right of publicity* veut au contraire conquérir sa part de marché. Ce sont dès lors des intérêts patrimoniaux qu'il fait valoir lorsqu'il découvre que le profit qu'il tire ou peut tirer de son image est confisqué par un autre⁸¹⁷ ».

556. En principe, le *right of privacy* et le *right of publicity* ne peuvent entrer en concurrence nous indique François Rigaux. Ainsi, une personne transsexuelle avait cédé à un périodique le droit de divulguer le récit des opérations subies pour obtenir l'alignement du sexe sur le genre, et exerça l'action contractuelle tendant au paiement de la totalité de la rémunération convenue. Elle fut déboutée, le juge estimant le contrat contraire aux bonnes mœurs. Dès lors, la demanderesse ne put se rabattre sur une demande d'indemnité au titre de l'atteinte à son droit au respect de la vie privée⁸¹⁸. Cette décision date assurément, et la conception des bonnes mœurs qui y est avancée doit paraître aujourd'hui rétrograde. Mais il importe de retenir, plus que tout autre chose, que l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne saurait être constatée lorsque l'individu a personnellement consenti à la divulgation d'éléments concernant sa vie privée, moyennant au surplus une rémunération⁸¹⁹.

557. Les attributs de la personnalité autres que la création d'une œuvre de l'esprit ont donc fait l'objet d'une exploitation patrimoniale progressive dont l'encadrement est nécessairement passé par le droit des contrats. François Rigaux indique ainsi que : « Dans certains pays, aux droits intellectuels proprement dits se sont joints “les droits voisins du droit d'auteur”, notamment ceux des artistes-interprètes. Avant que ceux-ci n'aient reçu une consécration législative⁸²⁰, la jurisprudence de la Cour fédérale allemande s'était déjà efforcée de les protéger, tantôt sous leur aspect patrimonial⁸²¹, tantôt en les rattachant au

⁸¹⁷ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>, p. 45.

⁸¹⁸ Paris, 21 janvier 1972, Gaz. Palais, 1972, I, 375, cité par : RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », *Ibid.*

⁸¹⁹ Mais estimant - et c'est là que réside la problématique de l'espèce - le prix de sa rétribution financière dérisoire.

⁸²⁰ La protection des « droits voisins » (*verwandte Schutzrechte*) est contenue dans les paragraphes 70 à 87 de la loi allemande du 9 sept. 1965, modifiée en dernier lieu le 19 juil. 1996, in RIGAUX F., *La liberté de la vie privée, Préc.*

⁸²¹ La Cour de cassation (1^{ère} sect. civ., 4 janv. 1964, Soc. Urania Records et Soc. Thalia disques c/ es. Furtwängler, D., 1964, 3211, note Ph. Pluyette) a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Paris

droit⁸²² de la personnalité⁸²³ ». L'auteur ajoute que : « La participation de peintres, de graphistes, de vedettes du spectacle à des programmes de publicité commerciale a oblitéré toute démarcation nette entre l'art et la publicité. Certains spectacles aujourd'hui tolérés et bénéficiant de la liberté d'expression eussent il y a peu été pénalement qualifiés d'outrage public aux bonnes mœurs. Quand bien même on peut reconnaître à ces prestations une valeur artistique, l'objet essentiel du contrat est le consentement de ceux qui y participent au dévoilement de leurs parties intimes, voire à l'accomplissement d'actes sexuels sur la scène moyennant rémunération⁸²⁴. La pudeur est tombée dans le commerce »⁸²⁵.

558. Au sein d'un autre article, François Rigaux soulève que l'exploitation économique de la vie privée, si elle est bien réelle et ne doit pas être sous-estimée, témoigne d'un certain paradoxe. Ce dernier trouve écho dans la le fait que le droit au respect de la vie privée a été initialement considéré comme non-patrimonial, et jette « dans la circulation publique un bien qui n'avait au départ d'autre prix que celui - indicible et non évaluable - de l'intimité. La cession à autrui du droit d'exploiter les attributs de sa personnalité et, à plus forte raison, l'exploitation professionnelle et patrimoniale de ceux-ci ont pour effet de les projeter dans la sphère publique. Fausse à l'origine, l'idée que chaque personne a un droit de propriété sur les éléments qui composent sa propre vie privée devient vraie lorsque le sujet lui-même, contrôlant le flux d'informations le concernant, transforme son droit non patrimonial exclusif en droit de propriété »⁸²⁶.

559. La justification de l'atteinte portée à la vie privée est ici manifeste ; au consentement vient s'adjoindre, de manière inédite, la rémunération. Un parallèle peut être fait avec la matière sanitaire. En effet, l'existence d'une rémunération sera à souligner à l'occasion de la relation de soin. Néanmoins, le rapport n'en sera que mieux inversé. Ici,

qui avait déduit le caractère illicite de la reproduction sur disques de bandes enregistrées, de l'interprétation du contrat par lequel l'artiste avait consenti à cet enregistrement, *in* RIGAUX F., *Ibid.*

⁸²² Bundesgerichtshof, 31 mai 1960, quatre espèces, BGHZ 33,1 ; 33, 20 ; 33, 38 et 33, 48, *in* RIGAUX F., *Ibid.*

⁸²³ RIGAUX F., *La liberté de la vie privée, Préc.*, p. 558.

⁸²⁴ Le tribunal fédéral suisse (9 mai 1980, ATF 106, la, 267) n'a pas déclaré irrecevable le recours constitutionnel fondé sur le principe de la liberté du commerce (Constitution helvétique, art. 31) introduit contre la décision du tribunal administratif du canton de Saint-Gall ayant refusé l'autorisation d'exploiter un peep-show. Le recours a seulement été déclaré non fondé eu égard au caractère relatif des exigences de la moralité publique dont l'appréciation appartient à la juridiction cantonale, *in* RIGAUX F., *Ibid.*

⁸²⁵ RIGAUX F., *La liberté de la vie privée, Préc.*, p. 559.

⁸²⁶ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>.

les éléments de la vie privée du patient ne pourront pas être à l'origine d'une compensation financière. Au contraire, il s'agit bien de verser une contrepartie financière pour bénéficier de l'objectif premier de la relation de soin. Le patient ne peut donc se targuer de bénéficier d'un droit patrimonial - de propriété - donnant lieu à rémunération pécuniaire sur les éléments de sa vie privée. Cela ne signifie pas pour autant que lesdits éléments sont dénués de toute valeur : la problématique relative à l'exploitation des données de santé en donne une parfaite illustration. Si cela remet en cause l'idée que chaque personne a un droit patrimonial sur les éléments qui composent sa propre vie privée, cela démontre en parallèle la spécificité de la relation de soin, et l'incontestable impact qu'elle peut avoir sur les bases juridiques posées par le droit au respect de la vie privée.

560. *Conclusion de la section.* Les contours du droit au respect de la vie privée ne sont pas aisés à dessiner, tant sa nature est à la fois incertaine et évolutive. En tant que composante de la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée est rendu possible par l'existence de la liberté de vie privée, et par le droit implicite à la vie privée, mais ne peut être assimilé à une liberté.

561. Le droit au respect de la vie privée présente une nature tout à fait singulière, à la fois ambiguë et évolutive. D'apparence subjectif et extrapatrimonial, ce droit ne permet pas d'inscrire la vie privée à l'état des personnes, et, bien que des liens puissent être tissés entre eux, il ne peut être assimilé au droit d'auteur.

562. Son appartenance aux catégories patrimoniale et extrapatrimoniale n'est pas figée, au vu d'une part de la remise en cause qu'il est possible de faire de cette dichotomie et, par suite, de la patrimonialisation récente et progressive d'un droit initialement extrapatrimonial. Un monopole d'exploitation de la vie privée se dessine, en réponse à l'exploitation économique qu'il est possible d'en faire.

563. De même, la classification du droit étudié au sein de l'habituelle confrontation existant entre le droit public et le droit privé ne semble pas réalisable, dans la mesure où, si sa nature privée est indéniable, ses rapports étroits avec diverses autres libertés le projettent nécessairement vers le droit public. Cette confrontation constitue l'une des

limites du droit au respect de la vie privée - tel qu'envisagé par le droit commun - qu'il est possible de mettre en exergue (*v. Section II.*).

Section II. Limites du droit au respect de la vie privée

564. Outre les limites précédemment mises en lumière, ayant trait au lieu⁸²⁷ ou à la qualité de la personne concernée, les principales difficultés de mise en application du droit au respect de la vie privée sont intimement liées à sa nature : son antagonisme constitue une limite générale (1°§.), et son indéfinition caractérise une limite particulière (2°§.).

1°§. Une nature antagonique : limite générale

565. La « légifération » et la constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, ainsi que son observation par les juridictions nationales et internationales, si elles sont tard venues, demeurent aujourd'hui réelles. Ce droit, qui protège selon François Rigaux la démocratie, est élevé au même rang que des libertés qui lui sont amplement antérieures, et ne manque pas de s'y heurter⁸²⁸ ; c'est notamment vrai de la liberté d'expression et du droit à l'information (A.). Il affronte également l'immixtion de l'État dans la sphère privée de ses sujets au nom de la dignité humaine (B.). L'effectivité de sa mise en œuvre est ainsi, en quelques situations spécifiques, relative.

⁸²⁷ V. Section II. Chapitre I. du présent Titre.

⁸²⁸ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>, p. 44.

A. La confrontation du droit au respect de la vie privée à la liberté d'expression et au droit à l'information

1. La confrontation à la liberté d'expression

566. La liberté d'expression est « la base de toutes les autres libertés, sans elle, il n'est point de nation libre »⁸²⁹. Elle garantit à toute personne la possibilité d'émettre librement une opinion quelle qu'elle soit : sur un sujet, une personne⁸³⁰ ou une institution. En France, la liberté d'expression est consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁸³¹. Au niveau européen, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme du 3 septembre 1953⁸³² se charge de proclamer cette liberté ; citons enfin l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1999.

567. La liberté d'expression ne doit pas être confondue avec la liberté de la presse, qui en est sa principale illustration.

Victor Hugo disait : « La liberté de la presse, c'est la raison de tous cherchant à guider le pouvoir dans les voies de la justice et de la vérité. Favorisez, messieurs, favorisez cette grande liberté, ne lui faites pas obstacle ; songez que le jour où, après trente années de développement intellectuel et d'initiative par la pensée, on verrait ce principe sacré, ce principe lumineux, la liberté de la presse, s'amoindrir au milieu de nous, ce serait en

⁸²⁹ AROUET F.-M., dit Voltaire.

⁸³⁰ Physique ou morale.

⁸³¹ « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

⁸³² « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

France, ce serait en Europe, ce serait dans la civilisation tout entière l'effet d'un flambeau qui s'éteint ! »

568. La liberté d'expression est souvent, à tort ou à raison, associée à la liberté de la presse, dans la mesure où plus encore que la parole, c'est la publication - par la voie de la presse en l'occurrence - qui conditionne et illustre l'existence de la liberté d'expression : « La presse est un élément jadis ignoré, une force autrefois inconnue, introduite maintenant dans le monde ; c'est la parole à l'état de foudre ; c'est l'électricité sociale »⁸³³.

569. La possibilité a été donnée au Conseil constitutionnel de définir la liberté d'expression en ces termes : « Une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est une garantie essentielle des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale », rappelant que « ce droit a pour finalité principale celui pour chacun de recevoir une expression libre »⁸³⁴.

570. Si tant est que l'exercice du droit au respect de la vie privée sous-entende indéniablement l'existence d'une liberté individuelle de vie privée, la balance entre cette dernière et la liberté d'expression pose un certain nombre d'interrogations. Il semble en effet que l'équilibre à trouver entre deux libertés - de manière générale - soit relativement ardu, voire impossible à atteindre. En effet, cette « balance » pencherait tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, sans qu'une parfaite stabilité ne puisse émerger. Selon le Professeur François Rigaux : « La formule habituelle d'une recherche d'équilibre entre deux libertés antinomiques, ce que les Américains appellent *balancing test*, les Allemands *Interessenabwägung*, est largement illusoire car, au terme de cette recherche, un intérêt ou une liberté fait nécessairement céder l'autre »⁸³⁵.

571. À l'occasion d'une affaire contentieuse, deux libertés fondamentales à valeur constitutionnelle⁸³⁶ peuvent entrer en conflit, et il reviendra au juge de rechercher une

⁸³³ DE CHATEAUBRIAND F.-R., Mémoires d'Outre-tombe, 1849.

⁸³⁴ Cons. const., 10-11 oct. 1984, cité dans : par LECLERC M.H, *Les principes de la liberté d'expression et la Cour européenne des droits de l'homme*, Légipresse, déc. 1999, II-145.

⁸³⁵ RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>, p. 38.

⁸³⁶ La liberté d'expression est une liberté à valeur constitutionnelle depuis le 16 juillet 1971, lorsqu'est intégrée au bloc de constitutionnalité la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Son article 11 énonce que : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus

solution visant à ajuster ces deux libertés. Cette décision se fera toujours au bénéfice d'une partie, et donc d'une liberté, qui finalement prévaut temporairement sur l'autre.

572. L'élément déterminant lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression réside dans une double analyse. C'est avant tout la contribution de la révélation exprimée - oralement ou par écrit - à l'avancée du débat d'intérêt général qui sera examinée. L'avantage pourra alors, si l'intérêt général sort grandi par l'élément exprimé, être attribué à la liberté d'expression. Aussi la balance pourra-t-elle également pencher du côté de cette liberté si l'information dévoilée présente un caractère anodin, ou déjà connu - ayant notamment été révélée par l'intéressé.

573. La confrontation, bien réelle, entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression semble pouvoir donner lieu à une règle hiérarchique basée sur deux critères ci-avant exposés⁸³⁷. Les situations privilégiant l'expression constituent à n'en pas douter une véritable limite à la toute-puissance de la vie privée, atténuée par la légitimité de la liberté d'expression, dont la remise en cause serait vaine. Reste à définir, autant que faire se peut, la notion d'intérêt général. Car s'il semble difficile de se prévaloir du droit au respect de la vie privée après l'avoir soi-même dévoilée, la sauvegarde et l'entretien de l'intérêt général, de par la subjectivité de la notion, donnent libre cours à l'interprétation. Cette absence de définition constitue à nouveau la principale limite au droit au respect de la vie privée. À cette limite s'adjoint une seconde confrontation.

2. La confrontation au droit à l'information

574. Plus récemment, et dans le contexte si particulier de l'année 2015, une affaire a permis de cerner davantage la relation conflictuelle, comparative et sensible qu'il existe entre le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information. C'est ainsi qu'un élu de la République a dernièrement, comme la loi lui en donne le droit, visité l'établissement pénitentiaire dans lequel est incarcéré Monsieur A., jugé responsable de l'organisation des attentats qui ont touché Paris le 13 novembre 2015. Plus surprenant, l'élu a eu accès à la salle de vidéosurveillance de la cellule du détenu. Depuis, soucieux de faire partager au

précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

⁸³⁷ Pour rappel : l'intérêt général et le caractère anodin de la révélation.

public tout ce qu'il a pu voir et de l'informer sur les moindres détails de la vie carcérale de Monsieur A., le député a décrit dans la presse écrite et audiovisuelle tous ses faits et gestes. L'avocat de Monsieur A. a considéré que l'atteinte à la vie privée de son client était caractérisée, et a reproché au député d'avoir révélé, entre autres, « que celui-ci se lavait les mains et les dents ; qu'il se rendait aux toilettes ; qu'il portait un survêtement et un tee-shirt sombre ; qu'il cuisinait ; que sa cellule était propre ; qu'il semblait très nerveux... ». Certes, on ne peut que tancer le « déballage » médiatique intempestif auquel s'est livré le député, qui ne peut en outre se prévaloir du droit du public à l'information, tant lesdites informations n'apportent que trop peu, ni à un débat d'intérêt général, ni à un événement d'actualité, pas même sur l'état des prisons françaises, et ne sont manifestement communiquées au public que pour alimenter et exacerber son goût du voyeurisme. Comme le précise l'article 9 du Code civil, « Chacun a droit au respect de sa vie privée », sans distinction, ni discrimination. « Chacun », même s'il est suspecté d'être le cerveau des attentats les plus meurtriers de France depuis la Seconde Guerre mondiale, peut légalement revendiquer une sphère d'intimité dans laquelle nul ne peut pénétrer, et à propos de laquelle nul ne peut faire de divulgations, fût-il élu de la République.

575. Pour autant, et telle est la question qui se pose sur un plan strictement juridique, ces révélations ont-elles réellement pour objet la vie privée du détenu ? Par définition, les éléments couverts par la vie privée d'une personne, quelle qu'elle soit, sont ceux que celle-ci peut légitimement souhaiter soustraire à la connaissance des tiers grâce aux éléments de la vie privée : sa vie sentimentale, sa vie familiale, sa santé, son adresse, sa religion, ses correspondances, son patrimoine ou ses opinions (*v. Titre I.*).

576. En l'occurrence, les éléments que le député s'est cru autorisé à divulguer ne concernent pas vraiment la vie privée de Monsieur A., mais bien plutôt sa vie quotidienne, son quotidien désormais banal et normal. Sans compter que les éléments révélés n'apportent aucune information sur sa personnalité, puisque, par exemple chacun connaît sa religion, et ne sera pas étonné qu'il la pratique. En somme, « le député a été trop bavard, c'est un fait, mais le droit au respect de la vie privée de Monsieur A. n'en a pas souffert, c'est du droit »⁸³⁸.

577. La caractérisation d'une atteinte au droit à la vie privée passe donc par le fait que l'information révélée porte sur une donnée couverte par la vie privée, et dont la liste, certes

⁸³⁸ V. en ce sens : D. MAZEAUD, « Vie publique, vie privée, vie quotidienne », La semaine juridique Édition générale n° 29, 18 juillet 2016, Édito.

non exhaustive, sera fixée par le juge - à défaut d'être définie par la législation en vigueur, ce qui est regrettable. Une double limite à l'application du droit au respect de la vie privée voit donc le jour, soulignée par la nécessité de l'atteinte à un élément couvert par la vie privée et par l'absence de définition des notions de « vie privée » et d' « éléments entrant sous le couvert de la vie privée ». L'interprétation reste donc de mise (v. 2°§.).

578. Au contraire, la révélation d'une information à caractère privé porte atteinte à la vie privée dès lors que cette révélation n'est pas justifiée par le droit à bénéficier d'une information légitime et nécessaire. C'est ainsi que le 20 mars 2014, la Cour de cassation a jugé que le droit de chacun au respect de sa vie privée s'oppose à ce qu'un humoriste, dans le cadre d'une émission de radio satirique, utilise l'enfant d'une personnalité publique et exploite sa filiation afin de lui faire tenir des propos imaginaires et caricaturaux, dès lors que l'enfant est identifiable par la référence à son âge, à son prénom, à celui de sa mère, ainsi qu'à un tic de langage de son grand-père⁸³⁹.

579. Celui qui abuse de sa liberté d'expression et du droit au public à l'information, en portant atteinte à la vie privée d'autrui sans nécessité, sans légitimité, ou de manière disproportionnée engage, de ce seul fait, sa responsabilité. Il convient de souligner que la Haute Cour a rappelé que l'atteinte à la vie privée ne suppose pas obligatoirement que la personne soit identifiée pour que la faute soit constituée. Une personne simplement identifiable peut donc parfaitement invoquer les dispositions relatives à la protection de la vie privée.

580. La légalité de la révélation, justifiée par le droit à l'information, suppose ainsi la confrontation à deux critères, éclairé par les questions suivantes : la révélation concerne-t-elle une donnée couverte par la vie privée, et non la vie quotidienne ? Cette révélation a-t-elle été faite au nom de l'intérêt général : est-elle légitime, nécessaire et proportionnée ? Répondre respectivement par la négative et la positive à l'une de ces deux questions fera nécessairement prévaloir la liberté d'expression et le droit à l'information sur le droit au respect à la vie privée. Si tel n'est pas le cas, l'atteinte au droit au respect de la vie privée sera caractérisée.

⁸³⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° de pourvoi : 13- 16829.

581. La Cour européenne des droits de l'homme a pour sa part précisé et multiplié les critères permettant de faire prévaloir le droit à l'information sur le droit au respect de la vie privée, après que les juridictions nationales se sont prononcées sur une affaire relativement médiatisée. Par un arrêt du 15 janvier 2015⁸⁴⁰, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi enregistré par Mediapart, condamné au civil après publication électronique d'enregistrements subreptices réalisés par le majordome de la première fortune française, au sein de son domicile. La Cour de cassation a bien heureusement argué, à cette occasion, « que constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel », ajoutant que « le recours à ces procédés constitue un trouble manifestement illicite, que ne sauraient justifier la liberté de la presse ou sa contribution alléguée à un débat d'intérêt général ni la préoccupation de crédibiliser particulièrement une information, au demeurant susceptible d'être établie par un travail d'investigation et d'analyse couvert par le secret des sources journalistiques ».

582. Mais l'affaire en question n'aurait que partiellement attiré notre attention si lesdits enregistrements n'avaient pas été réverbérés, en février 2015, lors d'une audience du tribunal correctionnel de Bordeaux, en charge de se prononcer, pénalement, sur les éventuels abus de vulnérabilité accomplis sur Madame Bettencourt. S'il semble difficile de remettre en cause le caractère probant de ces enregistrements, permettons-nous de souligner le paradoxe à les utiliser après que la Cour de cassation a explicitement caractérisé leur illicéité, au sein d'une juridiction qui, n'en doutons pas, ne saurait ignorer la lettre de l'article 226-1 du Code pénal.

583. En tout état de cause, Mediapart saisit la Cour EDH, sur le fondement de l'article 10 de la Convention EDH⁸⁴¹. La balance existante entre le fait de privilégier le droit au

⁸⁴⁰ C. Cass., 1^{ère} civ., 15 janv. 2015, 14-12.200, Inédit, Rej., « Affaire Bettencourt », Déc. attaquée : CA Versailles, 4 juil. 2013.

⁸⁴¹ « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

respect de la vie privée ou le droit du public d'être informé - et la liberté d'expression - a été précisée par la Cour EDH à l'occasion d'un arrêt daté du 24 juin 2004⁸⁴², au sein duquel le droit au respect de la vie privée avait primé sur celui de l'information⁸⁴³. Pour ce faire, certaines références juridiques plus ou moins expédientes ont été retenues : « La Cour considère qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits - même controversés - susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, se rapportant à des personnalités politiques, dans l'exercice de leurs fonctions officielles par exemple, et un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne qui, de surcroît, comme en l'espèce, ne remplit pas de telles fonctions. Si, dans le premier cas, la presse joue son rôle essentiel de « chien de garde » dans une démocratie en contribuant à « communiquer des idées et des informations sur des questions d'intérêt public », il en va autrement dans le second cas. (...) De même, s'il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques (...) La Cour considère que l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général ».

584. La CEDH a depuis échenillé et éclairé sa position grâce à deux décisions, qui déterminent lisiblement les données de dénouement des conflits entre la vie privée et la liberté d'expression - et plus particulièrement le droit du public à l'information et la liberté de la presse. Dans sa première décision⁸⁴⁴, six données permettant la « mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée » sont mises en exergue ; il s'agit de la contribution à un débat d'intérêt général (1), de la notoriété de la personne visée et de l'objet du reportage (2), du comportement antérieur de la personne concernée (3), du mode d'obtention des informations et leur véracité (4), du contenu, de la

⁸⁴² CourEDH, 24 juin 2004, Von Hannover c. Allemagne, n° 59320/00.

⁸⁴³ Il s'était agi, en l'espèce, de l'édition de clichés de Caroline de Hanovre, pris à l'occasion de certains de ses loisirs, soit dans le cadre d'activités privées, fussent-ils pratiqués en extérieur - ce fut du moins la position de la Cour EDH. L'édition de tels clichés, qui représentaient une personne qui n'exerçait alors aucune fonction publique ni politique, avait bafoué son droit au respect de sa vie privée, défendu pour rappel à l'article 8 de la Convention EDH.

⁸⁴⁴ CourEDH, Axel Springer Ag c/ Allemagne, 7 fév. 2012, n° 39954/08 : l'interdiction de la publication d'articles de presse témoignant de l'arrestation et de la condamnation, pour détention de stupéfiants, d'un acteur de télévision allemand, a été considérée comme attentatoire à la liberté d'expression du journal requérant.

forme et des répercussions de la publication (5), et de la gravité de la sanction imposée (6). Dans la seconde espèce⁸⁴⁵, la Cour fait une application des données mises en lumière, en affirmant la primauté de la liberté d'expression et du droit à l'information sur le respect de la vie privée : « Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, concernant notamment la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général et de publier des photos. À cette fonction s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir ».

585. Ce faisant, il devient bien malaisé d'affirmer de manière absolue que la diffusion d'extraits d'enregistrements de propos obtenus en violation de l'article 226-1 du Code pénal, quelle que soit leur teneur, est sanctionnée et ne peut être justifiée au regard de l'article 10 de la Convention EDH ; cette analyse omet du moins la récente jurisprudence européenne, qui semble poser sur un certain piédestal la liberté d'expression et celle de la presse, parfois même - et l'affirmation à venir est intimement subjective - lorsque l'intérêt général ne semble pas être l'objectif premier poursuivi par certains articles journalistiques.

586. En tout état de cause, le droit à l'information est un droit à valeur constitutionnelle souvent évoqué pour justifier l'atteinte à la vie privée. Le lien existant avec le droit à l'image peut présentement être souligné, au vu de son omniprésence dans notre société, qui après avoir été caractérisée par l'information, tend désormais à se distinguer par son étroit rapport à l'image⁸⁴⁶. Ainsi, dès lors qu'une image illustre un fait d'actualité de façon pertinente, aucune autorisation n'est requise pour permettre sa diffusion. Dès lors, la publication de la photographie d'une victime, grièvement blessée et ensanglantée, de l'attentat du RER Saint-Michel⁸⁴⁷, n'a pas été jugée contraire à la dignité humaine, dans la mesure où ladite publication était dépourvue de « recherche du sensationnel et de toute indécence »⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Qui concerne à nouveau Caroline de Hanovre ; Cour EDH, 19 septembre 2013, n° 8772/10 : prime sur la vie privée de l'intéressé le droit légitime des journalistes à publier un cliché la représentant afin d'illustrer un « article qui rendait compte d'une nouvelle tendance parmi des célébrités de mettre leurs résidences de vacances en location »

⁸⁴⁶ V. en ce sens : André BERTRAND, *Droit à la vie privée, droit à l'image*, 1999.

⁸⁴⁷ L'attentat du RER B à Saint-Michel est un attentat meurtrier qui s'est déroulé le 25 juillet 1992, vers 17 heures, dans la gare Saint-Michel - Notre-Dame de la ligne B du RER d'Île-de-France, située à Paris.

⁸⁴⁸ C. cass., 1^{ère} ch. civ., 20 décembre 2000, Bull. 2000, I, n° 341.

587. La relation directe à un fait d'actualité, ainsi que la pertinence, le caractère anodin ou public de l'information, peuvent également justifier l'atteinte à la vie privée, notamment par la presse, et témoignent des différentes nécessités de l'information.

588. Le droit à l'information, plus encore que l'élément conflictuel qu'il peut représenter, constitue avant toute autre chose une véritable limitation au droit au respect de la vie privée, sous réserve des caractéristiques présentées par cette information - caractère anodin ou public - ou de la nécessité et de l'opportunité de l'information - confrontation à l'intérêt général notamment. Seul ces deux éléments, couplés aux six autres mis en lumière par la Cour européenne des droits de l'homme, permettront la caractérisation de l'atteinte à la vie privée, de sorte qu'il est difficile d'établir une généralité sur la prévalence du droit à l'information sur le droit au respect de la vie privée.

589. Ajoutons enfin que le Conseil constitutionnel n'est pas en reste lorsqu'il s'agit de confronter le droit au respect de la vie privée à d'autres normes à valeur constitutionnelle ; ce dernier a instauré un contrôle malléable qui confère une large portée au droit au respect de la vie privée. Pour ce faire, le Conseil rappelle qu'il appartient au législateur d'assurer la « conciliation » entre le droit au respect de la vie privée et certaines aspirations aussi fluctuantes que la sauvegarde des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions⁸⁴⁹, le maintien de l'ordre public⁸⁵⁰, le droit de propriété⁸⁵¹, la lutte contre la fraude⁸⁵² - et plus particulièrement la fraude fiscale⁸⁵³ - et la prévention et la lutte contre les conflits d'intérêts⁸⁵⁴. On observe présentement « la balance des intérêts, dont la mise en œuvre est souvent délicate et suppose de trouver un équilibre entre des droits et libertés opposés »⁸⁵⁵.

590. Le contrôle du Conseil trahit le caractère non-absolu du droit au respect de la vie privée : une loi y étant attentatoire ne sera pas, de ce seul fait, contraire à la Constitution. Néanmoins, cela signifie également que l'atteinte au droit au respect de la vie privée doit assurément être justifiée par une exigence constitutionnelle - telle que la dignité humaine -

⁸⁴⁹ Jurisprudence abondante : Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, cons. 6.

⁸⁵⁰ Cons. const., 21 fév. 2008, n° 2008-562 DC, cons. 30.

⁸⁵¹ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 23.

⁸⁵² Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC, cons. 11.

⁸⁵³ Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, cons. 106 ; 29 déc. 2013, n° 2013-684 DC, cons. 10.

⁸⁵⁴ Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, cons. 28. Les six décisions sont citées par : MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Préc.*

⁸⁵⁵ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Ibid.*

voire par l'intérêt général. Le Conseil rappelle qu'il s'agit là d'une première étape que les dispositions législatives doivent fatalement franchir.

591. Par suite est opéré un contrôle de proportionnalité visant à vérifier que l'atteinte à la vie privée est véritablement proportionnée à l'objectif poursuivi. Ceci est particulièrement avéré en termes de procédure pénale, le juge constitutionnel s'assurant scrupuleusement à ce que les mesures d'enquête et d'immixtion soient cernées de garanties, notamment sur le plan procédural⁸⁵⁶ et soient réellement proportionnées aux aspirations du législateur⁸⁵⁷.

592. Si la confrontation du droit au respect de la vie privée avec diverses libertés - ou droits - constitue une véritable limitation à sa mise en application directe, il existe un autre frein à son emploi médiat, qui lui est quasiment exclusif, constitué par l'ingérence de l'État au sein de la vie privée au nom de la dignité.

B. Justification de l'ingérence de l'État dans la vie privée par la dignité humaine

593. L'interrogation des arguments pro ou contre la réalisation de l'auto-détermination personnelle, en ce qu'elle protège l'individu - y compris contre lui-même - fait émerger deux raisonnements antinomiques : « d'un côté, les arguments qui mettent en avant l'autonomie morale et la liberté individuelle sous la forme de la prééminence de la *privacy* et de l'autre côté, les arguments selon lesquels les droits de l'individu peuvent être sacrifiés au nom d'une priorité normative sur l'affirmation égoïste des droits individuels et se traduire dans des dispositions juridiques contraignantes : ordre public, identité narrative, communauté de sens, dignité humaine, Humanité... »⁸⁵⁸.

594. C'est ainsi que l'État peut s'immiscer dans la vie privée de ses citoyens au nom de l'ordre public, parfois au prix d'une remarquable méconnaissance de la volonté

⁸⁵⁶ Vincent Mazeaud nous rappelant à ce sujet que la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution, dont le juge judiciaire est le gardien, pouvant être combinée avec le droit au respect de la vie privée » : v. par ex., au sujet de l'hospitalisation sans consentement : Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-202 QPC, cons. 10.

⁸⁵⁷ Par ex. : Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, cons. 24.

⁸⁵⁸ BORRILLO D., « Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort ? », *Op. cit.*

individuelle, du rapport à soi-même et, par extension, de la vie privée. Cet empiètement constitue une réelle limite à la mise en application du droit au respect de la vie privée et trouve sa justification dans la volonté étatique de garder la mainmise - cette affirmation étant faite sans essence péjorative - sur ses sujets de droit, au prix parfois d'empêchement : « Comme la personnalité est un don du groupe qui confère une dignité, la faire disparaître par le suicide revient à nier le collectif qui a créé la personne en la conférant », souligne le Professeur Xavier Bioy⁸⁵⁹. Les prémisses de cette représentation sont anciennes, puisqu'au XVIème siècle déjà, « le suicidé commettait un acte de félonie, non seulement parce qu'il agissait contre la nature et contre Dieu, mais aussi contre le roi, en ce que, par cet acte, le roi a perdu un sujet ; et étant la tête, il a perdu l'un de ses membres mystiques »⁸⁶⁰. De nos jours, la Cour européenne des droits de l'homme va jusqu'à considérer que le droit au respect de la vie privée, énoncé à l'article 8 de la Convention, suppose le droit à la liberté du choix de vie - ou la liberté de se suicider⁸⁶¹.

595. Certains auteurs avancent alors que ce n'est pas le respect de la vie privée et du consentement libre qui détermine le rapport de l'individu à lui-même ; au contraire, la subjectivité de ces notions mènerait même vers l'égarement et la chosification de soi⁸⁶². L'État imposerait alors, via l'intervention du droit, de respecter la « dignité humaine », notion commune ayant trait à l'humanité habitant universellement chaque être humain. Illustrant juridiquement l'amour et le bien-être, la dignité humaine justifierait l'interdiction pour un individu d'adjurer un accompagnement au suicide, de solliciter une assistance sexuelle, de souhaiter porter un enfant pour autrui, de réclamer un changement de sexe à l'état civil sans avoir recours à la chirurgie, d'ambitionner une insémination artificielle du sperme de son compagnon décédé ou d'assumer ses accointances sexuelles extrêmes⁸⁶³.

⁸⁵⁹ V. en ce sens : « Le concept de personne humaine en droit public », Paris : Dalloz, 2003, p. 709.

⁸⁶⁰ KANTOROWICZ E., *Les deux corps du roi*, Paris, Gallimard, 1989, p. 197.

⁸⁶¹ CourEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; VIALLA F., dir., *Les grandes décisions du droit médical*, p. 76, comm. THIERRY J.-B.

⁸⁶² V. en ce sens : BORRILLO D., « Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort ? », *Op. cit.*

⁸⁶³ Le philosophe Ruwen OGIEN affirme à ce propos : « L'argument moral dit : porter un enfant pour un autre, c'est se réduire soi-même à l'état de chose, de « four à bébés ». C'est une atteinte à sa propre dignité. Toute la question serait cependant de savoir si on ne porte pas encore davantage atteinte à la dignité de la personne qui envisage de porter un enfant pour une autre en lui interdisant de le faire comme si elle était une personne cupide ou irresponsable. Vu sous cet angle, l'argument est paternaliste. Le paternalisme étant cette attitude qui consiste à penser qu'on sait mieux que les autres ce qui est bien pour eux.

596. Adjointe à la libre disposition de soi⁸⁶⁴, une nouvelle forme de conservatisme impose l'amour de l'humanité qui est en nous. Cette éminente forme de paternalisme envisage globalement et *in abstracto* que certaines décisions personnelles sont intrinsèquement mauvaises puisqu'antagonistes à l'amour de soi ou à la dignité humaine. Il ne revient pas en l'espèce d'ériger ou conforter les droits de l'Homme mais bel et bien les droits de l'Humanité ; les droits subjectifs de l'individu, tels que les droits de la personnalité, s'évaporent pour laisse libre cours à l'ordre public de la dignité humaine, qui, « en pleine inflation fétichiste dans le vocabulaire juridique contemporain, offre aux adversaires résolus du subjectivisme moderne le moyen de combattre aussi bien en théorie qu'en pratique toute idée de souveraineté individuelle, y compris dans le cadre intime de la seule disposition de soi, en prétendant médiatiser et donc surveiller et contrôler, sans nullement y avoir été autorisés par l'intéressé de quelque manière que ce soit, le rapport que le sujet entretient avec lui-même, en lui faisant valoir que, même dans le contexte apparent de la plus pure *privacy*, la présence permanente de l'humanité qui l'habite lui interdit pourtant toute solitude et toute possibilité d'échapper à la transcendance des réquisitions d'un ordre public ou symbolique naturel »⁸⁶⁵.

597. La dignité humaine a été adjurée devant le Conseil d'État par les requérants⁸⁶⁶ à 140 reprises depuis le fameux arrêt d'Assemblée « Commune de Morsang-Sur-Orge » du

Au total, il semble que, dans nos sociétés, il existe des restrictions au principe de libre disposition du corps qui relèvent non pas du principe clairement affirmé et largement reconnu de la non commercialisation du corps humain, mais d'une certaine forme de paternalisme moral.

Dans tous les cas, les supporteurs de la dignité humaine diront : « Vous n'avez pas le droit moral de le faire, même si en le faisant vous ne causez aucun tort direct et intentionnel aux autres, même si ce que vous faites est le résultat d'une décision qui tient compte de toutes les contraintes auxquelles vous êtes confrontées dans votre vie. Car c'est contraire à votre dignité et à celle de l'humanité entière ».

Ce raisonnement est dangereux. Il exprime la tendance à faire jouer la dignité humaine contre les libertés individuelles », *in* OGIEN R., « 'Mon corps est à moi', 'Non, c'est non'. Que reste-t-il de ces principes ? », Université Paris V - René Descartes (France).

⁸⁶⁴ Et des libertés adjacentes telles que la liberté procréative, liberté sexuelle, liberté religieuse, liberté d'expression, liberté vestimentaire...

⁸⁶⁵ CAYLA O., THOMAS Y., *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris : Gallimard, coll. « Le Débat », 2002, p. 78, *in* BORRILLO D., « Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort ? », *Op. cit.*

⁸⁶⁶ Dans certains cas, la « dignité humaine » n'est pas invoquée comme principe juridique mais apparaît dans la décision dans la dénomination d'un requérant v. par ex. : CE, Ass. 30 juin 2000, Association « Choisir la vie - Association pour l'objection de conscience à l'avortement », n° 216130, au Lebon ; CE, 6 octobre 2000, Association Promouvoir, n°216901, au Lebon.

27 octobre 1995⁸⁶⁷. Ce terrain n'est pourtant pas la chasse gardée du juge de la haute juridiction administrative, qui ne se risque que rarement à faire une application directe du principe de dignité⁸⁶⁸. Lorsqu'il le fait, il est possible de reconnaître alors deux portées de la dignité, dont une seule nous semble justifiée. La première perception sous-entend que « l'État soit fondé à empêcher une personne de disposer d'elle-même s'il estime qu'elle attente à sa dignité » ; la seconde admet que « l'État ait seulement un titre à empêcher une personne de disposer d'autrui s'il n'y a pas consenti »⁸⁶⁹.

598. La dignité peut être positivement perçue comme « une prérogative ou un rempart de l'individu face à toute immixtion »⁸⁷⁰ des tiers, et notamment celle de l'autorité publique, qui peut justifier certains de ses actes - plus particulièrement des mesures de police restreignant la liberté, notamment de disposer de soi-même - au nom de la dignité humaine. Devant le Conseil d'État, l'arrêt relatif au lancer de nain a entériné, pour la première fois, le fait que le respect de la dignité justifie l'opposition à la volonté individuelle en interdisant au sujet la réalisation de certains actes apparemment incompatibles avec sa dignité, limitant expressément sa liberté à disposer de lui-même.

599. Les applications juridiques de la notion de dignité témoignent d'une conception à l'allure bienveillante et émancipatrice, ainsi que d'un dessein visant à circonscrire les droits et libertés. La méfiance à l'égard de ce principe peut dès lors être entendue. La Commission chargée de se prononcer sur l'éventuelle modification du préambule de la Constitution française avait conseillé, dans l'hypothèse d'une modification, de reconnaître « l'égale dignité de chacun », afin d'entériner le penchant libérateur de la dignité⁸⁷¹ :

⁸⁶⁷ Il existe néanmoins un précédent d'utilisation du principe de dignité dans le domaine de l'audiovisuel : CE, 3 décembre 1993, Ciné Cinéma Câble, n° 142338, tables : v. en ce sens : CHAMPEIL-DESPLATS V., et SLAMA S., « Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 30 mai 2014, URL : <http://revdh.revues.org/828>, consultée le 20 janvier 2015

⁸⁶⁸ Une quinzaine de décisions sont exclusivement basées sur la dignité humaine ; v. en ce sens : CHAMPEIL-DESPLATS V., et SLAMA S., « Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous », *Ibid.*

⁸⁶⁹ Il s'agit de l'« égale-dignité » ; v. en ce sens : DE BÉCHILLON D., « Il est possible de faire beaucoup à Constitution constante », AJDA 2009 p. 10 ; v. aussi : « Redécouvrir le préambule de la Constitution », Paris, La Documentation Française, 2009 ; CAYLA O., « Dignité humaine : le plus flou des concepts », Le Monde, 31 janv. 2003, p. 14

⁸⁷⁰ ROMAN D., « A corps défendant : la protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, chron. p. 1284.

⁸⁷¹ Redécouvrir le préambule de la Constitution, La Documentation française, 2009, p. 86 ; v. DE BÉCHILLON D., « Entretiens », AJDA, 2009.

« Gageons que la prudence juridictionnelle qui avait jusqu'à ce moment prévalu demeure, et qu'à tout le moins, l'égle dignité ne s'efface pas au profit d'une inégale liberté »⁸⁷².

600. On ne peut en effet s'empêcher de regretter que la dignité humaine reflète finalement aujourd'hui, en grande partie, la démonstration politique des conceptions fondamentales et objectives de ce qui est mieux pour nous. Est-ce à dire qu'il est à souhaiter l'autorisation de toutes les pratiques susmentionnées, au nom de la liberté et du respect de la vie privée ? La réponse universelle n'existe pas, mais nous restons persuadés qu'un encadrement juridique des procédés présente plus d'avantages qu'une interdiction formelle au nom d'un principe indéfini, subjectif et fausement vertueux.

2°§. Une nature indéfinie : limite particulière

« Pourquoi toutes les tentatives de cerner un « noyau dur » de la vie privée, un glaci infranchissable ont-elles échoué sinon parce qu'une telle entreprise est vouée à l'échec ? »

François RIGAUX

601. Il peut être considéré que les notions les plus usuelles relatives à la vie privée ont un tel caractère de généralité qu'elles résistent à tout effort de définition. En tout état de cause, l'absence de définition de ces notions - vie privée, intimité de la vie privée - et de la protection à laquelle elles sont rattachées, constitue une limite particulière à l'application du droit au respect de la vie privée.

602. *Généralité et indéfinition de la « vie privée ».* Sans revenir sur ce qui a déjà pu être avancé⁸⁷³, soulignons que l'importance du droit au respect de la vie privée est à mettre en corrélation avec l'imprécision de son contenu principalement causée par l'indéfinition de la *vie privée*. Cette dernière fait partie de ces notions, mystérieuses, dont on perçoit aisément semble-t-il les limites, sans toutefois réussir à les formuler avec finesse. La jurisprudence joue alors le rôle que le législateur a entendu lui donner : il peut s'agir, selon elle, de « l'intimité de l'être humain en ses divers éléments afférents notamment à sa vie

⁸⁷²CHAMPEIL-DESPLATS V., et SLAMA S., « Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous », *Op. cit.*

⁸⁷³ V. Titre I de la présente partie.

familiale, à sa vie sentimentale, à son image ou à son état de santé, qui doivent être respectés en ce qu'ils ont trait à l'aspect le plus secret et le plus sacré de la personne »⁸⁷⁴. La définition de la notion mère par assimilation à l'un des éléments qui la composent reste souvent de mise, alors qu'il est primordial de rappeler que « vie privée » et, en l'occurrence, « intimité », ne sont pas synonymes. De nombreux aspects, parfois inattendus, composent donc la vie privée et, par extension, le droit au respect de la vie privée. Malgré l'abord quantitatif et qualitatif non négligeable de ce droit fondamental, la jurisprudence se révèle relativement peu fournie en matière de vie privée en établissement de santé.

603. Pour Jean-Baptiste Thierry, cette relativité peut être expliquée par la méconnaissance du droit au respect de la vie privée, et par l'ignorance des violations et atteintes qui peuvent y être faites⁸⁷⁵. La personne concernée peut elle-même ignorer qu'une attitude est attentatoire à sa vie privée ; inversement, et dans le cadre qui nous intéresse ici, le professionnel de santé peut être inconscient de l'atteinte qu'il est en mesure de causer. Cette ignorance réciproque peut conduire à la non-saisine des juridictions. En outre celle-ci peut-elle être expliquée par le fait qu'il peut être considéré que la voie contentieuse n'est pas la plus opportune pour régler un différend relatif à la vie privée ; une médiation ou un rappel à la loi peuvent s'avérer tout aussi efficaces, surtout lorsque l'atteinte causée reste faible. Sans entendre revenir sur la définition de la vie privée, il est nécessaire de souligner la difficulté à laquelle l'individu - et le patient - peut être confronté dès lors qu'il entend faire respecter une notion indéfinie, d'autant plus que la protection qui l'encadre ne l'est pas davantage.

604. *Généralité et indéfinition de la protection civile de la vie privée.* Lorsqu'en 1970 le législateur institue le principe de la vie privée dans la législation civile et pénale, force est de constater que c'est en termes très généraux qu'il le formule. Plus encore que les dispositions pénales, l'article 9 du Code civil déclare que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Pour concis qu'en soit l'énoncé, ce principe s'avère d'emblée doublement large, d'une part, par l'emploi du terme « chacun », qui *a priori* n'exclut personne du

⁸⁷⁴ CA Paris, 5 déc. 1997, D. 1998, inf. rap., 32 (au sujet de l'annonce de l'internement psychiatrique du maire d'une commune).

⁸⁷⁵ THIERRY J.-B., « Intimité et vie privée de la personne en institution », in VIALLA F., dir., *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Op. cit.

champ de la protection, d'autre part, par le recours à la notion imprécise de « vie privée » sans décliner ce qu'elle contient.

605. Cette généralité est à joindre à la non-dispersion des protections juridiques, qui peut être avantageuse à certains égards ; en effet, contrairement à d'autres intérêts protégés par la loi, la vie privée fait l'objet d'une protection juridique expresse⁸⁷⁶ par le droit commun via deux articles codifiés. Or, pour atteindre l'objectif de protection juridique en France, il existe pas moins de 11 000 lois, 140 000 décrets et 400 000 règlements⁸⁷⁷. Le fait que le droit au respect de la vie privée trouve écho dans seulement deux textes législatifs codifiés de droit commun permet d'assurer une certaine sécurité juridique. Dès lors, la limite constatée par la généralité de la protection - tant sur la forme : deux articles ; que sur le fond : généralité des termes employés - peut également être perçue comme une force si l'on considère qu'elle vise à réduire l'éparpillement.

606. En outre, si le caractère absolu de la protection de la vie privée constitue un standard, véritable leitmotiv qui revient dans maintes décisions, on aurait tort de croire que, dans la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil, la jurisprudence procède sans nuance. Nuances et non exceptions de principe, puisqu'elles tiennent à des circonstances particulières, et relèvent ainsi du cas d'espèce. Le rôle du juge en est alors facilité : la marge de manœuvre qui lui est offerte est telle qu'il peut apprécier individuellement l'éventuelle violation du droit au respect de la vie privée.

607. Soulignons qu'il semble moins évident pour le citoyen souhaitant se prévaloir du droit au respect de sa vie privée de cerner les contours de la protection dont il bénéficie et d'ainsi délimiter ce qui peut - ou non - porter atteinte à son intimité. Sans verser dans le paternalisme, il apparaît opportun d'opposer le bénéfice que peut tirer le juge d'une telle rédaction et la difficulté à laquelle le citoyen est confronté lorsqu'il souhaite saisir ce qui relève du droit au respect de la vie privée. L'indéfinition constitue une limite binaire, prenant même l'aspect d'une liberté certaine pour celui à qui il revient de juger de l'existence de l'atteinte au droit susmentionné. C'est en ce sens que nous considérons la généralité et l'indéfinition des termes employés afin d'assurer la protection du droit au

⁸⁷⁶ Dans le sens où le terme « vie privée » est explicitement employé.

⁸⁷⁷ Nous sommes bien loin du fameux « Nul n'est censé ignorer la loi », qui représente *de facto* une fiction juridique, un principe dont on sait la réalisation impossible mais qui est nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique.

respect de la vie privée comme la principale limite à sa mise en application : ces dernières ne permettent pas au sujet de droit « lambda » de saisir les tenants et aboutissants de ladite protection, qui place, presque exclusivement, le droit au respect de la vie privée entre les mains du juge.

608. En outre est-il opportun d'ajouter que l'article 9 du Code civil ne se contente pas de consacrer le droit au respect de la vie privée sans en préciser le contenu : il n'en détermine pas plus les limites, contrairement à l'article 8 de la Convention européenne, qui si elle ne détermine pas le contenu du droit, prévoit, au second paragraphe de l'article précité, les limites dans les rapports de l'autorité publique et des particuliers. Cette limite est caractérisée par la légitimité de l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit - et ce sous certaines conditions⁸⁷⁸.

609. Indéfinition de l' « intimité ». Au-delà même de la généralité du propos retenu par l'article 9 du Code civil, soulignons que de nombreux éléments relatifs à l'encadrement juridique de la vie privée ne sont pas définis, probablement parce que la notion même de « vie privée » ne l'est pas - du moins unanimement. Dès lors, l' « intimité de la vie privée », si elle est consacrée par le Code civil et le Code pénal, ne voit pas pour autant ses contours délimités. Il revient au juge d'en apprécier une nouvelle fois les contours. Cela n'est pas sans poser de questionnements empreints de légitimité, quand on sait que la qualification d'atteinte à l'intimité de la vie privée permettra, seule, non seulement l'intervention du juge civil à la faire cesser, mais l'application des peines prévues par les dispositions pénales. Comment savoir dès lors, en tant que potentielle victime d'une atteinte à sa vie privée, si celle-ci a été telle que c'est l'intimité de cette dernière qui a été touchée, de sorte de pouvoir bénéficier du second levier de protection prévu par les textes ? De cette détermination dépendront pourtant, par voie de conséquence, les motifs d'assignation de l'intéressé, de sorte qu'il est surprenant, au vu des répercussions d'une telle indéfinition, que la rédaction des textes demeure si générale et évasive.

610. Indéfinition du « respect », condition d'épanouissement de la vie privée. Le mot reste brumeux, presque équivoque. Le respect évoque souvent l'encadrement, l'assujettissement, le conformisme, la soumission à l'autorité, parfois même l'indifférence.

⁸⁷⁸ Notamment la prévision de cette ingérence par un texte législatif ou réglementaire et la nécessité de l'intervention de l'autorité publique.

Au XVIII^{ème} siècle, Emmanuel Kant éclaircit pourtant la notion, en énonçant sa désormais fameuse vision : « Agis de manière à ce que tu traites l'humanité dans ta personne comme la personne d'autrui jamais simplement comme un moyen, mais toujours comme une fin en soi ». Mais une telle philosophie, qui fait passer le respect de la loi morale avant le respect de la personne, a ses limites. Depuis, et contrairement à la pensée kantienne, des philosophes, pris en la personne notamment de Paul Ricœur et Emmanuel Levinas, ont affirmé que les fondements du respect reposent essentiellement sur la reconnaissance de la dignité et de l'humanité de tout homme. L'application de cette perception n'est pas des plus aisées, et l'actualité démontre que « le commandement du respect ne va pas de soi »⁸⁷⁹. La mise en œuvre du respect est éclairée par la définition qui lui est donnée par le dictionnaire Le Robert ; il s'agirait d'un « sentiment qui porte à accorder à quelqu'un une considération admirative en raison de la valeur qu'on lui reconnaît, et à se conduire envers lui avec réserve et retenue par une contrainte acceptée ». Le respect est une considération distancée qui se meut avec retenue et réserve ; il permet de creuser une juste distance entre les individus.

611. Le respect est intemporel ; on a pu de tout temps traiter l'autre avec égard, ne pas attenter sa personne, abriter son intégrité, croire et estimer son particularisme. L'être humain n'est pas instinctivement respectueux. Le sentiment ici prôné se résume premièrement au « devoir de l'éprouver du fait de l'âge, du rang, du statut ou du mérite de son bénéficiaire ou encore, plus prosaïquement, des avantages qu'on en attend ou, à peine mieux, de son sexe »⁸⁸⁰, avant de laisser graduellement place à un respect plus profond, consenti et sincère. Ce dernier ne se laisse alors plus réduire et évaluer « à l'aune d'une série de comportements supposés exprimer le sentiment *pro forma* escompté »⁸⁸¹.

612. Le passage du « respect devoir » au « respect sincère » se fait souvent par l'accession à la sphère privée de l'autre et à sa connaissance - nécessitant, dans la majorité des cas, une rencontre et du temps. En effet, dans une société démocratique, le respect devrait dorénavant incarner le souhait et la préoccupation de la rencontre de l'autre, afin de

⁸⁷⁹ DE SAUTO M., « Le retour en force du respect », La Croix, version numérique, 03 sept. 2004.

⁸⁸⁰ JÉSU F., « Le respect à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant : respecter l'autorité, autoriser le respect », Journal du droit des jeunes, 2009/2 (n° 282), p. 34-40. DOI : 10.3917/jdj.282.0034. URL : <http://www.cairn.info/www.ezp.biu-montpellier.fr/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2009-2-page-34.htm>.

⁸⁸¹ JÉSU F., « Le respect à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant : respecter l'autorité, autoriser le respect », *Ibid.*

construire de concert une relation visant à l'égalité de droits et de statut. Le « respect-sincère » se construit, s'expérimente et s'obtient à la lumière de la réciprocité.

613. Qu'en est-il dès lors de la relation de soin, instaurée entre le patient et le professionnel de santé ? Ses caractéristiques sous-tendent deux difficultés : le patient et le professionnel de santé ne se connaissent pas, et leur rencontre leur est imposée - c'est d'autant plus vrai pour le professionnel. Comment exiger de sa part un « respect sincère », et notamment un « respect sincère de la vie privée » du patient, alors que tout porte à croire qu'une telle relation ne peut qu'être gouvernée par un « respect devoir » signifiant la mise en place de comportements codifiés ? Ces derniers forcent l'existence d'un respect qui semble principalement signaler un rapport de hiérarchie, de force⁸⁸², et souvent d'autorité, qui sont des caractéristiques intrinsèques à la relation de soin, et contre lesquelles il convient de lutter.

614. *Appréciation des limites au droit au respect de la vie privée en matière sanitaire.*

En France, et dans un domaine qui intéresse le présent travail, des limites au droit au respect de la vie privée sont prévues afin de protéger la santé publique. Elles consistent dans la déclaration obligatoire au médecin de l'agence régionale de santé désigné par le directeur général de l'agence⁸⁸³ de certaines maladies contagieuses, dont la liste est fixée par l'article D.3113-6 du Code de la santé publique. Il est expressément prévu à ce propos que, sur la demande du médecin destinataire du signalement, le déclarant⁸⁸⁴ est tenu de fournir toute information nécessaire à la mise en œuvre des mesures d'investigation et d'intervention, notamment l'identité et l'adresse du patient. Ces informations peuvent, en outre, être transmises à d'autres professionnels lorsque leur intervention est indispensable pour la mise en œuvre des mesures de prévention individuelle et collective. Elles ne sont conservées que le temps nécessaire à l'investigation et à l'intervention.

615. L'emploi du terme « investigation » permet de constater, incontestablement, l'atteinte à l'article 9 du Code civil en ce qui concerne le patient, et l'exception au secret professionnel qui est prévue à l'égard du professionnel de santé. Cette digression permet de prendre une première mesure de la certitude de l'atteinte à la vie privée par la relation de soin (*v. infra*), qui fait écho aux deux conditions qui permettent d'attester de l'existence

⁸⁸² Ne dit-on pas « tenir quelqu'un en respect » ?

⁸⁸³ CSP, art. R. 3113-4.

⁸⁸⁴ Le médecin ou le responsable du service de biologie ou du laboratoire d'analyses de biologie médicale, public ou privé.

de ladite atteinte : l'investigation et la divulgation. Elle ne fait pas moins apparaître la nécessité de consacrer une protection spécifique (*v. infra*), permettant une adaptation du droit commun à l'atteinte causée par la relation de soin.

616. Conclusion de la section. L'absence de définition de la « vie privée » et, par voie de conséquence, de l'« intimité de la vie privée », fragilise la protection consacrée par le droit commun, en ce sens qu'elle permet une interprétation exclusive de la norme par les juridictions, ainsi qu'une éventuelle perdition pour les potentielles victimes. Droit de la personnalité dont la valeur constitutionnelle est reconnue en France, l'entrave à son application trouve illustration dans le conflit récurrent qui l'oppose à plusieurs autres libertés fondamentales et dont il pourra ressortir affaibli dès lors que le juge aura choisi de privilégier ces dernières. Le droit au respect de la vie privée doit donc composer avec ses deux principales limites, au prisme desquelles sa portée sera indéniablement réduite. C'est à la lumière de ce constat que doivent se poser les questions suivantes : la relation de soin constitue-t-elle une limite à l'application de la protection prévue par le droit commun ci-avant étudiée ? Justifie-t-elle l'existence d'une protection consacrée par le droit spécial ?

617. À cette ultime question peut déjà être avancé un élément de réponse. Nous avons tendance à croire que lorsqu'une protection est spécifique et encadre une situation particulière, la protection assurée n'en est que renforcée. Il a été précisé plus haut que la relation de soin est considérée par la jurisprudence comme affectant l'intimité corporelle, qui appartient selon les juridictions concernées à la sphère la plus étroite de la vie privée. En matière médicale, la cour d'appel de Paris a reconnu que la publication de faits couverts par le secret professionnel d'une personne décédée constituait pour son épouse et ses enfants une atteinte manifestement illicite à l'intimité de leur vie privée⁸⁸⁵, ce qui démontre non seulement la spécificité et la force de l'atteinte par la relation de soin à la vie privée⁸⁸⁶, mais également la particularité de la protection qui doit en réponse être prévue.

618. Sans tirer de conclusions hâtives, il semble que l'atteinte à l'intimité de la vie privée soit caractérisée dès lors qu'elle prend racine par principe dans la relation de soin. Il

⁸⁸⁵ CA Paris, 13 mai 1996 ; C. cass., 1^{ère} ch. civ., 16 juil. 1997, Bull. n° 249.

⁸⁸⁶ Puisqu'il y a atteinte à l'intimité de la vie privée alors même que celle-ci a été portée à une personne tierce que celle qui engage l'action réparatrice.

ne pourra être fait l'économie de l'étude de la certitude de l'atteinte à l'intimité de la vie privée par la relation de soin ; mais il apparaît possible d'affirmer dès à présent la nécessité de l'existence d'une vigilance et d'une protection accrues afin de palier le trouble généré. Il est donc permis de penser que la protection concédée par les Codes civil et pénal, si elle apparaît suffisante à assurer la protection du patient, ne constitue pas le rempart le plus solide et le plus opportun contre l'atteinte qui sera faite à sa vie privée par la relation de soin.

619. Conclusion du chapitre. Le droit au respect de la vie privée est un droit subjectif moral et économique, extrapatrimonial et patrimonial dépassant la dichotomie effectuée par le juriste entre droit public et droit privé. Difficile à qualifier et à classer, il semble s'adresser à tout un chacun, alors même que sa nature évolutive rend la généralisation de son appréhension bien malaisée. Quid du patient ? Si ce dernier ne peut pas se prévaloir d'une exploitation économique de sa vie privée - dans la mesure où elle revient au professionnel de santé⁸⁸⁷ - il peut néanmoins se targuer d'un droit subjectif opposable. Il pourra également profiter de l'intérêt moral qui s'adjoint au droit au respect de la vie privée, qui consiste à bénéficier, au sein d'une relation où il est placé en situation de faiblesse - telles les situations présentant des rapports de force : salarié-employeur ; locataire-propriétaire : patient/médecin - d'une espérance légitime à voir sa vie privée respectée.

620. La nature du droit au respect de la vie privée intéresse en définitive davantage le juriste que celui qui souhaite s'en prévaloir. C'est ainsi qu'au-delà même la spécification de la nature du droit envisagé, c'est bel et bien la nécessité de caractériser le droit au respect de la vie privée qui ressort en tout état de cause de l'étude présentement menée ; cette dernière permettra au patient de se prévaloir, *a minima*, de la protection civile spécifiée⁸⁸⁸. Cela ne remet pas pour autant en cause l'intérêt de prévoir une protection spécifique, au vu notamment des limites présentées par le droit commun, qui

⁸⁸⁷ La relation de soin inverse l'exploitation de la vie privée susmentionnée, puisque c'est bien le professionnel de santé qui exploite la vie privée du patient moyennant rétribution financière.

⁸⁸⁸ Au sein d'un article 9 du Code civil remanié.

s'accentueraient à n'en pas douter dès lors que celui-ci serait confronté aux spécificités de la relation de soin.

621. Conclusion du titre. Histoire : récente ; Contenu : indéfini ; Nature : incertaine ; Limites : multiples.

622. La création d'un droit au respect de la vie privée a été dans un premier temps rendue possible par l'intervention, dans un contexte social dominé par la classe bourgeoise, du pouvoir judiciaire, au-delà même de l'œuvre législative et doctrinale. La loi du 19 juillet 1970 prend donc appui sur une jurisprudence constante, et permet d'asseoir quelque peu tardivement une double protection, civile et pénale, dont la rédaction concède un considérable champ d'application. La généralité du propos retenu autorise de fait une vaste interprétation au profit du pouvoir judiciaire, à qui il revient de préciser les contours d'un concept subjectif et malléable. L'article 9 du Code civil inaugure un droit général et indéfini, lorsque l'article 226-1 du Code pénal fait le choix de mettre en lumière une peine fixe plafonnée, via la protection assumée contre l'investigation et la divulgation d'éléments privés.

623. Cette apparente différenciation dans l'approche de la protection est limitée par la notion indéfinie d'« intimité de la vie privée », reprise au sein des deux articles. D'apparence réunificatrice, cette notion va en réalité imposer une protection à deux vitesses : restreinte dès lors que l'atteinte aura été portée à la vie privée, décuplée - de par l'intervention du juge visant à faire cesser le trouble et l'application de sanctions pénales - lorsque ladite atteinte visera de manière inacceptable le noyau dur de la vie privée. L'opportunité de concéder une telle importance à l'« intimité de la vie privée » n'est pas certaine, dans la mesure où le juge peut, seul, analyser l'ampleur et la portée de l'atteinte, afin de décider d'y apporter un terme et/ou de la sanctionner.

624. À cette absence de définition - dont les conséquences se font à n'en pas douter ressentir - il est nécessaire d'ajouter l'incertaine qualification de la nature du droit au respect de la vie privée. Composant de la liberté individuelle, dont il tire sa légitimité, le droit au respect de la vie privée apparaît comme une conséquence naturelle d'un pouvoir d'action : la liberté de vie privée, et, *a fortiori*, le droit - qui reste à consacrer - à la vie privée. Le droit au respect de la vie privée semble être le prolongement juridique d'une

liberté individuelle civile et publique qui s'incorpore incontestablement au droit subjectif. Il s'agit ici d'une simple déduction qui met en exergue le souhait de consacrer le prérequis que représente le droit à la vie privée.

625. La spécificité du droit consacré par l'article 9 du Code civil est indéniable : il surpasse l'habituelle démarcation existante entre le droit public et le droit privé, ne peut être rattaché au bien connu droit d'auteur et bénéficie d'une application spécifique dans le temps. À l'image de la relation de soin, sa nature est évolutive, et sa classification problématique puisqu'incertaine. Le droit au respect de la vie privée constitue un droit subjectif extrapatrimonial, visant à protéger un intérêt moral, et tendant à devenir, à certains égards, un droit patrimonial permettant l'existence d'un monopole d'exploitation économique : le *right to publicity*.

626. Le caractère ésotérique de la classification du droit étudié laisse - entre autres - entrevoir un certain nombre de limites à son application. La confrontation du droit au respect de la vie privée à certaines autres libertés - d'expression et d'information notamment - gage de démocratie, témoigne d'une certaine difficulté de mise en application. Quant à la généralité des propos et l'absence de définition des termes employés, force a été de constater qu'elles appellent interprétation voire perdition.

627. L'existence d'une protection de la vie privée par voie législative est une réalité en France. Elle s'accompagne néanmoins de bon nombre de questionnements, relatifs à son application à des situations spécifiques qui s'éloignent des conflits habituels de la vie quotidienne. Les limites mises en exergue permettent d'affirmer que la consécration d'une protection spécifique de la vie privée semble opportune dès lors que les atteintes qui peuvent y être faites sont réalisées à l'occasion de la relation de soin. La spécificité de cette relation entraîne *de facto* une spécificité de l'atteinte dont la réponse doit nécessairement être renforcée par le droit spécial. L'article 9 du Code civil permet au patient de se prévaloir du consentement préalable à la divulgation et à l'immixtion au sein de sa vie privée : deux éléments que vise, parmi tant d'autres, la relation de soin pour atteindre son objectif. Si cela assoit l'idée selon laquelle le droit spécial doit s'emparer de la

protection⁸⁸⁹, cela démontre tout autant l'intérêt de mentionner ces deux prérogatives au sein des dispositions communes.

628. En l'absence de cette évocation, il est permis de se questionner sur l'intérêt de la protection prévue à l'article 9 du Code civil - si ce n'est permettre au juge de justifier les sanctions des atteintes à la vie privée ? Le droit au respect de la vie privée doit passer des mains du juge aux mains des citoyens ; ce transfert ne peut se faire sans une prise de conscience de ce qui est protégé - et par conséquent une modification de la lettre de l'article 9 du Code civil et de l'article 226-1 du Code pénal, telle que proposée ci-après :

Code civil, article 9 : « Chacun a le droit de jouir de sa vie privée. Le respect physique et moral de la vie privée est garanti à toute personne, et implique la liberté de consentir ou de s'opposer à l'immixtion dans la sphère privée, ainsi qu'à la divulgation d'éléments ayant notamment trait à la vie familiale, sentimentale et sexuelle, à la santé, aux convictions personnelles, au domicile, aux loisirs et au patrimoine, indépendamment du fait que cette divulgation ait fait l'objet d'une immixtion préalable dans la sphère privée.

Indépendamment du préjudice autonome subi du fait d'une immixtion dans la sphère privée ou de la divulgation d'un élément privé, ainsi que de la réparation à laquelle il peut donner lieu, les juges apprécient la gravité de l'atteinte et l'altération de la personnalité qui en résulte, seules justifications à la prescription de l'empêchement ou de la cessation dudit préjudice, qui peut être prononcée en référé.

La vie privée n'existe qu'aux profits de ceux qui, une fois nés, sont susceptibles de se plaindre, soit d'une ingérence illégitime dans leur vie personnelle ou celle d'autrui qui aurait des répercussions directes sur leur vie personnelle, soit de la divulgation fautive de faits, actes ou comportements qui leur sont attribués et qu'ils sont fondés à soustraire à la curiosité du public ».

Code pénal, article 226-1 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à 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 ».

629. Conclusion de la partie. La présente partie a été l'occasion de cerner les notions de « vie privée » et de « droit au respect de la vie privée », en précisant la définition de la première - et notamment la différenciation capitale entre « élément de la vie privée » et

⁸⁸⁹ Ce qu'il fait à l'heure actuelle : v. Partie II.

« donnée couverte par la vie privée » - ainsi que le contenu et la nature du second. La question s'est par la suite posée d'évaluer si le droit au respect de la vie privée, tel qu'envisagé par le droit commun, pouvait suffire à protéger le patient à l'occasion de la relation de soin. Sans avoir à ce stade du développement caractérisé ladite relation, et les atteintes qu'elle peut certainement porter à la vie privée, il est envisageable d'alléguer une réponse qui en décevra assurément certains : oui, mais...

630. L'intérêt de la seconde partie consistera dès lors à déterminer l'opportunité d'une protection spéciale de la vie privée au sein de la relation de soin. Pourquoi prévoir une protection spécifique ? Car la relation de soin l'est incontestablement. Pourquoi ne pas se contenter de l'encadrement actuel : un propos général et imprécis posé à l'article 9 du Code civil et une reprise de ses termes au sein du Code de la santé publique ? Car la protection doit permettre au citoyen d'assimiler, immanquablement, les contours du droit subjectif : un citoyen averti fera nécessairement un patient conscient des protections mises en place pour rééquilibrer la relation de soin.

631. Le Code de la santé publique doit avoir pour mission de réutiliser la protection définie et étendue de l'article 9 afin de la transposer à la relation de soin. À l'heure actuelle, une seule certitude peut être dressée : le patient bénéficie d'un droit indéfini au respect d'une notion indéfinie, repris dans un article qui ne fait pas mention des aboutissants et caractéristiques de la relation de soin. Cette dernière atteint pourtant certainement la vie privée du patient. Cela justifie qu'une protection circonstanciée voit le jour, au sein du droit commun et spécial, afin que la protection du droit au respect de la vie privée laisse libre champ à la promotion du droit au respect de la vie privée.

632. La protection de la vie privée du patient est, à l'heure actuelle, assurée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique. Cette dernière assoit l'idée selon laquelle l'opportunité d'une protection spéciale peut difficilement être remise en cause. La révélation de ce régime spécifique permet de souligner le particularisme de la « vie privée sanitaire », encadrée par des mécanismes uniques de préservation. Cette spécificité repose sur l'idée d'une atteinte - au-delà donc de la simple interaction - mutuelle existante entre la relation de soin et la vie privée. Le droit au respect de la vie privée bénéficie d'une récente

reconnaissance au sein de notre droit positif⁸⁹⁰ : il est aisé de citer la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) et le Pacte des Nations-Unies sur les droits civils et politiques (1966). Ces textes, couplés au rôle majeur qu'a pu jouer la doctrine et, *a fortiori*, au vu de l'élan jurisprudentiel, qui a élevé le droit au respect de la vie privée au rang de principe général du droit⁸⁹¹, ont permis à la loi du 17 juillet 1970 d'introniser la formule générale selon laquelle « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Ce faisant, le droit français se rallie à de multiples autres droits étrangers⁸⁹².

633. À partir des années 1970, le droit au respect de la vie privée va progressivement se spécialiser, et concerner alors des sujets de droit particuliers. On pense notamment à son insertion dans le Code du travail, au sein duquel de nombreux articles consacrent la préservation de la vie privée du salarié. Le droit de la santé ne fait pas exception à ce constat, et certaines normes nationales et internationales sont venues affermir, graduellement, le droit au respect de la vie privée du patient⁸⁹³.

634. Par suite, la loi rénovant l'action sociale, votée le 2 janvier 2002⁸⁹⁴ prévoit divers droits de la personne, et associe le droit au respect de la vie privée aux principes gouvernant les différents aspects du travail social. La loi du 4 mars 2002⁸⁹⁵, présentée comme l'*alter ego* de la première - mais relative au secteur sanitaire - confirme pareillement le droit au respect de la vie privée du patient et de l'utilisateur du système sanitaire et social. Si le principal écho médiatique de cette loi est relatif à la prévision d'une « indemnisation de l'enfant né handicapé », la consécration de la démocratie

⁸⁹⁰ Même si le droit à la vie privée peut trouver une illustration indirecte au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; v. en ce sens : FROELICH M., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1999-2000 », Rev. adm. 2002, n° 326, p. 134.

⁸⁹¹ BADINTER R., « Le droit au respect de la vie privée », *Op. cit.*

⁸⁹² NERSON R., RTD civ. 1971, pp. 114. Droit d'être laissé tranquille en Belgique, *diritti alla riservatezza* en Italie, *right to privacy* aux États-Unis, *Geheimsphäre* en Allemagne.

⁸⁹³ V. en ce sens : SCICLUNA H., « Droits des patients dans les textes du Conseil de l'Europe » ; PINET G., « La promotion des droits des patients en Europe » ; BÉLANGER M., « La situation juridique des patients d'après le droit communautaire », Petites affiches 27 mai 1997, n° spé. Les droits des patients, n° 61.

⁸⁹⁴ L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002, J.O. du 3 janv. 2002 ; v. à ce propos : LÉVY M., « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », RDSS 2002. 423 ; « La rénovation de l'action sociale et médico-sociale », A.S.H. 11 janv. 2002, n° 2245, p. 17.

⁸⁹⁵ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118 ; commentaires : n° spé. Petites affiches 19 juin 2002, n° 122 ; DEGUERGUE M., « Droits des malades et qualité du système de santé », AJDA 2002. 508 ; LAMBERT-FAIVRE Y., « Commentaire de la loi », D. 2002. 1217, 1291, et 1367 ; MISTRETTA P., « La loi n° 2002-1217 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », JCP 2002. I. 141 ; Droits des malades Vers une démocratie sanitaire ? Problèmes n° 885, fév. 2003.

sanitaire ne doit pas être passée sous silence. L'aboutissement de cette démocratie nécessite que le patient se voie confier une autonomie authentique, qui suppose, dans un environnement où le paternalisme est encore fortement ancré⁸⁹⁶, la réalisation de droits essentiels⁸⁹⁷, au sein desquels figure incontestablement le droit au respect de la vie privée et des informations personnelles (*v. Partie II.*).

⁸⁹⁶ PÉDRO P., « Libres propos sur la démocratie sanitaire », Petites affiches 19 juin 2002, n° 122, p. 5.

⁸⁹⁷ Ces droits, non hiérarchisés, sont énoncés au sein du premier chapitre du titre de la loi du 4 mars 2002, consacré à la démocratie sanitaire. Il est envisageable de citer, non-exhaustivement, le « droit fondamental à la protection de la santé, le droit du malade au respect de sa dignité jusqu'à sa mort, le droit de recevoir les soins les plus appropriés, le droit à l'égalité de traitement et, à travers l'interdiction des discriminations, le droit aux soins visant à soulager la douleur, le droit au suivi scolaire, enfin, le droit au respect de sa vie privée et au secret des informations la concernant » : *v. en ce sens* : BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Journal du droit des jeunes*, 2004/5 N° 235, p. 21-30. DOI : 10.3917/jdj.235.0021.

- PARTIE II. -

L'ENCADREMENT PAR LE DROIT SPÉCIAL DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT AU PRISME D'UNE RELATION DE SOIN ÉVOLUTIVE

635. L'encadrement spécial de la vie privée fait écho à l'encadrement commun, jusqu'alors évoqué, qui semble suffisant mais pas des plus opportuns à assurer une protection adaptée aux caractéristiques de la relation de soin, qui entraînent pour la majorité d'entre elles une atteinte certaine à la vie privée du patient. Cette atteinte est duale, en ce sens qu'elle vise également la vie privée morale, via le questionnement, la divulgation et l'échange d'informations, ainsi que la vie privée physique, à travers le regard, la nudité et le toucher. Cette atteinte appelle inévitablement un encadrement juridique spécial, dont l'analyse du contenu et de l'étendue ne pourra être évitée (**Titre I.**).

636. Le droit spécial au respect de la vie privée met ainsi en place des outils spécifiques propres à la relation de soin, qui se trouvent néanmoins limités par l'évolution que connaît actuellement cette dernière, qui a poussé l'intervention du législateur à ce propos. Cette évolution a été moins impulsée par l'Internet que par l'outil informatique qui lui a donné naissance. Ces derniers constituent néanmoins de nouveaux acteurs en santé, et la menace qu'ils font peser sur la vie privée du patient ne doit pas être sous-estimée. En modifiant l'objet même de la relation de soin, qui ne vise plus uniquement aujourd'hui la guérison, mais également le bien et mieux-être, ces nouveaux acteurs en santé véhiculent une véritable acception commerciale du milieu sanitaire, et exploitent la donnée de santé en évinçant la vie privée. Une intervention législative semblait dès lors nécessaire, et une vigilance accrue à ce propos doit rester de mise (**Titre II.**).

- TITRE I. -

Vie privée et relation de soin : une atteinte caractérisée justifiant un encadrement par le droit spécial

637. La relation de soin nécessite une reconnaissance et un encadrement juridique spécial de l'atteinte qu'elle porte incontestablement à la vie privée du patient, via l'édiction d'un droit spécial au respect de la vie privée - dont nous souhaitons que l'adjectif « sanitaire » s'y adjoigne (**Chapitre I.**). La spécificité de cette atteinte appelle la spécificité de la protection qui y fait écho - il s'agit là de la principale limite à la suffisance d'une protection prévue par le droit commun.

638. La protection du patient est par conséquent assurée, entre autres, par des outils spécifiques, dont l'application effective peut être remise en cause dans l'intérêt du patient (**Chapitre II.**). C'est ainsi que le secret professionnel laisse place à l'échange d'informations lorsque la prise en charge du patient le nécessite, témoignant ainsi du fait que le caractère absolu du secret semble difficilement conciliable avec les évolutions du XXIème siècle et les modifications de la relation de soin qui lui sont afférentes (*v. Titre II.*).

Chapitre I. Encadrement juridique spécial de l'atteinte à la vie privée par la relation de soin

639. L'existence d'une atteinte est souvent matérialisée par l'existence d'une protection. En l'espèce, l'atteinte à la vie privée trouve écho au sein d'une protection nationale en droit civil⁸⁹⁸, droit pénal⁸⁹⁹ et droit de la santé⁹⁰⁰ - sans oublier la protection juridique européenne⁹⁰¹.

640. Le respect de la vie privée est proclamé, en droit de la santé, en tant que droit du patient, par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, dont le premier alinéa dispose :

« I. - Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.

Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. »

641. L'affirmation du droit au respect de la vie privée de l'utilisateur n'est pas en reste, dans la mesure où l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles prévoit :

« L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés :

1° Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement ; (...) »

642. Soulignons que le CASF prévoit distinctement l'assurance du respect de la vie privée et de l'intimité. Comme il l'a été précisé au sein du présent travail (*v. Titre I., Partie*

⁸⁹⁸ C. civ., art. 9.

⁸⁹⁹ C. pén., art. 226-1.

⁹⁰⁰ CSP, art. L. 1110-4 ; CASF, art. L311-3.

⁹⁰¹ ConvEDH, art. 8.

I.), nous considérons que l'intimité est un élément composant la vie privée⁹⁰², de sorte que cette dernière englobe la notion d' « intimité ». Affirmer le droit de l'usager au respect de sa vie privée revient dès lors, selon cette analyse, à sous-entendre son droit au respect de son intimité. Le texte pourrait ainsi, sous réserve de préciser les éléments composant la vie privée, se passer de l'affirmation redondante et duale du droit au respect de la vie privée et de l'intimité de l'usager.

643. Cette précision ayant été faite, comment se traduit la protection du droit au respect de la vie privée, dès lors qu'elle trouve application au sein de la relation de soin, et notamment en établissement de santé ? Quelle est son contenu, son étendue ? Pour le directeur d'hôpital, le respect de la vie privée se traduit par un effort du service hospitalier à respecter l'intimité de la personne dans sa chambre. L'effort est par conséquent avant tout organisationnel, voire architectural⁹⁰³, et considère la vie privée comme l'unique respect d'une intimité physique - à l'image de celle qu'il est possible d'avoir au sein de son propre domicile. L'acception du « privé » relative à l'information sur l'état de santé, sur la pathologie, n'est que rarement mise en exergue. Le site internet « hôpital.fr » assimile très explicitement la vie privée à l'intimité - qui n'en est pourtant qu'un élément⁹⁰⁴. Le droit au respect de l'intimité - qui n'est pas définie -, l'assimilation de la chambre à un lieu privé, ainsi que la confidentialité des échanges internes et externes à l'établissement et à la relation de soin y sont consacrés. Bien que l'effort pédagogique d'interprétation, qui replace la vie privée et ses diverses émanations dans un contexte particulier, se doit d'être souligné, nous relèverons l'insuffisance de ces quelques lignes dès lors qu'il s'agit de faire connaître au patient la certitude de l'atteinte portée à sa vie privée par la relation de soin

⁹⁰² À l'image de la « pudeur » par ex.

⁹⁰³ V. en ce sens : www.culture.gouv.fr/culture/politique-culturelle/architecture.pdf ; il y est fait mention du Concours architectural lancé en 1980 visant à construire l'Hôpital Robert Debré à Paris, remporté par Pierre Riboulet, dont un des objectifs était de respecter l'intimité des patients ; page consultée le 13 juin 2017.

⁹⁰⁴ « Le patient a droit au respect de sa vie privée. La "Charte de la personne hospitalisée" insiste sur le fait que "l'intimité du patient doit être préservée lors des soins, des toilettes, des consultations et des visites médicales".

Une personne hospitalisée peut demander que sa présence dans l'établissement ne soit pas divulguée. De même, la chambre du malade est assimilée par la jurisprudence à un lieu privé. Le malade peut donc refuser des visites.

Le respect de la confidentialité du courrier, des communications téléphoniques et des entretiens avec des visiteurs ou des professionnels de santé doit être garanti. Les journalistes, photographes, démarcheurs et représentants n'ont pas accès aux malades, sauf accord de ceux-ci et du directeur de l'établissement » : URL : <http://www.hopital.fr/Droits-demarches/Vos-droits/Les-droits-de-l-usager/La-protection-de-la-vie-privee>, consultée le 13 juin 2017.

(Section I.), ainsi que la protection juridique qui y est, par conséquent, afférente (Section II.). Ces précisions servent à assister et accompagner le patient, souvent bouleversé par la survenance de sa maladie.

À titre liminaire,

La santé, la maladie et la relation de soin.

644. *La santé, un bien principalement privé.* « J'aimerais souligner un paradoxe remarquable et étonnant. Le vocable même de santé semble osciller entre le privé et le public, l'intime et le commun. On parle de la santé comme d'un bien, ou l'on énonce l'idée de « biens de la santé », mais en même temps il n'y a rien de plus personnel, de plus idiosyncrasique, de plus incommunicable, au sens d'irreprésentable, de nontransférable, que ma santé, par quoi il faut entendre non seulement mon état « objectif » de santé, mon bilan de santé, mais aussi et peut-être surtout ma propre représentation de la santé, mon vécu et mon imaginaire à propos de mon état et de mon bilan de santé »⁹⁰⁵.

645. En tant que bien privé, la santé peut être menacée par la survenance de la maladie. S'en suit alors une confrontation au professionnel de santé visant à la guérison. Cet objectif constitue l'ultime étape de la relation de soin, dont les rapports intimes au « privé », à la maladie et à la santé doivent être rappelés, afin de cerner plus aisément en quoi cette relation porte atteinte à la vie privée, et comment cette altération peut être juridiquement encadrée.

646. *Spécificités de la relation de soin.* La relation de soin est singulière, et suggère tant un engagement mutuel qu'un rapport d'abandon et d'égard. Le professionnel de santé possède le savoir et la compétence de soin. Il s'efforce de servir le patient qui vient à sa rencontre ; cette dernière n'est jamais sans conséquence : « Comment soigner sans s'efforcer de comprendre l'autre à la fois dans son identité profonde, son histoire, sa culture et ses attentes ? Il peut s'agir, dans les traitements menés sur une longue durée, d'une aventure humaine très exceptionnelle. Je pense aux personnes atteintes de maladies chroniques, de grands handicaps, qui se confient de manière privilégiée à leur soignant.

⁹⁰⁵ MÜLLER D., « La santé, entre bien public et bien privé », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 241, n°. HS, 2006, pp. 145-158.

Elles s'en remettent à une personne, assurées qu'elle ne trahira pas le pacte qui scelle leur relation »⁹⁰⁶.

647. La dimension éthique de la relation de soin est éclatante. Elle nécessite un engagement qui ne peut se borner à la réalisation unique d'actes médicaux et professionnels. Si cette technicité est indispensable à la réalisation de l'objectif de la relation de soin, l'humanité impose à ses acteurs de ne pas la réduire à cela, afin d'en faire une expérience réciproque. En pratique, cette relation se révèle être remarquablement sensible, de sorte que le professionnel se doit de jauger sa juste intervention – médicale et extra-médicale - afin d'éviter un comportement qui pourrait être perçu comme une ingérence intrusive et absolue.

648. La relation de soin ne laisse jamais indemne, qu'il s'agisse du patient ou du professionnel de santé, qui doit être capable de l'éprouver et de l'assumer, face aux attentes parfois sans commune mesure du patient.

649. Le soin est un privilège, et la relation à laquelle il appartient est particulière, essentielle mais fragile : elle ébranle nos certitudes et confère à ses acteurs une responsabilité certaine et parfois immesurable. Elle nécessite de la liberté et de l'autonomie. « Il n'est pas certain que les dispositifs actuellement en vigueur y contribuent » nous dit Emmanuel Hirsch ; ce dernier explique : « Au-delà des fonctions par trop « protocolisées », des limitations en termes de personnel, des contraintes organisationnelles de toute nature, on risque de voir se développer des mentalités soucieuses de se prémunir d'engagements qui pourraient être estimés excessifs ou inconciliables avec les contraintes imposées. D'autre part, les professionnels n'éprouvent pas toujours, au sein des équipes, ce sentiment de respect, cette reconnaissance susceptibles de les conforter, de les rassurer face aux situations les plus délicates »⁹⁰⁷.

650. Il serait dès lors nécessaire d'explicitier les exigences, les conséquences, les dommages et les encadrements qu'appelle la relation de soin, afin de satisfaire les

⁹⁰⁶ HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Laennec* 2003/3 (Tome 51), p. 7-21. DOI 10.3917/lae.033.0007.

⁹⁰⁷ HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Ibid.*

exigences relatives à l'épanouissement et à la protection du patient, en tant qu'être humain bouleversé par la survenance de la maladie⁹⁰⁸.

651. *La survenance de la maladie.* Notre rapport à autrui, physique et moral, est culturellement et personnellement défini, de manière complexe, au vu des diverses situations sociales, professionnelles et personnelles auxquelles nous sommes - ou avons été - confrontés⁹⁰⁹.

652. Le système juridique français autorise les acteurs qui participent à la relation de soin à réaliser certains actes et à échanger certaines informations⁹¹⁰ : toucher et palper le corps, le manier, y introduire des outils médicaux ou des traitements médicamenteux, questionner l'individu sur ses habitudes de vies, sa sexualité, ses antécédents médicaux et familiaux. Ces pratiques sont communément interdites entre personnes étrangères l'une à l'autre, mais justifiées en l'espèce par le mieux-être et la guérison⁹¹¹. Ces objectifs n'enlèvent pas pour autant le caractère risqué de la relation, qui suppose la réalisation de situations aléatoires où le respect de la personne, de sa dignité, de sa liberté, de son intégrité et de sa vie privée peut être entravé. Au-delà de l'encadrement juridique, les réalisations et échanges précités sont alors nécessairement influencés par la façon dont le professionnel de santé se place par rapport à l'autorité qu'il exerce sur le patient, et ce « dans un contexte où la valeur accordée à la vie et à l'existence humaine est constamment présente »⁹¹².

653. La vie privée est inhérente à l'identité individuelle, à ce qui est - peu ou pas - partagé, à l'espace privé, abrité, et dont le secret peut être graduellement limité, au vu de l'individu, de l'époque et de la culture en cause : limitation à soi-même, à sa famille, à ses amis ou sa sphère professionnelle. Si les limites du corps sont aisément identifiées par la peau, cloison biologique entre l'intérieur et l'extérieur, les limites morales sont plus ardues à cerner, dans la mesure où elles fluctuent au vu du contexte et de l'individu, qui peut plus

⁹⁰⁸ Bien que la relation de soin ne serve aujourd'hui plus uniquement à vaincre la maladie ; v. Titre II. De la présente partie.

⁹⁰⁹ V. en ce sens : BOURGUIGNON O., « L'intime, le corps et la relation de soin », in HIRSCH É., *Traité de bioéthique*, ERES « Poche - Espace éthique », 2010 p. 84-95.

⁹¹⁰ C. civ., art. 16-3 ; CSP, art. L. 1110-4.

⁹¹¹ V. en ce sens : PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse de doctorat en Droit, dir. J.-F. Seuvic, Nancy, 1993.

⁹¹² BOURGUIGNON O., « L'intime, le corps et la relation de soin », *Op. Cit.*

ou moins supporter certaines paroles, attitudes ou sentiments, sans en être « vulnérabilisé ». Le contexte socioéconomique actuel opère, du moins en Occident, un assombrissement des barrières privées, en exposant publiquement et sans recul des histoires de vie, des actes, témoignages et autres données qui entraient autrefois sous le couvert de la vie privée.

654. L'émergence d'un ébranlement, d'une affliction ou d'une affection peut faire naître chez l'individu un sentiment de trahison. Le corps, temple de la sécurité intérieure habituellement si fidèle, fait abruptement et soudainement défaut, rappelant ce faisant sa présence. La maladie inspire un affaissement de confiance et un accroissement de frustration, un sentiment d'impouvoir corporel nécessitant la délégation de soin à autrui, alors même que ce corps a souvent été choyé et entretenu. L'individu est alors captif de ce corps contraint à s'en remettre, passif, à un autre. Le patient est d'ordinaire apathique, anxieux, désarmé, heurté ; la relation de soin est alors souvent vécue comme une déprédation.

655. Penser le soin ne peut être désolidarisé de ce qui caractérise le soin : un acte social appartenant à une relation nouée d'éléments spirituels et charnels, influencée par la conduite de chacun de ses acteurs. Le respect du patient, de la débonnairété à son égard, guidé par l'éthique du professionnel de santé, se reflète non seulement à travers les actes techniques qui lui sont adressés, mais également via l'accointance personnelle et les témoignages sensibles. Ces derniers illustrent couramment le respect porté au patient.

656. Le soin est ainsi une pratique sociale noyée parmi tant d'autres, mais qui trouve sa particularité dans le fait qu'elle admet nécessairement et consécutivement un caractère subversif, familièrement éclipsé par l'ébauche allégorique que nous nous en faisons, à laquelle s'adjoint la prise en compte du risque - parfois vital - qui astreint à une prise de décision⁹¹³ impétueuse, à la réalisation d'actions circonstanciées et à l'application de traitements *ad hoc*. Cette pratique est autorisée, et nécessite de voir et de toucher le corps plus ou moins dénudé, de sonder son intérieur, de questionner l'individu sur ses accoutumances bromatologiques, anatomiques ou sexuelles, ses dysfonctionnements

⁹¹³ V. en ce sens : VÉRON P., *La décision médicale*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Violla, Montpellier, déc. 2015 ; v. également : LE COZ P., *Petit traité de la décision médicale, Un nouveau cheminement au service des patients*, Éd. SEUIL, mai 2007.

physiologiques, ses faiblesses, affections et diverses émotions. Il s'agit pour le professionnel de santé d'accueillir les moindres confidences du patient, d'être informé de ses élucubrations, d'affronter la responsabilité d'être le dépositaire de ses tourments, ses affections et ses angoisses face à l'inconnu.

657. L'ambiguïté n'est pas permise ; en témoignent les différents signes et prescriptions caractérisant le soin à sa juste valeur ; ceux-ci sont rappelés par Odile Bourguignon : « la blouse blanche, le paravent derrière lequel le patient se déshabille, la consultation en présence de collègues et d'étudiants, publique en quelque sorte, au nom du traitement et de la formation »⁹¹⁴. Peu de doutes persistent quant à la certitude de l'atteinte portée à la vie privée par la relation de soin.

Section I. La certitude de l'atteinte à la vie privée par la relation de soin

658. Le droit au respect de la vie privée est une construction prétorienne initialement fondée sur la responsabilité civile, ayant progressivement permis l'émergence d'un droit subjectif⁹¹⁵ autonome, illustré par la consécration de l'article 9 du Code civil. Les prérogatives extrapatrimoniales qu'il permet peuvent se doubler d'une attribution patrimoniale comparable à un monopole d'exploitation, c'est-à-dire à une propriété de la vie privée. Cette propriété porterait alors tant sur une chose corporelle⁹¹⁶ - le corps - qu'incorporelle⁹¹⁷ : l'information relative à la vie privée, sur laquelle il s'agit d'exercer un droit de contrôle légitime⁹¹⁸. Cette dichotomie trouve un écho tout à fait particulier au sein de la relation de soin, dont les atteintes qu'elle porte à la vie privée sont également duales, dans la mesure où elles ébranlent son acception morale (1°§.) et physique (2°§.). Pour rappel, la « vie privée morale » a trait aux informations personnelles gardées secrètes par l'individu qu'elles concernent, qui peut faire sciemment le choix de les divulguer et de les

⁹¹⁴ BOURGUIGNON O., « L'intime, le corps et la relation de soin », *Ibid.*

⁹¹⁵ MARTIN L., « Le secret de la vie privée » ; RTD civ. 1959, p. 222. in SAINT-PAU J.-C., *Droits de la personnalité*.

⁹¹⁶ Déf. « Corporel(le) », dict. Littré : 1. Qui a un corps, par opposition à spirituel. Terme de métaphysique. Individu corporel, un corps qui, composé de plusieurs autres, forme un tout, un individu. 2. Qui appartient au corps ou qui le concerne. Les infirmités corporelles.

⁹¹⁷ Déf. « Incorporel(le) », dict. Littré : 1. Qui n'a point de corps. 2. Terme de jurisprudence. Il se dit des choses qui, ne tombant pas sous nos sens, n'ont qu'une existence morale.

⁹¹⁸ Dans ce sens, D. GUTMAN, *Le sentiment d'identité*, *Op. cit.*

partager ; la « vie privée physique » concernent la corporalité individuelle et les éléments charnels qui la composent. La réalisation de cette atteinte de l'esprit et du corps est une certitude, au vu notamment des principales interprétations doctrinales du contenu et de l'étendue du droit commun au respect de la vie privée. Force est de constater, dès lors, que ce droit, tel qu'il est interprété, est nécessairement atteint par la relation de soin. Au-delà de cette certitude, le constat qui s'impose trouve illustration dans le fait de prévoir une protection spéciale opportune (*v. Section II.*).

1°§. La certitude de l'atteinte à la vie privée morale par la relation de soin : questionnement, divulgation et échange d'informations

659. La certitude de l'atteinte à la vie privée morale du patient par la relation de soin est avant tout rendue imaginable au vu des interprétations doctrinales du droit commun au respect de la vie privée. En effet, avant même d'avoir analysé les tenants et aboutissants de la relation de soin, il est possible d'y confronter les commentaires relatifs au contenu et à l'étendue de ce droit afin de constater, diligemment, que celle-ci y apporte de nombreuses entorses, notamment morales.

660. *Interprétations doctrinales du droit commun au respect de la vie privée et certitude de l'atteinte morale par la relation de soin.* Nombreuses sont les interprétations du droit commun au respect de la vie privée ; trois d'entre elles seront volontairement mises en lumière ci-après. Ainsi, il appartient au Professeur Pierre Kayser d'avoir conceptualisé le contenu et les prérogatives juridiques du droit contenu dans l'article 9 du Code civil : « Il résulte de la finalité de ce droit qu'il comporte le pouvoir de s'opposer à la divulgation de la vie privée et celui de s'opposer à une investigation de celle-ci »⁹¹⁹.

661. Pour le Doyen Jean Carbonnier, l'acception psychologique protégée par le droit au respect de la vie privée suppose le droit, d'un côté, « de demeurer inconnu, de ne pas être épié, suivi, sollicité, questionné, dépeint », et, d'un autre côté, « de ne pas entendre

⁹¹⁹ KAYSER P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *Op. cit.*

prononcer son nom en public, de ne pas voir divulguer sa biographie, sa généalogie, l'état de sa fortune et de ses dettes »⁹²⁰.

662. Le Professeur Gérard Cornu considère enfin que le manquement le plus grave au devoir de respect de la vie privée « consiste à s'immiscer dans le domaine réservé pour en capter par indiscretion des éléments (renseignements, photographies, enregistrements) afin de les divulguer »⁹²¹.

663. Il est fondamental de garder à l'esprit que les développements mis en exergue par les trois professeurs visent à systématiser le contenu du droit au respect de la vie privée tel qu'il est érigé par l'article 9 du Code civil ; il ne s'agit en aucun cas de définir la « vie privée ». L'intérêt du choix des trois réflexions ci-avant présentées réside bien, dans un premier temps, dans la tentative de démontrer que les caractéristiques de la relation de soin portent une atteinte certaine aux attributs de la vie privée tels qu'ils sont mis en exergue par la doctrine plus que dans la définition du contenu du droit au respect de la vie privée. Les composantes de la relation de soin considérés sont le questionnement (A.) et l'échange d'informations (B.).

A. L'atteinte à la vie privée morale par le questionnement et l'investigation

1. Une atteinte par le questionnement

664. Nous ne nous attarderons ici que sur la parole bienveillante, écartant volontairement celle qui est empreinte de violence, sans pour autant nier son existence et l'atteinte qu'elle peut porter à la vie privée du patient⁹²². Car au regard⁹²³ du professionnel (v. 2°§.) doit être nécessairement associée sa parole. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation en 2011 témoigne de la violence qu'elle peut - rarement mais possiblement - revêtir à l'occasion de la relation de soin : « “Tu es pénible, tu nous saoules, ça ne peut pas durer, ça commence à bien faire”, “ton bras, ta jambe, on en a plein le cul”,

⁹²⁰ CARBONNIER J., *Droit civil, Les personnes*, n° 87 in SAINT-PAU J.-C., *Droits de la personnalité*, *Op. cit.*

⁹²¹ CORNU G., *Droit civil, Les personnes*, p.67, in SAINT-PAU J.-C., *Ibid.*

⁹²² V. en ce sens : WINCKLER M., *Les brutes en blanc*, Ed. Flammarion, 2016.

⁹²³ GIBRAN K., *Le Prophète, Les vêtements*, 1923 : « La pudeur est un bouclier contre le regard impur ».

“tu te fous de ma gueule, tu ne vas pas nous demander les chiottes toutes les cinq minutes” »⁹²⁴ ! La parole du professionnel atteint moins la vie privée que la dignité du patient, mais peut irrémédiablement le heurter : « Et pourtant on peut mourir de honte, et une pudeur blessée est la plus profonde des douleurs, parce que de toutes la plus inexplicable »⁹²⁵. En permettant la transformation de la pudeur en honte, la violence de la parole du professionnel ébranle incontestablement la vie privée de son patient.

665. Cette élusion ayant été faite, précisons que le Professeur Jean Carbonnier affirme que le droit au respect de la vie privée suppose, entre autres, celui de ne pas être questionné. Sans remettre en cause le bienfondé d’une telle interprétation, il apparaît que c’est davantage le droit de ne pas répondre à l’éventuel questionnement qui est légitimé par le droit au respect de la vie privée. Car le droit de questionner doit être reconnu au même titre que le droit de ne pas répondre, et lorsqu’un questionnement est opposé à une absence de réponse, les deux libertés entrent certes en concurrence, mais peuvent bel et bien être respectées.

666. Une nuance peut dès lors être apportée à ce fragment d’interprétation, en précisant que si le droit au respect de la vie privée suppose celui de ne pas être questionné, c’est surtout la possibilité de ne pas répondre qui doit être mise en avant. Or, le socle de la relation de soin repose sur un colloque⁹²⁶, un dialogue et, par voie de conséquence, sur le questionnement. Il semble dès lors que la réalisation de la relation de soin suppose avec certitude un élément attentatoire au droit au respect de la vie privée. Pire, certains éléments de protection de la vie privée prévus par diverses dispositions du Code de la santé publique constituent une atteinte irréfutable au droit au respect de la vie privée tel qu’il est envisagé par le Code civil et par la doctrine qui s’y réfère (*v. infra*).

667. *Un questionnement nécessaire et légitime.* De nombreuses études québécoises⁹²⁷ démontrent que la majorité des patients apporte sa confiance aux professionnels de santé.

⁹²⁴ VIALLA F., « « Logorrhée scatologique » mais « Omerta corporatiste » : licenciement quand même ! » obs. sur Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-30.239 : RDS 2011, n° 44, p. 681 à 683 ; ces propos avaient été tenus dans la chambre d’un enfant et entendus par sa mère, alors au téléphone avec son fils.

⁹²⁵ KIERKEGAARD S., *Le concept de l’angoisse*, Gallimard, 1935, trad. du danois par K. Ferlov et J. Gateau.

⁹²⁶ Empr. au lat. class. *colloquium* « entretien, discussion, entrevue » dér. de *colloqui* (*colloquer* « parler »), source : Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRS), URL : <http://www.cnrtl.fr/etymologie/colloque>, consultée le 23 août 2017.

⁹²⁷ V. notamment : Les Associés de recherche EKOS, « Sondage sur les renseignements de santé électroniques et la protection de la vie privée : Le point de vue des Canadiens - 2007 » (août 2007), pages 26 et 27.

« Il est intéressant de constater, cependant, que plus on s'éloigne du fournisseur de soins de première ligne (celui qui recueille les données), plus la confiance dans l'entité qui traite les renseignements personnels sur la santé s'érode »⁹²⁸. La doctrine québécoise considère que la protection de la vie privée peut être décrite, face à la relation de soin, selon quatre éléments : la collecte de renseignements, le traitement des renseignements, la communication des renseignements et les intrusions dans la vie privée - soit trois éléments relatifs à la vie privée morale et un élément que l'on devine avoir trait à la vie privée physique.

668. L'objectif premier de la collecte, de l'utilisation et de la communication de renseignements - nous préférons le terme d'« informations » - personnels relatifs à la santé du patient par un professionnel de santé concerne l'efficacité du traitement, le mieux-être et, à terme, la guérison. Les moyens mis en place pour atteindre cet objectif donnent à penser, au vu de l'impact qu'ils auront, à n'en pas douter, sur la vie privée du patient. Cette incidence peut alternativement se révéler positive - lorsqu'un médecin obtient certaines informations vitales à l'occasion d'une prise en charge urgente - ou négative - à l'occasion d'une sollicitation non consentie. Dès lors qu'un patient est confronté à un professionnel de santé, il apprécie nécessairement les coûts et les avantages à communiquer ses informations personnelles, et peut faire le choix de les protéger.

669. Lorsqu'il participe à la relation de soin, le patient est inéluctablement encouragé à communiquer ses informations personnelles, ainsi que celles concernant des tiers⁹²⁹. Les professionnels de santé, au vu du temps consacré à les recueillir, bénéficient à ce sujet d'une espérance légitime à ce que ces informations leur soient transmises, avec exactitude et exhaustivité. Cette espérance est assise par le fait qu'il est, à juste titre, attendu du patient qu'il transmette les informations qui seront nécessaires à la réalisation de l'objectif justifiant qu'il ait fait le choix, volontairement dans la majorité des cas, de prendre part à la relation de soin. Un refus de communication absolue et complète, mais également relative et partielle, entre le patient et le professionnel de santé augmente le risque d'erreurs de diagnostic et de traitement, de stérilité des soins voire de blessures à la gravité variée. Le fait qu'il soit légitimement attendu du patient qu'il communique entièrement avec le

⁹²⁸ Les Associés de recherche EKOS, *Ibid.*

⁹²⁹ On pense à la famille (antécédents médicaux familiaux) ou aux proches (par ex. : partenaires sexuels).

professionnel de santé et lui fournisse les informations demandées témoigne de la nécessité de l'atteinte à la vie privée pour aboutir à l'objectif premier de la relation de soin.

2. Une atteinte par l'investigation et la divulgation

670. Comme il l'a été précisé, le Professeur Gérard Cornu considère que le manquement le plus grave au devoir de respecter la vie privée consiste à s'immiscer dans le domaine réservé pour en capter par indiscretion des renseignements dans le but de les divulguer (*sur les TIC, v. Titre II*). L'immixtion consiste à « s'ingérer mal à propos dans quelque affaire, se mêler de quelque chose sans en avoir l'autorisation, le droit »⁹³⁰. Cette dernière doit concerner une affaire privée - « domaine réservé »⁹³¹ - qui bien que n'ayant pas été définie, laisse aisément sous-entendre son champ d'action⁹³².

671. Soulignons que la relation de soin est bien évidemment assimilable à une immixtion dans le domaine réservé, à cela près que l'ingérence du professionnel de santé est autorisée - et donc licite - ce qui ne remet pas pour autant en cause l'existence et la certitude de l'atteinte. Force est en effet de constater une nouvelle fois que la relation de soin permet aux interdits posés par les diverses interprétations de l'article 9 du Code civil de prendre corps. Il en va de même de la condition propre de réalisation de cette immixtion : l'indiscretion, ou le manque de discrétion, de retenue, considérée par certains comme un « si fâcheux vice »⁹³³. Le professionnel de santé qui pratique le questionnement est nécessairement indiscret. Il est aisé de se rendre compte que la majorité des caractéristiques et des attributs essentiels de la relation de soin repose sur des éléments caractérisant une atteinte au droit au respect de la vie privé.

672. L'exemple de l'examen médical donne ainsi à penser. La mise en œuvre pratique de ce dernier peut être décomposée de la sorte : une investigation morale et/ou physique de la part du professionnel de santé donne lieu à une divulgation consentie d'éléments relatifs

⁹³⁰ Déf. dict. Littré.

⁹³¹ Déf. « Réservé », dict. Littré : Mis à part, mis hors de ce qu'on abandonne. Qui réserve sa conduite, ses paroles, qui se retient de dire ou de faire.

⁹³² Soit une affaire dont on peut légitimement espérer qu'elle ne soit pas dévoilée.

⁹³³ Abbé Mathurin REGNIER, *Satires* (1608 à 1613).

à la vie privée du patient - puisque afférents à son état de santé⁹³⁴. Cette investigation, couplée à la divulgation d'informations privées, appelle le diagnostic, le traitement et - dans la majeure partie des cas - la guérison, qui demeure, avec le mieux-être, l'objectif premier de la relation de soin. Il est ainsi possible de tisser des liens entre l'interprétation du droit au respect de la vie privée, et notamment le contrôle qu'il permet à tout un chacun d'opposer aux atteintes qui peuvent être faites à sa propre vie privée, et la réalisation de la relation de soin - qui sous-entend de telles atteintes de par sa composition intrinsèque - en matière de droit de la santé. Ces liens certains doivent non seulement appeler à une vigilance particulière, mais surtout à une protection juridique qui se doit d'être spécifique, puisque la relation de soin l'est incontestablement (*v. Section II.*).

673. Attardons-nous désormais sur les derniers mots de l'interprétation du Professeur Gérard Cornu, qui concernent la finalité de ce qu'il considère être l'atteinte la plus grave au droit au respect de la vie privée. Cette finalité est la divulgation. Il ne s'agit donc pas là de recueillir des renseignements personnels sur une personne pour en faire à son tour une information personnelle indicible, mais bien de divulguer, de dévoiler, d'ébruiter le renseignement obtenu. La divulgation après immixtion constitue selon Cornu une atteinte aggravée au droit au respect de la vie privée. Il s'agit à nouveau de prendre conscience et d'affirmer avec ferveur que la relation de soin figure parmi les relations les plus intrusives qu'il existe. Elle s'immisce au cœur de l'intime et ses conséquences sont aussi lourdes que significatives pour celui qui y prend part. La preuve de cette dimension n'est pas ardue à mettre à jour ; non seulement la divulgation du renseignement personnel est une composante à part entière de la relation de soin, mais elle est au surplus explicitement prévue et encadrée par les dispositions du Code de la santé publique.

674. Soulignons la volonté de maîtriser cette réalité qui, telle qu'elle est instituée, vise à servir les intérêts du patient ; mais l'opposition indubitable entre la définition qui est donnée du contenu interprété du droit au respect de la vie privée en matière civile et la réalité des situations factuelles de la relation de soin se doit d'être appuyée. La divulgation, telle que décrite par les Professeurs Kayser et Cornu, est ainsi présentée au II. de l'article

⁹³⁴ Pour rappel, v. CJCE 5 oct. 1994, D. 1995. 421, obs. J.- L. Clergerie ; Versailles, 16 janv. 2003, Légipresse 2003, I, p. 106 : porte atteinte à la vie privée d'un prince un article qui évoque une possible affection héréditaire ; Paris, 4^{ème} ch. B, 26 juin 1986 ; TGI Lille, ord. réf., 4 janv. 2000, D. 2001, 1503, note P. Labbée, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

L. 1110-4 du Code de la santé publique, dont le I. proclame pourtant le droit au respect de la vie privée au sein de la relation de soin :

« II.- Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge, à condition qu'ils participent tous à sa prise en charge et que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social.

III.- Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins (...) ils peuvent partager les informations concernant une même personne (...). Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.

Le partage, entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, d'informations nécessaires à la prise en charge d'une personne requiert son consentement préalable (...) »⁹³⁵.

675. Les extraits choisis de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique permettent de comprendre que le droit au respect de la vie privée érigé par l'article 9 du Code civil, dans son acception protectrice mise en lumière par la doctrine ci-avant présentée, est non seulement entaché par la relation de soin, mais également par les dispositions relatives au respect de la vie privée existantes en droit de la santé. En effet, la divulgation telle qu'elle a été explicitée par le Professeur Cornu est ici bel et bien entérinée : « Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge ». De même, « ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe ».

676. Il faut bien saisir ici l'essence même de l'atteinte au droit au respect de la vie privée : dès lors qu'un patient est pris en charge par plusieurs professionnels, ces derniers peuvent librement échanger les informations et renseignements personnels qu'ils auront obtenus sur la personne qui bénéficie de la prise en charge. Il s'agit là d'une autorisation expresse à réaliser la divulgation, constituant avérée de l'une des atteintes majeures au droit au respect de la vie privée telle que mise en lumière par la doctrine. Au surplus cette divulgation semble-t-elle sous-entendue dès lors que la relation de soin prend corps. En effet, les informations personnelles confiées au professionnel de santé sont réputées transmises *de facto* à l'ensemble des professionnels qui assureront tôt ou tard la prise en charge, et qui participeront par voie de conséquence à la relation de soin.

⁹³⁵ CSP, art. L. 1110-4.

677. De même, tout professionnel de santé assurant le parcours de soin d'un patient doit désormais, quel que soit son mode d'exercice, établir une fiche de liaison synthétisant les informations nécessaires à la prise en charge du patient lorsqu'il l'adresse à un établissement de soins⁹³⁶, divulguant ainsi certaines informations privées relatives à l'état de santé.

678. La divulgation d'informations à caractère personnel est donc une composante à part entière de la relation de soin. Plus encore, il s'agit véritablement d'échange d'informations (*v. B.*). Si le droit civil fait de l'interdiction de divulgation de renseignements personnels le socle du champ d'application direct du droit au respect de la vie privée, remarquons que le droit de la santé l'érige en nécessité, composante de la relation de soin, qui rend possible la faisabilité et l'efficacité de la prise en charge du patient.

679. Pourtant les termes de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui prend corps au sein du chapitre préliminaire « Droits de la personne », sont censés définir le droit au respect de la vie privée au sein de la relation de soin, ou du moins prévoir l'existence du respect de la vie privée : « Toute personne prise en charge (...) a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant ».

680. Il existe donc une opposition, partielle mais certaine, entre les mesures posées, sur une même thématique, par le Code civil et le Code de la santé publique. Opposition partielle puisque l'essence du respect de la vie privée trouve écho dans les deux textes : « Chacun a droit au respect de sa vie privée »⁹³⁷, « Toute personne prise en charge (...) a droit au respect de sa vie privée »⁹³⁸. Opposition certaine au regard des arguments qui ont été exposés plus haut, à savoir que l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique permet d'outrepasser les éléments qui composent, selon une certaine doctrine, le droit au respect de la vie privée tel qu'il est prévu par le Code civil.

B. L'atteinte à la vie privée morale par l'échange d'informations

681. L'information, qui plus est médicale, est évolutive, et peut être considérée comme intéressante dès lors qu'elle est « mise en commun de manière régulière et commentée »⁹³⁹.

⁹³⁶ CSP, art. L. 1112-1 modifié, L. n° 2016-41, art. 95.

⁹³⁷ C. civ., art. 9.

⁹³⁸ CSP, art. L. 1110-4.

⁹³⁹ HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Op. cit.*

Cette mise en commun concerne principalement les professionnels de santé qui concourent au parcours de soin d'une personne, le patient lui-même et, plus rarement, certains acteurs tiers (*v. sur ce point Chapitre II*). Nul n'entend remettre en cause le bienfondé et l'opportunité de l'échange d'informations entre professionnels de santé. Mais le fait que le patient ne soit que partiellement associé à cet échange d'informations conduit certains analystes à considérer le terme de « partage d'information » insatisfaisant : « On aurait pu envisager la création d'un dossier partagé, constitué pendant la durée du traitement à partir des données remises en double à la personne malade pour sa conservation personnelle. Il aurait été satisfaisant de parler à ce propos de responsabilité et d'information effectivement partagées »⁹⁴⁰.

682. À l'heure actuelle, les informations sont partagées entre professionnels assurant la prise en charge, mais pas nécessairement avec le patient qui en bénéficie. Le fait que ce dernier n'ait pas automatiquement de retour sur les informations privées le concernant partagées, alors même que ces informations sont réputées confiées par lui à l'ensemble de l'équipe⁹⁴¹, est de nature à desservir ses intérêts ; cette pratique, légale, est en tout état de cause attentatoire à sa vie privée (*Sur le « DMP », v. infra*). Cette mise en danger des intérêts individuels peut en outre concerner les acteurs tiers à la relation de soin souhaitant bénéficier de cette information⁹⁴². Emmanuel Hirsch s'interroge : « Ne devrait-on pas reprendre une réflexion touchant à la spécificité du secret médical qui n'est pas une dissimulation, un abus de pouvoir, mais l'expression véritable de l'inaliénable respect que l'on doit à la personne »⁹⁴³ ?

683. En tout état de cause, la vie privée morale du patient est aujourd'hui atteinte par le questionnement, qui s'apparente à une immixtion autorisée, et par l'échange d'informations, ou la divulgation d'éléments privés. La vie privée physique n'est pas en reste (*v. 2°§*).

⁹⁴⁰ HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Ibid.*

⁹⁴¹ CSP, art. L. 1110-4, III.

⁹⁴² V. MANENTI B., « Et si votre assureur savait tout de votre état de santé », URL : <http://o.nouvelobs.com/high-tech/20140604.OBS9388/et-si-votre-assureur-savait-tout-de-votre-etat-de-sante.html>, consultée le 24 juin 2017 ; HERMAL N., « Assurance emprunteur : l'influence de l'état de santé du souscripteur », URL : <http://www.lefigaro.fr/assurance/2014/03/28/05005-20140328ARTFIG00360-assurance-emprunteur-l-influence-de-l-etat-de-sante-du-souscripteur.php>, consultée le 24 juin 2017.

⁹⁴³ HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Op. cit.*

2°§. La certitude de l'atteinte à la vie privée physique par la relation de soin : regard, nudité et toucher

684. La relation de soin porte atteinte à la vie privée, dans son acception morale, nous l'avons vu, mais également physique. À dire vrai, ce n'est pas réellement la relation de soin qui porte atteinte à la vie privée, mais bien les éléments qui la composent ; son contenu et son étendue atteignent ainsi davantage la vie privée que la relation en elle-même. C'est exact concernant la nudité et le regard (**A.**), mais également le toucher (**B.**), en ce qu'ils constituent de véritables spécificités de la relation de soin.

685. Si ces dernières atteignent la vie privée, elles entretiennent également un rapport particulier avec la notion d' « intégrité », qui peut être atteinte en cas de dérive attentatoire de la relation de soin. En effet, « la disposition à la perversion est une tendance humaine toujours susceptible d'être excitée si l'occasion s'en présente et si des positions de pouvoir institutionnel facilitent l'érosion du refoulement »⁹⁴⁴. Le soin peut exciter la perversion afin d'accabler autrui, le manœuvrer, le dédaigner, le dégrader.

686. Le forum numérique du médecin écrivain Martin Winckler⁹⁴⁵ a permis de poser frontalement la question de la nudité imposée⁹⁴⁶ et de son rapport à la perversion. On y lit le témoignage d'une patiente : « J'ai personnellement eu à subir un examen gynécologique où le gynéco a exigé que je sois intégralement nue dès le départ ; j'avais 16 ans à l'époque, je n'ai pas su m'opposer, et je l'ai très très mal vécu, comme vous pouvez l'imaginer (...) Pour la petite histoire, le gynéco qui m'a obligée à me mettre entièrement nue pour toute la durée de l'examen quand j'avais 16 ans était celui de ma mère ; quand je lui en ai parlé, cette dernière m'a dit qu'il ne lui avait jamais demandé ça, qu'elle n'était jamais entièrement nue... »⁹⁴⁷.

687. Le désir d'avoir accès au corps, à la nudité et à la vie privée du patient peut attiser le voyeurisme - soit la curiosité d'assister à une scène ou d'accéder à une information - voire même le souhait de faire souffrir, au détriment de l'objectif de guérison. Le désir de soigner peut laisser libre champ à l'animosité, l'auscultation peut prendre la forme d'une attaque extérieurement justifiée par le soin : atteinte superfétatoire et injustifiée de la vie

⁹⁴⁴ BOURGUIGNON O., « L'intime, le corps et la relation de soin », *Ibid.*

⁹⁴⁵ [Http://www.martinwinckler.com/](http://www.martinwinckler.com/)

⁹⁴⁶ [Http://martinwinckler.com/spip.php?article1107](http://martinwinckler.com/spip.php?article1107) : « Imposer la nudité intégrale à un(e) patient(e), est-ce une maltraitance ? ».

⁹⁴⁷ [Http://martinwinckler.com/spip.php?article1107](http://martinwinckler.com/spip.php?article1107).

privée, exaction cruelle du corps, interrogations superflues qui heurtent, gestes thérapeutiques déplacés⁹⁴⁸ - notamment érotiques - dégradants et humiliants, faisant du professionnel de santé l'agresseur et du patient l'agressé. Ces dérives, si elles sont fort heureusement rares, assoient l'idée selon laquelle la nudité, le regard et le toucher ne sont jamais sans conséquence.

A. La nudité et le regard

« À toute exhibition, ma nature est rétive, Souffrant d'un' modesti' quasiment malade,
Je ne fais voir mes organes procréateurs, À personne, excepté mes femm's et mes
docteurs ».

Georges BRASSENS⁹⁴⁹

1. La certitude de l'atteinte à la vie privée par la nudité

688. La relation de soin⁹⁵⁰ peut conduire le patient à se mettre à nu, physiquement et moralement. La nécessité du soin commande le dévoilement d'une intimité certaine qui peut être vécue comme une contrainte ; le déshabillage pudique se teinte alors d'une honte assurée. Le Professeur Éric Fiat affirme à ce propos que : « Jankélévitch⁹⁵¹ a fort raison, de dire que le honteux voudrait disparaître sous terre, quand le pudique se montre discrètement : le honteux voudrait devenir invisible à tous les regards ; le pudique voudrait être à la fois visible et invisible »⁹⁵². La contradiction de la prise en compte de la vie privée au sein de la relation de soin est présentement mise en lumière : « sous l'emprise de sa pudeur, le patient pourra éprouver une gêne tout en souhaitant malgré tout être

⁹⁴⁸ Cass. crim., 25 mai 2016, n°15-83801 ; cass. crim., 8 juin 2016, n°15-83170 ; v. à ce propos : MACRON A., « Quand le désir du masseur-kinésithérapeute devient réalité, sa main s'égare et l'agression sexuelle est caractérisée... », RDS, n° 73, 2016, p. 714-718.

⁹⁴⁹ « Les Trompettes de la renommée ».

⁹⁵⁰ QUINON M., « La pudeur et les situations de soins », in Dossier « pudeur et impudeur », coord. par C. Cordon : Rev. Soins aides-soignantes déc. 2008, n° 25, p. 16 et s.

⁹⁵¹ Vladimir Jankélévitch est un philosophe et musicologue français, né à Bourges le 31 août 1903 et mort à Paris le 6 juin 1985.

⁹⁵² FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.*

examiné »⁹⁵³. Le comportement du professionnel devra dès lors être adapté à cette pudeur, afin que sa transformation en honte ne puisse opérer, au risque alors que le patient refuse, pour des motifs privés, l'acte qui lui est indiqué. Le regard du professionnel influencera cette malencontreuse transformation : « Et l'événement qui provoque ce passage, ce n'est rien d'autre que le regard d'autrui (...) Le passage de cette honte possible qu'est la pudeur, à la honte réelle ou honte en acte dépend donc en tous points de l'attitude d'autrui. Que le jeune interne qui doit imposer à une patiente âgée et très digne un toucher rectal le fasse avec une désinvolture rigolarde, qu'il oublie de fermer la porte de la chambre, ou de replacer le drap comme il l'aurait fallu, et la pudeur de s'abîmer en honte »⁹⁵⁴.

689. La pudeur des femmes - et celle des hommes par ailleurs - ne semble pas tomber avec leurs vêtements⁹⁵⁵. Une problématique « vestimentaire » donne d'ailleurs à penser au sein des établissements de santé : « À l'initiative d'une bloggeuse, kinésithérapeute de profession - Dignité, mes fesses ! -, une pétition protestataire par le vecteur d'Internet a recueilli plusieurs milliers de signatures afin d'en finir avec les "blouses" d'hôpitaux attentatoires à la pudeur. Les esprits chagrins n'y verront qu'une tartufferie de plus. Ils émettront l'idée que les dérives du « psychanalytique » du droit des malades ne pouvaient conduire qu'aux ridicules extrémités des virtuelles protestations anti-vestimentaires. Ni la crise du textile, ni un « carabinesque » voyeurisme d'un autre âge ne sont à l'origine de ce très étonnant demi-vêtement hospitalier. Les soignants sont des esthètes et tous les culs ne méritent pas leurs regards d'hommes de l'art... Passe encore pour l'illustre fessier hospitalisé d'Hubert Bonisseur de la Bath, alias Jean Dujardin dans la scène culte d'OSS 117 (Rio ne répond plus, film de M. Hazanavicius), mais le postérieur lambda, contrairement à son cousin Lambada, ne saurait justifier un quelconque attrait dilettante. Ces superbes vêtements qui ne cachent que la moitié du patient ont probablement leur justification pour le confort des soignants et l'efficacité de leurs gestes. Pour autant, nul ne peut nier que la pudeur du soigné puisse en souffrir. Sauf à avancer longéant les murs, tel un personnage de hiéroglyphe, le patient est alors condamné soit à l'immobilité dans son lit, soit à imposer à tous la vue de ses protubérances anatomiques. Combien de patients, dénudés malgré eux, se sont sentis blessés par leur involontaire impudeur, alors même que

⁹⁵³ VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neireink*, dir. BEIGNIER B., DEUMIER P., FULCHIRON H., LARRIBAUTERNEYRE V., sept. 2015, Éd. Litec LexisNexis, Coll. Mélanges.

⁹⁵⁴ FIAT É., « Pudeur et intimité », *Op. cit.*

⁹⁵⁵ α ἡμα δὲ κίθωνι ἐκδυομένη συνεκδεται κατὰ τοῦ αἵματος γυνὴ : « La pudeur des femmes tombe avec leur vêtement », HÉRODOTE, *Histoires*, I, 8.

ce sont les professionnels qui auraient dû se sentir gênés. L'initiative pétitionnaire estivale est bien plus sérieuse qu'il n'y paraît de prime abord. Hasard du calendrier ou signe des temps, le CHU de Nîmes a fait savoir dans l'été qu'il investissait 45 centimes supplémentaires pour des blouses plus respectueuses et que l'ensemble de son « parc » vestimentaire serait renouvelé en 2013 »⁹⁵⁶.

690. La précédente référence à l'historien Hérodote nous permet de rebondir sur le fait que la pudeur ne saurait sérieusement être considérée comme un « attribut » exclusivement féminin ; un médecin témoigne en ce sens : « Hier juste avant de s'endormir pour la coloscopie, un monsieur d'une cinquantaine d'années nous fait une bien étonnante requête...soudain paniqué à l'idée de se retrouver nu et endormi (j'allais écrire impuissant, forcément puisqu'endormi...), aux mains de trois femmes ici présentes, l'anesthésiste, l'infirmière et le médecin, il nous demande de ne pas profiter de son intimité ! Ou plus exactement, nous explique que sa femme ne souhaite pas que d'autres qu'elles profitent de son intimité ! Bien sûr, cette sollicitation, imprévue mais finalement naturelle, voire attendrissante, nous a précipitées toutes les trois en philosophie. Les vingt minutes de l'examen furent donc consacrées à dissenter de cette importante question du corps des patients. Nous avons entre les mains des corps nus, toute la journée, particulièrement dans le bloc opératoire. Les patients n'imaginent pas à quel point cela est naturel pour les médecins. Seule profession à pouvoir « mettre à nu », seule profession autorisée à toucher le corps des autres, cette particularité est certainement un des fondamentaux de la médecine. Et d'ailleurs, quelles que soient les obligations, les contraintes, les brimades mêmes, imposées aux médecins, nous aurons toujours ce pouvoir de déshabiller les humains et de mettre sur eux nos mains. Pouvoir que nous sommes les seuls à détenir, et qui fait l'irréductible puissance de la médecine, que les imageries et les robots ne pourront pas anéantir complètement. Certains médecins font attention, d'autres pas ou moins. Personnellement, même endormis pour une coloscopie, je recouvre les patients. D'autres praticiens libèrent leur champ de travail et repoussent les vêtements, sans complexe. Ce n'est pas mon cas. Ça fait marrer les infirmières, d'ailleurs, que je passe mon temps à recouvrir les malades ! Puisqu'ils sont endormis ! Qu'importe, en théorie ! Eh bien si, je trouve cela important. En plus, si je peux me permettre, vu que je passe mon tube entre les

⁹⁵⁶ VIALLA F., « Couvrez ce sein que je ne saurais voir (Molière, Tartuffe, Acte III, scène 2) « Cachez ce c... que je ne saurais montrer » : *Rev. Droit et santé* 2012, n° 50, éditorial p. 655, www.bnds.fr, in VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Op. cit.*

jambes, je préfère la vue d'un drap à celle d'un petit oiseau endormi et fripé, ou d'un pubis mal épilé »⁹⁵⁷.

691. Ce témoignage permet d'affirmer qu'il est attendu du professionnel de santé qu'il porte un regard digne et bienveillant sur son patient ; il s'agit là moins d'une obligation juridique qu'une considération éthique légitimement espérée par le malade : « Dieu sait qu'il arrive que la personne âgée, trahie par son propre corps, se sente comme disloquée, morcelée. Invoquant sa propre dignité, elle se rassemble autour de ce noyau dont nul ne saurait disposer. En l'homme, un noyau infracassable, quelque chose d'indisponible, de sacré, autour de quoi l'homme qui s'écrie « j'ai ma dignité » se rassemble, se ressaisit. On se drape dans sa dignité : pudeur et dignité sont liées, le non-respect de l'une entraîne une offense de l'autre. Suis-je ce corps exposé, examiné, décomposé au gré des spécialisations médicales, objet d'investigations gênantes, voire humiliantes ? Vous me connaissez comme simple agrégat d'organes plus ou moins abîmés, reconnaissez-moi comme sujet ! Adressez-vous au sujet que je suis ! Au-delà du regard cognitif que vous m'infligez, faites-moi la grâce d'un regard respectueux »⁹⁵⁸.

692. Le médecin Martin Winckler remarque : « Dans d'autres pays (en Grande-Bretagne, en Amérique du Nord) on n'impose jamais à un(e) patient(e) de se déshabiller entièrement. Comme on le voit dans les films, les patients portent des chemises d'examen, ce qui rend le corps accessible sans le dénuder. Mais ils ont le temps de se déshabiller, ce que les gynécologues français exerçant en privé n'accordent pas toujours aux femmes. En Angleterre et aux États-Unis, aucun médecin n'examine une patiente seul : il est toujours accompagné par une infirmière qui sert de témoin... pour éviter les comportements abusifs, justement. Car dans les pays anglo-saxons, on ne plaisante pas avec les abus de pouvoir des médecins »⁹⁵⁹.

693. Une patiente relate aussi que : « Une femme sur Internet rapporte avoir eu à subir un examen gynécologique en Australie. Pensant que cela se déroulait comme avec son ou sa gynéco, elle s'est installée toute nue sur la table d'examen. Le praticien, en la

⁹⁵⁷ [Http://www.cris-et-chuchotements.net/article-le-medecin-et-l-humain-nu-72760007.html](http://www.cris-et-chuchotements.net/article-le-medecin-et-l-humain-nu-72760007.html) : *Le médecin et l'humain nu*, in VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Op. cit.*

⁹⁵⁸ FIAT É., *Op. cit.*, p. 34 et 35.

⁹⁵⁹ [Http://martinwinckler.com/spip.php?article1107](http://martinwinckler.com/spip.php?article1107), *Op. cit.*

découvrant ainsi, est devenu rouge, est ressorti de la pièce en lui demandant de se couvrir, visiblement très choqué. Si la norme dans les pays anglo-saxons est de ne pas examiner un(e) patient(e) entièrement nu(e), pourquoi n'en serait-il pas de même en France, le pays dit des droits de l'Homme de surcroît ? À l'hôpital, il existe la charte du patient qui prend en compte le respect de la personne et de son intimité. Le 04/03/2011 a été lancé le programme "L'année des patients et de leurs droits". Pour ce qui est du respect de la pudeur dans le cadre d'une hospitalisation, il y a encore sans doute beaucoup à faire, mais on sent une volonté politique ferme d'aboutir à une relation soignant-soigné dans le cadre d'une "bientraitance". Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la médecine libérale »⁹⁶⁰ ?

694. À ces exemples et témoignages peuvent être adjoints les soins de *nursing*, les toilettes intimes⁹⁶¹ et les toilettes au lit du patient en perte ou manque d'autonomie, qui sont nécessairement synonyme de nudité et, c'est là le cœur de notre démonstration, d'atteinte à la vie privée.

695. *La toilette corporelle.* « Après le petit déj, c'est l'heure merveilleuse d'aller à la selle. Enfin le mot « aller » est un peu fort, puisque tout se passe sur son propre lit. (Évidemment les draps sont protégés par une sorte d'alèse jetable). On se positionne en chien de fusil, sur le flanc, les jambes remplies (sensation d'ailleurs extrêmement agréable quand tu es sur le dos depuis un mois). Et comme l'étendue de tes possibilités musculaires ne permet pas l'action de « pousser », on t'introduit un suppositoire, et, vingt minutes plus tard, l'aide-soignant ou l'infirmière, dûment muni de gants jetables, vient t'aider à évacuer tout ce qu'il y a à évacuer. (Moment de l'histoire à lire en dehors des repas.). »⁹⁶²

696. La toilette occupe une place centrale dans la relation de soin qui s'opère en établissement de santé - ou en HAD. Elle constitue un des actes quotidiens les plus épineux pour les professionnels, qui, alors même qu'ils atteignent la vie privée du patient, de par sa nudité et le toucher qui lui est opposé, se doivent de respecter sa dignité, et ce dans un lieu approprié. Certains patients n'ayant pas accès à la maîtrise de leur corps, la toilette peut

⁹⁶⁰ <http://martinwinckler.com/spip.php?article1107>, *Ibid.*

⁹⁶¹ DELOMEL M.-A., *La toilette dévoilée, analyse d'une réalité et perspectives soignantes*, éd. Seli Arslan, 1999. ; MARTINAT F., « L'inter... dit : Toilette et approche du corps chez la personne âgée : Rev. AMIEC mai-juin 1985.

⁹⁶² MARSAUD F., dit Grand Corps Malade, *Patients*, ÉD. Don Quichotte, 2012.

être le fait de l'équipe médicale déployée, et ainsi avoir lieu en public, ou au sein d'un lieu non privé où personne ne frappe avant d'entrer⁹⁶³. L'hypothèse de la toilette corporelle respectueuse de la vie privée du patient semble paradoxale, voire hypocrite.

697. Elle pose également la question de l'encadrement de certaines pratiques sanitaires par la voie législative. Celles-ci semblent en effet davantage avoir trait aux notions d'éthique et de responsabilité personnelle. Est-ce à la loi d'énoncer, à l'image du Serment d'Hippocrate, certains principes moraux - que la majorité des professionnels appliquent déjà n'en doutons pas, notamment au niveau de la toilette corporelle : respect et considération du corps, geste bienveillant, paroles nuancées, regard non insistant. Certaines affirmations permettent de penser que c'est malheureusement le cas⁹⁶⁴.

698. *La nudité, témoin du contexte particulier de la relation de soin.* Au-delà de la toilette corporelle, la relation de soin suppose toujours un regard, voire un geste sur le corps dénudé du soigné, qu'il s'agisse de l'examen médical - consultation - ou de l'acte thérapeutique. La problématique de l'accès au corps au sein de cette relation est ainsi essentielle. La nudité, totale ou partielle, est une apparence qui n'est pas étrangère au patient, de par la fréquence à laquelle il peut y être confronté, lors d'une consultation médicale - et de l'examen médical qu'elle sous-entend - ou d'un acte thérapeutique. La nudité permet la réalisation de la relation de soin, et l'atteinte de son objectif : elle est nécessaire à l'amélioration de son bien-être et de son état de santé. Du fait de cette surexposition à sa propre vie privée - et en l'occurrence à sa pudeur et son intimité - en comparaison à une personne saine, le patient peut plus ou moins bien accepter cette nécessité, et ce même s'il accepte d'exposer son corps nu au professionnel de santé. Au même titre que l'autorisation légale, le consentement du patient n'annihile ni l'atteinte, ni ses divers et multiples effets.

699. À cela s'ajoutent le contexte et le lieu dans lesquels la relation de soin prend forme - et cela est particulièrement vrai de l'hospitalisation - qui sous-tendent nécessairement un manque d'intimité, et ce même si la chambre hospitalière est assimilée au domicile du

⁹⁶³ DOAT A., « Quelle est la place pour l'intimité dans la démarche qualité ? », URL : edith-anne.doat.at.croix-rouge.fr, Cairn.info.

⁹⁶⁴ « Si la loi le demande, on le fera ! » : Guy Vallencien à propos du recueil du consentement préalable à la réalisation de touchers intimes sur patients endormis, in LORRIAUX A., Les touchers intimes sans consentement ne sont pas réservés au CHU, URL : <http://www.slate.fr/story/108351/touchers-vaginaux-sans-consentement-prive-institut-montsouris>, consultée le 24 juin 2017.

patient⁹⁶⁵ ; il n'en reste pas moins que ce dernier ne peut sérieusement assimiler totalement ce lieu à son domicile personnel. À l'immixtion dans la vie privée physique et corporelle du patient, intrinsèque à la relation de soin, qui s'adjoint à la divulgation d'éléments informatifs privés relatifs à son état de santé, constitutive d'une atteinte à sa vie privée morale, s'ajoute un manque d'intimité inhérent au contexte dans lequel la relation de soin peut voir le jour : « Il y a d'abord la première rencontre où les regards croisés en disent déjà long sur les appréhensions de la personne soignée, peut-être aussi les interrogations à propos de ce qui va bien pouvoir se faire, dans l'intimité d'une salle de bain, où d'habitude, le corps ne se dévoile pas autrement que quand il est seul avec lui-même. Ainsi, dans le miroir de cette salle d'eau où l'on est toujours tranquille à se mirer, se reflète alors un deuxième visage imposteur, une silhouette étrangère toute de blanc vêtue, qui interroge cette intimité a priori rompue, dans l'espace humide et chaud qui nous sert de refuge quand on veut prendre soin de soi »⁹⁶⁶.

700. L'atteinte à la pudeur et à la vie privée du patient n'est pas une calamité désastreuse ; elle demeure néanmoins réellement enracinée dans la pratique médicale française. La question de son appréhension juridique se pose alors légitimement (**v. Section II.**).

2. La certitude de l'atteinte à la vie privée par le regard

« Touchez, mais ne regardez pas. »

Dr. Gustave-Joseph WITKOWSKI⁹⁶⁷

701. Le XXème siècle consacra présomptueusement, au sein de l'hôpital français, le statut de « médecin star »⁹⁶⁸, figure incontournable et intouchable de l'établissement. Ce statut justifiait certains agissements qui s'inscrivaient, récemment encore, dans une véritable violation de la vie privée du patient. C'est ainsi que le cérémonial de la « grande visite » était communément admis et réalisé : le professeur, accompagné d'un certain

⁹⁶⁵ CA Paris, 26 juin 1986, Chantal Nobel, *Gaz. Palais* 1986, 2, 429.

⁹⁶⁶ HAUTENAUVE L., « L'intime », *Gérontologie et société* 2007/3 (n°122), p.211-214.

⁹⁶⁷ WITKOWSKI G.J., *Les accouchements dans les beaux-arts, dans la littérature et au théâtre*, Paris, Steinheil, 1894, p. 85, in BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, *Op. cit.*

⁹⁶⁸ PLICHON O., *Le livre noir des médecins stars*, Stock, 2012, cité par : PY B., « Le patient, « objet » pédagogique ?, *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, *Op. cit.*

nombre d'étudiants en médecine observait, examinait, auscultait chaque patient de son service de manière publique, parfois même en amphithéâtre⁹⁶⁹, se réfugiant à l'occasion derrière la justification pédagogique d'une telle pratique⁹⁷⁰. Il était également admis de convoquer chaque malade dans une pièce où se trouvaient professionnels de santé et étudiants en médecine⁹⁷¹. Il n'était alors donné nul autre choix au patient, placé dans une criante position d'infériorité, que d'accepter cette situation avilissante. Si ces pratiques ont aujourd'hui disparu, « laissant espérer qu'à l'avenir le mot "patient" aura abandonné son origine étymologique de « "condamné au supplice" »⁹⁷², c'est principalement grâce à l'intervention du Droit et des évolutions des représentations sociétales et sociales.

702. En tout état de cause, l'examen médical fait encore appel, à l'heure actuelle, à différentes techniques, parmi lesquelles figurent l'inspection⁹⁷³, l'auscultation⁹⁷⁴, la

⁹⁶⁹ V. le film « Une fille dangereuse » (*Bufere*), réalisé par Guido Brignone en 1952, et notamment sa première scène, durant laquelle un professeur, interprété par Jean Gabin, présente successivement à un amphithéâtre deux patients, afin de partager son diagnostic : « Où est-ce que vous m'emmenez ? À la salle d'opération ? Non, c'est pour la leçon dans l'amphi ».

⁹⁷⁰ « D'abord, notre patron, le chef de service qui nous servait d'enseignant, nous avait mis en garde : nous ne devons utiliser face à nos patients que des termes techniques. Ensuite, il nous était autorisé de palper des abdomens, des testicules, des prostates par un toucher rectal. La manipulation des corps nous était recommandée à la condition expresse que nous ne fassions montre d'aucune compassion. (...) La matinée était consacrée à la visite. Toute l'équipe passait de chambre en chambre selon un rituel immuable. Le grand patron (ou mandarin) ouvrait la marche. Tous ses assistants (mâles, bien sûr) portaient le nœud papillon, accessoire indispensable qu'ils nouaient à la hâte dès l'arrivée du grand chef. Suivait l'infirmière en chef reconnaissable à sa coiffe qui ressemblait à celle d'une nonne. Nous fermions la marche, nous les apprentis, en poussant le chariot où se trouvaient les dossiers, les examens complémentaires, biologiques et radiologiques. (...) Un jour, ce fut la présentation d'un cas d'hémorroïdes externes. Le patron somma le patient, un pilote de ligne, de se mettre en position genu-pectorale afin de montrer aux praticiens et aux apprentis ce qu'était un bouquet hémorroïdaire. Le malheureux patient lâcha un vent. Toute l'équipe fit semblant de rien et discuta doctement de l'origine des hémorroïdes, de leur traitement médical ou chirurgical. Pendant ce temps, le patient était toujours les fesses à l'air, la tête sur l'oreiller. La discussion prit fin, l'équipe médicale sortit de la chambre pour passer à la suivante. J'étais la dernière : je me suis retournée : le pilote s'était recouché à plat dos et ... il pleurait de honte. Je me suis dit : « c'est à cette engeance que je vais ressembler ? » Jamais ! » : <http://missfrottis.blog.lemonde.fr/2011/06/07/lhumiliation-des-hommes-aussi/>.

⁹⁷¹ « Jeune externe, j'étais en neurologie, ici, chez Garcin, raconte André Grimaldi. Tous les mois, il y avait la visite publique. Monsieur Garcin y livrait son diagnostic. À l'heure dite, il entrait par la porte du fond, accompagné par la surveillante générale. Le premier malade débarquait dans la salle, en savates, vêtu d'une simple blouse blanche. Et l'interne écrivait les observations sur le cahier. Ah, ce cahier ! » Il en sourit de plaisir : « En mai 1968, on a fait la grève du cahier, et cela a désorganisé le service. » : FAVEREAU E., « Coup de blouse », *Libération* 22 avr. 2009 : URL : http://www.liberation.fr/societe/2009/04/22/coup-de-blouse_554014, consultée le 5 juin 2017.

⁹⁷² Empr. au la. *patiens* « qui supporte, endurant », part. prés. adjectivité de *patior* « souffrir, supporter, endurer ». Personne qui est condamnée au supplice. <http://atilf.atilf.fr> ; cité par PY B., « Le patient « objet » pédagogique », *Op. Cit.*

⁹⁷³ En médecine, l'inspection désigne un des temps principaux de l'examen clinique, avec la palpation, la percussion et l'auscultation. L'inspection consiste simplement pour le médecin à recueillir les informations

palpation⁹⁷⁵ et la percussion⁹⁷⁶. Toutes supposent une observation méticuleuse et circonspecte du corps du patient plus ou moins dénudé⁹⁷⁷. La nudité pouvant être équivoque, il appartient au professionnel de santé de dissiper l'éventuel malaise causé par elle - bien qu'il puisse être ressenti par le patient comme par le professionnel.

703. Soulignons à ce propos le faible niveau de formation des étudiants en médecine relative à la vie privée des patients. Parallèlement, l'Ordre national des médecins dispense certains conseils destinés aux professionnels de santé sur cette thématique⁹⁷⁸. Quoi qu'il en soit, « si l'étudiant doit apprendre en regardant, il doit aussi apprendre à regarder. Encore faut-il le lui enseigner, sans quoi il risque de commettre à l'avenir une faute civile, voire une infraction pénale »⁹⁷⁹.

704. *Le nouveau regard de la médecine.* La médecine moderne a adopté un nouveau regard⁹⁸⁰. Les sciences naturelles avaient précédé la médecine sur ce point, en adoptant la méthode de l'observation, sonnait ainsi le glas des dispositifs ancestraux *ex-cathedra* où la

qui découlent de l'observation d'un patient. Plus spécifiquement, l'inspection s'attache à déterminer la présence de d'anomalie de forme (tuméfaction, atrophie) ou de couleur (éruption, dyschromie, ictère, pâleur) des différents endroits du corps humain accessibles à la vue. Pour l'examen de la peau, en dermatologie, il s'agit du principal temps parmi les quatre.

⁹⁷⁴ Déf. « Auscultation », dict. Littré : Terme de médecine. Action de prêter l'oreille pour percevoir les sons qui se produisent dans la poitrine, dans le cœur et dans les vaisseaux.

⁹⁷⁵ Déf. « Palpation », dict. Littré : Terme de médecine. Examen des parties normales ou morbides placées sous la peau ou dans les cavités naturelles à paroi souple, par l'application méthodique de la main sur leur surface externe. La palpation abdominale.

⁹⁷⁶ Déf. « Percussion », dict. Littré : Terme de médecine. Méthode d'exploration à l'aide de laquelle, en frappant sur les parois d'une cavité du corps, on peut reconnaître les lésions des parties contenues dans cette cavité. La percussion est immédiate ou médiate : immédiate, lorsqu'on percute avec les doigts rapprochés les uns des autres et allongés ; médiate, quand on frappe sur un corps intermédiaire appliqué sur les parois.

⁹⁷⁷ V. LEONHARD J., « La nudité toute nue », in DEFFAINS N. et PY B. (ss dir.), *Le sexe et la norme*, PUN, 2011, p. 85-138, cité par PY B., « Le patient « objet » pédagogique ? », *Préc.*

⁹⁷⁸ « Éviter de faire dénuder les malades inutilement ; déjà Hippocrate déconseillait de déshabiller un malade en présence de témoins : proches du patient, élèves ou assistants du médecin ; quand un examen suppose un déshabillage complet, il peut se faire successivement pour le haut et le bas du corps ; (...) éviter certains regards à des moments critiques du déshabillage, qui se fera mieux à l'abri d'une cloison ou d'un paravent, ou d'une exploration intime ; (...) procéder à certains examens, tout en respectant la pudeur, en présence d'un témoin proche du malade (parent pour un jeune enfant par exemple ou une autre personne pour un mineur) ou aide du médecin, mais certains examens gagnent à n'avoir aucun témoin ; (...) En somme il faut apprendre à reconnaître et à respecter "la bonne distance" dans la relation de soins » : Rapport B. Hoerni, *Pratique médicale et sexualité*, CNOM, déc. 2000.

⁹⁷⁹ PY B., *Le patient « objet » pédagogique*, *Préc.*

⁹⁸⁰ V. en ce sens : CABANIS P.-J.-G., *Coup d'œil sur les révolutions et la réforme de la médecine*, Paris, Impr. de Crapelet, chez Crapelet, Caille et Ravier, 1804.

parole triomphait de l'observation. Dans son roman relatif à Moïse Maïmonide⁹⁸¹, intitulé « Le médecin de Cordoue », Herbert le Porrier met en exergue une intrigue révélatrice de la fidélité aux théories anciennes dont faisaient preuve les médecins du Moyen Âge : « L'*Ars parva*⁹⁸² à portée de la main, nous travaillâmes tard dans la nuit à fouiller les entrailles [...] Nous constatâmes que le grand vaisseau du foie ne se trouvait pas à la place indiquée par le livre, que la forme de la poche stomachique ne coïncidait pas avec la description qui en était faite, et que le nerf du diaphragme émergé où il n'était pas recommandé de le chercher. Avensole⁹⁸³ décréta que ce cadavre était mal fait. On ne pouvait admettre que Galien se fut trompé »⁹⁸⁴. Dorénavant, le « regard, à lui seul, domine tout le champ du savoir possible »⁹⁸⁵.

705. Dans *La Dioptrique*, traité scientifique introduit par le célèbre *Discours de la méthode - pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* - René Descartes célébrait déjà la vue, sens « le plus universel et le plus noble »⁹⁸⁶, affirmant que l'amplification des techniques optiques serait une bénédiction pour l'humanité, dans la mesure où elles permettraient de savoir regarder. Or, « savoir regarder : c'est tout le secret de l'invention scientifique, du diagnostic éclair des grands cliniciens, du “coup d'œil” des vrais stratèges »⁹⁸⁷.

706. *Du « dire » au « voir »*. Le regard médical distance la simple vision mécanique de l'œil, et invite le professionnel de santé à user de l'ensemble de ses sens avec respect⁹⁸⁸,

⁹⁸¹ Moshe ben Maïmon, plus couramment connu en français sous le nom de Moïse Maïmonide, était un rabbin séfarade du XII^{ème} siècle (1138 - 1204), considéré comme l'une des plus éminentes autorités rabbiniques du Moyen Âge. Talmudiste, commentateur de la Mishna, jurisconsulte et décisionnaire, il est l'auteur du Mishné Torah, l'un des plus importants codes de loi juive. Philosophe, métaphysicien et théologien, il entreprend comme son contemporain Averroès une synthèse entre la révélation et la vérité scientifique, laquelle est représentée de son temps par le système d'Aristote dans la version arabe d'Al-Fârâbî. Médecin de cour et astronome, il publie aussi des traités dans ces domaines qui accroissent son prestige parmi ses contemporains juifs et non-juifs. Source : https://fr.wikipedia.org/wiki/Mo%C3%AFse_Ma%C3%AFmonide, consultée le 26 juin 2017.

⁹⁸² L' « *Ars medica quae et ars parva dicitur* » est un Traité médical relatif à l'art médical, connu sous le nom de « Microtechné », écrit en grec ancien - traduit en latin - par Claude Galien (Claudii Galeni).

⁹⁸³ Avensole était le maître de Moïse Maïmonide.

⁹⁸⁴ LE PORRIER H., *Le médecin de Cordoue*, Paris, Seuil, 1974, p. 105, in KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Op. cit.*

⁹⁸⁵ FOUCAULT M., *Naissance de la clinique*, *Op. cit.*

⁹⁸⁶ DESCARTES R., « La dioptrique », in *Œuvres et lettres*, Paris, Gallimard (La Pléiade), 1953, p. 180.

⁹⁸⁷ SCHUHL P.-M., *Le Merveilleux. De la pensée à l'action*, 1952, Paris, Flammarion, p. 209.

⁹⁸⁸ FOUCAULT M., *Naissance de la clinique*, *Op. cit.*, p. 123.

notamment de la vie privée, en inscrivant la pratique médicale dans une modernité réorganisant la circonscription du visible et du dicible : « le rapport entre ce qui se voit et ce qui se dit était bouleversé : il ne s'agissait plus de voir pour valider ce qui était dit, mais bien d'inventer de nouvelles manières de dire faisant écho à une nouvelle manière de voir »⁹⁸⁹. Ce nouveau regard s'est nécessairement accompagné de l'élaboration d'un nouveau lexique permettant de témoigner des analyses réalisées. Il est permis de citer l'exemple du Docteur René-Théophile-Marie-Hyacinthe Laënnec qui développa, en sus de son auscultation au stéthoscope⁹⁹⁰, un guide classifiant les bruits entendus pour pouvoir justifier et illustrer ses observations, complétant ainsi l'élision entre le clinique et le pathologique.

707. Du « voir » au « faire » : voir et toucher le corps dénudé. « Comment ouvrir, sans susciter un sentiment d'intrusion, la porte d'une chambre de malade ? La discrétion du regard, la délicatesse du geste et la modestie de la parole peuvent déjà signifier que le soignant, l'accompagnateur qui entre, ne vient pas en prédateur mais en ami, respectueux de l'intimité de la personne et de son corps »⁹⁹¹. L'accès à ce corps se fait principalement par le toucher - fût-il médical - qui révèle à lui seul une atteinte indubitable à la vie privée (B.).

B. La certitude de l'atteinte à la vie privée par le toucher

708. La relation de soin est assurément intrusive, physiquement et moralement : dès la consultation médicale, puis à l'occasion de l'acte thérapeutique, le patient accuse une intrusion dans sa vie privée. Le Professeur Violla propose d'illustrer cette intrusion via l'étude des terminologies techniques médicales : « Nous espérons que la pudeur de nos lecteurs juristes ne sera pas choquée par ces quelques pérégrinations dans le *Dictionnaire de l'Académie nationale de médecine*⁹⁹². La *colposcopie*, par exemple, est ainsi définie : “n.f. colposcopy, Inspection visuelle du vagin et du col de l'utérus au moyen du

⁹⁸⁹ KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Op. Cit.*

⁹⁹⁰ Notons que le terme de « stéthoscope » a été inventé par Laënnec sur la base du terme grec *sthetos*, qui signifie poitrine, et de la particule *scope*, qui bien que l'outil serve à écouter, signifie « voir » ; cette observation témoigne de la primauté du regard sur la pensée médicale de cette époque.

⁹⁹¹ DUCARRE R., « La présence et le respect », *Laennec 2005/1* (Tome 53), p. 4-6. DOI 10.3917/lae.051.0004.

⁹⁹² [Http://dictionnaire.academie-medecine.fr](http://dictionnaire.academie-medecine.fr).

colposcope”. Citons, encore, les termes “toucher bidigital”⁹⁹³, “toucher mensurateur”⁹⁹⁴, “toucher rectal”⁹⁹⁵, “toucher vaginal”⁹⁹⁶, “toucher vaginal combiné au palper abdominal”⁹⁹⁷ »⁹⁹⁸.

709. *Le toucher médical : un toucher justifié mais attentatoire à la vie privée.* Souvent désavoué, déprécié ou banalisé, le toucher n’est que trop rarement questionné. Le contact physique permet l’existence de la relation de soin et peut avoir un objectif diagnostique ou thérapeutique. Historiquement, le toucher a permis la connaissance du corps, via son analyse, avant même d’avoir pu espérer le guérir. Le professionnel de santé accède ainsi au corps en tant qu’objet de connaissance et objectif de la thérapeutique.

710. Le toucher est présent dans la majorité des relations de soin - même si certains professionnels, tels que les médecins et infirmières, y sont davantage confrontés. Plus précisément, le toucher médical désigne le contact physique nécessité par la relation de soin, à visé diagnostique ou thérapeutique, direct ou indirect⁹⁹⁹. Le toucher possède également une acception de soin relationnel, illustrée par des gestes communicationnels témoignant d’une qualité et d’une présence sensible à l’autre. Parallèlement, le toucher non médical est illustré par la communication émotionnelle entre patient et professionnel de santé - qui est communément nommé « contact ». Le toucher est réciproque, et permet au corps d’échapper à son substrat initialement organique, afin de l’ériger au rang d’acteur de la relation. Certains auteurs ont mis en lumière différentes formes de touchers, qui trouvent leur place au sein de la relation de soin, tels que : le toucher procédural et le toucher non-

⁹⁹³ *l.m. bidigital pelvic examination.* Exploration clinique de la cavité pelvienne et de ses viscères par deux doigts. Par extension, touchers vaginal et rectal simultanés, destinés à examiner la cloison recto-vaginale.

⁹⁹⁴ *l.m. measurement pelvic examination.* Exploration du bassin obstétrical par le toucher vaginal, comportant une mesure sur le doigt de l’examineur de la longueur des diamètres évalués.

⁹⁹⁵ *l.m. digital rectal examen (DRE).* Exploration tactile des lésions du rectum et des viscères avoisinants par un doigt introduit par le canal anal, exploration de celui-ci, de l’ampoule rectale, de la prostate, du cul-de-sac de Douglas, des ligaments utérosacrés, des parois du pelvis.

⁹⁹⁶ *l.m. vaginal examination.* Exploration par un ou deux doigts de la cavité et des viscères pelviens, en particulier le vagin, l’utérus et ses annexes, les paramètres, le cul-de-sac de Douglas, la présentation fœtale pendant la grossesse.

⁹⁹⁷ *l.m. combined pelvic and abdominal examination.* Exploration de la cavité pelvienne et de son contenu par la pratique simultanée d’un toucher vaginal d’une main et d’un palper abdominal de l’autre main.

⁹⁹⁸ VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l’épreuve de la relation de soin », *Op. cit.*

⁹⁹⁹ « Geste physique directement exercé sur le corps du soigné, comme aider un patient à se mobiliser, à la médiation permise par un instrument technique, comme le fait une piqure » : SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l’anthropologie », Université du Québec en Outaouais, sept. 2006.

nécessaire¹⁰⁰⁰, le toucher relié à une tâche et le toucher de sollicitude/social¹⁰⁰¹, le toucher instrumental et le toucher d'expression¹⁰⁰², le toucher de sollicitude, le toucher relié à la tâche, et le toucher de protection¹⁰⁰³.

711. Il ne s'agit pas d'émettre une critique dommageable et illégitime du toucher médical, mais d'éprouver son existence, sa réalisation, et l'atteinte qu'il porte à la vie privée du patient. Ce toucher a en outre des facultés évidentes, et notamment la génération d'effets psychologiques favorables au patient¹⁰⁰⁴. Le toucher influence le rythme cardiaque de manière plus ou moins avantageuse bénéfique : les touchers répétés, intensifs et énergiques, destinés aux parties du corps les plus innervées, peuvent accroître les risques d'arythmie cardiaque¹⁰⁰⁵ ; les touchers clairsemés visant au réconfort accourcissent la sollicitation nerveuse. En tout état de cause, le toucher ne laisse personne indifférent, d'un point de vue physique ou biologique.

712. L'expérience du toucher est fluctuante au regard du sexe et de l'âge du patient, ainsi que de la partie du corps qui est ébranlée. Si le toucher médical est généralement positivement connoté, certaines expériences négatives peuvent également être mises en exergue, notamment lorsque le toucher ne s'inscrit pas dans une démarche respectueuse. Il semble donc primordial que le professionnel de santé soit sensible à l'effet peu anodin du toucher médical, à l'heure où le professionnel de santé est technologiquement assisté :

¹⁰⁰⁰ BARNETT, 1972, cité par : SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l'anthropologie », *Ibid.*

¹⁰⁰¹ ADOMAT R., KILLINGWORTH A., 1994, cité par : SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l'anthropologie », *Ibid.*

¹⁰⁰² MCCANN, MCKENNA, 1993, cité par : SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l'anthropologie », *Ibid.*

¹⁰⁰³ ESTABROOKS, MORSE, 1992, cité par : SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l'anthropologie », *Ibid.* L'infirmière canadienne Carole Estabrooks, dans une étude qui consistait à observer des infirmières dans une unité de soins intensif, a identifié ce type de toucher relativement paradoxal. Ce type de toucher, opposé au toucher de sollicitude (*caring touch*), transmet au patient un message de distanciation. Certaines infirmières confessèrent utiliser cette forme de toucher pour se protéger du deuil anticipé par l'éminence ou la forte possibilité du décès de la personne soignée.

¹⁰⁰⁴ À titre d'exemple et de manière non exhaustive : diminution de la tension artérielle systolique et diastolique, diminution du cortisol, de l'adrénaline et de la noradrénaline, augmentation des cellules du système immunitaire.

¹⁰⁰⁵ Les troubles du rythme cardiaque ou arythmies sont une famille de maladies cardiaques. Un rythme sinusal correspond au rythme cardiaque normal, c'est-à-dire piloté par le nœud sinusal avec conservation de la séquence « contraction des oreillettes » - « contraction des ventricules ». Un trouble du rythme correspond donc à un rythme cardiaque non sinusal : on parle de « tachycardie » lorsque la fréquence cardiaque est rapide, et de « bradycardie » lorsque la fréquence cardiaque est lente.

« Intervention simple et trop souvent ignorée, il devient important de lui redonner sa place de noblesse perdue par l'influence de l'ère technologique »¹⁰⁰⁶. Son importance et sa réalisation doivent être enseignées aux étudiants afin de faire de la vie privée du patient une thématique reconnue et maîtrisée ; son respect et son rayonnement en dépendent largement.

713. Le toucher existant au sein de la relation de soin n'est pas uniquement réductible au toucher médical ; il peut également trouver illustration dans un geste spontané, sincère et instinctif face à la douleur et à la difficulté à pouvoir l'atténuer : le toucher se résume parfois à une main posée sur l'autre. Le toucher évoque dès lors l'accolade, l'étreinte, le geste de consolation et d'encouragement envers le patient. Dans certaines situations, souvent les plus graves médicalement parlant, le rôle des mots est diminué, et celui du toucher trouve alors tout son sens, illustrant une relation de soin avant tout humaine. Si cela permet de trouver une justification au toucher, cela ne saurait remettre en cause l'atteinte qu'il porte à la vie privée physique du patient : cette atteinte corporelle remet en cause le rapport du patient à lui-même, à l'autre et au monde ; elle touche au corps de la maladie et au corps du malade. Le toucher corporel, fut-il médical, ne saurait laisser quiconque indifférent. Ses conséquences sont aggravées par le fait que le patient n'y ait éventuellement pas consenti. L'affaire des touchers vaginaux est à ce sujet révélatrice.

714. *L'affaire des « touchers vaginaux »*. Au début de l'année 2014, le médecin Marc Zaffran, sous le pseudonyme de Martin Winckler, dénonçait sur son blog la pratique immémoriale visant à utiliser les patients placés sous anesthésie générale comme objets didactiques¹⁰⁰⁷. C'est néanmoins par suite le journal gratuit *Metronews* qui initia véritablement le scandale médiatique, par la publication, le 2 février 2015, d'un article intitulé : *Touchers vaginaux sur patientes endormies : un tabou à l'hôpital ?*¹⁰⁰⁸ Ce dernier révélait que le site internet de l'Université Lyon-Sud contenait un document officiel effleurant l'idée selon laquelle les étudiants en formation devaient se perfectionner à la pratique des touchers intimes - toucher vaginal en l'occurrence - sur des patientes placées

¹⁰⁰⁶ SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l'anthropologie », *Op. Cit.*

¹⁰⁰⁷ ZAFFRAN M., WINCKLER M., « La maltraitance médicale est (vécue comme) un viol », <http://martinwinckler.com/spip.php?article1137>, 25 février 2014.

¹⁰⁰⁸ Désormais disponible à l'adresse suivante : <http://www.lci.fr/societe/touchers-vaginaux-sur-patientes-endormies-un-tabou-a-lhopital-1518908.html>, consultée le 21 juin 2017.

sous anesthésie générale. Les réponses malavisées de la doyenne de l'UFR de médecine¹⁰⁰⁹, les affirmations inélégantes du président du Collège national des gynécologues et obstétriciens français¹⁰¹⁰, ainsi que les nombreux articles parus dans la presse nationale, donnèrent à l'affaire un retentissement conséquent¹⁰¹¹ : « Le ministre de la Santé s'apprêterait à saisir le président de la Conférence nationale des doyens des universités de médecine »¹⁰¹² pouvait-on lire dans l'édition du Monde datée du 23 février 2015.

715. L'argumentation en faveur d'une telle pratique, avancée par certains professionnels de santé, est fortement empreinte de paralogisme : « C'est utile. Les patients ne s'en rendent pas compte. Si on leur demande ils refuseront. De toute manière, ils doivent bien s'en douter... »¹⁰¹³. Sans revenir sur l'utilité d'une telle pratique, à visée pédagogique, qui semble aisément intelligible, la viabilité de tels arguments ne semble juridiquement pas assise. L'inconscience du patient ne peut être sérieusement assimilée à une justification, mais bel et bien à une circonstance aggravant la fragilité. Justifier une telle pratique en arguant de l'éventuel risque de refus n'est également pas sérieux, dans la mesure où ce risque constitue la contrepartie de l'exigence légale du respect du consentement, nécessité juridique absolue qui ne saurait se présumer. L'exemple du refus de soin, habituellement

¹⁰⁰⁹ Carole Burillon, doyenne de l'UFR de médecine et maïeutique Lyon-Sud au moment des faits : « On pourrait demander l'accord pour le toucher (...) mais j'ai peur que les patientes refusent ».

¹⁰¹⁰ Bernard Hédon, président du CNGOF, répondant aux questions d'une journaliste à ce sujet : « Est-il vrai que des étudiants en médecine s'entraînent au toucher vaginal sur des patientes endormies ? - Je récusé le terme "entraînement". Il s'agit de formation. L'examen clinique fait partie de l'apprentissage. Avant toute chirurgie gynécologique, le médecin pratique toujours un toucher vaginal lorsque la patiente est sous anesthésie, pour vérifier, par exemple, l'emplacement d'un kyste. Sous la responsabilité du médecin, un étudiant peut être amené à pratiquer lui aussi un tel examen. Les étudiants palpent beaucoup mieux les structures lorsque la patiente est anesthésiée, car les muscles sont détendus. Ce type d'examen est pratiqué dans un bloc, avec un anesthésiste autour, une infirmière... C'est de la médecine, on n'est pas dans un fantasme de viol ! Et rappelons que 80% des apprentis gynécologues sont des femmes. Souvent, ils en sont à un stade très avancé de leurs études. La patiente est-elle avertie avant ? - Une patiente signe énormément de choses avant une intervention chirurgicale, elle reçoit beaucoup d'informations de la part de son médecin. Mais il n'est pas dit explicitement qu'elle va de nouveau subir un toucher vaginal juste avant l'intervention. Ne vous semblerait-il pas normal de lui demander son consentement ? - C'est aller trop loin dans la pudibonderie ! Après 40 ans d'expérience, je ne pense pas qu'il soit nécessaire de faire signer un papier avant cet examen », cité par : PY B., « Le patient, « objet » pédagogique ? », *Préc.*

¹⁰¹¹ Articles dénonçant les touchers vaginal ou rectal parus dans Madame Figaro (5 février 2015), Libération (6 février 2015), Le Monde (6 février 2015).

¹⁰¹² DUPONT G., « Le monde médical se divise à propos de la pratique des touchers pelviens sans consentement », Le Monde 23 février 2015, URL : http://www.lemonde.fr/sante/article/2015/02/23/le-monde-medical-se-divise-a-propos-de-la-pratique-des-touchers-pelviens-sans-consentement_4581510_1651302.html, consultée le 7 juin 2017.

¹⁰¹³ PY B., « Le patient, « objet » pédagogique ? », *Op. cit.*, p. 131.

basé sur des motifs privés¹⁰¹⁴, témoigne de l'hypothèse la vie privée peut également porter atteinte à la relation de soin, en influençant - voire en empêchant - sa réalisation.

716. En tout état de cause, un rapport de la Conférence des doyens des facultés de médecine a été remis, le 27 octobre 2015, à Madame Marisol Touraine, alors ministre de la santé, et révèle qu'entre 20% et 33% des touchers vaginaux et rectaux réalisés sur des patients placés sous anesthésie générale par des étudiants en médecine seraient effectués sans avoir obtenu le consentement préalable explicite de la personne concernée. Certains professionnels justifient cette pratique par le fait que l'anatomie du patient serait sans commune mesure avec sa vie privée. À ce titre, Guy Vallencien, chirurgien du département d'urologie de l'Institut Montsouris de Paris, Professeur à l'université Paris-Descartes et membre de l'Académie nationale de médecine, juge que l'« affaire » des touchers intimes s'apparente à du « délire » : « Si un malade se fait opérer, c'est qu'il a confiance. Les malades comprennent très bien qu'ils participent à l'amélioration globale de la médecine. (...) On n'est pas dans l'intime, on est dans l'anatomie », ajoute le praticien, qui place tous les organes sur un même pied d'égalité, « quel que soit l'orifice » par lequel il faille s'introduire pour y accéder¹⁰¹⁵.

717. Cette affirmation nous rappelle que la relation de soin s'opère entre deux êtres humains, et que si, par ses caractéristiques intrinsèques, cette dernière est attentatoire à la vie privée, la violation ne peut qu'être plus grande lorsqu'un acteur y prenant part tient de tels propos, tendant à considérer le patient comme un être anatomique devant se plier, au nom de la confiance, à tout ce que le professionnel jugerait bon de lui faire subir, dans des conditions décidées par lui - et lui-seul. C'est sans compter sur les lourdes conséquences qui pèsent alors sur lui.

718. *L'assimilation juridique du toucher intime sans consentement au crime de viol.* La loi du 23 décembre 1980 définit le viol de la sorte : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte, menace ou surprise, constitue un viol »¹⁰¹⁶. Aussi est-il permis de penser que tout examen

¹⁰¹⁴ Bien que le caractère privé de tels motifs ne soit pas législativement consacré (v. *infra*).

¹⁰¹⁵ LORRIAUX A., Les touchers intimes sans consentement ne sont pas réservés au CHU, URL : <http://www.slate.fr/story/108351/touchers-vaginaux-sans-consentement-prive-institut-montsouris>, *Préc.*

¹⁰¹⁶ C. pén., art. 222-23.

médical ou acte thérapeutique nécessitant une pénétration des organes sexuels, imposée par violence, contrainte, menace ou surprise, puisse être qualifié de viol, voire de viol en réunion¹⁰¹⁷. Citons, à titre illustratif, le toucher vaginal, le toucher rectal, le frottis vaginal, l'échographie pelvienne ou la coloscopie, qui, imposés par un médecin¹⁰¹⁸ du fait du non recueil préalable du consentement, constituent, au regard du droit pénal, un viol : le patient n'ayant pas consenti expressément et préalablement à l'acte, ce dernier est réalisé par contrainte. Le Professeur Py rappelle qu'ainsi, « pour le droit pénal, abuser sexuellement de la femme ivre ou assoupie ou pratique un toucher rectal sur un patient anesthésié constitue le crime de viol »¹⁰¹⁹.

719. Cette affirmation assoie l'idée selon laquelle : « Il n'est nullement vrai que l'entrée, même volontaire du malade à l'hôpital ou dans une clinique, implique nécessairement l'acceptation, faite par avance, des traitements que les médecins de cet établissement jugeront bon de lui faire subir, ni que l'anesthésie consentie comporte d'avance le consentement à une opération quelconque »¹⁰²⁰.

720. C'est d'autant plus vrai qu'en l'espèce, un double consentement semble devoir être recueilli : le consentement à l'acte diagnostique nécessaire, et le consentement à l'acte pédagogique réalisé par l'étudiant. La formation des étudiants en médecine à l'examen médical et à l'acte thérapeutique est capitale ; mais la relation de soin se doit à l'avenir de convier chaque patient, au risque de se voir opposer un refus, à prendre part, volontairement et passivement, à l'apprentissage pratique du futur professionnel de santé, afin que le statut du patient évolue de l'objet pédagogique au sujet pédagogique. L'affaire des touchers vaginaux illustre en tout état de cause l'atteinte que peut porter la relation de soin à l'intégrité du patient.

721. *Différenciation entre l'atteinte à la vie privée et l'atteinte à l'intégrité.* Le droit interne protège le corps humain, de sorte que ce dernier est déclaré inviolable ; l'inviolabilité correspond au droit de ne pas être touché, et à l'interdiction d'être touché qui

¹⁰¹⁷ C. pén., art. 222-24 : « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : (...) 6° Lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; ».

¹⁰¹⁸ PY B., *Le sexe et le droit*, PUF, 1999, p. 60.

¹⁰¹⁹ PY B., Le patient « objet » pédagogique, *Op. Cit.*

¹⁰²⁰ SAVATIER R. et J., AUBY J.-M. et PÉQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, n° 252, p. 230.

en découle. Le fondement de l'inviolabilité repose sur la dignité de l'individu, qui doit rester intouchable.

722. Le principe de sauvegarde de la dignité humaine¹⁰²¹ a été adjoint au bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel en 1994¹⁰²², et incorporé par la loi du 4 mars 2002¹⁰²³ dans le Code de la santé publique, qui dispose que : « la personne malade a droit au respect de sa dignité »¹⁰²⁴. « Prendre soin se révèle alors d'une particulière importance et la source de réelles difficultés. La question intègre tous les éléments du quotidien d'un patient hospitalisé et va bien au-delà des seules problématiques soulevées par les soins techniques. C'est, notamment, de la qualité de la vie de la personne prise en charge qu'il s'agit. L'environnement, l'accompagnement, l'humanisme de la démarche conditionnent aussi la réussite du soin. Les droits des patients prennent acte de cette réalité et la référence à la dignité n'est pas un simple hochet »¹⁰²⁵. L'intégration de la dignité au sein du Code de la santé publique ravive l'expression d' « humanisme médical », qui vise une « doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité »¹⁰²⁶. La contiguïté de la lettre retenue par le Code de la santé publique avec les termes de l'article 16 du Code civil est remarquable : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

723. Concernant l'inviolabilité du corps, et au même titre que la dignité, soulignons que jusqu'en 1994, ce principe n'était pas légalement assis ; c'est chose faite grâce à la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, qui introduisit dans notre législation le principe selon lequel : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable »¹⁰²⁷. L'article 16-

¹⁰²¹ V. MARTINEZ E., « La dignité », in MARTINEZ E. et VIALLA F. (ss dir.), *Les grands avis du CCNE*, *Op. cit.* ; MARTINEZ E., BOURRET R. et VIALLA F., « Du « cardinal » au relatif : les avatars du principe de dignité dans la « jurisprudence » éthique du Comité consultatif national d'éthique », *RMD* 2014, 66-73 ; CALLU M.-F., « La dignité de la personne humaine, » in VIALLA F. (ss dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, *Op. cit.*

¹⁰²² Cons. const., 27 juil. 1994, n° 94-343-344 DC : JO 29 juil. 1994 ; D. 1995, p. 237, note B. MATHIEU.

¹⁰²³ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁰²⁴ CSP, art. L. 1110-2 ; V. aussi CASF, art. L. 311-3.

¹⁰²⁵ VIALLA F., « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », *Op. cit.*

¹⁰²⁶ Déf. « Humanisme », dict. de l'Académie française, URL : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

¹⁰²⁷ C. civ., art. 16-1.

3 du Code civil consacre, au surplus, la nécessité et l'obligation de respecter la volonté de afin de « toucher médicalement » à son corps : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »¹⁰²⁸. Le principe d'inviolabilité du corps humain a ainsi pour conséquence directe d'imposer scrupuleusement le respect de la volonté du patient. Ceci étant, cette obligation n'annihile pas le fait que la relation de soin atteint la vie privée du patient, qui, même lorsque sa volonté est respectée, est confronté au regard et au toucher du professionnel de santé. Plus problématique apparaît néanmoins l'hypothèse où la volonté du patient n'est pas respectée ; l'atteinte à sa vie privée semble alors décuplée.

724. Il importe en outre de mettre en lumière le fait que la relation de soin, dans ses deux acceptions que sont l'examen médical et l'acte thérapeutique, atteint certainement la vie privée et, par extension, l'intégrité morale. À ces deux acceptions s'adjoint une troisième considération, illustrée par l'interrogatoire - ou questionnement. L'examen médical et l'interrogatoire forment alors la consultation médicale à visée diagnostique.

725. Il est communément admis que l'intégrité physique implique le droit au respect du corps, et que l'intégrité morale implique le droit au respect de la vie privée. N'est-ce pas à dire, dès lors, que l'examen médical et l'interrogatoire, en atteignant certainement la vie privée, atteignent également et indirectement l'intégrité morale ? Concernant le présent travail, qui a trait à la vie privée et non à l'intégrité, il importe de rappeler que la relation de soin - tant par l'examen médical et l'interrogatoire que par l'acte thérapeutique - atteint certainement la vie privée et, *a fortiori*, l'intégrité morale du patient. Elle peut au surplus, et c'est généralement le fait de l'acte thérapeutique, mais également, plus rarement certes, de l'examen médical, atteindre l'intégrité physique du patient, qui par son consentement, couplé à l'autorisation mise en exergue à l'article 16-3 du Code civil¹⁰²⁹, rend cette atteinte

¹⁰²⁸ C. civ., art. 16-3.

¹⁰²⁹ C. civ., art. 16-3 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

licite, mais ne l'efface pas pour autant. L'exemple de l'examen de coloscopie¹⁰³⁰, qui peut être réalisé à titre diagnostique¹⁰³¹ est à ce sujet fort de sens, dans la mesure où ce dernier atteint certainement l'intégrité physique du patient, alors même qu'il a lieu à l'occasion de l'examen médical.

726. L'intégrité est « l'état d'une chose qui a toutes ses parties, qui n'a subi aucune altération »¹⁰³². Valérie Doumeng affirme que constituent une atteinte à l'intégrité de la personne les actes chirurgicaux, les traitements médicamenteux - de par leur puissance active qui modifie l'organisme - ainsi que l'emploi de « procédés mécaniques en vue de produire des effets sur le corps ou l'esprit humain »¹⁰³³. Elle ajoute que le droit à l'inviolabilité de la personne complète le droit à l'intégrité physique ou psychique ; il est une « barrière qui se dresse devant toute intervention d'autrui »¹⁰³⁴. Elle ne mentionne dès lors pas l'examen médical au titre des éléments de la relation de soin qui portent atteinte à l'intégrité du patient, considérant que l'examen ou la consultation médicale ne portent pas atteinte à l'intégrité de la personne, mais « seulement » à sa vie privée psychique et physique ; dans ce cas - et contrairement à l'acte thérapeutique, il n'y a pas atteinte à l'intégrité du corps ou de l'esprit humain, mais seulement examen de celui-ci¹⁰³⁵. Une telle analyse, selon laquelle l'examen médical ne saurait porter atteinte à l'intégrité de la personne, nous semble pouvoir être remise en cause, et appelle de notre part deux observations.

727. Premièrement, les actes à visée diagnostique, tel que l'examen médical, ne portent pas uniquement atteinte à la vie privée physique, mais peuvent également porter atteinte à

¹⁰³⁰ La coloscopie ou colonoscopie est l'examen visuel du côlon par l'intermédiaire d'une sonde appelée coloscope. C'est une endoscopie digestive, une méthode invasive d'exploration et d'imagerie médicale, permettant l'exploration du rectum et de la totalité du côlon jusqu'à la jonction iléo-colique (intestin grêle). La longueur de tube digestif explorée est d'environ 1,50 m. L'examen de coloscopie, qui concerne l'exploration et/ou l'intervention dans le côlon, peut être pratiqué dans un but diagnostique (par la recherche de tumeur) et thérapeutique (l'ablation de polypes : petite excroissance qui se développe sur les muqueuses, une tumeur bénigne qui peut se transformer en cancer).

¹⁰³¹ Le diagnostic se définit par : « l'acte ou le résultat de l'acte qui aboutit à identifier l'affection dont un patient est atteint à partir de données de l'interrogatoire et de l'examen » ; v. TELMON N., ROUGE D., *La notion d'acte médical. Approche de l'acte médical et les droits du malade*, dir. C. Neirinck, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, coll. « droit et médecine », n°3, p. 14, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental*, Op. cit.

¹⁰³² Grand Larousse encyclopédique.

¹⁰³³ Exemple de l'électrochoc.

¹⁰³⁴ MOLINARI P.A., La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux, Op. Cit.

¹⁰³⁵ V. en ce sens : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...*, Op. Cit.

l'intégrité physique : c'est le cas par exemple de la coloscopie, précédemment mentionnée, qui peut être pratiquée dans un but diagnostique.

728. Secondement, les actes à visée diagnostique peuvent porter atteinte à l'intégrité morale du patient : c'est le cas de l'interrogatoire - ou questionnement - qui, parce qu'il porte atteinte à la vie privée morale du patient, altère conséquemment son intégrité morale. L'analyse précitée semble réduire l'examen ou la consultation médicale à l'interrogatoire, en oubliant que l'examen médical peut véritablement atteindre le corps.

729. Il est ainsi ardu d'établir une généralité sur l'objet et l'étendue de l'atteinte à la vie privée par la relation de soin. En se concentrant sur les trois acceptions susmentionnées, il est permis d'affirmer que :

1°) Sur la consultation médicale à visé diagnostique :

- L'acte diagnostique peut porter atteinte à la vie privée physique (nudité et toucher superficiel lors de l'examen) ou morale (informations privées obtenues par interrogatoire ou examen réalisé habillé : exemple de la mesure de la tension artérielle) ;
- L'acte diagnostique peut porter atteinte à l'intégrité physique (toucher profond lors de l'examen : ex. coloscopie) ou morale (dès lors qu'il y a atteinte à la vie privée, il y a atteinte à l'intégrité morale) ;
- Le questionnement ne peut porter atteinte à la vie privée physique (absence de nudité ou de toucher superficiel), mais peut porter atteinte à la vie privée morale, au regard des informations privées qui y sont échangées ;
- Le questionnement ne peut pas porter atteinte à l'intégrité physique (absence de toucher profond), mais peut porter atteinte à l'intégrité morale (dès lors qu'il y a atteinte à la vie privée, il y a atteinte à l'intégrité morale).

2°) Sur l'acte à visé thérapeutique :

- L'acte thérapeutique peut porter atteinte à la vie privée physique (nudité) et morale (dès lors que le professionnel de santé qui réalise cet acte est informé, de fait, d'un élément relatif à l'état de santé du patient, couvert par la vie privée).
- L'acte thérapeutique peut porter atteinte à l'intégrité physique (altération du corps) et morale (dès lors qu'il y a atteinte à la vie privée, il y a atteinte à l'intégrité morale).

730. Conclusion de la section. De manière habituelle, l'atteinte à la vie privée par la relation de soin est caractérisée par le fait que le professionnel de santé est informé de l'état de santé de son patient, soit en amont, soit parce que le diagnostic qu'il pose l'en informe. La vie privée morale est ainsi premièrement et indubitablement atteinte ; contrairement à une idée reçue, l'ampleur de telles atteintes est considérable ; en effet, « L'esprit dépassant le corps dans l'ordre des valeurs, nul ne risque de porter des atteintes plus graves à la personne »¹⁰³⁶. Dès lors que les informations relatives à l'état de santé sont couvertes par la vie privée, l'atteinte à la vie privée morale est caractérisée - ce qui entraîne de fait une atteinte à l'intégrité morale. L'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité physique n'est-elle constatée qu'en cas de nudité, de toucher superficiel ou profond, voire d'altération du corps. Par-delà l'atteinte à l'intégrité - qui n'intéresse que partiellement le présent travail -, l'atteinte à la vie privée, physique ou morale, par la relation de soin est caractérisée. À l'heure actuelle, et alors que c'est indéniablement souhaitable, les protections spéciales ne prennent pas en compte cette dualité, et ne consacrent pas plus la certitude de l'atteinte.

Section II. L'existence d'une protection juridique spécifique en réponse à l'atteinte

731. L'atteinte portée par la relation de soin fait écho à une protection juridique spécifique qui trouve sa principale illustration à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique¹⁰³⁷. Celui-ci prévoit le droit au respect de la vie privée et le droit au secret des informations personnelles. Plus spécifiquement, seul le premier alinéa de l'article consacre le droit au respect de la vie privée. Le droit au secret des informations personnelles, rendu possible par le secret professionnel, fera pour sa part l'objet d'un développement particulier (*v. Chapitre II*).

732. La définition du droit spécial au respect de la vie privée incombe donc au premier alinéa de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique ; sa rédaction actuelle présente indéniablement un certain nombre de limites (1°§.). Son contenu et son étendue

¹⁰³⁶ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PÉQUINOT H., *Traité de droit médical*, *Op. cit.*

¹⁰³⁷ V. également : CASF, art. L. 311-3-1 et CSP, art. L. 1111-4.

témoignent néanmoins de l'opportunité d'une telle protection, en comparaison avec la protection commune (2°§.).

1°§ Définition et limites du droit spécial au respect de la vie privée

733. Une analyse des premiers alinéas de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique permet de mettre en lumière la définition qui y est faite du droit au respect de la vie privée (A.), ainsi que les limites qui y sont nécessairement afférentes (B.).

A. Définition du droit spécial au respect de la vie privée

734. *Une définition partiellement initiée par les lois de 2002*¹⁰³⁸. Le patient est une personne titulaire de droits¹⁰³⁹, même dans le cadre singulier de la relation de soin. Cette affirmation est scellée par les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 et « s'inscrit dans la continuité de textes majeurs votés cette dernière décennie, qu'il s'agisse des lois dites bioéthiques du 29 juillet 1994, de la loi du 27 juin 1990 relative aux personnes hospitalisées pour des troubles mentaux, de celle du 9 juin 1999 visant à garantir l'accès aux soins palliatifs ou encore de la loi du 27 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle »¹⁰⁴⁰.

735. Les droits qui y sont recensés ne sont pas réellement nouveaux, de multiples textes les ayant déjà mis en lumière¹⁰⁴¹ ; c'est le cas, entre autres, de la Charte du patient hospitalisé datée de 1995¹⁰⁴², qui énonçait particulièrement l'importance de garantir la primauté de la personne prise en charge et de condamner toute atteinte à sa dignité, en abordant notamment le respect de la vie privée, de l'intimité, des croyances et des convictions. Avant 2002, le droit au respect de la vie privée emportait déjà la confidentialité des informations personnelles relatives au patient ainsi que sur sa présence dans l'établissement. La protection de la vie privée s'étendait aux visites, au courrier, aux

¹⁰³⁸ L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale ; L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁰³⁹ BELLIVIER F., ROCHFELD J., « Droits des malades - Qualité du système de santé. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », RTD civ. 2002. 574.

¹⁰⁴⁰ BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Op. cit.*

¹⁰⁴¹ AUBY J.-M., « Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français (médecine libérale) », Petites affiches 27 mai 1997, n° 61, p. 4.

¹⁰⁴² MEUNIER R., « La charte du patient hospitalisé », RMD 1995, p. 12.

communications téléphoniques et aux entretiens. La Charte élaborait alors une synthèse avantageuse des droits existants extrêmement seyante à l'information du patient, bien plus encore que la Charte du malade datée de 1974¹⁰⁴³. Une circulaire datée du 9 mai 1995 envisageait alors de la transmettre à chaque patient accueilli et, au besoin, à ses proches¹⁰⁴⁴. En outre l'ordonnance du 24 avril 1996 inséra-t-elle dans le Code de la santé publique un article prévoyant que chaque établissement de santé était tenu de remettre au patient, lors de sa réception, « un livret d'accueil auquel [était] annexée la charte du patient hospitalisé »¹⁰⁴⁵.

736. La nature et la portée des droits affirmés par la Charte demeuraient néanmoins de nature extrêmement variée¹⁰⁴⁶, et étaient pour leur majorité davantage considérés comme des obligations d'actions imposables aux professionnels de santé que comme de véritables droits opposables appartenant aux patients. La loi du 4 mars 2002 est dès lors primordiale, en ce qu'elle présente l'avantage de canaliser en un seul recueil toutes ces diverses dispositions, et de leur conférer une seule et unique valeur. « Elle se présente comme une véritable loi de réécriture des droits des patients, ce qui ne peut d'ailleurs que favoriser une meilleure lisibilité et une meilleure accessibilité de ces droits »¹⁰⁴⁷. Elle est en tout état de cause à l'origine de la création de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, définissant le droit au respect de la vie privée du patient, qui prévoit une protection apparemment spécifique.

737. *Une définition du droit au respect de la vie privée aux apparences spécifiques.* La protection assurée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique est aux premiers abords assimilable à une simple « copie » - ou « reprise » - de la protection illustrée à l'article 9 du Code civil. Les termes choisis par le législateur de 1970 sont repris, presque à

¹⁰⁴³ BOURGINES P., EVEN B., HOIBIAN F., MBELLE T., « La charte du malade. Où en est-on 10 ans après ? », *Gestions hospitalières* n° 230, nov. 1983 et n° 232, janv. 1984 ; « La situation juridique des patients », *Les petites affiches*, n° spécial, n° 61, 21 mai 1997.

¹⁰⁴⁴ Cir. DGS/DH/95 n° 22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés.

¹⁰⁴⁵ Ord. n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée (CSP, art. L. 710-1-1, toujours en vigueur en 2017) précisée par l'arrêté du 7 janvier 1997, JO du 11 janv. 1997, p. 497, concernant le livret d'accueil des établissements de santé.

¹⁰⁴⁶ Certains sont des droits fondamentaux (accès aux soins, égalité de traitement) alors que d'autres se rattachent davantage à la situation du malade usager du système de soins.

¹⁰⁴⁷ MOQUET-ANGER M.-L., « Le droit des personnes hospitalisées », RDSS 2002. 659 ; PRIEUR S., « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », RGDM 2002, n° 8, p. 119, *in* BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Journal du droit des jeunes*, 2004/5 n° 235, p. 21-30.

l'identique, par le premier paragraphe de l'article L. 1110-4 : « Toute personne prise en charge (...) a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant »¹⁰⁴⁸. L'expression « a droit au respect de sa vie privée » est ainsi identiquement réemployée. Ce mimétisme est certain, mais doit être nuancé ; car si l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique précise, à l'image de l'article 9 du Code civil, que chaque personne prise en charge « a droit au respect de sa vie privée », force est de constater qu'il ne s'en contente pas.

738. Une analyse de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique démontre qu'après avoir pensé que la protection spéciale s'émancipait de la protection commune, au vu notamment de la quantité d'éléments contenus dans le texte considéré - qui contient six développements distincts, contre un seul pour l'article 9 du Code civil - la protection de la vie privée, telle qu'envisagée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, est assimilable, en l'état actuel de sa rédaction, à l'article 9 du Code civil (*v. infra*).

739. La citation susvisée - « Toute personne prise en charge (...) a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant » - est issue du premier paragraphe de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, et ne représente en réalité qu'une très modeste partie des dispositions qu'il contient. En effet, cet article, créé par la loi du 4 mars 2002¹⁰⁴⁹, dans sa rédaction actuelle issue de l'article 96 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016¹⁰⁵⁰, modifié par l'ordonnance du 12 janvier 2017¹⁰⁵¹, est constitué de six développements distincts - que nous nommerons occasionnellement, avec imprécision, « paragraphes » - dont le premier dispose : « Toute personne prise en charge (...) a droit au respect de sa vie privée ». Il est équivoque d'affirmer que ce premier paragraphe se contente de sceller le seul droit au respect de la vie privée du patient ; ce dernier est d'ailleurs davantage consacré au secret professionnel, afférent à la vie privée du patient, certes, qu'à la définition du droit au respect de la vie privée de la personne prise en charge. Il convient dès lors de revenir sur la protection accordée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, en tant qu'elle s'émancipe, en apparence, du droit au respect de la vie privée telle que prévue par le Code civil.

¹⁰⁴⁸ CSP, art. L. 1110-4 ; C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

¹⁰⁴⁹ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3 ; JORF 5 mars 2002.

¹⁰⁵⁰ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹⁰⁵¹ Ord. n° 2017-31 du 12 janvier 2017 de mise en cohérence des textes au regard des dispositions de la l. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 5.

740. Il serait en effet dans un premier temps hâtif de considérer l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique comme une reprise textuelle de l'article 9 du Code civil. Le simple fait qu'il soit composé de six points de développement vient tout d'abord contredire cette éventuelle considération. Il pourra à ce sujet être considéré que le I. pose le principe du droit au respect de la vie privée et au secret des informations concernant la personne prise en charge. Les II., III. et IV. traitent de l'échange et du partage d'informations entre professionnels, du consentement et du refus qui peut y être opposé par le patient. Les V. et VI. sont relatifs pour leur part aux exceptions qui peuvent être faites au recueil du consentement du patient préalablement à l'échange et au partage des informations le concernant entre professionnels et non professionnels (*v. Chapitre II.*). Ainsi, seul le I. de l'article précité mentionne explicitement l'existence du droit au respect de la vie privée. De ce simple constat peut être tirée la conclusion suivante : l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique est reconnu pour affirmer le droit au respect de la vie privée, alors qu'une infime partie du texte n'en fait en réalité mention, bien que l'article prévoie des mécanismes de protection de la vie privée. Celle-ci ne peut d'ailleurs être apparentée à une définition, puisqu'il a déjà été dit que le législateur n'a pas entendu en donner. Il faut dès lors se référer à la doctrine et à la jurisprudence pour tenter d'obtenir davantage de spécifications ; une référence que les professionnels de santé ne s'efforcent pas, dans leur majorité, à rechercher.

741. La prise en compte exclusive du premier de ces paragraphes¹⁰⁵² permet en outre de souligner l'existence d'une double protection posée en des termes volontairement généraux. L'analyse du secret professionnel faisant l'objet d'un développement autonome (*v. Chapitre II.*), seul le droit au respect de la vie privée du patient, sujet de la protection, sera présentement pris en considération.

742. *Le patient, sujet du droit au respect de la vie privée.* La dénomination et la formulation des textes législatifs et des chapitres au sein desquels sont insérés les articles

¹⁰⁵² « I.- Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou un des services de santé définis au livre III de la sixième partie du présent code, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations le concernant. Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. »

qui consignent le droit au respect de la vie privée usent de différents termes pour désigner le sujet de ce droit : la personne prise en charge, le malade, le patient, l'usager. Cela conduit à considérer qu'il s'agit effectivement de toute personne dans ses relations avec le système sanitaire et social. Cette dernière peut décréter, seule, de la délimitation de leur vie privée, ainsi que de l'altération de ce bornage.

743. Cette apparente autonomie de choix peut être remise en cause, positivement, par le fait que la loi de mars 2002 permet au patient majeur, excepté l'hypothèse du placement sous tutelle¹⁰⁵³, de désigner une « personne de confiance »¹⁰⁵⁴. L'hypothèse du patient sous tutelle ou du mineur est volontairement éludé du présent travail, dans la mesure où le choix a été fait de ne pas y aborder la thématique de la vulnérabilité. Est ainsi consacrée l'hypothèse du « protecteur naturel » chargé de garantir et protéger les intérêts du patient, avec qui il entretient une certaine relation d'affect¹⁰⁵⁵, Madame Maryse Badel nous rappelle que ce concept n'est pas étranger à l'expérience québécoise du mandat d'inaptitude¹⁰⁵⁶. Sont ainsi légalement consacrés les préceptes du Comité consultatif national d'éthique tendant à reconnaître la potentialité pour toute personne de désigner un « représentant-mandataire-répondant chargé d'être l'interlocuteur des médecins au moment où elle est hors d'état d'exprimer ses choix »¹⁰⁵⁷. La personne de confiance est un tiers qui peut être un proche, un membre de la famille, voire le médecin traitant du patient. Celle-ci pourra, à l'initiative du patient, prendre part, à ses côtés, à la relation de soin, en l'assistant notamment dans ses démarches et en l'accompagnant aux entretiens médicaux. Elle prendra ainsi véritablement part à la relation de soin de l'autre, s'insérant ainsi dans sa vie privée. En témoigne, au surplus, le fait que la personne de confiance sera autorisée à bénéficier des informations personnelles relatives à l'état de santé du patient. Nul ne doute que de telles éventualités constituent incontestablement de véritables transgressions au droit au respect de la vie privée. C'est pourquoi la divulgation des informations à la personne de confiance est

¹⁰⁵³ CSP, art. L. 1111-6.

¹⁰⁵⁴ CSP, art. L. 1111-6 CSP et décret du 14 nov. 2003. ESPER C., « La personne de confiance », *Gaz. Pal.* 17 déc. 2002, p. 13 ; JONAS C., « La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes », *RMD* 2002, n° 56, p. 1.

¹⁰⁵⁵ PRIEUR S., « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *Op. cit.*

¹⁰⁵⁶ Art. 11-2° c. civ. du Québec : « Si l'intéressé est inapte à donner son consentement à des soins, une personne autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer », DUPRAT J.-P., « Le consentement anticipé aux soins pour maladies graves. Un aspect de la protection des personnes âgées dépendantes », *JCP* 2001. I. 369, in BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Op. Cit.*

¹⁰⁵⁷ CCNE, avis du 12 juin 1998, n° 58 ; v. : VIALLA F., MARTINEZ E. (dir.), *Les Grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, *Op. cit.*

encadrée par de nombreuses normes. La désignation doit notamment être manuscrite, et sa validité court pour toute la durée de l'hospitalisation, sauf mention expresse du patient ; elle peut être abolie à n'importe quel moment de la prise en charge. Cette variabilité permet au patient de garder la maîtrise de sa vie privée, qui, pour rappel, n'est pas transmissible, même à la période de confiance, qui peut simplement y prendre part.

744. La spécificité relative au sujet de la protection est à mettre en corrélation avec la généralité et l'imprécision de la définition du droit spécial au respect de la vie privée qui lui est opposée.

745. *Généralité et imprécision du droit spécial au respect de la vie privée.* Cela vient d'être souligné, l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique mentionne le sujet de la protection qu'il instaure : la « personne prise en charge », dès lors qu'elle a affaire à « un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins (...) le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social, ou au personnel d'un établissement de santé ou médico-social ». Cette généralité permet à la protection de trouver application dans la plus grande majorité des cas ; il est en effet certain que l'objectif du législateur n'a pas été de limiter l'application de cette protection à certaines situations idiopathiques.

746. En outre cette généralité doit-elle composer avec son alter-égo de toujours : l'imprécision. Cette dernière trouve parfaite illustration au sein de l'article susmentionné : « Toute personne prise en charge par (...) un établissement (...) de santé (...) ou un établissement ou service social et médico-social (...) a droit au respect de sa vie privée ». L'imprécision prend corps sous forme d'une ambiguïté paradoxale, illustrée par le fait que l'article précise qui peut se prévaloir du droit au respect de sa vie privée - la « personne prise en charge » - mais fait notamment l'impasse dès lors qu'il s'agit de préciser à qui s'impose ce droit. Aussi est-il bien ardu de savoir qui est assujetti à considérer le droit au respect de la vie privée de la personne prise en charge au sein de l'établissement de santé, ou de l'établissement ou service social et médico-social - la question ne se posant néanmoins pas pour le professionnel de santé, expressément visé par l'article L. 1110-4.

747. L'établissement de santé - pour ne citer que lui - étant composé de personnels divers et variés, peut-on imposer, sur le fondement de l'article L. 1110-4 du Code de la

santé publique, au personnel administratif de respecter de la vie et les informations privées d'une personne avec qui il entre en interaction ? Considère-t-on cette personne comme prise en charge ? Cette « prise en charge » doit-elle être entendue comme « prise en charge humaine » ou seulement « prise en charge médicale » ? Autant de simples questions auxquelles la seule lecture de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique ne permet pas de répondre.

748. Il serait par ailleurs contestable d'affirmer que l'article étudié prévoit en son sein que le droit au respect de la vie privée s'impose à « tous les professionnels intervenant dans le système de santé », cette mention concernant exclusivement le secret des informations relatives au patient - soit le secret professionnel. En effet, « ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ». Constatons que le silence est gardé quant aux acteurs professionnels à qui s'impose le droit au respect de la vie privée - et non le droit au secret, qui reste un moyen d'atteindre la fin envisagée. Sans doute un raisonnement par analogie permettrait d'affirmer que le droit au respect de la vie privée s'impose pareillement à toute profession intervenant dans le système de santé ; une précision explicite législative permettrait de lever le doute sur ce point, et d'assurer une meilleure protection de la personne prise en charge. Il n'en est pourtant à l'heure actuelle pas encore question.

749. En tout état de cause, le terme « professionnels intervenant dans le système de santé » pourrait laisser à penser que seuls les professionnels de santé seraient concernés par le secret des informations relatives à la personne prise en charge et, c'est à souhaiter, par son droit au respect de la vie privée. Mais une telle interprétation n'est pas satisfaisante, dans la mesure où la majorité des prises en charge prennent corps, au moins ponctuellement, en un lieu qui n'est pas exclusivement composé de professionnels de santé.

750. Au vu de la définition du terme « professionnel », gageons que l'esprit du texte ait souhaité protéger la personne prise en charge d'une manière globale. En effet, le terme

« professionnel » signifie : « qui concerne une profession »¹⁰⁵⁸. Il est ainsi possible de saisir le sens premier de la protection posée, en tant qu'elle s'impose à une catégorie de personnes déterminée : le droit au respect de la vie privée s'impose à toutes les professions intervenant dans le système de santé.

751. Soulignons qu'une telle rédaction aurait été bienheureuse, en évitant notamment toute interprétation. Car l'exécution subjective est de mise en l'état actuel de rédaction de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique. En effet, en déclarant, par analogie : « le droit au respect de la vie privée et au secret des informations personnelles s'imposent à tous les acteurs concourant à la prise en charge du patient », l'obligation d'interprétation est incontestablement réduite. Une telle protection n'est pas, à l'heure actuelle, sans présenter certaines limites (B.).

B. Limites actuelles du droit spécial au respect de la vie privée

752. La définition du droit spécial au respect de la vie privée se veut générale, imprécise et indéfinie, ce qui constitue sa principale limite.

753. Indéfinition de la « prise en charge ». Si la personne prise en charge peut se prévaloir du droit au respect de sa vie privée, encore faut-il que la notion de « prise en charge » soit définie. Prendre quelqu'un ou quelque chose en charge signifie en prendre la responsabilité¹⁰⁵⁹. Du verbe latin *respondere*¹⁰⁶⁰, apparenté à *sponsio*¹⁰⁶¹, le terme de responsabilité reflète l'idée de devoir « assumer ses promesses », via l'existence d'une obligation de répondre et d'être garant de certains actes. Cette notion de responsabilité confère à celle de prise en charge une acception large, qui dépasse celle de prise en charge médicale.

754. La promesse que fait l'État de protéger l'état de santé de ses citoyens, via l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁰⁶², sous-entend leur prise en

¹⁰⁵⁸ Déf. « Professionnel », dict. Littré.

¹⁰⁵⁹ Déf. dict. Larousse.

¹⁰⁶⁰ « Se porter garant », ou « répondre de ».

¹⁰⁶¹ « Promesse ».

¹⁰⁶² « Elle [la Constitution] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

charge. Cette promesse est globale, et concerne la garantie de la protection de la santé, qui n'est pas uniquement garantie par une prise en charge exclusivement médicale, de sorte que le remplacement du terme « prise en charge » par « prise en soin » semble inopportun et restrictif. En effet, la « prise en charge » trouve également illustration et application à travers la prise en charge humaine, éducative, sociale, administrative, logistique et technique.

755. La relation de soin est partie à la prise en charge mais n'en est pas l'unique composante ; celle-ci sous-entend nécessairement la pluridisciplinarité. La protection posée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique prend d'ailleurs en considération cette caractéristique, en imposant le respect du droit à la vie privée à toute profession intervenant dans la prise en charge. Ces professions sont diverses, mais ont toutes pour point commun de participer à l'accompagnement global du patient - et non uniquement à son parcours de soin. Le droit au respect de la vie privée proclamé par le Code de la santé publique s'impose à elles, et notamment aux professions médicales, qui regroupent de nombreux métiers : celui de médecin, qui recouvre à lui seul une cinquantaine de spécialités différentes¹⁰⁶³, celui de sage-femme, ou encore de pharmacien. Mais le droit au respect de la vie privée s'impose aussi aux métiers soignants et éducatifs, qui recouvrent plus de vingt professions, telles que celles d'infirmier, d'aide-soignant, de manipulateur radio, de masseur-kinésithérapeute, de diététicien, de préparateur en pharmacie ou encore de technicien de laboratoire. Les professions dites sociales sont également concernées. Ces dernières recouvrent une quinzaine de métiers souvent complémentaires. Bien que les frontières de leurs interventions soient en mutation, on peut distinguer quatre familles de métiers : celle du conseil et de l'assistance qui regroupe les métiers de psychologue, d'assistant de service social, de conseiller familial ou de délégué à la tutelle, celle de l'éducation qui concerne les métiers d'éducateur spécialisé, d'éducateur de jeunes enfants, ou encore de moniteur éducateur, celle de l'animation et celle de l'aide¹⁰⁶⁴. Enfin, et il est important de le préciser, les métiers administratifs, logistiques et techniques entrent dans le champ d'application de la protection du droit au respect de la vie privée. Cette catégorie très vaste de métiers compte plus d'une cinquantaine de professions différentes. Elle réunit les métiers administratifs et d'accueil, les métiers d'encadrement technique, les métiers des

¹⁰⁶³ Chirurgien, médecin généraliste, biologiste et gynécologue pour ne citer qu'eux.

¹⁰⁶⁴ Source : <http://www.hopital.fr/Nos-metiers>, consultée le 28 juin 2017.

systèmes d'information et télécommunication, les métiers des équipements et installations, les métiers d'encadrement et de formation, les professions de direction¹⁰⁶⁵.

756. La prise en charge mentionnée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique n'est pas exclusivement médicale, et concerne l'accompagnement global du patient, dont l'objectif demeure le bien, le mieux-être et, *a fortiori*, la guérison. Ainsi, le droit au respect de la vie privée semble logiquement s'imposer à tous les acteurs qui concourront tôt ou tard à la prise en charge du patient, que cette dernière soit médicale, paramédicale, sociale, technique ou administrative. Il convient dès lors que le Code de la santé publique mentionne explicitement, au même titre que le secret des informations personnelles, que le droit au respect de la vie privée de la personne prise en charge s'impose à tous les acteurs y concourant. Ce principe est aujourd'hui sous-entendu, mais seule une analyse permet de le déduire ; la précision du texte entraînera nécessairement une meilleure intelligibilité, et par conséquent une protection dont l'efficacité n'en sera que certainement accrue.

757. Seul le droit au secret des informations concernant le patient est à l'heure actuelle explicitement imposable à tous les professionnels du système de santé ; celui-ci découle logiquement du droit au respect de la vie privée, en ce sens qu'il est un moyen, au même titre que le secret professionnel qu'il sous-entend, permettant sa réalisation. Il est dès lors regrettable que seul le droit au secret des informations personnelles, qui tire pourtant sa légitimité du droit au respect de la vie privée, ne soit explicitement imposé. Le Code de la santé publique semble accorder au droit au respect de la vie privée et au droit au secret des informations personnelles la même valeur - voire même davantage au second, alors qu'il n'en est rien : ce dernier découle bel et bien du droit au respect de la vie privée ; il en est une composante et une résultante. Le respect de la vie privée sous-entend assurément certains principes - dont le droit au secret fait partie. En effet, c'est parce que le droit au respect de la vie privée est proclamé que le droit au secret des informations personnelles peut exister. Considérer que ces deux éléments composent un droit unique semble malvenu. Au contraire, il est primordial de considérer le droit au respect de la vie privée comme un noyau dur, dont les ramifications en constitueraient des « sous-principes » eux-mêmes protégés et protecteurs.

¹⁰⁶⁵ Directeur d'hôpital, cadre de santé, secrétaire médicale, ingénieur biomédical, ambulancier, personnels ouvriers, ou encore de standardiste pour ne citer qu'eux. Pour plus de détails, v. <http://www.hopital.fr/Nos-metiers>.

758. Le droit au respect de la vie privée est un principe fondamental dont l'absence de définition précise et unanimement acceptée laisse place à la mise en évidence de « sous-principes » qui lui sont directement rattachés. Deux axes majeurs, directement basés sur le droit au respect de la vie privée, semblent trouver la voie de l'autonomisation en matière de droit de la santé. Il s'agit du respect physique de la vie privée et du respect moral de la vie privée. Tel que rédigé, l'article L. 1110-4 fait explicitement référence à une notion ayant trait au respect moral de la vie privée : le secret des informations personnelles. Ce même article ne fait néanmoins pas référence au respect physique de la vie privée. Or, s'il n'apparaît ni nécessaire ni opportun de fournir au sein d'un texte de loi codifié la définition d'une notion telle que la « vie privée », il peut néanmoins être fait écho aux principes que pose une telle notion.

759. Il semble que l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique tente une approche qui puisse s'y apparenter, en mentionnant explicitement le droit au secret des informations personnelle. En revanche, en plaçant ce moyen au même niveau que le droit qui l'englobe, une maladresse peut être soulignée. Elle réside dans le fait d'assimiler le secret professionnel à un droit au secret des informations. Le seul droit opposable doit être celui du respect de la vie privée ; le secret professionnel doit demeurer un moyen permettant de faire respecter ce droit. Il est dès lors critiquable de le placer sur une même échelle de valeur que le droit qu'il sert et, pire de le rendre seul opposable. Il est par suite partiel de ne mentionner qu'une illustration du respect moral de la vie privée, sans en faire de même concernant son respect physique. En résulte l'idée - fausse - selon laquelle est issu du droit au respect de la vie privée uniquement le droit au secret des informations personnelles.

760. Le silence est ainsi passé, de manière non exhaustive, sur le droit de transmission des données personnelles de santé et sur le regard ou l'acte touché réalisé à l'occasion de la relation de soin. En effet, omettre de mentionner l'acte touché dans la rédaction actuelle de l'article L. 1110-4, alors que 85% des soins infirmiers nécessitent le toucher pour être effectuées¹⁰⁶⁶, semble dommageable. Surtout, le fait d'avoir précisé l'existence et la valeur accordée au respect droit au secret des informations personnelles en ne faisant pas mention de l'existence d'autres principes sous-jacents et résultant du droit au respect de la vie privée revient à créer une échelle de valeur entre différentes notions qui visent toutes à assurer une égale protection.

¹⁰⁶⁶ « Soins, approche corporelle et toucher-massage », *Soins gérontologie* n°27, janvier/février 2001, in BONNETON-TABARIÉS F., LAMBERT-LIBERT A., « Le toucher dans la relation soignant-soigné ».

761. Une solution aux problématiques soulevées réside dans le fait d'imposer explicitement à tous les professionnels concourant à la prise en charge du patient son droit au respect de sa vie privée sanitaire, englobant la vie privée physique et morale, en réponse aux atteintes qui y sont portées. Le droit au respect de la vie privée sanitaire commande le droit au respect physique de la vie privée ainsi que le droit au respect moral de la vie privée. Ce faisant, toutes les atteintes faites à la vie privée par la relation de soin trouveraient une réponse juridique spécifique. L'acception physique prendrait en considération la nudité, le regard et le toucher ; l'acception morale prendrait en compte le questionnement et les informations personnelles relatives au patient, dont le secret professionnel permet, en tant qu'outil, le respect.

762. À nouveau, cette double acception semble sous-entendue, mais n'est pas clairement mise en lumière, et seule l'une d'entre elle apparaît pouvoir être imposée aux acteurs du système de santé. Des améliorations sont ainsi envisageables, afin de faire du premier paragraphe de l'article L. 1110-4 un texte véritablement protecteur de la vie privée du patient (*v. infra*).

763. *Indéfinition de la « vie privée » et similitudes avec la protection commune.* Il n'est pas question ici de regretter que l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique ne propose pas de définition précise et objective de la « vie privée ». Premièrement, une telle définition ne semble pas exister (*v. Partie I*). En outre, il ne revient pas obligatoirement au législateur de définir les termes qu'il choisit d'employer.

764. L'objectif premier de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique est d'assurer, entre autres, la protection de la vie privée du patient. Il n'est pas avéré que l'existence d'une définition de la « vie privée » au sein du Code de la santé publique assoie l'efficacité de la protection, ainsi que sa mise en œuvre. Dès lors, le fait qu'aucune définition ne soit proposée ne doit pas impérativement donner lieu à une critique hâtive.

765. Incombe-t-il à un texte de loi de définir avec une précision certaine les contours d'un droit fondamental ? Sans apporter de réponse à une telle question, lourde de conséquences, l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique propose une approche particulière de cette problématique, qui s'apparente en définitive à celle retenue par l'article 9 du Code civil : un principe concis et général est mis en exergue au sein d'un

article codifié, dont il revient à la doctrine et, surtout, à la jurisprudence d'en affiner progressivement les contours.

766. Il est dès lors capital de retenir que l'affirmation selon laquelle l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique s'émancipe de l'article 9 du Code civil est bien réelle, mais uniquement en ce qui concerne les thématiques spécifiques et propres à la relation de soin que sont les informations personnelles - relative à l'état de santé - le secret professionnel, le partage d'information, le consentement et le refus de soin - qui ne trouvent logiquement pas illustration au sein du Code civil. En revanche, la protection qui a strictement trait au droit au respect de la vie privée est bel et bien identique en droit spécial et droit commun.

767. Cela justifie et fonde notre souhait de réécriture du I. de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, au vu également de la spécificité de la relation de soin, et de la certitude de l'atteinte qu'elle cause à la vie privée du patient (*v. Section I.*). En l'absence de réécriture, nous sommes face aujourd'hui à deux protections identiques relatives au droit au respect de la vie privée qui ont pourtant trait à des situations factuelles totalement différentes. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique prévoit des mécanismes spéciaux qui permettent le respect de la vie privée (*v. Chapitre II.*), mais le droit est posé dans les mêmes termes que ceux retenus par le Code civil. Ce faisant, l'opportunité de la rédaction du I. de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique est actuellement aisée à remettre en cause.

768. Ce n'est pas le cas de la protection en elle-même, dont l'existence est à n'en pas douter obligatoire, dans la mesure où il existe des rapports de force incontestables au sein de la relation de soin. Cette protection devrait, en droit de la santé, prendre en compte qu'elle tend à s'appliquer dans une relation tout à fait particulière qui suppose l'atteinte à la vie privée (*v. Section I.*) ; ce postulat n'est à présent pas pris en compte, ce qui influence, nous le pensons, le contenu et l'étendue du droit spécial au respect de la vie privée (*v. 2°§.*).

2°§. Contenu, étendue et opportunité du droit spécial au respect de la vie privée

A. Contenu et étendue de la protection spécifique

769. Le contenu et l'étendue du droit au respect de la vie privée ne sont pas aisés à cerner. Une analyse de la jurisprudence laisse à penser que ce dernier s'étend « du droit à

la vie familiale au droit à l'intimité, du droit à la non-divulgence de l'image au droit au secret des données médicales »¹⁰⁶⁷. Dès lors, la consécration du droit au respect de la vie privée du patient a nécessairement une saveur remarquable au sein d'établissements où, habituellement, la vie privée peut abdiquer devant une vie collective ou institutionnelle éminemment prépotente. Comment ne pas penser aux institutions d'un autre temps - fort heureusement - où certains cabinets étaient dénués de portes, ainsi qu'aux établissements psychiatriques, au sein desquels il était courant que certains patients dépenaillés ou dénudés se laissent aller dans les corridors¹⁰⁶⁸.

770. De nos jours, l'étendue du droit au respect de la vie privée implique que le patient puisse voir et faire considérer son intégrité, son image et sa personnalité. Il admet ainsi la protection du corps et l'intimité des soins et des toilettes - l'image étant un agent majeur de l'altération de l'honneur et de la dignité. Il augure également le droit de jouir d'une vie personnelle et intime, qui suppose que le patient bénéficie d'un espace d'intimité. Si la jurisprudence a pu affermir l'idée selon laquelle la chambre du patient présente les caractéristiques du domicile privé, et qu'il ne peut par exemple y être photographié à son insu¹⁰⁶⁹, le bénéfice d'un tel espace suppose essentiellement que le patient puisse avoir l'occasion de se retrouver seul, dans un lieu qui lui est propre, isolé de la présence et du regard des autres. La possibilité doit également lui être laissée d'être pourvu d'affaires personnelles, et agencer sa chambre comme il l'entend, dans le respect des règles de sécurité et de moralité. Lorsque cela est logiquement envisageable, le patient peut choisir l'emplacement de sa chambre, et pratiquer sa religion¹⁰⁷⁰.

771. La mise en œuvre effective des droits dont bénéficie le patient se heurte au fait qu'elle peut contrarier les principes fondateurs du service public hospitalier - pour ne citer que lui. En effet, les patients du service public « sont placés dans une situation assez

¹⁰⁶⁷ BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Op. cit.*

¹⁰⁶⁸ LOUBAT J.-R., « La promotion de la personne : un engagement éthique pour les établissements sanitaires et sociaux », *La nouvelle revue de l'ASIS*, n° 19, 3/2002, p. 53. Selon l'auteur, l'institution asilaire était à cet égard devenue « un non-lieu, c'est-à-dire un espace d'exception dans lequel les lois de la société humaine n'avaient plus cours ».

¹⁰⁶⁹ Paris, 7 mars 1986, affaire Ch. Nobel ; DAUBECH L., « Le statut du patient hospitalisé : vers l'incertitude juridique ? », *Petites affiches* 21 mai 1997, p. 9.

¹⁰⁷⁰ Le service public hospitalier accepte que le patient ait des convictions religieuses et qu'il puisse les exercer en son sein. La loi du 9 décembre 1905 fait à ce sujet une exception au principe de séparation de l'église et de l'État pour les hôpitaux, en les autorisant à rémunérer les ministres du culte.

contradictoire puisque le patient hospitalisé se trouve dans une situation d'usager, générale et impersonnelle, bien souvent de pensionnaire, ce qui conduit l'administration à prendre des dispositions qui peuvent affecter sa liberté individuelle et sa vie privée. On pense naturellement aux visites ou aux correspondances qui peuvent être limitées pour des raisons thérapeutiques, mais aussi à l'hospitalisation contrainte, notamment dans les services de psychiatrie »¹⁰⁷¹.

Quoi qu'il en soit, le droit au respect de la vie privée doit être bien différencié du devoir de réserve¹⁰⁷², et bénéficie d'une appréciation particulière. Certains exemples permettent d'en apprécier l'étendue et le contenu.

772. Étendue du droit au respect de la vie privée et différenciation du devoir de réserve. Il peut être considéré que le droit au respect de la vie privée s'étend à la confidentialité de certaines informations personnelles - non nécessairement relatives à l'état de santé du patient. Il ne s'agirait dès lors pas à proprement parler du secret professionnel, mais d'une certaine réserve¹⁰⁷³. Aussi, le secret professionnel concernerait les informations confiées et la réserve aurait trait aux choses ébruitées devant autrui - telles que les informations familiales. Il existerait dès lors un véritable droit à la confidentialité,

¹⁰⁷¹ BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Op. Cit.*

¹⁰⁷² « Tout agent public doit faire preuve de réserve et de mesure dans l'expression écrite et orale de ses opinions personnelles.

Cette obligation ne concerne pas le contenu des opinions (la liberté d'opinion est reconnue aux agents publics), mais leur mode d'expression.

L'obligation de réserve s'applique pendant et hors du temps de service.

Le manquement au devoir de réserve est apprécié par l'autorité au cas par cas.

Ce devoir s'applique plus ou moins rigoureusement selon :

la place dans la hiérarchie, l'expression des hauts fonctionnaires étant jugée plus sévèrement,

les circonstances dans lesquelles un agent s'est exprimé, un responsable syndical agissant dans le cadre de son mandat bénéficie de plus de liberté,

la publicité donnée aux propos, si l'agent s'exprime dans un journal local ou dans un important média national,

et les formes de l'expression, si l'agent a utilisé ou non des termes injurieux ou outranciers.

Cette obligation impose aussi aux agents publics d'éviter en toutes circonstances les comportements susceptibles de porter atteinte à la considération du service public par les usagers.

Cette obligation continue de s'appliquer aux agents suspendus de leurs fonctions et en disponibilité ».

Source : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F530>.

¹⁰⁷³ V. en ce sens : BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Ibid.*

qui pourrait également concerner les notes personnelles, composées par le professionnel, non retranscrites dans le dossier médical du patient¹⁰⁷⁴.

773. L'opportunité de la distinction entre secret professionnel et devoir de réserve est discutable, dans la mesure où le Code de la santé publique affirme expressément que toutes les informations venues - de quelque sorte qu'il soit - à la connaissance de tout acteur du système de santé, sont couvertes par le secret¹⁰⁷⁵, et ne peuvent être échangées entre professionnels concourant à la prise en charge sous certaines conditions¹⁰⁷⁶. Les informations extra-médicales relatives au patient, telles que familiales ou non retranscrites dans son dossier médical, portées à la connaissance du professionnel de santé, sont en tout état de cause couvertes par le secret. Prévoir un devoir de réserve supplémentaire apparaît donc redondant, voire confus. L'étendue du droit au respect de la vie privée morale concerne donc toutes les informations dont le professionnel de santé a connaissance. Ce dernier est tenu au secret professionnel et non au devoir de réserve (*sur le secret professionnel, v. Chapitre II.*).

774. *Contenu et étendue du droit spécial au respect de la vie privée : exemples du secret des correspondances et du choix du praticien.* La question de la mise en application du droit au respect de la vie privée du patient persiste ; celle-ci doit composer avec le droit commun et le droit spécial. Deux exemples, relatifs au secret des correspondances et au

¹⁰⁷⁴ Sur le sort réservé aux notes manuscrites du médecin et leur rapport avec le dossier médical, v. BICLET Ph., « Comment en médecine libérale transmettre directement l'information à son patient ? », RMD 2002, n° 56, p. 6.

¹⁰⁷⁵ CSP, art. L. 1110-4, I., al. 2 : « Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ».

¹⁰⁷⁶ CSP, art. L. 1110-4 : « II. - Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge, à condition qu'ils participent tous à sa prise en charge et que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social.

III. - Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12, ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.

Le partage, entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, d'informations nécessaires à la prise en charge d'une personne requiert son consentement préalable, recueilli par tout moyen, y compris de façon dématérialisée, dans des conditions définies par décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

choix du praticien, sont relativement parlants, et témoignent non seulement de l'étendue du droit au respect de la vie privée du patient, mais également de la difficulté de sa mise en œuvre.

775. L'article 226-15 du Code pénal dispose : « Le fait [...] d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. ». L'article L. 1110-8 du Code de la santé publique dispose : « Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire ».

776. Un extrait du magazine *Directions* - « le mensuel des directeurs du secteur sanitaire et social » - traduit : « Une philosophie du respect de l'intimité. À l'EHPAD de X, le respect de l'intimité des résidents est une règle à laquelle tous les personnels ont été formés : [...] le courrier n'est pas ouvert... » et « Une philosophie du respect de l'intimité. À l'EHPAD de X, le respect de l'intimité des résidents est une règle à laquelle tous les personnels ont été formés : [...] les résidents ont le choix d'être soignés par un homme ou par une femme... ».

777. Bien qu'il ne faille pas réduire la vie privée du patient à ces deux illustrations - qui restent deux exemples parmi tant d'autres - ces dernières témoignent de la difficulté de mise en application du principe général du respect de la vie privée. Ces exemples sont également révélateurs du fait que la généralité du propos entraîne l'interprétation, qui peut apparaître en quelques hypothèses inexactes ou approximative. La limite intrinsèque à la généralité prend ici tout son sens. Il est en effet impropre de réduire le principe du choix du praticien au fait de choisir d'être soigné par un homme ou une femme. D'autres exemples témoignent de la teneur du contenu et de l'étendue du droit au respect de la vie privée du patient.

778. *Contenu et étendue du droit au respect de la vie privée du patient : exemple du refus de soin.* Tout patient est affranchi, et ce à n'importe quel moment de sa prise en charge, de l'obligation de recourir ou non à un traitement¹⁰⁷⁷. Le professionnel est astreint de « respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses

¹⁰⁷⁷ C. civ., art. 16-3 al. 2 ; CSP, art. L. 1111-4 al. 2 et 3.

choix »¹⁰⁷⁸. Ainsi, quels que soient les motifs, ce dernier ne saurait outrepasser un refus formellement exprimé¹⁰⁷⁹. Le principe du consentement préalable à l'examen médical et à l'acte thérapeutique scelle l'aptitude personnelle de l'individu de se nuire - pour des raisons qui lui sont propres - et le devoir de ne pas le secourir lorsqu'il s'y oppose¹⁰⁸⁰. Contraindre une personne à s'exposer à un acte thérapeutique - fut-il salvateur -, maintenir en vie celle qui désire périr, modifier un comportement jugé déséquilibré sont « autant de gestes dont le caractère répréhensible peut rarement être estompé par des impératifs sociaux »¹⁰⁸¹.

779. Le refus de soin, droit fondamental du patient¹⁰⁸², constitue un écran à l'accomplissement de l'acte médical et/ou thérapeutique : « La nécessité technique ne saurait devenir le *Cheval de Troie* de soignants agacés par l'ampleur des droits des patients »¹⁰⁸³.

780. À l'image des professionnels de santé qui ne souhaitent pas pratiquer certains actes¹⁰⁸⁴, l'opposition du patient est parfois aussi considérée comme un excès de pudicité artificieuse : « Si je refuse de me mettre nue, vais-je être taxée de “pudibonderie”, de “faire des chichis” ou autres remarques désobligeantes qui feraient que je pourrais me sentir contrainte d'accéder à sa demande ? Au vu de témoignages sur Internet, même s'il ne faut pas croire tout ce qu'on peut y trouver, j'ai l'impression que la gynéco ne laisse pas vraiment le choix. Ou peut-être est-ce que la femme n'ose pas s'opposer et “obéit” malgré elle à une telle “injonction” ? Croyez-moi, ce n'est pas facile de s'opposer à un médecin, pour une femme en tout cas, il faut prendre son courage à deux mains... Certaines personnes vont même jusqu'à dire que refuser la nudité intégrale serait même “insulter” le

¹⁰⁷⁸ CSP, art. L. 1111-4 al. 2.

¹⁰⁷⁹ CE, sect. cont., 27 janv. 1982, D. 1982, I.R., 275, obs. J. Penneau, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹⁰⁸⁰ MÉMETEAU G., note sous TGI Paris, Réf., 6 mai 1987 et TGI Paris, Réf., 19 mai 1987, J.-C.P. 1988, II, 21130, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

¹⁰⁸¹ MOLINARI P.A., *La prestation des soins de santé...*, *Op. Cit.*, p. 777.

¹⁰⁸² V. CSP., art. L. 1111-4. ; V. « Le consentement », in E. MARTINEZ et F. VIALLA (ss dir.), *Les grands avis du CCNE*, *Op. cit.* ; VIALLA F. (ss dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, *Op. cit.*

¹⁰⁸³ VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Op. cit.*

¹⁰⁸⁴ « Selon lui [le professeur Guy Vallancien], les étudiants qui se disent mal à l'aise, lorsqu'on leur demande de faire des touchers vaginaux sur des malades auxquels ils n'ont pu demander leur accord au préalable, sont des « mal baisés » : « Ce sont des étudiants qui sont mal dans leur peau, il ne faut surtout pas qu'ils fassent de médecine ! » s'emporte-t-il... », LORRIAUX A., *Les touchers intimes sans consentement ne sont pas réservés au CHU*, *Op. cit.*

médecin dans la mesure où ce serait lui faire penser que ses intentions sont “autres” ! Qu’en pensez-vous personnellement, en tant que médecin ? Vous l’avez écrit, la nudité intégrale est “humiliante et inutile”. Que penser d’un médecin qui vous la demande ? Faut-il partie des médecins “maltraitants”, même “involontairement” »¹⁰⁸⁵ ?

781. Si la volonté de la personne doit être respectée (*v. Chapitre II.*), de sorte qu’elle justifie un refus de soin, la vie privée commande au professionnel de santé de ne pas connaître les raisons d’une acceptation ou d’un refus de soin. L’étendue du droit au respect de la vie privée se propage ainsi jusqu’aux raisons, personnelles et privées, qui poussent le patient à faire ses choix, qui doivent en tout temps être infailliblement respectées et demeurer, si la personne en fait le choix, secrètes. Les textes relatifs à la vie privée et au consentement¹⁰⁸⁶ n’affermissent pas, en l’état actuel de leur rédaction, le caractère privé des motifs personnels à l’origine d’une prise de décision médicale ou paramédicale. Une telle précision pourra légitimement trouver sa place au sein de la réécriture que nous en proposons, au même titre que la protection relative à l’accès aux données personnelles.

782. Contenu et étendue du droit au respect de la vie privée sanitaire : exemples de l’accès aux données personnelles médicales. Un arrêt rendu par la Cour EDH en date du 9 octobre 2014¹⁰⁸⁷ illustre l’étendue et le contenu du droit au respect de la vie privée appliqués à la relation de soin. L’article 8§1 de la CESDH indique que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». La cour de Strasbourg a déjà pu rappeler que « la notion de vie privée est une notion large non susceptible de définition exhaustive »¹⁰⁸⁸. Elle a également indiqué que cette notion couvrait l’identité d’une personne - nom de famille, photo, intégrité physique et morale - et s’étendait généralement aux informations personnelles « que toute personne peut légitimement espérer ne pas voir exposées au public sans son consentement »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁵ <http://martinwinckler.com/spip.php?article1107>, *Op. cit.*

¹⁰⁸⁶ CSP, art. L. 1110-4 et L. 1111-4.

¹⁰⁸⁷ CourEDH, 1^{ère} sect., 9 oct. 2014, aff. 37873/04, « Konovalova c. Russie ».

¹⁰⁸⁸ V. en ce sens : CourEDH, 29 avr. 2002, aff. 2346/02, « Pretty c. Royaume-Uni » ; CourEDH, 22 juil. 2003, aff. 24209/94, « Y. F. c. Turquie » ; CourEDH, 4 déc. 2008, aff. 30562/04 et 30566/04, « S. et Marper c. Royaume-Uni ».

¹⁰⁸⁹ CourEDH, 18 avr. 2013, aff. 7075/10, « Ageyevy c. Russie ».

783. *L'accès aux données personnelles médicales constitutif d'une atteinte à la vie privée.* L'affaire susmentionnée, datée du 9 octobre 2014, concerne une parturiente russe dont l'accouchement a été intentionnellement retardé afin de permettre à des étudiants en médecine d'être présents lors de la naissance, alors même que cette dernière n'avait pas explicitement consenti à une telle présence¹⁰⁹⁰. La Cour EDH constate à ce sujet que l'accès des étudiants en médecine aux informations relatives à l'état de santé de la parturiente constitue une violation de sa vie privée, soulignant ainsi l'acceptation morale de la notion.

784. *L'intervention médicale constitutive d'une ingérence dans l'intégrité physique et dans la vie privée du patient.* Mais la Cour EDH semble insister davantage sur la notion d'« intégrité physique », sans pour autant affirmer que celle-ci a été atteinte en l'espèce ; elle mentionne ainsi que « l'article 8 englobe l'intégrité physique d'une personne », précisant que « toute intervention médicale, même de moindre importance, constitue une ingérence dans ce droit » dès lors que « le corps d'une personne représente l'aspect le plus intime de sa vie privée ». La Cour en déduit par suite qu'il y a eu immixtion dans la vie privée de la requérante, rappelant, comme il l'a déjà été précisé au sein du présent travail, que toute atteinte à l'intégrité entraîne par voie de conséquence une atteinte à la vie privée. Retenons dès lors que toute intervention médicale - ou acte thérapeutique - quelle qu'elle soit, constitue assurément une ingérence dans l'intégrité physique et dans la vie privée du patient.

785. La justification d'une telle décision, bienheureuse, n'est pas évidente. Il n'est pas aisé de définir si l'atteinte à la vie privée est constituée du fait de l'accès aux informations personnelles médicales ou de la présence des étudiants en médecine lors de l'intervention - voire des deux. Force est de constater que la Cour EDH ne fonde pas uniquement ses décisions sur l'atteinte physique à la vie privée, mais prend bel et bien en considération toute atteinte qui pourrait être faite à son « versant moral », illustré en l'espèce par l'accès aux données personnelles. Cette prise en compte assoit l'idée selon laquelle la notion de « vie privée » est incontestablement composées de deux acceptions, physique et morale, que son encadrement et sa protection se doivent de prendre en considération. La consécration de la « vie privée sanitaire » peut, nous le pensons, y participer.

¹⁰⁹⁰ Ce qui n'est pas sans rappeler l'affaire des touchers intimes.

786. *Le droit à la vie privée contient le droit de choisir qui assiste à l'acte médical dont le patient est le sujet, peu importe l'objectif thérapeutique ou diagnostique de l'acte.*

Dans un autre arrêt¹⁰⁹¹, la Cour EDH a considéré qu'était inclus dans le contenu du droit au respect de la vie privée le choix des circonstances d'un accouchement - y compris le choix du lieu d'accouchement -, impliquant par conséquent l'obligation positive des États d'adopter un cadre juridique garantissant pour les parturientes la prise en compte et le respect de leur souhait. L'arrêt « Konovalova c. Russie » permet pour sa part de garantir le choix des circonstances de l'accouchement, et plus particulièrement la présence - ou non - de personnes qui n'y ont pas été conviées par la parturiente. Le droit au respect de la vie privée permet de refuser la présence d'individus, fut-elle justifiée par des considérations éducatives, lors de la réalisation d'actes médicaux. Seul un raisonnement analogique permet d'affirmer qu'il en va de même concernant l'examen médical.

787. Concernant l'éventuelle justification de l'atteinte par l'objectif diagnostique, le Conseil d'État a pu confirmer la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'une gynécologue par la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins¹⁰⁹². Une patiente refusait la présence d'un tiers technicien assistant ladite gynécologue dans la réalisation d'un examen du col de l'utérus. La présence n'était ainsi justifiée par un objectif ni éducatif, ni thérapeutique, mais bel et bien diagnostique. La patiente se vit contrainte, sauf à refuser de subir l'acte, d'accepter cette fâcheuse présence, ce que le Conseil sanctionna : « Considérant que, eu égard, d'une part, au caractère intime de l'examen que devait subir Mme B... et, d'autre part, au premier refus qu'elle avait opposé à la présence du technicien, l'information tardive délivrée par le Dr A... à la patiente, qui s'est faite en présence du technicien dont la présence faisait litige et alors que la patiente était déjà déshabillée, ne peut être regardée comme loyale et appropriée au sens des dispositions précitées ; que, pour les mêmes raisons, et alors même que Mme B... s'est finalement mise en position d'examen, le Dr. A... ne peut être regardé comme ayant recueilli de sa part un consentement éclairé ; que, par suite, c'est sans dénaturation des faits ni erreur de qualification juridique que la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins a estimé, par une motivation suffisante, que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le Dr A... avait manqué à ses obligations déontologiques résultant des articles R. 4127-35 et R. 4127-36 du Code de la santé publique ».

¹⁰⁹¹ CourEDH, 2e Sect., 14 déc. 2010, aff. 67545/09, « Ternovszky c. Hongrie ».

¹⁰⁹² CE, 19 sept. 2014, n° 361534 : RDS 2014, n° 62, p. 1667 à 1668, obs. F. Violla, URL : www.bnds.fr.

788. L'absence de limitation de l'étendue du droit au respect de la vie privée pour raison éducative ou diagnostique est ainsi rappelée par la jurisprudence. Cette dernière a également eu l'occasion de se prononcer sur une éventuelle limitation pour raisons thérapeutiques. En tout état de cause, il sera à nouveau souligné que la protection juridique ne dit mot sur la limitation du droit qu'elle prévoit, ce qui remet en cause, à n'en pas douter, son opportunité (**B.**).

B. Limitation et opportunité de la protection spécifique

789. *Limitation de l'étendue du droit au respect de la vie privée au nom de l'objectif thérapeutique.* Si l'objectif éducatif ne permet pas de justifier de la présence d'individus lors de la réalisation d'actes thérapeutiques - v. l'arrêt « Konovalova c. Russie » susmentionné - il n'en va pas de même de l'objectif médical. En effet, la circonstance qu'une parturiente se serait opposée à la prise de photographies - détruites par l'établissement de santé depuis - lors de son accouchement « n'est pas, à elle seule, susceptible d'ouvrir droit à réparation pour violation du droit au respect de la vie privée, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que les clichés auraient été pris à des fins autres que thérapeutiques et dans un autre but que celui d'être versés au dossier médical de l'intéressée¹⁰⁹³. Le droit au respect de la vie privée peut dès lors s'incliner devant l'objectif thérapeutique de l'atteinte qui lui est portée. L'étendue du droit au respect de la vie privée est ainsi limitée, au cas d'espèce, par la relation de soin, qui est absolument apte à passer outre le consentement et les décisions personnelles prises par le patient, alors même que l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose : « Toute personne prend (...) les décisions concernant sa santé ».

790. Même s'il peut être avancé qu'en l'espèce, l'opposition à la prise de clichés versés au dossier médical n'est pas directement assimilable à une décision relative à la santé de la parturiente, il est regrettable que sa décision - prise pour des motifs privés au vu des informations fournies par le professionnel quant aux conséquences d'un tel refus, fût-ce pour des raisons thérapeutiques - n'ait pas été respectée. Rappelons que : « Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences

¹⁰⁹³ CAA Nantes, 23 fév. 2012, n° 10NT01752.

de ses choix et de leur gravité »¹⁰⁹⁴. Cette jurisprudence pose incontestablement la question du droit à l'image du patient.

791. *Opportunité de la protection spécifique : exemple du droit à l'image et confrontation à la vie privée du patient.* Le droit au respect de la vie privée du patient s'étend nécessairement à son droit à l'image¹⁰⁹⁵, qui pose notamment la question de son édition. L'image est garante de l'identité, de l'intimité et de la dignité de la personne. Aussi les juridictions ont-elles progressivement et profusément renforcé l'affermissement de ce droit. Si elles avaient initialement laissé la possibilité de reproduire une image à des fins médicales ou scientifiques, il a par la suite été très rapidement considéré, au sein d'une décision majeure, que « la science, bien qu'astreinte à révéler ses découvertes suivant les exigences du progrès, ne saurait sacrifier à ces exigences les droits individuels »¹⁰⁹⁶. Le droit à l'image est actuellement défendu par le droit pénal, et ne trouve pas d'illustration expresse au sein du Code de la santé publique. Cela pose à nouveau la question de l'opportunité d'une protection spéciale. Si le droit pénal se révèle bienvenu afin de défendre le droit à l'image du patient, force est néanmoins de constater que la protection qu'il propose n'est pas toujours applicable à la relation de soin.

792. *L'insensibilité pénale face au voyeurisme, ou l'inopportunité relative de la protection pénale pour assurer efficacement la protection du patient.* L'opportunité d'une protection spéciale de la vie privée se fait ressentir dès lors que l'on met en exergue les limites, au vu des spécificités de la relation de soin, des protections générales. Quelles sont les dispositions prévues, en droit pénal, en termes d'indélicatesses excessives, d'incongruités banales ou de voyeurisme ? En droit commun, « le fait d'écouter aux portes, de regarder par le trou d'une serrure ou même d'employer une lunette d'astronome pour observer le déshabillage de la voisine d'en face n'est pas une infraction pénale »¹⁰⁹⁷. Le voyeurisme est « la substitution du plaisir visuel au plaisir sexuel, la sexualisation extrême de la vue »¹⁰⁹⁸, et n'est pas condamnable en l'absence de violation de domicile ou de fixation de l'image. Il est ainsi constant que le voyeurisme constitue, au sein de

¹⁰⁹⁴ CSP, art. L. 1111-4, al. 3.

¹⁰⁹⁵ CALLOCH P., « Droit à l'image des personnes accueillies », TSA n° 916, 7 mars 2003, p. 17.

¹⁰⁹⁶ T. civ. Bordeaux, 18 juil. 1892, S. 1896, 1, 81, note A. Le Poitevin.

¹⁰⁹⁷ PY B., « Le patient « objet » pédagogique », *Op. Cit.*

¹⁰⁹⁸ MORALIS-DANINOS A., *Sociologie des relations sexuelles*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5^{ème} éd. 1982, n° 1096, p. 50, in PY B., « Le patient « objet » pédagogique », *Op. cit.*

l'établissement de santé, un acte immoral civilement répréhensible, mais pas pénalement punissable¹⁰⁹⁹, ce qui démontre les limites du droit pénal à assurer une protection complète de la vie privée du patient. Il semble alors souhaitable que la protection spéciale, contenue dans le Code de la santé publique, prenne acte de la réalisation d'un tel acte lui portant atteinte.

793. *L'opportunité de la protection pénale du droit à l'image.* Toute photographie réalisée sans le consentement du sujet tombe sous l'interdit pénal. Ce rappel semble indispensable à l'heure où chacun possède un téléphone doté d'un appareil photo. Les professionnels de santé n'échappent pas à cette règle, et peuvent aisément utiliser cet outil afin de prendre certains clichés. Pour rappel, l'article 226-1 du Code pénal condamne « le fait au moyen d'un procédé quelconque, de volontairement porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...) en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». La jurisprudence admettant que la chambre d'hôpital est assimilable au domicile privé du patient durant toute la durée de sa prise en charge¹¹⁰⁰, il est par conséquent répréhensible d'y photographier - ou *a fortiori* d'y filmer¹¹⁰¹ - un patient sans son consentement.

794. Quid néanmoins des parties publiques de l'établissements de santé, ou des cabinets médicaux ou salles d'opération ? Ne faudrait-il pas y étendre la protection relative aux lieux privés ? Car prendre un cliché d'un patient n'y ayant pas expressément consenti durant un acte thérapeutique, fût-ce à titre pédagogique ou médical, ne semble pas acceptable. C'est du moins la position constante et ancienne des juridictions, qui, pour rappel, considèrent que : « La science, bien qu'astreinte à révéler ses découvertes suivant les exigences du progrès, ne saurait sacrifier à ces exigences les droits individuels »¹¹⁰², qui implique nécessairement le droit à l'image du patient, fondé sur son droit au respect de la vie privée.

¹⁰⁹⁹ Alors même que de nombreux témoignages attestent de véritables défilés visant à « mater » une anatomie particulière, un tatouage ou un piercing spécifique, habituellement pendant les anesthésies : <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-sante/20150224.RUE7983/consentement-des-patients-pourquoi-m-a-t-on-fait-subir-ce-geste.html>

¹¹⁰⁰ CA Paris, 26 juin 1986, *Chantal Nobel* : *Gaz. Pal.* 1986, 2, 429.

¹¹⁰¹ V. à ce sujet : Affaire Vincent Lambert, la vidéo troublante, « Certains proches du tétraplégique ont diffusé une vidéo le montrant sur son lit d'hôpital pour tenter d'infirmier son état végétatif. Le reportage de France 2 », URL : http://www.francetvinfo.fr/societe/euthanasie/vincent-lambert/affaire-vincent-lambert-la-video-troublante_945519.html, consultée le 23 août 2017 ; v. également : Le 5 juin avec Vincent, témoignage d'un ami, URL : <https://www.youtube.com/watch?v=x5wBOz627wU>, consultée le 23 août 2017.

¹¹⁰² T. civ. Bordeaux, 18 juil. 1892, S. 1896, 1, 81, note A. Le Poitevin.

795. Il est vrai que le droit pénal ne tend généralement à protéger l'individu que dans les atteintes les plus graves qui peuvent lui être portées. C'est ainsi que l'opportunité de la protection pénale de la vie privée du patient est limitée en matière de voyeurisme, mais bien réelle concernant son droit à l'image.

796. *Conclusion de la section.* L'application de la protection pénale de la vie privée à la relation de soin est possible mais limitée, car elle n'a habituellement trait qu'aux atteintes les plus graves qui peuvent y être faites. De même, l'opportunité de la protection civile est réelle mais limitée en droit de la santé, pour les raisons ci-avant exposées, et qui concernent principalement la généralité du propos de l'article 9, difficilement adaptable aux spécificités de la relation de soin, et aux atteintes certaines qu'elle cause à la vie privée. Enfin, les atouts de la protection spécifique, contenue à l'alinéa premier de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique sont nombreux et abondants, mais assurément limités par sa rédaction actuelle, ainsi que et par la relation de soin et son objectif, qui prendront sans conteste constamment le pas sur la vie privée du patient. Ce constat illustre à lui seul l'importance d'une protection bien élaborée et la consécration de la vie privée sanitaire, qui passent toutes deux par une réécriture de l'alinéa premier de l'article précité.

797. Il serait vain de pointer du doigt les imprécisions et les incomplétudes de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique - mais également ses bénéfices tirés de son existence¹¹⁰³ - sans proposer certaines améliorations qui aboutiraient à une nouvelle formulation de son premier alinéa :

« Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée sanitaire.

Le droit au respect de la vie privée sanitaire admet le droit au respect de la vie privée physique, tel qu'il peut être atteint par la relation de soin à travers la nudité, le regard ou le toucher, ainsi que le respect de la vie

¹¹⁰³ Beaumarchais dira à cet égard : « Sans la liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur », in *Mariage de Figaro*.

privée morale, tel qu'il peut être atteint par la relation de soin à travers le questionnement et l'échange d'informations personnelles relatives à l'état de santé et au diagnostic.

Le droit au respect de la vie privée s'étend au droit à l'image, et est applicable dans toute l'enceinte où est assurée la prise en charge.

Le patient est seul décisionnaire des acteurs qui concourent à sa prise en charge et qui ont accès, par voie de conséquence, à sa vie privée physique et morale, et notamment à ses données personnelles.

Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, le droit au respect de la vie privée sanitaire s'impose à tous les acteurs, professionnels de santé et autres, concourant à la prise en charge du patient.

Le droit au respect de la vie privée morale est rendu possible par le secret des informations personnelles relatives au patient ; ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. »

798. De même, et alors que le principe du consentement et le secret professionnel feront l'objet d'un développement ultérieur (*v. Chapitre II.*), il est d'ores et déjà bienvenu de proposer, pour les raisons précédemment exposées, une modification de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, en y ajoutant l'énoncé suivant :

« Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Les motifs personnels ayant motivé une telle décision, quels qu'ils soient, relèvent de la vie privée, et ne peuvent être dévoilés que si le patient y consent. Le suivi du patient reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif. »

799. *L'opportunité de l'existence de la « vie privée sanitaire » assise par le concept de « vie personnelle ».* Les rédactions proposées assoient toutes deux le concept de « vie privée sanitaire ». Ce dernier trouve sa justification dans la meilleure intelligibilité qu'il donne aux textes choisis, et dans la protection accrue à laquelle il leur permet de prétendre. Juridiquement, ce concept est fondé sur le fait que des élaborations doctrinales basées sur la vie privée ont trouvé une autonomie jurisprudentiellement consacrée en droit spécial, et notamment en droit du travail. Une telle consécration en droit de la santé pourrait se révéler opportune. Dès lors, la notion de « vie personnelle », initiée par la jurisprudence et la doctrine, vit le jour au cours des années 1990, afin de palier l'inassouvissement et l'inadéquation de l'utilisation des dénominations « vie privée » et « vie extraprofessionnelle » pour qualifier ce qui a trait, chez le salarié, à l'affermissement de ses libertés et droits fondamentaux. Consacrée par une décision de la Chambre sociale de

la Cour de Cassation¹¹⁰⁴, la notion de « vie personnelle » a pour fondement la vie privée, à laquelle s'adjoint l'ensemble des libertés et droits individuels et collectifs incommutables qui trouvent application au sein de l'entreprise.

800. Est-ce à dire que la vie personnelle est assimilable à la vie privée ? Pour certains, il n'en est rien, dans la mesure où la notion de « vie privée » « appartient au droit civil et pose au travailliste de très épineux problèmes de frontières »¹¹⁰⁵. Cette affirmation confirme que la vie privée serait une notion générale qui pourrait laisser libre cours à certaines sous-ramifications, prenant appui sur elle, qui s'illustreraient en droit spécial ; ce serait alors le cas de la « vie privée sanitaire ».

801. Le concept de « vie privée » n'est à l'évidence en rien exclusif au droit spécial - tels que le droit du travail ou le droit de la santé - qui doit l'accueillir telle qu'elle est caractérisée par le droit civil. Si à la lecture de l'article 9 du Code civil chacun a droit au respect de sa vie privée, le salarié et le patient peuvent être victime d'une atteinte à ce droit au dans le contexte de la relation de travail¹¹⁰⁶ ou de la relation de soin ; en outre, un salarié peut altérer le droit au respect de la vie privée de son employeur¹¹⁰⁷ ou d'un autre salarié¹¹⁰⁸.

802. Le concept de « vie personnelle » est néanmoins exclusif au droit du travail - à l'image de la « vie privée sanitaire » en droit de la santé - et doit donc trouver une certaine autonomie face à vie privée, bien qu'elles puissent en certains cas coïncider harmonieusement. La « vie personnelle » rend juridiquement possible l'autonomie du salarié vis-à-vis de l'employeur, la « vie privée sanitaire » en fait de même pour le patient ; elle « permet d'envisager quelle résistance les droits et libertés du salarié offrent aux effets du contrat de travail, et plus précisément du lien de subordination, que l'intéressé soit au travail ou qu'il soit hors de l'entreprise »¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ Soc. 16 déc. 1997, n° 95-41.326, Bull. civ. V, n° 441, JCP 1998. II. 10101, note Escande-Varniol, Defrénois 1998. 890, obs. Quétant.

¹¹⁰⁵ RAY J.-E., « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 'Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles' », Dr. soc. 1993. 103, spéc. p. 111.

¹¹⁰⁶ Par ex. sur la filature d'un salarié, v. Soc. 26 nov. 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. V, n° 352, RTD civ. 2003. 58, obs. J. Hauser, Dr. soc. 2003. 225, note J. Savatier, D. 2003. 1858, note J.-M. Bruguière, D. 2003. 394, obs. A. Fabre, et D. 2003. 1536, obs. A. Lepage, JCP 2003. I. 150, n° 1, obs. B. Teyssié.

¹¹⁰⁷ Par ex. : Bordeaux, 20 nov. 2003, Juris-Data, n° 232761 ; Paris, 13 déc. 2005, Juris-Data, n° 289805.

¹¹⁰⁸ Par ex. : Paris, 29 sept. 2004, Juris-Data, n° 251791.

¹¹⁰⁹ WAQUET Ph., « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, 2001, Dalloz, p. 513.

803. La vie privée sanitaire rend la mise en exergue d'une protection spécifique et circonstanciée au bénéfice du patient possible, au vu de l'atteinte portée par la relation de soin à la vie privée : physique - via le regard et le toucher charnel - et morale - via le questionnement et l'échange d'informations. Cette notion annexe en son sein celles de « vie privée » et d' « intégrité ».

804. Conclusion du Chapitre. De manière habituelle, l'atteinte à la vie privée par la relation de soin est caractérisée par le fait que le professionnel de santé est informé de l'état de santé de son patient, soit en amont car il a bénéficié d'un échange d'informations, soit parce qu'il pose lui-même le diagnostic. La vie privée morale est ainsi premièrement et indubitablement atteinte : « L'esprit dépassant le corps dans l'ordre des valeurs, nul ne risque de porter des atteintes plus graves à la personne »¹¹¹⁰. L'atteinte à la vie privée physique n'est pour sa part avérée qu'en cas de nudité, de toucher superficiel ou profond, voire d'altération du corps. À l'heure actuelle, et alors que c'est indéniablement souhaitable, les protections spéciales ne prennent pas en compte cette dualité, et ne consacrent pas plus la certitude de l'atteinte.

805. L'application de la protection pénale de la vie privée à la relation de soin est possible mais limitée, car elle n'a habituellement trait qu'aux atteintes les plus graves qui peuvent y être faites. De même, l'opportunité de la protection civile est réelle mais limitée en droit de la santé, au vu de la généralité du propos de l'article 9, difficilement adaptable aux spécificités de la relation de soin, et aux atteintes certaines qu'elle cause à la vie privée. Enfin, les atouts de la protection spécifique, contenue à l'alinéa premier de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique sont nombreux et abondants, mais assurément limités par sa rédaction actuelle, ainsi que et par la relation de soin et son objectif, qui prendront sans conteste constamment le pas sur la vie privée du patient. Ce constat illustre à lui seul l'importance d'une protection bien élaborée et la consécration de la vie privée sanitaire, qui passent toutes deux par une réécriture de l'alinéa premier de l'article précité (*sur les propositions de modifications des textes légaux relatifs à la vie privée, v. conclusion du Titre I.*), ainsi qu'une maîtrise par le patient - et tous les acteurs intervenant

¹¹¹⁰ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PÉQUINOT H., *Traité de droit médical, Op. cit.*

dans le système de santé - des mécanismes spécifiques de protections de sa vie privée sanitaire (*v. Chapitre II*).

Chapitre II. Outils spécifiques de protection de la vie privée du patient

806. Dans le champ « sanitaire », c'est habituellement par référence au secret professionnel qu'est envisagée la thématique du respect de la vie privée du patient. La prépondérance de ce secret justifie à elle seule qu'un développement autonome lui soit présentement consacré. En revanche, il importe de garder à l'esprit que le secret professionnel reste un des outils permettant le respect de la vie privée, ce qui justifie que sa mention seconde celle du contenu au droit au respect de la vie privée, ainsi que celle de la certitude de son atteinte par la relation de soin (*v. Chapitre I.*). L'application de ce droit nécessite la mise en œuvre de certains outils spécifiques ; dès lors, le patient bénéficie de dispositifs spéciaux, édictés par le droit commun et complétés par le droit spécial, qui visent à préserver sa vie privée. Il s'agit premièrement du fait qu'il doive consentir, au sein de la relation de soin, à toute divulgation ou immixtion dans sa vie privée (**À titre liminaire**). Lorsqu'il consent à dévoiler une information ou à bénéficier d'une prise en charge, ces dernières sont au surplus couvertes par le secret professionnel (**Section I.**). Une limite pèse néanmoins sur ce mécanisme de protection de la vie privée morale, dans la mesure où la relation de soin justifie que ce dernier soit, dans des cas législativement édictés, « partagé » (**Section II.**).

À titre liminaire,

Sur le consentement du patient à la divulgation et/ou à l'immixtion dans sa vie privée.

807. La relation de soin porte indéniablement atteinte à la vie privée du patient. C'est le cas de la consultation médicale et de l'acte thérapeutique, qui altèrent le versant physique et moral de sa vie privée. Une protection juridique est en réponse envisagée, et une amélioration de cette dernière est proposée au sein du présent travail. C'est ainsi que le droit au respect de la vie privée du patient est consacré, l'engageant de la sorte, lui et les professionnels du système de santé. Au-delà cet engagement, la vie privée du patient est protégée par le fait que toute atteinte qui y est faite, durant sa prise en charge, devra être préalablement consentie (**1°§.**), après que le patient a reçu une information claire, loyale et intelligible (**2°§.**). Si le consentement et le droit à l'information sont des thématiques qui

ont respectivement donné lieu à de nombreux travaux spécialisés, il ne sera présentement question d'en dresser un portrait au prisme exclusif de la vie privée.

1°§. Le consentement du patient

808. Trois acceptions du « consentement » sont proposées par le dictionnaire Littré : « 1. Uniformité d'opinion ; 2. Action de consentir à quelque chose ; 3. Accord, concordance. Terme de droit. Consentement exprès, consentement manifesté de vive voix ou par écrit ».

809. « Consentement, accord, concordance, uniformité », ces termes ont tous trait à des actions de la vie où l'événement dépend en partie de la volonté de l'individu, en partie de la volonté d'autrui. Le consentement sous-tend une conformité de sentiments, un accord avec une demande de consentement. Ces caractéristiques sont également mises en lumière par la définition de la notion donnée par le Dictionnaire de l'Académie française, dont la seconde acception nous intéressera tout particulièrement : « 1. Assentiment donné à une affirmation ; 2. Dans la création d'un acte juridique, adhésion d'une partie à la proposition de l'autre ; 3. Accord donné à une décision qui relève de l'initiative d'autrui, à un projet »¹¹¹¹. En outre, le consentement est à différencier de la « permission », dans la mesure où celle-ci est exclusivement relative à des éléments qui ne sont pas permis, et pour lesquels on obtient une dispense.

810. L'analyse, fût-elle partielle, du consentement, semble essentielle au sein d'une société parsemée de déséquilibres économiques et sociaux. La question relative au fait de savoir au nom de quoi est-il permis d'interdire à un individu la libre disposition de son corps et de son esprit, dès lors qu'il consent à un acte et qu'il n'y a ni dol, ni contrainte ou déséquilibre, peut légitimement se poser. Le philosophe Ruwen Ogien - décédé cette année - affirme justement à ce propos : « En matière de consentement, il faut éviter, entre autres, ce genre d'injustice épistémique. Si “non, c'est non”, “oui doit être oui”. Inversement, si “oui, c'est oui”, “non doit être non”. Ce qui me paraît contestable, c'est la référence à la dignité humaine en tant que cause d'annulation de la valeur du consentement. S'il n'y a eu ni information défectueuse, ni tromperie délibérée, ni usage de la menace ou de la force, ni abus de faiblesse, à quoi la notion fait-elle référence exactement ? À quoi peut-elle servir,

¹¹¹¹ Déf. dict. de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1986.

sinon à refuser à des personnes adultes le droit de faire ce qu'elles veulent de leur propre corps ? »¹¹¹².

811. Il revient alors au juriste de trouver le juste équilibre entre la sauvegarde de ce qui fonde, entre autres, notre système démocratique - à savoir le droit à l'intimité et respect de la vie privée comme *ultima ratio* dans le rapport à soi - et la nécessité de refuser une société où une minorité détiendrait tous les droits, y compris ceux de jouir du corps d'autrui. Notre droit interne protège le consentement du citoyen par le droit commun (A.), et celui du patient par l'entremise du droit spécial (B.).

A. La protection du consentement en droit commun

812. Le droit commun protège les citoyens de certaines atteintes qui peuvent leur être faites via l'instauration du principe du respect du consentement. Des liens peuvent être tissés avec la protection du patient : les prérogatives permises par le respect du consentement tel qu'il est envisagé par le droit commun peuvent lui être appliquées. Les exemples ci-après cités se veulent volontairement proches des problématiques rencontrées au sein de la relation de soin, et de la protection de la vie privée qui y est assurée.

813. *Principe du consentement.* Les droits de la personnalité permettent un droit de contrôle, par le biais duquel l'individu assure la maîtrise des éléments qui composent sa personnalité. Ce dernier peut dès lors s'opposer à la dissémination d'éléments couverts par sa vie privée ou relatifs son image¹¹¹³. Mais l'exercice des droits de la personnalité lui permet en outre d'y consentir librement, dès lors que son consentement est indépendant et affranchi de toute contrainte¹¹¹⁴.

814. Les droits de la personnalité accordent à la volonté personnelle une importance capitale¹¹¹⁵ qui ne se limite pas au droit civil. Il y a à cet égard une remarquable convergence de vues entre ce dernier et le droit pénal. De nombreuses incriminations

¹¹¹² OGIEN R., « 'Mon corps est à moi', 'Non, c'est non'. Que reste-t-il de ces principes ?, *Op. cit.*

¹¹¹³ Par ex. : la fixation de celle-ci.

¹¹¹⁴ Bordeaux, 23 sept. 1998, JCP 1999. IV. 1641.

¹¹¹⁵ La jurisprudence civile l'étend au domaine du secret professionnel appliqué à la relation de soin, par le biais de l'article 9 du Code civil : Civ. 2^{ème}, 19 fév. 2009, n° 08-11.959.

pénales protègent la personnalité en faisant de l'absence de consentement de la victime un élément constitutif de l'infraction¹¹¹⁶. Inversement, le consentement peut ne pas suffire à faire disparaître l'infraction (*sur le consentement du patient à voir divulguée une information couverte par le secret professionnel, v. infra*).

815. Concernant la vie privée, il est communément admis que l'individu doit consentir à toute divulgation ou immixtion dans celle-ci. En vertu de l'article 9 du Code civil, ce dernier reste le seul décisionnaire quant à la communication publique des informations intimes le concernant¹¹¹⁷. Celle-ci peut intervenir au moment choisi par l'individu, aux conditions qui lui conviennent, sans qu'une pression tierce ne lui soit opposée¹¹¹⁸. Le droit à l'image admet quant à lui que l'individu consente à sa fixation et, le cas échéant, à sa diffusion ou son exploitation, étant entendu que le consentement à la première n'est pas assurément synonyme de consentement aux secondes¹¹¹⁹. Une exception persiste néanmoins lorsque le comportement ou la qualité de l'individu permet de présumer, au vu de l'information qui lui a été donnée quant à la publication ou la diffusion de son image, de son consentement¹¹²⁰.

816. *Portée du consentement.* Le consentement donné se doit d'être spécial¹¹²¹ : l'individu ne peut consentir à une atteinte générale et globale à sa vie privée ou à son image¹¹²². L'ampleur de l'atteinte doit être précisée, de sorte que le fait pour l'individu de consentir à une certaine atteinte, particulière, ne dispense pas de recueillir son consentement quant à la réalisation d'une nouvelle autre atteinte¹¹²³. Cette affirmation

¹¹¹⁶ Par ex. : C. pén., art. 226-1, 226-2 et 226-22.

¹¹¹⁷ TGI Nanterre, 30 avr. 2007, *Légipresse* 2008, I, p. 15 ; Versailles, 23 fév. 2005, *Légipresse* 2005, I, p. 110 : « En application de l'article 9 du Code civil, toute personne [...] a droit au respect de sa vie privée et tire de ce droit le pouvoir de fixer elle-même les limites de ce qui peut être diffusé par voie de presse à son sujet ».

¹¹¹⁸ Paris, 21 oct. 2004, CCE 2005. Comm. 48, obs. A. Lepage : constitue une atteinte à la vie privée le fait de révéler au public l'homosexualité d'un homme politique, ce qui l'a « privé du choix du moment et de la forme de cette annonce publique », qu'il voulait faire dans un premier temps à ses proches.

¹¹¹⁹ Paris, 8 mars 1985, D. 1985. IR 325 ; TGI Nanterre, 26 oct. 1999, *Légipresse* 2000, I, p. 37 ; 26 oct. 1999, *Légipresse* 2000, I, p. 37 ; TGI Marseille, 11 oct. 2002, *Légipresse* 2003, I, p. 6 ; Paris, 14 fév. 2002, D. 2002. 2004, note J. Ravanias.

¹¹²⁰ Civ. 2^{ème}, 4 nov. 2004, n° 02-15.120, Bull. civ. II, n° 487 : « L'autorisation de publier la photographie d'un mannequin peut être présumée ».

¹¹²¹ TGI Paris, 19 nov. 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 43.

¹¹²² Cette règle rejoint celle précitée selon laquelle la tolérance ou la complaisance ne privent pas la personne de la protection du droit.

¹¹²³ TGI Nanterre, 31 mai 2001, CCE 2001. Comm. 83, 1^{ère} esp., obs. A. Lepage.

intéresse la relation de soin, qui peut supposer la réalisation de plusieurs actes thérapeutiques distincts.

Le consentement est ainsi donné pour une occasion spécifique et arrêtée ; sa validité est unique et vaut à l'égard du seul bénéficiaire déterminé. Ce dernier doit en outre rigoureusement respecter la finalité pour laquelle le consentement a été donné¹¹²⁴.

817. Auteur du consentement. Chaque individu doit personnellement consentir à la divulgation d'informations relatives à sa vie privée ou de son image, ainsi qu'à l'immixtion au sein de sa vie privée. Dès lors, « l'autorisation administrative permettant aux réalisateurs d'un reportage télévisé de pénétrer dans un établissement pénitentiaire ne les dispense pas d'obtenir du détenu qu'ils filment le consentement qu'il a seul le pouvoir de donner »¹¹²⁵. Concernant la vie privée ou l'image de majeurs protégés, précisons que l'autorisation des représentants légaux est impérativement requise¹¹²⁶.

818. Concernant la vie privée et l'image du mineur, une jurisprudence ancienne et constante affirme que la défense de sa vie privée et de son image reste l'apanage de l'autorité parentale¹¹²⁷. Toute divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur, diffusion de son image ou immixtion au sein de sa vie privée est par conséquent soumise au consentement de la personne qui a autorité sur lui : le ou les parents dans la grande majorité des cas¹¹²⁸. Les problématiques liées au droit à l'image du mineur sont en forte hausse, à l'heure où les TIC incitent plus que jamais à la publication exacerbée de photos

¹¹²⁴ Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, CCE 2000. Comm. 107, obs. A. Lepage : la publication de photographies ne respectant pas la finalité précisée dans l'autorisation donnée par l'intéressé porte atteinte au droit que celui-ci a sur son image ; Aix-en-Provence, 6 fév. 2003, CCE 2004. Comm. 64, obs. A. Lepage ; Civ. 2^{ème}, 23 sept. 2004, CCE 2005. Comm. 489, obs. A. Lepage : il y a atteinte au droit exercé sur l'image du fait que la publication des photographies ne respectait pas la finalité visée dans l'autorisation donnée par l'intéressé ; 19 fév. 2004, n° 02-12.742, Bull. civ. II, n° 73, D. 2004. 2596, note Ch. Bigot, relevant une « utilisation détournée de l'image » ; V. aussi TGI Nantes, 22 mai 2001, Légipresse 2002, I, p. 42 : absence de modification de la finalité publicitaire.

¹¹²⁵ TGI Paris, 13 avr. 1988, BICC 15 sept. 1988, n° 726, p. 28.

¹¹²⁶ Civ. 1^{ère}, 24 fév. 1993.

¹¹²⁷ C'était autrefois d'un attribut de la puissance paternelle : Poitiers, 21 oct. 1935, RTD civ. 1936. 459, obs. G. Lagarde.

¹¹²⁸ Civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, Bull. civ. I, n° 134, JCP 1972. II. 17209, note R. Lindon : « En considérant que la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur est soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui, les juges du fond se bornent à appliquer les dispositions légales protectrices de sa personne et de ses biens ».

sur les réseaux sociaux¹¹²⁹ : quid des adolescents qui publient des dizaines d'images et de vidéos par jour - qui ne les concernent d'ailleurs pas toujours directement ? Quid des parents qui publient des photos de leurs enfants mineurs¹¹³⁰ ? Le règlement européen daté du 27 avril 2016¹¹³¹, ainsi que la loi pour une République numérique datée du 7 octobre 2016¹¹³², prévoient respectivement un « droit à l'effacement numérique » et un « droit à l'oubli » à l'attention des mineurs, grâce à l'intervention de la CNIL, qui pourra ordonner le retrait d'une image au contenu dérangeant.

819. *Forme et preuve du consentement.* Les juges du fond ont ordinairement considéré que le consentement de l'individu relatif à l'atteinte à sa vie privée ou à son image devait être systématiquement express¹¹³³. La Cour de cassation a néanmoins fini par se positionner catégoriquement, en affirmant que : « le consentement à la diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite »¹¹³⁴. Cette autorisation tacite trouve aujourd'hui illustration au sein de nombreuses décisions des juges du fond¹¹³⁵, bien que l'exigence d'une autorisation expresse soit encore bien réelle¹¹³⁶, notamment en droit de la santé, qui ne semble pas prévoir d'hypothèse de déduction de consentement. Aussi l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose-t-il : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

¹¹²⁹ V. à ce sujet : Vallet, C., Le dévoilement de la vie privée sur les sites de réseau social. Des changements significatifs. *Droit et société*, 80,(1), 2012, p. 163-188, URL : <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2012-1-page-163.htm>, consultée le 22 sept. 2017.

¹¹³⁰ V. à ce propos : <http://www.telerama.fr/medias/facebook-les-photos-de-vos-enfants-et-la-loi,147473.php>, consultée le 5 sept. 2017.

¹¹³¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil, 27 avr. 2016, JOUE n° L. 119, p. 1.

¹¹³² L. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n°0235 du 8 octobre 2016, texte n° 1.

¹¹³³ Paris, 22 mars 1999, CCE 1999. Comm. 35, obs. R. Desgorces ; Versailles, 21 mars 2002, D. 2002. Somm. 2374, obs. Ch. Caron ; TGI Paris, 19 nov. 2003, *Légipresse* 2004, I, p. 23 ; 5 janv. 2005, *Légipresse* 2005, I, p. 53.

¹¹³⁴ Civ. 1ère, 7 mars 2006, n° 04-20.715, Bull. civ. I, n° 139, D. 2006. Somm. 2703, obs. L. Marino ; mais V. déjà Civ. 2^{ème}, 8 juil. 1981, D. 1982. 65, note R. Lindon, rappelant que l'autorisation tacite ne peut être présumée.

¹¹³⁵ Par ex. : Toulouse, 31 mars 2009, *Légipresse* 2009, I, p. 74 : « En matière de droits de la personnalité liés à la vie privée ou à l'image, le consentement de la personne peut être tacite, que ce soit une personnalité publique ou un simple anonyme ».

¹¹³⁶ TGI Paris, réf., 19 nov. 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 43.

820. La charge de la preuve incombe classiquement au défendeur. Il appartient dès lors à celui qui divulgue des éléments privés, qui publie la photographie ou qui s’immisce dans la vie privée d’un tiers, de rapporter la preuve de son consentement¹¹³⁷. La preuve de l’autorisation de diffusion d’une image appartient à celui qui la diffuse ou la reproduit¹¹³⁸. Cette autorisation ne doit pas nécessairement être écrite - bien que la sécurité juridique le recommande - dans la mesure où elle peut être rapportée par témoignage¹¹³⁹.

821. Précisons enfin qu’en matière d’atteinte à l’intimité de la vie privée, le droit pénal prévoit une présomption de consentement à la captation et la transmission de paroles, d’images et de vidéos privées à l’article 226-1 du Code pénal. Cette présomption n’existe pas en droit civil, comme en atteste une jurisprudence constante¹¹⁴⁰. Une présomption similaire est présente au sein de l’article L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui dispose : « Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins (...) ils peuvent partager les informations concernant une même personne (...). Ces informations sont réputées confiées par la personne à l’ensemble de l’équipe ». Le droit de la santé admet qu’en l’absence d’opposition du patient, il existe une présomption de consentement à voir ses informations privées partagées entre professionnels concourant à sa prise en charge (*sur le partage d’informations privées au sein de la relation de soin, v. infra*).

B. La protection du consentement en droit de la santé

« Non, on ne demande pas de consentement du patient à l’apprentissage clinique des étudiants. Si la loi le demande, on le fera ! (...) Quand vous êtes dans un avion, faut-il demander un consentement spécifique à la présence du pilote ? » [...] « Consentement, cela veut dire quoi ? Cela veut dire que ce n’est pas écrit, pas signé, la personne peut ne pas avoir entendu ce qu’on lui dit, c’est ma parole contre sa parole. Comprenez-le, le truc a

¹¹³⁷ Paris, 5 juin 1979, JCP 1980. II. 19343, note R. Lindon ; Versailles, 4 nov. 1999, D. 2000. 347, note J. Ravanas ; TGI Paris, 22 sept. 1999, CCE 2000. Comm. 59, obs. A. Lepage ; 24 nov. 2003, Légipresse 2004, I, p. 23 ; Toulouse, 5 sept. 2002, CCE 2003. Comm. 10, 1^{ère} esp., obs. A. Lepage : « Il va de soi qu’il appartient à celui qui publie l’image ou l’exploite commercialement, de justifier de l’autorisation et non pas au « photographié » d’établir que l’autorisation qu’il a consentie était limitée ou restreinte à un domaine particulier »).

¹¹³⁸ Versailles, 19 sept. 2002, Légipresse 2003, I, p. 6.

¹¹³⁹ TGI Paris, 24 nov. 2003, Légipresse 2004, I, p. 23.

¹¹⁴⁰ Civ. 2^{ème}, 8 juil. 1981, D. 1982. 65, note R. Lindon.

été très bien fait, c'est le consentement le plus flou du monde, s'il n'y a pas écrit que c'est écrit, signé, daté, c'est que ce n'est rien ! »¹¹⁴¹

822. La règle du consentement préalable à l'acte thérapeutique a été posée dans le but de préserver l'intégrité, l'intimité et la dignité de l'être humain contre l'impérialisme et le paternalisme¹¹⁴² du pouvoir médical et de l'autorité publique¹¹⁴³.

823. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé (...) Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Si ce dernier ne mentionne pas la consultation - ou l'examen - médicale, se « contentant » de citer l'acte médical, il semble que le consentement - express, et non déduit - du patient soit obligatoire préalablement à toute consultation médicale ou acte thérapeutique. En outre, il est souhaitable que le texte mentionne que les motifs qui permettent au patient de consentir - ou non - à la consultation ou à l'acte médical sont couverts par le droit au respect de la vie privée. Ainsi l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique pourrait être partiellement réécrit de la sorte : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ; ce dernier répond à des motifs privés, et peut être retiré à tout moment ».

824. *Le consentement du patient à la consultation médicale.* Le consentement à la consultation médicale est représenté par un contrat¹¹⁴⁴ médical - dont l'existence est aujourd'hui remise en cause¹¹⁴⁵ - formé à l'occasion de la consultation médicale, qui nécessite un consentement initial du patient et du professionnel de santé. Par suite, à

¹¹⁴¹ Propos tenus par le Professeur Guy Vallencien, in LORRIAUX A., Les touchers intimes sans consentement ne sont pas réservés aux CHU, *Op. cit.* ; v. aussi : PY B., « Le patient, « objet » pédagogique ? », *Op. cit.*

¹¹⁴² MÉMETEAU G., « Éloge du paternalisme médical », RGDM, n° 62, 2017, p. 117-132.

¹¹⁴³ MÉMETEAU G., note sous TGI Paris, Réf., 6 mai 1987 et TGI Paris, Réf., 19 mai 1987, J.-C.P. 1988, II, 21130, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* *Op. cit.*

¹¹⁴⁴ V. arrêt « Mercier », Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Jossierand et concl. Matter ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; GAJC, 12^{ème} éd., 2008, n° 162-163.

¹¹⁴⁵ V. en ce sens : GIRER M., Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Violla, Lyon, 2005 ; VERON P., La décision médicale, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Violla, Montpellier, 2015.

l'occasion de l'exécution du contrat déjà formé, le patient doit consentir à tout acte thérapeutique¹¹⁴⁶, attentatoire, au même titre que la consultation, à la vie privée¹¹⁴⁷.

825. Le contrat entre le patient et le professionnel de santé prend corps lorsque ce dernier consulte un praticien exerçant à titre libéral¹¹⁴⁸ - au sein d'un cabinet médical ou d'un établissement de santé privé¹¹⁴⁹. Ce contrat n'existe pas lorsque le patient est pris en charge par un professionnel salarié, ou exerçant au sein d'un établissement de santé public. Auparavant, le principe du libre choix du médecin, ainsi que le caractère *intuitu personae* de la relation de soin étaient absents des établissements de santé publics : le droit de choisir son praticien hospitalier, dont l'identité était, jusqu'à la rencontre physique, ignorée par le patient¹¹⁵⁰, n'était pas consacré. Le caractère impersonnel de la situation entraînait alors en contradiction avec l'objet de la relation de soin, qui suppose habituellement une attache personnelle entre le patient et le professionnel de santé. Afin de surpasser cette contradiction, et même s'il n'existe à ce jour pas de contrat médical entre les acteurs de la relation de soin, il est désormais affirmé que : « le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire »¹¹⁵¹.

826. Le contrat médical susmentionné¹¹⁵² est un contrat civil, synallagmatique, *intuitu personae* conclu à titre onéreux¹¹⁵³. La relation de soin trouvant son fondement sur la

¹¹⁴⁶ PRADEL J., *La condition civile du malade*, préface de G. Cornu, LGDJ, 1963, n° 50, p. 70 ; HARICHAUX M., « Le contrat médical », in *Droit médical et hospitalier*, dir. J.-M. Auby, assisté de M. Mignon, éd. Litec, 1995, fasc. 81, n°11, p. 5.

¹¹⁴⁷ Cet assentiment n'est pas inclus dans le consentement initial.

¹¹⁴⁸ Civ., 1^{ère}, 5 mars 1991, J.-C.P. 1992, II, 21835, note A. Dorsner-Dolivet, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹¹⁴⁹ Dans ce cas, lorsque le malade est hospitalisé, il faut distinguer le contrat médical du contrat passé avec l'établissement.

¹¹⁵⁰ DAUBECH L., « Le statut du patient hospitalisé : vers l'incertitude juridique ? », Les petites affiches, 21 mai 1997, n° 61, n° spécial, « La situation juridique des patients », Centre d'Étude et de Recherche en Droit Européen de la Santé, Bordeaux, 24, 25 janvier 1997, p. 9, spéc. 13.

¹¹⁵¹ CSP, art. L. 1110-8, modifié par la l. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 - art. 175.

¹¹⁵² V. en ce sens : GIRER M., « Relation de soin et lien contractuel », Les grandes décisions du droit médical, dir. F. Violla, LGDJ, 2009, p.310, 14 p. ; v. également : CCNE, avis n° 58 : Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, et *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, dir. F. Violla et E. Martinez, *Op. cit.* ; v. enfin : *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau - Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, dir. J. Leonhard, B. Py, F. Violla, Éd. LEH, oct. 2015.

¹¹⁵³ SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PÉQUINOT H., *Traité de droit médical*, *Op. cit.* ; HARICHAUX M., *Le contrat médical*, *Op. cit.*, p. 2 et 3, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

confiance, la preuve du contrat médical et du défaut de consentement se fait par tous les moyens ; en effet, « la réglementation juridique de la preuve par écrit apparaît comme une déclaration de méfiance envers l'auteur d'engagements simplement oraux ou tacites »¹¹⁵⁴, alors que c'est un « climat de confiance que suppose le contrat médical entre malade et médecin »¹¹⁵⁵. Faute de pouvoir l'assimiler correctement à une autre catégorie, le contrat médical est considéré comme un contrat *sui generis*¹¹⁵⁶, au vu notamment de ses caractéristiques morales, affectives et psychologiques.

827. Le consentement du patient à l'acte thérapeutique. Le « pouvoir permet au médecin d'agir sur le corps humain, et même sur l'être humain dans ce qu'il a de plus essentiel, avec des moyens que le progrès technique ne cesse de développer »¹¹⁵⁷. En contrepartie, le patient doit être informé par le professionnel de santé afin de pouvoir valablement consentir à l'acte médical (*sur le droit à l'information, v. infra*). Il a pu être considéré que le terme de « consentement » concernerait le contrat médical initial relatif à la consultation médicale, et que celui d'« assentiment » aurait alors trait aux éventuels actes thérapeutiques subséquents - lorsque le patient est alors uni au professionnel par un contrat initial préexistant. Précisons que seul le terme de « consentement » sera présentement utilisé, dans la mesure où il est exclusivement employé par les sources juridiques auxquelles nous nous référons¹¹⁵⁸.

828. « Le consentement préalable du patient à un acte thérapeutique se situe entre le diagnostic et l'intervention, mais ne fait partie ni de l'un, ni de l'autre »¹¹⁵⁹. L'obligation qui incombe au professionnel de santé de recueillir le consentement du patient préalablement à tout acte thérapeutique est indépendante du contrat médical¹¹⁶⁰ ; sa

¹¹⁵⁴ SAVATIER R., « Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer » et les pratiques américaines », D. 1952, chr., 157, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹¹⁵⁵ SAVATIER R., *Ibid.*, p. 158.

¹¹⁵⁶ Dont la nature singulière empêche un classement dans une catégorie déjà connue (d'apr. Jur. 1985). « Malgré le caractère évident de louage d'industrie du contrat médical, le droit français le qualifie de « contrat *sui generis* », sans doute en raison de sa réelle obscurité », source : <http://www.cnrtl.fr/definition/sui%20generis>, consultée le 17 juil. 2017.

¹¹⁵⁷ TRUCHET D., *La décision médicale et le droit*, AJDA 1995, doct., 611.

¹¹⁵⁸ V. par ex. : C. civ., art. 16-3 al. 2 ; CSP, art. L. 1111-4 al. 3.

¹¹⁵⁹ Amiens, 1^{ère} ch., 20 fév. 1958, J.-C.P. 1958, II, 10538, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹¹⁶⁰ Considérer l'inverse reviendrait à exclure le recueil du consentement dès qu'il n'y aurait pas de contrat médical, à savoir à chaque fois que le patient est pris en charge par le service public hospitalier, ou que le professionnel est salarié de l'établissement privé.

justification réside dans le droit au respect de la dignité humaine¹¹⁶¹ et de l'intégrité corporelle¹¹⁶², « barrière qui se dresse devant toute intervention d'autrui »¹¹⁶³. Le principe « Noli me tangere » s'exprime pleinement. Dès lors, et dans la mesure où le corps humain est inviolable¹¹⁶⁴, le consentement de l'individu, donné après avoir reçu une information claire, loyale et intelligible, est donc nécessaire pour rendre licite l'atteinte portée à son intégrité et à sa vie privée. Ce consentement, qui selon le Professeur Bertrand Mathieu est à différencier du consentement du droit des obligation, n'est pas à lui seul satisfaisant : l'acte doit également poursuivre un objectif médical¹¹⁶⁵. Seuls le consentement à l'acte et la poursuite de l'objectif médical pourront légitimer l'atteinte à la vie privée et à l'intimité du patient¹¹⁶⁶.

829. La manifestation du consentement. Contrairement au droit commun, la nécessité d'un consentement exprès et spécifique représente la règle commune en droit de la santé. La jurisprudence réfute l'idée selon laquelle le patient qui prend part à la relation de soin - en ambulatoire ou en établissement de santé - puisse donner un consentement général et illimité à tous les actes thérapeutiques préconisés, dans son intérêt, par le professionnel.

830. Dans certains cas néanmoins, un consentement tacite semble suffisant¹¹⁶⁷. Lors du traitement médicamenteux, et dans le cas où la prescription ne présente aucun danger pour le patient, son consentement s'avère alors théorique¹¹⁶⁸, et peut se déduire par la prise matérielle du médicament prescrit. Soulignons à ce propos la tendance avérée à restreindre la liberté de choix du patient en matière de traitement médicamenteux, qui est majoritairement commandé et obligatoire. Même s'il n'est pas donné au patient de force, on lui prohibe cependant d'en suivre un autre, et « on ne lui permet que difficilement de

¹¹⁶¹ C. civ., art. 16 ; C. de la santé publique, art. L. 1110-2.

¹¹⁶² C. civ., art. 16-3.

¹¹⁶³ MOLINARI P.A., *La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique*, *Op. cit.*

¹¹⁶⁴ « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne » ; v. C. civ., art. 16-3 al. 1 ; C. de déonto. méd., art. 41.

¹¹⁶⁵ C. civ., art. 16-3, *Ibid.*

¹¹⁶⁶ V. en ce sens : CSP, art. L. 1111-4 al. 3 ; C. civ., art. 13-3 al. 1.

¹¹⁶⁷ Trib. de la Seine, 1^{ère} ch., 23 juin 1953, 2, 229, *in* DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental...* *Op. cit.*

¹¹⁶⁸ MONTADOR J., « Le défaut de consentement et la responsabilité des services publics hospitaliers », RDSS 1971, p. 181.

recevoir des conseils médicaux extérieurs »¹¹⁶⁹. En établissement de santé plus qu'en consultation en cabinet médical, la relation de soin peut être teintée d'une « coloration dominatrice »¹¹⁷⁰ envers le patient, via la visite du médecin, la surveillance continue des auxiliaires médicaux, ou la présence assidue de l'interne¹¹⁷¹.

831. Le juge judiciaire a déjà pu considérer que dans le cadre d'un contrat médical, la confiance du patient envers le professionnel de santé peut implicitement sous-entendre son adhésion préalable aux « actes médicaux courants » dès lors qu'il ne s'y oppose pas expressément¹¹⁷².

Le consentement, témoin de la confiance du patient envers le professionnel.

« Si tous les malades accordaient à la science la même foi qu'à la vierge de Lourdes, nous ferions nous aussi des miracles. »

Jean GABIN¹¹⁷³

832. Seuls le consentement à l'acte et la poursuite de l'objectif médical pourront légitimer l'atteinte à la vie privée et à l'intimité du patient. Le consentement sera donné par le patient au vu de l'objectif thérapeutique de la relation de soin et parce qu'il accorde sa confiance au professionnel de santé. Cette confiance est entre autres permise par la formation et la compétence du professionnel. Mais les fondements de cette confiance seront véritablement propres à chaque relation, intimement liés aux deux individus amenés à se rencontrer : « Il s'agit d'une attitude face à une situation inconnue et aux inconnues multiples voire démultipliées - non connaissance de l'altérité mise en présence, de la demande, de la réponse - de la capacité à croire en l'autre, et de s'en remettre à lui. En ayant cette confiance mutuelle, aucune des deux rationalités ne peut être remise en cause,

¹¹⁶⁹ LOMBOIS J.-C., *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, préface de J. Carbonnier, LGDJ 1963, p. 149 et 150.

¹¹⁷⁰ CARLIER A., « La liberté de prescription des médicaments en milieu hospitalier », RFAS 1983, p. 81.

¹¹⁷¹ LOMBOIS J.-C., *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, *Op. cit.*

¹¹⁷² SAVATIER R., AUBY J.-M., SAVATIER J., PÉQUINOT H., *Traité de droit médical*, *Op. cit.*

¹¹⁷³ « Une fille dangereuse » (*Bufere*), de Guido Brignone, France-Italie, 1952.

ni celle du malade venu chercher une aide, ni celle du soignant apportant ses compétences en réponse »¹¹⁷⁴.

833. Accorder sa confiance au professionnel implique d'accepter son intervention. Accorder sa confiance au patient implique, entre autres, de comprendre et respecter sa demande. « Demander la confiance du malade sans lui donner la sienne serait pernicieux et délétère à cette relation fragile »¹¹⁷⁵. L'échange de confiance revient également à reconnaître la vulnérabilité de l'autre : celle du patient, ignorant de la science médicale, et celle du professionnel, soumis à la technicité de l'art médical. Seule la réciprocité permet l'engagement mutuel et la collaboration fructueuse : « Ne pas faire confiance à celui qui est partie prenante dans cette relation la rendrait à sens unique et perdrait de fait son sens d'échange. Deux identités distinctes qui ne se sont pas choisies, deux finalités qui tendent vers le même but mais dont les motivations peuvent être différentes. L'un vient chercher un soin, la guérison, l'autre met à disposition une technicité, un savoir »¹¹⁷⁶.

834. Le consentement ne protège pas, à lui seul, la vie privée du patient, de même qu'il ne sert pas directement le droit au respect de la vie privée. Il permet en revanche au patient de garder un contrôle certain de ses choix personnels, qui sont basés sur des motifs privés. C'est en ce sens que le consentement permet l'épanouissement de la vie privée du patient et du droit qui la protège, justifiant ainsi sa présente mention.

835. *Le consentement justifiant le refus et l'exigence de soin.* Aussi doit-on extraire de la réflexion afférente au consentement au prisme de la vie privée le fait que cette dernière permet au patient de refuser, voire d'exiger un acte. En effet, un motif couvert par la vie privée, telles que la religion ou la vie familiale, pourra justifier une décision de refus de soin¹¹⁷⁷, ou, plus étonnamment, l'exigence de la réalisation d'une pratique ; on pense à une

¹¹⁷⁴ SANTIN A., « La relation de soin : une question de confiance ? », Espace national de réflexion éthique et maladies neurodégénératives, 7 mai 2009, version numérique : <http://mnd.espace-ethique.org/d/2354/1093>, consultée le 16 juillet 2017.

¹¹⁷⁵ SANTIN A., « La relation de soin : une question de confiance ? », *Ibid.*

¹¹⁷⁶ SANTIN A., « La relation de soin : une question de confiance ? », *Ibid.*

¹¹⁷⁷ « Les convictions religieuses compliquent parfois l'impératif de soins de l'hôpital : Isabelle Lévy, dans son ouvrage *Menaces religieuses sur l'hôpital*, raconte des anecdotes sur les refus de soin de la part des patients. L'auteur cite par exemple le cas de patients refusant qu'un personnel masculin entre dans leur chambre pour des questions de pudeur, celui de femmes musulmanes souhaitant accoucher en burqa en dépit de règles d'hygiène de base, celui de femmes juives refusant de tirer leur lait pendant le jour du shabbat, celui des femmes (ou de leur mari) refusant qu'elles soient examinées par un médecin homme, celui de

IVG suite à des images anténatales représentant un enfant intersexué motivé par le respect de la vie familiale - et donc de la vie privée -, et à la circoncision rituelle, interdite en droit, mais réalisée en pratique. Ces exemples permettent de mesurer l'impact de la vie privée sur la transgression de la règle.

836. La circoncision est juridiquement assimilable à une mutilation, bien qu'elle ne soit ni expressément interdite, ni explicitement autorisée. Elle relève d'un conflit de normes relatives à l'inviolabilité du corps humain¹¹⁷⁸ - sauf pour motif médical¹¹⁷⁹ ; non applicable à la circoncision - et à la liberté de choix de religion des parents pour l'enfant et le respect de l'autorité parentale¹¹⁸⁰. La doctrine et la jurisprudence s'accordent d'ailleurs à dire que l'éducation religieuse est un des aspects de l'éducation en général. L'encadrement juridique de la circoncision se situerait donc dans un « entre-deux » dénommé « tolérance » ; il s'agit d'une absence d'approbation et de punition.

837. La situation de la circoncision rituelle est ainsi paradoxale, et pour reprendre les termes de Vincente Fortier : « voilà un acte hors du droit (par son caractère éminemment religieux) et hors la loi (il réalise une atteinte à l'intégrité du corps humain sans nécessité médicale et sans le consentement de l'intéressé) et qui, pourtant, est librement pratiqué »¹¹⁸¹, sans que la responsabilité médicale des médecins ne soit systématiquement reconnue - contrairement à la responsabilité administrative des établissements de santé. Ces derniers sont quotidiennement sollicités d'exigences ayant pour fondement un motif religieux : au-delà la circoncision, nous pouvons citer l'établissement de certificats de virginité, les réfections d'hymens ou l'excision¹¹⁸².

838. Les images anténatales sont, en grande majorité, permises grâce au diagnostic prénatal (DPN), qui a pour principal but de déceler une maladie ou une anomalie fœtale et

patients catholiques refusant tous les traitements antalgiques, etc. Les différentes disciplines médicales, les différentes religions peuvent donc être concernées mais ces anecdotes ne sont toutefois pas légion » : <http://www.hopital.fr/Droits-demarches/La-vie-a-l-hopital/La-religion-a-l-hopital>, consultée le 7 septembre 2017.

¹¹⁷⁸ C. civ., art. 16.

¹¹⁷⁹ C. civ., art. 16-3.

¹¹⁸⁰ C. civ., art. 371-1.

¹¹⁸¹ FORTIER V., « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », RDS, n° 1, 2013 (v. numérique 2016), p. 178-199.

¹¹⁸² BYK C., « La laïcité : garantie d'un lien apaisé entre santé et religion à l'hôpital », in LECA A., dir., *Santé, religion et laïcité, Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est*, Les Études Hospitalières, 2011, n° 13, spéc. p. 156.

d'en préciser le pronostic. Ainsi, « Pendant des siècles, la médecine s'est préoccupée de soigner. Aujourd'hui, elle s'est donnée comme but ultime de prévenir la maladie plutôt que d'avoir à la guérir. Pour y parvenir, il faut la prédire »¹¹⁸³. La fonction initiale du DPN est de préparer l'accouchement ; mais sa fonction réelle semble bien être d'exiger préparer une interruption volontaire ou médicale de grossesse (IVG/IMG), ce qui a pu conduire d'éminents spécialistes à affirmer : « L'allongement du délai [de 10 à 12 semaines] a introduit quelque chose que je ne souhaitais pas voir : le choix d'une IVG à cause du sexe ou d'une malformation bénigne. Je ne veux pas être un maillon de la chaîne eugénique » (Professeur N.)¹¹⁸⁴, ou encore : « Je suis profondément inquiet devant le caractère systématique des dépistages, devant un système de pensée unique. (...) Le dépistage réduit la personne à une caractéristique. C'est ainsi que certains souhaitent que l'on dépiste systématiquement la maladie de Marfan dont souffraient notamment le président Lincoln et Mendelssohn. Aujourd'hui, Mozart, parce qu'il souffrait probablement de la maladie de Gilles de la Tourette, Einstein et son cerveau hypertrophié à gauche. (...) La vérité centrale est que l'essentiel de l'activité de dépistage prénatal vise à la suppression et non pas au traitement. Ainsi ce dépistage renvoie à une perspective terrifiante : celle de l'éradication. Et ceci est peut-être plus vrai en France que dans d'autres pays »¹¹⁸⁵.

839. L'exemple de la circoncision rituelle et du recours à l'IVG/IMG après DPN permettent de saisir l'ampleur que peut avoir la vie privée sur l'exigence d'un acte, et la transformation qui est faite du consentement, qui permettait initialement de refuser ou d'accepter, mais pas d'exiger. Le droit au respect de la vie privée étant consacré, et sous réserve d'absence de conflit de normes, ces exigences semblent pouvoir être assouvies. Fort heureusement, vie privée et consentement ne permettent pas à l'exigence de devenir toute puissante au sein de la relation de soin.

840. C'est ce qu'est venu rappeler une récente ordonnance du Conseil d'État prise à l'occasion d'une procédure en référé. Dès lors, le droit de consentir au traitement¹¹⁸⁶, le

¹¹⁸³ CCNE, Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal, mai 1985.

¹¹⁸⁴ FAIVRE S., *La vérité sur l'avortement aujourd'hui*, Paris, Téqui, 2006, p. 57.

¹¹⁸⁵ Didier Sicard, ancien président du Comité consultatif national d'éthique, France.

¹¹⁸⁶ Le consentement à l'acte demeure la pierre angulaire de sa licéité (C. civ. art. 16-3 al.2 ; CSP, art. L. 1111-4, art. R4127-36). Sur la base des informations, le patient prend une décision et aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans son consentement libre et éclairé, lequel peut être retiré à tout moment. Le patient a le droit « de refuser ou de ne pas recevoir un traitement » (CSP, art. L. 1111-4 al.2) et le médecin « a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité » (CSP, art. L. 1111-4, al.3).

droit de refuser un traitement, ainsi que le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale ne sauraient être analysés comme consacrant, au profit du patient ou des titulaires de l'autorité parentale, un droit de choisir, voire d'exiger, un traitement. Le Professeur François Vialla rappelle que : « si le consentement est une condition nécessaire à la validité et à la réalisation d'un acte, elle n'en est pas, pour autant, une condition suffisante »¹¹⁸⁷. Le Conseil d'État souligne ainsi qu'aucune disposition « ne consacre, au profit du patient, un droit de choisir son traitement »¹¹⁸⁸, et rappelle à l'occasion quel est le rôle du juge des référés : « dès lors qu'une prise en charge thérapeutique est assurée par l'hôpital, il n'appartient pas au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une demande tendant à ce que soit ordonnée une mesure de sauvegarde du droit au respect de la vie garanti par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de prescrire à l'équipe médicale que soit administré un autre traitement que celui qu'elle a choisi de pratiquer à l'issue du bilan qu'il lui appartient d'effectuer ». Bien qu'il lui revienne de juger de la légalité d'une décision médicale, le juge ne peut ainsi se substituer au médecin en jugeant de son opportunité.

841. Ainsi, la relation de soin ne peut exister sans le consentement des parties qui y prennent place. Or, si le consentement légitime l'atteinte à la vie privée du patient, au regard notamment de la confiance mutuelle et de l'objectif thérapeutique de la relation, ce dernier ne peut être apporté sans qu'une information claire, loyale et intelligible ne soit fournie au patient. Ce dernier possède un véritable droit à l'information (v. 2°§.).

2°§. Le droit à l'information

842. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 et modifié par la loi du 26 janvier 2016, affirme le droit de toute personne d'être informée sur son état de santé, sur la nécessité des actes thérapeutiques à entreprendre et sur les risques

¹¹⁸⁷ V. en ce sens : VIALLA F., « Primum non nocere », in *La santé connectée et « son droit »*, Estelle BROSSET, Sophie GAMBARDILLA, Guylène NICOLAS (dir.), Aix-en-Provence, PUAM, Collection Droit de la santé, 2017.

¹¹⁸⁸ CE, Ordonnance du 26 juillet 2017, M. D...et Mme B..., n° 412618.

qu'ils comportent¹¹⁸⁹. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 et modifié par la loi du 2 février 2016, ajoute que : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé », ce qui nécessite incontestablement que le patient prenne personnellement les décisions concernant sa santé après que le professionnel lui ait fourni un certain nombre d'informations. Il s'agit là de renseignements fondamentaux permettant à l'intéressé de donner un consentement valable aux traitements ou à l'intervention qui lui sont proposés.

843. « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé »¹¹⁹⁰. Lorsque le diagnostic relatif à l'état de santé physique ou mental est posé, le professionnel doit en informer le patient ; ce dernier a droit à la vérité. Cette information fait naître une donnée de santé, et se doit d'être privée : c'est une « information à caractère secret », protégée par le secret professionnel. Les intérêts de cette information sont multiples. D'une part, elle permet de signaler au malade les risques encourus du fait de l'affection dont il souffre, même si leur réalisation n'est pas fréquente¹¹⁹¹. Le patient doit également être informé de l'évolution probable de sa maladie ; à défaut, il pourrait négliger de se soigner, et le professionnel qui ne l'aurait pas mis en garde engagerait sa responsabilité¹¹⁹². Enfin, une telle information s'avère indispensable pour qu'il émette un consentement valable quant au traitement à suivre ou à l'intervention chirurgicale à pratiquer.

844. Sauf cas particuliers - par exemple patient atteint de surdité¹¹⁹³ - le professionnel n'a pas à constater par écrit que l'information a bien été délivrée¹¹⁹⁴. L'information doit avant toute autre chose porter sur « les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposées, leur utilité, leur urgence éventuelle (...) ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus »¹¹⁹⁵. Ceci permet au patient, au nom, entre autres, de sa vie privée rappelons-le, d'écarter un

¹¹⁸⁹ V. : *Les grandes décisions du droit médical*, dir. F. Violla, *Op. cit.* ; *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, dir. F. Violla, E. Martinez, *Op. cit.*

¹¹⁹⁰ CSP, art. L.1111-2.

¹¹⁹¹ Civ., 1^{ère}, 20 janv. 1987, Bull. civ. I, n°19, p. 14 ; D. 1987, som., 419, 3^{ème} esp., obs. J. Penneau.

¹¹⁹² BARBIERI J.-F., « Défaut d'information et responsabilité médicale : les principes du droit privé », *in* *L'acte médical et les droits du malade*, dir. Cl. Neirinck, *Op. cit.*, p. 131.

¹¹⁹³ Paris, 1^{ère} ch. B, 5 mars 1987, D. 1987, som., 419, 1^{ère} esp., obs. J. Penneau.

¹¹⁹⁴ Civ., 1^{ère}, 29 mai 1984, D. 1985, 282, 3^{ème} esp., note Bouvier.

¹¹⁹⁵ CSP, art. L.1111-2 al. 1.

traitement indiqué, et de porter possiblement sa préférence sur un autre - sans pouvoir nous l'avons précisé imposer la prescription d'un traitement, ou la réalisation d'un acte, au professionnel de santé¹¹⁹⁶. Toutes les informations communiquées par le professionnel doivent permettre au patient de bien saisir les enjeux de l'information qui lui est communiquée, ainsi que les bénéfices et aléas de l'acte qui lui est proposé. À ce sujet, il est opportun de mentionner que les simplifications du langage médical ne peuvent sérieusement être reprochées au médecin, dans la mesure où elles visent à informer intelligiblement le patient¹¹⁹⁷. L'information médicale doit être « simple, intelligible et loyale »¹¹⁹⁸ selon la jurisprudence, et « claire, loyale et appropriée » selon le Code de déontologie médicale¹¹⁹⁹.

845. Alors que la charge de la preuve de la délivrance de l'information pesait habituellement sur le patient, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en date du 27 février 1997, considérant que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient, et qu'en vertu de l'article 1315 du Code civil¹²⁰⁰, il lui incombe de prouver, par tout moyen, qu'il a exécuté cette obligation¹²⁰¹. La charge de la preuve est désormais imputable à « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information »¹²⁰². Cette jurisprudence a été légalement consacrée par la loi du 4 mars 2002¹²⁰³ qui dispose qu'en « cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé »¹²⁰⁴.

¹¹⁹⁶ CE, Ordonnance du 26 juillet 2017, *Op. cit.*

¹¹⁹⁷ Civ., 1, 1^{er} fév. 1961, J.-C.P. 1961, II, 12129, 2^{ème} esp. Obs. R. Savatier.

¹¹⁹⁸ Civ., 1, 5 mai 1981, G.P. 1981, 2, pan., 352.

¹¹⁹⁹ CSP, art. R. 4127-35 : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose ».

¹²⁰⁰ Abrogé ; actuel article 1353 du Code civil, modifié par ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, art. 4.

¹²⁰¹ Civ., 1^{ère}, 25 fév. 1997, Bull. civ. I, n° 75, p. 49 ; Les petites affiches, 16 juillet 1997, n° 85, p. 17 ; RDSS 1997, p. 288, obs. L. Dubouis ; Rép. Def. 1997, art. 36591, p. 751, n° 82, obs. J.-L. Aubert ; D. 1997, I.R., 81 ; V. également MÉMETEAU G., Devoir d'information renversement de la charge de la preuve, RMD, n° 24, mai-juin 1997, p. 6 ; BICLET Ph., Qui sème le vent... RMD, n°23, mars-avril 1997, p. 1, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹²⁰² Civ. 1, 25 fév. 1997, *Ibid.*

¹²⁰³ V. : DUGNE J., VIALLA F., « Du nouveau en matière d'obligation d'information ? », RDS, n° 50, 2012, p. 688-694.

¹²⁰⁴ CSP, art. L.1111-2, av. dern. al.

846. En outre la jurisprudence relative au défaut d'information sanctionne-t-elle souvent les professionnels de santé. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation¹²⁰⁵, qui s'inscrit dans la continuité d'une évolution antérieure¹²⁰⁶, témoigne du droit à l'information dont bénéficie le patient. En l'espèce, ce dernier n'avait pas été averti des risques inhérents à l'acte thérapeutique subi, et se retourna contre le professionnel l'ayant réalisé, alors même que le choix qui était le sien était des plus limités, dans la mesure où cet acte, réalisé urgemment, était le seul à pouvoir lui épargner un risque d'infection grave. Dès lors, refuser l'intervention l'exposait à un risque d'infection grave, et l'accepter lui faisait courir un risque d'impuissance - qui s'est réalisé. La cour d'appel considéra que le défaut d'information ne pouvait pas donner lieu à réparation puisqu'il n'en était résulté, pour le patient, aucune perte de chance d'éviter le dommage. En outre, la nécessité et l'urgence de l'intervention afin d'enlever la sonde était justifiées par un risque majeur d'infection. La solution, conforme à la jurisprudence habituelle, lie dès lors l'indemnisation du défaut d'information à un risque médical (la perte de chance d'éviter le dommage)¹²⁰⁷. Toutefois, la Cour de cassation releva que la cour d'appel avait ce faisant ignoré le devoir d'information et le droit du malade à être informé en quelque situation qu'il soit, se rattachant au principe posé dans un arrêt fondateur affirmant que « le devoir d'information [du médecin] vis-à-vis de son patient [...] trouve son fondement sans l'exigence du respect constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »¹²⁰⁸.

847. Cette solution s'inscrit aussi dans un contexte de renforcement du droit à un consentement libre et éclairé, basé sur deux droits de la personnalité : le droit au respect de l'intégrité corporelle, qui admet qu'aucune atteinte ne puisse y être portée sans le consentement de son titulaire¹²⁰⁹, ainsi que le droit au respect de la dignité de la personne¹²¹⁰. Ainsi s'opère un rapprochement des droits de la personnalité, et notamment du droit au respect de la vie privée : le présent arrêt vise à offrir une protection de même niveau au corps humain et à la personne humaine que la protection offerte à la vie

¹²⁰⁵ 1^{ère} Civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591.

¹²⁰⁶ 1^{ère} Civ., 9 octobre 2001, Bull. 2001, n° 249, pourvoi n° 00-14.564.

¹²⁰⁷ En ce sens, 1^{ère} Civ., 13 novembre 2002, Bull. 2002, I, n° 265, pourvoi n° 01-00.377 ; 1^{ère} Civ., 4 février 2003, Bull. 2003, I, n° 40, pourvoi n° 00-15.572 ; 1^{ère} Civ., 6 décembre 2007, Bull. 2007, I, n° 380, pourvoi n° 06-19.301.

¹²⁰⁸ 1^{ère} Civ., 9 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 249, pourvoi n° 00-14.564.

¹²⁰⁹ C. civ., art. 16-3.

¹²¹⁰ C. civ., art. 16.

privée¹²¹¹. C'est pourquoi l'arrêt affirme qu'au-delà de toute évaluation d'une éventuelle perte de chance - qui n'existait pas en l'espèce -, l'obligation d'information relève d'une obligation légale¹²¹². Ce dernier souligne enfin que le non-respect du devoir d'information cause indubitablement à celui auquel l'information était légalement communicable un préjudice qui ne saurait rester sans réparation.

848. À nouveau, la question se pose de savoir si le patient peut arguer du respect de sa vie privée afin que cette information - obligatoire à délivrer pour le professionnel de santé - ne lui soit pas révélée ; la loi se positionne ainsi concernant l'information de diagnostic, et non quant à l'information relative aux risques encourus par le patient du fait de ses choix : « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission »¹²¹³. La question s'était posée en matière de motifs permettant au patient de refuser un traitement.

849. Précisons une nouvelle fois que si, en matière de refus, la volonté du patient prime sur la sécurité, il semble opportun de préciser au sein des articles concernés que les motifs de ce refus sont de natures privés, et n'ont pas à être révélés, même au professionnel, dans la mesure où ils sont couverts par le droit au respect de la vie privée. Il est ainsi proposé que l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique soit rédigé de la sorte : « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic est prise selon des motifs privés, dont la révélation au professionnel et aux tiers n'est pas obligatoire, et se doit d'être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission ».

850. Hors cas d'urgence, chaque citoyen peut individuellement et librement faire le choix d'accéder à la relation de soin via la consultation médicale. La confiance placée dans le professionnel de santé et l'information qui lui aura été fournie permettront par suite au patient de consentir valablement à l'acte thérapeutique, conscient de l'atteinte à sa vie privée que ce dernier lui portera. Les motifs visant à la prise de décision relative au consentement - acceptation ou refus - doivent demeurer privés. Le consentement ne saurait

¹²¹¹ V. en ce sens : Rapport 2010 de la Cour de cassation, *Obligation d'information médicale*, URL : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3873/obligation_information_3874/obligation_information_medicale_19400.html, consultée le 7 sept. 2017.

¹²¹² Visa de l'article 1382 du Code civil (ancien), nouvel art. 1240.

¹²¹³ CSP, art. L.1111-2.

remettre en cause l'atteinte portée au patient par la relation de soin ; s'il n'est pas un outil juridique permettant le respect de la vie privée, il permet néanmoins au patient d'en avoir la conscience et la maîtrise. Le secret professionnel possède des caractéristiques inverses : il échappe au contrôle du patient, mais permet une protection directe et tangible de sa vie privée morale. Sa large étendue est parfois restreinte par les caractéristiques et les nécessités de la relation de soin. En effet, une analyse hâtive du secret professionnel conduirait à considérer qu'il permet un renforcement de la protection des informations confidentielles¹²¹⁴ ; une étude plus globale conduit au contraire à considérer qu'en systématisant les exceptions et dérogations, le secret professionnel est aujourd'hui considérablement dévalorisé.

Section I. Le secret professionnel, ou la protection classique de la vie privée sanitaire du patient

« Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur, un défenseur, le catholique, un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable ».

Émile GARÇON¹²¹⁵

851. Le « secret ». La notion de « secret » est communément adjointe à celle de « vie privée ». Ce faisant, la jurisprudence antérieure à la loi du 17 juillet 1970¹²¹⁶ ne protégeait pas le respect de la vie privée, mais, plus limitativement, le secret de la vie privée¹²¹⁷. Si la vie privée peut être assimilée à « l'aspect le plus secret et sacré de la personne »¹²¹⁸, alors les éléments recouverts de la toile protectrice du secret seraient imputables à la vie privée ; au contraire, ceux qui seraient donnés à voir aux inconnus constituerait la partie de la vie

¹²¹⁴ Le Professeur Py nous rappelle que les catégories professionnelles soumises au secret se multiplient et que les interprétations jurisprudentielles semblent protectrices.

¹²¹⁵ Émile Auguste Garçon, né à Poitiers le 26 septembre 1851 et mort à Paris le 12 juillet 1922, était un juriste français. Docteur en droit de la Faculté de droit de Poitiers en 1877 et agrégé des Facultés de droit en 1880, il devient professeur de droit criminel et de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris ; source : https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile_Gar%C3%A7on, consultée le 19 juillet 2017.

¹²¹⁶ L. n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

¹²¹⁷ V. Trib. civ. de Lyon, 1^{ère} ch., réf., 15 déc. 1896, D. 1897, 2, 174 ; Paris, 1^{ère} ch., 16 mars 1955, D. 1955, 295 ; G.P. 1955, 1 396 ; TGI Grasse, réf. 27 fév. 1971, J.-C.P. 1971, II, 16734, obs. R. Lindon.

¹²¹⁸ Paris, 1^{ère} ch. B, 5 déc. 1997, SA Ediradio et autres c/ X..., *Op. cit.*

publique. La question se pose dès lors légitimement de savoir si l'existence d'une vie privée suppose nécessairement le secret. Il sera considéré, au sein du présent travail, que le secret, à l'image de la liberté, ne constitue pas un élément indispensable à l'existence de la vie privée ; tout au plus s'agit-il d'un révélateur et d'un moyen d'accéder à son respect : « Pour savoir si une activité ou une situation appartient au domaine de la vie privée, il faut se demander si elle a vocation à être accomplie dans le secret et avec une liberté absolue »¹²¹⁹.

852. La « relation de soin » et la « vie privée » sont étroitement liées par le secret - plus précisément par le « secret professionnel », qu'elles appellent toutes deux. En témoigne la lettre de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui consacre le droit au respect de la vie privée et des informations concernant le patient.

853. *Le « secret professionnel ».* Il n'est pas permis au patient de décider de son application ; contrairement au mécanisme juridique du consentement, mis en œuvre afin que ce dernier puisse maîtriser sa vie privée, le secret professionnel s'impose obligatoirement à lui, en ce sens que la violation du secret professionnel est pénalement répréhensible. Il s'impose dès lors également - et surtout - au professionnel de santé¹²²⁰.

854. L'affirmation selon laquelle : « l'information c'est du pouvoir », citée par le Professeur Py¹²²¹, trouve une particulière application au sein de la relation de soin. Ce dernier affirme qu'à l'image de tout autre individu, le patient est animé d'ambitions parfois contradictoires : acquérir de nombreuses informations et en épandre le moins possible.

855. Néanmoins, lorsqu'un certain nombre de conditions est rempli, la révélation de certaines informations peut constituer le délit de violation du secret professionnel. Ce dernier a connu un développement qui mérite analyse. Si le droit de l'Ancien Régime ne réprimait que les ministres du culte qui avaient bafoué le secret de la confession¹²²², le

¹²¹⁹ DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹²²⁰ Sur le secret professionnel, v. : PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Préc.

¹²²¹ PY B., *Le secret professionnel*, Éd. L'Harmattan, 2005.

¹²²² « Sans remonter trop loin dans l'histoire de France, sous l'Ancien régime, diverses ordonnances royales déclarent que « le sceau de la confession doit être inviolable » et « les confidences reçues au Tribunal de la pénitence ensevelies dans un silence éternel ». Mais la jurisprudence des Parlements du royaume de France,

Code pénal de 1810 étendit l'infraction à toutes « les personnes dépositaires, par état ou profession, ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie... »¹²²³. L'infraction, ainsi largement conçue, a depuis le Code pénal de 1810, été étendue par le législateur à un grand nombre de professions, et par la jurisprudence, aux « activités aux actes desquelles la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé un caractère confidentiel »¹²²⁴.

856. Le Code pénal s'applique ainsi, en tout état de cause et depuis 1810, à prohiber la violation du secret professionnel, « parce que depuis des millénaires, les professionnels dont l'art dépend de la confiance de leur interlocuteur savent qu'un malade, un client ou un paroissien ne dévoile une parcelle de son intimité qu'en tremblant de peur qu'elle ne soit livrée en pâture aux appétits curieux »¹²²⁵.

857. L'essence du principe du secret professionnel est donc originellement et certainement pénale. L'article 226-13 du Code pénal¹²²⁶ dispose : « 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 15 000 euros d'amende ». Le devoir de silence édicté à l'article précité bénéficie d'un large champ d'action. En vertu des principes généraux du droit criminel, la loi pénale, dont l'application individuelle ne saurait être remise en cause, est principalement invitée à déterminer les éléments qui accablent l'ordre public. Cela justifie que la sanction pénale soit prononcée dans l'intérêt public, et le fautif jugé au nom de l'État¹²²⁷. Précisons dès à présent que le consentement de l'individu à la divulgation d'une

si elle protégea le secret de la confession, le limita aux seuls faits que le ministre du culte avait appris dans l'accomplissement de ce sacrement. C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Toulouse, en date du 17 mars 1780, ordonna à un prêtre de témoigner sur des événements qu'il avait connus au cours d'une réunion de famille à laquelle il assistait comme ami » : https://www.apostolia.eu/fr/articol_1053/le-secret-de-la-confession-dans-le-droit-penal-francais.html, consultée le 19 juillet 2017.

¹²²³ C. pén. (ancien), art. 378.

¹²²⁴ GULPHE P., *Rapport sur le secret professionnel en droit français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Le secret et le droit, Journées libanaises, t. XXV, 1974, p. 110-112.

¹²²⁵ PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

¹²²⁶ C. pén., art. 226-13, modifié par ord. n°2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3 (V), JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.

¹²²⁷ GARÇON É., *Code pénal annoté*, T.2, Sirey 1956, art. 378, n° 7, in PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

information couverte par le secret professionnel ne saurait dès lors inhiber la sanction du révélateur¹²²⁸.

858. *Secret professionnel et secret médical.* Une analyse de ce secret au prisme de la relation de soin suppose à titre liminaire qu'une précision soit faite quant à la terminologie à retenir : secret professionnel ou secret médical ? Contrairement à une idée reçue, ce choix n'est pas sans conséquence, et pose des problématiques qui outrepassent la simple accoutumance linguistique. Il revient au Professeur Py d'avoir analysé l'opportunité de l'emploi de l'une ou de l'autre terminologie. Ce dernier assimile l'emploi de l'expression « secret médical » à un double fourvoiement¹²²⁹ : « Elle laisse premièrement entendre qu'il y aurait un secret spécifique des médecins, ce qui n'est plus le cas, dans la mesure où le Code pénal ne les cite plus, au même titre que les pharmaciens, les avocats, les notaires ou les prêtres. De plus, elle permet d'imaginer qu'une information couverte par le secret médical serait accessible à tout médecin, comme si le titre de Docteur en médecine confèrerait à son titulaire un sésame de libre accès exclusif audit secret. Or, ce n'est pas le cas, dans la mesure où l'échange d'informations couvertes par le secret professionnel est autorisé dans l'intérêt du patient, et non au vu du titre professionnel ».

859. En outre, le Professeur Py ajoute que l'expression « secret médical » conduit à envisager qu'il s'étend exclusivement aux informations de nature médicale, alors que le Code pénal mentionne une « information à caractère secret », et que le professionnel est bel et bien tenu de garder secrètes des informations personnelles dont il a eu connaissance à titre professionnel. Par exemple - et pour ne citer que ce professionnel - le médecin est tenu à un secret qui couvre tout ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession ; le Code de la santé publique précise qu'il s'agit non seulement de « ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris »¹²³⁰. Cela recouvre par conséquent de nombreuses informations extra-médicales, telles que la généalogie, les émotions, la sexualité et le patrimoine. Enfin, certaines professions extra-médicales ont connaissance, à titre professionnel, d'informations médicales¹²³¹.

¹²²⁸ Sur l'application de ce principe à la relation de soin, v. *infra*.

¹²²⁹ PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.* ; v. également : PY B., « Réquisitoire contre l'expression de secret médical : plaidoyer pour l'expression de secret professionnel », RDS, n° 50 Hors-série, 2013, p. 161-166.

¹²³⁰ CSP, art. R.4127-4.

¹²³¹ Le Professeur Py cite non exhaustivement le secrétaire médical, l'avocat d'un détenu malade et le notaire d'un client à l'agonie.

860. Il est par conséquent conseillé de préférer l'expression légale de « secret professionnel », en précisant au besoin « secret professionnel du médecin ». Le terme de « secret professionnel » sera en tout état de cause préféré au sein du présent travail.

861. Les précisions ci-avant apportées permettent de saisir que la vie privée est incontestablement protégée par le secret professionnel, qui demeure un excellent moyen de parvenir à son respect (1°§.) ; en outre est-il également nécessaire de confronter ledit secret à la relation de soin, que nous savons attentatoire à la vie privée, afin d'analyser son application pratique (2°§.).

1°§. Protection de la vie privée par le secret professionnel

862. Le secret professionnel permet le respect de la vie privée ; un approfondissement général (A.) permet de cerner par la suite ses spécificités (B.).

A. Secret professionnel : généralités

863. Les généralités relatives au secret professionnel concernent sa définition, son origine, sa finalité et son acception globale au sein d'une société gouvernée par la transparence.

864. *Définition du secret.* Le Littré définit le secret comme une « confidence qui impose le silence aux personnes dépositaires du secret, notamment aux professionnels de santé ». Pour le dictionnaire Le Robert, il s'agit d'un « ensemble de connaissances, d'informations, réservées à quelques-uns et que le détenteur ne doit pas divulguer ». Une certaine éthique, abondante, admet que lorsqu'un secret a été confié, les agissements de son dépositaire doivent nécessairement être empreints de circonspection, de modération et de bienséance. Contrairement à l'éthique, la règle juridique est davantage catégorique lorsqu'elle considère le secret professionnel comme une obligation de se taire, un droit et un devoir de silence.

865. Le laconisme de la proposition de définition par le Professeur Jean-Louis Beaudouin permet ainsi de restreindre l'interprétation au sujet du secret professionnel,

particularisé comme étant : « le devoir du professionnel de garder "le mystère du secret", quel que soit son objet, et en corollaire, le droit de la personne d'exiger légitimement être protégée contre toute intrusion l'intimité de sa vie privée - qu'il s'agisse de sa santé, de son honneur, de sa famille et de ses biens »¹²³².

866. « Secret » tire son étymologie de *secretus*, participe passé du verbe *secernere*, qui signifie « séparé, isolé, caché, privé, confidentiel ». Le verbe *secernere* signifie également « distinguer » et « discerner ». Ce qui est *secretum* est à la fois caché aux tiers, et distingué, à l'image du juste et de l'injuste, du vrai et du faux, du flatteur et du véritable amie l'ami.

867. « Il ne faut pas penser le secret uniquement dans une problématique de la *séparation* et de la mise à l'écart, mais tout autant dans sa dimension de *relation*, au même titre que le silence fait partie intégrante de l'acte de parole. Le secret n'est ni le mensonge ni la dissimulation (...) L'importance de l'information privée est capitale, en ce qu'elle a trait à un élément constitutif de la vie privée. En outre, si un mystère reste à jamais dissimulé, un secret, lui, peut se découvrir, se dévoiler ou se partager »¹²³³.

868. *L'origine du secret professionnel.* Les fondations du secret professionnel ont été jurisprudentiellement établies le 19 décembre 1885, grâce à un arrêt de la Cour de cassation¹²³⁴. Malgré l'ancienneté de l'affaire, les faits qui y ont été jugés ne sont pas sans rappeler certaines actualités contemporaines. Ainsi, le docteur Watelet fut dès 1883 le médecin du peintre Jules Bastien-Lepage, alors atteint d'une tumeur des testicules. Malgré une prise en charge médicale, le peintre mourut un an plus tard des suites de la tumeur, alors qu'il était en déplacement, autorisé par son médecin, en Algérie. Une rumeur s'était alors propagée, nourrie par des articles de presse, selon laquelle le peintre était véridiquement atteint d'une infection sexuellement transmissible dont la prise en charge n'avait pas permis l'éradication, et que le Docteur Watelet se serait alors résigné à éloigner son patient de la métropole, espérant ainsi se dédouaner de toute responsabilité. Le médecin choisit dès lors de contrer les attaques dont il faisait l'objet en rédigeant un article publié au sein de l'édition du 13 décembre 1884 du journal « Le Matin », afin de révéler sa

¹²³² BEAUDOIN J.-L., « Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la Common Law », LGDJ 1965.

¹²³³ LAGRÉE J., « Éthique et partage du secret professionnel », RDSS 2015, p. 465.

¹²³⁴ Cass. Crim., 19 déc. 1885, Watelet, v. : VIALLA F., (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Op. cit.

version des faits : le peintre était en réalité atteint d'une tumeur des testicules, et la guérison ne pouvant sérieusement être envisagée, il l'avait sciemment autorisé à quitter la métropole afin de pouvoir trouver un repos certain. Si la famille du peintre n'a alors pas réagi à cette réponse, le ministère public choisit de saisir le tribunal correctionnel de la Seine afin de faire pénalement condamner le Docteur Watelet au motif que ce dernier n'aurait pas gardé le silence pourtant obligatoire du fait de l'exercice de sa profession. Le médecin fut finalement condamné par le tribunal et par la cour d'appel de Paris. La Cour de cassation, saisie par le médecin qui arguait notamment que les faits avaient été initialement dévoilés par voie de presse, que ses agissements étaient dénués de toute intention de nuire, et que la famille ne s'était engagée sur aucune voie contentieuse, rejeta le pourvoi, au sein d'une décision de principe : « La répression pénale du secret est générale et absolue : elle punit toute révélation du secret professionnel, sans qu'il soit nécessaire d'établir, à la charge du révélateur, l'intention de nuire. C'est ce qui résulte des termes de la prohibition et de l'esprit dans lequel elle a été conçue (...) En imposant à certaines professions, sous une sanction pénale, l'obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur en entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions et garantir le repos des familles qui peuvent être amenées à révéler leurs secrets par suite de cette confiance nécessaire (...) Ce but de sécurité ou de protection ne serait pas atteint si la loi se bornait à réprimer les révélations dues à la malveillance, en laissant toutes les autres impunies. Ainsi, ce délit existe dès lors que la révélation a été faite avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire »¹²³⁵.

Finalité du secret professionnel.

« En somme, il n'y a pas de soins de qualité sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret. »

Bernard Hœrni¹²³⁶

869. La finalité des secrets professionnels semble commune et collective ; elle vise à affirmer les droits de la personne et à garantir les intérêts sociaux et sociétaux, en

¹²³⁵ Cass. Crim., 19 déc. 1885, *Ibid.*

¹²³⁶ HOERNI B., *Éthique et déontologie médicale*, 2ème éd., Masson, juin 2000 ; Bernard Hœrni est Professeur de cancérologie à l'Université Victor Segalen Bordeaux II et ancien Président du Conseil national de l'Ordre des médecins.

considérant qu'estimer la dignité et la liberté individuelle permet d'affirmer un certain épanouissement sociétal, et une confiance en ses institutions.

870. Ainsi, « la spécificité du secret médical [tient au fait qu'il s'agit d'un mécanisme juridique] qui n'est pas une dissimulation, un abus de pouvoir, mais l'expression véritable de l'inaliénable respect que l'on doit à la personne »¹²³⁷.

871. *Secret, transparence et liberté.* Un constat paradoxal doit être présentement fait : le secret semble persister au sein de notre société, pourtant dirigée par la transparence. Le secret professionnel, le secret de l'instruction, le secret de fabrication, le secret d'État ou le secret-défense en témoignent ! La transparence, pourtant ouvertement et globalement prônée, semble être incontestablement confrontée à bon nombre de limites. Le respect de la vie privée via le secret - professionnel en l'occurrence - peut donc s'imposer sur le terrain de la transparence, qui semble pourtant avoir progressivement transformé l'intimité en une « extimité assumée »¹²³⁸. Néanmoins, par-delà le culte de la transparence toute puissante, le respect de la dignité et de la nature humaine semble se faire par la conservation du secret. « Paradoxe d'un paradigme qui atteint ses propres limites. Le secret est le discret ciment d'une démocratie qui prône la transparence sans pouvoir l'assumer entièrement »¹²³⁹.

872. L'organisation et l'administration d'une société exigent la liberté. Cette dernière a elle aussi succombé à l'appel de la transparence ; elle semble aujourd'hui n'exister que dans les cas où elle est affichable. La « génération des transparents », qui partage quotidiennement ses expériences sur les réseaux tels que Facebook, Twitter ou Instagram, fait de l'étalage de son existence une affirmation de liberté revendiquée, alors qu'il n'est en réalité - et est-ce là la confrontation de génération qui parle ? - qu'un moyen renforcé de contrôle¹²⁴⁰.

B. Secret professionnel : spécificités

¹²³⁷ HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Op. cit.*

¹²³⁸ TISSERON S., *L'intimité surexposée*, Paris, Ramsay éditions, 2001.

¹²³⁹ KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Préc.*

¹²⁴⁰ KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Ibid.*

873. Le secret professionnel protège la vie privée « morale » ; ses fondements juridiques illustrent les informations qu'il abrite, son application dans le temps et son opposition.

874. *Protection de la « vie privée morale » par le secret professionnel.* Le secret professionnel témoigne de la dualité physique et morale de la vie privée, et de la dichotomie de son atteinte par la relation de soin. Le professionnel atteint la vie privée morale du patient en ayant connaissance des informations relatives à son état de santé. Or l'état de santé est un élément couvert par la vie privée, de sorte que nul ne peut en être informé sans le consentement de l'intéressé. Le professionnel a néanmoins accès à cette information, que le patient y consente ou non, puisqu'il la possède, exclusivement, avant le patient. Le secret professionnel a été instauré afin de pallier cette atteinte certaine à la vie privée. Il atteste ainsi de l'atteinte de la relation de soin au « versant moral » de la vie privée - versant informationnel qu'il s'efforce de protéger.

875. *Les informations protégées par le secret professionnel.* Inévitablement, le secret professionnel concerne une information confiée à un professionnel, qui en reste dépositaire et non propriétaire. Une information est dite « secrète » au vu de sa nature, de son mode d'obtention par le professionnel, ainsi que par sa non-accessibilité au public.

876. *Une information de nature privée.* La révélation d'une information n'est avant toute autre chose sanctionnée par l'article 226-13 du Code pénal que si elle concerne des éléments privés - ou placés sous le couvert de la vie privée (*v. Partie I.*). Même si cette notion est difficile à étreindre, il semble qu'elle intéresse tous les faits de la vie privée que l'individu tient, pour des motifs privés, à abriter. Au sein de la relation de soin, semble constituer une information privée celle dont la révélation par le dépositaire ébrècherait la confiance qui lui est témoignée par le patient. Constituent dès lors des informations privées - couvertes par le secret professionnel - tout élément relatif à l'identification - directe ou indirecte - du patient, à la santé et l'état de santé, aux amours et à la sexualité, à la famille et à certains abords du patrimoine.

877. *Une information recueillie à titre professionnel.* La divulgation d'une information privée ne peut en outre constituer une violation du secret professionnel, tel que le prévoit l'article 223-13 du Code pénal, que si sa connaissance a été acquise par le dépositaire à

l'occasion de son activité professionnelle. Pour un médecin, toute information relative au diagnostic et le traitement d'une affection est couverte, au même titre que l'identité du patient, par le secret professionnel. Mais l'étendue du principe est plus ample encore, dans la mesure où l'information divulguée ne doit pas nécessairement permettre ou conditionner l'exercice de la profession. C'est ainsi que le patient dévoilant à son médecin ses antécédents judiciaires, ou le délinquant confessant à son avocat ses affections antérieures - ou présentes - communiquent autant d'informations qui ne conditionnent pas l'exercice de la profession des deux professionnels, mais qui demeurent également couvertes par le secret, car intimes et établies à l'occasion de l'exercice de leur profession.

878. Néanmoins, la sanction prévue à l'article 226-13 du Code pénal sera inapplicable dès lors que le professionnel révèle une information dont il a eu connaissance indépendamment de son activité professionnelle. C'est ainsi qu'un médecin se rendant au chevet d'un ami hospitalisé prendra éventuellement conscience de certaines informations relatives à son état de santé, sans pour autant être inquiété par la violation du secret professionnel, dans la mesure où elles auront été acquises en sa qualité d'ami, et non de professionnel de santé - médecin en l'occurrence. Une sanction restera néanmoins envisageable sur le plan civil et déontologique.

879. *Une information non-accessible au public.* Le fait qu'un tiers soit déjà informé de l'élément divulgué ne saurait le débarrasser de son caractère secret¹²⁴¹. Néanmoins, et dans des cas expressément encadrés, les informations publiques échappent au secret professionnel. C'est notamment le cas des actes dont la publication est administrativement authentifiée, tels que les registres de naissance, dont la tenue par les établissements de santé est obligatoire¹²⁴². La violation du secret professionnel n'existe dès lors pas lorsqu'est communiquée à un agent de police une copie dudit registre, fût-ce dans l'hypothèse d'un accouchement sous X¹²⁴³. Il convient de préciser ici que l'« anonymat » se distingue du « secret » en ce qu'il se dit uniquement de celui ou celle qui est sans nom¹²⁴⁴, de sorte que si le « secret » couvre l'« anonymat », les deux notions ne peuvent être confondues.

¹²⁴¹ Cass. Crim. 16 mai 2000 : Dr. Pénal 2000, comm. 127, obs. Véron.

¹²⁴² C. civ., art. 56.

¹²⁴³ CA Rennes, 18 mars 1999, BICC n° 512, n° 501.

¹²⁴⁴ Les dictionnaires Littré et de l'Académie française s'accordent sur cette définition.

880. Temporalité du secret professionnel. Une fameuse affaire permet de prendre conscience que le secret professionnel ne s'éteint pas au décès de l'individu qu'il concerne. C'est ainsi que par décision datée du 5 juillet 1996, le tribunal correctionnel de Paris a reconnu le Docteur Gubler, médecin du Président Mitterrand, décédé le 8 janvier 1996, coupable du délit de violation du secret professionnel, dans la mesure où ce dernier a publié, une semaine seulement après le décès, un livre intitulé « Le Grand secret », révélant de nombreuses informations relatives à l'état de santé et aux traitements prescrits et administrés au Président défunt. La cour d'appel de Paris a par ailleurs confirmé l'interdiction de la distribution du livre pour violation du secret professionnel, déclarant à cette occasion que : « la mort du malade ne délie pas le médecin du secret auquel il est tenu »¹²⁴⁵.

881. Précisons à ce propos que la loi du 26 janvier 2016¹²⁴⁶ est revenue sur les conditions d'accès aux informations médicales contenues dans le dossier du patient décédé. Précédemment, seuls les ayants droit¹²⁴⁷ étaient autorisés à accéder aux informations contenues dans son dossier médical, sauf à ce que celui-ci se soit précisément et explicitement opposé, de son vivant, à cet accès ; en outre un tel accès était-il limité aux seules raisons suivantes¹²⁴⁸ : connaître la cause de la mort, défendre la mémoire du de cujus, ou faire valoir leurs droits. Depuis 2016, cet accès n'est plus exclusivement réservé aux ayant droit, puisqu'il est autorisé aux concubins et partenaires pacsés, sous réserve de la non opposition préalable du patient¹²⁴⁹.

882. L'opposition du secret. Le secret fait peser au-dessus du professionnel : « Une obligation de se taire et un droit au silence »¹²⁵⁰. Le secret professionnel est avant tout opposable aux personnes physiques. Caractérise une violation du secret professionnel le

¹²⁴⁵ CA Paris, 13 mars 1996, SA Éd. plon / Cts Mitterrand : JCO 1996-II-22632.

¹²⁴⁶ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n° 0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

¹²⁴⁷ « La qualité d'ayants droit au sens des dispositions de l'article L. 1110-4 CSP doit être interprétée comme renvoyant uniquement aux successeurs légaux ou testamentaires définis par les dispositions du titre Ier du livre III du Code civil », CE, 30 déc. 2015, n° 380409.

¹²⁴⁸ Ces conditions ne sont pas applicables au cas du mineur. Le cas des personnes décédées sous mesure de protection juridique est passé sous silence, alors même que l'accès au dossier de la personne sous mesure de protection juridique a été élargi de son vivant en 2016 : CSP, art. R. 1111-1.

¹²⁴⁹ On devine également son application aux époux(es) ; v. CSP, art. L. 1110-4.

¹²⁵⁰ BAUDOUIN J.-L., *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, *Op. cit.*

fait pour un médecin de délivrer à une femme un certificat médical concernant son mari¹²⁵¹, ou pire encore, la délivrance par un pharmacien-biologiste de résultats positifs au test de séropositivité d'une femme à son mari¹²⁵², la remise d'un certificat médical à des gendarmes par un médecin¹²⁵³, ou la communication d'informations relatives à l'état de santé d'un patient mineur - s'y étant opposé - aux titulaires de l'autorité parentale¹²⁵⁴.

883. Le secret médical est également opposable aux personnes morales. De nombreux exemples concernent à ce propos les compagnies d'assurance ; le principe de base demeure à ce propos que le médecin ne peut et ne doit leur communiquer aucun renseignement, même lorsqu'il est invité à transmettre une information relative au diagnostic ou au traitement thérapeutique relatif à un assuré. C'est ainsi qu'un médecin cumulant les qualités de médecin traitant et de médecin d'une compagnie d'assurance se rend coupable du délit de violation du secret professionnel en divulguant dans un document destiné la compagnie d'assurance des informations privées portées à sa connaissance en tant que médecin traitant¹²⁵⁵.

884. L'hypothèse du témoignage en justice pose également souvent question (*v. également infra*). Le médecin appelé à comparaître à l'occasion d'une affaire contentieuse est obligatoirement tenu de se présenter à l'audience, de prêter serment, et de répondre aux questions posées uniquement dans le cas où les éléments de réponse qu'il y apporte ne sont pas contraires au secret professionnel¹²⁵⁶. De fait, les professionnels intervenant dans le système de santé sont assujettis au secret professionnel absolu¹²⁵⁷, et de nombreuses décisions insistent sur ce caractère général et sans restriction ; nul ne saurait être excusé d'en commettre une violation, pas même par une juridiction¹²⁵⁸.

885. La protection de la vie privée par le secret professionnel présente certaines caractéristiques générales qu'il importe de cerner avant d'analyser son application à la relation de soin. D'une nature apparente générale et absolue, le secret professionnel ne peut s'empêcher de heurter cette relation ; plus spécifiquement, c'est bel et bien cette dernière

¹²⁵¹ CA Aix-en-Provence, 22 mars 1999, Juris-Data n° 040547.

¹²⁵² CA Nîmes, 23 avril 1996, Juris-Data n° 030395.

¹²⁵³ CA Nancy, 14 fév. 1952 : Rev. sc. crim. 1952, 454.

¹²⁵⁴ CSP, art. L. 1111-5 ; v. par ex. : CAA Nantes, 15 oct. 2009, n° 09NT00165.

¹²⁵⁵ CA Paris, 14 mars 2000, Juris-Data n° 112984.

¹²⁵⁶ CPP, art. 109.

¹²⁵⁷ CHAVANNE A., « Le secret et le droit », *Trav. de l'assoc. H. Capitant*, Dalloz, 1974.

¹²⁵⁸ Cass. crim. 22 déc. 1966 : D.1967, 122, rapport Combaldieu.

qui lui portera atteinte, dans la mesure où, si le respect du secret professionnel est consacré en matière médicale, la relation de soin appelle souvent, de manière dérogatoire, la révélation d'informations privées (*v. Section II.*). L'application du secret professionnel à la relation de soin est ainsi irréductible, et remet occasionnellement en cause les principes précédemment mis en lumière (2°§.).

2°§. Application du secret professionnel à la relation de soin

« *Aegrorum arcana, visa, audita, intellecta eliminat nemo.* »¹²⁵⁹

886. Le fondement juridique du secret professionnel est affermi par plusieurs dispositions législatives, générales et spécifiques (**A.**). Ce fondement trouve un écho particulier au sein de nombreuses applications pratiques (**B.**).

A. Un fondement juridique

887. D'origine déontologique, le secret professionnel appliqué à la relation de soin est affermi par la loi du 4 mars 2002¹²⁶⁰. Ce fondement permet de porter distinctement en lumière les professions qui y sont assujetties.

888. *Fondements textuels et juridiques du secret professionnel.* L'une des caractéristiques spécifiques des lois du 2 janvier¹²⁶¹ et du 4 mars 2002¹²⁶² trouve illustration dans le fait qu'elles ne se limitent pas à sceller le droit. Il semble qu'elles se soient en outre imposées de mentionner les outils permettant son effectivité et son efficience, en énonçant notamment une définition circonstanciée du secret professionnel. Ces précisions semblent

¹²⁵⁹ Que personne ne divulgue les secrets des malades, ni ce qu'il a vu, entendu et compris, RUET L., « secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires », Gazette du Palais, 12 août 1997.

¹²⁶⁰ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹²⁶¹ L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

¹²⁶² L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, *Op. cit.*

tout à fait opportunes, afin de garantir l'intérêt de la protection législative de la vie privée¹²⁶³.

889. Si l'intérêt général demeure l'assise initiale et déterminante du secret professionnel¹²⁶⁴, l'intérêt individuel ne doit pas être mésestimé. Ainsi, le Code de déontologie médicale mentionnait déjà en 1979, dans son article 1^{er}¹²⁶⁵, que le secret professionnel était imposé au médecin dans l'intérêt du patient. Ce fondement est aujourd'hui manifestement repris à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique qui, dans sa version en vigueur en 2017, vise indistinctement les patients et usagers du système de santé : « Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.

Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ».

890. Le secret professionnel apparaît probablement pour la première fois au sein du Serment d'Hippocrate : « Quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas »¹²⁶⁶ ou encore : « Les choses que, dans l'exercice ou même hors de l'exercice de mon art, je pourrai voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne doivent pas être divulguées au-dehors, je les tairai, estimant que ces choses-là ont droit au secret des Mystères »¹²⁶⁷. Prévu à l'article 4 du Code

¹²⁶³ V. en ce sens : BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Préc.*

¹²⁶⁴ DELMAS-MARTY M., « À propos du secret professionnel », D. 1982. 267.

¹²⁶⁵ Actuel article 4 du Code de déontologie médicale ; source : <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>, consultée le 5 sept. 2017.

¹²⁶⁶ Serment d'Hippocrate, trad. d'É. Littré (1819-1861).

¹²⁶⁷ Serment d'Hippocrate, trad. littérale de M. Riquet et E. des Places, d'après le texte grec édité par J. Petrequin, *La chirurgie d'Hippocrate*, Paris, 1878.

de déontologie médicale et par le Code de déontologie des travailleuses familiales¹²⁶⁸, il est également affirmé par le Code pénal¹²⁶⁹ et, comme cela vient de l'être précisé, par le Code de la santé publique¹²⁷⁰, qui vise ce faisant le « secret des informations ».

891. Une mention absente de la loi du 2 janvier 2002. Indiquons à ce propos que seule la loi du 4 mars 2002 mentionne précisément le secret. La loi du 2 janvier 2002, si elle évoque le droit au respect de la vie privée et le droit à la confidentialité¹²⁷¹, passe sous silence le secret des professionnels du secteur de l'action sociale et médico-sociale, alors même qu'ils sont amenés à pénétrer dans l'intimité de l'utilisateur. C'est pourquoi certaines catégories de travailleurs sociaux¹²⁷² sont assujetties à un devoir de confidentialité¹²⁷³. Globalement, tous sont tenus d'une obligation générale de discrétion, prévue au sein du contrat de travail. Le secret professionnel est pour sa part mentionné par des textes dispersés, qui peuvent cibler tant une activité qu'un acte professionnel en particulier. Aussi peut-on déplorer que la loi du 2 janvier 2002 n'ait pas formellement et généralement fait mention de l'obligation de secret, afin d'accroître encore l'ampleur du droit au respect de la vie privée¹²⁷⁴.

892. En outre, l'une des principales contributions de la loi du 4 mars 2002 trouve un particulier écho dans la définition de certains éléments ayant trait au secret dont l'approche se révélait exclusivement jurisprudentielle, à l'image de l'affranchissement du médecin de son devoir de silence par le consentement du patient, ou au vu des caractéristiques de la situation. Ainsi, l'innovation législative semble mince lorsqu'elle affirme que le secret « couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé » ; elle fixe là néanmoins une définition recommandée par les

¹²⁶⁸ HENNION-MOREAU S., « Du secret dans l'exercice de la profession des travailleurs sociaux », RDSS 1991 ; « Les spécificités du droit du travail applicables aux travailleurs sociaux », RDSS 1993.

¹²⁶⁹ C. pén., art. 226-13.

¹²⁷⁰ CSP, art. L. 1110-4.

¹²⁷¹ CASF, art. L. 311-3, I°.

¹²⁷² Aides à domicile par ex.

¹²⁷³ Dont la violation donne lieu à réparation, voire à des sanctions disciplinaires souvent prévues par un contrat (pouvant aller jusqu'au licenciement, v. <http://www.juritravail.com/Actualite/Motifs-du-licenciement/Id/225121>), mais pas aux sanctions pénales prévues à l'article 226-13 du Code pénal.

¹²⁷⁴ À l'image de la loi du 4 mars 2002, qui l'a fait pour les professionnels, établissements, réseaux ou organismes participant à la prévention et aux soins.

juges¹²⁷⁵ et conseillée par le Code de déontologie médicale¹²⁷⁶. Cette définition ne vise pas essentiellement les informations médicales, mais toutes celles qui concernent la personne prise en charge.

893. En outre la loi procède-t-elle à un élargissement notable de son contenu en ne circonscrivant plus l'obligation de secret aux seuls professionnels de santé¹²⁷⁷ - soignants¹²⁷⁸. Sont dès lors visés les professionnels du système de santé, et notamment le personnel administratif. La législation surpasse sur ce point la jurisprudence administrative, laquelle avait pu considérer que : « c'est à l'ensemble du personnel médical que, sauf prescription particulière, le secret médical est confié »¹²⁷⁹, rejoignant ce faisant la Cour de cassation, qui assujettissait déjà ces professionnels-ci au secret¹²⁸⁰.

894. Le Code de la santé publique s'unit par conséquent au Code pénal, dont l'article 226-13 soumettait déjà la violation du secret professionnel à « la révélation de toute information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». C'est en ce sens qu'une circulaire¹²⁸¹ prévoyait déjà en 1997 que le secret couvrait toutes les informations, fussent-elles révélées par l'individu concerné, par un confrère, un collègue, ou lors de l'examen de dossiers médicaux¹²⁸². La liste des professionnels tenus au secret semble donc bien heureusement évolutive.

895. *Les personnes tenues au secret professionnel.* L'article 378 de l'ancien Code pénal - aujourd'hui abrogé - disposait que : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un

¹²⁷⁵ Après avoir exigé que le fait soit confié sous le sceau du secret, les juges ont considéré qu'il suffisait que le fait ait été connu « dans l'exercice de la profession » ou « à raison de l'exercice de la profession ». Pour les médecins, Crim., 26 juil. 1845, D.P. 45. 1. 340, concl. Quénault ; Crim., 9 nov. 1901, D.P. 1902. 1. 235.

¹²⁷⁶ Le secret n'est pas seulement constitué de ce que le confident a reçu formellement sous le sceau du secret, « mais aussi de ce qu'il a vu, entendu ou compris » : décret n° 79-506 du 28 juin 1979 portant Code de déontologie médicale, art. 11.

¹²⁷⁷ JONAS C., « La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes », MED 2002, n° 56, p. 1.

¹²⁷⁸ Le Code de la santé publique obligeait déjà au secret les infirmières, sage-femmes, aides-soignantes, kinésithérapeutes... Pour sa part, le Code de déontologie l'imposait aux psychologues.

¹²⁷⁹ CE, 11 fév. 1972, Sieur Crochette, Rec. p. 193, Dr. soc. 1972. 404, concl. Guillaume.

¹²⁸⁰ C. cass., soc. 7 oct. 1997, Bull. civ. V, n° 303.

¹²⁸¹ Circulaire n° 97-405 du 30 mai 1997.

¹²⁸² Pendant ou en dehors des heures de travail.

mois à six mois et d'une amende de 500 à 15000 F. Toutefois, les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements pratiqués dans des conditions autres que celles qui sont prévues par la loi, dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine.

Les mêmes personnes n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa 1er lorsqu'elles informent les autorités médicales ou administratives chargées des actions sanitaires et sociales des sévices ou privations sur la personne de mineurs de quinze ans et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession ; citées en justice pour une affaire de sévices ou privations sur la personne de ces mineurs, elles sont libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine.

N'encourt pas les peines prévues à l'alinéa 1er tout 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 qu'un viol ou un attentat à la pudeur a été commis ».

896. De nos jours, les dispositions de cet article sont éclatées au sein du Code de la santé publique et des divers codes de déontologie. La mention des professions tenues au secret professionnel n'existe plus au sein d'un texte unique, qui se « contente » aujourd'hui de citer la « personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession¹²⁸³ ». Outre le fondement pénal du secret professionnel, ces dispositions prévoient que la violation du secret professionnel fait au surplus l'objet de sanctions disciplinaires¹²⁸⁴. Leur lecture permet de cerner les professions à qui le secret professionnel est imposé.

897. Un déchiffrement de la partie législative du Code de la santé publique ne permet pas de saisir avec précision et certitude à qui s'impose le secret professionnel. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, dans sa rédaction telle qu'elle issue de la loi du 4 mars 2002, mentionnait : « Il [le secret des informations] s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. » Depuis la loi du 26 janvier 2016, ce dernier dispose : « Il [le secret des informations] s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ». Le terme de « secret professionnel » n'est nullement mentionné au sein de cet alinéa ; en revanche, le doute ne semble pas permis sur le fait que le secret professionnel s'impose à toutes les professions, médicales, paramédicales et extra-médicales, qui concourent à la prise en charge du patient ou de

¹²⁸³ C. pén., art. 226-13.

¹²⁸⁴ Le Code de déontologie médicale affirme par exemple que le secret professionnel s'impose à tout médecin, et s'étend à toute information venue à sa connaissance « 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 » : CSP, art. R. 4127-4.

l'utilisateur¹²⁸⁵. C'est du moins ce qu'une recherche et analyse de la partie réglementaire du Code de la santé publique permet de mettre en lumière. Le Professeur Py a ainsi pu préciser¹²⁸⁶, profession par profession, à qui est imposé le secret professionnel :

898. *Les médecins.* Selon l'article R. 4127-1 du Code de la santé publique, les dispositions du Code de déontologie, notamment celles relatives au secret professionnel¹²⁸⁷, s'appliquent aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, exerçant à titre libéral ou salarié, mais pareillement à tout médecin, français ou étranger, exécutant une consultation médicale ou un acte thérapeutique en France, ainsi qu'aux étudiants en médecine.

899. *Les chirurgiens-dentistes.* Ils sont assujettis, ainsi que leurs assistants, au secret professionnel, aux articles R. 4127-206 et R. 4127-207 du Code de la santé publique. Les informations couvertes par ledit ce secret concernent la prévention, le diagnostic et le traitement des affections de la bouche, des dents, des maxillaires et des tissus attenants¹²⁸⁸. Le secret s'étend également aux informations financières, tel qu'un devis de couronne dentaire. Une saisie judiciaire peut néanmoins outrepasser ce secret¹²⁸⁹.

900. *Les sages-femmes.* Elles sont assujetties, ainsi que leurs assistants, au secret professionnel, à l'article R. 4127-303 du Code de la santé publique. Plus spécifiquement, dans l'hypothèse où une sage-femme transmettrait à un enfant né sous X une information souhaitée secrète par la mère, elle commettrait une incontestable violation du secret professionnel. En effet, la parturiente qui demande, lors de son accouchement, à bénéficier du secret de son admission et de son identité, se voit offrir la possibilité de ne communiquer aucun élément d'identification. Tout au plus est-elle invitée à renseigner, si elle y consent, certains éléments relatifs à sa santé et celle du père, les conditions relatives à la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité¹²⁹⁰.

901. *Les pharmaciens.* Ils sont assujettis, ainsi que tous leurs collaborateurs, assistants et stagiaires, au secret professionnel, quels quel soient leur mode d'exercice, à l'article R.

¹²⁸⁵ Une réécriture de l'article en ce sens à souhaiter.

¹²⁸⁶ PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

¹²⁸⁷ CSP, art. R. 4127-4, R. 4127-71, R. 4127-72 et R. 4127-73.

¹²⁸⁸ CSP, art. L. 4141-1.

¹²⁸⁹ Cass. Crim. 12 nov. 2003, n° 03-81.016, cite par : PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

¹²⁹⁰ CSP, art. L. 222-6.

4235-5 du Code de la santé publique. Le pharmacien est tenu au secret des informations dont il a directement et indirectement - notamment à la lecture de l'ordonnance, document couvert par le secret professionnel¹²⁹¹ - eu connaissance. Le Décret du 29 juillet 2004¹²⁹² a en outre mis l'accent sur une organisation matérielle de l'officine respectueuse du secret professionnel¹²⁹³.

902. *Les infirmiers(ères).* Ils sont assujettis au secret professionnel, au vu de leur contact avec les patients, par l'article L. 4314-3 du Code de la santé publique. Ses dispositions s'appliquent également aux étudiants.

903. Sont également astreints au secret professionnel : les orthophonistes, les orthoptistes¹²⁹⁴, les masseurs-kinésithérapeutes, les pédicures-podologues¹²⁹⁵ et les audioprothésistes¹²⁹⁶. De plus, si aucun texte spécifique ne mentionne formellement certaines professions - soignants ou non - tels que le radiologue, le psychothérapeute, l'aide-soignant, l'auxiliaire de puériculture, le brancardier, l'ambulancier, rappelons que l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique affirme généralement que le « secret des informations (...) s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé ». Il est donc incontestable que tous les professionnels qui entourent le patient, soignants ou non, sont fonctionnellement assujettis au secret professionnel, quel que soit leur niveau de formation et leur statut, et ce que la prise en charge soit assurée en établissement de santé ou en ambulatoire. Cette affirmation est illustrée par une jurisprudence constante, qui a déjà pu explicitement affirmer que les conducteurs ambulanciers étaient soumis au secret professionnel¹²⁹⁷. De même, la Cour de cassation a rappelé que le fait que le personnel administratif, notamment les secrétaires médicaux, ne

¹²⁹¹ Cass. Crim. 8 juillet 1997, n° 96-84.932. L., cité par : PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

¹²⁹² Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du Code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.

¹²⁹³ Mise en place de « ligne de courtoisie », v. CSP, art. R. 4235-55 al 2.

¹²⁹⁴ CSP, art. L. 4344-2.

¹²⁹⁵ CSP, art. L. 4323-3.

¹²⁹⁶ CSP, art. L. 4363-1.

¹²⁹⁷ Rép. Min. santé n° 23195, JO Sénat, 4 mai 2000, p. 1614.

respecte pas le secret professionnel est constitutif d'une faute grave justifiant un licenciement¹²⁹⁸.

904. Soulignons enfin que la loi du 26 janvier 2016¹²⁹⁹ a modifié en ce sens l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui affirme désormais que toute personne prise en charge par un professionnel du secteur médico-social ou social, ou un établissement ou service social et médico-social, a droit au secret des informations la concernant.

905. L'administration des établissements de santé et de la sécurité sociale n'est pas en reste en matière de secret professionnel, puisque de multiples sources juridiques rappellent que ses agents y sont assujettis ; c'est notamment vrai pour le personnel des organismes d'assurance maladie¹³⁰⁰ et de certaines agences et institutions nationales¹³⁰¹.

906. Le Professeur Py affirme que la globalisation de l'étendue du secret professionnel à toutes les professions du système de santé « pourra un jour conduire à préférer la notion de secret fonctionnel »¹³⁰². Il souligne ainsi que le secret pèse pareillement sur les étudiants, les stagiaires et bénévoles, dès lors qu'ils concourent à la prise en charge d'un patient ou d'un usager. Cette affirmation trahit le fait que les fondements juridiques du secret professionnel sont perfectibles et évolutifs, à l'image des situations factuelles auxquelles ils sont destinés. Les applications pratiques du secret professionnel au sein de la relation de soin sont multiples et soulèvent un certain nombre de problématiques (**B.**).

B. Des applications pratiques

907. Les applications et illustrations pratiques du secret professionnel confrontées à la relation de soin témoignent de nombreuses problématiques. La première peut avoir lieu à la naissance même de la relation de soin - en établissement de santé du moins - et concerne

¹²⁹⁸ Cass. Soc., 7 oct. 1997, n° 93-41.747 : « L'obligation qui est faite au personnel des cabinets médicaux (...) d'observer une discrétion absolue à l'égard des malades et son entourage s'applique indistinctement à tous les salariés d'un cabinet médical », cité par : PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

¹²⁹⁹ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 96.

¹³⁰⁰ CSS, art. L. 623-6.

¹³⁰¹ De manière non exhaustive : Agence nationale de santé publique (anciennement Institut national de veille sanitaire), Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail, Agence régionale de santé, Établissement français du sang, Agence de biomédecine, Haute autorité de santé.

¹³⁰² V. en ce sens : PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

l'admission sous secret. Par suite, les exemples de violation du secret professionnel permettent de cerner son étendue, au même titre que la question de la levée du secret par le consentement du patient à la révélation de l'informations secrète, et celle du témoignage en justice.

908. Naissance de la relation de soin en établissement et secret professionnel : l'admission sous secret. L'admission sous secret permet à chaque patient pris en charge au sein d'un établissement de santé, exception faite du mineur¹³⁰³, d'exiger que ladite admission, ainsi que sa présence au sein de l'établissement ne soit pas révélées à des tiers ; il en va de même des éléments relatifs à son état de santé¹³⁰⁴. Cette disposition est opposable aux tiers¹³⁰⁵, et notamment à certains professionnels de santé, tel que le médecin traitant¹³⁰⁶, et aux titulaires de l'autorité parentale pour les mineurs. Précisons à ce propos qu'au nom de sa vie privée, un patient mineur pourra conditionner sa prise en charge - et donc consentir à accéder à la prise en charge thérapeutique - au secret de sa maladie - souvent, séropositivité - vis-à-vis de sa famille¹³⁰⁷. Mais la vie privée du mineur, consacrée par l'article L. 1110-4, ainsi que son droit au secret professionnel, visé à l'article L. 1111-5 du même Code¹³⁰⁸, sont menacées par le fait que l'Assurance maladie communique le détail de ses remboursements à l'autorité parentale, à qui le mineur est affilié jusqu'à sa majorité. Le fonctionnement administratif « tient la loi en échec » affirme le Professeur François Vialla, qui ajoute à ce propos que « les modalités de prise en charge des soins par l'Assurance maladie retirent toute pertinence, si ce n'est toute portée concrète au droit au

¹³⁰³ Le mineur peut demander à bénéficier d'une admission sous secret, lorsque son état de santé l'impose, mais devra pour ce faire obligatoirement être accompagné d'une personne majeure de son choix, fût-elle ou non titulaire de l'autorité parentale ; v. CSP, art. L. 1111-5 ; v. VIALLA F., « Relation de soin et minorité », LPA 2015, LPA 2015 n° 57.

¹³⁰⁴ CSP, art. R. 1112-45.

¹³⁰⁵ Cercle familial, amical et professionnel.

¹³⁰⁶ Le patient peut exiger que ce dernier ne soit pas informé de sa prise en charge en établissement de santé ; v. CSP, art. L. 1110-4.

¹³⁰⁷ Par ex. : CAA Nantes, 15 oct. 2009, n° 09NT00165.

¹³⁰⁸ CSP, art. L. 1111-5 : « (...) le médecin ou la sage-femme peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé ».

secret, à l'exception, notable il est vrai, de certains aspects de la sexualité du mineur tels que l'accouchement sous X, la contraception et l'interruption de grossesse »¹³⁰⁹.

909. En tout état de cause, le dossier administratif d'admission est dès lors tenu secret, et les services - notamment administratifs - passibles d'apporter certaines informations - par téléphone ou de toute autre manière : service de soins, standard, hôtesse d'accueil, service des archives centrales - sont informés du caractère secret de la prise en charge. Toute confirmation de présence d'un patient admis sous secret par les services administratifs de l'établissement est par conséquent interdite, quel que soit l'individu à l'origine d'une telle demande, et la forme de celle-ci.

910. Si l'admission sous secret est ouverte à tous, elle est souvent réalisée au sein d'un service de maternité - « maternités secrètes - et lors de la prise en charge de personnes toxicomanes qui se présentent spontanément pour suivre une cure de désintoxication¹³¹⁰.

911. Si l'admission sous secret permet de penser que ce dernier peut toujours être respecté en pratique, et malgré les nombreux efforts réalisés ces dernières années réalisés en ce sens, force est de constater que les informations couvertes par le secret professionnel ne sont pas toujours protégées dans la pratique des établissements de santé. En témoignent la présence occasionnelle de planning d'occupation des chambres affiché dans les bureaux, ou celle des feuilles de températures figurant dans les chambres - parfois partagées - des patients, qui laissent deviner certains éléments médicaux révélateurs des caractéristiques d'une affection, et qui témoignent de la violation possible de ce secret dès lors que naît la relation de soin.

912. *Illustration de l'étendue du secret professionnel par sa violation.* L'élément matériel de l'infraction de violation du secret professionnel réside dans la divulgation d'une information couverte par le secret professionnel - souvent mais non exclusivement médicale - destinée à rester ignorée des tiers, ou la révélation d'éléments permettant d'indiquer, par déduction, ce type d'informations¹³¹¹. Les modalités de la révélation

¹³⁰⁹ BOURRET R., FAURE M., MARTINEZ É., VIALLA F., « Mineur et secret médical », RDS, n° 65, 2015, p. 374-379.

¹³¹⁰ CSP., art. L. 3511-1, R. 1112-38 et R. 1112-39.

¹³¹¹ Crim., 27 juin 1967, J.-C.P. 1968, 15411.

important peu : elle peut être orale, écrite, directe, indirecte¹³¹², réalisée devant une ou plusieurs personnes¹³¹³. Bafoue dès lors le secret professionnel le médecin qui communique à un tiers soit les examens médicaux réalisées sur un patient - même en cas de résultat négatif¹³¹⁴ - soit les dispositions médicales prises au vu de son état de santé - même si elles ne permettent pas de saisir directement la nature et l'étendue de l'affection dont il souffre¹³¹⁵.

913. Viole également le secret professionnel l'interne de garde accueillant en urgence un individu sous l'emprise de drogues dures qui téléphone à ses proches pour les informer de sa prise en charge, et obtenir des renseignements privés à son égard. Développons quelque peu : lors de la prise en charge de M. C. à l'Hôpital de Tenon, les praticiens informent, par voie téléphonique, les sœurs de M. C. que ce dernier est actuellement pris en charge car il s'adonne à des jeux sexuels malsains au cours desquels il absorbe des substances stupéfiantes visant à retarder l'éjaculation. La cour administrative d'appel rappelle que les informations ainsi délivrées aux membres de la famille de l'intéressé sont d'ordre privé et couvertes par le secret médical en vertu des articles L. 1110-4 et R. 4127-4 du Code de la santé publique¹³¹⁶, rejetant au passage le moyen de l'AP-HP selon lequel l'échange téléphonique aurait uniquement servi à recueillir des informations auprès des proches de M. C. La violation du secret professionnel par le médecin qui a assuré la prise en charge au service des urgences de l'Hôpital Tenon est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'AP-HP, qui semblait avoir oublié que : « La faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend (vie privée) peut également inclure la possibilité de

¹³¹² C'est le cas d'une révélation indirecte suite à un défaut de surveillance : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. X, hospitalisé du 23 mai au 7 juin 2006 dans le service de dermatologie du CHU de Caen, a exprimé formellement, dès son arrivée dans le service, son opposition à ce que ses parents soient informés de sa séropositivité au virus de l'immunodéficience ; que si cette demande du patient a été prise en compte par l'équipe médicale, il résulte de l'instruction et n'est d'ailleurs pas contesté que le 30 mai 2006, la mère de M. X, venue rendre visite à son fils, a pu, alors qu'une infirmière dispensait des soins à celui-ci, prendre connaissance de la feuille de soins, mentionnant sa séropositivité, déposée sur un chariot laissé dans le couloir ; (...) qu'alors même que ladite fiche aurait été placée, ainsi que le soutient le centre hospitalier, sous le cahier des soins infirmiers, il est constant que les documents médicaux confidentiels posés sur le chariot sont restés sans surveillance dans le couloir ; que la possibilité ainsi laissée par l'établissement hospitalier, aux personnes étrangères au service, d'accéder aisément à des documents médicaux couverts par le secret médical est constitutive, dans les circonstances de l'espèce, d'un défaut d'organisation du service engageant la responsabilité du CHU de Caen à l'égard de M. X ; (...) Considérant que, à supposer même que les faits dont s'agit n'aient pas affecté les relations de M. X avec sa mère, ils ont néanmoins porté atteinte au droit du requérant de conserver le secret sur son état de santé », CAA Nantes, 15 oct. 2009, n° 09NT00165.

¹³¹³ Crim., 9 nov. 1901, D.P. 1902, 1, 235 ; Paris, 1^{er} mars 1935, D.H. 1935, 256.

¹³¹⁴ Crim., 9 nov. 1901, *Ibid.*

¹³¹⁵ Crim., 27 juin 1967, *Op. cit.*

¹³¹⁶ CAA Paris, 3ème ch., 4 avril 2013, n° 12PA02414.

s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »¹³¹⁷.

914. L'élément moral de l'infraction de violation du secret professionnel est constitué par l'intention et le souhait d'exécuter sciemment tous les éléments matériels qui constituent l'infraction de violation du secret professionnel¹³¹⁸. Les mobiles ayant motivé l'auteur de l'infraction ne sont d'aucune importance, de sorte que le fait qu'il n'ait pas eu l'intention spéciale de nuire n'atténue ou ne supprime pas l'infraction. Précisons que le Code pénal prévoit habituellement que l'intention coupable - ou intention de nuire - est un élément constitutif de l'infraction, sans lequel cette dernière ne peut être constatée. Cette règle est nulle en matière de secret professionnel, bien que la révélation constitue une infraction volontaire, qui nécessite *a minima* une intention (dol général). Deux arrêts de principe respectivement datés du 9 mai 1913 et du 8 mai 1947 rendus par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation ont ainsi pu affirmer l'existence de l'infraction indépendamment du constat d'un dol spécial : « Le délit existe dès que la révélation a été faite, avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire »¹³¹⁹. L'élément moral de l'infraction réside uniquement dans la volonté du dépositaire du secret de le révéler sciemment, peu importe son intention, fût-elle louable ou non. La violation du secret professionnel reste ainsi un délit intentionnel. En outre, la qualité de la personne à qui la divulgation a été faite, ainsi que son éventuel lien de parenté ou marital avec le patient est également sans incidence sur la qualification de l'infraction.

915. Qu'en est-il néanmoins si cette révélation, consciente, fait suite à une autorisation expresse du patient, qui semble dès lors délier le professionnel de son devoir de silence ?

916. *Le consentement du patient à la révélation de l'information couverte par le secret : une appréciation évolutive au cas d'espèce.* L'étendue, le fondement et la sanction des secrets protégés sont variables. La répression du secret professionnel applicable aux

¹³¹⁷ CourEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c./ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; AJDA, 2003, p. 1383, note B. Le Faut-Ferrarese.

¹³¹⁸ FAROUZ A., « Aspects juridiques du secret médical », *Gestions hospitalières*, n°116, mai 1972, p. 684, spéc. 688, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹³¹⁹ Crim. 9 mai 1913, D.P. 1914, I.206 ; Crim 8 mai 1947, D.1948.109, note M. Gulphe ; sur l'élément intentionnel du délit, voir MERLE et VITU, *Droit Pénal Spécial*, éd. Cujas 1982, p. 1622 ; VERON M., « Droit pénal spécial », 4^{ème} éd. Masson, 1994, pp. 133 et s., in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

professions intervenant dans le système de santé interroge sur le fait de savoir si la divulgation d'une information couverte par le secret professionnel est justifiée, au vu de l'infraction prévue par le Code pénal, par le consentement du patient concerné. Une certaine doctrine, jurisprudentiellement épaulée, considère qu'un professionnel de santé peut, généralement, divulguer une information couverte par le secret professionnel après que le consentement du patient lui a été fourni, sans commettre, ce faisant, d'atteinte au secret professionnel : le consentement du patient concerné par l'information semble dès lors pouvoir être assimilé à un fait justificatif de l'infraction¹³²⁰.

917. La jurisprudence a par conséquent eu à répondre à la question de savoir si le patient peut valablement délier le professionnel du secret auquel il est juridiquement assujéti. Une décision, considérée comme un arrêt de principe dont se sont inspirées depuis de très nombreuses autres conclusions, a néanmoins remis en cause une pareille analyse, en attribuant au secret professionnel un tel caractère absolu qu'il semblerait que « cette obligation [du secret professionnel], établie pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions, s'impose aux médecins comme un devoir de leur état ; (...) elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir »¹³²¹.

918. En droit commun, « le consentement de la victime ne peut pénalement justifier la commission de l'infraction »¹³²². L'Ordre National des Médecins considère pour sa part que le fait qu'un médecin commette l'infraction de violation du secret professionnel avec ou sans le consentement du patient est indifférent.

919. Pourtant, il ne semble pas exister de décision visant la sanction d'un médecin qui aurait révélé une information couverte par le secret médical avec le consentement de son

¹³²⁰ SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT, *Traité de droit médical*, *Op. cit.*

¹³²¹ Crim., 8 mai 1947, Decraene, *D.* 1948, J. 109, note P. Gulphe ; *J.C.P.*, 1948, II, 414, note LEGAL ; obs. L. HUGUENEY, *Rev. sc. crim.*, 1947 p. 403 ; Crim., 22 décembre 1966, Bourdier, *D.* 1967, J. 122, rapport R. COMBALDIEU ; *J.C.P.* 1967, II, 15126, note R. Savatier ; Crim., 5 juin 1985, Bourdejeau, *Bull.*, n° 218, p. 558 ; Obs. G. Levasseur, *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.*, 1986, p. 103, n° 6 ; *D.*, 1986, I.R., 120, obs. J. Pradel ; *D.* 1988, 106, note H. Fenaux. V. en ce sens que le secret médical est « général » et « absolu », et que sa révélation ne cesse d'être punissable qu'en application d'un fait justificatif général du droit pénal, RASSAT M.-L., « la révélation médicale », *D.* 1989, Chr., 107, cité par : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹³²² PY B., *Le secret professionnel*, *Ibid.*

patient à ce propos : le consentement du patient semble alors pouvoir être pour le médecin un fait justificatif de l'infraction prévue à l'article 226-13 du Code pénal¹³²³, dès lors qu'il existe un lien de causalité certain entre le consentement du patient et la révélation du médecin. C'est ainsi que le patient qui autorise son médecin à révéler une affection à une personne déterminée ne l'autorise pas pour autant à la dévoiler à d'autres personnes - que leur nombre soit déterminé ou non. Cette problématique soulève en tout état de cause le questionnement relatif à la connaissance de l'infraction par le patient, et de l'opportunité des poursuites pénales en cette hypothèse où le consentement a été donné.

920. En outre, l'un des arguments qui permet de considérer que la théorie du secret professionnel « général et absolu » peut sembler tombée en désuétude¹³²⁴ trouve illustration dans le fait que le patient n'est pas tenu au secret professionnel¹³²⁵. En effet, le secret protège sa vie privée¹³²⁶, et ce dernier peut par conséquent dévoiler ou accepter le dévoilement d'éléments relatifs à son état de santé, partie à sa vie privée. Ainsi le devoir de silence imposé au professionnel, basé sur l'intérêt du patient, se déroberait dès lors que ce dernier considère que son intérêt implique une divulgation¹³²⁷. Il ne revient donc pas au professionnel d'apprécier où est établi l'intérêt du patient¹³²⁸.

921. Une seconde hypothèse témoigne de la limitation du caractère « général et absolu » du secret, vis-à-vis du patient en l'occurrence. Dès lors, un patient souhaitant être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic - il s'agit là de la quintessence du secret professionnel, opposable à la personne concernée par l'information secrète - sera malgré tout informé dudit diagnostic si ce dernier concerne une affection transmissible¹³²⁹. L'intérêt du patient cède ici le pas à l'intérêt général et collectif, ce qui est aisément compréhensible ;

¹³²³ V. en ce sens : VOUIN R., *Droit pénal spécial*, t. 1, 5^{ème} éd., par RASSAT M.-L., n° 250, p. 347, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹³²⁴ Cette théorie consiste à penser que sauf hypothèse légalement envisagée, le consentement de la victime - patient - ne peut faire disparaître l'infraction de violation du secret : v. en ce sens MAZEN N.J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, préface du Professeur A. Vitu, éd. Vigot, 1988, p. 89., in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹³²⁵ V. en ce sens C.E., Ass., 22 janvier 1982, Administration générale de l'Assistance publique à Paris, D. 1982, J. 291, conclusions du Commissaire du gouvernement Genevois ; v. également : Charte du patient hospitalisé ; CSP, art. R. 4127-35 ; CDM, art. 35 al. 1., in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

¹³²⁶ TEYSSIE B., « Droit des personnes », JCP 1997, I, 4052, n° 1.

¹³²⁷ Paris, 3^{ème} ch., 6 fév. 1954, C.P. 1997, II, 22829, Rapport de P. Sargos ; D. 1997, I.R., 118, in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹³²⁸ MAZEN N.J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Op. cit., p. 91.

¹³²⁹ CSP, art. R. 4127-35.

néanmoins, si le secret était véritablement « général et absolu », une telle révélation ne pourrait avoir lieu.

922. Cette conception du secret professionnel a été légalement affirmée, puisque chaque patient majeur peut désigner une personne de confiance, qui sera obligatoirement consultée s'il était placé dans une situation le rendant « hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin »¹³³⁰.

923. Quid désormais de l'hypothèse de la révélation à l'occasion d'une affaire contentieuse ?

924. *Le témoignage en justice.* Concernant le témoignage en justice du professionnel de santé relatif à une information dont il a eu connaissance en raison de son exercice professionnel, et dont le patient concerné l'aurait autorisé à la dévoiler à cette occasion, il est nécessaire de retenir que le professionnel n'a pas l'obligation de donner suite à la requête. Celui-ci bénéficie alors d'un important pouvoir et d'une forte autonomie quant à l'arbitrage relatif à l'opportunité de son témoignage¹³³¹, qu'il peut refuser. Cette position est assise par le fait que « l'information reçue par le professionnel de santé peut aller bien au-delà de l'objet du consentement accordé par le patient, non seulement parce que le patient peut avoir consenti à ce qu'une simple partie de l'information soit communicable, ou parce qu'il ignore¹³³² lui-même les conséquences de ses révélations »¹³³³. De plus, parce que la révélation d'informations privées relatives à l'état de santé par le médecin ne doit pas être dommageable au patient, il revient au médecin, apparemment dispensé du devoir de silence par le consentement de son patient, de décider, sciemment, s'il délivrera l'information concernée, fût-ce à l'occasion d'une affaire contentieuse.

925. C'est ainsi que la position précitée de la Chambre criminelle, selon laquelle le secret professionnel présente toujours un caractère général et absolu qui ne saurait être remis en cause, pas même par l'intéressé, peut être légèrement nuancée. Le patient semble

¹³³⁰ CSP, art. L. 1111-6.

¹³³¹ Face à un refus de témoigner, l'unique champ d'action de l'autorité judiciaire consiste à désigner un autre médecin, en qualité d'expert, pour l'éclairer sur des faits de l'espèce.

¹³³² « Le secret de notre client est tellement nôtre, disait Brouardel, que le client ignore souvent son étendue ; il ne peut nous en libérer parce que lui-même ignore ce dont il nous délivre » : citation de R. Combaldieu dans son rapport pour Crim., 22 décembre 1966, *D.* 1967, J. 124.

¹³³³ KAYSER P., *La protection de la vie privée*, Economica, PUF, 1990, p. 270

pouvoir affranchir le professionnel de santé d'une telle obligation, dans la limite de la connaissance qu'il a de son propre état de santé. Rappelons que le secret n'est pas opposable au patient¹³³⁴, et ne crée de devoir de silence - ou d'obligation d'opposition du secret -, au regard de l'article 226-13 du Code pénal, qu'envers le professionnel de santé. Le patient peut par conséquent librement divulguer les faits confidentiels qui le concernent¹³³⁵.

926. Notre position est à ce propos légèrement divergente, considérant que le consentement du patient quant à la révélation d'une information couverte par le secret professionnel ne devrait permettre au professionnel de santé de la révéler que dans les limites des cas expressément prévus par la loi (*sur le secret partagé, v. infra*). Hors ces hypothèses, la divulgation, fût-elle justifiée par le consentement, nous semble devoir être sanctionnée.

927. Cette position peut sembler en contradiction avec l'idée - défendue au sein du présent travail - selon laquelle le consentement libre et éclairé de l'individu commanderait inmanquablement son respect. Une nuance doit néanmoins y être apportée, dans la mesure où cette affirmation aurait davantage trait au « consentement physique »¹³³⁶. Or, le secret professionnel présente une acception exclusivement morale, et concerne de fait le consentement moral. Ce faisant, à l'exception des cas expressément envisagés par la loi, le patient ne nous semble pas avoir la maîtrise de l'information dont la divulgation a été consentie : elle est par suite aux mains du professionnel de santé. On ne peut dès lors jamais être certain de l'utilisation qui pourra en être faite, ni avec qui elle sera éventuellement partagée. Il pourra alors nous être rétorqué que l'absence de maîtrise de l'information divulguée existe bel et bien dans les cas prévus par la loi - pensons au bien mal nommé « secret partagé ».

928. Néanmoins, dans la mesure où la loi encadre la pratique, une certaine « pression » pèse alors sur le professionnel, contrairement à l'hypothèse non encadrée du patient consentant librement et non spécifiquement à la divulgation de l'information. L'opportunité d'un régime juridique de maîtrise de l'information personnelle par l'individu qu'elle concerne semble certaine. Cette maîtrise suppose un encadrement légal ; en son absence, la force du consentement doit être, dans son acception morale, légitimement

¹³³⁴ V. en ce sens C.E., Ass., 22 janvier 1982, *Op. cit.*

¹³³⁵ Crim., 18 novembre 1986, Bernardi, *Gaz. Pal.*, 27-28 mars 1987, 12, note critique J.-P. Doucet et J.-L. Le Faucheur ; sur ce point, v. également : PY B., *Le secret professionnel, Op. cit.*

¹³³⁶ Ou consentement ayant trait à un acte impliquant le « physique » ou le corps.

limitée, contrairement à l'acception physique, où le consentement nous semble devoir être scrupuleusement respecté.

929. La maîtrise par l'individu des choix et informations qui le concernent semble possible en matière physique (GPA, fin de vie et suicide assisté), mais bien plus ardue matière morale, dans la mesure où une fois que l'information a été communiquée, l'individu à qui elle appartient n'aura plus la maîtrise de son parcours futur. Rappelons une nouvelle fois que : « l'information reçue par le professionnel de santé peut aller bien au-delà de l'objet du consentement accordé par le patient, non seulement parce que le patient peut avoir consenti à ce qu'une simple partie de l'information soit communicable, ou parce qu'il ignore lui-même les conséquences de ses révélations »¹³³⁷. Ce raisonnement nous pousse à soutenir la lettre de l'arrêt de la Cour de cassation daté du 8 mai 1947, selon laquelle, pour rappel, l'obligation de secret professionnel est « générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir », pas même - sauf urgence ou situation exceptionnelle convenons-en - l'intéressé.

930. Une autre hypothèse confronte le secret professionnel au pouvoir juridictionnel, et concerne violation du secret professionnel par une expertise médicale. L'article 232 du Code de procédure civile dispose en effet : « Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ». Le fait qu'apparaissent au sein d'une décision de justice certains éléments couverts par le secret professionnel obtenus à l'occasion d'une expertise médicale est-il constitutif d'une violation du secret professionnel au sens de l'article 226-13 du Code pénal ? Au contraire, cette violation éventuelle peut-elle être excusée par le fait que l'expertise ait été d'origine juridictionnelle, et nécessaire à la juste information des juges à l'origine de la décision ? Juridiquement, ce n'est pas le cas, et un certain rappel semble dès lors nécessaire.

931. Le juge civil n'est pas autorisé, sauf à ce qu'une disposition législative spécifique prévoit expressément une telle autorisation, à réclamer une expertise judiciaire qui nécessiterait une mission portant atteinte au secret professionnel « sans subordonner l'exécution de cette mission à l'autorisation préalable du patient concerné, sauf à tirer toutes

¹³³⁷ KAYSER P., *La protection de la vie privée*, *Op. cit.*

conséquences d'un refus illégitime »¹³³⁸. En outre, toute pièce médicale ne peut être transmise à un expert qu'après que l'intéressé y ait consenti, renonçant ce faisant à se prévaloir du secret professionnel¹³³⁹. C'est ainsi que si le juge civil peut ordonner à un tiers de communiquer à l'expert qu'il a désigné les documents lui permettant de mener à bien sa mission, il ne peut, sauf disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui dévoiler des informations couvertes par le secret professionnel sans que l'intéressé n'y ait consenti ; le secret se révèle être un empêchement légitime¹³⁴⁰. Sans le consentement, l'accès au dossier et l'expertise sont juridiquement impossibles. Les experts sont d'ailleurs habituellement au fait de cette règle juridique, et n'imagineraient pas accéder à un dossier médical, ni même à l'intimité d'un patient vivant sans son accord. Concernant un patient placé entre la vie et la mort, exécuter une décision de justice libère-t-il pour autant l'expert de son obligation de respecter le secret professionnel ? Le droit ne l'admet pas.

932. Conclusion de la section. Les deux dernières décennies ont été marquées, sur la scène sanitaire, par une affirmation de la force du secret professionnel et du respect du consentement du patient. La relation de soin s'attribue de nombreuses caractéristiques générales du secret professionnel : admission sous secret, non transmission des informations relatives à l'état de santé au tiers, fussent-ils membres de la même famille, ou aux autres professionnels de santé, sans le consentement du patient (*v. Section II.*), sauvegarde du secret professionnel en justice. Le secret professionnel affecte ainsi la réalisation de la relation de soin dans l'intérêt du patient. Ce même intérêt permet néanmoins à la relation de marquer également le secret professionnel au fer rouge. Un rapport réciproque s'instaure entre secret professionnel et relation de soin : à l'image de la vie privée et de ladite relation, l'un et l'autre s'atteignent. En témoigne l'autorisation légale d'échange d'informations couvertes par le secret professionnel, qui existe toujours, sauf à ce que le patient s'y oppose expressément. Ainsi, le consentement du patient semble

¹³³⁸ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n° 09-69721, cité par : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Op. cit.*

¹³³⁹ Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2006, n° 05-11906, cité par : in DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

¹³⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, n° 02-12539, cité par : DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental... Ibid.*

primer sur le secret professionnel, puisque ce dernier n'existe de manière absolue que si ce dernier en décide ainsi. Réjouissons-nous que l'atteinte à la vie privée du patient doive être consentie par lui ; c'est là un des apports majeurs de l'encadrement juridique : il replace le patient au cœur des décisions qui peuvent lui être attentatoires.

Section II. L'échange d'informations, ou la prévalence de l'intérêt du patient au prix de sa vie privée

933. L'information relative à la santé - ou plus spécifiquement à l'état de santé - est une information privée, et est à ce titre couverte par le secret professionnel. Elle ne peut et ne doit ainsi pas être révélée par le professionnel de santé qui en a connaissance. Ce principe connaît néanmoins une exception. Une « dérogation » semble davantage appropriée en l'espèce, et trouve illustration au travers du partage de l'information privée. Ladite dérogation est justifiée par une nécessité ancienne qui a progressivement été encadrée par le droit spécial (1°§.), et qui a fait récemment fait l'objet d'un encadrement législatif circonstancié (2°§.), face auquel le caractère attentatoire à la vie n'en demeure pas moins réel, malgré la justification et l'autorisation de divulgation via le partage. Ce dernier constitue la principale atteinte à la vie privée morale du patient par la relation de soin, et atteste une nouvelle fois de sa spécificité.

934. « Toutes [les personnes sondées] m'ont dit que c'était mieux qu'on leur demande avant [consentement avant toucher intime], et cela a confirmé mon sentiment qu'il y avait un décalage entre la manière de penser en médecine et la manière de penser à l'extérieur. La médecine, c'est un microcosme avec ses codes, et parfois on est tellement dedans qu'on ne se rend pas compte »¹³⁴¹.

1°§. Le partage d'information : dérogation nécessaire au secret professionnel progressivement encadrée

« De toutes les attentions, de tous les déshabillages, de toutes les explications, de toutes les confidences. Ah, ça, il est partagé, le secret, tellement partagé pour mon intérêt bien sûr

¹³⁴¹ LORRIAUX A., Les touchers intimes sans consentement ne sont pas réservés aux CHU, *Op. cit.*

que je ne sais pas s'il y a une seule chose que j'ai dite un jour à une de ces personnes, même sur le ton de la confidence, qui a échappé à tous les autres. Mon cœur mis à nu. Oui. Mon cœur, mon ventre, mon esprit, mon cul, mis à nu. Tout. Alors l'intimité, laissez-moi rigoler. »¹³⁴²

935. Le partage d'informations relatives à la santé est en principe interdit, pour le tiers et pour le professionnel, mais peut s'avérer nécessaire dans un objectif d'amélioration de la prise en charge. Cette nécessité fait irrémédiablement appel à l'éthique du partage (A.), et a progressivement fait l'objet d'un encadrement législatif (B.).

A. Le partage d'informations : une nécessité pratique et éthique

936. Éthique du partage d'informations. La portée du secret est multiple, et dépasse aisément le devoir de discrétion du médecin prônée par Hippocrate. Cette dernière demeure une obligation morale subordonnée au respect de l'être humain, contrairement au secret professionnel, qui est une obligation légale dont l'entorse entraîne sanction. « Le secret professionnel est légitimé par la défense ou la protection de quelqu'un ; il pose donc la question de la hiérarchie des risques et des intérêts, non des valeurs »¹³⁴³. En outre, le secret professionnel découle d'une relation personnelle entre un professionnel et son patient ; il admet ainsi une relation de confiance « qui doit être partagée quand le secret doit l'être »¹³⁴⁴. Enfin, l'analyse du secret professionnel et de son étendue démontre, à l'image de la vie privée, l'importance de l'analyse au cas par cas, de sorte qu'il est bien ardu de mettre en exergue une généralité à ce propos.

937. Le secret professionnel est d'origine hippocratique. Dès le Vème siècle avant J.-C. en Grèce, Hippocrate insiste solennellement sur le caractère sacré de l'obligation¹³⁴⁵ - bien qu'il mentionne davantage la discrétion que le secret professionnel qui, tel que nous le

¹³⁴² PELLISSIER J., « Intimités », *Gérontologie et société*.

¹³⁴³ LAGRÉE J., « Éthique et partage du secret professionnel », *Op. cit.*

¹³⁴⁴ LAGRÉE J., *Ibid.*

¹³⁴⁵ « Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas ».

considérons aujourd'hui, renvoie à l'article 4 du code de déontologie de 1995¹³⁴⁶, à l'article 226-13 du Code pénal et à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique. Ce secret professionnel a en tout état de cause été le premier à s'imposer, afin d'affirmer, entre autres¹³⁴⁷, la dignité de la personne soignée, qui assujettit au respect de sa vie privée, à une époque où le médecin pouvait déjà pénétrer à l'intérieur du gynécée¹³⁴⁸. Le droit d'accéder à la vie privée du patient nécessite un devoir de discrétion certain, couplé d'une interdiction de pratiques sexuelles avec lui. Le secret professionnel est rappelé par Cicéron¹³⁴⁹, et ignoré du Moyen Âge¹³⁵⁰ ; il réapparaît à la Renaissance¹³⁵¹, et est véritablement « réactivé » après les procès de Nuremberg de 1947.

938. *Secret ou communication sans réserve ?* « Le secret est diversement protégé selon les pays et ce ne sont pas ceux dont la législation est la plus restrictive qui le protègent le mieux¹³⁵². Nous vivons dans une société qui valorise la communication pour la communication, sans parfois songer qu'il n'y a pas de communication vraie et féconde sans destinataire et sans contenu. Nous demandons une transparence qui confine parfois au voyeurisme, comme dans le cas du mélange vie privée/vie publique des stars et des politiques. On prostitue le beau vocable d'ami en qualifiant de tel de simples relations internet, alors que, comme disait Aristote, on ne saurait être ami de quelqu'un avec qui on n'a pas partagé un boisseau de sel et gagné des habitudes de vie commune »¹³⁵³. La médecine actuelle modifie la relation de soin et prône l'efficacité et la rapidité, au

¹³⁴⁶ « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt du patient, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret 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 ».

¹³⁴⁷ L'une des raisons à l'émergence première du secret professionnel médical réside également dans le conflit qui régnait au temps d'Hippocrate entre religion, médecine et philosophie.

¹³⁴⁸ Dans la Grèce antique, appartement réservé aux femmes, situé à l'arrière de l'habitation. Source : Dictionnaire Larousse.

¹³⁴⁹ « Les médecins qui pénètrent sous le toit et dans les chambres à coucher d'autrui doivent cacher beaucoup de choses. »

¹³⁵⁰ Cette absence d'écrit sur le secret médical se poursuit durant le Moyen Âge, et les textes juridiques, comme les Institutes, le Digeste, le Code Justinien, n'en font pas état. Cependant, il convient de minimiser le silence de ces manuscrits puisqu'il était admis, à l'époque, qu'il existait une tradition orale reposant sur des serments plutôt que sur des lois écrites.

¹³⁵¹ À la Renaissance, la conjoncture du développement de l'imprimerie et du respect de la vie privée laissera de nombreux écrits sur le secret. Les statuts de la Faculté de Paris, dans leur article 77, en 1598, soulignent que « Personne ne divulgue les secrets des malades, ni ce qu'il a entendu ou compris ».

¹³⁵² La tradition de discrétion est si forte en Grande Bretagne que le secret médical y est mieux respecté qu'ailleurs. La force de la coutume ou de la *common law* est ici aussi forte que la contrainte juridique ailleurs.

¹³⁵³ LAGRÉE J., *Op. cit.*

détriment parfois du secret professionnel¹³⁵⁴. Or, il faut rappeler que le secret dépasse la discrétion, en ce qu'il permet au droit au respect de la vie privée de prospérer. Le Professeur Jacqueline Lagrée affirme qu'il est assurément constitutif de la personne humaine, rappelant que lorsqu'on demanda au chirurgien Dupuytren de désigner les émeutiers à la police après l'insurrection de 1832¹³⁵⁵, il déclara : « je ne connais pas d'insurgés dans mes salles, je n'y vois que des blessés ».

939. De même, lorsqu'en avril 1944 un communiqué allemand radiophonique ordonne aux Français, et tout particulièrement les médecins, de dénoncer aux autorités allemandes tout blessé par balle ou par explosif, sous peine de mort, le CNOM prendra une circulaire datée du 1^{er} juillet, appelant au respect du secret professionnel¹³⁵⁶. C'est ainsi que le 8 juillet 1944, le Professeur Louis Portes, président du CNOM, épaulé du Docteur Bernard Lafay, faisait parvenir, par télégramme adressé aux médecins français, l'affirmation suivante : « Le Président du Conseil de l'Ordre des médecins se permet personnellement de rappeler à ses confrères qu'appelés auprès de malades ou de blessés ils n'ont d'autre mission à remplir que leur donner leurs soins, le respect du secret professionnel étant la condition nécessaire de la confiance que les malades portent à leur médecin, il n'est aucune considération administrative qui puisse nous en dégager »¹³⁵⁷.

B. Le partage d'information : une nécessité progressivement encadrée

940. Toute dérogation au secret professionnel devant être d'origine légale¹³⁵⁸, le législateur s'est progressivement intéressé à la nécessité pour le professionnel de santé de pratiquer l'échange d'informations initialement couvertes par le secret professionnel. Son action a été initiée en 2002, et complétée en 2016 (v. 2°§.).

¹³⁵⁴ Dans son Rapport sur les enjeux de la Société de l'information dans le domaine de la santé (1999), le Pr. Régis Beuscart, envisage également la télémédecine, la « e-santé et les cyberpatients », le commerce électronique de la pharmacie... Les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) sont à la fois des outils très performants et un grave danger pour la confidentialité des informations médicales sur les personnes ; v. sur ce point Titre II. de la présente Partie.

¹³⁵⁵ L'insurrection républicaine à Paris en juin 1832 a pour origine une tentative des Républicains de renverser la monarchie de Juillet - qui succède à la Restauration - deux semaines après le décès du président du Conseil, Casimir Perier, emporté par l'épidémie de choléra le 16 mai 1832.

¹³⁵⁶ V. SIMONIN A., « Le Comité Médical de la Résistance : un succès différé », Le Mouvement Social, juillet-septembre 1997.

¹³⁵⁷ <http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/hsmx2005x039x002/hsmx2005x039x002x0213.pdf>.

¹³⁵⁸ C. pén., art. 226-14.

941. *Un partage d'informations nécessaire et utile.* Historiquement, la chambre criminelle de la Cour de cassation a toujours interdit le partage d'informations hors les cas de dérogations expressément prévus par la loi. Ce faisant, il ne semble possible de déroger au secret professionnel que par un texte législatif - bien que certaines dérogations implicites aient vu le jour au sein de textes règlementaires¹³⁵⁹. En tout état de cause, « il est facile d'imaginer le caractère “Ubuesque” de la situation si le médecin généraliste ne pouvait pas partager son diagnostic avec le spécialiste. La qualité de la prise en charge s'en verrait affectée »¹³⁶⁰.

942. Une circulaire Santé-Justice datée du 21 juin 1996 a initié l'encadrement du partage d'informations dans le secteur social : « Communiquer à un autre intervenant social des informations concernant un usager, nécessaires soit à la continuité d'une prise en charge, soit au fait de contribuer à la pertinence ou à l'efficacité de cette prise en charge, ne constitue pas une violation du secret professionnel mais un secret partagé. Il convient dans cette hypothèse de ne transmettre que les éléments strictement nécessaires, et de s'assurer que les personnes à qui cette transmission est faite sont soumises au secret professionnel et qu'elles ont vraiment besoin, dans l'intérêt de l'utilisateur, de ces informations. Le professionnel décidant de l'opportunité de partager un secret devra également s'assurer que les conditions de cette transmission (lieu, modalités) présentent toutes les garanties de discrétion »¹³⁶¹.

943. Mais c'est véritablement la loi du 4 mars 2002 qui encadra la première l'échange d'informations privées en matière sanitaire : « Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les

¹³⁵⁹ C'est notamment le cas de certains échanges entre assurés et assureurs dans le cadre de l'assurance automobile obligatoire (Code des assurances, art. R. 211-37), ou de certaines expertises militaires (Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, art. R. 6 et D. 70).

¹³⁶⁰ PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

¹³⁶¹ TANGUY E., « Du bon usage du partage de l'information », RFSS n° 205, 13 avril 2003, in PY B., *Le secret professionnel*, *Ibid.*

informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe »¹³⁶².

944. Dans sa rédaction actuelle, telle qu'issue de la loi du 26 janvier 2016, l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique dispose : « Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge, à condition qu'ils participent tous à sa prise en charge et que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social.

III. - Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12, ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.

Le partage, entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, d'informations nécessaires à la prise en charge d'une personne requiert son consentement préalable, recueilli par tout moyen, y compris de façon dématérialisée, dans des conditions définies par décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

IV. - La personne est dûment informée de son droit d'exercer une opposition à l'échange et au partage d'informations la concernant. Elle peut exercer ce droit à tout moment ».

945. La lecture de cet article permet de saisir que tout professionnel participant à la prise en charge médicale, médico-sociale et sociale (alors que la rédaction de l'article dans sa version antérieure au 26 janvier 2016 mentionnait uniquement la « prise en charge sanitaire du patient », de sorte que l'ouverture du partage à de nouveaux professionnels semble affaiblir, dans l'intérêt du patient, la portée du secret professionnel) pourra partager une information avec un autre professionnel dès lors que ce dernier concourt également au parcours de soin, étant entendu que ce partage n'est seulement possible que si le patient ne s'y est pas opposé.

946. La loi du 4 mars 2002, ainsi que celle du 26 janvier 2016, prévoient en outre un autre cas de partage d'informations, non pas entre professionnels, mais au profit de l'entourage du patient : « En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un

¹³⁶² CSP, art. L. 1110-4, al. 3, version en vigueur au 5 mars 2002.

médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations »¹³⁶³ (*sur le partage de l'information aux tiers, v. infra*).

947. On le voit bien, seule une mesure législative permet la dérogation au secret professionnel. L'article 226-14 du Code pénal précise à ce propos : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ». L'analyse des dérogations législatives (2°§.) sera précédée de deux illustrations qui permettent de saisir l'opportunité du partage d'informations.

948. Illustration de la nécessité du partage : exemple de la radicalisation. La radicalisation d'un patient justifierait une dérogation au secret professionnel, selon le Conseil national de l'Ordre des médecins¹³⁶⁴, et ce dans le respect des règles juridiques existantes. Cette « radicalisation » suppose le cumul de trois caractéristiques : un processus progressif, l'adhésion à une idéologie extrémiste, et l'adoption de la violence - ce qui s'inscrit donc en opposition avec les visions de Dupuytren et Portes, applicables aux temps de guerre, susvisées. La présence du « processus progressif » semble écarter de fait la situation d'urgence, selon laquelle un médecin pourrait déroger au secret professionnel dès la première consultation. On voit bien ici que le secret professionnel revêt une importance toute particulière qui rend la dérogation difficile à mettre en œuvre. Bien évidemment, les avis du CNOM - qui prend la forme d'une note en l'espèce - ne sauraient revêtir force contraignante, mais l'influence de ce conseil est grande sur les professionnels de santé concernés, ainsi que sur le législateur¹³⁶⁵.

949. On se retrouve ici face à une recommandation qui incite - ou du moins légitime - à déroger à l'un des fondements même de la relation de soin pour un motif qui, semble-t-il, présente un caractère urgent, mais qui prône la prudence. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause cette prudence, mais de la mettre en balance avec la « force » du secret professionnel. Il semble que la dérogation au secret professionnel, si elle existe, ne peut

¹³⁶³ CSP, art. L. 1110-4.

¹³⁶⁴ V. *Prévention de la radicalisation, ce qu'il faut retenir*, CNOM, 2015, version dématérialisée : https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/prevention_de_la_radicalisation_-_ce_quil_faut_retenir.pdf, consultée le 14 juillet 2017.

¹³⁶⁵ V. : VAUTHIER J.-P., « Secret professionnel : proposition d'une nouvelle dérogation pas vraiment radicale », RDS, n° 72, 2016, p. 598-601.

être mise en application que si une situation d'urgence avérée - par un processus progressif - est décelée. Une urgence aménagée en d'autres termes. Une urgence réfléchie et sécurisée.

950. Il n'est pas si simple de déroger au secret. Tout est question de justification. La certitude permet de justifier l'urgence. L'urgence justifie l'atteinte au secret. Une dérogation finalement rare, mais une dérogation malgré tout soulignée par le CNOM, alors même qu'elle est prévue par la loi. L'article 223-6 du Code pénal dispose ainsi : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »¹³⁶⁶.

951. Dès lors, les recommandations du CNOM ne sauraient en outre être considérées comme révolutionnaires. Tout au plus ce dernier appelle-t-il les professionnels de santé confrontés à un adulte en voie de radicalisation à se tourner vers les conseils départementaux ou la section éthique et déontologie du CNOM. Le plus grand intérêt de cette recommandation réside dans le fait que le Conseil appelle à traiter ces problématiques au cas par cas. Point de dérogation généralisée donc, ce qui semble être un bon point. Le secret professionnel est un principe fondateur de la relation de soin ; les dérogations qui y sont afférentes demeurent autant individualisées que mesurées.

952. Le CNOM a depuis précisé, alors que le ministre de l'Intérieur a récemment indiqué qu'il souhaitait mobiliser les psychiatres afin d' « identifier les profils qui peuvent passer à l'acte »¹³⁶⁷, que : « la coopération des médecins ne peut se faire qu'avec les autorités de justice (...) Il en va du respect des principes fondamentaux de notre République (...) en particulier celui du secret médical », Il ajoute à nouveau que : « dans certaines circonstances exceptionnelles, la loi permet aux médecins de passer outre au secret médical en cas de danger probable (...) C'est pourquoi l'Ordre préconise la pleine application des textes en vigueur, et en particulier ceux du Code pénal qui s'adressent à tout citoyen, plutôt que de créer de nouvelles dérogations [dont] on ne peut mesurer les possibles dérives

¹³⁶⁶ V. également : C. pén., art. 226-14 ; sous réserve que la personne possède une arme.

¹³⁶⁷ Estimant qu' « à peu près un tiers des personnes signalées pour radicalisation présentent des troubles psychologiques ».

ultérieures". Le CNOM rappelle alors sa position, estimant que les dispositions du Code pénal suffisent à justifier une éventuelle rupture du secret professionnel¹³⁶⁸.

953. Mais la question centrale soulevée par les recommandations du CNOM consiste à savoir quelles données - ou informations - restent soumises au secret professionnel. S'agit-il uniquement des données médicales relatives au patient, ou bien des données personnelles telles que les orientations et idéologies politiques et religieuses comme expliqué en l'espèce. La problématique serait moins de savoir s'il peut être dérogé au secret professionnel que de déterminer si, pour des raisons d'ordre sécuritaire, le médecin peut transmettre une information non médicale communiquée à l'occasion d'une consultation. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique précise que le « secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé ». Il est légitime d'en déduire que toutes les informations communiquées au professionnel de santé sont couvertes par le secret professionnel, fussent-elles relatives au contenu du dernier repas du patient, ou au prix de son dernier achat. Ceci peut prêter à sourire, mais les termes choisis par le législateur sont aussi généraux qu'ils ne laissent place à l'interprétation : le professionnel doit taire l'ensemble des informations concernant son patient - le terme d' « information » n'étant pas défini.

954. *Illustration de la nécessité du partage : exemple de la déclaration de maladies.* La justification de la permission de révélation par l'existence d'une mesure législative spéciale trouve un écho certain dans le dispositif de déclaration de certaines maladies. Il est en effet explicitement prévu, au sein du Code de la santé publique, que le médecin peut transmettre des informations personnelles relatives à l'état de santé d'un individu - et par voie de conséquence privées - dans trois cas, dont deux relève d'une transmission obligatoire. C'est premièrement en cas de diagnostic d'une affection qui nécessite une intervention urgente locale, nationale ou internationale¹³⁶⁹. Il s'agit secondement de certaines affections, dont la liste est prévue par décret¹³⁷⁰, qui doivent immanquablement

¹³⁶⁸ V. en ce sens : « Radicalisation et psychiatrie : l'ordre des médecins répond à Collomb », 24 août 2017, Lefigaro.fr, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/08/24/97001-20170824FILWWW00203-radicalisation-et-psychiatrie-l-ordre-des-medecins-repond-a-collomb.php>, consultée le 25 août 2017.

¹³⁶⁹ CSP, art. L. 3113-1.

¹³⁷⁰ CSP, art. D. 3113-6-1 et D. 3113-7.

être déclarée par le médecin¹³⁷¹. Enfin, le médecin est autorisé - et non assujéti - à signaler au Procureur de la République le cas d'un patient dont l'état de santé nécessiterait un régime de protection des majeurs au sens du Code civil¹³⁷².

955. En outre le Code pénal prévoit-il que le délit de violation du secret professionnel ne s'applique pas au médecin « qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être (...) les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises ». Cette inapplicabilité concerne également les professionnels de santé « qui informent le préfet (...) du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une »¹³⁷³.

956. L'exemple de la déclaration de certaines maladies permet de saisir non seulement l'opportunité du partage, mais de cerner son encadrement, par voie législative uniquement, qui s'il a été initié en 2002, a récemment fait l'objet d'un cerclage particulier, via la loi du 26 janvier 2016¹³⁷⁴.

2°§. Le partage d'information : dérogation nécessaire au secret professionnel récemment circonscrite

957. La loi du 26 janvier 2016¹³⁷⁵ a permis de mettre à jour les dispositions relatives à l'échange d'informations privées relatives à la santé, habituellement couvertes par le secret professionnel. C'est davantage vrai pour le partage entre professionnels (*v. infra*) que pour celui qui est fait à l'attention des tiers, qui a fait l'objet de dispositions plus anciennes.

¹³⁷¹ Bien que les textes parlent de « déclaration obligatoire », force est de constater qu'en l'absence de toute sanction et compte tenu des règles relatives au secret professionnel, le médecin choisit librement de déclarer ou pas ; c'est pourquoi certains les qualifient de « maladies à déclaration autorisée ».

¹³⁷² CSP, art. L. 3211-6.

¹³⁷³ C. pén., art. 226-14.

¹³⁷⁴ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹³⁷⁵ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

958. *Le partage d'informations à l'attention des tiers.* S'inscrivant dans une démarche de prise de conscience des caractéristiques de la relation de soin, du fait que le colloque entre le médecin et son patient devient de moins en moins singulier, et de la réalité de la prise en charge plurielle, la loi a édifié un « secret collectif »¹³⁷⁶ dans l'intérêt du patient. Ce partage vise à « assurer la continuité des soins » et à « déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible ». Il n'est en outre envisageable que si le patient, dûment averti, ne s'y oppose pas. Dans l'affirmative, lorsque ce dernier est pris en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, la loi prévoit que les informations relatives à la personne « sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe ». Ces dispositions permettent de mettre en lumière certaines situations dans lesquelles le partage d'informations privées relatives au patient peut avoir lieu. Si les textes législatifs permettent de saisir à qui est imposé le secret professionnel, il en va de même concernant le partage d'informations (*v. infra*), qui constitue à n'en pas douter une dérogation au secret professionnel.

959. De telles dérogations sont exceptionnellement prévues¹³⁷⁷, et ne sont pas toutes relatives au partage d'informations entre professionnels assurant la prise en charge du patient. Ainsi, leur nature et leur forme varient, dans la mesure où elles peuvent prendre la forme d'un devoir ou d'un pouvoir de divulgation du professionnel, envers un autre professionnel mais également envers un tiers. Rappelons que ces dérogations trouvent illustration tant dans les relations que le professionnel peut entretenir avec ses confrères, les autorités administratives ou judiciaires qu'à propos de l'information due à la famille¹³⁷⁸.

960. C'est ainsi que le professionnel peut être autorisé à se délier de son secret¹³⁷⁹, voire obligé d'effectuer certaines déclarations pour des raisons de santé publique : déclarations de naissance¹³⁸⁰, de décès¹³⁸¹, des maladies contagieuses¹³⁸². En outre, en matière d'information de la famille du patient, et afin d'encadrer le soutien direct du patient, rappelons que la loi énonce que : « Le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille et

¹³⁷⁶ WAREMBOURG-AUQUE F., « Réflexions sur le secret professionnel », Rev. science crim. 1978.237.

¹³⁷⁷ V. par ex. : C. pén., art. 226-14.

¹³⁷⁸ Sans compter l'exception signalée à propos de la personne de confiance.

¹³⁷⁹ GOSSET C., « Saisie et secret professionnel », RMD 2002, n° 57, p. 9 ; DOLL P.-J., « Le médecin expert face au secret médical », JCP 1972. I. 2502.

¹³⁸⁰ C. civ., art. 55.

¹³⁸¹ C. comm., art. 363-1.

¹³⁸² BOUSSOUF-HAMANA N., « Secret médical et exigences de santé publique - Cas du sida », RGDM, n° 5, p. 59 ; v. CSP, art. R. 3113-1 et s., art. D. 3113-6 et s.

les proches du malade reçoivent les informations nécessaires »¹³⁸³ à apporter ledit soutien, sauf si ce dernier s'y est explicitement opposé. Désormais, les informations visées ne sont plus exclusivement relatives au pronostic fatal, puisqu'elles sont étendues au diagnostic de manière générale et, depuis 2003¹³⁸⁴, à la présence en établissement de santé public suite à une admission en urgence. Il est permis de supposer qu'il s'agit bien d'une information relative à la présence d'un individu en établissement de santé qui est visée, plus que du diagnostic qui est à l'occasion dressé, bien que le doute soit permis, au vu de la rédaction brumeuse de l'article R. 1112-15 du Code de la santé publique, qui dispose : « Toutes mesures utiles sont prises pour que la famille des malades ou blessés hospitalisés en urgence soit prévenue ».

961. Ce faisant, les proches du patient peuvent obtenir, de son vivant, la transmission d'informations secrètes ayant trait à sa vie privée. La loi affirme enfin que : « le secret médical ne fait pas obstacle à ce que des informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit »¹³⁸⁵, dès lors qu'ils précisent leur nécessité d'accès à ces informations¹³⁸⁶ et que le patient ne s'y est pas opposé de son vivant¹³⁸⁷. « Ne seront cependant pas communiquées les informations dites du troisième groupe, c'est-à-dire celles « mentionnant qu'elles ont été recueillies auprès de tiers n'intervenant pas dans la prise en charge thérapeutique ou concernant de tels tiers »¹³⁸⁸. Ainsi, l'ayant droit se verra refuser l'accès aux informations qui ont été recueillies auprès de l'entourage ou des accompagnants, ou concernant l'entourage »¹³⁸⁹. Si la loi fixe le principe du secret professionnel, elle en prévoit également les exceptions, démontrant que les dérogations au secret « sont toujours étroitement dépendantes du bon vouloir du patient qui, seul, peut dessiner les frontières de ses vies privée et publique »¹³⁹⁰.

962. Bien que nous ayons présenté ci-avant les raisons qui nous conduisent à préférer la terminologie de « secret professionnel », force est de constater que le Code de la santé

¹³⁸³ CSP, art. L. 1110-4.

¹³⁸⁴ Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du Code de la santé publique.

¹³⁸⁵ CSP, art. L. 1110-4.

¹³⁸⁶ L'ayant droit pourra voir prospérer sa demande de communication s'il la justifie par la volonté de connaître les causes du décès, par la nécessité de faire valoir ses droits, ou par le souhait de défendre la mémoire du défunt ; v. CSP, art. R. 710-2-2, par renvoi à l'art. L. 1110-4 du même Code.

¹³⁸⁷ VIGNAL N., « L'accès au dossier médical », LPA, 19 juin 2002, n° 122, p. 9.

¹³⁸⁸ CSP, art. R. 710-2-2 ; DUPONT M., « L'accès du patient aux documents médicaux personnels. Ses aspects pratiques à l'hôpital », Gaz. Pal., 17 déc. 2002, p. 7.

¹³⁸⁹ BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Op. cit.*

¹³⁹⁰ BADEL M., *Ibid.*

publique mentionne le « secret médical ». Nuançons ce propos en précisant que ladite mention se fait rare. En effet, l'évocation du « secret médical » au sein de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique a été éclaircie par la loi du 13 août 2004¹³⁹¹, dont l'article 2 complète le neuvième alinéa (V.) de l'article susmentionné par l'affirmation suivante : « Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations ». Cette dernière complète le seul « point » de l'article L. 1110-4 qui évoque expressément la notion de « secret médical »¹³⁹² : « En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le *secret médical* ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations.

Le *secret médical* ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. »

963. Le reste de l'article semble avoir fait le choix délibéré et exclusif d'aborder le caractère secret de « l'ensemble des informations concernant la personne », sans faire de franche allusion au « secret médical ».

964. Cet alinéa précise ainsi, depuis 2004, que seul un médecin est habilité à délivrer ou à faire délivrer une information secrète relative au diagnostic ou au pronostic grave concernant le patient, et ainsi déroger au secret professionnel, sauf opposition de sa part. Il a été jugé qu'une telle délivrance n'est pas contraire à l'article 9 du Code civil, ni à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, sous réserve, encore, que le patient ne s'y soit pas opposé¹³⁹³. La force du secret professionnel est encore bien réelle, fût-il pourtant si peu directement visé. De nombreuses conditions doivent en effet être réunies afin qu'il soit levé, et le respect de la volonté du patient constitue un objectif prioritaire pour le professionnel de santé - qui plus est le médecin -, qui se voit octroyer le statut de seul délivreur de l'information « dramatique » par la loi du 13 août 2004, ce qui justifie et explique la référence au « secret médical », préféré au « secret professionnel ».

¹³⁹¹ L. n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, JORF n°0190 du 17 août 2004, p. 14598, texte n° 2.

¹³⁹² V. en ce sens : VIALLA F., « Secret et DMP », RDS n° 3, p. 42, version numérique : <https://www.bnds.fr/?action=consultationhtml&contenu=138>, consultée le 9 jui. 2017.

¹³⁹³ CE 30 avr. 1997, *Op. cit.*

965. Si le partage d'informations privées à l'attention des tiers est une réalité qui ne doit pas être sous-estimée, il est constant que la majeure partie du « transit informationnel » se fait entre professionnels, qui peuvent bénéficier d'une autorisation de révéler, au sens de l'article 226-14 du Code pénal. On s'attardera alors présentement sur le partage d'informations depuis la loi du 26 janvier 2016 (A.) et sur le « Dossier médical partagé » (B.).

A. Le partage d'informations entre professionnels depuis 2016

966. L'autorisation de révéler. Le partage d'informations est basé sur l'idée selon laquelle le respect du secret professionnel ne doit pas entraver la qualité des soins, qui sont, au sein d'une seule et unique prise en charge, assurés par plusieurs participants. Le partage d'informations semble alors opportun - voire indispensable - entre eux, dès lors qu'il concerne des informations « nécessaires, pertinentes et non excessives » et qu'il est effectué avec l'accord du patient¹³⁹⁴. Une telle pratique interroge, car de manière générale, le fait de partager des données de santé relevant de la vie privée, et par conséquent couvertes par le secret professionnel, relève tant de la contradiction¹³⁹⁵ que de l'infraction¹³⁹⁶. Le fait de partager une information relative au patient, quelle que soit sa nature, est interdit, sauf « dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi »¹³⁹⁷.

967. Le professionnel ayant révélé un secret devra dès lors prouver qu'il bénéficiait d'une autorisation légale pour le faire ; il s'agit, juridiquement, d'un fait justificatif : l'assujettissement au secret « ne signifie nullement que rien ne puisse jamais être révélé, mais seulement que cela ne pourra être fait que conformément aux principes généraux du droit dans le cadre des faits justificatifs avérés »¹³⁹⁸. Le Professeur Py nous rappelle que : « Lorsqu'il existe une cause de justification de la révélation d'un secret professionnel et que les conditions de justification de cette révélation sont vérifiées, l'auteur du fait objectivement infractionnel est impunissable »¹³⁹⁹. Pour rappel, l'article 226-14 du Code pénal affirme en effet que : « L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi

¹³⁹⁴ <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretpart.pdf>

¹³⁹⁵ MANAOUIL C., *Op. cit.*

¹³⁹⁶ C. pén., art. 226-13.

¹³⁹⁷ CSP, art L. 1110-4.

¹³⁹⁸ RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, précis Dalloz 3^{ème} éd. 2001, n° 388 et s.

¹³⁹⁹ PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

impose ou autorise la révélation du secret »¹⁴⁰⁰. Or, en droit de la santé, le Code de la santé publique prévoit expressément certains cas où la révélation d'informations habituellement couvertes par le secret professionnel est autorisée.

968. La possibilité d'échanger des informations entre professionnels appartenant à la même équipe de soin de l'établissement de santé a été initialement prévue par la loi du 4 mars 2002. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique disposait alors : « Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe ». Cette disposition limitait le partage d'informations aux et entre professionnels de santé. Quid dès lors du personnel médical hors établissement assurant la prise en charge du patient ? Quid également du personnel extra-médical ? La loi du 26 janvier 2016¹⁴⁰¹ est depuis revenue sur ce point.

969. Depuis le 26 janvier 2016, un professionnel - pas nécessairement de santé, c'est bien là que réside la « nouveauté » prévue par le texte - peut échanger avec un ou plusieurs autres professionnels identifiés des informations personnelles relatives à une même personne prise en charge, dès lors que ces derniers participent tous activement à sa prise en

¹⁴⁰⁰ Il y est ajouté que l'article 226-13 du Code pénal n'est pas applicable :

« 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi ».

¹⁴⁰¹ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

charge effective¹⁴⁰², et que l'échange réponde à une nécessité de coordination ou de continuité des soins, de prévention ou de suivi médico-social et social. Précédemment, seule la continuité des soins et la détermination de la meilleure prise en charge était spécifiées.

970. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 26 janvier 2016, supprime la subordination de l'autorisation de partage d'informations à l'appartenance à la catégorie des professionnels de santé - au sens du Code de la santé publique - ouvrant ainsi cette possibilité à d'autres professions, telles que les assistants sociaux et les psychologues. On soulignera néanmoins la volonté du législateur de ne pas ouvrir le partage d'informations aux non professionnels du secteur sanitaire¹⁴⁰³, tels que les secrétaires médicaux, alors même qu'ils participent, administrativement certes, à la prise en charge du patient, et qu'ils sont soumis au secret professionnel. Ils n'appartiennent pas à l'équipe de soin¹⁴⁰⁴, qui semble être le principal critère pour accéder à l'autorisation de partage d'informations. Ainsi, si l'échange d'informations avec et entre non professionnels de santé du secteur sanitaire n'est toujours pas autorisé par la législation en vigueur¹⁴⁰⁵, la loi du 26 janvier 2016 permet désormais aux psychologues et autres professionnels¹⁴⁰⁶ de participer à l'échange d'informations privées concernant leurs patients. Il en va de même de certains non professionnels de santé du secteur médico-social et social.

¹⁴⁰² Cela exclut de fait les professionnels n'assurant pas de prise en charge active et effective, tels que les secrétaires médicaux et autres professions administratives.

¹⁴⁰³ CSP, art., R. 1110-2.

¹⁴⁰⁴ Définie depuis le 26 janvier 2016 à l'article L. 1110-12 du Code de la santé publique : « (...) l'équipe de soins est un ensemble de professionnels qui participent directement au profit d'un même patient à la réalisation d'un acte diagnostique, thérapeutique, de compensation du handicap, de soulagement de la douleur ou de prévention de perte d'autonomie, ou aux actions nécessaires à la coordination de plusieurs de ces actes, et qui :

1° Soit exercent dans le même établissement de santé, au sein du service de santé des armées, dans le même établissement ou service social ou médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles ou dans le cadre d'une structure de coopération, d'exercice partagé ou de coordination sanitaire ou médico-sociale figurant sur une liste fixée par décret ;

2° Soit se sont vu reconnaître la qualité de membre de l'équipe de soins par le patient qui s'adresse à eux pour la réalisation des consultations et des actes prescrits par un médecin auquel il a confié sa prise en charge ;

3° Soit exercent dans un ensemble, comprenant au moins un professionnel de santé, présentant une organisation formalisée et des pratiques conformes à un cahier des charges fixé par un arrêté du ministre chargé de la santé ».

¹⁴⁰⁵ Par ex. les secrétaires médicaux, v. CSP, art. R. 1110-2.

¹⁴⁰⁶ V. liste prévue à : CSP, art. R. 1110-2.

971. *Le consentement du patient au partage d'informations.* La présomption de consentement au partage d'informations entre les professionnels de l'équipe de soin, initiée en 2002, est conservée¹⁴⁰⁷. L'équipe de soin est au surplus définie en 2016¹⁴⁰⁸. En outre, le IV de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique prévoit que : « La personne est dûment informée de son droit d'exercer une opposition à l'échange et au partage d'informations la concernant. Elle peut exercer ce droit à tout moment ». Ce faisant, il tempère la présomption de consentement susmentionnée.

972. Lorsque le professionnel qui souhaite partager une information ne fait pas partie de l'équipe de soin, le consentement du patient doit obligatoirement être recueilli¹⁴⁰⁹, dans les conditions précisées par le décret du 10 octobre 2016¹⁴¹⁰. Ces dernières imposent les éléments suivants : la personne est dûment informée, avant d'exprimer son consentement, des catégories d'informations ayant vocation à être partagées, des catégories de professionnels fondés à en connaître, de la nature des supports utilisés pour les partager et des mesures prises pour préserver leur sécurité, notamment les restrictions d'accès. Le consentement préalable de la personne est recueilli par tout moyen, y compris de façon dématérialisée. De plus, l'information préalable de la personne est attestée par la remise à celle-ci, par le professionnel qui a recueilli le consentement, d'un support écrit, qui peut être un écrit sous forme électronique, reprenant cette information. En outre, le consentement est recueilli par chaque professionnel, par tout moyen, y compris sous forme dématérialisée, sauf en cas d'impossibilité ou d'urgence. Dans ce cas, il procède au recueil du consentement lorsque la personne est de nouveau en capacité ou en situation de consentir au partage d'informations la concernant. Il en est fait mention dans le dossier médical de la personne. Enfin, le consentement est valable tant qu'il n'a pas été retiré par tout moyen, y compris sous forme dématérialisée. Il est strictement limité à la durée de la prise en charge de la personne.

973. La lecture du décret daté du 10 octobre 2016 permet la mise en lumière d'une critique ci-après exposée, et matérialisée par le questionnaire suivant : quid de l'hypothèse où le professionnel qui fait partie de l'équipe de soin veut échanger une

¹⁴⁰⁷ CSP, art. L. 1110-4.

¹⁴⁰⁸ CSP, art. R. 1110-2.

¹⁴⁰⁹ CSP, art. L. 1110-4.

¹⁴¹⁰ Décret n° 2016-1349 du 10 octobre 2016 relatif au consentement préalable au partage d'informations entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins.

information avec un professionnel qui n'en fait pas partie, mais qui assure la prise en charge du patient ? Prenons l'exemple d'un médecin salarié d'un établissement de santé souhaitant échanger certaines informations avec le psychologue libéral - étranger à l'établissement - d'un patient dont il assure également la prise en charge. À la lecture de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, l'échange peut avoir lieu entre des professionnels n'appartenant pas à la même équipe de soin, quel que soit le « sens » dans lequel l'information circule.

974. En revanche, le décret du 10 octobre 2016 ne semble prévoir qu'un échange d'informations unilatéral, à l'initiative du professionnel ne faisant pas partie de l'équipe de soin - le psychologue libéral dans notre exemple. Il est en effet mentionné : « Lorsqu'une personne est prise en charge par un professionnel (...) ne faisant pas partie de l'équipe de soins (...) ce professionnel recueille le consentement de la personne pour partager ces données ». L'hypothèse d'un échange entre un professionnel faisant partie de l'équipe vers un professionnel n'en faisant pas partie n'est pas évoquée par le décret. Il faut alors se fier à la formulation générale de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui mentionne le partage entre des professionnels ne faisant pas partie de la même équipe de soins, à l'initiative - supposée - de l'une ou l'autre des parties.

975. *Les informations partagées.* Seules les informations strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou au suivi médico-social de la personne peuvent être échangées, et ce dans la limite des missions dont sont chargés les professionnels concernés¹⁴¹¹.

976. *Les professionnels concourant au partage d'informations.* La liste est déterminée par l'article R. 1110-2 du Code de la santé publique. Il s'agit premièrement des professionnels de santé, quel que soit leur mode d'exercice : professions médicales, professions de la pharmacie et professions d'auxiliaires médicaux¹⁴¹². Sont également concernés des non professionnels de santé¹⁴¹³, qui relèvent de multiples sous-catégories dont la liste figure à l'article R. 1110-2 du Code de la santé publique¹⁴¹⁴.

¹⁴¹¹ CSP, art. R. 1110-1.

¹⁴¹² CSP, art. L. 4111-3 à L. 4163-10.

¹⁴¹³ Le terme d' « autres professionnels » est préféré par l'article R. 1110-2 du Code de la santé publique.

¹⁴¹⁴ « a) Assistants de service social mentionnés à l'article L. 411-1 du code de l'action sociale et des familles ;

De manière synthétique et récapitulative :

- Professionnel de santé...

...faisant partie de l'équipe de soin : partage autorisé en 2002 (consentement présumé) ;

...ne faisant pas partie de l'équipe de soin : partage autorisé en 2016 (consentement du patient requis).

- Non professionnel de santé prévus à l'article R.1110-2 du CSP...

...faisant partie de l'équipe de soin : partage autorisé en 2016 (consentement présumé) ;

...ne faisant pas partie de l'équipe de soin : partage autorisé en 2016 (consentement du patient requis).

- Non professionnel de santé non-prévus à l'article R.1110-2 du CSP : partage interdit.

977. Le partage d'informations demeure une dérogation au secret professionnel ; son étendue a néanmoins été amplifiée par la loi du 26 janvier 2016. Cette dernière est également revenue sur les dispositions relatives à l'outil principal permettant l'échange d'informations entre professionnels : le « Dossier médical partagé » (**B.**).

b) Ostéopathes, chiropracteurs, psychologues et psychothérapeutes non professionnels de santé par ailleurs, aides médico-psychologiques et accompagnants éducatifs et sociaux ;

c) Assistants maternels et assistants familiaux mentionnés au titre II du livre IV du code de l'action sociale et des familles ;

d) Educateurs et aides familiaux, personnels pédagogiques occasionnels des accueils collectifs de mineurs, permanents des lieux de vie mentionnés au titre III du livre IV du même code ;

e) Particuliers accueillant des personnes âgées ou handicapées mentionnés au titre IV du livre IV du même code ;

f) Mandataires judiciaires à la protection des majeurs et délégués aux prestations familiales mentionnés au titre VII du livre IV du même code ;

g) Non-professionnels de santé salariés des établissements et services et lieux de vie et d'accueil mentionnés aux articles L. 312-1, L. 321-1 et L. 322-1 du même code, ou y exerçant à titre libéral en vertu d'une convention ;

h) Non-professionnels de santé mettant en œuvre la méthode prévue à l'article L. 113-3 du même code pour la prise en charge d'une personne âgée en perte d'autonomie ;

i) Non-professionnels de santé membres de l'équipe médico-sociale compétente pour l'instruction des demandes d'allocation personnalisée d'autonomie mentionnée aux articles L. 232-3 et L. 232-6 du même code, ou contribuant à cette instruction en vertu d'une convention. »

B. Le « Dossier médical partagé »

978. Instauré en 2004 dans l'intérêt du patient, le « Dossier médical personnel » est devenu en 2016 le « Dossier médical partagé ». Le ton est donné ; l'atteinte à la vie privée du patient est dès lors légitimement supposée¹⁴¹⁵.

979. Précisons que la présente réflexion ne sera pas étendue au Dossier pharmaceutique (ou DP-patient), qui donne également à penser, dans la mesure où il s'agit d'un fichier informatique, géré par voie électronique, utilisé principalement par les pharmaciens et, depuis le 26 janvier 2016, par les médecins exerçant dans un établissement de santé, de consulter l'historique des médicaments prescrits et délivrés au cours des 4 derniers mois pour les médicaments classiques, au cours des 3 dernières années pour les médicaments biologiques et au cours des 21 dernières années pour les vaccins. Il a pour objectif de déceler, de signaler au patient les risques de réactions négatives entre plusieurs médicaments et d'éviter le cumul de leurs effets secondaires. La création et le recours au DP-patient sont soumis au consentement exprès de l'intéressé¹⁴¹⁶.

980. *Le « Dossier médical personnel ».* Avant que les conditions d'existence et d'application du dossier ne soit modifiées en 2009 et 2016, l'article L. 161-36-1 du Code de la sécurité sociale¹⁴¹⁷ érigea le « Dossier médical personnel » (DMP), destiné à « favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins (...) chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose, [dans le respect des protections relatives à l'hébergement des données de santé], dans le respect du secret médical, d'un dossier médical personnel constitué de l'ensemble des données (...) qui permettent le suivi des actes et prestations de soins ». Ce dispositif fut initialement prévu « dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables », et notamment le droit au respect de la vie privée. Chaque professionnel de santé « exerçant en ville ou en établissement de santé (...) reporte dans le dossier médical personnel (...) les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge ».

¹⁴¹⁵ V. ZORN C., *Données de santé et secret partagé : pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, dir. B. Py, Nancy, 2009.

¹⁴¹⁶ Pour plus d'informations à ce sujet : <https://www.cnil.fr/fr/le-dossier-pharmaceutique-dp>.

¹⁴¹⁷ Créé par : L. n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, Transféré par : L. n° 2009-879 du 21 juillet 2009 (HPST).

981. Bien que modifié depuis, l'article ajoute alors, plus étonnement, que « le niveau de prise en charge des actes et prestations de soins par l'assurance maladie (...) est subordonné à l'autorisation que donne le patient, à chaque consultation ou hospitalisation, aux professionnels de santé auxquels il a recours, d'accéder à son dossier médical personnel et de la compléter. Le professionnel de santé est tenu d'indiquer (...) s'il a été en mesure d'accéder au dossier ». La loi subordonnait alors le niveau - financier - de prise en charge à l'autorisation accordée ou refusée par le patient à l'accès à son « DMP ». Il s'agissait alors de prémisses d'obligations à la charge du patient en droit positif¹⁴¹⁸, qui nécessitaient que certaines précautions soient mises en exergue, afin de considérer les droits du patient.

982. Les garanties alors prévues à l'article L. 161-36-2 du Code susmentionné n'auront pas empêché que le Conseil constitutionnel soit saisi, en amont de la mise en œuvre du « DMP », sur le fondement de l'atteinte à la vie privée du patient par ce dernier¹⁴¹⁹. Le Conseil retint que le dossier attaqué serait institué sans remettre en cause le secret professionnel, que « l'hébergement des données et la possibilité d'y accéder [seraient] subordonnées au consentement de la personne, que le traitement des données [serait] soumis au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 (...) ; que l'hébergeur [devrait] faire l'objet d'un agrément ; que l'accès au dossier par un professionnel de santé [serait] soumis à l'observation des règles déontologiques ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2 du Code de la santé publique, qui imposent notamment le respect de la vie privée et du secret des informations concernant le patient ; que l'accès au dossier médical en dehors des cas prévus par la loi [serait] puni des peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal (...) ».

983. Concernant la problématique relative à la réduction du remboursement des soins par la Sécurité sociale en cas de refus de l'accès au « DMP », de nombreuses critiques affirmèrent que le dispositif porterait atteinte « au droit à la protection sociale » garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, mais n'empêchèrent pas le Conseil d'affirmer : « qu'en égard aux finalités des dispositions contestées, qui sont, d'une part, d'améliorer la qualité des soins, d'autre part, de réduire le déséquilibre financier de l'assurance maladie, et compte tenu de l'ensemble des garanties qui viennent d'être

¹⁴¹⁸ V. en ce sens : VIALLA F., « Secret et DMP », *Op. cit.*

¹⁴¹⁹ Cons. const., Décision n° 2004-504 DC, 12 août 2004.

rappelées, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles en cause, une conciliation qui n'apparaît pas manifestement déséquilibrée ».

984. Ce faisant, ce dernier n'hésita pas à reconnaître que « le droit à la protection de la santé nécessite que soit maintenu un système de protection sociale qui pour perdurer doit être financièrement équilibré. Le patient devenu agent, citoyen d'une démocratie sanitaire, [du] alors activement participer à l'effort commun. Il [s'était] vu reconnaître des droits, il [commença] à en découvrir les contreparties »¹⁴²⁰. Dès 2004, la législation prévoyant alors qu'un remboursement total des actes par la Sécurité sociale était soumis à l'acceptation par le patient que tous les professionnels de santé concourant à sa prise en charge aient accès à son dossier médical - ce dernier contenant des informations personnelles relatives à sa vie privée. Il ne s'agissait alors ni plus ni moins que d'une mesure visant à porter délibérément atteinte à la vie privée du patient et à forcer son consentement.

985. Fort heureusement, la loi dite « HPST »¹⁴²¹ transféra l'article L. 161-36-2 du Code de la sécurité sociale à l'article L. 1111-15 du Code de la santé publique, supprimant à l'occasion la mention susmentionnée¹⁴²². Modifié en 2009, et dans sa version du 28 janvier 2016¹⁴²³, l'article ne soumet plus au remboursement total par l'assurance maladie des frais

¹⁴²⁰ VIALLA F. « Secret et DMP », *Op. cit.*

¹⁴²¹ L. n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

¹⁴²² « Le niveau de prise en charge des actes et prestations de soins par l'assurance maladie (...) est subordonné à l'autorisation que donne le patient, à chaque consultation ou hospitalisation, aux professionnels de santé auxquels il a recours, d'accéder à son dossier médical personnel et de le compléter. Le professionnel de santé est tenu d'indiquer (...) s'il a été en mesure d'accéder au dossier ».

¹⁴²³ « Dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables ainsi que des articles L. 1110-4, L. 1110-4-1 et L. 1111-2, chaque professionnel de santé, quels que soient son mode et son lieu d'exercice, reporte dans le dossier médical partagé, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge. A l'occasion du séjour d'une personne prise en charge, les professionnels de santé habilités des établissements de santé reportent dans le dossier médical partagé, dans le respect des obligations définies par la Haute Autorité de santé, un résumé des principaux éléments relatifs à ce séjour. Le médecin traitant mentionné à l'article L. 162-5-3 du code de la sécurité sociale verse périodiquement, au moins une fois par an, une synthèse dont le contenu est défini par la Haute Autorité de santé. La responsabilité du professionnel de santé ne peut être engagée en cas de litige portant sur l'ignorance d'une information qui lui était masquée dans le dossier médical partagé et dont il ne pouvait légitimement avoir connaissance par ailleurs.

Les données nécessaires à la coordination des soins issues des procédures de remboursement ou de prise en charge qui sont détenues par l'organisme dont relève chaque bénéficiaire de l'assurance maladie sont versées dans le dossier médical partagé.

Le dossier médical partagé comporte également des volets relatifs au don d'organes ou de tissus, aux directives anticipées mentionnées à l'article L. 1111-11 du présent code et à la personne de confiance mentionnée à l'article L. 1111-6.

Certaines informations peuvent être rendues inaccessibles par le titulaire du dossier médical partagé ».

de santé l'autorisation du patient à l'accès à son « DMP ». Le fait que les obligations du patient aient été revues à la baisse semble dès lors bienheureux.

986. Le « Dossier médical partagé ». Depuis 2004, le « DMP » a fait du chemin - à commencer par la modification de son intitulé, qui laisse peu de place au doute quant à son objectif premier. Ainsi, le décret du 16 novembre 2016¹⁴²⁴ marque la dernière étape de la création du « nouveau Dossier médical partagé » - qui succède au « Dossier médical personnel ». Ce décret est pris en application des dispositions de la « loi Santé 2016 » relatives au « DMP »¹⁴²⁵ et vient s'adjoindre au décret du 4 juillet 2016, qui ancre les modalités d'application du « DMP »¹⁴²⁶.

987. L'accès au « DMP » est possible uniquement pour les professionnels de santé participant à la prise en charge du patient¹⁴²⁷. Il est nécessaire par la suite de distinguer les professionnels membres de l'équipe de soins des professionnels n'en faisant pas partie. Dans le premier cas, l'autorisation d'accès au « DMP » est délivrée conformément aux conditions mentionnées à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique : dès lors que le patient ne s'y est pas opposé, elle est réputée confiée à l'ensemble des professionnels de santé membres de l'équipe de soins. Lorsque le professionnel de santé ne fait pas partie de l'équipe de soins, le consentement du patient est obligatoire afin que ce dernier puisse accéder à son « DMP », dans des conditions règlementairement définies¹⁴²⁸. « Les professionnels susceptibles de partager des informations dans le cadre du « DMP » est relativement large et s'entend au-delà de l'équipe de soins »¹⁴²⁹. L'acception de cette dernière a été modifiée par la « loi Santé 2016 » : celle-ci s'entend désormais très largement, de sorte qu'elle s'exclut de l'établissement de santé pour inclure des professionnels de santé extérieurs, ainsi que certains professionnels du médico-social ou du

¹⁴²⁴ Décret n° 2016-1545 du 16 novembre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « dossier médical partagé ».

¹⁴²⁵ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 96.

¹⁴²⁶ Décret n° 2016-914 du 4 juillet 2016 relatif au dossier médical partagé.

¹⁴²⁷ CSP, art. R. 1111-26.

¹⁴²⁸ CSP, art. R. 1111-41.

¹⁴²⁹ CAPODANO J., « Dossier médical partagé (DMP) et secret professionnel : les nouveaux enjeux », RDS n° 76, version numérique :

<https://www.bnfs.fr/?action=consultationhtml&contenu=7241>, consultée le 9 jui. 2017.

social. Précisons que l'équipe de soins peut n'être composée que d'un seul professionnel de santé¹⁴³⁰.

988. Le « DMP » peut contenir de diverses et nombreuses informations : « synthèses médicales, lettres de liaison, comptes rendus de biologie médicale, d'examens d'imagerie médicale, d'actes diagnostiques et thérapeutiques, traitements prescrits, données de remboursement par l'Assurance Maladie »¹⁴³¹. Mais il peut également contenir bien davantage que des informations exclusivement médicales ; c'est notamment le cas des données relatives au suivi social et médico-social dont il est jugé qu'elles doivent être partagées¹⁴³². Toutes ces informations, relatives à l'état de santé et à la prise en charge du patient, sont couvertes par le secret professionnel. Les dispositions relatives au « DMP » ne se contentent pas de créer un outil visant à une meilleure prise en charge du patient : elles rendent des informations privées accessibles collectivement, et constituent dès lors une considérable et certaine dérogation au secret professionnel. Il a ainsi pu être considéré que le « DMP » constitue une éminente « dilution » du secret professionnel, dont l'étendue décroît progressivement du fait des nouvelles modifications législatives. En outre, le fait que cette « mise en commun d'informations » se fasse au moyen d'un dossier singulier numérisé marque une avancée particulière dont le retour en arrière semble dès lors bien ardu.

989. En contrepartie, précisons que le patient décide seul s'il souhaite créer - ou non - son « DMP ». Ce dernier reste facultatif et n'a, depuis 2009, aucun impact sur les conditions de remboursement par l'Assurance Maladie¹⁴³³. Le législateur a de plus prévu un nombre conséquent de droits du patient sur son DMP, afin qu'il puisse en avoir, autant que faire se peut, la maîtrise. Ce faisant, il peut notamment¹⁴³⁴ :

- Accéder directement à son dossier et à tout son contenu¹⁴³⁵ ;
- Indiquer dans son « DMP » l'identité des professionnels de santé à qui l'accès y est interdit par lui¹⁴³⁶ ;

¹⁴³⁰ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; CSP, art. L. 1110-12.

¹⁴³¹ Cités de manière non exhaustive par : CAPODANO J., *Op. cit.*

¹⁴³² CSP, art. R. 1111-30.

¹⁴³³ V. CSS, art. L. 161-36-1 (nouvel), Transféré par L. n° 2009-879 du 21 juil. 2009 - art. 50 (V).

¹⁴³⁴ V. Décret n° 2016-914 du 4 juil. 2016 relatif au dossier médical partagé.

¹⁴³⁵ CSP, art. R. 1111-35.

¹⁴³⁶ CSP, art. R. 1111-41.

- Décider que certaines informations personnelles contenues dans son « DMP » ne soient pas accessibles aux professionnels de santé normalement autorisés à y accéder¹⁴³⁷ ;
- S'opposer à l'accès à son « DMP » dans les situations d'urgence¹⁴³⁸ ;
- Rectifier une donnée déposée par lui¹⁴³⁹ ;
- Clôturer son DMP¹⁴⁴⁰.

990. Néanmoins, certaines actions échappent au contrôle du patient :

- Même clôturé, les informations contenues au sein du « DMP » restent accessibles au professionnel de santé à l'origine de l'inscription de l'information dans le « DMP », même si le patient s'y oppose¹⁴⁴¹ ; il en va de même pour le médecin traitant¹⁴⁴². Ce dernier, considéré comme un rouage essentiel au dispositif, a toujours accès à l'historique du « DMP » ; le patient ne peut avoir de secret pour lui ;
- Lorsque le « DMP » est créé, le patient ne peut plus retirer son consentement, et ne peut pas, sauf motif légitime, s'opposer à ce que les professionnels de santé continuent à l'utiliser¹⁴⁴³ ;
- La rectification d'une donnée doit être avalisée par le professionnel de santé qui en est à l'origine ou auprès de la CNAMTS¹⁴⁴⁴. La suppression d'une donnée doit être avalisée par le professionnel de santé ou l'établissement de santé qui en est à l'origine, après que le patient a exposé un motif légitime. En cas de refus, ce dernier peut clôturer son « DMP », mais celui-ci reste archivé dix ans avant d'être définitivement détruit¹⁴⁴⁵. C'est ainsi que la définition et l'appréciation de la notion de « motif légitime » constituera à n'en pas douter une nouvelle charge attribuée

¹⁴³⁷ CSP, art. R. 1111-38.

¹⁴³⁸ L'accès y est normalement prévu pour permettre aux professionnels de santé et au médecin régulateur du 15 d'accéder au dossier en cas d'urgence ; v. CSP, art. R. 1111-39.

¹⁴³⁹ CSP, art. R. 1111-39.

¹⁴⁴⁰ CSP, art. R. 1111-32.

¹⁴⁴¹ CSP, art. R. 1111-38.

¹⁴⁴² CSP, art. R. 1111-43.

¹⁴⁴³ CSP, art. R. 1111-36.

¹⁴⁴⁴ Caisse nationale de l'Assurance maladie et des travailleurs salariés.

¹⁴⁴⁵ Décret n° 2016-914 du 4 juillet 2016 relatif au dossier médical partagé ; CSP, art. R. 1111-37 qui fait référence à l'article 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

aux juridictions chargées de se prononcer sur des affaires contentieuses relatives au « DPM ».

991. Certains considèrent qu'il est encore trop tôt pour mesurer quels seront les effets des modalités de partage d'informations médicales du DMP sur la vie privée des patients¹⁴⁴⁶. En tout état de cause, l'encadrement juridique n'abolit pas l'atteinte à la vie privée du patient, de même que la connaissance des faits par d'autres personnes n'est pas de nature à leur enlever leur caractère confidentiel et secret¹⁴⁴⁷.

992. Le fait que certaines actions échappent au contrôle du patient quant à ses informations privées, et que ses décisions personnelles puissent être ignorées, nous pousse à considérer que le « DMP » atteint certainement sa vie privée. En l'absence d'une telle ignorance, notre position aurait été toute autre. Sa présence nous pousse à rappeler qu'aucun outil ne saurait outrepasser la volonté du patient, au surplus lorsqu'il est mis en œuvre dans son intérêt. C'est en ce sens qu'une telle disposition, fût-elle justifiée par un intérêt médical, ne semble pas être en adéquation totale avec les droits du patient, et notamment celui relatif au respect de sa vie privée.

993. Conclusion de la Section. Le secret professionnel a été mis en place afin de garantir la confiance individuelle et collective nécessaire à l'établissement de la relation de soin. Il s'agit également d'assurer la liberté et la dignité du patient, à travers le respect de sa vie privée. L'information qui y est afférente est véritablement précieuse, et justifie sa haute protection.

994. « La Bruyère affirmait : “Toute révélation d'un secret est la faute de celui qui l'a confié”¹⁴⁴⁸, il faut garder espoir et souhaiter que le respect du secret professionnel sera

¹⁴⁴⁶ V. en ce sens : MANAOUIL C., « Le secret partagé entre professionnels depuis la loi santé du 26 janvier 2016 », *RGDM*, n° 61, 2016, p. 53-63.

¹⁴⁴⁷ Crim., 16 mai 2000, Bull. ch. crim. n°192.

¹⁴⁴⁸ DE LA BRUYÈRE J., *Les caractères, De la cour*, in PY B., *Le secret professionnel*, *Op. cit.*

toujours l'honneur de celui qui en est dépositaire et que vivra longtemps cette tradition qui vient du passé et qui tend vers l'avenir »¹⁴⁴⁹.

995. Il peut être dérogé à ce précieux secret via le partage d'informations privées qui, appliqué à la relation de soin, permet l'amélioration de la qualité de la prise en charge. Pour ce faire, ce partage doit respecter une certaine éthique, et ne doit pas être réalisé à n'importe quel prix. L'encadrement juridique met en lumière une protection via la restriction de l'information partageable, qui doit demeurer strictement nécessaires à la coordination, à la continuité des soins ou à la prévention et au suivi médico-social et social du patient¹⁴⁵⁰, et via la circonscription des professionnels concernés par ledit partage, dont la liste est restreinte par rapport aux professions assujetties au secret professionnel.

996. Le Droit permet également de donner une force particulière au consentement du patient, et aux décisions personnelles qu'il peut prendre concernant sa santé¹⁴⁵¹. Le partage d'informations privées ne semble pas outrageant dès lors que le patient en garde le contrôle - qui est une condition majeure de l'existence de la vie privée, et habituellement symbole de son respect. Une problématique apparaît dès lors que l'on considère le partage d'informations au prisme de l'outil qui en permet actuellement sa réalisation. Le « Dossier médical partagé », dont il est pourtant prévu qu'il est instauré dans le respect du « secret médical »¹⁴⁵² - et non de la vie privée, soulignons la nuance - ne semble pas permettre un contrôle parfait des informations privées par le patient. Cette contradiction est accentuée par le fait que tout « DMP » est conservé durant les dix années qui suivent sa clôture¹⁴⁵³, durant lesquelles le contrôle des données qu'il contient échappe plus que jamais à l'individu qu'elles concernent.

997. En tout état de cause, l'échange d'information est un sujet brulant d'actualité, dans la mesure où il a trait à la vie privée, au consentement du patient, au secret professionnel, à l'éthique et à l'encadrement des données de santé.

¹⁴⁴⁹ PY B., *Le secret professionnel*, *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ CSP, art. L. 1110-4.

¹⁴⁵¹ CSP, art. L. 1111-4.

¹⁴⁵² CSP, art. L. 1111-14.

¹⁴⁵³ CSP, art. L. 1111-18.

998. Conclusion du Chapitre. L'échange d'informations témoigne du fait que le caractère absolu du secret semble difficilement conciliable avec les évolutions du XXI^{ème} siècle et les modifications de la relation de soin qui lui sont afférentes : « À l'heure de l'utilisation des logiciels, de la conservation de multiples données sur les bases informatiques, de la raréfaction du dossier papier, le partage des informations est indispensable mais doit être encadré juridiquement »¹⁴⁵⁴. La loi de 2016 revient sur le travail initié par celle de 2002 à ce sujet, et présente l'avantage de légaliser un partage d'informations qui était pratiquement réalisé sans encadrement juridique, en faisant également le pari osé de conduire, pour la première fois, un cerclage juridique de la donnée de santé.¹⁴⁵⁵ L'information privée personnelle dont il est présentement question a trait à la vie privée sanitaire du patient ; au vu de sa valeur, de sa conservation et de son utilisation, elle se révèle finalement être - pour reprendre un jargon empreint d'une actualité certaine - une « donnée de santé ». Une donnée précieuse dont l'encadrement de son emploi donne à penser autant qu'il laisse songeur. Gageons que ce souffle législatif suffise à s'adapter aux rapides évolutions que connaît la relation de soin, qui modifient en partie les atteintes qu'elle porte à la vie privée sanitaire, en mettant en œuvre les mécanismes juridiques réactualisés nécessaires à assurer son respect dans une temporalité particulière (*v. Titre II*).

999. Conclusion du Titre. À l'image de la conclusion proposée au second titre de la première partie du présent travail, la conclusion de ce Titre I. reviendra sur les modifications proposées de certains articles du Code de la santé publique. Ces allégations visent à adapter les dispositions du droit spécial au particularisme de la relation de soin, permettant ainsi une meilleure intelligibilité du propos, afin d'assurer au mieux le respect de la vie privée sanitaire du patient.

¹⁴⁵⁴ MANAOUIL C., *Op. cit.* ; V. également Titre II. de la présente Partie.

¹⁴⁵⁵ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, Titre IV « Renforcer l'efficacité des politiques publiques et la démocratie sanitaire », Chapitre V « Créer les conditions d'un accès ouvert aux données de santé », art. 193.

1000. Est ainsi proposée une réécriture complétée¹⁴⁵⁶ de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique :

« I. Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée sanitaire, qui admet un respect de la pudeur et de l'intimité.

Le droit au respect de la vie privée sanitaire admet le droit au respect de la vie privée physique, tel qu'il peut être atteint par la relation de soin à travers la nudité, le regard ou le toucher, ainsi que le respect de la vie privée morale, tel qu'il peut être atteint par la relation de soin à travers le questionnement et l'échange d'informations personnelles relatives à l'état de santé et au diagnostic.

Le droit au respect de la vie privée s'étend au droit à l'image, et est applicable dans toute l'enceinte où et assurée la prise en charge.

Le patient est seul décisionnaire des acteurs qui concourent à sa prise en charge et qui ont accès, par voie de conséquence, à sa vie privée physique et morale, et notamment à ses données personnelles.

Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, le droit au respect de la vie privée sanitaire s'impose à tous les acteurs, professionnels de santé et autres, membres de l'équipe de soins et autres, concourant à la prise en charge médicale et extra-médicale du patient.

Le droit au respect de la vie privée morale est rendu possible par le secret professionnel des informations personnelles relatives au patient ; ce secret professionnel couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, le secret professionnel s'impose à tous les acteurs, professionnels de santé et autres, membres de l'équipe de soins et autres, concourant à la prise en charge médicale et extra-médicale du patient.

II. - Un professionnel peut échanger avec un ou plusieurs professionnels identifiés des informations relatives à une même personne prise en charge, à condition qu'ils participent tous à sa prise en charge et que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social. La liste des professionnels concernés par l'échange d'informations privées est édictée à l'article R. 1110-2 ; les professionnels n'y étant pas mentionnés ne peuvent concourir à l'échange d'informations, fussent-ils assujettis au secret professionnel prévu au présent article et à l'article 226-13 du Code pénal.

III. - Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12, ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe après qu'elle en a été informée, sauf opposition expresse de sa part.

¹⁴⁵⁶ Seule une proposition de modification du premier alinéa avait été proposée en première partie.

Lorsque ces professionnels n'appartiennent pas à la même équipe de soins, au sens de l'article L. 1110-12, ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social sous réserve d'avoir préalablement recueilli, par tout moyen, y compris de façon dématérialisée dans des conditions définies par décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, son consentement préalable.

IV. - La personne est dûment informée de son droit d'exercer une opposition à l'échange et au partage d'informations la concernant. Elle peut exercer ce droit à tout moment.

V. - Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret professionnel ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition expresse de sa part. Seul un médecin est habilité à délivrer, ou à faire délivrer sous sa responsabilité, ces informations.

Le secret professionnel ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, son époux(se), son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. Toutefois, en cas de décès d'une personne mineure, les titulaires de l'autorité parentale conservent leur droit d'accès à la totalité des informations médicales la concernant, à l'exception des éléments relatifs aux décisions médicales pour lesquelles la personne mineure, le cas échéant, s'est opposée à l'obtention de leur consentement dans les conditions définies aux articles L. 1111-5 et L. 1111-5-1.

VI. - Les conditions et les modalités de mise en œuvre du présent article pour ce qui concerne l'échange et le partage d'informations entre professionnels de santé et non-professionnels de santé du champ social et médico-social sont définies par décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

1001. Est proposée une réécriture des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique :

« Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Les motifs personnels ayant motivé une telle décision, quels qu'ils soient, relèvent de la vie privée, et ne peuvent être dévoilés que si le patient y consent. Le suivi du patient reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif.

« Aucun acte médical ni aucun traitement, fût-il motivé par un objectif thérapeutique, diagnostique ou éducatif, ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, sauf à violer les dispositions relatives au droit au respect de la vie privée prévues à l'article L. 1110-4. Le consentement répond à des motifs privés, et peut être retiré à tout moment ».

1002. Réécriture du deuxième alinéa de l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique :

« La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic est prise selon des motifs privés, dont la révélation au professionnel et aux tiers n'est pas obligatoire, et se doit d'être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission ».

1003. Réécriture du premier alinéa de l'article L. 1111-14 du Code de la santé publique :

« Afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins, gages d'un bon niveau de santé, chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose, dans les conditions et sous les garanties prévues à l'article L. 1111-8 et dans le respect de la vie privée et du secret professionnel mentionnés à l'article L. 1110-4, d'un dossier médical personnel constitué de l'ensemble des données mentionnées à l'article L. 1111-8, notamment des informations qui permettent le suivi des actes et prestations de soins. Le dossier médical personnel comporte également un volet spécialement destiné à la prévention. »

1004. Réécriture partielle du premier alinéa de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique :

« La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic est prise selon des motifs privés, dont la révélation au professionnel et aux tiers n'est pas obligatoire, et se doit d'être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission ».

1005. Réécriture du 1° de l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles :

« L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés :

1° Le respect de sa dignité, de son intégrité et de sa vie privée telle que définie à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique ;

2° Le respect de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement ; »

- TITRE II. -

Vie privée et relation de soin : une évolution certaine justifiant une vigilance accrue

1006. Une précision quant au choix de ce titre semble nécessaire. Celui-ci met en lumière une évolution certaine de la relation de soin qui n'est manifestement pas guidée par un objectif de promotion de la vie privée. Cette évolution a principalement trait à l'émergence d'un nouveau participant à la relation de soin, pris en la personne fictive d'Internet. Ce dernier constitue désormais un fournisseur d'informations et un hébergeur de données de santé qui, s'il ne remet pas en cause les caractéristiques du colloque singulier, permet au patient d'éviter, à tort ou à raison, d'y avoir recours. En outre, Internet, et plus particulièrement les « GAFAM »¹⁴⁵⁷, a permis une véritable démocratisation de la donnée de santé et de son hébergement, en l'assimilant à une donnée personnelle « classique », voire « commerciale ».

1007. Les enjeux et les potentiels sont élevés, et s'épanouissent au prix d'une vie privée monnayée (**Chapitre I.**). Un encadrement juridique doit assurément faire écho à cette évolution, afin de cercler le recueil, l'hébergement, le partage des données de santé, ainsi que l'ouverture de leur accès à tous. La loi du 26 janvier 2016 a tenté de concilier les potentiels de la donnée de santé et le respect de la vie privée (**Chapitre II.**). L'opposition d'un principe suranné à la modernité ? Pas vraiment. En tout état de cause, ces problématiques, qui doivent être mises en lumière et expliquées, appellent nécessairement une vigilance et une responsabilité collective accrues.

¹⁴⁵⁷ Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft.

Chapitre I. Internet, fournisseur d'informations et hébergeur de données de santé

1008. Deux éléments témoignent de l'évolution certaine de la relation de soin : la fourniture d'un accès à une nouvelle information de santé (**Section I.**) et l'hébergement direct de données de santé (**Section II.**) par Internet, nouvel acteur en santé intervenant désormais aux côtés du professionnel. Ces derniers témoignent de l'« informatisation sanitaire », initiée à la fin des années 1980, et semblent respectivement posséder un fort potentiel de mise en danger de la vie privée.

Section I. Internet : fournisseur d'informations de santé

1009. Internet est un outil qui, depuis sa création, a démocratisé la fourniture et le partage d'informations en tout genre. Le milieu sanitaire ne se présente pas comme une exception, en ce qu'il a également subi une véritable mise à disposition d'informations spécialisée, jusqu'alors réservées aux professionnels du secteur. Ainsi se développe une nouvelle information de santé, au sein d'un contexte connecté peu favorable au respect de la vie privée ; en résulte une modification de la relation de soin, telle qu'elle est assimilée au temple du colloque singulier (**1°§.**). Ce développement témoigne, dans un second temps, d'une évolution substantielle de la relation de soin, où la place faite à la vie privée se doit d'être rappelée (**2°§.**).

1°§. Développement d'une nouvelle information de santé connectée dans un contexte peu favorable au respect de la vie privée

1010. Il est important de préciser, en guise de propos liminaire, en quoi l'accès à l'information sanitaire par le biais de l'outil que constitue Internet entre sous le couvert de la relation de soin. Une telle précision, succincte, justifiera l'existence du présent paragraphe au sein du travail envisagé. Deux arguments nous paraissent asseoir cette présence. Tout d'abord, l'information fait partie, de manière globale, de la relation de soin - de même que le droit à l'information mentionné à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. C'est plus précisément l'information sanitaire qui y est intégrée. C'est d'elle

dont il sera exclusivement question ci-après. Secondement, il semble nécessaire de rappeler que la relation de soin ne vise pas uniquement la guérison¹⁴⁵⁸, mais peut concerner le bien-être ou le mieux-être ; cette affirmation est corroborée par la définition de la « santé » de l'OMS¹⁴⁵⁹. Enfin, la modification substantielle de la relation de soin (v. 2°§.) transforme l'acception classique qui en est faite, dans la mesure où elle peut prendre corps de manière dématérialisée : la télémédecine et l'usage de l'Internet en sont deux illustrations. En tout état de cause, le présent paragraphe nous semble bienvenu, dans la mesure où, et c'est l'objet de la démonstration, le fait qu'un citoyen, utilisateur d'Internet, soit à la recherche d'une information relative à sa santé - et non nécessairement une infirmité - peut être, sous certaines conditions, attentatoire à sa vie privée. L'émergence, le développement et l'assise de cette « nouvelle information » (A.) se sont faits dans un contexte particulier (B.), et modifie substantiellement la relation de soin, en substituant Internet au professionnel de santé.

A. Une nouvelle information, ou la substitution d'Internet au professionnel de santé

1011. La « nouvelle information » peut être publiée (1.) ou recherchée (2.).

1. La publication d'informations

1012. Il peut être soutenu qu'une certaine publicité - en ligne - de l'état de santé conduirait à une meilleure information, et aurait des effets bénéfiques sur la prise en charge des affections. Le journaliste Jeff Jarvis¹⁴⁶⁰, témoigne sur sa propre expérience, et affirme : « Aussi, je n'avais pas le choix, quand j'ai appris que j'avais un cancer de la prostate. Il fallait que j'en parle sur mon blog ». Il ne semble pas regretter la mise en ligne d'un diagnostic affichant son état de santé, par nature privé. Le soutien et les informations qu'il dit avoir reçus ont alors, selon lui, justifié l'exposition de son intimité et de sa vie privée. Voici une parfaite illustration de la valeur subjective accordée par chacun à la notion de « vie privée ». Comme le souligne Jeff Jarvis suite à la publication susmentionnée, certains

¹⁴⁵⁸ V. VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Op. cit.*

¹⁴⁵⁹ « La santé est un état de bien-être complet physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Cette définition est inscrite au préambule de 1946 à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

¹⁴⁶⁰ JARVIS J., *La Méthode Google*, éd. Télémaque, 2009 (buzzmachine.com).

cancers¹⁴⁶¹ bénéficient d'une mise en lumière bien plus accrue que d'autres, et font par conséquent l'objet de davantage de recherches scientifiques. Le journaliste révèle ensuite avoir pris conscience que de garder privés certains éléments relatifs à sa santé, au nom de l'intimité et pour des raisons diverses et variées, peut avoir de graves conséquences, pouvant aller jusqu'au décès : brutalement, « la vie privée peut tuer ». Pour Jeff Jarvis, « il y a plus d'avantages à avoir une vie publique sur le net que de risques à y perdre son intimité »¹⁴⁶².

1013. Il rappelle que l'ingénieur Vinton Cerf, l'un des créateurs de l'Internet, après avoir assimilé la « vie privée » à une « anomalie », avait affirmé : « il n'y a plus de vie privée, autant vous y faire »¹⁴⁶³. La vie privée ne semble pas être la priorité de l'Internet : « Le problème, ce n'est pas la vie privée, c'est le contrôle. Nous avons besoin de pouvoir contrôler nos données personnelles, de savoir si elles sont rendues publiques, auprès de qui, et comment elles sont utilisées »¹⁴⁶⁴. Cette appréhension témoigne du « paradoxe de la vie privée », sentiment contradictoire qui consiste à opposer l'alerte individuellement ressentie quant à la protection de ses données, et les assuétudes quotidiennes de divulgation plus ou moins consciente - publication de photos, réponse à un questionnaire, relations en ligne par exemple.

2. La recherche d'informations

« Les sites de santé, pièges pour anxieux ou démocratie sanitaire ? »¹⁴⁶⁵

1014. Selon un sondage IPSOS daté de 2010, 64 % des patients français utiliseraient Internet pour obtenir des informations en santé¹⁴⁶⁶. Une légère remontée dans le temps permet d'affirmer qu'à la fin du XX^{ème} siècle, Internet a dans un premier temps permis un

¹⁴⁶¹ Il cite le cancer du sein, qui touche pourtant un nombre de femmes égal au nombre d'hommes atteints d'un cancer de la prostate.

¹⁴⁶² MANACH J.-M., *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, Éd. FYP, 15 juil. 2010, p. 56.

¹⁴⁶³ CARIO E., « L'avis très privé de Vinton Cerf », Libération, 12 déc. 2013, URL : http://www.liberation.fr/ecrans/2013/12/12/l-avis-tres-prive-de-vinton-cerf_966159, consultée le 11 août 2017.

¹⁴⁶⁴ MANACH J.-M., *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, Op. cit.

¹⁴⁶⁵ CAILLAT S., 11 mars 2009, <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-medias/20090311.RUE8979/les-sites-de-sante-pieges-pour-anxieux-ou-democratie-sanitaire.html>.

¹⁴⁶⁶ *Médecins*, juil.-août 2010. Un chiffre assez proche de celui constaté (68 %) aux États-Unis selon une enquête Accenture du même mois.

accès facilité à l'information, délivrée unilatéralement par les « sachant » aux « non-sachant » ; par suite, une nouvelle forme d'information¹⁴⁶⁷, prônant notamment l'échange démocratisé et vulgarisé entre ces deux parties, vit le jour, non sans déstabiliser un certain équilibre bien assis.

1015. La facilitation de l'accès à l'information. L'apparition d'Internet bouleversa profondément la diffusion de l'information ; le milieu sanitaire sera nécessairement ébranlé par ces changements formels, qui conduisent pour la majorité à mettre à disposition d'un public progressivement élargi une masse abyssale d'informations médicales. Le 26 juin 1997, le vice-président américain Al Gore annonce qu'il rend gratuitement et unanimement disponible la gigantesque base de données bibliographiques *Medline*¹⁴⁶⁸. Il ne s'agit alors principalement que de notices bibliographiques, mais cette ouverture constitua, formellement, une étape décisive dans la révolution de l'information médicale, visant à offrir, dans un élan de démocratie sanitaire, aux professionnels de santé mais également à tous les citoyens américains - dont les patients - un accès universel et gratuit à la recherche d'informations sanitaires. Mais pour Dominique Dupagne : « Malgré l'extrême facilitation de l'accès à l'information que représente cet Internet de santé 1.0, il n'est pas possible de parler de révolution. Le web est une bibliothèque géante et accessible, l'e-mail fluidifie et accélère le courrier. Mais comme l'imprimerie n'a été qu'une continuité du parchemin, le web première période est dans la continuité des médias de masse : il s'agit d'une communication pyramidale, descendante, de type *one to many*. Ceux qui savent communiquent avec des lecteurs ou auditeurs passifs et muets »¹⁴⁶⁹. Pour le patient, la mise à disposition massive d'informations a considérablement amélioré et facilité son accès, mais ne lui a véritablement pas permis de l'utiliser, « du fait de sa complexité ou de sa technicité », comme l'a souligné le Docteur Gilles Sournies en 2002¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁷ Certains auteurs considèrent qu'il s'agit bien de nouvelles informations et non d'un nouveau mode de diffusion de l'information ; v. en ce sens : DUPAGNE D., « Les nouvelles informations en santé », *Les Tribunes de la santé*, 2010/4 (n° 29), p. 33-39. DOI: 10.3917/seve.029.0033. URL: <http://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante-2010-4-page-33.htm>

¹⁴⁶⁸ MEDLINE (*Medical Literature Analysis and Retrieval System Ondine*) est une base de données bibliographiques regroupant la littérature relative aux sciences biologiques et biomédicales. La base est gérée et mise à jour par la Bibliothèque américaine de médecine (NLM) ; source : <https://fr.wikipedia.org/wiki/MEDLINE>.

¹⁴⁶⁹ DUPAGNE D., « Les nouvelles informations en santé », *Op. cit.*

¹⁴⁷⁰ SOURNIES G., *L'information de l'utilisateur de santé au regard de la loi du 4 mars 2002*, Mémoire, 2007 (www.atoute.org/n/IMG/pdf/gilles-sournies-memoire-2007.pdf).

1016. *La révolution de la nouvelle information sanitaire.* Le moteur de recherche « Google » constitue et demeure la première étape de cette révolution, bien qu'elle soit souvent passée sous silence, dans la mesure où ce dernier fait aujourd'hui partie intégrante de notre société. Dès sa mise en place en 1998, Google affole le concept millénaire qu'est celui de l'indexation et, par voie de conséquence, de l'accès à l'information : « Alors que l'écrit était depuis toujours indexé à partir de son contenu, Google introduit une indexation fondée sur les liens qui relient les pages web »¹⁴⁷¹.

1017. Un autre élément illustre parfaitement la révolution de la nouvelle information sanitaire : il s'agit des blogs, outils d'édition simples faisant de tout un chacun un auteur. Le contenu est gratuit dans sa composition et dans sa visite. Son potentiel est incommensurable, d'autant plus que le nombre de lecteur ne constitue pas un élément déterminant de son existence.

1018. Enfin, le troisième élément illustrant la révolution de l'information sanitaire repose sur le web participatif : « Il s'agit d'espaces communautaires, et notamment de forums, où des internautes échangent de grandes quantités d'informations »¹⁴⁷². Il s'agit d'une nébuleuse portée à l'attention de ceux qui, par manque de temps ou de connaissance, ne peuvent valablement s'investir dans une étude scientifique « traditionnelle ». Le scientifique Gunther Eysenbach les nomme les « apomédiaires »¹⁴⁷³, relations brumeuses et indéfinies entre collègues de forum, qui représentent notre enracinement dans l'étude de la nouvelle information, et permettant d'asseoir une confiance, forte ou faible, durable ou éphémère, que nous accordons - à l'image du professionnel de santé - précisément à l'autre.

1019. Les trois éléments précités s'équilibrent les uns et les autres : les blogs bénéficient d'une visibilité certaine grâce à Google et à la publicité qui peut en être faite sur le web participatif.

1020. *Une nouvelle information déstabilisante.* Il faut reconnaître que les forums participatifs en ligne sont particulièrement bien mis en valeur dans les classements des moteurs de recherche. Cela est dû au fait qu'ils posent, de toute évidence, les vraies interrogations du public, et apportent un certain nombre de réponses - plus ou moins

¹⁴⁷¹ DUPAGNE D., « Les nouvelles informations en santé », *Op. cit.*

¹⁴⁷² SILBER D., « Médecine 2.0 : les enjeux de la médecine participative », *La Presse médicale*, 38, 10, octobre 2009 (DOI : 10.1016/j.lpm.2009.06.011).

¹⁴⁷³ EYSENBACH G., « Medicine 2.0: social networking, collaboration, participation, apomediation, and openness », *J. Med. Internet Res.*, 10 (3), e22, 2008 (www.jmir.org/2008/3/e22/ DOI : 10.2196/jmir.1030).

satisfaisantes - qui ne sont habituellement pas traitées par l'information traditionnelle. Les préoccupations des lecteurs semblent être davantage prises en considération par l'Internet ou, du moins, semble-t-il pouvoir y apporter une réponse - si ce n'est plus efficacement - plus rapidement.

1021. Ce partage de la nouvelle information sanitaire, qui inclut en son sein de bien novices acteurs, a incontrôlablement déstabilisé le pouvoir politique et médical. Il a ainsi été souhaité d'imposer aux sites santé décriés des liens vers les sites institutionnels plus traditionnels. Le législateur passe en force en 2004¹⁴⁷⁴, en imposant à la HAS de réaliser une certification - unique au monde - des sites de santé, trahissant ainsi, pour certains, sa méconnaissance de l'Internet. Le bilan semble aujourd'hui partiel, dans la mesure où il n'existe aujourd'hui aucune étude démontrant que la certification HAS-HON¹⁴⁷⁵ a véritablement influencé la qualité et la fiabilité de la sélection d'informations livrées au public.

1022. Il sera en tout état de cause constaté que cette nouvelle information se transmet dans un contexte particulier, au sein duquel la vie privée est souvent balayée (**B.**).

B. Un contexte particulier

1023. *Société de surveillance et conservation de la vie privée.* Le journal anglais *The Economist* adressait à ses lecteurs, à la fin du XXème siècle l'avertissement suivant, : « Attention, vous êtes sans arrêt surveillés. Payez en liquide chaque fois que vous pouvez. À moins d'y être absolument contraint, ne donnez ni votre numéro de téléphone, ni votre numéro de carte bancaire, ni votre numéro de sécurité sociale. Ne remplissez pas de

¹⁴⁷⁴ CSS, art. L. 161-38, Version en vigueur du 17 août 2004 au 27 fév. 2007 : « La Haute Autorité de santé est chargée d'établir une procédure de certification des sites informatiques dédiés à la santé et des logiciels d'aide à la prescription médicale ayant respecté un ensemble de règles de bonne pratique » (Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie) ; art. R. 161-75 : « La Haute Autorité de santé détermine les règles de bonne pratique devant être respectées par les sites informatiques dédiés à la santé et les logiciels d'aide à la prescription médicale pour lesquels la certification mentionnée à l'article L. 161-38 est demandée. Elle définit les modalités de cette certification » (Décret n° 2004-1139 du 26 oct. 2004 relatif à la Haute Autorité de santé et modifiant le code de la sécurité sociale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) et le Code de la santé publique (partie réglementaire)).

¹⁴⁷⁵ La fondation Health On the Net (HON), Organisation Non Gouvernementale, effectue l'activité de certification des sites de santé depuis 1996. HON est l'organisme de certification accrédité par la Haute Autorité de Santé (HAS) de novembre 2007 à juillet 2013 pour certifier les sites de santé en France.

questionnaire, ne répondez pas aux télévendeurs. Vérifiez fréquemment vos dossiers médicaux. Ne laissez jamais votre portable allumé, on peut suivre vos déplacements. N'utilisez pas les cartes de crédit ou de remises proposées par les grands magasins. Si vous devez absolument utiliser internet, cryptez votre e-mail, ne donnez jamais votre vrai nom quand vous vous enregistrez sur un site web. Au travail, partez du principe que vos appels téléphoniques, votre messagerie vocale, votre boîte aux lettres électronique et l'utilisation de votre ordinateur sont tous placés sous surveillance [...]. Tenter de restaurer la sphère de vie privée qui semblait solide dans les années 1970 relève désormais de la chimère [...]. Les gens devront se faire à l'idée qu'ils ne disposent tout simplement plus de vie privée. Ce fait constituera l'un des changements sociaux les plus profonds de l'époque moderne »¹⁴⁷⁶. Le journal ajoutait enfin : « L'époque de l'anonymat urbain apparaît d'ores et déjà comme un bref intermède historique. Il existe pourtant une différence entre le passé et l'avenir : dans un village, tout le monde savait tout sur les affaires de tout le monde. À l'avenir, aucun individu ne saura exactement qui sait quoi sur lui. Une situation guère rassurante, face à laquelle le meilleur conseil pourrait être : "Prenez-en l'habitude" »¹⁴⁷⁷.

1024. Sans être aussi alarmiste, nous précisons que s'il existe une jonchée de techniques permettant, à divers niveaux, la protection de la vie privée¹⁴⁷⁸, de nombreuses technologies d'observation indirecte se sont progressivement et historiquement épanouies, représentant dès lors un véritable danger pour la vie privée. En effet, la promiscuité physique n'est plus une condition obligatoire à l'observation individuelle ; inversement, le développement des nouvelles technologies à la fin du XXème siècle - et au XXIème plus encore - permet de récolter de nombreuses et précieuses informations à distance : l'écoute et l'observation se sont déplacées de « derrière la porte » à « derrière son poste »¹⁴⁷⁹, qui contrairement à une idée reçue¹⁴⁸⁰, n'assure pas l'invisibilité de l'utilisateur. Ne trouve pas l'anneau de

¹⁴⁷⁶ Cité par ADER B., « La protection de la vie privée en droit positif français », *LEGICOM* 1999/4 (n° 20), p. 5-8. DOI 10.3917/legi.020.0005.

¹⁴⁷⁷ Article cité dans *Courrier international*, n° 474 du 2 décembre 1999, p. 43.

¹⁴⁷⁸ Rideaux occultant, verrous, logiciels *anti-spamming*...

¹⁴⁷⁹ V. en ce sens : ROCHELANDET F., *Économie des données personnelles et de la vie privée*, *Op. cit.*

¹⁴⁸⁰ En témoignent les nombreux commentaires jonchant lamentablement les articles de presses ou forums en ligne, véritables amasements de haine et de bêtise, et qui ne seraient très certainement pas proférés si l'écran n'assurait pas une puissante barrière entre l'utilisateur, se pensant intouchable, voire invisible, et les tiers.

Gygès¹⁴⁸¹ qui veut, et force est de constater que l'Internet ne sert pas, bien au contraire, l'invisibilité. Ainsi, « les progrès récents des sciences et des techniques, qui ont rendu les communications entre les hommes plus nombreuses, plus faciles et plus rapides, ont eu pour contrepartie de faire naître de graves menaces pour le secret de leur vie privée. Sa protection est ainsi confrontée aujourd'hui avec une difficulté d'ordre technique »¹⁴⁸². Elle doit par ailleurs s'épanouir aux côtés de la liberté de communication et d'expression¹⁴⁸³, qui peut trouver une illustration certaine au sein des nouvelles technologies de communication¹⁴⁸⁴.

1025. Société de surveillance et société connectée. Bien que l'accent soit souvent mis sur les avantages à tirer du progrès technique que sur ses dangers et inconvénients, soulignons que la complexité des relations sociales qu'il est possible de tisser grâce aux nouvelles technologies de communication doit être mise en opposition avec les moyens de contrôle et de surveillance - au rang desquelles la géolocalisation¹⁴⁸⁵ figure - que ces dernières permettent, comme jamais jusqu'alors. Or, tout ce qui est exécutable ne doit pas être fatalement accompli. Si comme l'affirme le Professeur Malaurie, « un droit n'existe vraiment que lorsqu'il est menacé »¹⁴⁸⁶, il semble obligatoire aujourd'hui de contrôler les utilisations possibles du progrès technique dans la récolte et l'utilisation de l'information et des données personnelles, au sein d'une société où les relations sociales sont progressivement dématérialisées. Cette thématique interroge équitablement le philosophe, le sociologue et le juriste. Pour ce dernier, la législation « doit déterminer si les équilibres qui avaient été inventés dans les années soixante-dix et qui ont pu être modifiés avec l'avènement d'internet et de la téléphonie mobile sont encore efficaces et adaptés à l'ère

¹⁴⁸¹ L'Anneau de Gygès est une fable racontée par Platon au début du deuxième livre de La République : PLATON, *La République*, trad. Georges Leroux, Éd. Flammarion, coll. Garnier, Paris, 2002. Inspirée d'Hérodote, elle raconte l'histoire de Gygès qui trouve un anneau qui lui permet de devenir invisible.

¹⁴⁸² KAYSER P., *La protection de la vie privée*, *Op. cit.*

¹⁴⁸³ Reconnue comme un droit de l'homme par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et considérée comme une liberté constitutionnelle par le Conseil constitutionnel.

¹⁴⁸⁴ KAYSER P., *La protection de la vie privée*, *Op. cit.*

¹⁴⁸⁵ « Grâce à notre service de localisation, vous allez pouvoir localiser n'importe quel téléphone portable iPhone ou Android quel que soit l'opérateur, nos algorithmes vont vous permettre de localiser un portable partout en Europe » : <http://geolocalisation-telephone.fr/>, consultée le 4 sept. 2017 ; « Dites-nous où vous êtes, nous saurons quoi vous vendre. Du marketing à la logistique, les applications de géolocalisation, boostées par l'explosion des smartphones, semblent infinies... », v. COOP W., GLESS E., ROVIRA D., Géolocalisation, l'incroyable business, http://lentreprise.lexpress.fr/marketing-vente/geolocalisation-l-incroyable-business_1505222.html, consultée le 4 sept. 2017.

¹⁴⁸⁶ MALAURIE, P., *Droit civil, les personnes et les incapacités*, Defrenois, 2004, p. 99.

des communications électroniques »¹⁴⁸⁷ (v. *Chapitre II.*). Le philosophe et le sociologue relèveront probablement et paradoxalement que la publicité de la vie¹⁴⁸⁸ permet la prise de conscience des enjeux de la vie privée.

1026. Considérons la génération native du numérique - les adolescents. Il n'est pas rare d'entendre dire qu'ils n'auraient pas - ou plus - conscience de la vie privée et, qu'à l'image des préconisations mises en exergue par *The Economist*, ils auraient « pris l'habitude » de la dépasser. De telles affirmations semblent à plusieurs égards erronées. Premièrement, le débat relatif à la vie privée ne semble absolument pas dépassé, et ne semble même n'avoir jamais autant été d'actualité. Par suite, il semble que les adolescents - ou les internautes - possèdent une conception - probablement générationnelle - qui diffère de celles de leurs prédécesseurs¹⁴⁸⁹, qui n'ont pas grandi avec Google et Facebook, sans que cela ne soit synonyme d'une absence de considération pour la vie privée. Comme le souligne la chercheuse danah boyd¹⁴⁹⁰, « la vie privée n'est pas une technologie binaire que l'on peut allumer ou éteindre. La vie privée renvoie au fait de pouvoir contrôler la situation, de pouvoir contrôler quelle information va où, et d'avoir la possibilité d'en réajuster le flux de manière appropriée lorsque l'information déborde ou va trop loin. Les gens se préoccupent de leur vie privée parce qu'ils ont peur d'en perdre le contrôle. » Quand un adolescent affirme qu'il vit de manière publique par défaut, et privée lorsque le besoin s'en fait ressentir, cela ne signifie pas que la vie privée est une notion en voie de disparition. Au contraire, affirme danah boyd, cela illustre la considération qui est portée à la notion : « Quand, par défaut, notre vie est privée, on doit faire attention à ce que l'on rend public. Mais quand, par défaut, ce que l'on fait est public, on devient très conscient des enjeux liés à la vie privée. Et je pense que les gens n'ont jamais été autant soucieux de leur vie privée. Parce que l'on ne veut pas partager tout ce que l'on fait, tout le temps, avec tout le monde et n'importe qui »¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁷ LE CLAINCHE J., *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, Sous la direction de Nathalie Mallet-Poujol et de Jean Frayssinet, 2008, Montpellier.

¹⁴⁸⁸ Réseaux publics et sociaux.

¹⁴⁸⁹ Ce qui semble tout à fait acceptable au vu de la subjectivité de l'acception de la notion.

¹⁴⁹⁰ Qui insiste pour que son nom et prénom soient écrits sans majuscules.

¹⁴⁹¹ Cité par : MANACH J.-M., « La vie privée, un problème de vieux cons ? », *Op. cit.*

1027. Ce « conflit générationnel » pose la question, plus globalement - déjà abordée au sein du présent travail - de la transparence et, plus spécifiquement, de son rapport à la démocratie.

1028. *Transparence et démocratie.* « Aucun régime totalitaire ne survivrait dans une transparence totale. Pas de corruption possible, pas de secret-défense, pas de mot de passe. (...) Tout le monde saurait que je couche avec la femme du voisin ? La société n'a qu'à s'adapter à ce fait nouveau et au final ça n'intéresserait plus personne (à part le voisin) passé l'attrait de la nouveauté. Parce que ça ne servirait à rien de vouloir découvrir ce que ne cache pas son voisin »¹⁴⁹².

1029. Au contraire, l'auteur Lawrence Lessing, fondateur du Centre pour l'internet et la société à l'école de droit de Stanford, estime qu'une société entièrement transparente est délibérément assimilable à une société totalitaire, la transparence affaiblissant la démocratie plus qu'elle ne l'affermisse. Ce dernier redoute que ce « mouvement de la transparence nue », s'il est mené sans une initiation à la complexité de la totale disponibilité de l'information, ne finisse par encourager un certain dégoût, risquant d'amoindrir la confiance placée dans notre système politique. Il est communément admis que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres ; ne faudrait-il pas entendre, dès lors, que « la liberté des uns commence là où elle confirme celle des autres »¹⁴⁹³.

1030. Face au « totalitarisme » - le mot employé est volontairement pléthorique - de la transparence et à la « société de surveillance », la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) veille à assurer le respect de la vie privée des citoyens. Son rôle semble néanmoins limité.

1031. *Le rôle pratiquement limité de la CNIL.* Depuis des années, l'ancien président de la CNIL, Alex Türk, répète à qui veut bien l'entendre que la société de surveillance est une certitude aux antipodes des fantasmes romanesques auxquels il est permis de penser lorsqu'on l'évoque, et qu'elle fait désormais partie de notre quotidien « sans que l'on en prenne forcément bien la mesure »¹⁴⁹⁴. Les problèmes qu'ils soulèvent semblent dès lors politiques ; Alex Türk dénonce le fait que l'autorité de la CNIL soit bien trop souvent

¹⁴⁹² MANACH J.-M., *Ibid.*

¹⁴⁹³ V. en ce sens : MANACH J.-M., *Ibid.*, p. 64.

¹⁴⁹⁴ MANACH J.-M., *Ibid.*, p. 82.

contournée, afin notamment de l'empêcher de se prononcer sur un dossier dont la portée souhaite être étendue, sous prétexte qu'elle aurait déjà donné un accord initial à ce sujet. L'ancien Président souhaite également que soit développée une Convention universelle de la protection des données, « instrument juridique contraignant [qui] devrait être une grande Déclaration des droits, consacrant la reconnaissance d'un droit universel à la protection des données et de la vie privée »¹⁴⁹⁵. Ce dernier rapporte enfin un certain nombre d'aberrations au sein du Système de traitement des infractions constatées (STIC), qui tendraient notamment à augmenter la durée de conservation du fichier de cinq à vingt, voire quarante ans, à faire d'une victime un suspect¹⁴⁹⁶, à mentionner certaines informations douteuses¹⁴⁹⁷, ou à ne pas permettre la traçabilité des consultations du STIC¹⁴⁹⁸.

1032. Bien que le renforcement de sa politique de communication soit un de ses objectifs majeurs depuis 2004, il est constant que la CNIL ne rend que trop peu publiques ses décisions de sanction, gardant ainsi secrets les exemples concrets de violation de la loi ; cela pourrait pourtant permettre d'informer et de sensibiliser la société civile à ce propos. Quelques dizaines d'affaires ont été portées à la connaissance du public ; dès lors apprend-on que « deux études d'huissiers avaient truffé leurs fichiers de commentaires quelque peu désobligeants et contraires à la loi »¹⁴⁹⁹, que le passe KorriGo du métro rennais ne respectait pas la loi, tout comme le fichier clients de Cdiscount, que plusieurs banques inscrivent de façon pour le moins cavalière certains de leurs clients au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), que des sociétés de recouvrement ont illégalement constitué des listes noires, que la Fédération française d'équitation ne respectait pas la sécurité de son dispositif de vote électronique, et que suite à une erreur

¹⁴⁹⁵ V. Résolution de Madrid, 4-6 novembre 2009, sans effet juridique contraignant jusqu'à aujourd'hui.

¹⁴⁹⁶ Alex Türk s'étonne notamment de l'utilisation qui est faite du STIC à l'occasion des « enquêtes administratives » faites pour jauger la « moralité » des salariés afin d'être habilités à travailler. Après avoir découvert que ces enquêtes de police administrative avaient entraîné un million de consultations l'an passé (soit 5% du total), la CNIL s'est en fait aperçue que ce chiffre était grossièrement sous-évalué, la majeure partie des policiers consultant le volet de police judiciaire, et non celui des enquêtes administratives, des fichiers.

¹⁴⁹⁷ Par ex. : « travesti » ou « homosexuel ».

¹⁴⁹⁸ 120 vérifications en 2009, sur plus de 20 millions de consultations, soit moins de 0,0006% de contrôle.

¹⁴⁹⁹ Aussi graves que « vieil hystérique violent », « idiot fini », « est en prison pour viol de ses enfants », « deb en maladie cancer avec métastase », « cancer rate et rein », ou encore « vit dans taudis » ; V. Délibération n° 2009-466 du 9 juillet 2009 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la SCP Y.

informatique, Free avait inclus - et non exclus - dans son annuaire électronique les coordonnées des personnes inscrites sur la liste rouge »¹⁵⁰⁰.

1033. Le journaliste Jean-Marc Manach déplore à ce propos que la CNIL ne communique pas davantage les noms et coordonnées des entreprises ou institutions françaises qui ne respectent pas la loi qu'elle incarne, ce qui empêche toute mesure d'un certain nombre de problématiques relatives à la vie privée. Il souligne en revanche que la CNIL publie une liste non exhaustive des organismes à contrôler, ce qui a pour effet direct de les préparer, en amont, à un tel contrôle.

1034. Couplée au contexte socio-politique qui est actuellement le nôtre, la nouvelle information sanitaire semble incontestablement atteindre la vie privée du « patient connecté » - ou du citoyen curieux en « simple » quête d'une information sanitaire. En effet, la recherche d'une telle information se fait au prix d'un certain « fichage » attentatoire, à n'en pas douter, à la vie privée.

1035. *L'accès à la nouvelle information sanitaire au prix du fichage.* La recherche d'une information sanitaire sur Internet, via des sites ou forums spécialisé, laisse nécessairement des « traces » qui sont « journalisées et indexées grâce à l'adresse IP qui identifie le sous-réseau de connexion et l'adresse MAC qui identifie la machine utilisée sur Internet »¹⁵⁰¹. Dès lors, lorsque l'utilisateur consulte des sites relatifs à certaines affections,

¹⁵⁰⁰ « Aux États-Unis, la majorité des États oblige les entreprises et administrations qui ont perdu ou se font voler des données confidentielles de leurs clients à en alerter ces derniers, afin, notamment, d'éviter qu'ils ne fassent l'objet d'usurpation d'identité. Entièrement consacré aux pertes de données, le site DataLossDB rapporte qu'en 2004, les e-mails de 30 millions d'abonnés à AOL avaient été vendus à des spammers, qu'en 2008, l'opérateur de téléphonie T-Mobile avait perdu un disque contenant les références de 17 millions de ses clients, et qu'on avait, en revanche, retrouvé les noms, adresses et numéros de sécurité sociale de 11 millions de coréens dans deux CD jetés à la poubelle, qu'en janvier 2009, 130 millions d'identifiants de paiement bancaires avaient été dérobés par un pirate, et qu'en octobre de la même année, un disque dur comportant les dossiers de 70 millions de vétérans avait été envoyé en réparation puis en recyclage, sans que les données n'aient été effacées ni sécurisées au préalable... L'administration britannique publie régulièrement le nombre d'ordinateurs portables ou de disques durs de fonctionnaires ou de militaires qui ont été perdus, ou volés. C'est ainsi qu'on a appris qu'en 2007, deux CD-ROM contenant les données personnelles de 25 millions de bénéficiaires des allocations familiales (soit près de la moitié des britanniques), avaient été perdus. En France, rien, tout se passe bien. Aucune banque, aucun fournisseur d'accès à l'internet, aucun organisme de prestations sociales n'a jamais compromis les données personnelles, sensibles, de ceux qui y sont fichés. Les problèmes de perte ou de compromission de données personnelles, c'est un peu comme le nuage de Tchernobyl : les dégâts sont bien réels, mais ils s'arrêtent à nos frontières » : MANACH J.-M., *Op. cit.*

¹⁵⁰¹ COLLOC J., « Santé et Big Data : l'État et les individus, impuissants face aux pouvoirs des réseaux », *L'Espace Politique*, Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique, 26 | 2015-2.

actes thérapeutiques ou traitements, les adresses explorées sont cataloguées à l'aide des identifiants IP et MAC, ce qui permet de créer, avec une certitude relative convenons-en, son profil de santé¹⁵⁰². Un utilisateur qui prospecte à maintes reprises des adresses relatives au diabète laisse penser qu'il peut être atteint d'une telle affection.

1036. Bien sûr, on pourra arguer que « si je n'ai rien à me reprocher, je n'ai rien à cacher ». À ce propos, Tristan Nitot, fondateur de Mozilla Europe, à l'origine du navigateur Firefox, résume la problématique : « Les jeunes filles cherchant « avortement » ou « SIDA » sur Google après un rapport sexuel à risque, les adolescents en crise qui y tapent « comment faire une bombe atomique » ou « rejoindre Al-Qaïda » sur Google, les déprimés qui cherchent « comment se suicider », ou encore les amoureux qui cherchent un « sextoy » ne font rien de mal. Mais, si l'on suit le raisonnement d'Éric Schmidt¹⁵⁰³, ils ne devraient pas le faire »¹⁵⁰⁴.

1037. Ainsi, il est certain que les « traces » laissées constituent des données de santé accumulées qui sont plus ou moins secrètement exploitées par une tierce partie à l'aide de techniques d'analyse sémantique du Big Data¹⁵⁰⁵ identiques à celles qui sont privilégiées pour pointer et contacter les éventuels acheteurs d'un produit ou d'un service (*sur l'exploitation marketing et commerciale des données de santé, v. Section II.*). La donnée de santé est ainsi facilement assimilée à une donnée personnelle plus « traditionnelle », telle que peut l'être la donnée commerciale.

1038. La modification de l'accès à l'information de santé, ainsi que la variation de l'information elle-même, si elles semblent jouer un rôle bénéfique auprès du patient, ne sont pas sans risque pour sa vie privée. Le fait que le patient se mette à la recherche d'une nouvelle information de santé en consultant une source autre qu'un professionnel de santé témoigne déjà d'une certaine modification de la - Internet se substituant au professionnel de santé. Un tel phénomène s'accompagne au surplus d'une évolution de cette relation, rendue possible par l'émergence d'un acteur tiers, pris en la personne d'Internet, et d'une

¹⁵⁰² COLLOC J., *Ibid.*

¹⁵⁰³ Ex-PDG de Google, actuel président exécutif du conseil d'administration de l'entreprise.

¹⁵⁰⁴ MANACH J.-M., « La vie privée, un problème de vieux cons ? », *Op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁰⁵ Logiciels de *Customer Relationship Management* (CRM), ou Gestion de la Relation Client.

progression du statut du patient, qui témoigne également de la régression du champ d'application de la vie privée (2°§.).

2°§. Évolution de la relation de soin et du statut du patient

1039. L'évolution de la relation de soin présentement mentionnée a trait à l'émergence d'un acteur tiers en son sein. Si la substitution de l'Internet au professionnel de santé a été précédemment abordée (v. 1°§.), il sera question de dépasser cette substitution afin d'analyser l'hypothèse où l'Internet se positionne en « troisième » acteur de la relation de soin ; ce faisant, le colloque singulier en est bouleversé (A.). En outre, qu'Internet soit analysé comme un acteur substitué ou tiers, son émergence au sein de la relation de soin permet au statut du patient de prendre un nouveau tournant (B.).

A. Le colloque singulier nébuleusement bouleversé

1040. Après avoir analysé comment l'Internet intervient auprès du patient afin de lui apporter une nouvelle information de santé, il sera présentement question de caractériser son action au sein la relation entre le patient et le médecin, communément nommée « colloque singulier ». Les réponses à cette caractérisation s'inscrivent au sein d'un débat opposant deux idéologies opposées : celle qui présente l'Internet comme une contribution certaine à la responsabilisation et à l'autonomisation du patient ; celle qui assimile l'Internet à une rupture du contrat de confiance, à une source d'informations mensongères où règnent bonimenteurs et autres guérisseurs. La loi elle-même témoigne de cette ambivalence : elle peut missionner la HAS de certifier et hiérarchiser les sites de santé¹⁵⁰⁶, et soutenir le développement de la télémédecine¹⁵⁰⁷, ou encadrer l'ouverture et l'accès aux données de santé (v. *Chapitre II*). Dès lors, quel est l'impact d'Internet sur le colloque singulier sous-entendu par la relation de soin¹⁵⁰⁸ ?

¹⁵⁰⁶ « La Haute Autorité de santé est chargée d'établir une procédure de certification des sites informatiques dédiés à la sante », art. L. 161-38 de la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

¹⁵⁰⁷ Décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010.

¹⁵⁰⁸ Exception faite de la télémédecine et des TIC.

1041. *Un tiers omniprésent.* Si l'Internet est un outil plébiscité par le patient, sa présence au sein du cabinet du médecin est également une réalité¹⁵⁰⁹. De nombreuses études illustrent une véritable utilisation de l'Internet, habituellement considéré par les professionnels comme une abondante bibliothèque à l'accès bien aisé. Plus de 50% d'entre eux en feraient une utilisation quotidienne dans le cadre de leur activité professionnelle¹⁵¹⁰, estimant y trouver une information estimée - majoritairement - pertinente. Symétriquement, son utilisation par les patients est elle aussi avérée et soutenue.

1042. La généralisation actuelle de l'Internet est incontestable : sept Français sur dix sont « connectés »¹⁵¹¹ et plus de deux foyers sur trois ont un accès à Internet¹⁵¹². La « fracture numérique » dont on faisait état au début des années 2000 peut être aujourd'hui raisonnablement remise en cause. Toutefois, « il faut noter que cette généralisation ne rend pas tous les usagers égaux : les formes d'utilisation, le degré d'approfondissement, les types mêmes d'applications mobilisées et leur utilisation¹⁵¹³, la capacité à formuler les équations de recherche ou à rédiger des messages sont directement influencés par le niveau d'éducation des personnes et leur âge »¹⁵¹⁴ ; ceci est vrai non seulement pour la recherche d'informations mais aussi pour l'utilisation de procédés électroniques basiques, comme l'envoi d'un courriel¹⁵¹⁵. Concernant les professionnels de santé, leur utilisation de l'Internet n'est pas non plus équitablement répartie¹⁵¹⁶ ; « ceux qui sont spécialistes, de sexe masculin, exercent dans différents espaces de soin et combinent pratique clinique et recherche, en ont une appréciation plus positive et une utilisation plus intensive »¹⁵¹⁷.

¹⁵⁰⁹ V. en ce sens : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Les Tribunes de la santé* 2010/4 (n° 29), p. 41-48. DOI 10.3917/seve.029.004.

¹⁵¹⁰ LUPIAÑEZ-VILLANUEVA F., HARDEY M., TORRENT J., FICAPAL P., « The integration of information and communication technology into medical practice », *International Journal of Medical Informatics*, 79, 7, 478-491, 2010.

¹⁵¹¹ En ce sens qu'ils possèdent un accès - mobile ou fixe - à Internet - en septembre 2010.

¹⁵¹² Données Médiamétrie/NetRatings, octobre 2010.

¹⁵¹³ WYATT S., HENWOOD F., HART A., SMITH J., « L'extension des territoires du patient : Internet et santé au quotidien », *Sciences sociales et Santé*, 22, 1, 2004., cité par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

¹⁵¹⁴ MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Ibid.*

¹⁵¹⁵ FERGUSON T., « The first generation of e-patients », *BMJ*, 328, 1148-1149, 2004; YE J., RUST G., FRY-JOHN-SON Y., STROTHERS H., « E-mail in patient-provider communication: a systematic review », *Patient Educ. Couns.*, 80, 2, 266-273, 2009, cité par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Ibid.*

¹⁵¹⁶ HARDEY M., « Internet et société : reconfiguration du patient ou de la médecine ? », *Sciences sociales et Santé*, 22, 1, 2004.

¹⁵¹⁷ LUPIAÑEZ-VILLANUEVA et al., *Op. cit.*

Enfin, le fait que le professionnel bénéficie d'un accès à Internet à son domicile semble jouer un rôle certain dans la perception qu'il pourra avoir du web santé¹⁵¹⁸.

1043. « La présence d'Internet est massive de part et d'autre : patients et médecins sont désormais aussi des internautes ayant regardé, consulté, assimilé, apporté, fabriqué, déformé... de l'information en lien avec les questions de santé qui les intéressent »¹⁵¹⁹.

1044. *Un « non-outil » de communication personnelle et collective*¹⁵²⁰. Par le biais du professionnel ou du patient, Internet a fait irruption au sein du cabinet médical, en tant que tiers imposé plus que comme élément complémentaire attendu, reconnu et nécessaire à l'établissement de la relation de soin. Ainsi, il n'est que très peu reconnu au titre de vecteur d'informations entre le professionnel et le patient, de sorte que le courriel, qui est à n'en pas douter l'outil de communication le plus répandu de nos jours¹⁵²¹, ne serait pas l'outil le plus privilégié par les acteurs de la relation de soin souhaitant échanger des informations¹⁵²².

1045. Une enquête en ligne révèle que 21% des médecins barcelonais¹⁵²³ disent avoir recours au courriel pour communiquer avec leurs patients. Les résultats sont encore inférieurs dès lors qu'il est demandé aux patients s'ils bénéficient des contacts électroniques de leurs professionnels de santé : en Europe, en 2010, moins de 5 % des patients auraient communiqué avec leurs médecins par courriel, afin de demander un renouvellement d'ordonnance (2 %) ou un rendez-vous¹⁵²⁴ (3%). Au vu de la sécurité partielle des informations transmises par courriel, le désintérêt pour ce moyen de communication en matière sanitaire privilégie le respect de la vie privée. La relation de

¹⁵¹⁸ BARNOY S., PRUSS D., EHRENFELD M., KUSHNIR T., « Factors affecting nurses' attitudes towards patients who present them with medical Internet information », *Nursing Outlook*, 56, 6, 2008, cite par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

¹⁵¹⁹ MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Ibid.*

¹⁵²⁰ L'expression est empruntée à : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

¹⁵²¹ En raison de ses caractéristiques intrinsèques que sont la simplicité et la rapidité.

¹⁵²² PATT M.R., HOUSTON T.K., JENCKES M.W., SANDS D.Z., FORD D.E., « Doctors who are using e-mail with their patients : a qualitative exploration », *Journal of Medical Internet Research*, 5, 2, e9, 2003, cite par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

¹⁵²³ LUPIAÑEZ-VILLANUEVA et al., *Op. cit.*

¹⁵²⁴ SANTANA S., LAUSEN B., BUJNOWSKA-FEDAK M., CHRONAKI C., KUMMERVOLD P.E., RASMUSSEN J., SORENSEN T., « Online communication between doctors and patients in Europe : status and perspectives », *Journal of Medical Internet Research*, 12, 2, e20, 2010., cité par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

soin évolue, mais le colloque singulier reste, sur ce point entendons-nous, un gage de respect de la vie privée, qui n'en demeure pas moins inébranlable. Cette affirmation est avalisée par le fait que la communication collective, via Internet, reste tout à fait exceptionnelle au sein du colloque singulier.

1046. Même si les recensements des sites de professionnels de santé, et notamment des médecins, sont peu nombreux, quelques études soulignent leur rareté - par rapport à la démographie médicale. Une enquête relative à trois spécialités médicales¹⁵²⁵ dans trois régions françaises révèle que le nombre de médecins possédant un site Internet relatif à leur activité professionnelle est inférieur à 1 %. Ces derniers ne comportent généralement que des données d'ordre pratique et logistique, tels que l'adresse et les horaires, auxquelles s'adjoignent exceptionnellement certaines informations d'ordre médical très général.

1047. Dès lors, s'il existe d'innombrables sites ayant trait à la santé, gérés parfois directement ou indirectement par des professionnels, soulignons qu'ils ne s'apparentent pas, à l'image des forums connectés, à des lieux d'échange de l'information de santé entre médecins et patients. Il est à souligner que la majorité des sites compartimente les sections réservées aux patients et aux médecins ; rares sont les pages mixtes, listes et forums de discussion directes entre médecins et patients¹⁵²⁶.

1048. Dès lors, si l'Internet est présent dans la consultation médicale, et peut être assimilé à un tiers acteurs, ce dernier ne s'immisce pas entre le professionnel et son patient, mais bien à leurs côtés respectifs ; le colloque singulier évolue mais n'est pas diamétralement modifié. Les atteintes à la vie privée peuvent dès lors être davantage constatées lorsque les deux acteurs recherchent ou partagent individuellement une information de santé sur Internet, que lorsqu'ils interagissent entre eux au sein du colloque singulier. La problématique repose sur le fait qu'Internet a réduit les recours au colloque singulier, dans la mesure où il semble être plus consulté que le professionnel en matière de mieux-être, de bien-être, de prévention ou d'informations de santé. Cette modification comportementale et habituelle questionne l'atteinte à la vie privée, pour les raisons qui ont été précédemment

¹⁵²⁵ Il s'agit de la dermatologie, l'ophtalmologie et la pédiatrie, en Île-de-France, PACA et Rhône-Alpes ; soit des disciplines d'exercice en cabinet, car la plupart des établissements de soin ont leur site.

¹⁵²⁶ AKRICH M., MEADEL C., « Les échanges entre patients sur l'Internet », *La Presse médicale*, (38), 1484-1493, 2009 ; « Internet : intrus ou médiateur dans la relation patient-médecine ? », *Santé, Société, Solidarité*, 87-92, 2009.

exposées (risque de fichage, création d'un profil médical à distance). Il est dès lors légitime de se questionner sur le caractère menaçant ou bénéfique de cette nouvelle information de santé.

1049. *L'information, menace ou bénéfice à la relation de soin ?* Le patient potentiellement mieux informé agite le corps médical¹⁵²⁷. Un rapport au président de la République, daté de novembre 2010 consacré à la médecine de proximité par une ancienne ministre de la santé¹⁵²⁸, illustre cet agitation : « La société de l'information dans laquelle nous vivons a placé Internet et les sites auxquels on accède au rang de premier informateur des patients, le diagnostic étant souvent établi avant la consultation avec son médecin traitant et bien évidemment toujours dans le sens le plus catastrophique. Cela complique la relation avec la patientèle voire en dénature la qualité, tant il peut être difficile de refuser la prescription des examens complémentaires mentionnés sur le site consulté »¹⁵²⁹.

1050. Cette affirmation illustre plus une modification qu'une évolution de la relation de soin. Une certaine doctrine craint dès lors un double danger : « que le médecin substitue à la sollicitude le rempart du droit du patient pour se démettre de sa responsabilité et renvoyer le malade à la solitude de son « autonomie » ; que le patient pense pouvoir se dispenser de la confiance faite hier au médecin « paternaliste » en assimilant à la hâte l'utilisateur du système de santé au consommateur de soins »¹⁵³⁰ (v. **B.**). La nouvelle information médicale est ainsi assimilée à une concurrence certaine à l'autorité médicale, fondée, elle, sur le savoir. Cette mise en concurrence est illustrée par le fait que le patient a accès à des informations relatives à son état de santé avant même le professionnel de santé qu'il consulte - si consultation il y a.

1051. Néanmoins, dans la majeure partie des cas, les études démontrent que les recherches d'informations par le patient ne visent la remise en cause du savoir, de la compétence ou de l'autorité médicale qui sont aux mains du médecin. Les conclusions sont unanimes à ce propos : les patients qui recherchent une information, ou s'expriment sur Internet, tiennent absolument à respecter le partage des rôles et les attributions du médecin, et ne développent dès lors que très rarement de sentiments sceptiques visant à remettre en

¹⁵²⁷ DUPAGNE D., « Les nouvelles informations en santé », *Op. cit.*, p. 33-40.

¹⁵²⁸ Dr. Élisabeth Hubert.

¹⁵²⁹ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000622.pdf>

¹⁵³⁰ V. en ce sens : PIERRON J.-P., « Une nouvelle figure du patient ? Les transformations contemporaines de la relation de soins », *Sciences Sociales et Santé*, vol. 25, n° 2, juin 2007.

cause la confiance accordée au corps médical. La recherche d'informations s'adjoint à la consultation médicale, et ne se place pas en concurrente visant à la remplacer. C'est en ce sens que la relation de soin évolue, mais n'est pas bouleversée à ce sujet. On observe même un effet parfois opposé. Ainsi, un chercheur¹⁵³¹ a même mis en lumière un « paternalisme inversé », visant à préserver le médecin d'un sentiment de remise en cause de sa compétence ; les patients réfléchissent à la manière de poser des questions à leur médecin tout en évitant le désormais fameux « J'ai lu/vu sur Internet », craignant souvent d'être en possession d'une mauvaise information.

1052. *La mauvaise information.* « La nuit dernière, Internet m'a sauvé la vie ». L'intitulé du rapport de l'entreprise de télémédecine britannique « *PushDoctor* » est sans appel¹⁵³². Néanmoins, sur le millier de patients et professionnels ayant pris part au sondage, il apparaît que 36% des Britanniques utilisent les nouvelles technologies - dont Internet mais pas uniquement (*v. Section II.*) - pour améliorer ou mesurer leur santé, mais que 69% trouvent les informations disponibles peu fiables ou contradictoires. Dès lors, une hypothèse problématique, jusqu'alors volontairement éludée car n'ayant pas de rapport direct avec la vie privée du patient, a trait aux conséquences qu'une information de mauvaise qualité pourrait avoir sur lui.

1053. Nous précisons dès lors, succinctement, que la récente facilitation d'accès aux nouvelles informations médicales, qui étaient jusqu'alors exclusivement réservées aux professionnels de santé, alerte ces derniers. À l'image des autorités, administrations sanitaires et des pouvoirs publics¹⁵³³, les professionnels ont pour habitude de remettre en cause la véracité et la qualité des informations provenant d'Internet. De nombreuses recherches se sont attachées à mesurer la qualité de ces informations, et ont présenté des résultats globalement peu concluants¹⁵³⁴. Il y est néanmoins souligné que, de manière générale, le patient n'est pas abandonné face à une montagne infranchissable

¹⁵³¹ LISSEN, in DEDDING C., DOORN R., WINKLER L., REIS R., « How will e-health affect patient participation in the clinic ? A review of e-health studies and the current evidence for changes in the relationship between medical professionals and patients », *Social Science and Medicine*, 2010, cite par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

¹⁵³² *Last Night The Internet Saved My Life*, Digital Health Report 2015 ; URL : <https://www.pushdoctor.co.uk/digital-health-report>.

¹⁵³³ Rappelons la volonté politique de certifier, à partir de 2004, les sites relatifs à la santé « fiables ».

¹⁵³⁴ « Une des études les plus exhaustives est : EYSENBACH G., POWELL J., KUSS O. et al., « Empirical studies assessing the quality of health information for consumers on the world-wide web: a systematic review », *Jama*, 287 (20), 2691-2700, 2002 », cité par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Op. cit.*

d'informations, dans la mesure où de nombreux individus se sont posés les mêmes questions que lui, ont recherché de la documentation, l'ont parfois fait expertiser par le corps médical, ont souvent mis en commun les informations relatives à leurs traitements.

1054. L'extrapolation et l'analogie sont globalement décriées. Selon une recherche datée de 2006¹⁵³⁵, sur environ 4 600 messages postés sur un forum partagé en quatre mois, dix messages présentaient un caractère erroné - l'erreur ayant été corrigée dans un délai maximal de quatre heures. Si l'information ne présente que peu de risques attentatoires à la santé du patient ou, du moins à sa prise en charge, rappelons qu'il n'est pas exclu que sa vie privée en soit altérée.

1055. S'il peut apparaître au fond opportun, la forme et les failles sécuritaires de l'outil Internet intéresseront davantage le présent travail, puisque ce sont ces caractères-ci qui témoignent d'un rapport particulier à la vie privée. Ainsi, comme le soulignent les sociologues Cécile Méadel et Madeleine Akrich, la portée de la présence de l'Internet au sein de la relation de soin ne peut donc pas se « réduire à l'alternative perturbation-valorisation qui est souvent proposée. La relation n'est pas bouleversée par l'irruption d'Internet mais cette dernière s'avère complexe, la circulation des connaissances et la constitution d'expertise pouvant produire des effets très différents selon les configurations, les pathologies, les connaissances disponibles, les acteurs mobilisés »¹⁵³⁶.

1056. Une relation de soin solide. La relation de soin évolue. Le colloque singulier semble pour sa part solide ; Internet permet son évolution plus que son bouleversement radical. La plainte du patient à son médecin illustre la confiance qui lui est accordée. Cette plainte fait appel à la compétence de l'autre, témoigne d'une vulnérabilité qui se dit et se montre « à nu ». Si cette mise à nu doit être protégée par une confidentialité certaine et par le droit des patients au respect de leur vie privée, elle n'annule en rien l'existence de cette plainte, qui témoigne du recours au colloque singulier. La réalisation de la relation de soin s'accompagne d'une suspension du monde - religion, politique, morale et mœurs. Néanmoins, précisons que l'informatisation sanitaire et l'accès du patient à une information connectée remettent en cause cette suspension, dans les cas uniquement où ils empêcheraient sa réalisation. Expliquons-nous en résumant la démonstration : si la relation

¹⁵³⁵ ESQUIVEL A., MERIC-BERNSTAM F., BERNSTAM E., « Accuracy and self-correction of information received from an Internet breast cancer list: content analysis », *BMJ*, 332 (7547), 939-942, 2006, cité par : MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Ibid.*

¹⁵³⁶ AKRICH M., MEADEL C., « Les échanges entre patients sur l'Internet », *Op. cit.*

de soin évolue avec Internet - dans le sens où elle s'applique au patient ayant recours, seul, à Internet afin d'y rechercher une information de santé - le colloque singulier semble pour sa part demeurer solide, Internet agissant comme un tiers placé aux côtés - et non entre - du professionnel et du patient. Cependant, l'informatisation permet au patient de trouver l'information ailleurs qu'au sein du colloque singulier, au prix de sa vie privée, et, à l'image d'un client qui choisit de consommer ou non (v. **B.**), permet sa non-participation au colloque ; cette hypothèse bouleverse pour sa part ledit colloque, et par conséquent la relation de soin. Par conséquent, Internet ne bouleverse pas le colloque singulier...dès lors qu'il a lieu !

B. Un patient client

1057. Les raisons de cette évolution du statut de « patient » sont multiples, mais ont principalement trait à la vulgarisation et à la mise à disposition massive de l'information médicale qui modifie les espérances des patients envers la relations de soin¹⁵³⁷. Ces dernières sont également liées aux grands scandales sanitaires connus ces dernières décennies en France : « Avec les affaires du sang contaminé, de la vache folle ou de l'amiante, les citoyens n'ont plus confiance et veulent prendre en charge leur santé »¹⁵³⁸. « Nous nous trouvons désormais face à des citoyens qui veulent que leur santé ne soit menacée ni dans leur alimentation, ni dans leur environnement, ni dans leur vie quotidienne, et exigent qu'à tout moment l'État assure la sécurité sanitaire, droit fondamental au côté de la sécurité militaire et de la sécurité civile »¹⁵³⁹.

1058. C'est donc une réalité : le statut du patient - et à plus forte raison celui du malade - a changé : de témoin passif, il est devenu informé et gestionnaire exigeant de son propre état de santé : « Il est passé du statut de patient inerte et neutre, de patients objet, à celui de patient sujet actif qui exige d'être informé et de participer à la décision et à la réalisation des soins »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁷ Sur le consumérisme du patient, v. ROUSSET G., *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse de doctorat en Droit, dir. S. Porchy-Simon, Lyon, 2007.

¹⁵³⁸ AVRIL É., in *Le Moniteur des Pharmaciens*, 6 nov. 1999, p. 22.

¹⁵³⁹ MATTEI J.-F., ETIENNE J.-C., CHABOT J.-M., *De la médecine à la santé, pour une réforme des études médicales et la création d'universités de la santé*, Flammarion, 1997, p. 18.

¹⁵⁴⁰ V. en ce sens : LAUDE A., « Le consommateur de soins », Recueil Dalloz 2000, p. 415.

1059. L'informatisation de la santé et l'émergence de l'acteur tiers qu'est Internet donne à la relation de soin une acception clientéliste. S'il semble récent, ce phénomène a été initié il y a une vingtaine d'année déjà. Bien qu'elle n'en soit qu'une illustration très partielle, soulignons qu'une circulaire datée de 1999, relative aux réseaux de soins préventifs, curatifs, palliatifs ou sociaux mentionnait en son sein le « patient client »¹⁵⁴¹. Dès lors, l'accès par le citoyen à une information sanitaire en ligne fait-il de lui un client/consommateur de soins ? La question doit être posée, lorsque l'on sait que le milieu de la consommation et ses réutilisations de données personnelles n'est pas le plus favorable au respect de la vie privée.

1060. Les hypothèses dans lesquelles le patient est assimilé à un consommateur de soin sont nombreuses. Il pourra être avancé que cette référence est envisagée par la jurisprudence dans un souci de protection du patient. Cette assimilation apparaît très clairement dans un arrêt de la Cour de justice des communautés Européennes, qui fait appel à la notion de consommateurs pour définir le médicament : « il y a lieu de considérer qu'un produit est présenté comme possédant des propriétés curatives ou préventives au sens de la directive 65/65 non seulement lorsqu'il est décrit ou recommandé expressément comme tel, éventuellement au moyen d'étiquette, de notice ou d'une présentation orale, mais également chaque fois qu'il apparaît, de manière même implicite mais certaine aux yeux d'un consommateur moyennement avisé, que ledit produit devrait avoir un tel effet »¹⁵⁴². Mentionnons également un arrêt de la Cour de cassation, qui avance que : « Les personnes avec lesquelles le médecin conclut contrat un médical doivent être considérées (...) comme consommateurs desdits services »¹⁵⁴³.

1061. La relation de soin a déjà pu être définie comme une relation par laquelle : « Le client des professions libérales confie aux professionnels des éléments importants de sa personnalité, de sorte que leurs relations s'établissent sur un plan plus humain

¹⁵⁴¹ « 2. Les patients (clients, usagers, citoyens) », Circulaire DGS/SQ 2/DAS/DH/DSS/DIRMI n° 99-648 du 25 novembre 1999 relative aux réseaux de soins préventifs, curatifs, palliatifs ou sociaux.

¹⁵⁴² CJCE, 30 nov. 1983, aff. 227/82, Rec. CJCE, p. 3883.

¹⁵⁴³ Cass. crim., 15 mai 1984, Bull. crim. n° 178 ; D. 1985, Jur. p. 106.

qu'économique »¹⁵⁴⁴, ce qui a permis au professeur Portes d'affirmer que : « Tout acte médical normal n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience »¹⁵⁴⁵. Il a dès lors été évalué qu'il était hasardeux d'appliquer aux relations médicales « un droit édicté pour le monde du négoce et de l'argent, car existent des dialectiques entre les règles choisies et l'esprit dans lequel les actes sont accomplis »¹⁵⁴⁶.

1062. Or, par l'application du droit de la consommation et du droit de la concurrence qui peut être aujourd'hui faite à la relation de soin (*v. Section II.*), l'acte médical peut être assimilé à un acte d'entreprise¹⁵⁴⁷. Il peut être avancé que les professionnels libéraux deviennent des prestataires de services¹⁵⁴⁸ et les soins médicaux sont soumis aux règles relatives à la sécurité des produits et services¹⁵⁴⁹, ce qui s'inscrit en opposition avec les dispositions de l'article 19 du Code de déontologie, qui prévoit que : « La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce »¹⁵⁵⁰. Toutefois, l'interdiction semble davantage applicable à l'usage de la publicité, qui donnerait au lieu de la consultation une apparence commerciale. Quoi qu'il en soit : « L'activité libérale ne répugne plus à se considérer comme une modalité particulière de l'activité marchande »¹⁵⁵¹.

1063. Conclusion de la section. L'affiliation du patient au consommateur de soin, couplée au développement et à l'utilisation de l'Internet en tant que fournisseur d'informations de santé, permet de craindre qu'à l'image du consommateur connecté, ses données soient conservées et utilisées à des fins commerciales et marketing.

¹⁵⁴⁴ V. SAVATIER J., *Étude juridique de la profession libérale*, LGDJ, 1947, p. 40 ; v. également : VIALLA F., *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Thèse de doctorat en Droit privé, dir. J.-M. Mousseron, Montpellier, 1997.

¹⁵⁴⁵ PORTES L., *Du consentement du malade à l'acte médical. À la recherche d'une éthique médicale*, Masson, 1964, p. 163.

¹⁵⁴⁶ SAVATIER J., *Étude juridique de la profession libérale*, *Op. cit.*

¹⁵⁴⁷ V. en ce sens : LAUDE A., « Le consommateur de soins », *Op. cit.*

¹⁵⁴⁸ V. Décret n° 86-122 du 23 janvier 1986 qui envisage le médecin, le praticien de la panthère et la sage-femme comme des prestataires de services.

¹⁵⁴⁹ À propos de la l. n° 98-389 du 19 mai 1998, v. notamment LAUDE A., « La responsabilité des produits de santé », D. 1999, Chron. p. 189.

¹⁵⁵⁰ Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995.

¹⁵⁵¹ DIDIER P., *Droit commercial*, Thémis, 2^{ème} éd., spéc. p. 121.

1064. Un argument permet de tempérer l'alarmisme qui peut résulter d'une telle affirmation. En effet, à l'image d'Internet, l'intrusion du droit dans la sphère sanitaire, si elle semble normale aujourd'hui, a pu déstabiliser les professionnels de santé, peu habitués jusque-là à la culture juridique - la régulation déontologique faisant alors fortement son œuvre¹⁵⁵². Comme Internet, le droit a été - et est encore - apparenté à un tiers arbitre s'immisçant au sein du colloque singulier. Pourtant, le droit n'annule ni les prérogatives, ni les compétences, ni le rôle primordial que joue le médecin dans la relation de soin, mais reconfigure son organisation.

1065. Pourtant, sans être, justement, alarmiste, force est de constater qu'Internet, en plus d'être un fournisseur d'informations de santé, se révèle être un hébergeur de données de santé. Dès lors, les craintes formulées à propos d'une utilisation des informations détenues sur le patient par Internet à des fins commerciale et marketing, au prix de la vie privée, est, dans la majeure partie des cas, justifiée (v. *Section II.*).

Section II. Internet : hébergeur de données de santé

1066. Il semble opportun, à titre liminaire, de cerner les contours, à travers des définitions succinctes, des notions de « données de santé » et de « Big data », dans la mesure où elles seront largement utilisées et rappelées au sein de la présente section.

1067. Concernant la « donnée de santé », et dans la mesure où elle n'est définie par aucun texte en droit interne, il convient de se référer au récent règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, daté du 27 avril 2016¹⁵⁵³. Ce dernier définit la « donnée de santé » en ces termes : « Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée. Cela comprend des informations sur la personne physique collectées lors de l'inscription de cette personne physique en vue de bénéficier de services de soins de santé ou lors de la prestation de ces services au sens de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil au

¹⁵⁵² Ordre des médecins notamment.

¹⁵⁵³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil, 27 avr. 2016, JOUE n° L. 119, p. 1.

bénéfice de cette personne physique ; un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des soins de santé ; des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques ; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic *in vitro*. »

1068. Le « Big Data » est pour sa part elliptiquement défini par le Dictionnaire Larousse comme étant le : « Domaine technologique dédié à l'analyse de très grands volumes de données informatiques issus d'une grande variété de sources, tels les moteurs de recherche et les réseaux sociaux ». L'entreprise IBM contextualise davantage la notion : « Chaque jour, nous générons 2,5 trillions d'octets de données. À tel point que 90% des données dans le monde ont été créées au cours des deux dernières années seulement. Ces données proviennent de partout : de capteurs utilisés pour collecter les informations climatiques, de messages sur les sites de médias sociaux, d'images numériques et de vidéos publiées en ligne, d'enregistrements transactionnels d'achats en ligne et de signaux GPS de téléphones mobiles, pour ne citer que quelques sources. Ces données sont appelées Big Data ou volumes massifs de données »¹⁵⁵⁴.

1069. Le lien entre « Big Data », « donnée de santé », « vie privée » et « relation de soin » est bien réel. Ouvrir un libre accès à la nouvelle information de santé a permis à l'Internet de recueillir des données de santé de la part des patients qui utilisent ce service. Cette ouverture, couplée au fait qu'il ne se contente pas de fournir une nouvelle information, fait d'Internet - ou « Big Data » - un hébergeur de données de santé plus encore que d'un informateur en santé (1°§.). Son action a permis de démocratiser une nouvelle utilisation de la donnée de santé (2°§.).

¹⁵⁵⁴ Source : <https://www-01.ibm.com/software/fr/data/bigdata/>, consultée le 12 août 2017.

1°§. « Big Data » : hébergeur de données et acteur de santé

1070. Le Big Data ne se contente pas d'avoir ouvert une nouvelle base d'informations aux patients qui souhaitent en bénéficier ; en proposant de nouveaux services de santé, il se positionne comme un véritable hébergeur de données de santé qui effectue volontairement une confusion entre données personnelles et données de santé, relation de soin, relation de services et relation commerciale (A.). Pris en la personne de certaines grandes entreprises commerciales informatiques¹⁵⁵⁵, il s'insère alors dangereusement dans de nouveaux domaines, en tant que nouvel acteur de santé aux objectifs propres, dont le respect de la vie privée ne fait manifestement pas partie (B.).

A. « Big Data » : hébergeur de données et fournisseur de services de santé

1071. Fournisseur de services sanitaires : Google à l'aune de l'avènement d'un droit à la vie privée sanitaire connectée. Jusqu'alors, il semblait exister un certain malaise populaire à imaginer et appréhender une intériorité différente de l'extériorité physique offerte au regard du tiers, le moi-peau¹⁵⁵⁶, décrit par le Professeur Didier Anzieu, seul véritable représentant de l'individualité. Le fameux « Connais-toi toi-même ! » socratique a fortement influencé la philosophie et la psychologie occidentale, et considérait le corps comme véritable obstacle au travail de réflexion. Au XXème siècle, l'exploration de l'inconscient par la psychanalyse a tenté de réintroduire la personne en son propre corps, et a laissé un héritage certain sur l'accessibilité corporelle contemporaine et actuelle, reliée à l'expression d'un *je*¹⁵⁵⁷.

1072. Parallèlement, précisons que si les techniques d'imagerie médicale restent aujourd'hui aux mains de l'expert, certaines ont quitté l'établissement de santé et les salles de radiologies pour se loger dans des structures comparables à des lieux « classiques » de consommation, à mi-chemin entre la pharmacie et l'atelier du photographe. Il n'appartient plus uniquement au domaine de la science-fiction que d'imaginer, dans un futur proche,

¹⁵⁵⁵ Les « Géants du web », ou les fameux « GAFAM », Acronyme de « Google Apple Facebook Amazon Microsoft » ; v. à ce sujet : le blog « FRAMABLOG » ; URL : <https://framablog.org/category/degooglisons-internet/apple-google-microsoft/>.

¹⁵⁵⁶ ANZIEU D., *Le Moi-peau*, Paris, Dunod, 1985.

¹⁵⁵⁷ CORBIN J., STRAUSS A., « Accompaniments of chronic illness : changes in body, self, biography and biographical times », *Research and Sociology of Health Care*, n° 6, 1987, p. 249-281.

des salles confinées au sein desquelles, à l'abri des regards, chacun pourra descendre dans les entrailles de son propre corps.

1073. Si les progrès de la médecine bénéficient parfois d'une visibilité limitée, ils restent néanmoins porteurs d'interrogations sur un futur à protéger et à prévenir. Dans l'absolu, et dans le meilleur des cas, la connaissance détaillée par l'individu de ses potentialités et caractéristiques génétiques pourrait lui permettre de modifier son style de vie et d'améliorer, ce faisant, son destin. Cette responsabilisation individuelle permettrait à tout un chacun, idéalement, d'assumer sa gestion corporelle, faisant ainsi écho à l'ambition chimérique formulée par Descartes d'être le médecin de soi-même¹⁵⁵⁸. Chimère ou utopie, c'est pourtant précisément ce que Google souhaite aujourd'hui proposer au patient consommateur. Le Big Data fournisseur d'informations s'est transformé en un fournisseur de services hébergeur de données de santé.

1074. Ainsi, le 6 janvier 2015, 23andMe, laboratoire américain cofinancé par Google, annonçait un accord dans le cadre de la recherche contre la maladie de Parkinson avec la firme Genentech, filiale du groupe Roche. Via cet accord, et pour 60 millions de dollars, Genentech s'offrait l'accès à l'immense base de données génétiques amassées par 23andMe depuis sa fondation en 2006 : les profils ADN de quelque 800 000 personnes, collectées via recueil de salive. On sait que ce contrat avec Genentech n'a pas été le seul ; le 12 janvier 2015, un second projet fut annoncé avec le géant pharmaceutique Pfizer. L'activité de 23andMe est aisée à cerner : des données personnelles de santé sont collectées auprès d'individus désireux de mieux connaître leur patrimoine génétique, grâce à un kit recueillant la salive, vendu 99 dollars. Les données sont alors anonymisées, et seules celles des personnes ayant accepté qu'elles soient utilisées, soit environ deux tiers des 800 000 clients de 23andMe, ont été communiquées à Genentech et Pfizer, pour usage médical et commercial. Bienvenue dans l'ère du consentement tout puissant, qui permet au Big data, généralement bien connu des rois du marketing, de faire une remarquable percée en matière scientifique et médicale. Merci Google ? Pas si sûr. Car si le Big data peut faire évoluer l'état de la science, il devra être encadré ; la loi de santé 2016 propose d'ailleurs une véritable réflexion sur l'ouverture et la gestion des données personnelles de santé.

¹⁵⁵⁸ AZIZ-SHUSTER É, *Le médecin de soi-même*, Paris, PUF, 1972.

C'est finalement un enjeu global qui se pose ici, et qui vient questionner notre rapport individuel au concept de « vie privée ».

1075. Les divers projets de Google en matière de santé se veulent ultra-connectés, et notamment aux smartphones, qui rappelons-le sont animés pour l'immense majorité par un système d'exploitation créé par...Google en personne. Mais point d'alarmisme : l'intrusion du Big data en santé peut véritablement se révéler pertinente...sous conditions. En effet, aucun médecin ni aucun chercheur, quelles que soient ses compétences, n'est capable de traiter dans un temps raisonnable les énormes quantités de données recueillies par les kits 23andMe, ou le « bracelet connecté » de Google, pour en extraire l'information opportune concernant précisément la pathologie d'un patient particulier et le traitement à y apporter.

1076. On le comprend dès lors aisément, les données de santé ont du potentiel, ou plutôt « des » potentiels. À en croire la conclusion du rapport d'*Ernst & Young* daté de novembre 2014, seules les entreprises de santé ayant anticipé le déferlement de ces données seront en mesure d'affronter les divers défis à venir. Google ne s'y est pas trompé, en finançant par exemple *Flatiron Health*, une start-up spécialiste du domaine. « Ceux qui maîtriseront ces données auront le pouvoir. Cela nous promet une belle opposition entre les spécialistes du domaine et les industriels de la santé », prévient Vincent GENET. Pour Manuel GEA, PDG de BMSystems : « Il conviendra néanmoins de prendre garde à toujours qualifier, contextualiser et relativiser correctement les données. Contrairement au marketing, on n'est pas dans le même niveau de responsabilité pour la santé ».

1077. *L'assimilation par le « Big Data » de la « donnée de santé » à une classique « donnée personnelle ».* Google semble opérer une réelle assimilation entre « donnée de santé » et « donnée commerciale ». Osons un parallèle. La définition de l'état des personnes veut que celui-ci soit constitué de l'ensemble des règles qui définissent la personnalité juridique d'une personne physique, et qui l'individualisent par rapport à sa famille et aux autres personnes. Si l'état d'une personne comprend principalement ses prénoms et nom de famille, son lieu et sa date de naissance, certains auteurs considèrent que la santé est un attribut essentiel de l'état des personnes. Or, même si les éléments de l'état des personnes sont protégés par l'article 9 du Code civil, il n'est pas rare qu'ils soient utilisés à des fins commerciales, notamment sur Internet, dès lors que le consentement de l'intéressé est donné. Finalement, la logique de Google consiste à ne pas différencier les données « classiques » de l'état des personnes (nom, prénom et âge) et leurs données de

santé. Certains accepteront cette démarche lorsque d'autres s'en offusqueront, notamment au regard de l'objectif premier de la firme américaine, qui est bien moins philanthropique qu'économique.

1078. Grâce à l' « accord Genentech » mentionné ci-avant, le modèle économique de 23andMe - et de Google - est simple : les clients paient l'entreprise pour obtenir un service de décodage de leurs gènes. Ils lui offrent ainsi un accès à leurs données génétiques les plus personnelles, que 23andMe revend ensuite à prix d'or. Avec les 800 000 personnes qui ont récemment cédé leurs données génétiques à Genentech ou Pfizer, l'entreprise 23andMe, qui avait déjà récolté 79,2 millions de dollars en vendant ses kits salivaires, vient presque doubler le bénéfice en concluant un accord avec un seul laboratoire le 6 janvier dernier. Cependant, il semble opportun, si ce n'est logique, de nous demander pourquoi le public paie le service rendu par 23andMe ? Le bon sens voudrait que ce soit la firme qui paie pour obtenir les données de ses clients, et qu'elle les revende ensuite aux laboratoires en appliquant un taux de marge raisonnable. Au lieu de ça, elle encaisse un double profit. Bienvenue dans le monde du Big Data appliqué à la santé, où règne le régime de la démocratisation aigüe de la donnée personnelle de santé comme élément commercial.

1079. La France n'est pas épargnée par ce phénomène. Lundi 6 juillet 2015, la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES) a publié les résultats de son travail préparatoire sur l'ouverture de bases de données de santé. Votée en avril 2015 en première lecture à l'Assemblée nationale, cette mesure issue de la loi sur la modernisation du système de santé, vise à libéraliser des données de santé rendues anonymes. L'article 47 rend public des milliards de données de santé anonymes des Français. Car à l'heure actuelle, la facilité que peut avoir Google aux États-Unis pour avoir accès à des données de santé est à mettre en corrélation avec la difficulté à laquelle peuvent être confrontés les chercheurs français à ce sujet. Dans son rapport du 6 juillet 2015, la DRESS rappelle les freins qui existent actuellement pour les chercheurs qui étudient les épidémies, la consommation de médicaments, ou bien l'efficacité du système de santé.

1080. Ainsi, certains aimeraient que l'on aille plus loin dans l'ouverture des données. Le service public offrirait ainsi une alternative à la privatisation des données de santé par les géants de l'Internet. Néanmoins, d'autres ont fait part de leur crainte de voir des sociétés

tarifier leurs contrats d'assurance en fonction du risque existant dans une certaine région ou chez certaines catégories de personnes par exemple. D'autres voient dans cette loi la remise en cause du secret médical. Au final, aucune solution miracle pour protéger les données personnelles ne se dégage des conclusions de la DREES : « Aucune méthode de sécurisation des données n'arrive seule à satisfaire les objectifs conflictuels d'assurer à la fois la richesse des données mises à disposition, un coût faible de prétraitement et qui soit applicable à n'importe quel environnement de base de données statistiques, tout en assurant une protection infaillible de la vie privée ». Tout l'enjeu du texte est en effet de trouver un juste milieu dans l'accès et le traitement des données. Enjeu majeur mais tâche ardue, dans la mesure où l'ouverture des données personnelles de santé propose une réflexion globale sur notre rapport à la vie privée (v. *Chapitre II*).

1081. Car si la notion même de vie privée est on ne peut plus subjective, ce ne sont pas seulement les traditions culturelles qui charrient des visions différentes de la sphère privée et du seuil d'intrusion. La perception de la vie privée évolue aussi dans le temps. Google suit de près ces évolutions. L'un de ses deux fondateurs, Larry Page, expliquait : « Les sociétés évoluent, les gens communiquent de plus en plus en ligne. Les frontières de la vie privée bougent ». Les défenseurs de la vie privée semblent parfois naviguer à contre-courant. Voulons-nous - et pouvons-nous - conserver en ligne les privilèges qui s'attachent à la vie privée que nous chérissons ailleurs ? La frontière est souvent mouvante. Les services gratuits de Google sont financés par la publicité. Mais le gratuit a un autre prix : nos unités de vie privée. « Si cela se trouve, nos données personnelles valent bien davantage que leurs services, mais on n'en sait rien », confiait Olivier Glassey, sociologue interrogé par « Le Monde » dans un dossier intitulé « Y a-t-il une vie privée sur Internet ? ». Si la problématique vise plusieurs services sur Internet, elle s'applique aussi aux services de Google.

1082. Gageons que le droit, mécanisme d'encadrement du fait social, pourra s'adapter rapidement aux évolutions grandissantes engendrées par l'introduction du Big data en santé. Souvenons-nous de l'invention de la photographie, et son usage parfois intrusif par la presse à la fin du XIX^{ème} siècle, qui avait conduit deux juristes, Louis Brandeis et Samuel Warren, notables dans la ville de Boston, à articuler pour la première fois « un droit à la *privacy* » encore inexistant à l'époque.

1083. *Le soin est un service, ou l'assimilation de la relation de soin à une relation de services.* Outre l'assimilation de la donnée de santé à une donnée personne « comme une autre », Google semble absorber la relation de soin dans la relation de services qu'il propose, faisant de la sorte écho à une certaine jurisprudence européenne, qui vise à assimiler le « soin » et le « service ». La « clientélisation » du patient prend tout son sens. Précisons que cette acception trouve un réel écho au sein de la définition du « soin » par le dictionnaire Littré, qui précise : « services qu'on rend à quelqu'un, attentions qu'on a pour lui ». Littré définit ainsi des soins, mais convient que l'on puisse utiliser le terme au singulier¹⁵⁵⁹.

1084. Dans une première affaire¹⁵⁶⁰, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), affirme que le professionnel de santé est un prestataire de services, qui n'est pas différent des autres, le soin n'étant pas un service particulier¹⁵⁶¹. La majorité des États membres ont alors contesté l'existence d'un tel service, arguant que ce dernier n'appelait pas le paiement direct du patient. La Cour considèrera que le fait que le financement soit effectué par un tiers payeur n'impacte pas la qualification de service et d'activité économique du soin. L'affaire renvoie également à la particularité des prestations de sécurité sociale, elles aussi considérées comme des services, et soumises par conséquent au principe de libre circulation de services, bien que les règles du droit de la concurrence ne leur soient pas applicables¹⁵⁶². Soulignons toutefois une nuance : l'affaire porte sur des soins effectués dans un cadre libéral, de sorte que le silence est gardé sur l'éventuelle qualification de service des soins réalisés en établissement de santé. Néanmoins, une seconde affaire qualifiera les soins réalisés en milieu hospitalier de services¹⁵⁶³.

1085. Le parallèle qui peut être fait entre ces jurisprudences et l'activité des « GAFAM » - Google en tête - est diaphane. Si le soin - et à plus forte raison la santé - doit être considéré comme un service, pourquoi Google, fournisseur de services par excellence, ne pourrait-il pas proposer les siens ? L'utilisation en est par ailleurs simplissime ; s'en suit la

¹⁵⁵⁹ « On l'a dit quelquefois au singulier ».

¹⁵⁶⁰ CJUE, Raymond Kohll c/ Union des Caisses de Maladie, Aff. C 158/96, 28 avril 1998.

¹⁵⁶¹ L'arrêt évoque néanmoins la particularité de la prestation de soin.

¹⁵⁶² Les prestations de sécurité sociale sont considérées par la jurisprudence européenne comme des services non-économiques d'intérêt général.

¹⁵⁶³ CJUE, Smits c/ Stichting Ziekenfonds VGZ ; Peerbooms c/ Stichting CZ Groep, Aff. C 157/99, Zorgverzekeringen, 12 juil. 2001.

création d'une nouvelle relation de soin qui se monnaie au prix de la vie privée. Ce faisant, le Big Data se positionne comme un véritable acteur de santé (v. **B.**).

B. « Big Data » : acteur de santé

1086. C'est un fait qui ne peut être nié. Les « GAFAM » sont devenus de nouveaux acteurs de santé exerçant au sein d'une relation de soin « ouverte » et évoluée, et hébergent de considérables et précieuses données de santé. Ce faisant, ils concurrencent des professionnels classiquement établis - tels que les assureurs, avec qui ils partagent un objectif commun, qui reste financier. Une telle évolution laisse présager certains dangers à qui est soucieux de préserver sa vie privée.

1087. Combien d'utilisateurs de Facebook publient leur humeur du jour en fournissant des éléments relatifs à leur santé - voire à leur état de santé ? Préciser que l'on souffre actuellement d'un état grippal, ou publier une copie de son échographie de grossesse peut sembler anodin, mais est en réalité lourd de conséquence. Facebook utilise toutes les informations publiées par ses 2 milliards d'utilisateurs afin de leur proposer des publicités « adaptées à leur profil public » - les publicités sanitaires n'échappant pas à cette règle. En 2009, l'entreprise a même souhaité astreindre ses utilisateurs à une licence perpétuelle sur tout le contenu déposé (articles, photos, vidéos...) par eux, y compris les publications supprimées, avant de se rétracter au vu du mécontentement généré par cette annonce.

1088. De même, et sous la pression du G29¹⁵⁶⁴, Google avait dû réduire la durée de conservation des adresses IP des internautes utilisant son moteur de recherche de dix-huit à neuf mois. D'autres « dossiers » ont également alerté le G29 : Google s'est lancé en 2008 sur le marché de l'« archivage *online* » de dossiers médicaux. Les internautes pouvaient alors compléter leurs dossiers en renseignant eux-mêmes les pathologies dont ils étaient atteints, leurs antécédents médicaux, leurs résultats d'analyse, ou encore les traitements qui leur avaient été prescrits. Cette masse colossale d'informations était par suite réutilisée par

¹⁵⁶⁴ L'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données et la libre circulation de celles-ci a institué un groupe de travail rassemblant les représentants de chaque autorité indépendante de protection des données nationales. Cette organisation qui réunit l'ensemble des CNIL européennes a pour mission de contribuer à l'élaboration des normes européennes en adoptant des recommandations, de rendre des avis sur le niveau de protection dans les pays hors UE, de conseiller la Commission européenne sur tout projet ayant une incidence la protection des données et des libertés des personnes. Source : <https://www.cnil.fr/fr/le-g29-groupe-des-cnil-europeennes>.

« Google Health » afin de « fournir à l'utilisateur des informations sur les conditions d'utilisation de son traitement, les interactions possibles entre médicaments et les allergies encourues »¹⁵⁶⁵. La même « philosophie » a motivé le lancement de Microsoft HealthVault, plate-forme « fiable »¹⁵⁶⁶ destinée à stocker les informations santé et de « remise en forme » des utilisateurs.

1089. En s'inscrivant aujourd'hui en véritable nouvel acteur de santé, les « GAFAM » et le Big data entrent véritablement en concurrence avec certains milieux qui leur étaient autrefois totalement étrangers ; c'est vrai pour la santé, mais également pour l'assurance.

1090. Proposer une complémentaire santé au tarif réduit en échange d'une surveillance de l'assuré et des risques qu'il fait quotidiennement encourir à sa santé¹⁵⁶⁷ n'a aujourd'hui rien d'extravagant et d'irréaliste. Le contrat de confiance manuscrit matérialisé laisse place à un échange entre des données personnelles et un service personnalisé et amélioré : un « échange de bons procédés » à l'allure anodine qui ne dérangera pas la majorité des consommateurs concernés. La nouveauté majeure trouve illustration dans le fait que ces « champions de l'intrusion dans la vie privée »¹⁵⁶⁸ et de sa monétisation, qui fournissent, contre la communication de données personnelles et de données de santé, des services finalement forts peu gratuits - la valeur de la vie privée étant subjectivement appréciable - sont en définitive des acteurs qui n'étaient jusqu'à récemment encore que bien étrangers au monde de l'assurance et de la santé.

1091. En outre, « à ceux qui pensent que le scénario d'une disruption totale du monde de l'assurance (et de la santé ?) par des acteurs du numérique est fantaisiste, il conviendra de faire remarquer qu'Apple est passé avec brio du marché de l'informatique à celui de la musique et de la téléphonie avant de s'attaquer à l'horlogerie - et par son intermédiaire à la santé - que Google, parti d'un moteur de recherche est en passe, lui aussi, de devenir un acteur de la santé et des objets connectés, qu'Amazon, initialement commerçant en ligne, est le leader mondial incontesté du marché du *cloud computing*, et propose désormais à ses

¹⁵⁶⁵ Le service « Google Health » a cessé d'exister au 1^{er} janvier 2013, après que Google a archivé les informations récoltées.

¹⁵⁶⁶ <https://international.healthvault.com/fr/fr>.

¹⁵⁶⁷ Alimentation, pratique sportive, cycles de sommeil, consommation d'alcool et de tabac.

¹⁵⁶⁸ V. : EPELBOIN F., « Prendra-t-on demain sa complémentaire santé chez Google ? », Les Experts, 23 sept. 2015.

clients d'abriter dans leurs foyers un curieux objet baptisé « Écho »¹⁵⁶⁹, écoutant en permanence les conversations au sein de leur habitat de façon à proposer une assistance qui fait passer *Big Brother* pour un vieux transistor »¹⁵⁷⁰.

1092. « Nous avons développé un savoir-faire en matière de solutions intégrées et holistiques associant médicaments, dispositifs médicaux, technologies et services. La division Sciences de la vie de Google peut nous aider à améliorer l'expérience du patient et ses résultats cliniques, et à gérer plus efficacement les dépenses de santé »¹⁵⁷¹. Si les dépenses de santé du patient sont mentionnées par Google, ne perdons pas de vue que l'objectif de Google reste son propre équilibre financier, et les marges engendrées par son nouveau statut d'acteur de santé. L'annonce en août 2015 de la création d'une nouvelle maison-mère « Alphabet », qui vise à loger toutes les activités du groupe, dont celles relatives à la santé, a engendré une hausse de près de 7% du titre Google sur le Nasdaq¹⁵⁷² - le plaçant à 708 dollars - dans les transactions hors séance après clôture. *Life Sciences*, filiale d'Alphabet, regroupe toutes les activités santé de Google. Cette filiale a immédiatement signé des partenariats avec - entre autres - le suisse Novartis, premier laboratoire pharmaceutique mondial, avec Biogen, géant américain des biotechnologies¹⁵⁷³, ainsi qu'avec l'administration qui gère trois hôpitaux londoniens, afin d'accéder aux données médicales de 1,6 million de patients britanniques¹⁵⁷⁴.

1093. À ce sujet, le *New Scientist* affirme que les données des patients ne seraient pas suffisamment anonymisées, et que le fait qu'il soit prévu que ces données soient supprimées en septembre 2017 n'est pas une garantie suffisante à prouver que la vie privée des patients n'est pas atteinte - notamment lorsque l'on sait que certaines données

¹⁵⁶⁹ <http://www.lesnumeriques.com/assistant-domotique/amazon-echo-p22257/amazon-presente-echo-son-assistant-vocal-sous-forme-enceinte-n36717.html>

¹⁵⁷⁰ EPELBOIN F., « Prendra-t-on demain sa complémentaire santé chez Google ? », *Op. cit.*

¹⁵⁷¹ Pascale WITZ, Vice-Présidente exécutive de Sanofi, à propos de la collaboration entre son laboratoire et Google Life Science (Groupe Alphabet) en septembre 2015 pour améliorer la prise en charge et les résultats cliniques des personnes atteintes de diabète de type 1 et 2.

¹⁵⁷² Le NASDAQ (sigle de *National Association of Securities Dealers Automated Quotations*) est le deuxième plus important marché d'actions des États-Unis, en volume traité, derrière le New York Stock Exchange. Il est le plus grand marché électronique d'actions du monde ; source : <https://fr.wikipedia.org/wiki/NASDAQ>.

¹⁵⁷³ Life Sciences, division santé du laboratoire Google X, devient une filiale à part entière, 27 août 2015 ; source : www.ticsante.com.

¹⁵⁷⁴ HODSON H., "Revealed : Google AI has access to huge haul of NHS patient data", 3 mai 2016 ; URL : <https://www.newscientist.com/article/2086454-revealed-google-ai-has-access-to-huge-haul-of-nhs-patient-data/>.

concernent une information relative au recours à un avortement ou au « statut VIH ». Globalement, les acteurs de la relation de soin ont sans nul doute beaucoup à gagner de la puissance et l'ampleur des algorithmes sanitaires, et pourtant tellement plus à perdre si certaines garanties ne sont pas assises concernant la protection de la vie privée du patient qui utiliserait les services proposés par les « GAFAM ».

1094. En matière de respect de la vie privée, de plus en plus de personnes souhaitent être « transparentes ». Mais, pour reprendre l'exemple de la collecte des données génétiques de plusieurs milliers d'individus par Google, accepter de rendre publiques ses données génétiques n'est pas synonyme de renonciation au droit d'en faire autrement, alors qu'une espèce de pression sociale, voire un « air du temps », tend à assimiler cet acte à un devoir de responsabilité personnelle face à sa propre santé, voire de solidarité au nom de la préservation et la promotion de la santé publique. Posséder sa « carte d'identité génétique » semble dès lors avantageux et rassérénant.

1095. Quid de l'hypothèse où l'individu concerné regrette, fût-ce dans un futur proche ou lointain, d'avoir un jour rendues publiques des informations basées sur des données interprétables à souhait, et dont il ne percevait pas le caractère potentiellement nuisible. Les « GAFAM » n'envisagent pas de telle hypothèse de retrait de consentement, contrairement à la relation de soin¹⁵⁷⁵. Une telle hypothèse ne doit pourtant pas échapper à la réflexion éthique, dans la mesure où si l'on peut aujourd'hui séquencer le génome, il n'est pas impossible que l'on puisse demain accéder à l'ensemble des paramètres définissant le phénotype d'un individu, permettant ce faisant de prévoir son évolution et de la gouverner.

1096. Soulignons que l'une des spécificités de l'information génétique est qu'elle ne comprend pas de données véritablement personnelles, puisqu'elles sont également personnelles, identifiantes et communes à une parentèle. Comment Google souhaite-t-il encadrer, via une procédure propre à une personne, ce qui relève assurément de plusieurs ?

1097. La violation de la vie privée par la publication des fichiers de caractéristiques génétiques n'est pas seulement dangereuse en elle-même, mais doit être analysée au vu des utilisations et exploitations qui pourraient en être faites, notamment au sein de certaines régions du monde dirigées par des régimes liberticides. Or, si le partage peut être considéré comme une condition d'existence de la vie privée, dans la mesure où il n'est pas

¹⁵⁷⁵ CSP, art. L. 1111-4 : « ce consentement peut être retiré à tout moment ».

obligatoire et consenti, il semble souhaitable qu'il soit envisageable de proposer le retrait de ce consentement, qui permettrait alors de récupérer ou de supprimer les données que les individus ne souhaitent plus partager. Ainsi, outre certaines réglementations relatives à la recherche et à la santé publique, les encadrements juridiques existants présentent certaines limites dès lors qu'il s'agit d'empêcher qu'un partage initialement consenti ne le soit définitivement¹⁵⁷⁶.

1098. Notre monde est gouverné par le partage de données. Sous l'impulsion du Big data, qui en fait une utilisation novatrice, la donnée de santé a connu une véritable démocratisation (v. 2°§.). Néanmoins, et même à considérer ce partage comme un « bien commun », ce dernier ne saurait sérieusement bafouer le droit au respect de la vie privée. Décider de librement « partager » ses données personnelles - y compris ses données de santé, ne signifie pas pour autant renoncer à sa vie privée, ou accepter qu'un tiers y porte délibérément atteinte.

2°§. « Big Data » : démocratisation et utilisation novatrices des données de santé

1099. La démocratisation dans la société civile de la donnée de santé, via les applications de santé notamment, s'accompagne d'une véritable monétisation de la vie privée (A.). Ce faisant, la donnée de santé sort du monopole étatique, le Big Data en proposant une utilisation marketing et commerciale - ce qui n'est pas sans poser de questions relatives à la sécurité des données et à l'atteinte portée à la vie privée (B.).

A. Démocratisation de la donnée de santé et monétisation de la vie privée

1100. Daniel Lyons, spécialiste des technologies à *Newsweek*, met en lumière dans un article intitulé « L'instant orwellien de Google », la spécificité de la situation actuellement traversée : « La nouveauté, c'est que la vie privée est devenue une sorte de monnaie d'échange. Elle nous sert à payer les services en ligne. Google ne fait rien payer pour Gmail. En lieu et place, il lit vos e-mails et vous envoie des publicités en fonction des

¹⁵⁷⁶ Au contraire, même dans le domaine sanitaire : v. l'exemple français du « DMP » et les limites mises en lumière à ce sujet au sien du Titre I. de la présente partie.

mots-clés trouvés dans votre correspondance privée »¹⁵⁷⁷. Google, Facebook et autres semblent avoir eu le génie de proposer des services si pratiques ou distractif que leurs utilisateurs consentent, sans en avoir toujours la conscience, à abandonner un peu de leur vie privée pour pouvoir en bénéficier. La collecte de données personnelles - dont certaines données de santé - ne semble dès lors pas prête à s'arrêter : « Leur modèle commercial est en totalité fondé sur la notion de « monétisation » de notre intimité. » C'est le versant du paradoxe de la vie privée, « que l'on pourrait qualifier de « paradoxe de la traçabilité ». Les innovateurs de la Silicon Valley sont pris dans une contradiction entre, d'une part, la peur exprimée par les utilisateurs de leurs services de voir leurs données personnelles utilisées « à l'insu de leur plein gré » et donc de ne plus pouvoir contrôler leur vie privée, et, d'autre part, le fait que leur cœur de métier est précisément de nous profiler, d'établir des ciblages comportementaux tout autant anonymes que personnalisés, et donc de nous soumettre à une forme de traçabilité...respectueuse de nos vies privées »¹⁵⁷⁸.

1101. L'utilisation des services proposés par les « GAFAM » présente des caractéristiques et des supports divers ; si l'outil privilégié reste l'accès à Internet depuis un ordinateur, portable ou fixe, il est nécessaire d'affirmer que l'utilisation du smartphone, depuis sa création en 2007, a révolutionné¹⁵⁷⁹ notre accès à Internet, et les données personnelles que nous y laissons - à l'image du secteur plein d'avenir que constitue la collecte directe de données de santé sur smartphone. Cette « révolution », témoin de l'évolution de la relation de soin, s'accompagne de questionnements et de recommandations relatives aux nouvelles atteintes à la vie privée.

1102. « Voilà une app qui se porte bien.

La nouvelle app Santé affiche un tableau de bord très lisible des données concernant votre santé et votre forme physique. Et nous avons créé un nouvel outil pour développeurs intitulé HealthKit, qui permet à toutes vos apps forme et santé d'unir leurs talents pour se mettre à votre service. Et si nous étions à l'aube d'une révolution dans la santé ?

« Comment allez-vous ? » La réponse est dans vos apps.

¹⁵⁷⁷ LYONS D., « How Google & Facebook violate your privacy », 16 fév. 2010, URL : <http://www.newsweek.com/lyons-how-google-facebook-violate-your-privacy-75403>, Trad. de l'américain par David Kor.

¹⁵⁷⁸ MANACH J.-M., *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, Op. cit.

¹⁵⁷⁹ NOUBLANCHE C., « Pourquoi l'iPhone est une révolution », 15 sept. 2008, URL : <http://www.clubic.com/actualite-162460-pourquoi-iphone-revolution-tribune-caroline-noublanche.html>.

Fréquence cardiaque, calories brûlées, glycémie ou taux de cholestérol... Vos apps forme et santé sont là pour recueillir toutes ces informations. La nouvelle app Santé réunit toutes les données en un même endroit, accessible d'un toucher, et vous donne un point de vue clair et actualisé sur votre état de santé. Vous pouvez aussi vous créer une carte d'urgence réunissant les informations importantes — comme votre groupe sanguin ou vos allergies —, disponible directement depuis l'écran de verrouillage.

Réglez tous les détails.

C'est vous qui décidez quelles données doivent être partagées avec chaque app forme et santé.

Des apps bonnes pour votre santé.

Avec HealthKit, les développeurs peuvent rendre leurs apps encore plus utiles en leur permettant d'accéder aussi aux données qui concernent votre santé. Choisissez simplement ce que vous voulez partager. Vous pouvez, par exemple, décider que les données de votre app de pression artérielle seront automatiquement communiquées à votre médecin. Ou autoriser votre app de nutrition à indiquer à vos apps de forme physique combien de calories vous consommez chaque jour. En conjuguant leurs efforts, vos apps forme et santé vont gagner en vitalité. Et vous aussi.

Prenez vos données en main.

L'app Santé vous permet de centraliser toutes vos données de santé et de forme au même endroit sur votre appareil. Et sous votre contrôle. Car vous êtes le seul à pouvoir utiliser et partager ces informations. Choisissez quelles données figurent dans l'app Santé et quelles apps peuvent y accéder. Lorsque votre iPhone est verrouillé par un code ou Touch ID, toutes vos informations de forme et de santé contenues dans l'app Santé sont chiffrées. Vous pouvez sauvegarder les données de l'app Santé sur iCloud, où elles sont également chiffrées, qu'elles soient au repos ou en transit. Les apps accédant à HealthKit doivent appliquer une politique de confidentialité. Avant d'autoriser une app à accéder à vos données de forme et santé, assurez-vous de bien lire sa politique »¹⁵⁸⁰.

1103. Au moyen de 101 bonnes pratiques, la Haute autorité de santé (HAS) recommande notamment qu'une application ou un objet connecté : « délivre des informations de santé fiables et de qualité, soit techniquement performant, soit ergonomique et d'utilisation simple et garantisse la confidentialité et la sécurité des données personnelles »¹⁵⁸¹. Ainsi, les applications mobiles recueillant, transférant et stockant des données de santé doivent respecter des exigences astreignantes garantissant la sécurité et la confidentialité de ces données - et ainsi la vie privée de l'individu concerné par elles. Pour ce faire, le type et la quantité de données recueillies doivent être en adéquation avec la fonction de l'application. Les données doivent par suite être rendues confidentielles par technique d'anonymisation - souvent par pseudonymisation, qui consiste à associer les données à un pseudonyme et non à l'identité réelle de l'utilisateur (*sur les techniques et la sécurité de l'anonymisation, v.*

¹⁵⁸⁰ <https://www.apple.com/fr/ios/health/>

¹⁵⁸¹ HAS, Référentiel de bonnes pratiques sur les applications et les objets connectés en santé (mobile Health ou mHealth), octobre 2016.

Chapitre II.) - dès leur recueil. Elles doivent en outre être cryptographiquement chiffrées, de leur recueil à leur transmission à l'hébergeur. Cet hébergeur, agréé par la CNIL, vérifie alors l'intégrité et la conformité des données qui lui sont transmises. La durée de conservation des données par l'hébergeur doit être préalablement annoncée à l'utilisateur, qui doit pouvoir demander l'arrêt de leur collecte et leur abolition. Soulignons qu'il n'est plus envisageable aujourd'hui pour un développeur d'applications de santé de recueillir le consentement de l'utilisateur autrement que par le biais d'un « disclaimer »¹⁵⁸², du type de ceux de Google ou d'Apple, qui ne sont que trop peu clairs, loyaux et appropriés - qui sont les caractéristiques de l'information en matière de santé.

1104. Il s'agit, rappelons-le, de recommandations de la CNIL dont l'applicabilité ne peut qu'être difficilement établie, au vu notamment du nombre d'applications et d'objets connectés qui ont récemment fait leur arrivée sur le marché des nouvelles technologies. Ces derniers proposent actuellement des « applications santé » mesurant des paramètres physiologiques¹⁵⁸³ ; cette apparente limitation ne devrait pas perdurer, de nombreuses annonces ayant déjà été faite concernant une future mesure de la glycémie¹⁵⁸⁴. Dès lors, si ces applications peuvent à présent sembler limitées, il est fort à parier qu'elles auront dans l'avenir un rôle à jouer dans la surveillance de certaines maladies chroniques¹⁵⁸⁵ et cardiovasculaires.

1105. L'analyse en direct de l'électrocardiogramme n'est pas nouvelle : un procédé automatique « d'alerte du médecin par Internet pour les personnes à risques a déjà été envisagé dans la thèse de Hussein Atoui. Une reconnaissance automatique des signaux pathologiques est effectuée pour diagnostiquer des menaces d'infarctus en temps réel »¹⁵⁸⁶. Mais ces électrodes restent encombrantes et inconfortables. La nouveauté et l'intérêt d'un smartphone est qu'il permet de miniaturiser le recueil de la donnée de santé, de sorte qu'il devient aisé et utilisable par tous. Une évolution qui se fera probablement au prix de la vie privée des patients : « Demain, les piluliers connectés délateurs préviendront le médecin

¹⁵⁸² Avis de non responsabilité.

¹⁵⁸³ Par ex. : nombre de pas par jour, pulsations cardiaques, calories dépensées, la tension artérielle.

¹⁵⁸⁴ V. en ce sens : COLLOC J., « Santé et Big Data : l'État et les individus, impuissants face aux pouvoirs des réseaux », *Op. cit.*

¹⁵⁸⁵ Par ex. : hypertension artérielle, diabète, troubles du rythme cardiaque (tachycardie et troubles de conduction).

¹⁵⁸⁶ ATOUI H., *Conception de systèmes intelligents pour la télémédecine citoyenne*, Thèse de doctorat en Informatique, dir. Paul Rubel et de Jocelyne Fayn, 2006, Lyon.

quand le patient ne prend pas son traitement et suspendront automatiquement ses remboursements par la caisse d'assurance maladie pour le punir de se comporter aussi mal. Actuellement des compagnies d'assurance effectuent des études pour conseiller voir imposer l'usage des objets connectés à leurs assurés. Elles dépensent des sommes considérables pour développer des entreprises développant des recherches concernant le Big Data et les objets connectés »¹⁵⁸⁷.

1106. Une vaste et considérable enquête étasunienne, menée en juin 2015 par la NYU Langone Medical Center, relève que près de 40 000 applications apparentées à la santé et au bien-être sont recensées en 2015 aux États-Unis¹⁵⁸⁸. Néanmoins, si près de 65% des sondés estiment que ces nouveaux outils ont amélioré leur santé, font confiance aux applications et les jugent efficaces et précises, 46% disent aussi avoir téléchargé une application qu'ils n'utilisent plus : « le prix, le désintérêt grandissant avec le temps et la vie privée sont autant de freins limitant leur développement et leur utilisation indiquent les chercheurs »¹⁵⁸⁹.

1107. La démocratisation récente de la donnée de santé semble se propager au prix de la vie privée. Un constat récent qui ne permet que trop difficilement de juger de son opportunité et de ses effets au long terme. Les potentiels sont écrasants, de même que les possibles atteintes à la vie privée. Cette démocratisation témoigne en tout état de cause de l'évolution de la relation de soin, de l'émergence de nouveaux acteurs en santé, et d'une utilisation spécifique de la donnée de santé (*v. B.*).

B. L'utilisation spécifique de la donnée de santé

1108. Diffusion des traitements de données à caractère personnel dans la société civile.

« La protection de la vie privée a été longtemps assurée par les juridictions sur le

¹⁵⁸⁷ V. par ex. : BISEUL X., « Allianz voit des objets connectés partout », 17 avr. 2015, URL : http://www.itespresso.fr/assurance-allianz-voit-des-objets-connectes-partout-93832.html?inf_by=598c0ade671db8800e8b45b8 ; v. également : <https://www.allianz.fr/assurance-sante/conseils-pratiques/objets-connectes/>.

¹⁵⁸⁸ 53% d'entre elles concernent la pratique d'activité sportive et la nutrition, 48% se rapportent à la consommation alimentaire, 47% à la perte de poids et 34% portent sur des consignes d'exercices.

¹⁵⁸⁹ « 58% des Américains ont déjà téléchargé une application santé, mais près de la moitié ne s'en sert plus », La Dépêche, 4 nov. 2015 ; URL : <http://www.ladepeche.fr/article/2015/11/04/2210689-58-americains-ont-deja-telecharge-application-sante-pres-moitie-sert.html>.

fondement de l'article 1382 du Code civil qui suppose, en principe, une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Encore aujourd'hui, le système de protection de la vie privée est curatif et non préventif : il faut logiquement une atteinte à la vie privée pour qu'une action soit ouverte au bénéfice de la personne qui l'a subie. En revanche, les conceptions européenne et française sont différentes et s'organisent autour de procédures administratives préventives et de l'impérieux respect des dispositions d'ordre public »¹⁵⁹⁰. Il en résulte que toute création d'un traitement de données personnelles - dont les données de santé - est soumis à autorisation délivrée par une autorité administrative¹⁵⁹¹.

1109. Lorsque les prémices des législations spécifiques aux données personnelles ont été adoptées, seul l'État pouvait mettre en œuvre des traitements généralisés mettant à mal les libertés individuelles. Depuis, les traitements des données personnelles se sont abondamment diffusés et démocratisés dans la société, et ne se font plus exclusivement à l'initiative de l'État ou de grandes entreprises¹⁵⁹². Cette démocratisation a permis au secteur privé de réaliser de formidables gains de productivité et un fichage des clients plus efficace. Par suite, le traitement des données personnelles est devenu la spécialité de certaines entreprises, qui en ont fait - et en font encore - une utilisation marketing et commerciale.

1110. La donnée de santé témoigne de cette évolution. « Les préoccupations se sont donc étendues de la protection des personnes contre la menace de l'État vers la valorisation des données à caractère personnel. Il en résulte un besoin pressant d'évolution des modes de régulation vers le droit privé afin de ne pas handicaper l'essor de nouvelles activités économiques. Cependant, une telle évolution est susceptible de bouleverser les fondements de la protection car elle nécessite l'introduction de nouveaux contre-pouvoirs. La

¹⁵⁹⁰ LE CLAINCHE J., *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *Op. cit.*

¹⁵⁹¹ En l'occurrence, en France, la CNIL.

¹⁵⁹² Osons un parallèle : Google est confronté à un problème d'image éclatant : il est américain, dominant, propose des services - apparemment - gratuits, et dégage malgré tout de colossaux bénéfices. Néanmoins, il est possible - difficilement certes - d'éviter son œil inquisiteur, en se passant d'utiliser ses services - contrairement aux services de santé, sauf à prendre des risques considérables. Il est de plus encore aujourd'hui oublié que la plus grosse entité propriétaire de données personnelles, n'est assurément pas de Google, Facebook ou même Visa (qui figurent néanmoins sur le podium). C'est incontestablement l'État, et plus spécifiquement en France - mais pas que - où ce dernier est informé de tous les aspects de la vie privée de ses citoyens, jusqu'aux données de santé, sans qu'ils ne puissent véritablement s'y opposer.

recherche des fondements du droit des données à caractère personnel n'est donc pas une quête tournée vers le passé, mais aussi, et peut-être surtout, orientée vers l'avenir »¹⁵⁹³.

1111. « Marketisation » et commercialisation des données de santé. L'absence de cadre juridique relatifs aux données - nommées à tort (*v. sur ce point : Chapitre II.*) de « bien-être », rend possible leur exploitation par les entreprises à des fins marketing et commerciales. Factuellement, l'utilisation des applications et objets connectés repose sur des conditions générales d'utilisation (CGU) qui ne sont que trop rarement lues par l'utilisateur, avide d'accéder au service proposé. Lorsque l'application ou l'objet est relatif à la santé de l'individu, soulignons qu'il s'agit d'une modification du droit d'information tel qu'il est prévu à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique - bien que ce dernier s'apparente davantage à la prise de décision aux côtés d'un professionnel de santé. La Commission française des clauses abusives a mis en lumière, dans sa recommandation n° 14-02 relative aux contrats de fourniture de réseaux sociaux¹⁵⁹⁴, une liste des « clauses noires et grises » qui arpentent lesdits contrats, et qui ont habituellement trait à des limitations et exonérations de responsabilité, ou des modifications unilatérales des conditions générales d'utilisation.

1112. Chaque individu possède aujourd'hui un « double numérique » au sein du Big Data, dont l'émergence est rendue possible par la saisie directe de renseignements personnels en ligne sur une application, un site Internet - en se connectant par exemple à un réseau social ou un compte Internet. Les données sont également saisies par les cookies et les pixels espions qui abondent sur les interfaces de navigation de l'utilisateur. L'utilisation qui est faite des données collectées reste obscure, de sorte qu'elle permet d'imaginer aisément le développement, à partir de ces données et des préférences de l'utilisateur, d'algorithmes prédictifs discriminatoires capables d'anticiper son comportement, ses compétences professionnelles, sa situation financière et son état de santé. L'intrusion des « GAFAM » dans le champ sanitaire doit donner lieu à des campagnes informatives de sensibilisation

¹⁵⁹³ V. en ce sens : LE CLAINCHE J., *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, *Op. cit.*

¹⁵⁹⁴ Commission des clauses abusives, recommandation n° 14-02, *Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*, Recommandation adoptée le 07 novembre 2014 sur le rapport de Mmes Natacha Sauphanor-Brouillaud, Nathalie Martial-Braz, Célia Zolynski, version numérique disponible à l'adresse suivante : <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/contrats-de-fourniture-de-services-de-reseaux-sociaux-nouveau/>, consultée le 4 août 2017.

du grand public, afin que les atteintes à la vie privée soient décelées et valablement acceptées par tous. Dès lors, la santé prédictive semble difficilement critiquable lorsque le traitement des données qu'elle sous-tend a été sciemment accepté, de même que la société s'en chargeant a été clairement identifiée, et que la finalité d'un tel processus, même si elle doit être commerciale, a été distinctement et explicitement définie.

1113. *La commercialisation des données de santé.* Le développement des applications santé et des objets connectés est relativement récent ; néanmoins, l'idée que l'on puisse commercialement exploiter les données médicales présentes au sein d'outils préexistants, tels que les dossiers médicaux informatisés, a vu le jour dès la phase initiale de conception des projets d'informatisation des données médicales et des dossiers visant à les héberger, soit au début des années 2000¹⁵⁹⁵.

1114. En 2014, le lancement par IBM aux États-Unis de la spécialisation du super-ordinateur Watson au domaine sanitaire, et plus précisément à la médecine génomique, illustrera l'exploitation commerciale par le Big Data des données médicales, son intérêt pour la santé publique, et la certitude des risques précédemment évoqués en matière de respect de la vie privée. Ainsi qu'en témoigne le « service communication » d'IBM : « Les capacités analytiques de Watson peuvent permettre d'analyser toutes les données rassemblées autour d'un patient : symptômes, découvertes, remarques du praticien, précédents familiaux. L'ordinateur analytique peut ainsi engager avec le professionnel une discussion collaborative dans le but de déterminer le diagnostic le plus vraisemblable et les options de traitement »¹⁵⁹⁶.

1115. La finalité de l'usage des données de santé recueillies peut dès lors sembler positive ; mais une réserve peut être soulignée dès lors qu'IBM et le New York Genome Center (NYGC) déclarent, par l'intermédiaire de Robert Darnell, président du NYGC : « Le vrai défi que nous rencontrons est de donner du sens à cette énorme masse de données génétiques et de transformer ces informations en meilleurs traitements pour les patients ». Cette affirmation doit être couplée au fait qu'« IBM s'était déjà allié en septembre 2011 au groupe privé d'assurance maladie WellPoint pour mettre en œuvre la première application commerciale des capacités de calcul exceptionnelles de l'ordinateur Watson,

¹⁵⁹⁵ V. notamment la création du logiciel « Thalès » par la société Cégédim : TAVÉ D., « Bienvenue chez Cégédim ! » *Pratiques* n°12, pp. 18-19, déc 2000.

¹⁵⁹⁶ <http://www-05.ibm.com/fr/watson>.

déjà destinée à aider des médecins à faire des diagnostics et à soigner leur patients »¹⁵⁹⁷. On pourrait y voir une énième possibilité, grâce à la commercialisation des données de santé, pour les assurances privées, de choisir leurs clients. L'enjeu réside dans la recherche d'un équilibre entre la libre-expression du potentiel, non négligeable, de l'exploitation des données de santé, et la protection des patients utilisateurs et de leur vie privée, qui passe par la sécurisation et la sécurité desdites données. Ce choix actuel de société doit être juridiquement arbitré.

1116. Conclusion de la Section. « La sécurité passe aussi par des sanctions envers les personnes qui se rendent coupables d'intrusion ou d'extorsion des données de santé », estime Christian Saout, président du CISS¹⁵⁹⁸. « Il faut dissuader, en prévoyant des interdictions professionnelles et de très lourdes amendes. Une riposte graduée n'aurait aucun sens »¹⁵⁹⁹. Car « un vol de données médicales, ce n'est pas comme si votre fille était kidnappée », confirme Graham Cluley, consultant pour l'entreprise de sécurité informatique Sophos, basée au Royaume-Uni : « Même si quelque chose vous est retourné [disque dur, clef USB], vous ne serez jamais certain que les maîtres chanteurs, qui risquent d'avoir conservé une copie, ne reviendront pas à la charge plus tard ou vendront ces données au plus offrant »¹⁶⁰⁰, affirme-t-il.

1117. Les risques ci-avant exposés imposent aux acteurs juridiques de mettre en lumière un encadrement relatif à la récolte, à l'hébergement et à l'exploitation des données de santé, qui ne doit pas se faire au prix irrationnel de la vie privée, afin d'assurer aux citoyens la sécurité de leurs données et de leur intimité.

1118. Malheureusement, la tournure que semble prendre l'évolution de la relation de soin tend à ce qu'une partie de sa réalisation soit désormais gouvernée par des données commerciales, de sorte que la sauvegarde de la vie privée semble être une bien lointaine

¹⁵⁹⁷ <http://www.leparisien.fr/laparisienne/sante/ibm-lance-son-super-ordinateur-watson-dans-la-medecine-genomique-19-03-2014-3687675.php>.

¹⁵⁹⁸ Comité interassociatif sur la santé.

¹⁵⁹⁹ In : *Que Choisir ?* n° 468, mars 2009.

¹⁶⁰⁰ Cité par : MESSI P., « Big Brother : la surveillance de la population », *Les Tribunes de la santé* 2010/4 (n° 29), p. 69-74. DOI 10.3917/seve.029.0069.

préoccupation. Il est déraisonnable d'affirmer qu'il n'existe plus de vie privée au sein de la relation de soin ; néanmoins, elle ne semble pas (mais l'a-t-elle été un jour ?) être la priorité des nouveaux acteurs en santé, qui s'efforcent d'imposer l'idée selon laquelle les préemptions ont changé. Un compromis juste et équilibré semble possible. Le Droit aura un rôle à jouer dans sa recherche.

1119. Conclusion du Chapitre. L'informatisation appliquée au monde de la santé, le développement d'Internet et du « Big data » ont incontestablement influencé les fondements de la relation de soin, dont le droit au respect de la vie privée du patient. Il est démesuré d'affirmer que celle-ci n'existe plus, dans la mesure où cela ne semble pas être le cas. Une nuance consiste à arguer qu'elle est portée dans un contexte socioéconomique qui ne lui est pas toujours favorable, et qui fait de son respect une priorité lointaine.

1120. La gestion des informations et données de santé s'est ouverte aux acteurs tiers, de sorte que la relation de soin et le statut du patient ont assurément évolué. Le potentiel économique et commercial de la donnée de santé a été réévalué, le « Big data » se chargeant de démocratiser cette nouvelle acception, officiellement justifiée par l'intérêt du patient.

1121. Un patient consommateur, un professionnel informatisé devant composer avec de nouveaux acteurs, une donnée de santé source aux richesses exploitables, une vie privée monnayée : l'évolution de la relation de soin, si elle ne doit pas être diabolisée, appelle néanmoins, à n'en pas douter, un nécessaire encadrement juridique. Ceci est d'autant plus vrai que les « richesses » susmentionnées de la donnée de santé présentent un intérêt hautement invoqué ; le « Big Data » appelle l'« Open Data » et l'ouverture, via la mise à disposition, des données de santé. Le monopole de leur détention par l'Assurance maladie semble dès lors révolu.

1122. La nécessité d'encadrement juridique insinue la nécessité de cercler l'ouverture de l'accès aux données de santé : son émancipation, visant à la « faire sortir » de l'administration et des entreprises qui les hébergent et s'ouvrir aux citoyens, aux patients, et aux entreprises qui ne les hébergent pas, mais qui ont un intérêt à les utiliser, ne laisse

pas le juriste indifférent. La loi du 26 janvier 2016 a à ce propos (ré)animé de houleux mais riches débats (*v. Chapitre II*).

Chapitre II. Données de santé, cheminement et encadrement juridique

1123. Les nouvelles technologies, au rang desquelles figurent Internet et l'informatisation des données médicales posent diverses problématiques relatives à la conservation, l'échange et à l'accessibilité de ces dernières, d'autant qu'elles peuvent s'apparenter au cœur de la vie privée. Le droit a nécessairement dû se saisir de ces questionnements afin d'en organiser l'encadrement.

1124. C'est ainsi que la loi du 4 mars 2002¹⁶⁰¹ a modifié certaines dispositions de la législation informatique et libertés. En accord avec les propositions de la CNIL¹⁶⁰², la loi prévoit que « les professionnels de santé ou les établissements de santé ne pourront déposer des données de santé, recueillies ou produites à l'occasion des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, auprès d'hébergeurs que s'ils respectent certaines conditions parmi lesquelles le consentement de la personne concernée »¹⁶⁰³. Cela suppose non seulement une véritable information du patient quant à l'identité de l'hébergeur des données et des circonstances de leur émission - afin de pouvoir recueillir un consentement valable - mais également l'existence d'un agrément de l'hébergeur lui permettant d'accéder aux données.

1125. Il s'agit précisément d'une tentative de conciliation entre le traitement informatique des données de santé et le droit au respect de la vie privée, qui témoigne ce faisant d'une conformité aux invitations et émulations de multiples textes internationaux - qui ne font pas tous référence aux données de santé convenons-en. Le droit communautaire s'est intéressé aux données de santé informatisées¹⁶⁰⁴ en édictant la directive du

¹⁶⁰¹ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁶⁰² Délibération 01-011 de la CNIL du 8 mars 2001 portant adoption d'une recommandation sur les sites de santé destinés au public.

¹⁶⁰³ BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Op. cit.*

¹⁶⁰⁴ BRILLON S., « Le dossier du patient et la législation européenne relative à la protection de la vie privée », *Journal des tribunaux Droit européen* (Larcier) 1^{er} mars 2003, n° 97, p. 75 ; BYK C., « Europe, éthique et utilisation des données médicales informatisées », *Journal de médecine légale Droit médical* 2000, vol. 43, n° 4, 351-352.

23 octobre 1995¹⁶⁰⁵. Parallèlement, la convention n° 108 du Conseil de l'Europe affirme le droit de toute personne au respect de ses droits et libertés fondamentales, dont fait partie le droit au respect de la vie privée, face au traitement informatique de ses données à caractère personnel¹⁶⁰⁶.

1126. Les réflexions du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies de la santé¹⁶⁰⁷ (GEE) ont permis de mettre en lumière l'intérêt et le particularisme des TIC en santé, ainsi que la nécessité d'encadrer juridiquement la croissante informatisation des données de santé. Dans un avis rendu en 1999¹⁶⁰⁸, le GEE a mis en lumière les conflits générés par l'emploi de ces données, qui confronte l'intérêt collectif et la sauvegarde de la vie privée.

1127. Ce dernier point appelle la garantie de la confidentialité des données de santé - via des procédés de cryptage et d'anonymisation, afin de garantir le secret professionnel - et la restriction à leur accès, qui doit être axé sur le patient. Il reste néanmoins légitime d'analyser la mise en danger des fondements moraux et sociaux de la médecine, tels que la confidentialité, le secret et la sécurité de l'information médicale, par l'informatisation et la numérisation des données médicales. Cette analyse doit avoir trait à l'encadrement juridique du cheminement de la donnée de santé (**Section I.**), ainsi qu'au cerclage de l'ouverture de l'accès à ces données et des risques pour la vie privée qu'elle représente (**Section II.**).

¹⁶⁰⁵ Directive 95/45/CE du 23 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, JOCE L281/31, 23 nov. 1995.

¹⁶⁰⁶ VAN OVERSTRAETEN M., DEPRÉ S., « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », Rev. trim. dr. h. 54/2003, p. 665.

¹⁶⁰⁷ Le GEE est une instance neutre, indépendante, pluraliste et pluridisciplinaire ; il est composé de quinze experts nommés par la Commission européenne pour leur expertise et leurs qualités individuelles. Le Groupe a pour mission d'examiner les questions éthiques liées aux Sciences et aux Nouvelles technologies et sur la base de son travail, de soumettre des avis à la Commission européenne dans le cadre de l'élaboration de législations ou de la mise en place de politiques communautaires. Source : www.cnrs.fr.

¹⁶⁰⁸ GEE, avis n° 13, Aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information, 30 juil. 1999.

Section I. Enjeux et encadrement juridique du cheminement de la donnée de santé

1128. Nouvel acteur de santé, Internet s'insère aux côtés du patient et du professionnel de santé - plus qu'entre eux - au sein de la relation de soin, sauf lorsqu'il empêche le colloque singulier de prendre place, à l'aide de la nouvelle information de santé. Il informe le patient et héberge ses données. Cette dernière effectue un véritable cheminement, dont une partie de la maîtrise reste aux mains du professionnel de santé. À la différence des précédents développements, il ne sera pas question de traiter ici des données de santé initialement transmises par le patient, mais de celles qui le sont par le professionnel, via les systèmes d'informations et les outils juridiques et pratiques mis en place pour permettre ladite transmission et l'échange. Car si la donnée de santé, et son emparement par les « GAFAM », pose un certain nombre de problématiques avant tout éthiques, l'enjeu du traitement de la donnée de santé n'est pas uniquement le fait des « géants de l'Internet », qui n'en possèdent pas un monopole. Les acteurs « traditionnels » du système de santé y sont également confrontés, au même titre que les responsables politiques. Une étude davantage approfondie des enjeux du cheminement des données de santé passe avant toute autre chose par la définition des différents types de données, ainsi que par l'étude du stockage (1^o§.), de l'échange, et de l'ouverture de l'accès (2^o§.) aux données (*sur ce dernier point, v. également, et surtout, Chapitre II.*). Ces trois enjeux entretiennent un rapport tout à fait particulier à la vie privée du patient, c'est pourquoi notre ordre juridique était appelé à s'en saisir.

1^o§. Définition et stockage de la donnée de santé

A. Définition des données

1129. La surveillance des individus est ancienne ; en témoignent les essais et les actions des pouvoirs, publics ou privés, visant à observer et contrôler les citoyens. Élémentaires dans un premier temps - contrôle direct des corps, surveillance panoptique, certificats de santé, passeports intérieurs - les moyens mis en œuvre ont été progressivement perfectionnés : les individus ont été nommés, fichés et comptés, pour des raisons qui ne

s'apparentaient pas directement à de la surveillance, mais qui pouvaient y être rattachées. Les fichiers se sont exponentiellement accrus, qu'ils soient militaires, policiers, professionnels, commerciaux, fiscaux ou sanitaires. L'informatisation de ces fichiers dans les années 1970 en a simplifié la gestion tout en accroissant les possibilités de traitement - en croisant les fichiers notamment - donnant ainsi une valeur nouvelle aux données personnelles récoltées.

1130. L'expression « données à caractère personnel » signifie toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Une personne physique n'est pas considérée comme identifiable si cette identification nécessite des délais et des activités déraisonnables. Lorsqu'une personne physique n'est pas identifiable, les données sont dites anonymes. Les « données à caractère personnel » sont définies à l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi informatique et libertés¹⁶⁰⁹. La notion de « traitement de données » se trouve à l'alinéa 3 de l'article 2 de cette même loi¹⁶¹⁰.

1131. L'expression « données de santé » se réfère à toutes les données à caractère personnel relatives à la santé d'une personne¹⁶¹¹. Elle se réfère également aux données ayant un lien manifeste et étroit avec la santé ainsi qu'aux données génétiques. Enfin, l'expression « données génétiques » se réfère à toutes les données, quel qu'en soit le type, qui concernent les caractères héréditaires d'un individu ou qui sont en rapport avec de tels caractères formant le patrimoine d'un groupe d'individus apparentés¹⁶¹².

¹⁶⁰⁹ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2, al. 2 : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ».

¹⁶¹⁰ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2, al. 3 : « Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

¹⁶¹¹ V. CAVALIER M., *La propriété des données de santé*, Thèse de doctorat en Droit, dir. M. Girer, Lyon, 2016.

¹⁶¹² Définitions données par : Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R(97)5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales* (adoptée par le comité des ministres le 13 fév. 1997, lors de la 584^{ème} réunion des délégués des ministres).

1132. Définition de la « donnée de santé ». Il n'existe pas, de manière absolue, de définition unanimement reconnue et acceptée des données de santé¹⁶¹³. Probablement parce qu'il en existe plusieurs types : les données personnelles relatives aux citoyens et aux patients ; les données agrégées, statistiques et épidémiologiques, qui proviennent de traitement de données individuelles collectées à des fins d'enquêtes spécialisées ; les données relatives à l'offre de soin¹⁶¹⁴. Seuls les deux premiers types de données de santé seront privilégiés au sein du présent travail, dans la mesure où ils ont trait à la vie privée du patient, et à l'enjeu d'ouverture de l'accès aux dites données (*v. sur ce point 2°§. et Section II.*).

1133. Les données de santé sont mentionnées, dans la loi « Informatique et Libertés », comme des données sensibles, appelant une vigilance particulière. Leur objet¹⁶¹⁵, leur forme¹⁶¹⁶ et leur source¹⁶¹⁷ sont extrêmement variés¹⁶¹⁸.

¹⁶¹³ Sur la définition de la « donnée de santé » par le Règlement (UE), *Op. cit.*

¹⁶¹⁴ Caractéristiques et activités des hôpitaux, tarifs de professionnels...

¹⁶¹⁵ Informations statistiques sur l'état de santé d'une population, la prévalence et l'incidence des maladies, les variations selon l'âge, le sexe, les catégories professionnelles et sociales, le revenu du ménage, le niveau d'études, certains caractères génétiques, la qualité de l'air ou de l'eau, d'autres facteurs liés à l'environnement, ou selon l'indice de masse corporelle, l'alimentation, la consommation d'alcool ou de tabac, les pratiques sexuelles etc. ;

- Informations sur l'offre de soins : établissements et professionnels de santé, classés selon la nature de l'offre (spécialités, équipements, capacités...), l'activité, la distance, la disponibilité, la réputation et d'autres indicateurs de la qualité, les tarifs... ;

- Informations sur la dépense de santé (consommation de soins et biens médicaux, indemnités journalières, prévention environnementale et alimentaire, formation des professions de santé, recherche dans le domaine de la santé, dépenses de santé liées au handicap et à la dépendance...) ou informations sur le financement de la dépense de santé (assurance maladie obligatoire, assurances complémentaires, ménages...) ;

- Informations sur les professionnels de santé (démographie, activités, revenus...) ;

- Informations sur les facteurs de l'état de santé (environnement, données sociales...).

Source : *Rapport final Commission Open Data*, 9 juil. 2014.

¹⁶¹⁶ - Données brutes, également appelées « granulaires », correspondant au niveau le plus fin qu'il est possible d'obtenir en fonction de l'origine de la donnée et du système de collecte ;

- Données extraites, telles qu'un échantillon de données brutes ou des données rendues moins précises sur une ou plusieurs dimensions ;

- Données agrégées et statistiques plus ou moins élaborées : totaux, indicateurs, évolutions, comparaisons...

Source : *Rapport final Commission Open Data*, 9 juil. 2014.

¹⁶¹⁷ - Données générées par les professionnels de santé : prescriptions médicales, ventes de médicaments, ...

- Données générées par les établissements de santé : informations administratives des établissements de santé, données d'activité, données relatives à la qualité...

- Données générées par les autorités dans la réalisation de leur mission de service public : indicateurs financiers agrégés, données d'évaluation et de suivi des politiques publiques, données sur les remboursements inter-régimes... ;

- Données générées par les industriels et entreprises du secteur de la santé : laboratoires pharmaceutiques, assureurs, entreprises produisant du matériel médical... ;

1134. Les données de santé relèvent du droit commun applicable à la protection des données à caractère personnel, et les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 leur sont applicables. Soulignons ainsi la coexistence d'une législation relative à l'informatique et/ou à la communication, ainsi qu'une autre relative à la santé : loi du 4 mars 2002¹⁶¹⁹ et loi du 26 janvier 2016¹⁶²⁰ (*v. Section II*). Cet « empilement législatif et réglementaire »¹⁶²¹ rend le respect de la vie privée et de la sécurité des données nécessaires.

1135. La donnée « sensible » de santé. Avant 2004, la donnée de santé n'était pas assimilée à une donnée sensible, statut particulier qui est, à titre d'exemple, attribué aux données relatives à l'orientation sexuelle des personnes. C'est la directive européenne du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹⁶²² qui confèrera aux données de santé le statut de données sensibles en France en 2004¹⁶²³. Ce faisant, leur traitement est par principe interdit, et leur partage doit rester théoriquement exceptionnel - étant précisé que l'accord exprès de l'intéressé suffit à mettre en œuvre cette exception.

1136. Données sensibles de santé et « données de bien-être ». Les données de bien-être font-elles partie de la relation de soin ? Au vu de la modification de ladite relation, et de son objectif, qui ne consiste plus uniquement aujourd'hui à guérir, il est permis de le penser. La relation de soin s'est ouverte au bien-être et au mieux-être. Ces nouvelles données peuvent-elle être pour autant assimilées à des données de santé, de sorte que leurs régimes juridiques devraient être identiques ? Le présent développement vise à le démontrer.

- Données générées par les chercheurs : enquêtes, recherches médicales ou interdisciplinaires (ex : sociologie de la santé) ;

- Données générées par les patients : témoignages, informations remontées sur des événements indésirables, informations générées à l'aide d'applications et de capteurs électroniques analysant l'activité physique... ; ce champ est en pleine expansion.

Source : *Rapport final Commission Open Data*, 9 juil. 2014.

¹⁶¹⁸ V. en ce sens : *Rapport final Commission Open Data*, *Ibid*.

¹⁶¹⁹ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁶²⁰ L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹⁶²¹ BICLET P., « Hébergement et échange des données de santé », RMD, p.159-160, 2010.

¹⁶²² PE et Cons. UE, dir. 95/46/CE, 24 oct. 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 : JOUE L 281, 23 nov. 1985.

¹⁶²³ L. n° 2004-81, 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : JO 7 août 2004.

1137. Les applications de santé et les objets connectés ont vu leur développement s'accroître de manière exponentielle ces dernières années ; ceux-ci engendrent une masse de données à caractère personnel sans précédent, dont le régime juridique reste changeant. Dès lors, si la donnée de santé fait l'objet d'un encadrement légal, notamment via les lois précitées du 4 mars 2002 et du 26 janvier 2016, les données de bien-être sont dépourvues de définition légale et de statut juridique spécifique, alors même qu'elles sont, indirectement, de nature à révéler un état de santé, contrairement à ce qui peut parfois être affirmé : « Mais quelle est la valeur de ces données ? Si je rentre des données sur mon smartphone, mon poids, ma taille, mon rythme cardiaque, que sais-je encore, quelle est la réelle validité de ces données ? Elles n'ont rien à voir avec celles du PMSI, recueillies et validées par des professionnels de santé. Les données collectées par Apple, Google ou autres, sont extérieures au système de santé et ne peuvent pas être utilisées pour faire des études d'une valeur scientifique »¹⁶²⁴. Cette affirmation doit, nous le pensons, pouvoir être remise en cause, dans la mesure où la donnée de bien-être est parfaitement assimilable à la donnée de santé : elle permet de connaître l'état de santé d'un individu, et de mener à bien des études de valeur scientifique. Expliquons-nous.

1138. Pour éluder l'encadrement juridique relatif à la protection des données sensibles de santé, qui peut sembler relativement contraignante - mais qui est assurément peu connue - l'argumentation consistant à se prévaloir d'une donnée de « bien-être » est habituellement privilégiée, afin de se dédouaner des obligations de recueil du consentement et du recours à l'hébergeur agréé de données. C'est une idée communément répandue qu'il convient de remettre en cause. Pour Maître Caroline Zorn : « il n'existe pas de donnée de « bien-être », dès lors qu'elle est une donnée relative à la santé - au sens large¹⁶²⁵ - de la personne. Peu importe que la donnée soit créée par le patient, qu'elle n'ait aucune valeur pour un médecin ou que son recueil ne soit qu'accessoire dans l'application. La distinction « santé » vs. « bien-être » est peut-être une distinction en matière de segments commerciaux, mais elle n'a pas de fondement juridique »¹⁶²⁶. Les solutions de santé mobile devraient « comporter des garanties de sécurité spécifiques et adaptées, comme des

¹⁶²⁴ Me BOSSI MALAFOSSE J., avocate, membre du Healthcare Institute.

¹⁶²⁵ « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement absence de maladie ou d'infirmité » : Préambule à la Constitution de l'OMS, adopté par la conférence internationale sur la santé les 19-22 juin 1946, entré en vigueur le 7 avril 1948.

¹⁶²⁶ ZORN C., « Partage des données de santé et évolution de l'équipe de soins », nov. 2015, Journée Innovation et sécurité en santé numérique, 6 oct. 2015, IRCAD, Strasbourg.

mécanismes appropriés d'authentification du patient et le cryptage de ses données, pour limiter les risques d'abus. La sécurité et le contrôle des accès devraient aussi constituer un terrain propice à de futures activités de recherche et à des projets innovants »¹⁶²⁷. Dès lors, toute donnée relative à l'état physique, mental ou social d'une personne pouvant être identifiée directement, indirectement ou même par référence à un numéro d'identification, doit être considérée comme une donnée de santé. C'est par exemple le cas des données relatives au nombre de pas quotidiennement réalisés, qui trahissent, indirectement certes, l'état physique de l'individu concerné et qui sont dès lors des données de santé. Seule la « donnée de santé » est juridiquement acceptable et justifiée.

1139. Ce rappel liminaire des définitions des « données personnelles » et des « données sensibles de santé » permet d'aborder dès lors l'un de leurs trois enjeux, qui consiste en leur stockage via les systèmes d'informations et de fichage (*v. B.*).

B. Stockage des données de santé via les systèmes d'informations et de fichage

1140. *Les nouveaux systèmes d'information en santé.* « La médecine est un art qui utilise des sciences. Le médecin praticien est à la fois un scientifique qui a acquis des connaissances en anatomie, physiologie, biochimie, biophysique, biologie, sémiologie médicale et chirurgicale... [Il est] un artiste qui maîtrise des savoir-faire pour effectuer des gestes thérapeutiques appropriés »¹⁶²⁸. Aux connaissances « traditionnelles » médicales s'adjoint désormais la maîtrise de technologies visant à accroître les capacités exploratrices et à assurer une meilleure qualité des soins. On pense alors rapidement au génie biologique médical¹⁶²⁹, en oubliant parfois que les dispositifs informatiques sont d'abord venus se greffer aux dispositifs préexistants, afin d'offrir au professionnel de nouveaux moyens d'investigation, de comparaison de l'information, et surtout, d'acquisition et de stockage de données.

¹⁶²⁷ Commission européenne, *Livre vert sur la santé mobile*, 2014.

¹⁶²⁸ COLLOC J., « Santé et Big Data : l'État et les individus, impuissants face aux pouvoirs des réseaux », *Op. cit.*

¹⁶²⁹ Qui permet de nouvelles possibilités de diagnostic, grâce aux automates d'analyse biologique, aux appareils d'imagerie (échographes, imagerie par résonance magnétique (IRM), scintigraphie), aux appareils d'analyse de signaux (électrocardiogramme, électroencéphalogramme), et de nouveaux traitements des pathologies (laser, dialyse, assistance respiratoire, médecine nucléaire...).

1141. Précisons à ce propos que le développement de l'informatique dans le secteur sanitaire a été timidement initié au cours des années 1980, et se limitait dans les années 1990 à la mise en œuvre d'applications métiers éparses. Au sein des établissements, ces dernières avaient essentiellement trait aux fonctions administratives¹⁶³⁰ ; en cabinet libéral, le taux d'informatisation était alors très faible¹⁶³¹, et l'outil est presque exclusivement utilisé pour des fonctions bureautiques au niveau du secrétariat. Force est de constater que l'analyse est toute autre vingt ans plus tard : la quasi-totalité des professionnels de santé libéraux utilise l'outil informatique pour gérer ses dossiers professionnels, de même que tous utilisent la messagerie électronique et Internet dans leur pratique quotidienne. Entre 1967 à 2000 au moins une dizaine de milliers de systèmes d'aide à la décision en médecine ont été proposés.

1142. Ce bouleversement est davantage marqué en établissement de santé : certains d'entre eux « sont passés au « zéro papier », des spécialités sont passées ou passent au tout numérique (biologie, imagerie), tous les comptes rendus sont issus d'un traitement de texte, et l'intégralité des données de la T2A sont transmises par voie électronique. Des disciplines comme la cancérologie ou l'imagerie ne pourraient plus fonctionner sans les systèmes d'information »¹⁶³². En outre, les échanges d'informations entre professionnels de santé s'accroissent au fil des années, et la télémédecine est aujourd'hui considérée comme un moyen ad hoc de prise en charge.

1143. Dès lors, les nouveaux systèmes d'information, qui participent au stockage de la donnée de santé, présentent un certain nombre d'avantages et des potentialités grandissantes. « On peut schématiquement les classer en quatre types de bénéfices : de meilleurs soins aux patients, un système de soins plus efficient, un pilotage et des contrôles plus performants, et enfin une meilleure information du patient »¹⁶³³. Attardons-nous sur la promesse d'une meilleure qualité des soins faite par les systèmes d'information et de stockage des données de santé.

1144. Une meilleure qualité des soins. C'est l'enjeu qui permet d'apprécier le caractère prometteur des systèmes d'information et de stockage des données de santé. Leurs actions s'établissent à divers niveaux, selon qu'elles concernent le professionnel de santé ou un

¹⁶³⁰ Paie, ressources humaines, logistique, bureautique

¹⁶³¹ Moins de 20 % des médecins en 1995.

¹⁶³² SAURET J., « Économie des nouveaux systèmes d'information en santé », Les Tribunes de la santé 2010/4 (n° 29), p. 59-68. DOI 10.3917/seve.029.0059.

¹⁶³³ SAURET J., « Économie des nouveaux systèmes d'information en santé », *Ibid.*

établissement de santé. Concernant le professionnel, soulignons que le stockage et la recherche des informations et données sont simplifiés par les systèmes d'informations, qui peuvent parfois faire gagner un temps précieux au professionnel. Les logiciels permettent également d'utiliser de nouvelles fonctionnalités, à l'image de l'aide à la prescription, au diagnostic ou aux soins, ainsi qu'une auto-évaluation des pratiques. Enfin, les systèmes d'information simplifient les échanges entre les professionnels de santé, facilitent l'accès à la formation continue et aux lectures spécialisées. Concernant l'établissement de santé, les systèmes d'information permettent avant toute autre chose l'échange d'information entre entités de soins (*sur l'échange d'informations*, v. 2^o§.). « Au-delà de l'insertion des informations externes dans le dossier médical, le partage des dossiers spécialisés et la prise de décision collective sont autant de fonctions rendues possibles et simplifiées par les TIC, alors même que le travail en réseau et en « multisites » prend de plus en plus d'importance »¹⁶³⁴. Rappelons que ce développement de l'hébergement des données ne doit pas se faire au prix de la vie privée.

1145. Hébergement des données et respect de la vie privée. L'observation du respect de la vie privée est rendue possible par la sécurisation des données hébergées - laquelle ne peut jamais être parfaitement assurée. Ainsi, les établissements de santé ont l'obligation de protéger la confidentialité des informations détenues sur les patients qu'ils prennent en charge¹⁶³⁵. Les données de santé des patients, ainsi que les éléments relatifs à leur prise en charge, peuvent être conservés au sein de l'établissement ayant assuré la prise en charge, ou déposés par ces établissements auprès d'un hébergeur agréé. Précisons que depuis l'édiction de deux ordonnances prises en 2017¹⁶³⁶, l'agrément des hébergeurs de santé prévu à l'article L. 1111-8 du Code de la santé publique sera substitué par une certification au 1^{er} janvier 2019. Le certificat est délivré à l'hébergeur par un organisme accrédité par le

¹⁶³⁴ SAURET J., « Économie des nouveaux systèmes d'information en santé », *Ibid.* L'auteur propose des pistes de réflexion pour améliorer les systèmes d'informations (SI), et notamment : une volonté politique forte ; une vision stratégique claire et partagée ; une gouvernance claire ; des référentiels de qualité ; des incitations des acteurs à la mise à niveau de leurs SI ; la menée à bien des projets structurants nationaux ou locaux ; des évaluations fines de l'impact de certains projets en matière de SI. Nous y ajouterons : une sensibilisation aux problématiques ayant trait à la vie privée.

¹⁶³⁵ CSP, art. L. 1112-1.

¹⁶³⁶ Ordonnance n° 2017-27 du 12 janvier 2017 relative à l'hébergement de données de santé à caractère personnel ; Ordonnance n° 2017-29 du 12 janvier 2017 relative aux conditions de reconnaissance de la force probante des documents comportant des données de santé à caractère personnel créés ou reproduits sous forme numérique et de destruction des documents conservés sous une autre forme que numérique, JO du 13 janvier 2017.

Comité français d'accréditation (COFRAC). Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2019. Dans tous les cas, la responsabilité d'assurer la garde et la confidentialité des informations conservées ou transmises à un hébergeur incombe au directeur de l'établissement¹⁶³⁷.

1146. L'article R. 1112-7 du Code de la santé publique prévoit que le dossier médical est conservé pendant une durée de vingt ans à compter de la date du dernier séjour de son titulaire dans l'établissement ou de la dernière consultation externe en son sein. Ainsi, l'ensemble des informations relatives à un même patient doit être conservé, quel que soit la date à laquelle elles ont été constituées ou recueillies par l'établissement de santé, tant que le dernier passage de ce patient ne remonte pas à plus de vingt ans. En effet, « il est probable que des informations de santé qui n'ont pas été réactivées depuis vingt ans ou davantage sont soit sans lien avec l'état actuel du patient, soit devenues obsolètes compte tenu de l'évolution des techniques médicales »¹⁶³⁸. Cette conservation, si elle peut être justifiée par la qualité de la prise en charge, porte une atteinte certaine à la vie privée du patient.

1147. Il semble opportun d'ajouter, à ce propos, que deux ordonnances prises en 2017¹⁶³⁹ ont précisé la force probante d'un dossier numérisé et la durée de conservation des informations contenues dans un dossier médical. Dès lors, les documents créés sous format numérique, comportant des données de santé à caractère personnel qui sont produits, reçus ou conservés lors d'activités de prévention, diagnostic, soins, compensation du handicap, prévention de perte d'autonomie ou suivi social et médico-social, ont la même force probante qu'un document sur format papier, s'ils ont été établis et conservés dans les conditions de l'article 1366 du Code civil¹⁶⁴⁰. Quant à la durée de la conservation des informations, soulignons que lorsqu'une copie numérique fiable a été établie, l'originale doit être détruite avant la fin de la durée légale de conservation ou à défaut à la fin de celle prévue à l'article 6 de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, à savoir « une durée

¹⁶³⁷ CSP, art. R. 1112-7.

¹⁶³⁸ Instruction interministérielle DHOS/E1/DAF/DPACI n° 2007-322, 14 août 2007 relative à la conservation du dossier médical.

¹⁶³⁹ Ordonnance n° 2017-27 du 12 janvier 2017 relative à l'hébergement de données de santé à caractère personnel ; Ordonnance n° 2017-29 du 12 janvier 2017 relative aux conditions de reconnaissance de la force probante des documents comportant des données de santé à caractère personnel créées ou reproduits sous forme numérique et de destruction des documents conservés sous une autre forme que numérique, JO du 13 janvier 2017.

¹⁶⁴⁰ C. civ., art. 1366 : « L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».

1148. Face à l'hébergement de la donnée de santé, et au caractère attentatoire qu'il peut présenter, la vie privée du patient peut être protégée, directement ou non, grâce à plusieurs mécanismes juridiques. L'article L. 1111-8 du Code de la santé publique prévoit ainsi que l'hébergement de données, quel qu'en soit le support, manuscrit ou informatique, ne peut intervenir qu'après avoir recueilli le consentement exprès de la personne concernée, et ce dans le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978¹⁶⁴¹. Précisons, à nouveau, que si le consentement de l'intéressé lui permet, après avoir reçu une information à ce propos, d'avaliser l'atteinte portée à sa vie privée, ce dernier ne saurait remettre en cause son existence.

1149. Lorsque l'établissement - ou un professionnel de santé libéral - fait appel à une prestation d'hébergement, cette dernière, quel qu'en soit le support, fait l'objet d'un contrat prévoyant que l'hébergement des données, les modalités d'accès à celles-ci et leurs conditions de transmission sont obligatoirement subordonnés au recueil du consentement de la personne concernée. Les données ainsi hébergées ne sont accessibles qu'aux personnes concernées ou désignées par celles-ci, ainsi qu'aux professionnels ou à l'établissement de santé assurant la prise en charge. Les hébergeurs ne peuvent donc mettre les données de santé qu'à disposition de ceux qui les leur ont confiées, et ne peuvent les utiliser à d'autres fins que celles pour lesquelles elles leur ont été transmises. Ils sont soumis au secret professionnel et ne peuvent les communiquer à d'autres personnes que les professionnels de santé ou établissements de santé désignés dans le contrat.

1150. Lorsqu'il est mis fin à l'hébergement, l'hébergeur restitue les données de santé aux professionnels, à l'établissement ou à la personne concernée ayant contracté avec lui, en supprimant toutes les copies qui auraient pu avoir été faites. Tout acte de cession à titre onéreux de données de santé identifiables, directement ou indirectement, y compris avec l'accord de la personne concernée, est interdit et sanctionné d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende¹⁶⁴².

1151. En tout état de cause, la donnée de santé, qu'elle soit hébergée par un acteur tiers ou au sein même de l'établissement assurant la prise en charge, est stockée au sein d'un

¹⁶⁴¹ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁶⁴² C. pén., art. 226-21.

dispositif récemment démocratisé : le « Cloud ». Ce dernier constitue un espace de stockage externe virtuel et partageable des données. Il s'agit d'un disque externe dont la gestion est confiée à un tiers inconnu ; l'accès à ce vaste espace de stockage¹⁶⁴³ étant possible à l'aide d'une simple connexion Internet.

1152. Le principal inconvénient du « Cloud » reste dès lors sécuritaire, dans la mesure où son utilisateur « ne connaît pas la localisation et n'est pas maître de l'administration de ses fichiers de données. En effet, le super-utilisateur, que vous ne connaissez pas, qui ne réside pas nécessairement en France et qui gère le serveur où sont hébergées vos données, a tout pouvoir sur celles-ci. Il peut les dupliquer, les divulguer à des tiers à votre insu, voire les détruire »¹⁶⁴⁴. C'est là que réside la principale problématique relative à l'hébergement de la donnée de santé : son contrôle et son administration échappent finalement au patient qui a consenti à son stockage.

1153. La vie privée est une notion qui entretient un rapport tout à fait particulier avec le « contrôle ». Les failles sécuritaires accompagnent nécessairement le déploiement de l'outil informatique et de l'Internet, et remettent ce faisant en cause le pouvoir de contrôle individuel, dans un contexte de triangulation du colloque singulier. Ces failles pourraient conduire les patients à nuancer leur rôle au sein de la relation de soin, par peur de traçabilité et de fichage susceptibles d'atteindre leur vie privée. La crainte que des données de santé puissent « voyager », via Internet, jusqu'aux assureurs privés ou éventuels employeurs potentiels, n'est pas chimérique¹⁶⁴⁵. « Même les firmes qui vendent des systèmes de protection contre le piratage informatique finissent par se faire pirater »¹⁶⁴⁶.

2°§. Échange et ouverture d'accès aux données

1154. Le stockage des données de santé n'est pas la seule utilisation qui peut en être faite ; leur échange (A.) et l'ouverture de leur accès à des tierces personnes (B.)

¹⁶⁴³ Les professionnels de santé ont des besoins importants de stockage de gros volumes de données liées aux examens paracliniques : images (IRM, Scintigraphies, TDM, Radios), films (échographie 3D, Signaux (MEG, EEG, ECG...) et textes (observations, Dossier Médical Informatisé, examens biologiques, prescriptions.

¹⁶⁴⁴ COLLOC J., « Santé et Big Data : l'État et les individus, impuissants face aux pouvoirs des réseaux », *Op. cit.*

¹⁶⁴⁵ VENTRE D., *Cyberattaque et cyberdéfense*, Paris, Hermès-Lavoisier, août 2011.

¹⁶⁴⁶ PINTÉ J.-P., « Cybercriminalité : les entreprises doivent prendre conscience des risques », *Intelligence économique*, 2011.

représentent deux forts enjeux à mettre en corrélation directe avec le droit au respect de la vie privée.

A. Échange de données, respect du secret professionnel et de la vie privée

1155. Le « Dossier médical partagé » a déjà fait l'objet d'un précédent développement. Il sera dès lors question ici de l'aborder sous un nouvel angle, relatif au fait qu'il constitue l'outil privilégié pour échanger des données de santé, parfois au détriment de la vie privée. « L'analyse du DMP montre que les problématiques relatives au secret professionnel, qui étaient jusqu'ici concentrées sur la relation patient-professionnel, se déplacent vers des questions de protection des données informatiques : droit de revenir en arrière sur son consentement initial, droit de rectification ou de suppression des données »¹⁶⁴⁷. Une question centrale se pose en matière d'application de la loi du 6 janvier 1978 - et notamment son article 40, qui prévoit un droit de rectification des données par l'utilisateur - à ce contexte idiopathique. À nouveau, la problématique relative à la sécurité du système informatique émerge, et concerne ici la confidentialité des données vis-à-vis des tiers non autorisés. Il s'agit d'une question cruciale dans la mesure où les systèmes informatiques ne peuvent être, par définition, totalement sécurisés.

1156. DMP. L'hébergement électronique des données de santé : vers la fin du secret professionnel ? Certaines enquêtes d'opinion¹⁶⁴⁸ témoignent du fait que la majorité de la population est « favorable à cette forme nouvelle de prise en charge médicale par dématérialisation sécurisée des données de santé. Le « DMP » n'a donc rien d'un projet totalitaire de transparence collective »¹⁶⁴⁹. Pour autant, le CCNE a estimé que

¹⁶⁴⁷ CAPODANO J., « Dossier médical partagé (DMP) et secret professionnel : les nouveaux enjeux », RDS n° 76 : URL : <https://www.bnds.fr/?action=consultationhtml&contenu=7241>, consultée le 9 juil. 2017.

¹⁶⁴⁸ V. www.e-sante.fr. Le sondage a été effectué par l'Institut Viavoice pour le compte du Groupe Pasteur Mutualité en décembre 2010 auprès d'un échantillon de 1000 personnes, représentatif de la population française.

¹⁶⁴⁹ LE COZ P., « L'hébergement électronique des données de santé : vers la fin du secret médical ? », in FRYDMAN R. et al., *Tout dire ? Transparence ou secret*, Presses Universitaires de France « Hors collection », 2012, p. 17-25.

l'hébergement et l'échange d'informations de santé mettait en exergue trois principales questions éthiques¹⁶⁵⁰ :

1157. « Quelle est la durée de conservation des informations confidentielles ? Le patient peut-il masquer des données (sachant que si le patient peut modifier son DMP selon son bon vouloir, le médecin perdra toute motivation à vouloir le remplir). Le respect de la confidentialité des personnes ne risque-t-il pas de se heurter à une volonté politique de planification rationnelle imposée par l'urgence de réduire le déficit de l'assurance maladie ? Plus les données sont numérisées, plus elles sont facilement exploitables par des tiers, sinon des organismes de contrôle. Le comité rappelle que l'histoire des inventions techniques attestent qu'il est rare qu'une innovation soit limitée à l'usage initial qui lui avait été dévolu. Qu'en est-il des risques induits par l'accès électronique au dossier médical du patient par des tiers qui bafoueraient son droit à la confidentialité des données¹⁶⁵¹ »¹⁶⁵² ?

1158. On le comprend dès lors aisément, l'informatisation du secteur sanitaire met à l'épreuve les fondements de la relation de soin, et notamment ceux relatifs à l'hébergement et au partage de données. Sur le support manuscrit, les données sont stockées dans un dossier médical géo-localisé. Au contraire, « les données électroniques de santé accèdent à un statut qui leur confère la permanence d'une disponibilité à toute heure et en tout lieu (...) [Elles] flottent dans un espace virtuel aux contours indéterminés. Elles ne sont plus tributaires de l'ici-et-maintenant »¹⁶⁵³. De même, « Perdue ou abandonnée négligemment, une prescription écrite manuellement était un hiéroglyphe seulement décryptable par un professionnel de santé. Aujourd'hui, l'ordonnance est tapée et imprimée. Il suffit de reprendre les noms des médicaments prescrits en allant sur Internet pour en déduire les maux dont souffre celui qui voulait les cacher »¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵⁰ V. à ce propos : DEBOST C., ZORN-MACREZ C., Chapitre VI « Information, traitement et données personnelles », in *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, dir. MARTINEZ E., RENOUX T., VIALLA F., *Op. cit.*

¹⁶⁵¹ Utilisation substituée ou intrusive par des proches, erreur de manipulation par l'intéressé, piratage...

¹⁶⁵² Avis n° 104 du Comité consultatif national d'éthique, « Le Dossier médical personnel et l'informatisation des données de santé », 29 mai 2008, www.ccne-ethique.fr.

¹⁶⁵³ LE COZ P., « L'hébergement électronique des données de santé : vers la fin du secret médical ? », *Op. cit.*

¹⁶⁵⁴ LE COZ P., « L'hébergement électronique des données de santé : vers la fin du secret médical ? », *Ibid.*

1159. Plus spécifiquement, et sauf à instaurer un encadrement sécuritaire dont la complexité rendrait le système diligemment inutilisable, le « DMP » a pour conséquence de permettre la communication, aux divers professionnels de santé assurant la prise en charge du patient, de certaines données de santé plus ou moins pertinentes du point de vue de leur spécialité¹⁶⁵⁵. Par sa nature, le « DMP » permet un échange certain de données, fussent-elles utiles ou non à la prise en charge. Il s'agit d'une première caractéristique intrinsèquement attentatoire à la vie privée. En outre, les données contenues dans le « DMP » étant hébergées en ligne, elles sont également confrontées aux problématiques relatives à la sécurité du stockage précédemment mises en exergue.

1160. Au vu du développement d'Internet, de la mise en œuvre de la carte vitale 2 et du « Dossier médical personnel » devenu partagé, le Professeur Geert Lovink¹⁶⁵⁶ affirme que l'anonymat n'existe plus, et que la protection et la sécurité des données de santé est illusoire. Il est vrai qu'en pratique, certains dossiers médicaux ont été malencontreusement publiés sur Internet. D'après Le Monde, la CNIL a recensé 23 plaintes en 2010, 15 en 2011 et 13 en 2012 après de telles publications¹⁶⁵⁷, preuve que ces cas de figure restent exceptionnels, bien que le nombre de plaintes n'illustre que partiellement le nombre réel de telles failles sécuritaires.

1161. À l'image de l'hébergement des données de santé, le « DMP », et l'échange qu'il en permet, a rapidement soulevé bon nombre de difficultés afférentes à la sécurisation desdites données. De nouvelles failles ont à l'occasion été détectées. L'expérimentation Santénergie¹⁶⁵⁸, menée sur quatre régions françaises¹⁶⁵⁹ et environ 5000 dossiers, a révélé, en novembre 2006, que le patient pouvait en effet accéder à son « DMP » simplement en utilisant un login et un mot de passe identiques et facilement décelables. Deux médecins, l'un en Mayenne, l'autre en Loire-Atlantique, ont pu « décrypter » les identifiants de connexion, dans la mesure où le code d'accès attribué commençait toujours par les cinq

¹⁶⁵⁵ Par exemple, un orthopédiste peut avoir besoin de connaître les antécédents médicaux de celui qu'il va opérer ; mais la qualité de son intervention chirurgicale peut souvent faire l'économie d'informations qui se trouveront éventuellement indiquées par des confrères (troubles bipolaires, épisodes dépressifs, passé d'alcool-dépendance, recours à l'avortement...).

¹⁶⁵⁶ LOVINK G., « L'anonymat n'est pas qu'une notion nostalgique », interview par M. Lechner dans le journal *Libération*, Paris.

¹⁶⁵⁷ BÉRANGER J., BOUADI R., « Approche éthico-juridique de l'usage des données médicales à caractère personnel », *Les cahiers du numérique* 2014/2 (Vol.10), p. 93-123.

¹⁶⁵⁸ Consortium Siemens-Bull-EDS.

¹⁶⁵⁹ Pays de Loire, Basse Normandie, Limousin et Midi-Pyrénées

premières lettres du nom du patient et se terminait par les deux premières lettres de son prénom¹⁶⁶⁰. Le GIP-DMP¹⁶⁶¹ a alors imposé au consortium l'élaboration d'une meilleure sécurisation plus performante du système.

1162. Malgré cela, le rapport de l'inspecteur Pierre-Louis Bras - avec le concours de l'administrateur général André Loth - affirme que « les procédés de recoupement et de croisement à partir d'informations « quasi identifiantes » permettent de ré-identifier ce qui était anonymisé et qu'au-delà même de la revendication de communication des données de santé, les moyens techniques de récupération de ces données existent »¹⁶⁶² (*sur les risques de ré-identification, v. Section II.*). La sécurisation théorique peut dès lors s'avérer insuffisante, et témoigne de l'existence d'une problématique élémentaire ; « celle du choix et de l'équilibre entre intérêts scientifiques, marchands, et protection de la vie privée. Ce choix éminemment politique est celui de la détermination de la règle applicable et de la norme juridique. Il pose en même temps la question du contrôle démocratique de l'arbitrage qu'il implique entre acteurs de la vie sociale. Ainsi que l'aurait dit Georges Clémenceau : « Il faut savoir ce que l'on veut. Quand on le sait, il faut avoir le courage de le dire et quand on le dit, il faut avoir le courage de le faire »¹⁶⁶³. Cette affirmation fait incontestablement écho au débat relatif à l'ouverture de l'accès aux données de santé (*v. B.*).

B. Ouverture et accès aux données de santé

1163. Le présent développement sera l'occasion de souligner les enjeux de l'ouverture de l'accès aux données de santé. L'analyse de leur encadrement juridique ne sera pas pour autant éludée (*v. Section II.*).

1164. Enjeux économiques de la donnée de santé et de l'ouverture de son accès. « Derrière des discours sur les progrès de la science grâce à l'ouverture des données aux secteurs privés (nationaux, internationaux), au-delà des promesses de pratiques vertueuses

¹⁶⁶⁰ LANDAIS R., « Le dossier médical personnel trop facilement piratable », Le Parisien, 24 novembre 2006, p. 5.

¹⁶⁶¹ Désormais « ASIP Santé » depuis 2009.

¹⁶⁶² BRAS P.-L., LOTH A., *Rapport sur la gouvernance et l'utilisation des données de santé*, sept. 2013, URL : http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_donnees_de_sante_2013.pdf

¹⁶⁶³ LAVENUE J.-J., « Données de santé à caractère personnel : Esculape vs. Mercure ? », Terminal, 116, 2015, 25 déc. 2014, URL : <http://terminal.revues.org/743>, consultée le 3 déc. 2015.

induites qui amélioreraient tout à la fois la santé des populations et les finances de l'État, n'y aurait-il que tartufferie, esprit de lucre, manipulations ? Y aurait-il confusion entre Esculape, divinité à plein temps de la médecine, et Mercure, dieu, en quelque sorte à tiers temps des médecins, mais aussi du commerce et des voleurs »¹⁶⁶⁴ ? Légitime ou inventé, ce questionnement ne peut être évité.

1165. En 2013, la Présidente de la CNIL déclara : « Les données (et notamment les données personnelles) sont dans le secteur économique et qu'elles sont donc un élément de compétitivité et de concurrence »¹⁶⁶⁵, ce qui pousse à soutenir que les données de santé ne peuvent être exclues *ad vitam aeternam* exclues du secteur économique. Cela pose également la problématique de l'ouverture « à tous » de leur accès, à l'origine depuis de nombreuses années de virulents débats en France, à l'occasion desquels certaines affirmations ont été avancées : « Les pouvoirs publics, l'Assurance maladie notamment, détiennent une manne d'informations... Ils ne sauraient (...) en être les détenteurs exclusifs ou les seuls à décider de quelle façon et sous quelle forme elles peuvent être diffusées aux citoyens... Au Royaume-Uni (...) les autorités (...) affichent vis-à-vis de l'Open Data appliquée à la santé une position d'ouverture qui permet aux différents acteurs d'initier de nombreux projets au bénéfice des usagers »¹⁶⁶⁶.

1166. Dès lors, si la garantie d'anonymat des données ne semble pas encore devoir être remise en cause, les divers acteurs sondés s'accordent sur le fait qu'il ne s'agit que de vouloir ce qu'il y a de mieux pour le patient ou le citoyen, une première interrogation concerne la « manne d'informations » susmentionnée. Le choix terminologique surprend, et trahit une approche qui ne semble pas véritablement philanthropique. À qui l'ouverture de l'accès aux données de santé pourrait-elle profiter ? « Les critiques de la démarche ont aussi désigné leurs cibles : les « marchands du temple », qui, selon les aprioris retenus, pourront trouver leur incarnation dans l'industrie pharmaceutique, l'assurance, la gestion des ressources humaines, la mise en place d'administration de la santé à plusieurs vitesses, ou autres »¹⁶⁶⁷. Les prises de position semblent radicales. En tout état de cause, l'objectif

¹⁶⁶⁴ LAVENUE J.-J., « Données de santé à caractère personnel : Esculape vs. Mercure ? », *Ibid.*

¹⁶⁶⁵ Cité par le Dr. Jérôme Marty, UFLM, 16/08/2013, Club Digital Santé, <http://club-digital-sante.info/2014/01/vos-donnees-de-sante-mappartiennent/>.

¹⁶⁶⁶ URL : <http://www.club-jade.fr/index.php/item/274-communique-de-presse-de-linitiative-transparence-sante-surveillance-de-la-consommation-de-medicaments-un-rapport-accablant-qui-n'apporte-aucune-solutions>.

¹⁶⁶⁷ LAVENUE J.-J., « Données de santé à caractère personnel : Esculape vs. Mercure ? », *Op. cit.*

avancé de défense unique des intérêts du patient semble quelque peu tomber en désuétude. De nombreux exemples en attestent.

1167. Le livre blanc du MEDEF fait état en 2004 de propositions relatives aux données personnelles explicitement attentatoires à la vie privée. Ce dernier prône un discours volontariste bien éloigné des intérêts individuels : « La priorité actuelle des pouvoirs publics paraît se concentrer sur des applications tournées vers les personnes privées, applications probablement perçues comme plus porteuses d'une image de modernisation. Mouvement des entreprises, le MEDEF entend renverser cette perspective et insister d'autant plus sur la priorité "entreprise" qu'il faut tenir compte de trois éléments [dont] : (...) - le danger qu'il y aurait à mettre une trop forte pression sur les applications liées aux personnes physiques, dans la mesure où celles-ci peuvent soulever des problèmes lourds en matière "Informatique et Libertés" susceptibles de provoquer à terme un blocage ou un coup de frein ; les applications liées aux personnes morales ne soulèvent pas ces problèmes ; (...) - le progrès que constituerait la participation des entreprises à la conception des systèmes en tant que partenaires à l'échange, dans les réseaux d'information interactifs et évolués. L'Administration électronique n'est pas en effet un sujet qui va dans un seul sens. Il ne s'agit pas uniquement d'aspirer des informations, en automatisant des formulaires. L'enjeu, c'est de permettre également aux partenaires de l'Administration d'avoir accès aux informations qui les intéressent au moment où ils en ont besoin (...). Il ne fait pas de doute que les entreprises sont mieux placées pour jouer ce rôle d'interlocuteur actif, participant à la conception des systèmes, que des particuliers. Même si certaines Administrations entendent désormais les appeler leurs "clients" »¹⁶⁶⁸.

1168. Ainsi, le fait, souvent fantasmé, d'avoir accès aux données de santé d'un candidat à un entretien d'embauche, ou d'un client souhaitant souscrire une assurance ou un emprunt, fait partie de ce que le MEDEF a pu considérer être un « accès aux informations qui les intéressent, au moment où ils en ont besoin ». Pourtant ce fantasme fait l'objet d'un encadrement spécifique, qui a très précisément trait à l'accès aux données de santé par des entreprises ou organismes proposant une garantie des risques d'invalidité de décès. Lors de la souscription d'un tel contrat, il est habituel que le potentiel client soit invité à compléter

¹⁶⁶⁸ *Livre Blanc du Medef*, 14 janvier 2004, p.5,7.

un questionnaire médical, ou se voit imposer une visite médicale et des examens complémentaires.

1169. Dès lors, les sanctions prévues par le Code pénal¹⁶⁶⁹ en cas de discrimination sont inapplicables « aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de test génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie »¹⁶⁷⁰.

1170. De plus, le fait que les entreprises ou organismes proposant une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne puissent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci¹⁶⁷¹, ne semble pas suffisant à faire oublier que ces acteurs peuvent avoir un accès, sous couvert du client potentiel, aux données de santé.

1171. Dès lors, la préoccupation majeure des individus concernés, fussent-ils patients ou non, consiste à ne pas voir atteintes leurs données et, par voie de conséquence, leur vie privée. Il nous semble dès lors dangereux, qu'au nom de la recherche scientifique sur une prescription médicale ou un scandale sanitaire, la possibilité soit laissée d'identifier des personnes physiques et porter ce faisant atteinte à leur vie privée. Si la solution choyée par les défenseurs de l'ouverture reste l'anonymisation, il est certain que l'efficacité de ses procédés se révèle à plus d'un titre relative.

1172. Conclusion de la Section. La définition des « données », et notamment des données de santé, permet de se saisir des enjeux qui lui sont afférents : stockage (ou hébergement), échange et ouverture d'accès peuvent mettre en danger la vie privée. L'hébergement et l'échange des données de santé comportent à ce propos des risques sécuritaires propres à l'outil informatique d'hébergement. L'ouverture de l'accès aux données de santé présente

¹⁶⁶⁹ C. pén., art. 225-2 : 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

¹⁶⁷⁰ C. pén., art. 225-3.

¹⁶⁷¹ CSP, art. L. 1141-1.

d'incontestables enjeux économiques, dont la commercialisation de la donnée, qui peuvent également se faire au prix de la vie privée.

1173. Les avantages de l'utilisation des données de santé sont indéniables, au même titre que ses inconvénients. Plus spécifiquement, les arguments en faveur de l'ouverture d'accès se heurtent à de solides contre-arguments. Le pouvoir juridico-politique a souhaité intervenir, en proposant un texte de loi qui a littéralement tenté de trouver « un juste milieu » entre potentiel des données de santé et respect de la vie privée (v. *Section II.*).

Section II. Encadrement juridique de l'ouverture de l'accès aux données de santé et respect de la vie privée

« L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle 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. Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant. »

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,
Article 1^{er}

1174. L'ouverture de l'accès « à tous » aux données de santé est juridiquement encadrée par la loi du 26 janvier 2016¹⁶⁷². Cette dernière a permis la création d'un gigantesque « Système national des données de santé » (SNDS) rassemblant en son sein les données du Système national d'information inter-régime de l'Assurance maladie (SNIIRAM) et du Programme de médicalisation des systèmes d'information (PMSI), soit les données contenues dans environ 1,2 milliard de feuilles de soins, 500 millions d'actes médicaux et 11 millions d'hospitalisations par an. S'y adjoignent les causes de décès recueillies par les collectivités territoriales, les données médico-sociales *lato sensu* ainsi qu'une partie des

¹⁶⁷² L. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016, texte n° 1.

données de remboursement des complémentaires santé¹⁶⁷³. Préalablement anonymisées, certaines de ces données sont actuellement mises en ligne en « open data » ; d'autres nécessitent - entre autres - des autorisations d'accès remises par la CNIL.

1175. Cette ouverture limitée fait écho à un houleux débat qui oppose fermement deux thèses. Ces dernières sont parfaitement résumées par un récent rapport de la Cour des comptes, commandé par l'Assemblée nationale, au sein duquel le verrouillage des données de santé gérées par l'Assurance maladie et les failles de sécurité relative à l'ouverture sont condamnés¹⁶⁷⁴.

1176. Dès lors, pour certains, le pouvoir politique et administratif (Assurance maladie) prétexte et amplifie des risques sécuritaires et une éventualité de ré-identification des individus afin d'en interdire l'accès aux personnes physiques et morales, freinant ainsi volontairement l'épanouissement de la démocratie sanitaire et la croissance économique en adoptant un comportement conservateur. Quant aux défenseurs de l'ouverture, ils ne nient pas le risque, mais le relativisent, en arguant d'un compromis nécessaire entre risques et bénéfices, qui admettrait une totale ouverture des données et de leur accès. Pour d'autres, inversement, l'ouverture de l'accès aux données de santé comporte des risques de ré-identification et de mésusage qui portent incontestablement atteinte au droit au respect de la vie privée. Il est ainsi affirmé qu'il est objectivement impossible de rendre les données de santé entièrement et fondamentalement anonymes avant de les mettre à la disposition de tous ; il est en conséquence souhaité que leur accès soit limité aux administrations et aux chercheurs.

1177. En tout état de cause, il est envisageable de mesurer les bénéfices (1°§.) et les risques (2°§.) certains - notamment pour la vie privée - que peut avoir une telle ouverture.

1178. Il ne s'agit dès lors pas de prendre parti en affirmant qu'une des deux thèses ci-avant énoncées doit être privilégiée, mais de présenter les potentielles altérations que

¹⁶⁷³ « Big data : acceptez-vous de partager vos données de santé ? » par *Sciences et Avenir* avec AFP, 25 avr. 2016 ; URL : https://www.sciencesetavenir.fr/sante/e-sante/big-data-acceptez-vous-de-partager-vos-donnees-de-sante_101584.

¹⁶⁷⁴ Cour des comptes, *Les données personnelles de santé gérées par l'assurance maladie, Une utilisation à développer, une sécurité à renforcer*, Communication à la commission des affaires sociales et à la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale de l'Assemblée nationale, mars 2016.

l'ouverture des données peut causer à la vie privée sanitaire, sans pour autant juger de sa pertinence et de son opportunité.

1°§. L'ouverture encadrée et bénéfique de l'accès aux données de santé

1179. La loi du 26 janvier 2016 a créé, entre autres, le Système national des données de santé, qui prévoit l'ouverture de leur accès (A.). Néanmoins, d'autres sources juridiques, internes et communautaires, se sont risquées à un tel encadrement, parfois même avant 2016, sans que le débat n'ait pris une telle ampleur (B.).

A. Le Système national des données de santé du 26 janvier 2016

1180. La mise en œuvre du SNDS en 2016 est venue faire mentir les affirmations selon lesquelles la ministre de la Santé ne voulait absolument pas de l'« Open data »¹⁶⁷⁵. Les défenseurs de cette ouverture d'accès affirmaient que les informations sur la consommation de soins des Français détenues par l'Assurance maladie (CNAMTS) étaient strictement anonymisées. « En croisant certaines informations on peut identifier des personnes connues par ailleurs », objectait alors l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS), tout en précisant que ce risque restait « opportuniste, ponctuel et ne concernant à chaque fois qu'un petit nombre de personnes ». L'IGAS pointe également du doigt la possibilité que les données soient l'objet de « mésusages intentionnels (...) ». La question se pose avec acuité dans la perspective d'une utilisation des données par les industries de santé ». Pour les défenseurs de l'ouverture d'accès aux données de santé, les « vraies causes de la rétention » étaient toutes autres. « Et pour cause, les labos ont déjà accès aux informations. Comment ? Via les données issues des ventes en pharmacies ou encore par l'intermédiaire des équipes publiques de recherche ayant accès aux données. Si les pouvoirs publics freinent des quatre fers pour ouvrir l'accès aux données, c'est bien qu'ils craignent qu'on lève le voile sur l'incompétence dont ils font preuve depuis des années dans la gestion du système de soins »¹⁶⁷⁶. Le docteur Didier Sicard, ancien président du CCNE, a

¹⁶⁷⁵ Initiative transparence santé, « L'Open data, la ministre de la Santé n'en veut pas », Le Monde.fr, 07 oct. 2013.

¹⁶⁷⁶ Initiative transparence santé, « L'Open data, la ministre de la Santé n'en veut pas », *Ibid.*

pu affirmer à ce propos que les réfractaires à l'« Open data » sanitaire souhaitent « maintenir l'illusion que la santé des Français est gérée avec rigueur et discernement ».

1181. Pourtant, la loi du 26 janvier 2016 a démontré la volonté politique et juridique de donner suite à certaines requêtes relatives à l'ouverture de l'accès aux données - sans pour autant toutes les satisfaire convenons-en - prenant ainsi en considération les bénéfices qu'elle peut avoir.

1182. *Objectifs et avantages de l'ouverture de l'accès aux données.* À nouveau, précisons que le présent travail n'a pas pour objectif de se prononcer sur l'opportunité de l'encadrement législatif relatif à l'« Open data » et à l'ouverture de l'accès aux données de santé, mais plutôt sur les avantages et les risques que cela comporte pour la vie privée du patient.

1183. L'ouverture de l'accès aux données de santé semble répondre à divers objectifs, ci-après présentés de manière non exhaustive :

- Classification comparative de l'offre de soins permettant au patient de choisir son professionnel ou son établissement de santé sur des critères qui relèvent de la vie privée ;
- Analyse des comportements de soins dans une logique industrielle concurrentielle - investissements ;
- Analyse des disparités géographiques d'offre de soins ;
- Conciliation des pratiques professionnelles au vu de référentiel de recommandations (HAS) afin d'améliorer la qualité de la prise en charge ;
- Analyse de la consommation médicamenteuse ;
- Analyse des dépenses de santé ; citons à cet égard le projet MONACO, qui démontre l'opportunité de l'exploitation des données de santé. En France, les connaissances sur le reste à charge des ménages après remboursement des complémentaires santé et son impact en matière d'accès aux soins et d'état de santé demeurent éparses ; le projet Monaco¹⁶⁷⁷ vise à développer la connaissance sur ces sujets, en appariant des prestations portées à remboursement auprès d'organismes

¹⁶⁷⁷ Méthodes, Outils et Normes pour la mise en commun de données de l'Assurance Complémentaire et Obligatoire.

d'assurance maladie complémentaire¹⁶⁷⁸ avec les données des régimes d'assurance maladie obligatoire et de l'Enquête santé et protection sociale¹⁶⁷⁹ (ESPS).

- Connaissance et maîtrise de la maladie : « en chronique, dans l'étude de l'histoire naturelle de l'évolution des pathologies, avec ou sans traitement, en population dans leur environnement géographique climatique, professionnel, social, ou, en aigu, dans la capacité à détecter des signaux d'émergence de formes particulières de pathologies (détection d'épidémies, malformations, anomalies génétiques, etc.) »¹⁶⁸⁰.

1184. Un décret du 26 décembre 2016¹⁶⁸¹ mentionne six finalités du dispositif inscrites dans la loi : information du public ; définition, mise en œuvre et évaluation des politiques de santé ; connaissance des dépenses ; information des professionnels et établissements de santé ; surveillance et sécurité sanitaires ; recherche, études, évaluation et innovation.

1185. Gageons que ces bénéfices aient incité le gouvernement à se pencher sur la thématique de l'ouverture de l'accès aux données de santé, et sur les problématiques qui en découlent.

1186. L'initiation de son encadrement s'est faite, dans un premier temps, par l'édiction d'un arrêté daté du 19 juillet 2013.

¹⁶⁷⁸ 17 organismes partenaires issus des trois grandes familles de complémentaires santé (institutions de prévoyance, sociétés d'assurance et mutuelles).

¹⁶⁷⁹ L'Enquête santé et protection sociale (ESPS) est l'enquête de référence sur la santé, l'accès aux soins et la couverture maladie en France. Elle recueille depuis 1988 des données sur l'état de santé, la couverture maladie, la situation sociale et le recours aux soins d'un échantillon de 8 000 ménages ordinaires, soit 22 000 personnes. Elle est représentative d'environ 97 % de la population vivant en France métropolitaine. L'enquête est un panel. Elle a lieu tous les deux ans et interroge les mêmes ménages tous les quatre ans. L'échantillon a été renouvelé entièrement en 2010. L'ESPS est également appariée avec les données de consommations de soins issues de l'assurance-maladie. La possibilité de lui associer également les données de remboursement des organismes complémentaires est actuellement en cours d'évaluation. L'ESPS participe à l'évaluation des politiques de santé et à l'étude des questions d'équité en santé. Les thèmes analysés sont multiples : les modes de protection sociale, les maladies et les troubles de santé déclarés, les recours au médecin, la consommation de biens médicaux, les soins d'auxiliaire, l'hospitalisation, le renoncement aux soins et les opinions sur la santé.

¹⁶⁸⁰ THALABAR J.-C., FIESCHI M., « Données de santé : données sensibles, Statistique et société », Vol. 2, n° 2, mai 2014, URL : www.statistique-et-societe.fr.

¹⁶⁸¹ Décret n° 2016-1871 du 26 décembre 2016 relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « système national des données de santé ».

1187. *Initiation de l'encadrement juridique de l'ouverture d'accès aux données de santé.* L'arrêté du 19 juillet 2013¹⁶⁸² a largement ouvert l'accès aux données de santé contenues dans le SNIIRAM à des dizaines d'organismes administratifs, de recherche, ou financiers. Une tentative de protection de la vie privée trouve illustration en son article 5 : « Afin de garantir l'anonymat des personnes ayant bénéficié des prestations de soins, les données transmises ne comportent pas l'identité de ces personnes. Un numéro d'anonymat est établi par codage informatique irréversible à partir du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques. Ce procédé d'anonymisation s'opère à un double niveau, une première fois avant transmission des informations par les régimes à la base nationale et, une deuxième fois, préalablement à leur enregistrement dans la base de données nationale. Ce même procédé est appliqué aux numéros d'identification des titulaires de pensions d'invalidité et de rentes d'accident du travail ou de maladies professionnelles ainsi qu'aux numéros d'entrée des patients. Toutes les données sensibles sont chiffrées lors de leur sauvegarde... ».

1188. La question de la suffisance de cette mention à dissuader les pratiques déviantes et autres « mésusages », dans un contexte où l'« Open data » rend possible les études de marché et utilisations marketing et commerciale des données de santé, se pose légitimement.

1189. Bien que l'arrêté du 19 juillet 2013 ait fait l'objet d'une affaire contentieuse¹⁶⁸³ dont la presse s'est alors saisie, la loi du 26 janvier 2016 est revenue, bien plus largement - puisqu'elle ne se borne pas aux données de santé contenues dans le SNIIRAM - sur l'encadrement de cette ouverture, en proposant une mise à disposition cerclée des données de santé.

¹⁶⁸² Arrêté du 19 juil. 2013 relatif à la mise en œuvre du Système national d'information interrégimes de l'assurance maladie, NOR : AFSS1318985A.

¹⁶⁸³ V. CE, 20 mai 2016, n° 385305 : « En adoptant les dispositions du 3° du III de l'article 4 de l'arrêté du 19 juillet 2013 relatif à la mise en œuvre du SNIIRAM, en vertu desquelles les organismes de recherche, universités, écoles ou autres structures d'enseignement liées à la recherche poursuivant un but lucratif ne peuvent accéder aux informations mentionnées à son article 3, le ministre ne s'est pas borné à approuver les modalités de gestion et de renseignement su SNIIRAM, dont fait partie la définition des destinataires habilités à recevoir communication des données qu'il rassemble et qui sont définies conjointement par le protocole passé entre les caisses d'assurance maladie » (Incompétence du ministre). Cette décision n'a finalement eu que peu de retombées, ayant été prise après que la loi du 26 janvier 2016 est entrée en vigueur.

1190. *Mise à disposition des données de santé via le SNDS par la loi du 26 janvier 2016.* L'article 193 de la loi du 26 janvier 2016 intéresse particulièrement le présent travail. Cet article introduit dans le Code de la santé publique un titre relatif à « la mise à disposition des données de santé » issues des bases médico-administratives, crée le Système national des données de santé (SNDS), qui héberge en son sein l'Institut national des données de santé (INDS), futur guichet unique pour accéder aux données. Le SNDS regroupe les données issues du SNIIRAM, du PMSI, du CépiDC¹⁶⁸⁴, de la CNSA¹⁶⁸⁵ et des MDPH - notamment leurs décisions concernant l'état de santé et l'orientation scolaire professionnelle des personnes handicapées¹⁶⁸⁶ - et remplace, depuis le 26 janvier 2016, le GIP « Institut des données de santé »¹⁶⁸⁷.

1191. Les catégories de données figurant dans le SNDS sont relatives : aux bénéficiaires de soins et de prestations médico-sociales ; aux organismes d'assurance maladie obligatoire et complémentaires ; à la prise en charge « sanitaire, médico-sociale et financière » de chaque bénéficiaire ; aux professionnels de santé et services de santé intervenant dans la prise en charge ; à la situation des personnes handicapées ; aux arrêts de travail et aux prestations en espèces¹⁶⁸⁸.

1192. L'INDS favorise l'utilisation et l'accès aux bases de données de santé unifiées ; il est qualifié de « guichet unique » permettant l'accès aux données. Depuis 2016, ces dernières « peuvent faire l'objet de traitements à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation présentant un caractère d'intérêt public »¹⁶⁸⁹. Afin de garantir le respect de la vie privée, le SNDS et les traitements utilisant ces données devront fournir des garanties de sécurité conformes à un référentiel fixé par les ministres en charge de la santé, de la sécurité sociale et du numérique pris après avis de la CNIL.

1193. L'article L. 1460-1 du Code de la santé publique dispose désormais : « Les données de santé à caractère personnel recueillies à titre obligatoire (...) peuvent faire l'objet de traitements à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation présentant un caractère

¹⁶⁸⁴ Centre d'épidémiologie sur les causes médicales de décès - Laboratoire INSERM.

¹⁶⁸⁵ Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie.

¹⁶⁸⁶ Ces données figurent parmi les « Données médico-sociales du système d'information mentionné à l'article L. 247-2 du Code de l'action sociale et des familles », CSP, art. L.1461-1.

¹⁶⁸⁷ Créé par la loi du 13 août 2004, constitué par l'État, les caisses nationales d'assurance maladie et des représentants de la société civile.

¹⁶⁸⁸ Décret n° 2016-1871 du 26 décembre 2016 relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « système national des données de santé ».

¹⁶⁸⁹ CSP, art. L.1460-1.

d'intérêt public¹⁶⁹⁰ dans le respect de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 ». Ce dernier ajoute que ces traitements : « ne peuvent avoir ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la vie privée des personnes concernées » et sauf dérogation législative, « ne doivent en aucun cas avoir pour fin l'identification directe ou indirecte de ces personnes ». L'article L. 1460-1 du Code de la santé publique définit un principe général d'accès à ces données pour les citoyens, les usagers du système de santé, les professionnels de santé, les établissements de santé et leurs organisations représentatives ainsi que les organismes d'assurance maladie, les services de l'État, les institutions publiques compétentes en matière de santé et les organismes de presse.

1194. Le décret du 26 décembre 2016¹⁶⁹¹ énumère des institutions dotées d'un « accès permanent » au SNDS¹⁶⁹². Un communiqué de presse diffusé à l'occasion de la publication du décret¹⁶⁹³ rappelle que seules certaines institutions auront un accès à l'ensemble des données ainsi qu'aux échantillons généralistes, « avec croisement des identifiants

¹⁶⁹⁰ Intérêt public, expression consacrée dans la loi informatique et libertés, signifie ici la même chose qu'intérêt général ou bénéfice collectif. Sont exclus bien sûr des usages comme la ré-identification des malades et le ciblage des comportements de prescription individuels des médecins à des fins commerciales. Sont exclus aussi les usages dont la finalité serait essentiellement privée. Mais une recherche sur les effets d'un médicament peut bien sûr présenter à la fois un intérêt pour son promoteur et un intérêt pour la société. En cas de doute, il est prévu que le futur Institut national des données de santé (INDS) donne son avis à la CNIL sur le bien-fondé des finalités. La notion de « bonne raison » implique en outre que chacun n'accède qu'aux données strictement nécessaires aux fins qu'il a fait valoir (la question sera soumise à un comité d'expertise qui donnera son avis à la CNIL). Le projet de loi a prévu aussi que des organismes dont les missions de service public l'exigent, désignés par un décret en conseil d'État pris sur avis de la CNIL, auront un accès permanent à certaines catégories de données personnelles du Système national des données de santé., in *Dossiers Solidarité et Santé*, données de santé : anonymat et risque de ré-identification, n° 64, juil. 2015.

¹⁶⁹¹ Décret n° 2016-1871 du 26 décembre 2016 relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « système national des données de santé ».

¹⁶⁹² Ce sont des directions du ministère des affaires sociales et de la santé (Drees, DGS, DGOS), les organismes de l'assurance maladie obligatoire, la CNSA, la Haute autorité de santé (HAS), l'Agence nationale de santé publique (ANSP), l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), l'Agence de la biomédecine (ABM), l'Institut national du cancer (Inca), l'Établissement français du sang (EFS), l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation (ATIH), l'INDS, l'Institut de recherche et documentation en économie de la santé (IRDES), l'Institut national d'études démographiques (INED). Il s'agit également, avec des restrictions liées à leur champ d'action, des agences régionales de santé (ARS), des observatoires régionaux de santé (ORS) et du service de santé des armées (SSA).

Le décret donne un accès permanent mais plus restreint à d'autres acteurs : équipes de recherche de l'Inserm, des CHU, des centres de lutte contre le cancer (CLCC), de l'EHESP, la DSS, la direction du budget, l'ASN, l'IRSN, le HCAAM, le Fonds CMU, l'ODFT, l'ANAP, les URPS. Chacun des acteurs concernés devra habilitier un nombre limité de personnes "spécialement formées" à traiter ces données.

¹⁶⁹³ Communiqué de presse, « Marisol TOURAINE concrétise l'accès aux données de santé pour améliorer la recherche et l'innovation en santé », 28 déc. 2016 ; URL : http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/16_12_28-_cp_donnees_de_sante.pdf.

potentiels », ainsi qu'aux données semi-agrégées et agrégées « présentant un risque résiduel de ré-identification ». Un accès ponctuel sera enfin envisagé pour « tous les autres organismes, publics ou privés, à but lucratif ou non lucratif », sur autorisation de la CNIL, et après avis d'un comité spécialisé (*v. infra*).

1195. Dès lors, pour concilier les objectifs - qui semblent inconciliables - d'ouverture au public des données personnelles de santé et de sauvegarde de la vie privée, le nouveau système prévoit des droits d'accès distingués au vu des données et des demandeurs. Les données agrégées ne présentant aucun risque de ré-identification seront accessibles à tous sans restriction et gratuitement, au même titre que les données relatives à l'activité des professionnels de santé. Au contraire, les données qui peuvent être directement ou indirectement identifiantes seront accessibles aux seules recherches, évaluations ou études contribuant à l'une des finalités précisées par le décret du 26 décembre 2016¹⁶⁹⁴, et dont il sera jugé qu'elles présentent un « intérêt public » – notion par essence juridiquement imprécise - ou réalisées pour les besoins des missions des services de l'État, des établissements publics ou des organismes chargés d'une mission de service public. Leur accès est pour sa part payant, et justifié par le fait de participer ainsi au coût de l'infrastructure mise en œuvre afin d'assurer leur sécurité.

1196. Toutes les données sont soumises au secret professionnel, et sont néanmoins conservées pendant une durée de vingt ans au sein du SNDS. Le texte énonce deux finalités interdites : la sélection du risque par les complémentaires santé, et la recherche en vue de la promotion des produits de santé en direction des professionnels ou établissements de santé. Les complémentaires santé pourront cependant avoir accès aux données anonymisées à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation. Enfin, les données ne peuvent directement fonder une décision prise à l'encontre d'une personne physique.

1197. À nouveau, la question de la suffisance de cette mention à dissuader les pratiques déviantes et autres « mésusages » se pose, de sorte que le rôle de la CNIL a été revu à la hausse en matière d'accès aux données, et notamment au numéro d'inscription au répertoire (NIR). Précisions à ce propos que les données complètement anonymes sont accessibles et réutilisables par tous gratuitement, sous forme de statistiques agrégées. Aucune autorisation préalable de la CNIL n'est requise quant à leur publication.

¹⁶⁹⁴ Décret n° 2016-1871 du 26 décembre 2016, *Op. cit.* : « Information du public ; définition, mise en œuvre et évaluation des politiques de santé ; connaissance des dépenses ; information des professionnels et établissements de santé ; surveillance et sécurité sanitaires ; recherche, études, évaluation et innovation ».

Néanmoins, les données plus sensibles, telles que celles présentant un risque de ré-identification directe ou indirecte, sont soumises à un régime d'accès spécifique contraignant dont la responsabilité est confiée à la CNIL. Précédons l'analyse du rôle accru de la CNIL d'une présentation succincte de l'Institut national des données de santé.

1198. *Rôle de la CNIL revu à la hausse afin de favoriser le respect de la vie privée.* En matière de données sensibles (risques de ré-identification notamment), les traitements devront être autorisés par la CNIL, après avis d'un comité spécialisé¹⁶⁹⁵. Édouard Geffray, secrétaire général du CEREES¹⁶⁹⁶, est revenu sur l'étendue de ses compétences : « la CNIL définira, en tenant compte de l'appréciation portée par le CEREES, les conditions de traitement des données. Elle statuera sur la durée de conservation des données nécessaires au traitement et appréciera les dispositions prises pour assurer leur sécurité vis-à-vis du risque d'atteinte à la vie privée ».

1199. Lorsque l'autorisation aura été accordée, le demandeur devra la transmettre, ainsi qu'une déclaration d'intérêt, à l'INDS, afin d'avoir accès aux données. Le demandeur s'engage alors à fournir, dans un délai raisonnable les résultats de l'analyse, qui seront publiés par l'INDS¹⁶⁹⁷. Néanmoins, et il s'agit d'une atteinte manifeste à la vie privée des patients et individus à l'origine des données, la conservation ou l'enregistrement des données par le demandeur ne sont plus expressément interdits, preuve de l'assouplissement du régime.

1200. Un autre assouplissement est prévu par l'article 193 de la loi du 26 janvier 2016 ; il s'agit des conditions juridiques d'utilisation du NIR à des fins de recherche¹⁶⁹⁸, qui constitue désormais l'Identifiant National de santé (INS), utilisé lors de toute prise en charge ou à des fins de recherches sanitaires dès lors que la CNIL a autorisé une telle

¹⁶⁹⁵ Un comité compétent de protection des personnes mentionné à l'article L. 1123-6 du Code de la santé publique, pour les demandes d'autorisation relatives aux recherches impliquant la personne humaine, ou un comité d'expertise pour les recherches, les études et les évaluations dans le domaine de la santé, pour les demandes d'autorisation relatives à des études ou à des évaluations ainsi qu'à des recherches n'impliquant pas la personne humaine ; loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 54.

¹⁶⁹⁶ Le Comité d'expertise pour les recherches, études et évaluations en santé est un des deux comités mentionnés par l'article 54 de la loi du 6 janvier 1978.

¹⁶⁹⁷ CSP., art. L. 1461-3.-I

¹⁶⁹⁸ Modification art. 27 loi de la loi de 1978.

utilisation¹⁶⁹⁹. Lors de l'adoption de cette loi, le Sénat a ajouté au projet d'article L.1111-8-1 du Code de la santé publique une disposition permettant à la CNIL de confier le NIR-INS à un tiers de confiance autonome, bénéficiant d'une indépendance certaine à l'égard du responsable de traitement (CNAMTS notamment), et officiellement habilité à détenir cet identifiant pour les recherches en santé nécessitant une ré-identification. En effet, imposer le recours au tiers de confiance dans tous les cas où le NIR est utilisé¹⁷⁰⁰ rendrait la procédure fastidieuse.

1201. Le tiers de confiance national¹⁷⁰¹ est un organisme distinct des gestionnaires du SNDS, chargé de conserver les données identifiantes - dont le NIR - afin de préserver leur stricte séparation avec les données de santé, et permettre ainsi, indépendamment du risque de recoupement des données, le respect de la vie privée. C'est ainsi que le SNDS ne comprend pas le NIR-INS, et son accès ne peut avoir lieu par ce biais. Le tiers de confiance national est dès lors seul détenteur du dispositif de correspondance permettant de ré-identifier les personnes pour des cas précisément définis où il est nécessaire de ré-identifier les données du SNDS¹⁷⁰². Les données sont rattachées à chaque personne par un "pseudonyme" obtenu par un procédé cryptographique irréversible du NIR¹⁷⁰³. Le tiers de confiance national est ainsi le seul organisme en mesure de remonter à l'identité de la personne depuis le SNDS, dans le respect de conditions légalement mises en exergue¹⁷⁰⁴ : « Seul le tiers de confiance national peut posséder le dispositif de correspondance entre l'information sur l'identité des bénéficiaires et leurs pseudonymes dans le SNDS élargi »¹⁷⁰⁵.

1202. Les modalités de mise en application de cette pseudonymisation sont règlementairement précisées : « Un pseudonyme, constitué d'un code non signifiant obtenu

¹⁶⁹⁹ CSP, art. L. 1111-8-1 : « Par dérogation au I, le traitement de l'identifiant de santé peut être autorisé à des fins de recherche dans le domaine de la santé, dans les conditions prévues au chapitre IX de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. La Commission nationale de l'informatique et des libertés peut imposer que le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques soit alors confié à un organisme tiers, distinct du responsable de traitement, habilité à détenir cet identifiant et chargé de procéder aux appariements nécessaires ».

¹⁷⁰⁰ Le NIR est utilisé à d'autres fins que médicales. Ex : déclarations sociales obligatoires, bulletin de paie.

¹⁷⁰¹ Nommé ainsi depuis : Arrêté du 22 mars 2017 relatif au référentiel de sécurité applicable au Système national des données de santé.

¹⁷⁰² CSP, art. L. 1461-5-II.

¹⁷⁰³ CSP, art. R. 1461-7.

¹⁷⁰⁴ CSP, art. L. 1461-4 - III : finalités strictement énumérées et autorisation de la CNIL.

¹⁷⁰⁵ Ann. « Référentiel de sécurité applicable au système national des données de santé », art. 6.1, Arrêté du 22 mars 2017 relatif au référentiel de sécurité applicable au Système national des données de santé.

par un procédé cryptographique irréversible du numéro d'inscription au Répertoire national d'identification des personnes physiques est associé aux données se rapportant à chaque personne »¹⁷⁰⁶. En outre, une obligation de traçabilité est introduite afin d'éviter la propagation éparpillée des données : « Les modalités de conservation et d'utilisation des données permettent d'en contrôler les usages et de fournir des preuves en cas d'usage non autorisé »¹⁷⁰⁷.

1203. Le risque d'identification directe des personnes ne semble dès lors pas avoir été sous-estimé. Rappelons que le SDNS ne contient ni le nom, ni le prénom, ni même le NIR-INS des personnes¹⁷⁰⁸.

1204. Le recours au tiers de confiance national - dont le choix terminologique de « confiance » n'est pas anodin, en matière de respect de la vie privée - peut être imposé par la CNIL. Il s'agit d'un principe général qui peut être obligatoirement mis en œuvre, même en l'absence de texte spécifique au traitement envisagé.

1205. Ce faisant, les articles 34 et 35 de la loi du 26 janvier 2016 modifie l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978¹⁷⁰⁹ ; désormais, la CNIL autorise elle-même les usages du NIR qui s'inscrivent dans le cadre d'une recherche, d'une étude ou d'une évaluation en santé. Depuis l'adoption de la loi, un décret en Conseil d'État n'est dès lors plus exigé. Cette modification favorise désormais la procédure conduisant à la publication de travaux et d'études éclairantes en France dans des domaines essentiels. Ces avantages sont indéniables, et témoignent des bénéfices de l'ouverture de l'accès aux données de santé, sous réserve que la sécurité des données soit assurée et inviolable - ce qui ne semble jamais garanti. Force est néanmoins de constater que le législateur semble avoir été sensible au respect des droits des personnes. Par suite, seul l'avenir nous dira si les précautions prises pour garantir le respect de la vie privée suffiront à cantonner l'accès aux données

¹⁷⁰⁶ CSP, art. R. 1461-7.

¹⁷⁰⁷ CSP, art. R. 1461-7.

¹⁷⁰⁸ Ceci est rappelé par : Décret n° 2016-1871 du 26 décembre 2016 relatif au traitement de données à caractère personnel dénommé « système national des données de santé ».

¹⁷⁰⁹ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 27 : « Le 1° des I et II du présent article n'est pas applicable : 1° Aux traitements à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation dans le domaine de la santé » ; art. 54 : « Les traitements de données à caractère personnel ayant une finalité d'intérêt public de recherche, d'étude ou d'évaluation dans le domaine de la santé sont autorisés par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

potentiellement identifiantes à de rares cas, rendant suffisantes les mesure de sécurité prévue par la loi du 26 janvier 2016. Notre attention devra être tournée vers la sauvegarde de l'anonymat, la qualification *in concreto* de l' « intérêt public », l'absence de réutilisation commerciale des données, ainsi que sur l'indépendance des membres composant l'INDS, qui rend un avis sur les demandes d'accès à la CNIL.

1206. À ce sujet, et à l'image de la patrimonialisation de la vie privée, la patrimonialisation des données personnelles, et plus spécifiquement de la commercialisation des données de santé, laisse à penser, éthiquement et juridiquement¹⁷¹⁰. La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt daté du 25 juin 2013¹⁷¹¹, dans lequel elle a considéré que les registres de clientèles informatisées contenant des données personnelles non déclarés auprès de la CNIL ne doivent faire l'objet d'aucun commerce quel qu'il soit. La cour considère que la vente serait incontestablement illicite, et confirme l'extra-commercialité d'un tel registre. Si nous nous réjouissons d'une telle analyse, elle n'est pas sans poser de questionnements : « est-ce à dire que si la CNIL ne trouve rien à reprocher au fichier déclaré, elle délivre *mutatis mutandis* au fichier un brevet de commercialité juridique »¹⁷¹² ?. Cela porterait à conséquence, notamment en matière de données de santé.

1207. L'objectif est de garder à l'esprit que l'ouverture des données doit se faire au service des patients et des citoyens, qui doivent demeurer la finalité constante du processus. Dès lors, et comme le précise l'article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 : « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant ». Ce contrôle ne permet pas de palier les éventuelles atteintes faites à la vie privée, mais autorise le patient à y consentir après avoir été informé des conséquences de ses choix.

1208. *Droit à l'information et consentement du patient à la réutilisation de ses données.* La loi du 26 janvier 2016 a ajouté à l'article 57 de la loi du 6 janvier 1978 un III ainsi rédigé : « III. – (...) quand les recherches, les études ou les évaluations recourent à des

¹⁷¹⁰ V. à ce sujet : CAVALIER M., *La propriété des données de santé*, *Op. cit.*

¹⁷¹¹ C. Cass., ch. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037.

¹⁷¹² BARBIER H., « Le fichier de clientèle informatisée non déclarés à la CNIL est or commerce », *RTD civ*, 2013, p. 595.

données de santé à caractère personnel non directement identifiantes recueillies à titre obligatoire et destinées aux services ou aux établissements de l'État ou des collectivités territoriales ou aux organismes de sécurité sociale, l'information des personnes concernées quant à la réutilisation possible de ces données, à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation, et aux modalités d'exercice de leurs droits est assurée selon des modalités définies par décret en Conseil d'État¹⁷¹³, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. ».

¹⁷¹³ Décret n° 2016-1872 du 26 décembre 2016 modifiant le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2, modifiant les articles suivants du décret du 20 oct. 2005 : « art. 35.-Sauf dérogation accordée par la commission, la communication, avant le début du traitement, aux personnes auprès desquelles sont recueillies des données à caractère personnel ou à propos desquelles de telles données sont transmises, des informations prévues au I de l'article 57 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, a lieu dans les conditions suivantes :

« 1° Lorsque les données à caractère personnel sont recueillies directement auprès des personnes intéressées par questionnaire écrit, celui-ci ou à défaut la lettre qui l'accompagne porte la mention lisible de ces informations ;

« 2° Lorsque les données à caractère personnel sont recueillies oralement, l'enquêteur remet ou fait préalablement parvenir aux personnes intéressées un document contenant ces informations ;

« 3° Dans le cas où les données à caractère personnel ont été initialement recueillies pour un autre objet que le traitement envisagé, le professionnel de santé en contact direct avec la personne intéressée et effectivement chargé de sa prise en charge thérapeutique l'informe par écrit, excepté dans les cas prévus au II et au III de l'article 57.

« art. 36.-Pour l'application du III de l'article 57, les personnes concernées sont informées de la réutilisation possible de ces données, préalablement rendues non directement identifiantes, à des fins de recherche, d'études ou d'évaluation dans les conditions mentionnées à l'article L. 1461-3 du Code de la santé publique, ainsi que de leurs droits. Elles en sont informées par une mention figurant sur le site internet des établissements de santé, des établissements médico-sociaux, des organismes d'assurance maladie obligatoire ou des organismes d'assurance maladie complémentaire, et sur des supports permettant de la porter à la connaissance des personnes concernées, notamment des affiches dans les locaux ouverts au public ou des documents qui leur sont remis. Cette information est mise en œuvre par les directeurs des établissements de santé, des directeurs des établissements médico-sociaux et des directeurs des organismes d'assurance maladie obligatoire et complémentaire.

« art. 37.-Les personnes accueillies dans les établissements ou les centres où s'exercent des activités de prévention, de diagnostic et de soins donnant lieu à la transmission de données à caractère personnel en vue d'un traitement ayant pour fin la recherche, une étude ou une évaluation dans le domaine de la santé sont informées des mentions prescrites au I de l'article 57 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée par la remise d'un document ou par tout autre moyen approprié leur permettant de prendre utilement connaissance de ces mentions.

« art. 38.-La personne qui entend s'opposer au traitement à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation dans le domaine de la santé des données à caractère personnel la concernant peut exprimer son refus par tout moyen auprès soit du responsable de la recherche, de l'étude ou de l'évaluation, soit de l'établissement ou du professionnel de santé détenteur de ces données excepté dans le cas prévu au II de l'article R. 1461-9 du Code de la santé publique ».

1209. Le patient doit obligatoirement être informé que des données, inéluctablement recueillies par une administration pour l'exercice de ses missions¹⁷¹⁴, peuvent par suite être réutilisées à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation, dans des circonstances qui devront permettre le respect de la vie privée. Tout patient peut exprimer son refus, par tout moyen, auprès soit du responsable de la recherche, de l'étude ou de l'évaluation, soit de l'établissement ou du professionnel de santé détenteur de ces données. Le silence est gardé sur l'hypothèse où le patient consent à la réutilisation de ses données, avant de se rétracter ; il est néanmoins loisible d'imaginer que si on ne peut pas demander son avis au patient préalablement à chaque utilisation ou réutilisation de ses données, il semble envisageable - et techniquement réalisable - de supprimer ses données de la base d'hébergement à sa demande. Si au moment de l'adoption du projet de loi, certaines interrogations avaient vu le jour quant au fait de conditionner ce retrait à un motif légitime - voire l'interdire - il importe de relever que le décret du 26 décembre 2016 ne dit mot à ce propos.

1210. Si nous avons jusqu'alors fait presque'exclusivement référence à la loi du 6 janvier 1978 et du 26 janvier 2016, il convient de rappeler que certaines sources nationales antérieures avaient déjà abordé la question des enjeux et de l'encadrement de l'ouverture de l'accès aux données de santé. L'influence européenne doit également être soulignée, d'autant plus depuis l'adoption, le 27 avril 2017, d'un règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁷¹⁵ (*v. B.*).

B. Sources nationales antérieures à 2016 et influence européenne

¹⁷¹⁴ Par ex. : rembourser les assurés ou participer au financement des établissements de santé.

¹⁷¹⁵ Règlement (UE) 2016/679, *Op. cit.*

1. Encadrement et instances nationales antérieures à 2016

1211. L'encadrement juridique de la donnée de santé s'est avant toute autre chose organisé autour de la loi du 6 janvier 1978, avec le concours institutionnel de la CNIL. Rappelons que son article 1^{er} dispose : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle 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. (...) Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ».

1212. Son article 8 a trait aux données dites « sensibles », et vise les « données qui sont relatives à la santé » en termes très communs : « Section 2 : Dispositions propres à certaines catégories de données, article 8 : I. - Il est interdit de collecter ou de traiter les données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ».

1213. À ce titre, les données sensibles sont alors par principe interdites de traitement, sauf exceptions légalement mises en exergue et assorties de garanties fournies par l'intervention de la CNIL¹⁷¹⁶. L'enjeu de la libération des données de santé en France s'est fait ressentir bien avant 2016, tel qu'en atteste Delia Rahal-Lofskog, Cheffe du service de la santé à la direction de la conformité de la CNIL. Cette dernière rappelle qu'une précision terminologique semble nécessaire. L'« Open data » est différent de l'accès, à des fins de recherche, aux bases médico-administratives¹⁷¹⁷. Ce dernier concerne l'ouverture des données au grand public et leur libre réutilisation. « Sur ce point, la CNIL demande des garanties substantielles, notamment que cela ne concerne que les données strictement anonymes. Le procédé pour rendre ces données anonymes fait partie du champ de compétence de la CNIL qui accompagne les acteurs en ce sens. L'intérêt général et la transparence se sont ainsi conciliés avec le respect de l'intimité de la vie privée des

¹⁷¹⁶ Les exceptions prévues concernent alors les traitements à des fins de suivi médical individuel, à des fins d'intérêt public, de recherche médicale et d'évaluation de pratique de soin, ainsi que le consentement de la personne elle-même, ou encore l'anonymisation des données.

¹⁷¹⁷ Par ex. : SNIIRAM.

personnes et des secrets protégés par la loi : cet équilibre indispensable constitue l'enjeu principal de cette question. Quant à l'accès élargi aux bases médico-administratives, il ne s'agit pas là d'« Open data » à proprement parler, mais de permettre à des organismes de recherche d'accéder à des données personnelles relatives à la santé des personnes à des fins de santé publique. Dans cette hypothèse, la CNIL, dans le cadre de ses autorisations, apprécie notamment la légitimité de la finalité poursuivie au regard des critères légaux dévolus au respect des droits reconnus aux personnes »¹⁷¹⁸. Elle poursuit : « La nécessaire légitimité de la finalité poursuivie s'applique au secteur public et au secteur privé, tout comme le respect des droits des personnes »¹⁷¹⁹. Certaines instances y veillent ; c'est le cas avant 2016, entre autres, du Conseil constitutionnel et de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

1214. *Rôle du Conseil constitutionnel.* La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne fait pas explicitement mention des données de santé¹⁷²⁰. Il est néanmoins possible de penser que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle particulièrement attentif sur l'atteinte que peut porter le traitement des données de santé au droit au respect de la vie privée. Dès lors, les commentaires des Cahiers du Conseil constitutionnel sur la décision du 22 mars 2012 affirment que : « dès que n'est plus en cause un fichier de police et de justice, le contrôle du Conseil se renforce »¹⁷²¹.

1215. Le Conseil constitutionnel a déjà pu censurer des dispositions législatives relatives à des traitements de données, notamment au vu de l'imprécision de la nature des données collectées et sur les garanties assurant leur intégrité et leur confidentialité¹⁷²², de l'atteinte disproportionnée à la vie privée compte tenu du nombre de personnes fichées, ou du caractère biométrique des données et de la pluralité des finalités possibles du traitement¹⁷²³. De tels arguments peuvent aisément être transposés au traitement des données de santé.

¹⁷¹⁸ RAHAL-LOFSKOG D., « La régulation d'un marché peut aussi passer par les choix d'utilisateurs avertis », 26 nov. 2015,

¹⁷¹⁹ RAHAL-LOFSKOG D., *Ibid.*

¹⁷²⁰ Dans la décision n° 99-416 DC comme dans la décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 relative au Fichier national automatisé des empreintes génétiques, le fait que les données concernées soient des données de santé ne semble pas de jouer de rôle particulier dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. En revanche, dans la décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, le Conseil constitutionnel a relevé que les données biométriques étaient « particulièrement sensibles » (cons. 10).

¹⁷²¹ L'objectif de recherche des auteurs d'infraction ne pouvant plus être avancé.

¹⁷²² Déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 14.

¹⁷²³ Déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 11.

1216. *Rôle de la CADA.* Un simple rappel de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 permet de saisir certaines bases du cadre juridique de l'ouverture des données publiques et des informations ciblées. La « loi CADA » reconnaît à tout citoyen le droit d'obtenir transmission des documents administratifs détenus par une administration - ou une personne de droit privé dans le cadre d'une mission de service public. Tout document administratif semble en premier lieu concerné : « (...) quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions »¹⁷²⁴. Sont néanmoins exclus du champ des données communicables les documents qui porteraient atteinte, via leur communication, « à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle »¹⁷²⁵ : de tels documents demeurent communicables dès lors que les données à caractère personnel ont été préalablement rendues anonymes.

1217. Ainsi, avant même 2002, puis 2016, les instances administratives et juridictionnelles, ainsi que le législateur, s'étaient déjà donnés pour mission de cerner les enjeux de l'ouverture de l'accès aux données de santé, en tâchant de sauvegarder le droit au respect de la vie privée. La loi du 26 janvier 2016 a été suivie par l'adoption, le 27 avril 2017, d'un règlement européen venant asseoir le cerclage juridique de cette ouverture, qui n'a jamais été aussi présent dans l'ordonnancement juridique (v. 2.).

¹⁷²⁴ L. n° 78-753 du 17 juil. 1978, art. 1^{er}.

¹⁷²⁵ L. n° 78-753 du 17 juil. 1978, art. 6.

2. Encadrement et instances européennes postérieurs à 2016

1218. Il ne semble pas dérisoire de mentionner l'influence européenne, notamment au vu de l'adoption le 27 avril 2016 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui abroge la directive 95/46/CE¹⁷²⁶. Ce règlement, s'il laisse une forte marge de manœuvre aux États membres, présente l'avantage de leur fournir une solide définition de la « donnée de santé », d'énumérer les droits des individus, de préciser les obligations et la responsabilité des responsables de traitement, de confirmer l'obligation pour les États-membres de mettre en place une autorité nationale de contrôle autonome, et d'encadrer le transfert des données personnelles vers des pays tiers ou à des organisations internationales.

1219. Ainsi, le règlement UE 2016/679 élabore les bases du régime à transposer avant 2018. L'objectif reste d'accorder aux individus un certain nombre de droits permettant de contrôler davantage les données personnelles les concernant, et l'exploitation qui peut en être faite. Il s'agit d'un rappel de définition du contenu et de l'étendue de la vie privée. « Le texte prévoit ainsi la nécessité d'obtenir de la personne qu'elle indique clairement consentir au traitement de ses données à caractère personnel. Elle pourra également accéder de manière plus facile à celles-ci, y compris aux données de santé. Sont aussi prévus les droits à la rectification, à l'effacement des données et à l'oubli, ainsi que le droit de s'opposer à leur utilisation à des fins de profilage et à la portabilité des données d'un prestataire de service à un autre »¹⁷²⁷.

1220. Concernant les données de santé, soulignons que le règlement en donne une définition plus circonstanciée que toutes les références juridiques préexistantes. Le Conseil affirme : « qu'elles devraient comprendre : l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présents ou futurs de la personne concernée ». Cela comprend des :

¹⁷²⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, 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.

¹⁷²⁷ TRIBAULT G., « L'Europe modernise son règlement sur la protection des données personnelles », 9 mai 2016, Hospimédia.

« informations sur la personne physique collectées lors de son inscription en vue de bénéficier de services de soins de santé ou lors de la prestation de ses services ».

1221. Constituent également une donnée de santé, au sens du règlement, les informations obtenues à l'occasion d'un test ou d'un examen d'une partie du corps, y compris à partir de données génétiques, et concernant une maladie, un handicap, un risque de maladie, des antécédents médicaux, un traitement clinique où l'état physiologique ou biomédicale de la personne. Cela est valable : « indépendamment de sa source, qu'elles proviennent par exemple de médecins ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic ». Précisons qu'il est également fait référence à un : « numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé »¹⁷²⁸.

1222. Concernant le traitement des données de santé, le règlement propose de le rendre possible à titre exceptionnel, et par dérogation au principe d'interdiction de traitement des catégories particulières de données à caractère personnel, à des fins, notamment : « d'alerte sanitaire, de prévention de contrôle de maladies transmissibles et d'autres menaces graves pour la santé ». Les dérogations sont possibles : « à des fins de santé », dans l'objectif d'assurer la qualité et l'efficacité des procédures de règlement des demandes de prestations et de services dans le régime de l'assurance-maladie. Il est précisé que le traitement des données de santé peut être fondamental : « pour des motifs d'intérêt public dans les domaines de la santé publique, sans le consentement de la personne concernée », tout en précisant que de tels traitements ne peuvent permettre que les données : « soient

¹⁷²⁸ Définition complète donnée au « Considérant » n° 35 du règlement (35) : « Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée. Cela comprend des informations sur la personne physique collectées lors de l'inscription de cette personne physique en vue de bénéficier de services de soins de santé ou lors de la prestation de ces services au sens de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil (9) au bénéfice de cette personne physique; un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé; des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques ; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic *in vitro* ».

traitées à d'autres fins par des tiers¹⁷²⁹, tels que les employeurs ou les compagnies d'assurances et les banques »¹⁷³⁰.

1223. En outre le règlement prévoit la création d'une nouvelle autorité européenne, dénommée, en vertu de son article 68, « Comité européen de la protection des données », faisant ainsi figure de référentiel dans sa mise en application. Au rang de ses compétences figure l'élaboration d'avis et de recommandations de bonnes pratiques, qui interroge « sur l'influence que pourrait avoir ce comité dans la qualification d'une violation de traitement par des autorités de contrôle national »¹⁷³¹. La mise en place d'une autorité européenne, qui peut être perçue comme une illustration pratique de l'institutionnalisation juridique, rappelle également, plus indirectement, la compétence qui est celle des institutions nationales et l'harmonisation coopérative des pratiques qui doit être faite. La protection de la vie privée, via la sécurité des traitements, ne semble pas avoir été mise à la marge, au vu de la constitution établie d'un référent individuel par site chargé de la protection des données collectées, hébergées et traitées : le délégué à la protection des données¹⁷³².

¹⁷²⁹ Cette mesure s'inscrit dans un mouvement de sauvegarde d'informations privées envers les assureurs et les banques ; citons à ce propos le droit à l'oubli d'anciens malades du cancer ou de l'hépatite C, entré en vigueur le 14 février 2017 ; « La loi du 26 janvier 2016 [art. 190] de modernisation du système de santé a fixé à 10 ans maximum après la fin du protocole thérapeutique (5 ans pour les cancers survenus avant 18 ans) le délai au terme duquel aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être demandée par les organismes assureurs », URL : <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A11392>, consultée le 4 septembre 2017 ; v. Décret n° 2017-173 du 13 février 2017 précisant les modalités d'information des candidats à l'assurance-emprunteur lorsqu'ils présentent du fait de leur état de santé ou de leur handicap un risque aggravé.

¹⁷³⁰ Disposition complète au « Considérant » n° 52 du règlement (52) : « Des dérogations à l'interdiction de traiter des catégories particulières de données à caractère personnel devraient également être autorisées lorsque le droit de l'Union ou le droit d'un État membre le prévoit, et sous réserve de garanties appropriées, de manière à protéger les données à caractère personnel et d'autres droits fondamentaux, lorsque l'intérêt public le commande, notamment le traitement des données à caractère personnel dans le domaine du droit du travail et du droit de la protection sociale, y compris les retraites, et à des fins de sécurité, de surveillance et d'alerte sanitaire, de prévention ou de contrôle de maladies transmissibles et d'autres menaces graves pour la santé. Ces dérogations sont possibles à des fins de santé, en ce compris la santé publique et la gestion des services de soins de santé, en particulier pour assurer la qualité et l'efficacité des procédures de règlement des demandes de prestations et de services dans le régime d'assurance-maladie, ou à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. Une dérogation devrait, en outre, permettre le traitement de ces données à caractère personnel, si cela est nécessaire aux fins de la constatation, de l'exercice ou de la défense d'un droit en justice, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire, administrative ou extrajudiciaire ».

¹⁷³¹ ROQUE L., « Une volonté actée de structuration de la protection des données personnelles de santé, Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil : JOUE n° L. 119, p. 1 », RDS, n° 72, juin 2016.

¹⁷³² V. Règlement (UE) 2016/679, *Op. cit.*, art. 37.

1224. Cette protection témoigne d'un risque évident à ouvrir l'accès aux données de santé, au niveau national, communautaire et international (2°§.).

2°§. L'ouverture risquée de l'accès aux données de santé

1225. L'ouverture de l'accès aux données de santé, ainsi que leur mise à disposition, si elle présente des avantages indéniables, n'est pas dénuée de risques certains, qui ont trait pour la majorité à la sauvegarde de la vie privée. Ces risques sont indéniablement et principalement liés à l'anonymisation (A.), mais également à la sécurité (B.) des données de santé soumises à l'ouverture d'accès.

A. Risques liés à l'anonymisation et à la réidentification

« L'accès aux données de santé présente des bénéfices importants, dans la mesure où ces dernières constituent un outil au potentiel extrêmement fort dans les domaines de la pharmaco-épidémiologie et de l'évaluation post-AMM (...) Pour autant, exploiter cette richesse expose à des risques au regard de la protection de la vie privée. Un risque de mésusage de cette richesse ne peut par ailleurs être exclu ».

Pierre-Louis BRAS¹⁷³³

1226. L'ouverture des données semble opportune, mais n'apporte aujourd'hui pas les garanties suffisantes relatives à la sauvegarde de la vie privée ; ce phénomène trouve une illustration particulièrement criante dans la réidentification, possible à plusieurs égards.

1227. Les exemples de réidentification témoignent de sa faisabilité et de l'atteinte incontestable qu'elle porte à la vie privée : « La scène a de quoi inquiéter. Devant son écran d'ordinateur, un patron peu scrupuleux cherche à en savoir plus sur le dossier médical d'un employé fréquemment malade. Connecté au site web de l'entreprise Health Aware¹⁷³⁴, il renseigne non pas le nom de son salarié mais le nombre des hospitalisations, le mois et les durées des séjours. Il entre aussi le code postal de la ville de résidence, l'âge

¹⁷³³ Président du Conseil d'orientation des retraites (COR), à l'origine de nombreux rapports remis au ministre de la santé lors de l'élaboration de la loi du 26 janvier 2016.

¹⁷³⁴ <http://healthaware.com/>.

et le sexe de sa « cible » ; 0,023 seconde plus tard, le service commercial a trouvé l'identité cherchée et, moyennant finance, livre la totalité des connaissances médicales sur l'employé »¹⁷³⁵.

1228. Moins imagée est l'analyse de Dominique Blum, praticien hospitalier à Munster, qui considère que 89% des personnes hospitalisées une fois en 2008 et 100% de celles hospitalisées deux fois sont théoriquement identifiables grâce au PMSI¹⁷³⁶. Celui-ci affirme qu'il est impossible de protéger les données de santé dès lors que la personne - physique ou morale - à l'origine de la recherche dispose d'informations annexes « quasi identifiantes »¹⁷³⁷ : « Plusieurs hommes nés le même mois de la même année ont pu être hospitalisés trois jours en février 2010 à l'hôpital X ; mais il n'y en a sans doute qu'un seul qui ait été hospitalisé six mois plus tard pendant dix jours à l'hôpital Y et ait dans l'intervalle consulté plusieurs fois à l'hôpital Z » affirme Dominique Blum.

1229. Plusieurs autres illustrations ont déjà témoigné des risques de réidentification, et des professionnels de santé, à l'image du généticien Yaniv Erlich, n'hésitent d'ailleurs pas à publier leur propre méthode pour identifier les personnes à partir de séquences génétiques pourtant anonymes.

1230. Ces pratiques ont été rappelées par Pierre-Louis Bras et André Loth dans leur rapport à la ministre de la santé en septembre 2013 sur la gouvernance et l'utilisation des données de santé¹⁷³⁸. Dominique Blum a également été auditionné en décembre 2013 par un groupe de travail réuni pour faire suite à ce rapport. Il a alors démontré que le fichier des moyens séjours permet, lui aussi, de retrouver des informations cachées permettant de nombreuses réidentifications.

1231. Comment expliquer dès lors que des fichiers anonymes ne le soient pas réellement ? Dominique Blum explique que la possession d'informations annexes « quasi identifiantes » permet la réidentification, reprenant ainsi le théorème démontré en 2006 par Cynthia Dwork, chercheuse chez Microsoft.

¹⁷³⁵ LAROUSSERIE D., « L'anonymat, un bien fragile », Le Monde, 7 avr. 2014.

¹⁷³⁶ Qui détient les données d'hospitalisation de plus de 25 millions de séjours hospitaliers.

¹⁷³⁷ Informations anodines : l'âge, le lieu de résidence, le sexe.

¹⁷³⁸ BRAS P.-L., LOTH A., *Rapport sur la gouvernance et l'utilisation des données de santé*, Op. cit.

1232. Ces exemples alarmant en termes de protection de la vie privée ne semblent pourtant pas paralyser les volontés d'ouverture toujours plus larges des données de santé. Les Professeurs Avner Bar-Hen et Antoine Flahault, regrettent le manque de transparence dans un article publié dans *Le Monde* du 9 mars 2013, et souhaite que soit autorisé à tous, « enfin l'accès aux données de santé en fonction des questions posées, et non à une caste d'experts autorisés. L'avenir de la santé publique et de notre système social dépend des chercheurs, mais aussi des journalistes, des industriels ou des groupes de citoyens ».

1233. *La réidentification.* « L'anonymisation des bases de données personnelles est une condition essentielle à leur ouverture ou à leur partage. Or, en présence de données sensibles, le risque que les données soient insuffisamment anonymisées est important en raison du caractère très discriminant de ce type de données combinées avec d'autres, plus anodines »¹⁷³⁹. En matière de données de santé, la CNIL a rapidement mis en lumière le risque de réidentification rendu possible en combinant une série de données assimilée à un « entonnoir » permettant l'identification. Il a alors été considéré, concernant les données inventoriées relatives aux IVG, que des éléments « extérieurs » au patient, tels que sa commune de résidence, l'année et le lieu de naissance et sa nationalité, associés à la date de la prise en charge, sa durée et les éventuels antécédents de grossesse donnaient lieu à un véritable risque de réidentification¹⁷⁴⁰.

1234. Face à ces risques et incertitudes, il est désormais prévu, depuis la loi n° 2016-1321 pour une République numérique¹⁷⁴¹, que la CNIL certifie la conformité des processus d'anonymisation des données personnelles préalablement à leur mise en ligne et leur réutilisation ; cette nouvelle procédure figure désormais au sein de la loi du 6 janvier 1978.

1235. Cette nouvelle certification, couplée à la publication de méthodologies d'anonymisation et de référentiels de méthodologie générale semble être, pour la CNIL : « un gage de protection des personnes et de sécurité juridique pour les acteurs »¹⁷⁴². Cette dernière a annoncé en 2016 l'adoption d'un pacte de conformité « Open data »

¹⁷³⁹ METALLINOS N., « Ouverture des bases de données de jurisprudence et protection des données sensibles ; Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence », *La semaine juridique*, Éd. gén., supp. au n° 9, 27 fév. 2017, « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data, Actes du colloque à la Cour de cassation », 14 oc. 2016.

¹⁷⁴⁰ CNIL, 10^{ème} rapp. annuel : Doc.fr, coll. Rapports officiels, 1990, p. 189 et s.

¹⁷⁴¹ L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 60 ; L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, 2°, g.

¹⁷⁴² CNIL, *Projet de loi pour une république numérique : quel impact pour la CNIL et la protection des données personnelles ?*, Communiqué 7 juil. 2016.

mentionnant certaines bonnes pratiques visant à empêcher la réidentification non-souhaitée¹⁷⁴³.

1236. Il ne faut cependant pas perdre de vue que les procédés d'anonymisation ne peuvent en aucun cas assurer une protection infaillible des données de santé (*v. infra*) de sorte que « la diffusion en données ouvertes peut également nécessiter la conduite d'une veille sur les utilisations abusives, voire l'utilisation de procédés techniques permettant le « rappel » des données¹⁷⁴⁴ en cas d'insuffisance d'anonymisation ou lorsque des informations supplémentaires permettant l'identification sont devenues disponibles »¹⁷⁴⁵ affirme Maître Nathalie Metallinos¹⁷⁴⁶.

1237. Le docteur Jacques Lucas a fait part, de son côté, de ses préoccupations quant à l'atteinte possible à la vie privée de ses patients : « Ce n'est pas tant l'organisation du SNDS, récemment précisée par décret, qui nous préoccupe que les conditions d'accès aux données. L'ouverture de l'accès est nécessaire, mais vous ne serez pas surpris de m'entendre dire que le Conseil national de l'Ordre des médecins, particulièrement soucieux de la protection des libertés individuelles, souhaite que l'on ne puisse pas redescendre à un degré de granularité qui permettrait de reconnaître les personnes »¹⁷⁴⁷.

1238. La loi du 26 janvier 2016 a souhaité garantir que les données de santé traitées prendront : « la forme de statistiques agrégées ou de données individuelles constituées de telle sorte que l'identification directe ou indirecte des personnes concernées y [sera] impossible »¹⁷⁴⁸. Néanmoins, le principe d'anonymisation infaillible se semble pas être affirmé, l'article L. 1461-2 du Code de la santé publique précisant qu' : « un décret en Conseil d'État (...) détermine les données à caractère personnel qui, en raison du risque d'identification directe des personnes concernées, sont confiées à un organisme distinct du

¹⁷⁴³ Sur cette annonce, V. BERNE X., « Open Data : la CNIL prépare un pack de conformité à destination des acteurs publics », NextImpact, 22 août 2016. À l'heure actuelle, trois packs de conformité sont disponibles sur le site Internet de la CNIL ; ils concernent les compteurs communicants, le logement social et l'assurance.

¹⁷⁴⁴ Rôle des métadonnées.

¹⁷⁴⁵ Tel serait le cas de la mise en ligne d'une autre base de données qui permettrait par recoupement de ré-identifier les personnes concernées par les décisions.

¹⁷⁴⁶ METALLINOS N., « Ouverture des bases de données de jurisprudence et protection des données sensibles ; Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence », *Op. cit.*

¹⁷⁴⁷ Audition du 31 janvier 2017.

¹⁷⁴⁸ CSP, art. L.1461-2.

responsable du système national des données de santé et des responsables des traitements ». Si la loi semble prendre la mesure des risques afférents à la vie privée, reste qu'elle confesse à demi-mots que l'identification des personnes sera possible : « en raison du risque d'identification directe des personnes ». La possibilité d'une réidentification devrait dès lors faire tomber en désuétude l'emploi du terme de « données anonymisées », pourtant mentionné par la loi susvisée.

1239. Maître Caroline Zorn rappelle à ce propos que la loi du 6 janvier 1978 n'est pas évasive sur ce point, de sorte que le « vide juridique » ne saurait être sérieusement invoqué¹⁷⁴⁹ : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou tout autre personne »¹⁷⁵⁰. Ce propos, légaliste à n'en pas douter, peut être corroboré par la référence à des termes de normes internationales, telle que l'ISO¹⁷⁵¹. L'anonymisation y est définie comme étant le : « Processus par lequel des informations personnellement identifiables sont irréversiblement altérées, de telle façon que le sujet des informations ne puisse plus être identifié directement ou indirectement, que ce soit par le responsable du traitement seul ou en collaboration avec une quelconque autre partie »¹⁷⁵².

1240. Méthodes d'anonymisation, solutions imparfaites face aux risques de réidentification. Il est possible d'éviter les risques de réidentification en restreignant l'accès aux données les plus détaillées à certains acteurs de santé. Dans la mesure où cette éventualité ne semble pas avoir été privilégiée par le législateur, une seconde solution trouve écho dans la modification intelligente des fichiers hébergeant les données de santé. La « pseudonymisation » permet de remplacer les noms par un pseudonyme. L'identifiant initial peut d'ailleurs être remplacé par une simple numérotation, dans la mesure où l'ordre du fichier associé ne donne aucune information. La correspondance entre l'identifiant et son pseudonyme peut être stockée dans une « table de passage », confidentielle et

¹⁷⁴⁹ V. : ZORN C., « Partage des données de santé et évolution de l'équipe de soins », *Op. cit.*

¹⁷⁵⁰ L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 modifiée, art. 2.

¹⁷⁵¹ Organisation internationale de normalisation.

¹⁷⁵² Norme ISO 29100 : 2011.

sécurisée, assurant dès lors la traçabilité des informations. Néanmoins, la pseudonymisation présente certaines limites : si le remplacement ou la suppression de l'identifiant individuel initial semble assurer une protection certaine des données confidentielles, il n'apparaît pas suffisant, puisqu'il est en pratique possible d'identifier une personne, même si le fichier ne contient pas d'identifiants directs, dès lors que d'autres informations identifiantes sont présentes dans la base (Exemple des affaires « AOL »¹⁷⁵³ en 2006 ou « Netflix » en 2010), voire directement possédées par le tiers à l'origine de la recherche. Dès lors, le risque de réidentification ne provient pas, en réalité, du choix du pseudonyme utilisé ou de la « table de passage », mais davantage de la possibilité pour des tiers de discerner des personnes sur lesquelles ils disposent de tierces informations.

1241. Depuis les années 1990, et concernant le PMSI, des chercheurs français ont élaboré la « fonction d'occultation des informations nominatives » (méthode FOIN), qui vise à transformer mathématiquement le sexe, la date de naissance et le NIR du patient en une suite de caractères abscons. La réidentification semble alors impossible, sauf à disposer d'une clé de chiffrement mathématique - ce qui reste envisageable. Les opérations de FOIN sont menées de l'échelle locale à l'échelle nationale. L'attribution d'un identifiant chiffré unique à chaque patient en est l'aboutissement.

1242. « Un autre réflexe est de passer de la pseudonymisation à l'anonymisation proprement dite. Pour cela, les mathématiciens ont été imaginatifs. Benjamin Fung, de l'université Concordia à Montréal, et ses collègues ont dénombré en 2010 une quinzaine de méthodes d'anonymisation et près d'une trentaine d'algorithmes ou de logiciels les utilisant. L'idée générale est de “flouter” ou d’“appauvrir” les données »¹⁷⁵⁴.

1243. Il existe légalement deux types de données : des données à caractère personnel, et des données anonymes. Les données sont à caractère personnel « dès lors qu'elles concernent des personnes physiques identifiées directement ou indirectement »¹⁷⁵⁵. Au

¹⁷⁵³ V. : BARBARO, A., ZELLER T., « A face is exposed for AOL searcher n°. 4417749 », New York Times, 9 août 2006.

URL : <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10612FC345B0C7A8CDDA10894DE404482/>.

¹⁷⁵⁴ LAROUSSERIE D., « L'anonymat, un bien fragile », *Op. cit.*

¹⁷⁵⁵ Source : CNIL, cité par : NGUYEN B., Techniques d'anonymisation. Statistique et Société, Société française de statistique, 2014, 2 (4), pp.53-60.

contraire, toute donnée ne permettant pas l'identification d'une personne physique sera considérée comme « anonyme ».

1244. La loi du 6 janvier 1978 précise à ce propos que : « pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne.¹⁷⁵⁶ » Plus mesuré, le règlement européen, qui ne s'applique pas aux données anonymes, dispose que : « pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne. Il n'y a pas lieu d'appliquer les principes de protection aux données qui ont été rendues suffisamment anonymes pour que la personne concernée ne soit plus identifiable »¹⁷⁵⁷.

1245. Il existe plusieurs méthodes d'anonymisation, dont l'efficacité est relativement fluctuante. Dès lors, la question de savoir pourquoi « la meilleure » solution n'est pas toujours envisagée se pose légitimement. Un facteur temporel pourrait expliquer ce phénomène, en imaginant qu'une longue période soit nécessaire au calcul d'une « bonne » anonymisation. Un facteur quantitatif émerge également : « on pourrait aussi penser que la force de l'anonymisation est inversement proportionnelle à la quantité (ou précision) des données publiées (...) Si on publie des informations au niveau d'un département on est à

¹⁷⁵⁶ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2.

¹⁷⁵⁷ Disposition complète au « Considérant » n° 26 du règlement (26) : « Il y a lieu d'appliquer les principes relatifs à la protection des données à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable. Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci. Il n'y a dès lors pas lieu d'appliquer les principes relatifs à la protection des données aux informations anonymes, à savoir les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, ni aux données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable. Le présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche ».

peu près 4 fois moins anonyme que si on les publie au niveau d'une région »¹⁷⁵⁸. Bien que ces facteurs influent sur la qualité de l'anonymisation, relevons que cette dernière fluctue avant toute autre chose au regard du modèle d'anonymisation utilisé.

1246. À ce sujet, précisons que « cinq types de modèles d'anonymisation, qui cherchent à cacher ou briser le lien existant entre une personne du monde réel, et ses données sensibles existent aujourd'hui : la pseudonymisation, le k-anonymat, la l-diversité, la t-proximité et la *differential privacy* (confidentialité différentielle, au sens du calcul différentiel) »¹⁷⁵⁹. Le chercheur Benjamin Nguyen, spécialiste de l'anonymisation, indique qu'il existe des solutions certaines visant à garantir la protection des données personnelles, mais que celles-ci sont difficiles à mettre en œuvre dans tous les domaines (c'est notamment vrai des techniques de k-anonymat et l-diversité). En revanche, celui-ci affirme que la pseudonymisation - actuellement privilégiée en matière de données de santé - n'est pas véritablement une technique d'anonymisation, et son utilisation en tant que telle ne semble pas opportune.

1247. En tout état de cause, il est certain que l'anonymisation parfaite n'existe pas, de sorte qu'il est primordial que l'utilisateur reçoive une information claire, intelligible et loyale sur la technique d'anonymisation utilisée, sur son efficacité et ses risques, afin qu'il puisse consentir, consciemment, aux traitements effectués sur ses données.

1248. Ce risque de réidentification justifie un renforcement du contrôle réalisé *a posteriori* par la CNIL. C'est du moins ce que préconise la Cour des comptes dans un rapport daté de mars 2016. Celle-ci recommande de surveiller le nombre et la nature des requêtes réalisées et de mener des contrôles inopinés sur les utilisateurs¹⁷⁶⁰. Elle rappelle que les données traitées le sont par exception au secret professionnel, puisque celles qui appartiennent au SNDS sont « de nature à porter atteinte à la vie privée ou au secret médical, ce qui justifie des procédures d'accès particulièrement contraignantes »¹⁷⁶¹.

1249. Nous arrivons, malheureusement, à la conclusion suivante : « aucune méthode de sécurisation des données n'arrive seule à satisfaire les objectifs conflictuels d'assurer à la fois la richesse des données mises à disposition, un coût faible de prétraitement et qui soit applicable à n'importe quel environnement de base de données statistiques, tout en

¹⁷⁵⁸ NGUYEN B., Techniques d'anonymisation, *Op. cit.*

¹⁷⁵⁹ NGUYEN B., Techniques d'anonymisation, *Ibid.*

¹⁷⁶⁰ Cour des comptes, *Les données personnelles de santé gérées par l'assurance maladie*, mars 2016.

¹⁷⁶¹ Cour des comptes, *Ibid.*

s'assurant une protection infaillible de la vie privée »¹⁷⁶². Il n'y a pas à ce jour de consensus sur la meilleure méthode, dans la mesure où la recherche de la sécurité infaillible, si elle semble utopique, semble approchable en combinant plusieurs méthodes très techniques : « Pour assurer un taux de divulgation très faible de données personnelles (permettant la ré-identification), les techniques de perturbation de données développées jusqu'ici devraient être combinées avec celles ne modifiant pas les données comme la généralisation ou l'agrégation »¹⁷⁶³. Ainsi, la protection de la confidentialité se révèle bien ardue dans le contexte actuel de l'« Open data » ; réjouissons-nous que ce dernier fasse l'objet d'abondantes et pléthoriques recherches. Il est probable qu'un consensus sur des solutions plus efficaces et sécurisées voit le jour à l'avenir.

B. Risques liés à la sécurité

1250. La technicité d'une telle thématique - et la parfaite maîtrise qu'il faut en avoir avant de s'aventurer à la traiter - justifie le caractère succinct du présent développement. La quantité ne laissant en revanche pas présumer de l'opportunité d'une réflexion, il semble ainsi bienvenu de souligner qu'en 2010, les cyberattaques des sites de commerçants en ligne ont été multipliées par dix par rapport à l'année précédente¹⁷⁶⁴. « Dans ces conditions, la sécurisation des systèmes d'information requiert une étude des risques auxquels ils sont exposés et le choix des solutions techniques organisationnelles qui permettra de garantir leur confidentialité, leur intégrité et leur disponibilité »¹⁷⁶⁵.

1251. Les risques sécuritaires encourus par un système d'informations peuvent résulter d'un accident, d'un dysfonctionnement informatique, d'une erreur dans la saisie de données, ou de malveillance. Tous ces éléments ne doivent pas être sous-estimés. Le problème de sécurité des données se pose à la lumière du fait que des sociétés démarchent

¹⁷⁶² Commission open data en santé, Rapport remis à Madame Marisol TOURAINE, Ministre des Affaires sociales et de la Santé, Le 9 juillet 2014, URL : <http://www.drees.sante.gouv.fr/rapport-de-la-commission-open-data-en-sante,11323.html>

¹⁷⁶³ Commission open data en santé, *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ LEIGHTON T., « Internet : le patron d'Akamai craint un accident lié au 'cloud' ». *Les Échos*, High-Tech & Médias, p. 28.

¹⁷⁶⁵ BÉRANGER J., BOUADI R., « Approche éthico-juridique de l'usage des données médicales à caractère personnel », *Op. cit.*

régulièrement des professionnels de santé afin de les informatiser gratuitement en échange des données de santé du cabinet¹⁷⁶⁶.

1252. Une récente affaire a démontré que la sécurité des données de santé est intimement liée à la bienveillance des acteurs qui en assurent la gestion - de sorte que le respect de la vie privée des patients dépend d'eux. Ainsi, en 2013, la CNIL a mis en demeure le centre hospitalier de Saint-Malo de respecter la confidentialité des dossiers de santé de ses patients, après avoir constaté un certain nombre de manquements. La CNIL a effectué un contrôle au sein de ce centre hospitalier, qui a permis de relever qu'un prestataire mandaté par l'hôpital a pu accéder, avec le concours de l'établissement, aux dossiers médicaux de 950 patients¹⁷⁶⁷, informatisés ou manuscrits. Il s'agit incontestablement d'un manquement à l'obligation de veiller à la sécurité et à la confidentialité des données¹⁷⁶⁸, et témoigne du fait que l'origine des atteintes portées à la vie privée du patient est multiple, et qu'aux risques sécuritaires doivent être adjoints les risques malveillants, trop souvent sous-estimés. En l'espèce, la CNIL a fait le choix de publier la mise en demeure, au vu notamment de la sensibilité des données auxquelles il a été donné accès, de la gravité des comportements constatés, du nombre élevé de patients concernés et de la nécessité d'éviter la recrudescence d'une telle situation. Précisons que cette mise en demeure n'a pas réellement sanctionné le Centre hospitalier de Saint-Malo, ce dernier s'étant depuis conformé à la loi dans le délai de dix jours qui lui a été imparti¹⁷⁶⁹.

1253. Conclusion de la section. Un constat antinomique doit être dressé : la mise à disposition des données de santé via l'ouverture de leur accès présente d'incontestables

¹⁷⁶⁶ Ce qui constitue pour le professionnel qui accepte une violation du secret professionnel.

¹⁷⁶⁷ V. CNIL, Décision 2013-037 du 25 septembre 2013. Lire également : UNTERSINGER M., « Des centaines de résultats d'analyses médicales accessibles sur internet », 10 janv. 2012, URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-internet/20120110.RUE6870/des-centaines-de-resultats-d-analyses-medicales-accessibles-sur-internet.html>, consultée le 4 sept. 2017 ; BANCAL D., « Fuite de données concernant une quarantaine de centres hospitaliers français », 31 oct. 2013, <http://www.datasecuritybreach.fr/fuite-de-donnees-concernant-une-quarantaine-de-centres-hospitaliers-francais/>, consultée le 4 sept. 2017.

¹⁷⁶⁸ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 34.

¹⁷⁶⁹ V. courrier Présidente de la CNIL daté du 17 oct. 2013, URL : http://www.snphar.com/data/upload/files/courrier_de_cloture_MED_CH_ST-MALO.pdf, consultée le 4 sept. 2017.

avantages, qui témoignent de la démocratie sanitaire ; parallèlement, des risques certains ont été illustrés par des exemples concrets accusant des failles sécuritaires rendant notamment possible la réidentification, et n'assurant dès lors pas la sauvegarde de la vie privée.

1254. Si la loi du 26 janvier 2016 reste critiquable, elle a néanmoins le mérite d'avoir tenté de concilier deux attentes aux apparences contradictoires. Si certains y voient une atteinte certaine à la vie privée, d'autres regrettent l'absence de prise de risque du législateur.

1255. Il nous semble évident que l'ouverture de l'accès aux données de santé présente de nombreux avantages ; il est par conséquent bienvenu que le droit se soit saisi d'une pratique dont l'encadrement était nécessaire. En revanche, et même si de nombreuses garanties ont été prises à cet égard, la vie privée des patients pourra - et il s'agit là d'un risque éventuel, non d'une certitude - en être fortement atteinte.

1256. Dès lors, la principale limite à l'ouverture généralisée des données de santé reste la nécessité de garantir la protection de la vie privée des patients. À nouveau, la vie privée est duale et conflictuelle, puisqu'elle se laisse atteindre autant qu'elle atteint. En l'espèce, elle est altérée, pour des raisons qui ont été démontrées, par l'ouverture des données de santé, qu'elle ébranle également en la restreignant - pour autant que cela semble bienvenu. Souhaitons-nous vivre dans une société de transparence exacerbée ? La donnée de santé, de par sa technicité et la spécificité de l'information qu'elle contient, se doit d'être toujours protégée par un voile épais, qui ne doit cependant pas devenir opaque.

1257. Conclusion du chapitre. Si Internet est un acteur émergent de la relation de soin, les enjeux relatifs aux données de santé concernent davantage l'informatisation sanitaire, et que l'encadrement juridique de ces dernières est traité par le législateur et les instances étatiques du SNDS créées à l'occasion. Internet assume finalement la gestion des données de santé qu'il crée, héberge et exploite, et qui ne représentent pas la majorité des données qui transitent en France. Il reste néanmoins soumis aux règles juridiques qui sont imposables, et imposées à tous.

1258. À l'image du « Big data », le législateur a souhaité prendre acte du potentiel des données de santé, en organisant leur mise à disposition. Une ouverture qui intervient dans un contexte où le droit, interne et communautaire, semble se préoccuper massivement de ses enjeux, en ne délaissant pas le droit des personnes, et notamment celui du droit au respect de la vie privée. Ce dernier est toujours affirmé, et réaffirmé par le carcan normatif, en des termes très généraux dont la difficulté de mise en œuvre a déjà pu être soulignée. À cela doit être adjoint un risque inhérent à l'informatique, qui a trait à la sécurité des données traitées, qui, loin d'être infaillible, peut permettre une réidentification certaine. La sécurité des données est en principe affirmée et garantie, mais ce risque en est l'exception. Cette exception doit-elle paralyser les bénéfices à tirer ? Probablement pas, mais il ne faut pas pour autant nier - comme cela a pu être fait lors des débats parlementaires - les atteintes qui peuvent être portées à la vie privée par l'évolution assumée de la relation de soin ; ces dernières ne sont ni fantasques, ni fantasmées.

Conclusion du titre.

« Si on postule que l'humanité fonctionne sur un stock donné, fini, de formes ou de structures de la vie privée, l'apparition de nouvelles formes est perçue comme une menace symbolique qui serait un invariant de l'histoire de l'humanité. »

François DE SINGLY

1259. Internet, ainsi que l'outil informatique qui lui a donné naissance, peut en effet être perçu comme une menace - outrepassant la symbolique ! - de la vie privée.

1260. Contrairement aux autres conclusions de Titre mises en exergue au sein du présent travail, celle-ci ne sera pas l'occasion pour nous de proposer des améliorations législatives, mais de pointer du doigt des points de vigilance à ne pas éluder dès lors qu'il s'agit de confronter la vie privée à ce que nous nommerons « la nouvelle relation de soin ». Cette dernière, qui ne vise plus uniquement la guérison, mais le bien et mieux-être, a évolué aux côtés de l'informatisation, qui, épaulée par des outils à la fois techniques et largement démocratisés, a progressivement bouleversé certains monopoles établis de longue date : la gestion unique de la relation de soin par le professionnel de santé, la nécessité de recourir

audit professionnel afin de se sentir mieux ou de guérir, l'absence d'échange entre professionnels - au moins son absence d'encadrement juridique - l'ignorance et la passivité du patient, la conservation manuscrite des données de santé, la non-participation du patient à la collecte, au traitement et à l'accès à ses données de santé, l'exploitation exclusive des données de santé par le corps médical, l'hébergement des données de santé par les seules institutions de l'Assurance maladie...

1261. Aujourd'hui, informations de santé et données de santé doivent être accessibles, intelligibles et libérées, et les priorités des acteurs concernés font fi de la vie privée. Elles peuvent d'ailleurs se monnayer, au prix de la vie privée du patient non averti, à l'image d'une donnée commerciale. Si Internet a participé à cet ébranlement visant la démocratisation et l'ouverture, c'est l'État - qui reste le plus gros hébergeur de données personnelles - qui a façonné l'encadrement juridique de l'hébergement, du partage et, surtout, de l'ouverture d'accès aux données de santé, preuve que l'émergence de nouveaux acteurs en santé demeure ardue. S'il est encore tôt pour s'aventurer à juger des conséquences et des avancées de la loi du 26 janvier 2016, soulignons qu'elle a tenté de concilier deux attentes et nécessités opposées, preuve que le respect de la vie privée sanitaire n'est pas synonyme d'immobilisme, et peut être ajusté à des objectifs sanitaires et économiques majeurs. Seul l'avenir permettra d'attester de l'efficacité d'une telle démarche.

1262. Conclusion de la partie. L'atteinte à la vie privée par la relation de soin est habituellement caractérisée par le fait que le professionnel de santé est informé de l'état de santé de son patient, et qu'il peut échanger cette information avec des tiers. À cette atteinte morale peut s'adjoindre une atteinte à la vie privée physique : nudité, toucher, voire altération du corps. De telles atteintes sont rarement réalisables - et réalisées - à l'occasion d'autres situations, plus générales et probablement davantage habituelles, de sorte que la protection commune - civile et pénale - de la vie privée, si elle s'avère nécessaire, n'en demeure pas moins limitée. Dès lors, les atouts de la protection spécifique, contenue dans l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique sont nombreux et abondants, mais assurément limités par sa rédaction actuelle, par la relation de soin et son objectif. Ce constat illustre à lui seul l'importance d'une protection bien élaborée et la consécration de la vie privée sanitaire, qui passent toutes deux par une réécriture de l'alinéa premier de

l'article précité ainsi qu'une maîtrise par le patient - et tous les acteurs intervenant dans le système de santé - des mécanismes spécifiques de protections de sa vie privée sanitaire, d'autant plus que ces derniers, au rang desquels figure le secret professionnel, sont également en constante évolution. À ce propos, l'échange d'informations témoigne du fait que le caractère absolu du secret semble difficilement conciliable avec les évolutions du XXIème siècle et les modifications de la relation de soin qui lui sont afférentes. L'information privée personnelle a trait à la vie privée sanitaire du patient ; au vu de sa valeur, de sa conservation et de son utilisation, elle se révèle finalement être - pour reprendre un jargon empreint d'une actualité certaine - une « donnée de santé ». Une donnée précieuse dont le traitement se fait parfois, dans un environnement nouveau, au prix de la vie privée.

1263. L'informatisation appliquée au monde de la santé, le développement d'Internet et du « Big data » ont incontestablement influencé les fondements de la relation de soin, dont le droit au respect de la vie privée du patient. Il est démesuré d'affirmer que celle-ci n'existe plus, dans la mesure où cela ne semble pas être le cas. Une nuance consiste à arguer qu'elle est portée dans un contexte socioéconomique qui ne lui est pas toujours favorable, faisant de son respect une priorité lointaine pour les « nouveaux acteurs de santé » qui ont rapidement cerné le potentiel économique et commercial de la donnée de santé. Le « Big data » se charge de démocratiser cette nouvelle acception, officiellement justifiée par l'intérêt du patient. Un patient consommateur, un objectif modifié, un professionnel informatisé devant composer avec de nouveaux acteurs, une donnée de santé source aux richesses exploitables, une vie privée monnayée : l'évolution de la relation de soin, si elle ne doit pas être diabolisée, appelle néanmoins, à n'en pas douter, un nécessaire encadrement juridique, d'autant plus que le « Big Data » appelle l'« Open Data » et l'ouverture, via la mise à disposition, des données de santé. Certains monopoles étatiques semblent dès lors révolus. La nécessité d'encadrement juridique insinue la nécessité de cercler l'ouverture de l'accès aux données de santé. Leur émancipation, qui vise à les extraire du giron de l'administration et des entreprises qui les hébergent en ouvrant leur accès aux citoyens, aux patients, et aux entreprises qui ne les hébergent pas, mais qui ont un intérêt à les utiliser, ne laisse pas le juriste indifférent. Aujourd'hui, informations de santé et données de santé doivent être accessibles, intelligibles et libérées, et les priorités des acteurs concernés font fi de la vie privée. La loi du 26 janvier 2016 a à ce propos

(ré)animé de houleux mais riches débats, qui ont finalement peu été expliqués, de sorte qu'il est difficile pour tout citoyen non averti d'en cerner les enjeux.

« Il n'y a plus de vie privée, autant vous y faire ».

Vinton GRAY CERF

1264. Les précédents constats ne doivent en tout état de cause pas laisser penser que la vie privée - ainsi que les outils qui en assurent sa protection - serait morte. Les messages alarmistes à ce propos se doivent d'être nécessairement nuancés. Une nuance qui ne doit malgré tout pas masquer la menace qui pèse sur elle, menée par Internet, qui monnaye la vie privée, et par l'informatique, dont la sécurité n'est pas infaillible.

1265. Tous les développements du présent travail tendent à démontrer qu'une meilleure protection passe par une meilleure information et une meilleure compréhension des outils de protection juridiquement instaurés. Les améliorations textuelles ont vocation à prendre davantage en considération les problématiques pratiques, afin de les transposer juridiquement, tout en évitant l'écueil théorique et hermétique¹⁷⁷⁰.

1266. Dès lors, la protection spéciale de la vie privée du patient est-elle opportune ? Certainement. Il semble néanmoins possible d'améliorer son propos et son efficience, en la repensant dans un sens qui informe pédagogiquement le patient des risques encourus et des protections afférentes. La mise en question des sources juridiques semble bienvenue, non en ce qu'elle témoignerait d'un échec ou d'un fourvoiement des protections précédentes, mais en ce qu'elle affirme qu'une évolution favorable et une protection accrue sont toujours possibles.

1267. À l'image de l'éducation thérapeutique, la « pédagogie juridique » peut apporter, à n'en pas douter, une meilleure protection du droit au respect de la vie privée sanitaire du patient.

¹⁷⁷⁰ V. à ce propos, par ex. : la remise en cause du fait que les protections spéciales ne prennent pas en compte la dualité et la certitude de l'atteinte à la vie privée par la relation de soin.

Conclusion générale

« Rien n'est aussi dangereux que la certitude d'avoir raison. Rien ne cause autant de destruction que l'obsession d'une vérité considérée comme absolue. »

François JACOB¹⁷⁷¹

1268. Sans prétendre à l'exhaustivité ou à la vérité, nous soutenons, au terme des développements jusqu'alors avancés, que la vie privée est une notion unanimement indéfinie, de sorte que la loi devrait *a minima* en préciser les contours, afin d'assurer une meilleure efficience de la protection accordée au patient, via une connaissance améliorée du contenu et de l'étendue du droit au respect de la vie privée. L'optimisation de l'accès à la connaissance est gage de liberté accordée au patient ; comme l'avancait Victor Hugo : « La liberté commence où l'ignorance finit ».

1269. Nous affirmons également que la vie privée est protégée par le droit commun, qui assure une protection générale dont le patient peut se prévaloir à l'occasion de la relation de soin. En revanche, au vu de la spécificité de ladite relation, et de la certitude de l'atteinte - physique et morale - qu'elle porte à la vie privée, l'intervention du droit spécial semble opportune. Cette dernière, qui trouve illustration à travers l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, n'en demeure pas moins améliorable. Cet abaissement se fera en consacrant le droit à la « vie privée sanitaire », qui admet le respect de la pudeur et de l'intimité, ainsi que le droit au respect de la vie privée physique, tel qu'il peut être atteint par la relation de soin à travers la nudité, le regard ou le toucher, et le respect de la vie privée morale, tel qu'il peut être atteint par la relation de soin à travers le questionnement et l'échange d'informations personnelles relatives à l'état de santé et au diagnostic. Il est par suite nécessaire de mentionner que le droit au respect de la vie privée s'étend au droit à l'image, et est applicable dans toute l'enceinte où est assurée la prise en charge. Nous pensons en outre que le patient est seul décisionnaire des acteurs qui concourent à sa prise en charge et qui ont accès, par voie de conséquence, à sa vie privée physique et morale, et notamment à ses données personnelles. Excepté dans les cas de dérogation expressément

¹⁷⁷¹ *Le jeu des possibles*, 1981.

prévus par la loi, le droit au respect de la vie privée sanitaire s'impose à tous les acteurs, professionnels de santé et autres, membres de l'équipe de soins ou non, concourant à la prise en charge médicale et extra-médicale du patient. Nous soutenons enfin que le droit au respect de la vie privée morale est rendu possible par le secret professionnel des informations personnelles relatives au patient ; ce secret professionnel couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel, de tout membre du personnel de ces établissements, services ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, le secret professionnel s'impose à tous les acteurs, professionnels de santé et autres, membres de l'équipe de soins ou non, concourant à la prise en charge médicale et extra-médicale du patient.

1270. Nous confirmons enfin que l'intervention du droit spécial est opportune, dans la mesure où il vise à adapter des mécanismes de protection prévus par le droit commun, tel que le secret professionnel susmentionné, à la relation de soin, en encadrant notamment l'échange d'informations personnelles dans l'intérêt du patient. Cette adaptation doit être d'autant plus prégnante que la relation de soin et ses objectifs connaissent une constante évolution, et sont impactés par le développement exponentiel de l'informatique, et l'émergence de nouveaux acteurs en santé, qui permettent l'hébergement et le partage de données de santé, et dont l'objectif premier est bien éloigné, à n'en pas douter, de la sauvegarde de la vie privée, qui doit être replacée au centre des débats. Précisons à cet égard que l'actualité de 2017 a été pour la première fois témoin du fait qu'un acteur extérieur à la recherche scientifique - Google en l'occurrence - lance une étude sur la santé de 10 000 personnes¹⁷⁷². Le 19 avril 2017, l'entreprise a annoncé que sa filiale santé était sur le point de faire appel à 10 000 volontaires afin de les équiper d'objets connectés - une montre, un capteur de sommeil et un boîtier de recueil et de communication des données - permettant d'évaluer à distance, à partir de prélèvements de sécrétions - salive, larmes, selles -, pendant quatre ans, l'évolution de leur état de santé. Pratique en cours de forte démocratisation, leur génome des volontaires sera pour l'occasion décrypté. Coût de

¹⁷⁷² VERDO Y., « Santé : pourquoi Google lance sa cohorte », Les Echos, 2 mai 2017 ; URL : https://www.lesechos.fr/02/05/2017/LesEchos/22436-057-ECH_sante---pourquoi-google-lance-sa-cohorte.htm, consultée le 2 sept. 2017 ; TRIBAULT G., Google lance une étude de quatre ans sur la santé de 10 000 volontaires avec les objets connectés, HOSPIMEDIA, 5 mai 2017 ; URL : <http://abonnes.hospimedia.fr/articles/20170505-bloc-note-sanitaire-google-lance-une-etude-de>, consultée le 2 sept. 2017.

l'opération, nommée « Baseline » : 100 millions de dollars. À l'heure où 6,4 milliards d'objets connectés sont mis en service, ce constat rappelle que le secteur sanitaire possède un potentiel économique évalué entre 30 et 50 milliards de dollars en 2020. L'objectif avancé ? L'étude et la prévention des affections. Force est de constater que la guérison au prix de la vie privée a partiellement cédé le pas à la prévention au prix de la vie privée ; le modèle préventif est venu s'adjoindre au modèle curatif.

1271. Nous constatons également que le sujet ayant fait l'objet du présent travail reste éminemment « ouvert », dans la mesure où toutes ces acceptions n'ont pas été - volontairement - traitées. Il n'en demeure pas moins intimement lié à l'actualité juridique, sociologique, économique et, comme en atteste l'exemple ci-après rapporté et dont ne pensions pas pouvoir faire l'économie, politique.

1272. Le 18 août 2017, au lendemain des attentats barcelonais, Gérard Collomb, ministre de l'Intérieur, a affirmé travailler aux côtés du ministère des Solidarités et de la Santé afin de pouvoir repérer des personnes radicalisées grâce à la communauté des psychiatres. En mobilisant : « l'ensemble des hôpitaux psychiatriques et des psychiatres libéraux », le Gouvernement chercherait à « parer la menace terroriste », en déterminant des « profils psychologiques troublés ». Gérard Collomb imagine dès lors des procédures permettant un échange d'informations avec les professionnels les possédant¹⁷⁷³, et précise : « Il est clair que le secret médical c'est quelque chose de sacré mais en même temps, il faut trouver le moyen qu'un certain nombre d'individus, qui effectivement souffrent de troubles graves, ne puissent pas commettre d'attentats ».

1273. Le président de la section éthique et déontologie du CNOM rétorque : « Il n'est pas question d'instaurer de nouvelles dérogations au secret médical ». De même, l'Association des secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire déplore également les déclarations du ministre de l'Intérieur, et certifie contester l'idée selon laquelle la psychiatrie devrait devenir « la quatrième force de sécurité en France », expliquant que : « la perte d'intimité inhérente au contexte carcéral conduit à un effort supplémentaire de vigilance à l'endroit du respect des principes déontologiques qui protègent la relation médecin-malade ». Dès lors, toute proposition : « qui pourrait faire croire à un engagement des soignants exerçant en

¹⁷⁷³ HÉMERY P., « Les hôpitaux psychiatriques pourraient à l'avenir participer au repérage de la radicalisation », HOSPIMEDIA, 18 août 2017 ; URL : <http://abonnes.hospimedia.fr/articles/20170818-psychiatrie-les-hopitaux-psychiatriques-pourraient-a-l-avenir>, consultée le 2 sept. 2017.

prison dans un repérage de personnes incarcérées [...] conduira à une dégradation des soins en prison et sera totalement inopérante, voire contre-productive, tout en étant contraire à la déontologie médicale ».

1274. Le ministère des Solidarités et de la Santé a alors reconnu qu'il n'est actuellement « pas question de faire jouer aux professionnels de la psychiatrie un autre rôle que celui qui est le leur [à savoir] diagnostiquer, soigner et accompagner (...) Il ne s'agit absolument pas de modifier quoi que ce soit dans la pratique des médecins (...) et il n'y a aucune intention de modifier leur cadre d'exercice, ni le cadre règlementaire ni le cadre législatif ».

1275. Cet exemple témoigne de l'incontestable modernité du sujet présentement traité, et de son immersion dans un contexte socio-politique particulier. Il illustre également l'ouverture de la matière, dont il est assumé que certains éléments ont été délibérément éludés, ou frugalement mentionnés. C'est notamment le cas de la vie privée du professionnel de santé, du patient mineur, dépendant, vulnérable, en situation de handicap, atteint de troubles psychiatriques, et de l'utilisateur. Le choix a été fait de baser la réflexion autour du « patient » dans une acception très générale.

1276. En outre certaines thématiques ont-elles été tout juste effleurées, dans la mesure où elles pourraient à elles seules faire l'objet de travaux autonomes ; c'est le cas par exemple de la sexualité des personnes en situation de handicap.

1277. De même, le sujet a principalement mentionné l'atteinte faite par la relation de soin à la vie privée ; inversement, l'analyse de l'altération de la relation de soin par la vie privée a été davantage écartée.

1278. Enfin, certaines réflexions témoignant du fait que les approfondissements ne sont - fort heureusement - pas achevés peuvent être présentement mises en lumière. Quid par exemple de la vie privée post-relation de soin - exemple du droit à l'oubli, entré en vigueur le 14 février 2017 concernant les anciens malades du cancer - ou dans une « relation de soin perpétuelle » ? Expliquons-nous à travers un exemple problématisé : comment garder privée une maladie chronique au quotidien, hors du cadre de la relation de soin ? Le présent travail s'est efforcé de confronter la vie privée au sein de la relation de soin, mais qu'en est-il du respect de cette même vie privée, sur une thématique sanitaire également (existence d'une maladie) en dehors du contexte institutionnalisé de la relation de soin ?

1279. Quid enfin du don de sang refusé - ou autorisé sous réserve d'une abstinence sexuelle d'une année - aux personnes homosexuelles ? Pourquoi recueillir une information

couverte par la vie privée, alors que le sang est toujours testé suite à son obtention, et que de nombreuses études démontrent que la voie de transmission du virus du Sida - pour ne citer que cette IST - est désormais majoritairement hétérosexuelle en Europe ? Demander à un individu s'il a ou déjà eu des « relations homosexuelles » constitue une atteinte à la vie privée et une stigmatisation, d'autant plus lorsque l'on sait que ce n'est pas la « sexualité » ou la « relation homosexuelle » qui présente un risque de transmission d'infections, mais bien la « pratique sexuelle » - qu'elle soit hétéro ou homosexuelle - ce qui est différent. Le choix des mots est important, parce que les conséquences de ces choix le sont incontestablement.

1280. Ces quelques exemples démontrent que le chemin à parcourir s'ouvre encore davantage devant nous. Mais le fait que les réponses aux problématiques initialement posées en appellent d'autres ne doit pas être déplaisant, car l'Homme et le Droit qu'il crée se doivent de devenir meilleurs. Socrate ne disait-il pas : « Je crois qu'on ne peut vivre mieux qu'en cherchant à devenir meilleur ».

Bibliographie

Ouvrages généraux

- ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Éd. Flammarion. Trad. J. Voilquin, 1992, I. I.
- BACHELARD G., *La poétique de l'espace*, PUF, 1984.
- BOK S., *Secrets : On the Ethics of Concealment and Revelation*, Pantheon, New York, 1982.
- CORBIN A., *Le miasme et la jonquille*, Éd. Flammarion, Coll. Champs histoire, 2008.
- CORNU G., *Droit civil. Les personnes*, Éd. Domat Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Éd. PUF, Coll. Quadrige dicos poche, janv. 2016.
- DE CHATEAUBRIAND F.-R., *Mémoires d'Outre-tombe*, Éd. Le livre de poche, Coll. Classiques, 2001.
- DE MONTAIGNE M., *Essais*, I, 3, 15, 1595.
- DIDIER P., *Droit commercial*, Thémis, 2^{ème} éd., Economica, Coll. Corpus, 2011.
- DUHAMEL, *Problèmes de l'heure*, 1957.
- DUMAÎTRE P., *Histoire de la médecine et du livre médical*, Paris, Pygmalion, 1978.
- DURKHEIM É., *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, PUF, 1968.
- ELIAS N., *La Civilisation des mœurs*, Paris, 1973 (1^{ère} éd. 1939).
- FAIVRE S., *La vérité sur l'avortement aujourd'hui*, Paris, Téqui, 2006.
- FENOUILLET D., *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1993.
- FISCHER G.-N., *Les concepts fondamentaux de la psychologie sociale*, Éd. Dunod, Paris, 1996.
- GOFFMAN E., *La Mise en scène de la vie quotidienne. II, Les relations en public*, Paris, 1973.
- GULPHE P., *Rapport sur le secret professionnel en droit français*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Le secret et le droit, Journées libanaises, t. XXV, 1974.
- GUTMANN D., *Le sentiment d'identité*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, 2000.
- HAMBURGER J., *L'aventure humaine*, Champs Flammarion, 1992.
- HÉRODOTE, *Histoires*, I, 8 - Ve s. av. J.-C.

HUSSERL E., *La Crise des sciences européennes et la Phénoménologie transcendante*, Gallimard, Paris, 1976.

IONESCU O., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Éd. Bruylant, 2000.

JACCARD R., *L'exil intérieur*, PUF, oct. 2010.

JUVERNAY P., *Discours particulier contre les femmes débraillées de ce temps*, Paris, Pierre-le-Mur, 1637.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2002.

LECLERC M.H., *Les principes de la liberté d'expression et la Cour européenne des droits de l'homme*, Légipresse, 1999.

LEROYER A.-M., *La notion d'état des personnes, Ruptures, mouvements et continuité du droit*, Economica, 2004.

LOMBOIS J.-C., *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, préface de J. Carbonnier, LGDJ 1963.

MALAURIE, P., *Droit civil, les personnes et les incapacités*, Defrenois, 2004, p. 99.

MALRAUX A., *Les chênes qu'on abat*, Gallimard, 1971.

MARAIS M., *Journal et mémoires sur la Régence et le règne de Louis XV (1715-1737)*, édités par M. de Lescure, Paris, Didot, 1863.

MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1997.

NERSON R., *Les droits extrapatrimoniaux*, préf. P. ROUBIER, LGDJ, 1939.

PERREAU H., *Des droits de la personnalité*, RTD civ. 1909.

PLATON, *La République*, trad. Georges Leroux, Éd. Flammarion, coll. Garnier, Paris, 2002.

PRADEL J., *La condition civile du malade*, préface de G. Cornu, LGDJ, 1963.

PROUST M., « À l'ombre des jeunes filles en fleurs », Paris, Gallimard, 1954.

RABELAIS, *Lettre de Gargantua à son fils Pantagruel*, in *Pantagruel*, 1532.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, précis Dalloz 3^{ème} éd., 2001.

SADE D.A.F., *Les infortunes de la vertu*, préf. de ABRAMOVICI J.-C. et DELON M., Paris, CNRS, Éd. Zulma, coll. « Manuscrits », 1995.

SARTRE J.-P., *Lettre au Castor et à quelques autres*, Paris, Gallimard, 1983.

SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Seconde série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959.

SCHUHL P.-M., *Le Merveilleux. De la pensée à l'action*, Paris, Flammarion, 1952.

VOUIN R., *Droit pénal spécial*, t. 1, 5^{ème} éd., par RASSAT M.-L.

ZOLA É., *Germinal*, Éd. Le livre de poche, Coll. Classiques, 2000.

Ouvrages spéciaux

ANZIEU D., *Le Moi-peau*, Paris, Dunod, 1985.

AZIZA-SHUSTER É., *Le médecin de soi-même*, Paris, PUF, 1972.

BADINTER R., *Le respect de la vie privée*, JCP, 1968.

BAUBEROT A., *Histoire du naturisme : le mythe du retour à la nature*, Rennes, 2004.

BEAUDOIN J.-L., *secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la Common Law*, LGDJ 1965.

BERTRAND A., *Droit à la vie privée, droit à l'image*, Éd. Litec, Coll. Responsabilités, 1999.

BOLOGNE J.-C., *Histoire de la pudeur*, Éd. Pluriel, 1986.

CABANES Dr., *Le Cabinet secret de l'histoire*, Paris, Albin Michel, 1912.

CABANIS P.-J.-G., *Coup d'œil sur les révolutions et la réforme de la médecine*, Paris, Impr. de Crapelet, chez Crapart, Caille et Ravier, 1804.

CORDIER P., *Nudités romaines : un problème d'histoire et d'anthropologie*, Paris, Les Belles Lettres, 2005.

DEBRU A., (préf. J. Jouanna), *Hippocrate, La consultation*, Éd. Hermann, 1986.

DELOMEL M.-A., *La toilette dévoilée, analyse d'une réalité et perspectives soignantes*, éd. Seli Arslan, 1999.

DOUMENG V., *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Préf. C. Neirinck. T.1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002

FOUCAULT M., *Les Anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard-Éd. du Seuil, coll. « Hautes études », 1999.

FOUCAULT M., *Naissance de la clinique*, 1963, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003.

FREYMANN J.-R., *De la honte à la culpabilité*, ERES « Hypothèses », 2010.

HOERNI B., *Histoire de l'examen clinique. D'Hippocrate à nos jours.*, Paris, Imhotep, 1996.

IACUB M., *Le Crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Epel, 2002.

- JARVIS J., *La Méthode Google*, éd. Télémaque, 2009.
- JOUBERT J., « Qu'est-ce que la pudeur ? », *Essais, pensées et maximes*, Paris, A.-G. Nizet, 1983.
- KANTOROWICZ E., *Les deux corps du roi*, Paris, Gallimard, 1989.
- KAYSER P., *La protection de la vie privée*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2^{ème} éd., 1990.
- KIERKEGAARD S., *Le concept de l'angoisse*, Gallimard, 1935.
- KLEE E., *La Médecine nazie et ses victoires*, Arles, Solin-Actes Sud, 1998.
- LAÍN ENTRALGO P., *Le médecin et le malade. L'Univers des Connaissances*, Hachette, 1969.
- LE BLANC G., *La philosophie du soin, Éthique, médecine et société*, PUF, Paris, 2010.
- LE BRETON D., *Anthropologie du corps et modernité*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 7^{ème} éd., 2013.
- LE COZ P., *Petit traité de la décision médicale, Un nouveau cheminement au service des patients*, Éd. SEUIL, 2007.
- LEENHARDT M., *Do Kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, Gallimard, Paris, 1947.
- MANACH J.-M., *La vie privée, un problème de vieux cons ?*, Éd. FYP, 15 juil. 2010.
- MARSAUD F., dit Grand Corps Malade, *Patients*, Éd. Don Quichotte, 2012.
- MASSIN J., *Le Gué de Jacob. Le rire d'un infirme*, Paris, Stock, 1980.
- MAZEN N.J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, préface du Pr. A. Vitu, éd. Vigot, 1988.
- MISSIONNIER S., *Honte et culpabilité dans la clinique du handicap*, Erès, coll. « Connaissances de la diversité », 2012.
- MORALIS-DANINOS A., *Sociologie des relations sexuelles*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5^{ème} éd. 1982.
- MOREAU B., *Recueil curieux d'un grand nombre d'actions fort édifiantes des saints et autres personnes distinguées qui ont vécu dans ces deux derniers siècles*, Liège, J.F. Broncart, 1696.
- NOVICOW J., *La guerre et ses prétendus bienfaits*, Éd. Armand Colin & cie, Paris, 1894.
- PARDAILH-GALABRUN A., *La naissance de l'intime 10 000 foyers parisiens XVIIème -XVIIIème siècles*, Paris, Presses Universitaires de France Histoires, 1988.
- PÉQUIGNOT H., *Médecine et monde moderne*, Les Éditions de Minuit, coll. « L'homme et la machine », Paris, 1953
- PORTES L., *À la recherche d'une éthique médicale*, Masson et PUF, Paris, 1955.
- PORTES L., *Du consentement du malade à l'acte médical. À la recherche d'une éthique médicale*, Masson, 1964.

- PY B., *Le secret professionnel*, Éd. L'Harmattan, 2005.
- PY B., *Le sexe et le droit*, PUF, 1999.
- RICŒUR P., *Soi-même comme un autre* (SMCA), Seuil, 1990.
- RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant LGDJ, 1990.
- ROCHELANDET F., *Économie des données personnelles et de la vie privée, I. Définition : vie privée et données personnelles*, 2010, Éd. La Découverte.
- ROTHIER BAUTZER E., *Entre cure et care, Les enjeux de la professionnalisation infirmière*, Coll. Fonction Cadre de santé, Gestion des ressources humaines, Éd. Lamarre, 2012.
- SAINT-HILAIRE I. G., *Histoire générale et particulière des anomalies, ou Traité de tératologie*, Paris, Baillière, 1832-1836.
- SAVATIER J., *Étude juridique de la profession libérale*, LGDJ, 1947.
- SELZ M., *La pudeur, un lieu de liberté*, Paris, 2003.
- SORSANA C., *Psychologie des interactions sociocognitives*, Éd. Armand Colon, Paris, 1999.
- SOYER B.A.A., dite Baronne Staffe, *Usages du monde, règles du savoir-vivre dans la société moderne*, Paris, Victor-Havard, 1893.
- STIKER H.-J., *Corps infirmes et société*, Paris, Dunod, 1997.
- TAMAIN L., *Médecin de campagne*, De Borée, 2011.
- TISSERON S., *L'intimité surexposée*, Paris, Ramsay éditions, 2001.
- TRUCHET D., *La décision médicale et le droit*, AJDA, 1995.
- VAYLET J., *La Chemise conjugale*, Rodez, Subervie, 1976.
- VENTRE D., *Cyberattaque et cyberdéfense*, Paris, Hermès-Lavoisier, 2011.
- VIEILLEDENT G., *Médecin de campagne, une vie*, Éd. Calmann-Lévy, 2014.
- WINCKLER M., *Les Brutes en blanc, La maltraitance médicale en France*, Éd. Flammarion, 2016.
- WITKOWSKI G.J., *Les accouchements à la cour*, Paris, Steinheil, 1890.

Ouvrages collectifs

ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée, T. 2, De l'Europe féodale à la Renaissance*, Éd. du Seuil, 1999.

ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée, T.4, De la Révolution à la Grande Guerre*, Éd. du Seuil, 2000.

ARIÈS P., DUBY G., *Histoire de la vie privée, T.5, De la Première Guerre mondiale à nos jours*, Éd. du Seuil, 2000.

AUBY, PÉQUIGNOT, SAVATIER R. et SAVATIER J., *Traité de droit médical*, Litec, 1956.

BIOYA., BOURGEOIS F., NÈGRE I., *Communication soignant-soigné, Repères et pratiques*, Éd. Bréal, Rosny, 2003.

BLIN H., CHAVANNE A., DRAGO R., *Traité du droit de la presse*, Paris, Librairies techniques, 1969.

BORILLO D., LOCHAK D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.

BRESSON M., (dir.), *La Psychologisation de l'intervention sociale : mythes et réalités*, Paris, L'Harmattan, 2006.

DEFFAINS N., PY B., (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy : Presses Universitaires de Nancy, Coll. Santé, qualité de vie, handicap, 2011.

GIAMI A., PY B. et TONIOLO A.-M. (dir.), *Des sexualités et des handicaps, questions d'intimités*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2013.

GORI R., DEL VOLGO M.-J., *Exilés de l'intime. La médecine et la psychiatrie au service du nouvel ordre économique*, Paris, Denoël, 2008.

HUARD P., GRMEK MIRKO D., *Mille ans de chirurgie*, Paris, Dacosta, 1966.

MARTINEZ É. VIALLA F., (dir.), *Les Grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, préf. D. SICARD, Éd. LGDJ, 2013.

MATTEI J.-F., ETIENNE J.-C., CHABOT J.-M., *De la médecine à la santé, pour une réforme des études médicales et la création d'universités de la santé*, Flammarion, 1997.

PY B., (dir.), *La pudeur et le soin*, PUN, 2011, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

RAIMBAULT G., ZYGOURIS R., *Corps de souffrance, corps de savoir*, L'Âge d'homme, 1976.

RUSS J., LEGUIL C., *La pensée éthique contemporaine*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012.

SAVATIER R. et J., AUBY J.-M. et PÉQUIGNOT H., *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956.

SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005

TABATONI P. (dir.), *La Protection de la vie privée dans la société d'information*, PUF, Paris.

VIALLA F., (dir.), *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Dunod, 2012.

VIALLA F., (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2014.

Thèses

ATOUI H., *Conception de systèmes intelligents pour la télémédecine citoyenne*, Thèse de doctorat en Informatique, dir. P. Rubel et J. Fayn, Lyon, 2006.

CAVALIER M., *La propriété des données de santé*, Thèse de doctorat en Droit, dir. M. Girer, Lyon, 2016.

DEBOST C., *Les technologies de l'information et de la communication et la relation de soin : inconstances et invariances*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Vialla, Montpellier, 2014.

FERRIER D., *La protection de la vie privée*, Thèse de doctorat en Droit, Toulouse I, 1973.

FOUGEROL H., *La figure humaine et le droit*, Thèse de doctorat en Droit, Paris, 1913.

GIRAUDEAU N., *L'acte médical à l'épreuve de la télémédecine bucco-dentaire*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Vialla, Montpellier, 2014.

GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Vialla, Lyon, 2005.

LE CLAINCHE J., *L'adaptation du droit des données à caractère personnel aux communications électroniques*, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, dir. N. Mallet-Poujol et J. Frayssinet, 2008, Montpellier.

LE ROUX-HUGON V., *Infirmières des hôpitaux parisiens (1871-1914). Ébauches d'une profession*, Thèse de doctorat en Médecine, Paris-VII, 1981.

NERSON R., *Les droits extrapatrimoniaux*, Thèse de doctorat en Droit, Lyon, 1939.

PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse de doctorat en Droit, dir. J.-F. Seuvic, Nancy, 1993.

ROUSSET G., *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse de doctorat en Droit, dir. S. Porchy-Simon, Lyon, 2007.

SPOHN H.-U., *La protection de l'intimité de la personne par le droit de la responsabilité en France et en Allemagne*, Thèse de doctorat en Droit, Nancy, 1967.

VÉRON P., *La décision médicale*, Thèse de doctorat en Droit, dir. F. Vialla, Montpellier, 2015.

VIALLA F., *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Thèse de doctorat en Droit privé, dir. J.-M. Mousseron, Montpellier, 1997.

ZORN C., *Données de santé et secret partagé : pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles, dir. B. Py, Nancy, 2009.

Mémoires

FAROUZ F., *Les atteintes à l'intimité de la vie privée et le nouveau Code pénal*, mémoire de DEA de droit pénal et sciences criminelles, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, 1994.

SOURNIES G., *L'information de l'utilisateur de santé au regard de la loi du 4 mars 2002*, Mémoire, 2007 (www.atoute.org/n/IMG/pdf/gilles-sournies-memoire-2007.pdf).

Rapports

BRAS P.-L., LOTH A., *Rapport sur la gouvernance et l'utilisation des données de santé*, sept. 2013, URL : http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_donnees_de_sante_2013.pdf

CNIL, 10^{ème} rapp. annuel : Doc.fr, coll. Rapports officiels, 1990.

CNOM, *Prévention de la radicalisation, ce qu'il faut retenir*, 2015, URL : https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/prevention_de_la_radicalisation_-_ce_quil_faut_retenir.pdf, consultée le 14 juillet 2017.

Commission européenne, *Livre vert sur la santé mobile*, 2014, URL : http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0de99b25-c0af-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_1&format=PDF

Commission Open Data, *Rapport final Commission Open Data*, 9 juil. 2014, URL : http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_final_commission_open_data-2.pdf

Cour de cassation, *Obligation d'information médicale*, 2010, URL : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3873/obligation_information_3874/obligation_information_medicale_19400.html, consultée le 7 sept. 2017.

Cour des comptes, *Les données personnelles de santé gérées par l'assurance maladie, Une utilisation à développer, une sécurité à renforcer*, Communication à la commission des affaires sociales et à la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale de l'Assemblée nationale, mars 2016.

Digital Health Report, *Last Night The Internet Saved My Life*, 2015 ; URL : <https://www.pushdoctor.co.uk/digital-health-report>.

GEOFFROY G., *Rapp. Ass. nat. en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prostitution en France*, n° 3334, 31 avril 2011.

GULPHE P., *Les tribunaux français gardiens de l'intimité de la vie privée*, Rapport au XIV^{ème} Congrès de l'Institut international de droit d'expression française, Montréal, 12-19 sept. 1981, *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1982, p. 558.

HAS, Référentiel de bonnes pratiques sur les applications et les objets connectés en santé (mobile Health ou mHealth), octobre 2016.

HOERNI B., *Pratique médicale et sexualité*, CNOM, déc. 2000.

SICARD D., « Penser solidairement la fin de vie », p. 28, Partie II, La médecine désarmée, Doc. fr., déc. 2012, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000675/>.

Avis

CCNE, avis n° 104, « Le Dossier médical personnel et l'informatisation des données de santé », mai 2008.

CCNE, avis n° 5 : « Avis sur les problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal », mai 1985.

CCNE, avis n° 58 : « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », juin 1998

GEE, avis n° 13, « Aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information », juil. 1999.

Recommandations

Comité des ministres aux États membres, Recommandation n° R(97)5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales, 13 fév. 1997.

Commission des clauses abusives, Recommandation n° 14-02, *Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*, Recommandation, 7 nov. 2014, URL : <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/contrats-de-fourniture-de-services-de-reseaux-sociaux-nouveau/>.

Articles, notes

ADER B., « La protection de la vie privée en droit positif français », Legicom 1999/4, n° 20, DOI : 10.3917/legi.020.0005.

AKRICH M., MEADEL C., « Internet : intrus ou médiateur dans la relation patient - médecine ? », Santé, Société, Solidarité, 2009.

AKRICH M., MEADEL C., « Les échanges entre patients sur l'Internet », La Presse médicale, n° 38, 2009.

AUBY J.-M., « Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français (médecine libérale) », LPA, n° 61, 1997.

BACQUÉ R., CHEMIN A., « François Mitterrand : le mystère de la dernière photo », Le Monde, 17 janv. 2007.

BADEL M., « La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », *Journal du droit des jeunes*, 2004/5 n° 235, 2004 : DOI : 10.3917/jdj.235.0021.

BARBIER H., « Le fichier de clientèle informatisée non déclarés à la CNIL est or commerce », *RTD civ*, 2013.

BARNOY S., PRUSS D., EHRENFELD M., KUSHNIR T., « Factors affecting nurses' attitudes towards patients who present them with medical Internet information », *Nursing Outlook*, 2008.

BÉDARIDA F., « La vie de quartier en Angleterre. Enquêtes empiriques et approches théoriques », *Le Mouvement social*, 1, n° 118, 1982.

BEIGNER B., « Vie privée et vie publique », *Légipresse*, n° 124, 1985.

BÉLANGER M., « La situation juridique des patients d'après le droit communautaire », *LPA* 27 mai 1997, n° spé. Les droits des patients, n° 61, 1997.

BELLET M., « ... Car vous commencerez par le respect », *Christus*, 1974.

BELLIVIER F., ROCHFELD J., « Droits des malades - Qualité du système de santé. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RTD civ.*, 2002.

BÉRANGER J., BOUADI R., « Approche éthico-juridique de l'usage des données médicales à caractère personnel », *Les cahiers du numérique* 2014/2, Vol.10, 2014.

BICLET P., « Hébergement et échange des données de santé », *RMD*, 2010.

BIOY X., « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, Essai de comparaison », *Rev. intern. dr. comparé*, 2003.

BORGHI R., « Post-Porn », *Rue Descartes*, n° 79, 2013.

BOUCHER P., « Le cri de la hyène : trans, cybermedia et post-porno- graphie », *Rue Descartes*, n° 79, 2013.

BOURGEON D., « Le don et la relation de soin : historique et perspectives », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 89, n° 2, 2007.

BOURGINES P., EVEN B., HOIBIAN F., MBELLE T., « La charte du malade. Où en est-on 10 ans après ? », *Gestions hospitalières* n° 230, nov. 1983 et n° 232, janv. 1984 ;

BOURGINES P., EVEN B., HOIBIAN F., MBELLE T., « La situation juridique des patients », *Les petites affiches*, n° spécial, n° 61, 21 mai 1997.

BOURRET R., DEBOST C., MARTINEZ E. et VIALLA F., « La télémédecine, lecture contingente d'un cadre juridique invariant » : *RDS* n° 58, 2014.

BOURRET R., FAURE M., MARTINEZ É., VIALLA F., « Mineur et secret médical », *RDS* n° 65, 2015.

BOUSSOUF-HAMANA N., « Secret médical et exigences de santé publique - Cas du sida », RGDM, n° 5, 2001.

BRASSEUR P., DETUNCQ P., « L'assistance sexuelle : qu'est-ce à dire ? Quels enjeux ? », VST - Vie sociale et traitements, 2014/3, n° 123, 2014.

BRILLON S., « Le dossier du patient et la législation européenne relative à la protection de la vie privée », Journal des tribunaux Droit européen (Larcier), n° 97, 1^{er} mars 2003.

BYK C., « Europe, éthique et utilisation des données médicales informatisées », Journal de médecine légale Droit médical, vol. 43, n° 4, 2000.

BYK C., « La laïcité : garantie d'un lien apaisé entre santé et religion à l'hôpital », in LECA A. (dir.), *Santé, religion et laïcité, Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est*, Les Études Hospitalières, n° 13, spéc., 2011.

CALLOCH P., « Droit à l'image des personnes accueillies », TSA n° 916, 7 mars 2003.

CANGUILHEM G., « La monstruosité et le monstrueux », in *La connaissance de la vie*, Paris, Vrin, 1965.

CAPODANO J., « Dossier médical partagé (DMP) et secret professionnel : les nouveaux enjeux », RDS n° 76, 2017.

CARCASSONNE G., « Le trouble de la transparence », Pouvoirs 2001/2, n° 97, 2001, DOI : 10.3917/pouv.097.0017.

CARLIER A., « La liberté de prescription des médicaments en milieu hospitalier », RFAS, 1983.

CAYLA O., « Dignité humaine : le plus flou des concepts », Le Monde, 31 janv. 2003.

CHAVANNE A., « Le secret et le droit », *Trav. de l'assoc. H. Capitant*, Dalloz, 1974.

COLLOC J., « Santé et Big Data : l'État et les individus, impuissants face aux pouvoirs des réseaux », L'Espace Politique, Revue n° 26, 2015.

CORBIN J., STRAUSS A., « Accompaniments of chronic illness : changes in body, self, biography and biographical times », *Research and Sociology of Health Care*, n° 6, 1987.

D. MAZEAUD, « Vie publique, vie privée, vie quotidienne », La semaine juridique Édition générale n° 29, Édito, 2016.

D'ANTIN O., BROSSOLET L., « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », LEGICOM, 1999/4 n° 20, 1999, DOI : 10.3917/legi.020.0009.

DAUBECH L., « Le statut du patient hospitalisé : vers l'incertitude juridique ? », LPA 21 mai 1997.

DAUBECH L., « Le statut du patient hospitalisé : vers l'incertitude juridique ? », LPA 21 mai 1997, n° 61, n° spécial, « La situation juridique des patients », Centre d'Étude et de Recherche en Droit Européen de la Santé, Bordeaux, 25 janvier 1997.

DE BÉCHILLON D., « Il est possible de faire beaucoup à Constitution constante », AJDA, 2009.

DE LAJARTRE A., « Fonctions et fictions des « miradors électroniques » publics. La « vidéosurveillance » dans la loi du 21 janvier 1995 », JCP, I, 3955, n° 1, 1996.

DE SAUTO M., « Le retour en force du respect », La Croix, version numérique, 03 sept. 2004.

DEBOST C., ZORN-MACREZ C., Chapitre VI « Information, traitement et données personnelles », in *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, dir. MARTINEZ E., RENOUX T., VIALLA F., Éd. LGDJ, Coll. Grandes décis., oct. 2013.

DEDDING C., DOORN R., WINKLER L., REIS R., « How will e-health affect patient participation in the clinic ? A review of e-health studies and the current evidence for changes in the relationship between medical professionals and patients », *Social Science and Medicine*, 2010.

DEGUERGUE M., « Droits des malades et qualité du système de santé », AJDA, 2002.

DELMAS-MARTY M., « À propos du secret professionnel », Dalloz, 1982.

DES PLACES E., RIQUET M., « Serment d'Hippocrate », trad. littérale de M. Riquet et E. des Places, d'après le texte grec édité par J. Petrequin, *La chirurgie d'Hippocrate*, Paris, 1878.

DESCARTES R., « La dioptrique », in *Œuvres et lettres*, Paris, Gallimard (La Pléiade), 1953.

DESCHODT G., « La pudeur, un bilan », *Hypothèses* 2010/1 (n° 13), 2010.

DOLL P.-J., « Le médecin expert face au secret médical », JCP, 1972.

DOMINGUEZ N., « Du tact », *Cahiers jungiens de psychanalyse* 2006/2, n° 118, 2006, DOI : 10.3917/cjung.118.0007.

DUCARRE R., « La présence et le respect », *Laennec* 2005/1, T. 53, 2005, DOI : 10.3917/lae.051.0004.

DUGÉ DE BERNONVILLE L., « La Loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables : ses premiers résultats », *Journal de la société française de statistique* n° 52, 1911.

DUGNE J., VIALLA F., « Du nouveau en matière d'obligation d'information ? », *RDS*, n° 50, 2012.

DUJARDIN V., « Cadre réglementaire, genèse de la vie privée » - 8^{ème} soirée de L'Espace de Réflexion Éthique en santé mentale de la F2RSM, Lille, 2012.

DUPAGNE D., « Les nouvelles informations en santé », *Les Tribunes de la santé*, 2010/4, n° 29, 2010, DOI : 10.3917/seve.029.0033.

DUPRAS A., « La sexualité des hommes en situation de handicap comme quête d'identité et de reconnaissance », *VST - Vie sociale et traitements* 2014/3, n° 123, 2014.

EPELBOIN F., « Prendra-t-on demain sa complémentaire santé chez Google ? », *Les Experts*, 2015.

EPSTEIN R.A., « A taste for privacy ? Evolution and the emergence of a naturalistic ethic ? », *Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 4, 1980.

ESPINEIRA K., « La sexualité des sujets transgenres et transsexuels saisie par les médias », Hermès, La Revue 2014/2, n° 69, 2014.

ESQUIVEL A., MERIC-BERNSTAM F., BERNSTAM E., « Accuracy and self-correction of information received from an Internet breast cancer list: content analysis », BMJ, 2006.

EYNARD C., « La chambre comme espace d'intimité », Gérontologie et société 2007/3, n° 122, 2007, DOI : 10.3917/g.s.122.0085.

FABER S., « La transparence et le respect de la vie privée », in RGDM, 2014, dossier « La transparence en santé », n° 51.

FERGUSON T., « The first generation of e-patients », BMJ, 2004.

FIAT É., « Pudeur et intimité », Gérontologie et société 2007/3 (n°122), 2007, DOI 10.3917 :gs.122.0023

FORMARIER M., « La relation de soin, concepts et finalités », Recherche en soins infirmiers n° 89, juin 2007.

FORTIER V., « La circoncision rituelle, comparaison franco-allemande », RDS Hors-série 50^{ème} n°, 2013.

FROEHLICH M., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1999-2000 », Rev. adm. n° 326, 2002.

FRYDMAN R. et al., « Tout dire ? Transparence ou secret », Presses Universitaires de France « Hors collection », 2012.

GIRER M., « Relation de soin et lien contractuel », *Les grandes décisions du droit médical*, dir. F. Vialla, LGDJ, 2009.

GOSSET C., « Saisie et secret professionnel », RMD n° 57, 2002.

HALPÉRIN J.-L., « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », Droit et cultures, n° 65, 2013.

HALPÉRIN J.-L., « Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ? », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2015/3 (n° 48).

HARICHAUX M., « Le contrat médical », in *Droit médical et hospitalier*, dir. J.-M. Auby, assisté de M. Mignon, éd. Litec, n° 11, 1995.

HAUTENAUVE L., « L'intime », Gérontologie et société 2007/3, n°122, 2007.

HÉMERY P., « Les hôpitaux psychiatriques pourraient à l'avenir participer au repérage de la radicalisation », Hospimedia, 18 août 2017.

HENNION-MOREAU S., « Du secret dans l'exercice de la profession des travailleurs sociaux », RDSS, 1991.

HENNION-MOREAU S., « Les spécificités du droit du travail applicables aux travailleurs sociaux », RDSS, 1993.

HIRSCH É., « Éthique hospitalière et relation de soin », *Laennec* 2003/3, T. 51, 2003 : DOI 10.3917/lae.033.0007.

HIRSHEIFER J., « Privacy : its origin, function, and future », *Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 4, 1980.

HIRSHLEIFER J., « The private and social value of information and the reward to inventive activity », *American Economics Review*, vol. 61, n° 4, 1971.

JANKELEVITCH V. « De la honte à la pudeur », in *Traité des vertus*, Bordas, 1970.

JÉSU F., « Le respect à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant : respecter l'autorité, autoriser le respect », *Journal du droit des jeunes*, 2009/2, n° 282, 2009, DOI : 10.3917/jdj.282.0034.

JONAS C., « La loi du 4 mars 2002 et la pratique médicale quotidienne : apports et incertitudes », *RMD* n° 56, 2002.

KAYSER P., « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1971.

KLEIN A., « La transparence du corps en médecine, obscur modèle de notre modernité », *Appareil*, 2011 : DOI : 10.4000/appareil.1199.

KOERING-JOULIN R., « De l'art de faire l'économie d'une loi », *Dalloz*, 1990.

LAGRÉE J., « Éthique et partage du secret professionnel », *RDSS*, 2015.

LANDAIS R., « Le dossier médical personnel trop facilement piratable », *Le Parisien*, 24 novembre 2006.

LAPIE P.O., « Les aspects contemporains des atteintes à la vie privée », *Rev. travaux Académie sciences morales et politiques*, 1^{er} sem., 1973.

LAROUSSE D., « L'anonymat, un bien fragile », *Le Monde*, 7 avr. 2014.

LAUDE A., « Le consommateur de soins », *Recueil Dalloz*, 2000.

LAVENUE J.-J., « Données de santé à caractère personnel : Esculape vs. Mercure ? », *Terminal*, 116, 25 déc. 2014.

LAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. À propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules », *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, PUF d'Aix-Marseille, 1979.

LE COZ P., « L'hébergement électronique des données de santé : vers la fin du secret médical ? », in FRYDMAN R. et al., *Tout dire ? Transparence ou secret*, Presses Universitaires de France « Hors collection », 2012.

LEBRUN P.-B., « La vie privée », *Empan* 2015/4, n° 100, 2015, DOI : 10.3917/empa.100.0168.

- LEIGHTON T., « Internet : le patron d'Akamai craint un accident lié au 'cloud' ». *Les Échos*, High-Tech & Médias, 2011.
- Les Associés de recherche EKOS, « Sondage sur les renseignements de santé électroniques et la protection de la vie privée : Le point de vue des Canadiens - 2007 », 2007.
- LEPAGE A., « Droits de la personnalité », RDC, sept. 2009, 1^o§ Sphère de la vie privée.
- LÉVY M., « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », RDSS, 2002.
- LINDON R., « La presse et la vie privée », JCP 1965, II, 1887.
- LOISEAU G., « La tyrannie de la transparence », Recueil Dalloz, 2015.
- LOUBAT J.-R., « La promotion de la personne : un engagement éthique pour les établissements sanitaires et sociaux », *La nouvelle revue de l'AS*, n° 19, 3/2002, 2002.
- LUPIAÑEZ-VILLANUEVA F., HARDEY M., TORRENT J., FICAPAL P., « The integration of information and communication technology into medical practice », *International Journal of Medical Informatics*, 2010.
- MACRON A., « Quand le désir du masseur-kinésithérapeute devient réalité, sa main s'égare et l'agression sexuelle est caractérisée... », RDS n° 73, 2016.
- MANAOUIL C., « Le secret partagé entre professionnels depuis la loi santé du 26 janvier 2016 », RGDM n° 61, 2016.
- MARTIN L., « Le secret de la vie privée », RTD civ. 1959, 227, spéc.
- MARTINAT F., « L'inter... dit : Toilette et approche du corps chez la personne âgée », *Rev. AMIEC*, mai-juin 1985.
- MARTINEZ É., BOURRET R. et VIALLA F., « Du « cardinal » au relatif : les avatars du principe de dignité dans la « jurisprudence » éthique du Comité consultatif national d'éthique », RMD, 2014.
- MATIA PORTILLA F.J., « Espagne. Constitution et secret de la vie privée », AIJC, XVI, 2000.
- MATSOPOULOU H., « Atteintes à l'inviolabilité du domicile par des personnes exerçant une fonction publique », *JC., Pénal Code*, nov. 2000, mise à jour juil. 2004.
- MEADEL C., AKRICH M., « Internet, tiers nébuleux de la relation patient-médecin », *Les Tribunes de la santé* 2010/4, n° 29, 2010, DOI : 10.3917/seve.029.004.
- MÉMETEAU G., « Éloge du paternalisme médical », RGDM, n° 62, 2017.
- MESSI P., « Big Brother : la surveillance de la population », *Les Tribunes de la santé* 2010/4, n° 29, 2010 : DOI 10.3917/seve.029.0069.
- MESTRE J., « La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public », JCP 1974. I. 2623, 1974.

METALLINOS N., « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data, Actes du colloque à la Cour de cassation », 2016.

METALLINOS N., « Ouverture des bases de données de jurisprudence et protection des données sensibles ; Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence », La semaine juridique, Éd. gén., supp. au n° 9, 27 fév. 2017,

MEULDERS-KLEIN M.-T., « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », RIDC 1992-4/767, 1992.

MEUNIER R., « La charte du patient hospitalisé », RMD, 1995.

MISTRETTA P., « Droits des malades Vers une démocratie sanitaire ? », Problèmes n° 885, 2003.

MISTRETTA P., « La loi n° 2002-1217 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », JCP, 2002.

MONTADOR J., « Le défaut de consentement et la responsabilité des services publics hospitaliers », RDSS, 1971.

MOQUET-ANGER M.-L., « Le droit des personnes hospitalisées », RDSS, 2002.

MUEL-DREYFUS F., « Le fantôme du médecin de famille », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 54, 1984.

MÜLLER D., « La santé, entre bien public et bien privé », Revue d'éthique et de théologie morale, Hors-série, 2006.

NAYAK L., « Paradoxe et conflits autour de la sexualité des personnes « handicapées mentales » en institution spécialisée », Hermès, La Revue 2014/2, n° 69, 2014.

NGUYEN B., « Techniques d'anonymisation. Statistique et Société, Société française de statistique », 2014.

OGIEN R., « Mon corps est à moi, Non, c'est non. Que reste-t-il de ces principes ? », Université Paris V - René Descartes (France), date inconnue.

PATT M.R., HOUSTON T.K., JENCKES M.W., SANDS D.Z., FORD D.E., « Doctors who are using e-mail with their patients : a qualitative exploration », Journal of Medical Internet Research, 2003.

PEANNEAU J., « Corps humain », *Encyclopédie Dalloz*, n° 1.

PÉDRO P., « Libres propos sur la démocratie sanitaire », LPA 19 juin 2002, n° 122, 2002.

PÉLISSIER J., « Intimités », *Gérontologie et société* 2007/3 (n° 122), 2007, DOI 10.3917/gs.122.0011.

PIERRON J.-P., « Une nouvelle figure du patient ? Les transformations contemporaines de la relation de soins », *Sciences Sociales et Santé*, vol. 25, n° 2, juin 2007.

PINTE J.-P., « Cybercriminalité : les entreprises doivent prendre conscience des risques », *Intelligence économique*, 2011.

POSNER R.A., « The right of privacy », *Georgia Law Review*, vol. 12, n° 3, 1978.

POTEL BARANES C., « Intimité du corps. Espace intime. Secret de soi », *Enfances & Psy* 2008/2, n° 39, 2008, DOI 10.3917/ep.039.0106.

PRIEUR S., « Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002 », *RGDM* n° 8, 2002.

PY B., « Réquisitoire contre l'expression de secret médical : plaider pour l'expression de secret professionnel », *RDS*, n° 50 Hors-série, 2013.

QUINON M., « La pudeur et les situations de soins », *in* Dossier « pudeur et impudeur », coord. par C. Cordon : *Rev. Soins aides-soignantes*, n° 25, 2008.

RAHAL-LOFSKOG D., « La régulation d'un marché peut aussi passer par les choix d'utilisateurs avertis », 26 nov. 2015.

RAVANAS J., « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31, n° 1, 1979.

RAY J.-E., « Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles » », *Dr. soc.*, 1993.

RIBES G., GAUCHER J., « La non sexualité du sujet âgé. Un trouble du comportement ? », *Repères en Gériatrie*, vol. 13, numéro 111.

RIBES. G., « Regard sur l'intimité du dément », *Gérontologie et société* 2012/1, n° 140, 2012).

RIGAUX F., « L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine », *Rev. intern. dr. comparé*, 1980.

RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *in* *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 43 n° 3, 1991, DOI : 10.3406/ridc.1991.2290.

ROMAN D., « A corps défendant : la protection de l'individu contre lui-même », *Daloz, chron.*, 2007.

ROME F., « Une affaire d'ébats », *Recueil Dalloz*, 2014.

ROQUE L., « Une volonté actée de structuration de la protection des données personnelles de santé, Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil : JOUE n° L. 119, p. 1 », *RDS*, n° 72, juin 2016.

RUEBHAUSEN O.-M., BRIM G.-O., « Privacy and behavioral research », *Columbia Law Review*, vol. 65, n° 7, 1965.

RUET L., « secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires », *Gazette du Palais*, 12 août 1997.

SAINT-PIERRE C., VINIT F., « Le toucher dans les soins infirmiers regard croisé entre la discipline infirmière et l'anthropologie », *Université du Québec en Outaouais*, 2006.

SANTANA S., LAUSEN B., BUJNOWSKA-FEDAK M., CHRONAKI C., KUMMERVOLD P.E., RASMUSSEN J., SORENSEN T., « Online communication between doctors and patients in Europe : status and perspectives », *Journal of Medical Internet Research*, 2010.

SAURET J., « Économie des nouveaux systèmes d'information en santé », *Les Tribunes de la santé* 2010/4, n° 29, 2010, DOI : 10.3917/seve.029.0059.

SAVATIER R., « Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer » et les pratiques américaines », Dalloz, 1952.

SILBER D., « Médecine 2.0 : les enjeux de la médecine participative », *La Presse médicale* n° 38, 10 oct. 2009, DOI : 10.1016/j.lpm.2009.06.011.

SIMONIN A., « Le Comité Médical de la Résistance : un succès différé », *Le Mouvement Social*, juillet-septembre 1997.

SUDRE F., « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005.

TAVÉ D., « Bienvenue chez Cégedim ! » *Pratiques* n° 12, déc 2000.

TEYSSIE B., « Droit des personnes », JCP, 1997.

THALABAR J.-C., FIESCHI M., « Données de santé : données sensibles, Statistique et société », Vol. 2, n° 2, mai 2014.

THEBAUD F., « Genre et histoire en France. Les usages d'une catégorie d'analyse », in *Hypothèses 2004. Travaux de l'École doctorale d'histoire de l'Université Paris I*, Paris, 2005.

THIERRY J.-B., « L'assistance sexuelle pour les personnes handicapées », *Lamy Droit de la santé*, Bulletin d'actualités n° 104, 2011.

TRIBAULT G., « L'Europe modernise son règlement sur la protection des données personnelles », *Hospimédia*, 9 mai 2016.

TRIBAULT G., « Google lance une étude de quatre ans sur la santé de 10 000 volontaires avec les objets connectés », *Hospimédia*, 5 mai 2017.

VAN OVERSTRAETEN M., DEPRÉ S., « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *Rev. trim. dr. h.* 54/2003, 2003.

VASSE D., « Un monde sans pudeur ? », *Études* 2002/2, T. 396, 2002.

VAUTHIER J.-P., « Secret professionnel : proposition d'une nouvelle dérogation pas vraiment radicale », *RDS*, n° 72, 2016.

VIALLA F., « « Logorrhée scatologique » mais « Omerta corporatiste » : licenciement quand même ! » obs. sur Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-30.239, *RDS* n° 44, 2011.

VIALLA F., « Le consentement », in MARTINEZ É., VIALLA F. (dir.), *Les grands avis du CCNE*, préf. D. SICARD, LGDJ, 2013.

VIALLA F., « Primum non nocere », in *La santé connectée et « son droit »*, Estelle BROSSET, Sophie GAMBARDELLA, Guylène NICOLAS (dir.), Aix-en-Provence, PUAM, Coll. Droit de la santé, 2017.

VIALLA F., « Relation de soin et minorité », *LPA* n° 57, 2015.

VIALLA F., « Secret et DMP », RDS n° 3, 2005.

VIALLA F., « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », RDS n° 45, 2012.

VIALLA F., « Vie privée et vie sexuelle en institution : on n'est pas des anges », Jurisassociations 530, 2015.

VIGNAL N., « L'accès au dossier médical », LPA n° 122, 19 juin 2002.

WAREMBOURG-AUQUE F., « Réflexions sur le secret professionnel », Rev. science crim. 1978.

WARREN S., BRADEIS L., « The right to privacy », Harvard Law Review, n° 5, 1890.

WHITMAN J., « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity v. Liberty », The Yale Law Journal, 2004.

WYATT S., HENWOOD F., HART A., SMITH J., « L'extension des territoires du patient : Internet et santé au quotidien », Sciences sociales et Santé n° 22, 1, 2004.

YE J., RUST G., FRY-JOHN-SON Y., STROTHERS H., « E-mail in patient-provider communication : a systematic review », Patient Educ. Couns., 2009.

ZORN C., « Partage des données de santé et évolution de l'équipe de soins », nov. 2015, Journée Innovation et sécurité en santé numérique, IRCAD, Strasbourg, 6 oct. 2015.

« Pudeur », Études 2001/2, T. 394, 2001.

« Soin, approche corporelle et toucher-massage », Soins gérontologie n° 27, janvier/février 2001, in BONNETON-TABARIÉS F., LAMBERT-LIBERT A., « Le toucher dans la relation soignant-soigné ».

Contributions à des Mélanges

BELL J., « L'État de droit », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996.

KAYSER P., « Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », in *Mélanges Pierre Raynaud*, n° 8, Dalloz, 1985.

LEONHARD J., PY B., VIALLA F. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau - Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Éd. LEH, 2015.

MADIOT. Y., « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992.

PY B., « Le patient « objet » pédagogique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neireink*, dir. BEIGNIER B., DEUMIER P., FULCHIRON H., LARRIBAU-TERNEYRE V., Éd. Litec LexisNexis, Coll. Mélanges, 2015.

SAINT-PAU J.-C., « La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile », *Mélanges H. Groutel*, Litec, 2006.

VIALLA F., « Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neireink*, dir. BEIGNIER B., DEUMIER P., FULCHIRON H., LARRIBAU-TERNEYRE V., sept. 2015, Éd. Litec LexisNexis, Coll. Mélanges.

WAQUET P., « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001.

Documents Web (*Date de consultation dans le corps du texte*)

ALBERTONI F., « Sur les réseaux sociaux aussi, je porte une blouse ! », URL : <http://www.revue-hospitaliere.fr/>

« Big data : acceptez-vous de partager vos données de santé ? » par *Sciences et Avenir* avec AFP, 25 avr. 2016, URL : https://www.sciencesetavenir.fr/sante/e-sante/big-data-acceptez-vous-de-partager-vos-donnees-de-sante_101584.

BURGORGUE-LARSEN L., « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe (Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français) », URL : https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IRELIES/Contributions_en_ligne/L_BURGORGUE-

« FRAMABLOG », URL : <https://framablog.org/category/degooglisons-internet/apple-google-microsoft/>.

« Radicalisation et psychiatrie : l'ordre des médecins répond à Collomb », 24 août 2017, *Lefigaro.fr*, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/08/24/97001-20170824FILWWW00203-radicalisation-et-psychiatrie-l-ordre-des-medecins-repond-a-collomb.php>.

ATILF, *Trésor de la langue française informatisé*, URL : <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

BANCAL D., « Fuite de données concernant une quarantaine de centres hospitaliers français », 31 oct. 2013, URL : <http://www.datasecuritybreach.fr/fuite-de-donnees-concernant-une-quarantaine-de-centres-hospitaliers-francais/>.

BARBARO, A., ZELLER T., « A face is exposed for AOL searcher n°. 4417749 », *New York Times*, 9 août 2006, URL : <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10612FC345B0C7A8CDDA10894DE404482/>.

BARSAC Ph., « Croyance et savoir », URL : <https://www.philippebarsac.com/wordpress/croyance-et-savoir/#sdfootnote1sym>, consultée le 6 fév. 2017 : « Ce que Pascal a fort bien compris et que sa formule rend parfaitement, c'est le caractère incommensurable de la raison et de la foi. Là où la foi passe, la raison trépasse ; et vice-versa ».

BISEUL X., « Allianz voit des objets connectés partout », 17 avr. 2015, URL : http://www.itespresso.fr/assurance-allianz-voit-des-objets-connectes-partout-93832.html?inf_by=598c0ade671db8800e8b45b8.

BORRILLO D., « Le droit contre la morale ou qui décide sur mon corps, sur ma vie et sur ma mort ? », publié par www.yagg.fr à l'occasion d'un colloque organisé par le syndicat de la magistrature, « Le corps du délit ou la libre disposition de soi », 3 nov. 2014, Sénat, Paris, URL : <http://yagg.com/2014/11/08/le-droit-contre-la-morale-ou-qui-decide-sur-mon-corps-sur-ma-vie-et-sur-ma-mort-par-daniel-borrillo/>.

CAILLAT S., 11 mars 2009, URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-medias/20090311.RUE8979/les-sites-de-sante-pieges-pour-anxieux-ou-democratie-sanitaire.html>.

CARIO E., « L'avis très privé de Vinton Cerf », Libération, 12 déc. 2013, URL : http://www.liberation.fr/ecrans/2013/12/12/l-avis-tres-prive-de-vinton-cerf_966159.

CHAMPEIL-DESPLATS V., et SLAMA S., « Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 30 mai 2014, URL : <http://revdh.revues.org/828>.

Communiqué de presse, « Marisol TOURAINE concrétise l'accès aux données de santé pour améliorer la recherche et l'innovation en santé », 28 déc. 2016 ; URL : http://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/16_12_28-_cp_donnees_de_sante.pdf.

COOP W., GLESS E., ROVIRA D., « Géolocalisation, l'incroyable business », URL : http://lentreprise.lexpress.fr/marketing-vente/geolocalisation-l-incroyable-business_1505222.html.

DEBOUTÉ A., « Closer, le pavé dans la mare des magazines people », Le Figaro, janv. 2014, URL : www.lefigaro.fr.

DECEW J., « Privacy », *Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive*, 2013, URL : <https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/privacy/>.

DOAT A., « Quelle est la place pour l'intimité dans la démarche qualité ? », URL : [edith-Anne.Doat.at.croix-rouge.fr](http://edith-anne.doat.at.croix-rouge.fr), Cairn.info.

DUPONT G., « Le monde médical se divise à propos de la pratique des touchers pelviens sans consentement », Le Monde 23 février 2015, URL : http://www.lemonde.fr/sante/article/2015/02/23/le-monde-medical-se-divise-a-propos-de-la-pratique-des-touchers-pelviens-sans-consentement_4581510_1651302.html.

ERNENWEIN F., « Un « président normal », La Croix, 25 oct. 2016, URL : <http://www.la-croix.com/Debats/Editos/Un-president-normal-2016-10-25-1200798764>.

FAVEREAU E., « Coup de blouse », Libération 22 avr. 2009 : URL : http://www.liberation.fr/societe/2009/04/22/coup-de-blouse_554014.

GROSJEAN B., « Excision : deux ans ferme pour la mère de Mariatou. L'exciseuse, elle, a été condamnée à huit ans d'emprisonnement », Libération, 17 fév. 1999, URL : http://www.liberation.fr/societe/1999/02/17/excision-deux-ans-ferme-pour-la-mere-de-mariatou-l-exciseuse-elle-a-ete-condamnee-a-huit-ans-d-empri_265190, consultée le 6 fév. 2017. Références de la décision introuvées.

HERMAL N., « Assurance emprunteur : l'influence de l'état de santé du souscripteur », URL :

<http://www.lefigaro.fr/assurance/2014/03/28/05005-20140328ARTFIG00360-assurance-emprunteur-l-influence-de-l-etat-de-sante-du-souscripteur.php>.

HODSON H., « Revealed : GoogleAI has access to huge haul of NHS patient data », 3 mai 2016, URL : <https://www.newscientist.com/article/2086454-revealed-google-ai-has-access-to-huge-haul-of-nhs-patient-data/>.

Initiative transparence santé, « », Le Monde.fr, 07 oct. 2013, URL : http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/10/07/l-open-data-la-ministre-de-la-sante-n-en-veut-pas_3491403_3232.html.

JAMET C., « Les infidélités supposées de François Hollande font jaser la presse étrangère », 10 janv. 2014, URL : www.lefigaro.fr.

LORRIAUX A., « Les touchers intimes sans consentement ne sont pas réservés au CHU », URL : <http://www.slate.fr/story/108351/touchers-vaginaux-sans-consentement-prive-institut-montsouris>.

LYONS D., « How Google & Facebook violate your privacy », 16 fév. 2010, URL : <http://www.newsweek.com/lyons-how-google-facebook-violate-your-privacy-75403>, Trad. de l'américain par David Kor.

MANENTI B., « Et si votre assureur savait tout de votre état de santé », URL : <http://o.nouvelobs.com/high-tech/20140604.OBS9388/et-si-votre-assureur-savait-tout-de-votre-etat-de-sante.html>.

NOUBLANCHE C., « Pourquoi l'iPhone est une révolution », 15 sept. 2008, URL : <http://www.clubic.com/actualite-162460-pourquoi-iphone-revolution-tribune-caroline-noublanche.html>.

RIGAUX F., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », URL : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport1/chapitr3.pdf>.

ROSSIGNOL A., « Les 20 ans de la mort de Mitterrand », 8 janv. 2016, Le Parisien, URL : <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/dans-le-retro-les-20-ans-de-la-mort-de-mitterrand-06-01-2016-5414565.php>.

SANTIN A., « La relation de soin : une question de confiance ? », Espace national de réflexion éthique et maladies neurodégénératives, 7 mai 2009, URL : <http://mnd.espace-ethique.org/d/2354/1093>.

UNTERSINGER M., « Des centaines de résultats d'analyses médicales accessibles sur internet », 10 janv. 2012, URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-internet/20120110.RUE6870/des-centaines-de-resultats-d-analyses-medicales-accessibles-sur-internet.html>.

URL : <http://martinwinckler.com/spip.php?article1107> : « Imposer la nudité intégrale à un(e) patient(e), est-ce une maltraitance ? ».

URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-sante/20150224.RUE7983/consentement-des-patients-pourquoi-m-a-t-on-fait-subir-ce-geste.html>.

URL : <http://www-05.ibm.com/fr/watson>.

URL : <http://www.biusante.parisdescartes.fr/sfhm/hsm/hsmx2005x039x002/hsmx2005x039x002x0213.pdf>.

URL : <http://www.club-jade.fr/index.php/item/274-communiqué-de-presse-de-linitiative-transparence-santé-surveillance-de-la-consommation-de-médicaments-un-rapport-accablant-qui-n'apporte-aucune-solutions>.

URL : <http://www.cris-et-chuchotements.net/article-le-medecin-et-l-humain-nu-72760007.html>.

URL : http://www.francetvinfo.fr/societe/euthanasie/vincent-lambert/affaire-vincent-lambert-la-video-troublante_945519.html.

URL : <http://www.hopital.fr/Droits-demarches/La-vie-a-l-hopital/La-religion-a-l-hopital>.

URL : <http://www.hopital.fr/Nos-metiers>.

URL : <http://www.ladepeche.fr/article/2015/11/04/2210689-58-americains-ont-deja-telecharge-application-sante-pres-moitie-sert.html>.

URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000622.pdf>.

URL : <http://www.lci.fr/societe/touchers-vaginaux-sur-patientes-endormies-un-tabou-a-lhopital-1518908.html>.

URL : <http://www.lesnumeriques.com/assistant-domotique/amazon-echo-p22257/amazon-presente-echo-son-assistant-vocal-sous-forme-enceinte-n36717.html>.

URL : <http://www.leparisien.fr/laparisienne/sante/ibm-lance-son-super-ordinateur-watson-dans-la-medecine-genomique-19-03-2014-3687675.php>.

URL : <http://www.martinwinckler.com/>.

URL : <http://www.paristoric.com/index.php/paris-d-hier/statues/autres-statues/3521-la-statue-la-nature-se-devoilant-devant-les-sciences>.

URL : <http://www.telerama.fr/medias/facebook-les-photos-de-vos-enfants-et-la-loi,147473.php>.

URL : <https://cris-et-chuchotements-medicaux.net/2011/04/29/article-le-medecin-et-l-humain-nu-72760007/>.

URL : <https://international.healthvault.com/fr/fr>.

URL : <https://www-01.ibm.com/software/fr/data/bigdata/>.

URL : <https://www.allianz.fr/assurance-sante/conseils-pratiques/objets-connectes/>.

URL : https://www.apostolia.eu/fr/articol_1053/le-secret-de-la-confession-dans-le-droit-penal-francais.html.

URL : <https://www.apple.com/fr/ios/health/>.

URL : <https://www.cnil.fr/fr/le-dossier-pharmaceutique-dp>.

URL : <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretpart.pdf>.

URL : <https://www.culture.gouv.fr/culture/politique-culturelle/architecture.pdf>

URL : <https://www.youtube.com/watch?v=x5wBOz627wU>.

VERDO Y., « Santé : pourquoi Google lance sa cohorte », Les Echos, 2 mai 2017, URL : https://www.lesechos.fr/02/05/2017/LesEchos/22436-057-ECH_sante---pourquoi-google-lance-sa-cohorte.htm.

ZAFFRAN M., WINCKLER M., « La maltraitance médicale est (vécue comme) un viol », 25 fév. 2014, URL : <http://martinwinckler.com/spip.php?article1137>.

Interviews

HAOND F., interview par Sabine Guyard, « La proximité avec les corps des personnes malades », *Jusqu'à la mort accompagner la vie* 2012/2 (n° 109).

LOVINK G., interview par M. Lechner, « L'anonymat n'est pas qu'une notion nostalgique », *Libération*, Paris.

OGIEN R., interview par Cécile Daumas, journaliste à « Libération », 10 fév. 2017.

Film

« Une fille dangereuse » (*Bufere*), de Guido Brignone, France-Italie, 1952.

Dictionnaires

Dict. de l'Académie de médecine.

Dict. de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1932.

Dict. Gaffiot, URL : <http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php>.

Dict. Le Micro-Robert, vol. 2, 1981.

Dict. Le petit Larousse illustré 2018.

Dict. Le petit Robert 2018.

Dict. Littré, URL : <http://littrre.reverso.net/dictionnaire-francais/>.

REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2000.

Codes

Code civil.

Code de déontologie médicale.

Code de l'action sociale et des familles.

Code de la santé publique.

Code de la sécurité sociale.

Code de procédure pénale.

Code pénal.

Décisions citées

Tribunal de grande instance

- TGI Seine, 3^{ème} ch., 4 oct. 1965, J.-C.P., 1966, II, 14482, note G. Lyon-Caen.
- TGI Seine, 24 nov. 1965, D. 1967. 457.
- TGI Seine, 23 juin 1966, JCP 1966. II. 14875, note R. Lindon.
- TGI Paris, 7 nov. 1968, JCP 1969. II. 15931.
- TGI Paris, réf., 27 fév. 1970, J.-C.P. 1970, II, 16293, obs. R. Lindon.
- TGI Paris, 4 avr. 1970, JCP 1970. II. 16328.
- TGI Paris, 13 avr. 1970, Gaz. Pal. 1970.
- TGI Grasse, réf. 27 fév. 1971, J.-C.P. 1971, II, 16734, obs. R. Lindon.
- TGI Paris, 3 juil. 1971, D. 1972. Somm. 47.
- TGI Paris, 20 juin 1973, D. 1974. 766, note R. Lindon.
- TGI Paris, 3^{ème} ch., 20 juin 1973, Dame Huet c. Boizeau, D. 1974, J., 766, 1^{ère} esp., note R. Lindon.
- TGI Paris, 14 mai 1974, D. 1974. 766, note R. Lindon.
- TGI Paris, Réf., 28 juin 1974, Alain Delon et Mireille Darc c. Société France Éditions et Publications, D. 1974, J., 751, 1^{ère} esp., note R. Lindon.
- TGI Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., 3 fév. 1975, D. 1975, som., 112 et rejet du pourvoi civ. 2, 20 oct. 1976, J.-C.P. 1976, IV.
- TGI Paris, 2 juin 1976, D. 1977. 364, 2^{ème} esp., note R. Lindon.
- TGI Paris, Réf ?, 11 janv. 1977, Marcelle Fournier, épouse J. Gabin-Moncorgé c. Soc. Cogedi-Presse, D. 1977, J., 83, note R. Lindon ; J.C.P. 1977, II, 18711, note Ferrier.
- TGI Paris, Référé, 11 janv. 1977, D. 1977. 83, note R. Lindon.
- TGI Paris, 21 mars 1984, JCP 1985. II. 20326, note R. Lindon.
- TGI Paris, 4 juil. 1984, D. 1986. IR 447, obs. R. Lindon et D. Amson.
- TGI Paris, 8 janv. 1986, D. 1987, som., 138, obs. R. Lindon, D. Amson
- TGI Paris, 20 nov. 1985, D. 1987. Somm. 140 ; 17 déc. 1986, Gaz. Pal. 1988. I. Somm. 145.
- TGI Paris, Réf., 6 mai 1987 et TGI Paris, Réf., 19 mai 1987, J.-C.P. 1988, II, 21130.
- TGI Paris, 13 avr. 1988, BICC 15 sept. 1988, n° 726, p. 28.
- TGI Paris, réf., 16 oct. 1991, Juris-Data, n° 051779.
- TGI Paris, 22 fév. 1995, Juris-Data, n° 1995-04.0693.
- TGI Nanterre, ord. réf., 2 août 1996, D. 1998, som., 79, obs. J.-Y. Dupeux.
- TGI Paris, 3 déc. 1997, JCP 1998. II. 10067, note M. Serna.
- TGI Paris, 22 sept. 1999, CCE 2000. Comm. 59, obs. A. Lepage ; 24 nov. 2003, Légipresse 2004, I, p. 23.
- TGI Lille, ord. réf., 4 janv. 2000, D. 2001, 1503, note P. Labbé.
- TGI Nanterre, 20 déc. 2000, Légipresse 2001, I, p. 30.
- TGI Nanterre, 31 mai 2001, CCE 2001. Comm. 83, 1^{ère} esp., obs. A. Lepage.
- TGI Nanterre, 26 oct. 1999, Légipresse 2000, I, p. 37 ; 26 oct. 1999, Légipresse 2000, I, p. 37.
- TGI Paris, 26 fév. 2002, CCE 2002. Comm. 135, obs. A. Lepage.
- TGI Paris, 6 mai 2002, Légipresse 2002, I, p. 126
- TGI Marseille, 11 oct. 2002, Légipresse 2003, I, p. 6 ; Paris, 14 fév. 2002, D. 2002. 2004, note J. Ravanis.
- TGI Paris, 3 mars 2003, Légipresse 2003, I, p. 123.
- TGI Paris, 14 mai 2003, Légipresse 2003, I, p. 124.
- TGI Paris, 28 mai 2003, Légipresse 2003, I, p. 124.
- TGI Paris, 24 nov. 2003, Légipresse 2004, I, p. 23.

- TGI Nanterre, 10 nov. 2004, *Légipresse* 2005, I, p. 32.
- TGI Paris, 19 nov. 2003, *Légipresse* 2004, I, p. 23 ; 5 janv. 2005, *Légipresse* 2005, I, p. 53.
- TGI Paris, 9 fév. 2005, *Légipresse* 2005, I, p. 54 ;
- TGI Paris, 14 fév. 2005, *Légipresse* 2005, I, p. 92.
- TGI Nanterre, 4 avr. 2005, *Légipresse* 2005, I, p.145.
- TGI Nanterre, 20 juin 2005, *Légipresse* 2005, I, p. 127.
- TGI Nanterre, 27 avr. 2006, *Légipresse* 2006, I, p. 125.
- TGI Nanterre, 14 sept. 2006, *Légipresse* 2007, I, p. 15.
- TGI Paris, 5 fév. 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 69.
- TGI Paris, 5 mars 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 162.
- TGI Nanterre, 8 mars 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 69.
- TGI Nanterre, 30 avr. 2007, *Légipresse* 2008, I, p. 15.
- TGI Versailles, 27 juin 2007, CCE 2007. Comm. 137, obs. A. Lepage.
- TGI Paris, 19 nov. 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 43.
- TGI Paris, réf., 19 nov. 2007, *Légipresse* 2007, I, p. 43.
- TGI Paris, 23 janv. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 70.
- TGI Paris, 29 avr. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 139.
- TGI Paris, 29 avr. 2008, *Légipresse* 2008, I, p. 139.
- TGI Paris, 12 nov. 2008, *Légipresse* 2009, I, p. 171.
- TGI Paris, 24 déc. 2014, Répertoire Général n° 14/60966.

Cour d'appel

- CA Lyon, 17 juil. 1845, Marie c. Lacordaire, S., 1845, 2, 470.
- CA Paris, 1^{ère} ch., 16 mars 1955, D. 1955, 295 ; G.P. 1955, 1 396.
- CA Paris, 1^{er} mars 1935, D.H. 1935, 256.
- CA Poitiers, 21 oct. 1935, RTD civ. 1936. 459, obs. G. Lagarde.
- CA Nancy, 14 fév. 1952 : Rev. sc. crim. 1952, 454.
- CA Paris, 3^{ème} ch., 6 fév. 1954, C.P. 1997, II, 22829, Rapport de P. Sargos ; D. 1997, I.R., 118.
- CA Paris, 1^{ère} ch., 16 mars 1955, Marlène Dietrich c/ Soc. France-Dimanche, D. 1955, J. 295.
- CA Amiens, 1^{ère} ch., 20 fév. 1958, J.-C.P. 1958, II, 10538.
- CA Paris, 24 mars 1965, JCP 1965. II. 14305, D. 1965. Somm. 122.
- CA Paris, 6 juil. 1965, « Vivre avec Picasso », Gaz. Pal., 1966, I, 37.
- CA Paris, 17 mars 1966, D. 1966. 749.
- CA Paris, 13 mars 1965, confirmé par civ., 2^{ème}, 12 juil. 1966.
- CA Paris, 1^{ère} ch., 15 mars 1967, D. 1967, som., 78 (affaire Landru)
- CA Paris, 15 mai 1970, D. 1970. 466, concl. Cabannes.
- CA Paris, 7^{ème} ch., 15 mai 1970, Soc. France Éditions et Publications c/ Époux Tenenbaum, D. 1970, J. 466, conclusions de l'Avocat général Cabannes, note P.A. et H.M. ; observations R. Nerson, Rev. trim. dr. civ., 1971, p.114,
- CA Paris, 21 déc. 1970, JCP 1971. II. 16653, note R. Lindon.
- CA Paris, 1^{ère} ch., 16 mars 1955 ; Soc., 6 janv. 1972, J.-C.P. 1972, II, 17°45.
- CA Paris, 21 janv. 1972, Gaz. Palais, 1972, I, 375.
- CA Toulouse, 26 fév. 1974, JCP 1975. II. 17903, note R. Lindon.
- CA Paris, 14 mai 1975, D. 1976. 291.
- CA Paris, 1^{ère} ch., 20 déc. 1976, G.P. 1977, 1, 261, concl. Simon.
- CA Besançon, 5 janv. 1978, D. 1978. 357.
- CA Paris, 5 juin 1979, JCP 1980. II. 19343, note R. Lindon.
- CA Paris, 9 juil. 1980, D. 1981. 72, 2^{ème} esp., note R. Lindon.
- CA Paris, 27 fév. 1981, D., 81.457, note Lindon (Affaire Adjani).
- CA Paris, 7 oct. 1981, D. 1983. 403, note R. Lindon.

- CA Paris, 3 nov. 1982, D. 1983. Jur. 248, note R. Lindon.
- CA Paris, 4 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. Somm. 201.
- CA Paris, 8 mars 1985, D. 1985. IR 325.
- CA Paris, 11^{ème} ch. corr., 17 mars 1986, JurisData n° 1986-022063.
- CA Paris, 26 juin 1986, Chantal Nobel, Gaz. Palais 1986, 2, 429, D. 1987. Somm. 136.
- CA Paris, 3 oct. 1986, D. 1987. Somm. 137, obs. R. Lindon et D. Amson ;
- CA Paris, 12 janv. 1987, D. 1987. Somm. 386, obs. R. Lindon et D. Amson.
- CA Paris, 11 fév. 1987, D. 1987. Somm. 385, obs. Lindon et Amson, RTD civ. 1988. 93, obs. J. Rubellin-Devichi.
- CA Paris, 1^{ère} ch. B, 5 mars 1987, D. 1987, som., 419, 1^{ère} esp., obs. J. Penneau.
- CA Paris, 26 fév. 1989, Bernard Tapie c. Jean-Hedern Hallier, Gaz. Pal., 17-18 mars 1989, p. 8, p. 25.
- CA Paris, 19 juin 1989, D. 1989. IR 240.
- CA Paris, 24 sept. 1990, Juris-Data, n° 023624.
- CA Paris, 1^{ère} ch., 30 avr. 1990, Gaz. Pal., 25-26 août 1993, p. 20.
- CA Paris, 1^{ère} ch., B., 30 mars 1995, décision rapportée par B. Teyssié, Droit des personnes, J.-C.P. 1995, I, 3874, n° 2.
- CA Paris, 30 mars 1995, D. 1995. IR 140.
- CA Paris, 19 sept. 1995, D. 1995. IR 238.
- CA Paris, 13 mars 1996, SA Éd. plon / Cts Mitterrand : JCO 1996-II-22632.
- CA Nîmes, 23 avr. 1996, Juris-Data n° 030395.
- CA Paris, 1^{ère} ch. B, 5 déc. 1997, SA Ediradio et autres c/ X.
- CA Paris, 5 déc. 1997, D. 1998, inf. rap., 32.
- CA Paris, 24 fév. 1998, D. 1998. 225, note B. Beignier.
- CA Bordeaux, 23 sept. 1998, JCP 1999. IV. 1641.
- CA Paris, 30 oct. 1998, D. 1998. IR 259, RTD civ. 1999. 61, obs. J. Hauser.
- CA Rennes, 18 mars 1999, BICC n° 512, n° 501.
- CA Aix-en-Provence, 22 mars 1999, Juris-Data n° 040547.
- CA Paris, 22 mars 1999, CCE 1999. Comm. 35, obs. R. Desgorces.
- CA Versailles, 23 sept. 1999, CCE 2000. Comm. 25.
- CA Versailles, 4 nov. 1999, D. 2000. 347, note J. Ravanais.
- CA Paris, 14 mars 2000, Juris-Data n° 112984.
- CA Grenoble, 30 oct. 2000, Juris-Data, n° 146355.
- CA Montpellier, 23 avr. 2001, D. 2002. 2301, obs. A. Lepage.
- CA Versailles, 31 janv. 2002, D. 2003. Somm. 1533.
- CA Versailles, 21 mars 2002, D. 2002. Somm. 2374, obs. Ch. Caron.
- CA Versailles, 27 juin 2002, Grimadi et Hanovre c/ Hachette Filipacchi, Légipresse 2002, III, p. 211.
- CA Toulouse, 5 sept. 2002, CCE 2003. Comm. 10, 1^{ère} esp., obs. A. Lepage.
- CA Versailles, 19 sept. 2002, Légipresse 2003, I, p. 6.
- CA Aix-en-Provence, 29 oct. 2002, Juris-Data, n° 223072.
- CA Versailles, 16 janv. 2003, Légipresse 2003, I, p. 106.
- CA Aix-en-Provence, 6 fév. 2003, CCE 2004. Comm. 64, obs. A. Lepage.
- CA Nancy, 15 mai 2003, Juris-Data, n° 232169.
- CA Paris, 12 juin 2003, D. 2004. Somm. 1631, obs. A. Lepage.
- CA Rennes, 19 juin 2003, CCE 2003 ; Comm. 114, obs. A. Lepage.
- CA Bordeaux, 20 nov. 2003, Juris-Data, n° 232761.
- CA Paris, 29 sept. 2004, Juris-Data, n° 251791.
- CA Paris, 21 oct. 2004, CCE 2005. Comm. 48, obs. A. Lepage.
- CA Paris, 2 fév. 2005, CCE 2005. Comm. 106, obs. A. Lepage
- CA Versailles, 23 fév. 2005, Légipresse 2005, I, p. 110.

- CA Paris, 13 déc. 2005, Juris-Data, n° 289805.
- CA Toulouse, 31 mars 2009, Légipresse 2009, I, p. 74.

Cour de cassation

- C. cass., civ., 14 mars 1900, D.1900.I.497, note Pagnol.
- C. cass., crim. 28 fév. 1874, DP 1974. 1. 275.
- C. cass., crim., 19 déc. 1885, Watelet.
- C. cass., crim., 26 juil. 1845, D.P. 45. 1. 340, concl. Quénauld.
- C. cass., crim., 9 nov. 1901, D.P. 1902, 1, 235.
- C. cass., crim. 9 mai 1913, D.P. 1914, 1.206.
- C. cass., civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand et concl. Matter ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; GAJC, 12^{ème} éd., 2008, n° 162-163.
- C. cass., crim., 8 mai 1947, Decraene, D. 1948, J. 109, note P. Gilphe ; J.C.P., 1948, II, 414, note Legal ; obs. L. Hugueney, Rev. sc. crim., 1947 p. 403.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 1^{er} fév. 1961, J.-C.P. 1961, II, 12129, 2^{ème} esp. Obs. R. Savatier.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 12 juil. 1966, D. 1967. 181, note P. Mimin.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 25 nov. 1966, Bull. civ. II, n° 929.
- C. cass., crim., 22 déc. 1966, Bourdier, D. 1967, J. 122, rapport R. Combaldieu ; J.C.P. 1967, II, 15126, note R. Savatier.
- C. cass., crim., 27 juin 1967, J.-C.P. 1968, 15411.
- C. cass., civ., 6 janv. 1971, Günther SACHS, J.C.P., 1971, II, 16723.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 1972, Bull. civ. I, n° 134, JCP 1972. II. 17209, note R. Lindon.
- C. cass., 2^{ème} ch. civ., 14 nov. 1975, Charlie Chaplin, D., 1976, 421, note B. Edelman.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 26 nov. 1975, D. 1977. Jur. 33, 2^{ème} esp., note R. Lindon.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 7 janv. 1976, Bull. civ. II, n° 3.
- C. cass., civ., 2^{ème} ch., 7 janv. 1976, motifs, A. et autre c. M., Bull., 2, p. 3, n° 3.
- C. cass., crim., 4 janv. 1977, Bull. crim., n° 6, p. 17.
- C. cass., 16 avr. 1980, Besson et Lechêne, Bull. crim., n° 108 ; D. 1981, J. 68, note J. Mestre ; obs. G. Levasseur, Rev. sc. crim., 1981, p. 877, n° 5, I.
- C. cass., crim., 27 janv. 1981, Malherbet, J.C.P., 1982, II, 19742, 1^{ère} esp., note critique D. Becourt.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 5 mai 1981, G.P. 1981, 2, pan., 352.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 8 juil. 1981, D. 1982. 65, note R. Lindon.
- C. cass., crim., 13 oct. 1982, Bull. crim., n° 218, p. 597.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 5 janv. 1983, Bull. civ. II, n° 4, D. 1986. IR 50, obs. R. Lindon.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 3 avr. 1984, n° 82-15.849, Bull. civ. I, n° 125, D. 1985. IR 15, obs. R. Lindon ; 16 oct. 1984, Bull. civ.
- C. cass., crim., 15 mai 1984, Bull. crim. n° 178 ; D. 1985, Jur. p. 106.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n° 176., D. 1985, 282, 3^{ème} esp., note Bouvier.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 13 fév. 1985, D. 1985. 488, 1^{ère} esp., note B. Edelman.
- C. cass., crim., 5 juin 1985, Bourdejeau, Bull., n° 218, p. 558 ; Obs. G. Levasseur, Rev. sc. crim. et dr. pén. comp., 1986, p. 103, n° 6 ; D., 1986, I.R., 120, obs. J. Pradel ; D. 1988, 106, note H. Fenaux.
- C. cass., crim., 18 nov. 1986, Bernardi, Gaz. Pal., 27-28 mars 1987, 12, note critique J.-P. Doucet et J.-L. Le Faucheur.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 20 janv. 1987, Bull. civ. I, n°19, p. 14 ; D. 1987, som., 419, 3^{ème} esp., obs. J. Penneau.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 6 juin 1987, Bull. civ. I, n° 191.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 13 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 98.
- C. cass., 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1989, Gaz. Pal. 1989. 2, somm. 525.
- C. cass., 16 janv. 1990, n° 89-83.075, Bull. crim. n° 25

- C. cass., crim. 15 mai et 17 juil. 1990, n° 90-80.827 et 90-82.614, Bull. crim. n° 193 et 286.
- C. cass., 1^{ère} ch. civ., 23 oct. 1990, Bull. n° 222.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 23 oct. 1990, n° 89-13.163, Bull. civ. I, n° 222.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 257 ; 28 mai 1991, D. 1992. 213, note P. Kayser.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 5 mars 1991, J.-C.P. 1992, II, 21835, note A. Dorsner-Dolivet.
- C. cass., ass. plén., 11 déc. 1992, 2 arrêts, JCP 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau.
- C. cass., civ., 1, 24 fév. 1993, D. 1993, 614, note T. Verheyde.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. civ. I, n° 197.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 20 oct. 1993, D. 1993, I.R., 250 ; D. 1994, 594, note Y. Picod.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 19 déc. 1995, D. 1997, 158, note J. Ravanais.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 24 janv. 1996, n° 94-11.028.
- C. cass., crim., 27 mars 1996, n° 95-82°16 : Bull. crim. n° 138 ; Dr. pén., 1996, n° 182, note M. Véron.
- C. cass., crim., 22 janv. 1997, Dr. pénal, juin 1997, n° 6, comm., p. 10, obs. M. Véron.
- C. cass., civ., 1^{ère}, 25 fév. 1997, Bull. civ. I, n° 75, p. 49 ; Les petites affiches, 16 juil. 1997, n° 85, p. 17 ; RDSS 1997, p. 288, obs. L. Dubouis ; Rép. Def. 1997, art. 36591, p. 751, n° 82, obs. J.-L. Aubert ; D. 1997, I.R., 81.
- C. cass., 4 mars 1997, n° 96-84.773, Bull. crim. n° 83, Dr. pénal 1997. Comm. 75, obs. M. Véron, RSC 1997. 669, obs. J.-P. Dintilhac.
- C. cass., crim. 8 juil. 1997, n° 96-84.932. L.
- C. cass., 1^{ère} ch. civ., 16 juil. 1997, Bull. n° 249.
- C. cass., soc., 7 oct. 1997, n° 93-41.747.
- C. cass., soc. 16 déc. 1997, n° 95-41.326, Bull. civ. V, n° 441, JCP 1998. II. 10101, note Escande-Varniol, Defrénois 1998. 890, obs. Quétant.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 6 oct. 1998, n° 96-13.600, Bull. civ. I, n° 274, RTD civ. 1999. 62, obs. J. Hauser, D. 1999. Somm. 376, obs. J.-J. Lemouland.
- C. cass., crim. 20 oct. 1998, D. 1999. Jur. 106, note B. Beignier.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, D. 2000. Somm. 266, note C. Caron ; RTD civ. 2000. 291, note J. Hauser.
- C. cass., civ. 1^{ère} 25 janv. 2000, n° 97-21.846, D. 2000. Somm. 267, obs. A. Lepage ; 26 nov. 2002, D. 2003. 1858, note J.-M. Bruguière, et Somm. 1536, obs. A. Lepage.
- C. cass., crim. 16 mai 2000 : Dr. Pénal 2000, comm. 127, obs. Véron, Bull. ch. crim. n° 192.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, CCE 2000. Comm. 107, obs. A. Lepage.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 20 déc. 2000, D. 2001. 872 et 885, par Gridel.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, n° 99-10.928, Bull. civ. I, n° 60, D. 2002. 248, note C. Duvert, Dr. et patr., juin 2001, p. 95, obs. G. Loiseau.
- C. cass., soc., 2 oct. 2001, Nikon, Droit social, 2001, p. 920, obs. Ray J.-E.
- C. cass., 1^{ère} civ., 9 oct. 2001, Bull. 2001, I, n° 249, pourvoi n° 00-14.564.
- C. cass., 1^{ère} ch. civ., 3 avr. 2002, pourvoi n° 99-19852, Bull. n° 110.
- C. cass., 1^{ère} civ., 13 nov. 2002, Bull. 2002, I, n° 265, pourvoi n° 01-00.377.
- C. cass., soc. 26 nov. 2002, n° 00-42.401, Bull. civ. V, n° 352, RTD civ. 2003. 58, obs. J. Hauser, Dr. soc. 2003. 225, note J. Savatier, D. 2003. 1858, note J.-M. Bruguière, D. 2003. 394, obs. A. Fabre, et D. 2003. 1536, obs. A. Lepage, JCP 2003. I. 150, n° 1, obs. B. Teyssié.
- C. cass., 1^{ère} civ., 4 fév. 2003, Bull. 2003, I, n° 40, pourvoi n° 00-15.572.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, n° 01-01.851, Bull. civ. I, n° 98, D. 2003. 1854, note Ch Bigot, 2^{ème} esp., et Somm. 1539, obs. A. Lepage, JCP 2003. II. 10085, note J. Ravanais.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, n° 01-01.851.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 24 avr. 2003, n° 01-01.186, Bull. civ. II, n° 114, Dr. et patr. juil.-août 2003, p. 86, obs. G. Loiseau.

- C. cass., civ. 1^{ère}, 9 juil. 2003, n° 00-20.289, Bull. civ. I, n° 172, D. 2004. Somm. 1633, obs. Ch. Caron, RTD civ. 2003. 680, obs. J. Hauser, CCE 2003. Comm. 115, obs. A. Lepage, JCP 2003. II. 10139, note J. Ravanas, Dr. et patr., janv. 2004, p. 90, obs. G. Loiseau.
- C. cass., crim. 12 nov. 2003, n° 03-81.016.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, n° 01-11.587, Bull. civ. I, n° 254, Gaz. Pal. 2005. Somm. 1399, obs. P. Guerdier, RTD civ. 2004. 264, obs. J. Hauser, CCE 2004. Comm. 66, obs. A. Lepage
- C. cass., civ. 2^{ème}, 19 fév. 2004, n° 02-11.122, Bull. civ. II, n° 72, D. 2004. 1633, obs. Ch. Caron. C. cass., civ. 2^{ème}, 20 oct. 1976, Bull. civ. II, n° 279.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, n° 02-12.981, Légipresse 2004, III, p. 89.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, n° 02-13.529.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 02-19.886, D. 2004. 2069, note J. Ravanas, et 2005. Pan. 2651, obs. L. Marino.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 23 sept. 2004, CCE 2005. Comm. 489, obs. A. Lepage.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 4 nov. 2004, n° 02-15.120, Bull. civ. II, n° 487.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 02-12.539.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 7 fév. 2006, n° 04-10.941, JCP 2006. II. 10041, note G. Loiseau, RCA 2006. 107, RTD civ. 2006. 279, obs. J. Hauser.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-20.715, Bull. civ. I, n° 139, D. 2006. Somm. 2703, obs. L. Marino
- C. cass., civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 05-10.488, Bull. civ. I, n° 141, D. 2006. IR 813 et Pan. 2707, obs. L. Marino.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n° 05-17.718.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 26 sept. 2006, n° 05-11.906.
- C. cass., crim. 28 nov. 2006, CCE 2007. Comm. 45.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 5 déc. 2006, n° 06-13.350, Bull. civ. I, n° 534, JCP 2007. II. 10064, note M. Brusorio.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 27 fév. 2007, n° 06-10.393, Bull. civ. I, n° 85, CCE 2007. Comm. 97, obs. A. Lepage, RTD civ. 2007. 309, obs. J. Hauser.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, Bull. civ. I, 191, 06-18448.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n° 06-13.008, D. 2007. Pan. 2777, obs. Ch. Bigot.
- C. cass., 1^{ère} civ., 6 déc. 2007, Bull. 2007, I, n° 380, pourvoi n° 06-19.301.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 7 mai 2008, n° 07-12.126, Bull. civ. I, n° 126, CCE 2008. Comm. 94, obs. A. Lepage.
- C. cass., civ. 2^{ème}, 19 fév. 2009, n° 08-11.959.
- C. cass., 1^{ère} civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 25 nov. 2010, n° 09-69721.
- C. cass., ch. com., 25 juin 2013, n° 12-17.037.
- C. cass., civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° de pourvoi : 13- 16829.
- C. cass., 1^{ère} civ., 15 janv. 2015, 14-12.200, Inédit, Rej., « Affaire Bettencourt », (Déc. attaquée : CA Versailles, 4 juil. 2013).
- C. cass., crim., 25 mai 2016, n°15-83801.
- C. cass., crim., 8 juin 2016, n°15-83170.

Cour administrative d'appel

- CAA Nantes, 15 oct. 2009, n° 09NT00165.
- CAA Nantes, 23 fév. 2012, n° 10NT01752.
- CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 6 nov. 2012, n° 11BX01790.
- CAA Paris, 3^{ème} ch., 4 avr. 2013, n° 12PA02414.

Conseil d'État

- CE, 11 fév. 1972, Sieur Crochette, Rec. p. 193, Dr. soc. 1972. 404, concl. Guillaume.
- CE, Ass., 22 janv. 1982, Administration générale de l'Assistance publique à Paris, D. 1982, J. 291, conclusions du Commissaire du gouvernement Genevois.
- CE, sect. cont., 27 janv. 1982, D. 1982, I.R., 275, obs. J. Penneau.
- CE, 3 déc. 1993, Ciné Cinéma Câble, n° 142338.
- CE, 28 mai 1999 : D. 1999, IR p. 185.
- CE, Ass. 30 juin 2000, Association « Choisir la vie -Association pour l'objection de conscience à l'avortement », n° 216130, au Lebon.
- CE, 6 oct. 2000, Association Promouvoir, n°216901, au Lebon.
- CE, 19 sept. 2014, n° 361534.
- CE, 30 déc. 2015, n° 380409.
- CE, 20 mai 2016, n° 385305.
- CE, Ordonnance du 26 juil. 2017, M. D...et Mme B..., n° 412618.

Conseil Constitutionnel

- Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC.
- Cons. const., 14 déc. 1982, n° 82-148 DC, cons. 1 ; 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, cons. 35 et 41.
- Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, J.O. 30 déc. 1983, p. 3873.
- Cons. const., 26 juil. 1984, n° 84-172 DC, cons. 15.
- Cons. const., 27 juil. 1994, n° 94-343-344 DC : JO 29 juil. 1994 ; D. 1995, p. 237, note B. Mathieu.
- Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 3 ; rapp. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.
- Cons. const., 23 juil. 1999, n° 99-416 DC, cons. 45.
- Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, cons. 33.
- Cons. const., 27 juil. 2000, n° 2000-433 DC, cons. 14.
- Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC.
- Cons. const., 12 août 2004, déc. n° 2004-504 DC.
- Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC, cons. 11.
- Cons. const., 21 fév. 2008, n° 2008-562 DC, cons. 30.
- Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 23.
- Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC.
- Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-202 QPC, cons. 10.
- Cons. const., Déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 11.
- Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 6.
- Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 6 et 8.
- Cons. const., 5 oct. 2012, n° 2012279 QPC, cons. 27.
- Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, cons. 6-7, cons. 29.
- Cons. const., 11 oct. 2013, QPC 2013-347, cons. 7.
- Cons. const., 22 nov. 2013, n° 2013-354 QPC, cons. 10.
- Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, cons. 6.
- Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-684 DC, cons. 10.
- Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, cons. 106.
- Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693, cons. 10.
- Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, cons. 24.
- Cons. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, cons. 22.

Cour européenne des droits de l'homme

- CourEDH, 22 oct. 1981, n° 7525/76.
- CourEDH, 8 juil. 1986, Série A103, Lingens c. Autriche.
- CourEDH, 2 arrêts, 24 avr. 1990, D. 1990. 353, note J. Pradel.
- CourEDH, 16 déc. 1992, Arrêt Niemietz, Revue trimestrielle des Droits de l'Homme, 1993, p. 469
- CourEDH 24 oct. 1996, Guillot c/ France, RTD civ. 1997. 551, obs. J.-P. Marguénaud.
- CourEDH, 19 fév. 1997, n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, D. 1998. 97, note J.-M. Larralde.
- CourEDH, 29 avr. 2002, Pretty c./ Royaume-Uni, n° 2346/02 ; AJDA, 2003, p. 1383, note B. Le Faut-Ferraarèse.
- CourEDH, 22 juil. 2003, aff. 24209/94, « Y. F. c. Turquie ».
- CourEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, Von Hannover c. Allemagne.
- CourEDH 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne, req. n° 5410/03, D. 2007. 2648, note Hennion-Jacquet, RTD civ. 2007. 292, obs. J.-P. Marguénaud.
- CourEDH, 4 déc. 2008, aff. 30562/04 et 30566/04, « S. et Marper c. Royaume-Uni ».
- CourEDH, 6 mai 2010, Affaire Brunet Lecomte et Lyon mag c. France, Req. n° 17265/05, Arrêt Strasbourg.
- CourEDH, 2^{ème} sect., 14 déc. 2010, aff. 67545/09, « Ternovszky c. Hongrie ».
- CourEDH, Axel Springer Ag c/ Allemagne, 7 fév. 2012, n° 39954/08.
- CourEDH, 18 avr. 2013, aff. 7075/10, « Ageyevy c. Russie ».
- CourEDH, 19 sept. 2013, n° 8772/10.
- CourEDH, SAS c. France, 1^{er} juil. 2014, req. n° 43835/11, § 107.
- CourEDH, 1^{ère} sect., 9 oct. 2014, aff. 37873/04, « Konovalova c. Russie ».

Autres juridictions

- CJCE 5 oct. 1994, D. 1995. 421, obs. J.- L. Clergerie.
- CJCE, 30 nov. 1983, aff. 227/82, Rec. CJCE, p. 3883.
- CJUE, Raymond Kohll c/ Union des Caisses de Maladie, Aff. C 158/96, 28 avr. 1998.
- CJUE, Smits c/ Stichting Ziekenfonds VGZ ; Peerbooms c/ Stichting CZ Groep, Aff. C 157/99, Zorgverzekeringen, 12 juil. 2001.
- CNIL, Déc. 2013-037 du 25 sept. 2013.
- T. civ. Bordeaux, 18 juil. 1892, S. 1896, 1, 81, note A. Le Poitevin.
- T. corr. Grasse, 8 fév. 1950, D. 1950. 712.
- T. corr. Briey, 15 sept. 1992, Gaz. Pal. 1993. 1. 201.
- TA Paris, 25 janv. 1995, D. 1995. 647, note F. Boulanger.
- Trib. civ. de Lyon, 1^{ère} ch., réf., 15 déc. 1896, D. 1897, 2, 174.
- Trib. de la Seine, 1^{ère} ch., 23 juin 1953, 2, 229.
- Trib. de la Seine, 16 juin 1858, D. 1858. 3. 62.
- Trib. de la Seine, 16 juin 1858, D. 1858.3.62.

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de pages.

A

Achats, 118
Anonymisation, 525, 532
Applications de santé, 476
Assistance sexuelle, 169
Autodétermination, 210

B

Big Data, 463, 470, 474

C

CADA, 521
Chambre, 215
Cloud, 496
CNIL, 22, 362, 426, 448 et s., 470 et s., 499 et s., 571, 582
Colloque singulier, 452
Confiance, 368
Conseil constitutionnel, 225, 267
Consentement, 199, 206, 321, 357
Consultation médicale, 326, 364
Convictions personnelles, 117
Corps, 95, 151, 310
 Auscultation, 155
 Sexualité, 157
 Singularité, 152

D

Décès, 247
Désir, 158
Devoir de réserve, 342
Diffamation, 219
Dignité, 268
Divulgarion, 199, 226, 300
DMP, 23, 418, 426 et s., 474, 497 et s., 559, 567
Domicile, 118, 213
Donnée à caractère personnel, 107
 Traitement, 478
Donnée de bien-être, 490
Donnée de santé, 287, 373, 433 et s., 451 à 509, 517 et s., 535 et s., 593
 Avantages de l'ouverture d'accès, 507
 Commercialisation, 479, 481
 Consentement à la réutilisation, 517
 Définition, 486
 Démocratisation, 474
 Encadrement juridique, 484
 Encadrement juridique de l'ouverture d'accès, 509

Échange, 497

Hébergement, 493 et s.

Ouverture d'accès, 501

Ouverture de l'accès, 504

Risques de l'ouverture d'accès, 525

Rôle de la CADA, 521

Rôle du Conseil constitutionnel, 520

Stockage, 491

Donnée personnelle, 466

Donnée sensible de santé, 489

Données à caractère personnel, 487, 531

Données anonymes, 531

Données de bien-être, 489

Données de santé, 23 et s., 68 et s., 245, 257, 346, 420 et s., 451 et s., 462 à 542, 555 et s., 593

Accès, 346

Hébergement, 462

Données personnelles, 79 et s., 98 et s., 231 et s., 460 à 566

Dossier médical

Conservation, 494

Donnée de santé, 498

Dossier médical personnel, 426

Droit à l'image, 350, 351

Droit à l'information, 261, 372

Droit à la vie privée, 238

Droit au respect de la vie privée

Classification, 241

Contenu, 194, 340

Définition, 328

Droit spécial, 328

Etendue, 340

Imprécisions, 333

Indéfinition, 273

Limites, 258, 328, 335

Nature juridique, 235, 251

Protection civile, 195

Protection constitutionnelle, 227

Protection pénale, 212

Qualification, 236

Qualifications internationales, 239

Droit de réponse, 219

E

ESPS, 508

Examen médical, 300, 313

Extrapatrimonialité, 251

É

État de santé, 115, 244

État des personnes, 244

F

Fichage, 450

G

GAFAM, 23, 70, 438, 464 et s., 593, 595
Google, 443, 464 et s., 542, 568 et s.

H

Handicap, 160
 Compassion, 161
 Naissance, 162
 Sexualité, 165
Haute autorité de santé, 476
Honte, 93

I

IBM, 481
Identification, 531
Image, 120
Immixtions, 206
 Directes, 207
 Etatiques, 209, 268
 Indirectes, 208
INDS, 510
Information, 456
 Consentement au partage, 422
 De santé, 439
 Droit du public à l'information, 143
 Fausse information, 457
 Partage, 407
 Publication, 440
 Recherche, 441
Informations
 Echange, 303
Intégrité
 Atteinte, 322
Intégrité physique, 347
Internet, 439
Intimité, 34, 50 et s., 123, et s., 152 et s., 170 à 290, 306 et s., 328 à 391, 406 et s., 434 et s., 475 et s., 520 et s., 541 et s., 553 et s., 561 et s., 593
 Indéfinition, 275
Intimité de la vie privée, 222
Investigation, 226, 300

L

Liberté, 80, 236, 384
Liberté d'expression, 259
Lieu public, 197, 217
Loisirs, 118

M

Maladie, 291
 Déclaration obligatoire, 415
 Survenance, 293
MEDEF, 502, 503

MONACO, 508

N

Naissance, 247
NIR, 530
Notables, 192
 Classification, 136
Notoriété, 105, 110, 133
Nudisme, 91
Nudité, 306

O

Objet connecté, 476
Opposition, 199, 206

P

Patient, 331
 Client, 459
 Définition, 150
 Statut, 452
Patrimoine, 119
Patrimonialité, 251
Personnalité
 Atteinte, 201
Personne publique
 Politique, 144
Personnes publiques, 134
 Protection, 137
Prise en charge
 Indéfinition, 335
Privacy, 188
Pudeur, 45 et s., 57 à 101 et s., 146, 171 et s., 236, 256, 290 et s., 306 et s., 369, 393, 434, 541, 551 et s., 593

Q

Questionnement, 297

R

Radicalisation, 413
Redivulgateur, 140, 205
Refus de soin, 344, 346
Regard, 91, 297, 306, 312, 541
Regard, 91, 306, 312, 541
Règlement UE, 522
Réidentification, 525
Relation de services, 468
Relation de soin, 291, 311
 Évolution, 452
Respect
 Indéfinition, 275

S

Sang
 Don, 545
Santé, 291
Santé publique, 116

Secret, 81, 184, 377
 Admission sous secret, 396
 Correspondances, 343
 Définition, 381
 Secret médical, 380, 543
 Secret professionnel, 66, 139, 288, 327 à, 498, 512, 532 à 567, 593
 Application dans le temps, 386
 Autorisation de révéler, 420
 Consentement à la divulgation, 400
 Dérogations, 407
 Donnée de santé, 497
 Finalité, 383
 Fondement juridique, 389
 Informations protégées, 385
 Opposition aux professionnels, 392
 Origines, 382
 Spécificités, 384
 Témoignage en justice, 400
 Violation, 398
 Services de santé, 464
 Sexualité, 114
 Smartphone, 475
 SNDS, 505, 510, 511, 512
 SNIIRAM, 505, 509
 Surveillance, 444, 486
 Systèmes d'information en santé, 491

T

Tact, 94
 Thérapeutique
 Acte, 326, 366
 Objectif, 349
 Toilette, 310

Toucher, 94, 316
 Touchers vaginaux, 319
 Tranquillité, 82
 Transparence, 130, 144, 384, 448

V

Vérité, 203
 Vie affective, 112
 Vie amoureuse, 114
 Vie familiale, 112
 Vie privée, 79, 80, 81, 98
 Atteinte, 322
 Atteinte par la relation de soin, 296
 Conception, 122
 Contenu, 110
 Culture, 126
 Définition, 77, 102
 Exploitation, 254
 Étendue, 109, 111
 Histoire, 181
 Indéfinition, 272, 339
 Monétisation, 474
 Monopole d'exploitation, 243
 Morale, 297, 303, 385
 Personnes publiques, 137
 Physique, 304
 Subjectivité, 126
 Vie privée sanitaire, 99, 177, 226, 283, 339, 346 et s., 377, 433 et s., 464, 506, 537 et s.
 Vie psychique, 116
 Vie publique, 102
 Vieillesse, 158
 Viol, 321
 Voyeurisme, 350

Table des matières

Avertissement	5
Remerciements	17
Liste des abréviations	21
Sommaire	29
Introduction générale	33
I. Définition des termes et des concepts	33
II. Définition et réflexions autour de la relation de soin	35
III. Définitions historique et juridique de la vie privée	45
IV. Définition historique et juridique de la vie privée au prisme de la relation de soin	57
V. Problématiques contemporaines	67
VI. Hypothèse de recherche	70
VII. Méthode de travail	71
VIII. Annonce du plan	72
PARTIE I. L'ENCADREMENT PAR LE DROIT COMMUN DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT AU PRISME D'UNE RELATION DE SOIN PARTICULIÈRE	75
TITRE I. Objet et sujets de la vie privée au prisme de la relation de soin	76
CHAPITRE I. OBJET DE LA VIE PRIVÉE ET ENJEUX DE LA RELATION DE SOIN	77
SECTION I. DÉFINITIONS DES COMPOSANTES DE LA VIE PRIVÉE	78
1°§. Composantes morales de la vie privée	79
2°§. Composantes physiques de la vie privée	84
A. La pudeur	84
B. Honte et toucher : éléments de la vie privée connexes à la pudeur	93
SECTION II. DÉFINITIONS DE L'ÉTENDUE DE LA VIE PRIVÉE	100
1°§. Détermination de l'étendue de la vie privée par la doctrine	101
A. Méthodes classiques de définition de l'étendue de la vie privée	102
B. Méthodes particulières de définition de l'étendue de la vie privée	105
2°§. Détermination de l'étendue de la vie privée par la jurisprudence	109
A. Définition du contenu de la vie privée au regard de la notoriété	110
B. Méthode classique de l'énumération de l'étendue de la vie privée	111
CHAPITRE II. SUJETS DE LA VIE PRIVÉE ET ENJEUX DE LA RELATION DE SOIN	126
SECTION I. LA VIE PRIVÉE DES « NOTABLES » : PERSONNES PUBLIQUES ET POLITIQUES	133
1°§. La vie privée des personnes publiques : revendication d'un socle universel de protection	134
A. Classification des personnes publiques	134
B. Étendue de la protection des personnes publiques	137
2°§. La vie privée des personnalités politiques : intérêt général et accessibilité	144
A. L'accessibilité à la vie privée des figures politiques élues	146
B. L'accessibilité à la vie privée des figures politiques non élues	148
SECTION II. LA VIE PRIVÉE DU PATIENT : UN CORPS MÉDICAL ET SEXUEL	150
1°§. Un corps médical	151
A. Affirmation de la singularité du corps	152
B. Affirmation de la transparence du corps	154
2°§. Un corps sexué	157
A. Corps sexué et vieillesse	158
B. Corps sexué et handicap	160
TITRE II. Objet du droit commun au respect de la vie privée au prisme de la relation de soin	179
CHAPITRE I. CONSTRUCTION HISTORIQUE ET CONTENU DU DROIT COMMUN AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	180
SECTION I. LA CONSTRUCTION HISTORIQUE DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	180
1°§. L'origine historique et doctrinale du droit au respect de la vie privée	181

2°§. L'origine jurisprudentielle de l'encadrement législatif du droit au respect de la vie privée	191
SECTION II. LE CONTENU DE LA PROTECTION ET DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE	194
1°§. Une protection duale	195
A. La protection de la vie privée par le droit civil	195
B. La protection de la vie privée par le droit pénal	212
2°§. Une protection hiérarchisée et faussement réunifiée autour de la notion d' « intimité »	222
A. L' « intimité de la vie privée », socle commun apparent aux protections civile et pénale	222
B. La valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée	227
CHAPITRE II. NATURE ET LIMITES DU DROIT COMMUN AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE	235
SECTION I. NATURE JURIDIQUE DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE	235
1°§. Une nature incertaine	236
A. La qualification du droit au respect de la vie privée	236
B. La classification du droit au respect de la vie privée	241
2°§. Une nature évolutive	251
A. Remise en cause de la dualité patrimonial/extrapatrimonial	251
B. Contractualisation et patrimonialisation du droit au respect de la vie privée	254
SECTION II. LIMITES DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE	258
1°§. Une nature antagonique : limite générale	258
A. La confrontation du droit au respect de la vie privée à la liberté d'expression et au droit à l'information	259
B. Justification de l'ingérence de l'État dans la vie privée par la dignité humaine	268
2°§. Une nature indéfinie : limite particulière	272
PARTIE II. L'ENCADREMENT PAR LE DROIT SPÉCIAL DE LA VIE PRIVÉE DU PATIENT AU PRISME D'UNE RELATION DE SOIN ÉVOLUTIVE	287
TITRE I. Vie privée et relation de soin : une atteinte caractérisée justifiant un encadrement par le droit spécial	288
CHAPITRE I. ENCADREMENT JURIDIQUE SPECIAL DE L' ATTEINTE A LA VIE PRIVEE PAR LA RELATION DE SOIN	289
La santé, la maladie et la relation de soin.	291
SECTION I. LA CERTITUDE DE L' ATTEINTE A LA VIE PRIVEE PAR LA RELATION DE SOIN	295
1°§. La certitude de l' atteinte à la vie privée morale par la relation de soin : questionnement, divulgation et échange d'informations	296
A. L' atteinte à la vie privée morale par le questionnement et l' investigation	297
B. L' atteinte à la vie privée morale par l' échange d' informations	303
2°§. La certitude de l' atteinte à la vie privée physique par la relation de soin : regard, nudité et toucher	305
A. La nudité et le regard	306
B. La certitude de l' atteinte à la vie privée par le toucher	316
SECTION II. L' EXISTENCE D' UNE PROTECTION JURIDIQUE SPECIFIQUE EN REPONSE A L' ATTEINTE	327
1°§ Définition et limites du droit spécial au respect de la vie privée	328
A. Définition du droit spécial au respect de la vie privée	328
B. Limites actuelles du droit spécial au respect de la vie privée	335
2°§. Contenu, étendue et opportunité du droit spécial au respect de la vie privée	340
A. Contenu et étendue de la protection spécifique	340
B. Limitation et opportunité de la protection spécifique	349
CHAPITRE II. OUTILS SPECIFIQUES DE PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU PATIENT	357
Sur le consentement du patient à la divulgation et/ou à l'immixtion dans sa vie privée.	357
1°§. Le consentement du patient	358
A. La protection du consentement en droit commun	359
B. La protection du consentement en droit de la santé	363
2°§. Le droit à l' information	372
SECTION I. LE SECRET PROFESSIONNEL, OU LA PROTECTION CLASSIQUE DE LA VIE PRIVEE SANITAIRE DU PATIENT	377
1°§. Protection de la vie privée par le secret professionnel	381
A. Secret professionnel : généralités	381
B. Secret professionnel : spécificités	384
2°§. Application du secret professionnel à la relation de soin	389
A. Un fondement juridique	389
B. Des applications pratiques	396
SECTION II. L' ECHANGE D' INFORMATIONS, OU LA PREVALENCE DE L' INTERET DU PATIENT AU PRIX DE SA VIE PRIVEE	407
1°§. Le partage d' information : dérogation nécessaire au secret professionnel progressivement encadrée	407
A. Le partage d' informations : une nécessité éthique	408
B. Le partage d' information : une nécessité progressivement encadrée	410
2°§. Le partage d' information : dérogation nécessaire au secret professionnel récemment circonscrite	416
A. Le partage d' informations entre professionnels depuis 2016	420
B. Le « Dossier médical partagé »	426

TITRE II. Vie privée et relation de soin : une évolution certaine justifiant une vigilance accrue	438
CHAPITRE I. INTERNET, FOURNISSEUR D'INFORMATIONS ET HEBERGEUR DE DONNEES DE SANTE	439
SECTION I. INTERNET : FOURNISSEUR D'INFORMATIONS DE SANTE	439
1°§. Développement d'une nouvelle information de santé connectée dans un contexte peu favorable au respect de la vie privée	439
A. Une nouvelle information, ou la substitution d'Internet au professionnel de santé	440
B. Un contexte particulier	444
2°§. Évolution de la relation de soin et du statut du patient	452
A. Le colloque singulier nébuleusement bouleversé	452
B. Un patient client	459
SECTION II. INTERNET : HEBERGEUR DE DONNEES DE SANTE	462
1°§. « Big Data » : hébergeur de données et acteur de santé	464
A. « Big Data » : hébergeur de données et fournisseur de services de santé	464
B. « Big Data » : acteur de santé	470
2°§. « Big Data » : démocratisation et utilisation novatrices des données de santé	474
A. Démocratisation de la donnée de santé et monétisation de la vie privée	474
B. L'utilisation spécifique de la donnée de santé	478
CHAPITRE II. DONNEES DE SANTE, CHEMINEMENT ET ENCADREMENT JURIDIQUE	485
SECTION I. ENJEUX ET ENCADREMENT JURIDIQUE DU CHEMINEMENT DE LA DONNEE DE SANTE	487
1°§. Définition et stockage de la donnée de santé	487
A. Définition des données	487
B. Stockage des données de santé via les systèmes d'informations et de fichage	492
2°§. Échange et ouverture d'accès aux données	497
A. Échange de données, respect du secret professionnel et de la vie privée	498
B. Ouverture et accès aux données de santé	501
SECTION II. ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'OUVERTURE DE L'ACCES AUX DONNEES DE SANTE ET RESPECT DE LA VIE PRIVEE	505
1°§. L'ouverture encadrée et bénéfique de l'accès aux données de santé	507
A. Le Système national des données de santé du 26 janvier 2016	507
B. Sources nationales antérieures à 2016 et influence européenne	519
2°§. L'ouverture risquée de l'accès aux données de santé	526
A. Risques liés à l'anonymisation et à la réidentification	526
B. Risques liés à la sécurité	534
Conclusion générale	543
Bibliographie	549
Décisions citées	575
Index alphabétique	585
Table des matières	589

La vie privée à l'épreuve de la relation de soin

RÉSUMÉ : La définition de la « vie privée » a pu être assimilée à un « glacis infranchissable » par certains auteurs. Le présent travail se donne pourtant pour objet de cerner les notions de « vie privée » et de « droit au respect de la vie privée », en précisant la définition de la première, et le contenu et la nature du second. Ce dernier étant consacré par le droit commun et le droit spécial, la question se pose d'évaluer si le droit au respect de la vie privée tel qu'envisagé par le droit commun - article 9 du Code civil notamment - peut suffire à protéger le patient à l'occasion de la relation de soin. Il importe, le cas échéant, d'analyser l'opportunité d'une protection spéciale de la vie privée au sein d'une relation qui l'est incontestablement. La protection doit permettre au citoyen d'assimiler les contours du droit subjectif dont il peut se prévaloir.

À partir des années 1970, le droit au respect de la vie privée se spécialise, et concerne alors des sujets de droit particuliers. Ainsi, la protection de la vie privée du patient est assurée par l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique depuis la loi du 4 mars 2002 - celle du 26 janvier 2016 l'étend à l'utilisateur du système social et médico-social. Pourtant, à l'heure actuelle, le patient semble bénéficier d'un droit indéfini au respect d'une notion indéfinie, repris dans un article qui ne fait pas mention des aboutissants et caractéristiques de la relation de soins, qui atteint pourtant certainement la vie privée du patient. Cette atteinte est habituellement caractérisée par le fait que le professionnel de santé est informé de l'état de santé de son patient, et qu'il peut échanger cette information. À cette atteinte morale peut s'adjoindre une atteinte à la vie privée physique : nudité, toucher, voire altération du corps. De telles atteintes sont rarement réalisables à l'occasion d'autres situations, de sorte que la protection commune de la vie privée, si elle s'avère nécessaire, demeure limitée. Dès lors, les atouts de la protection spécifique contenue dans l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique sont nombreux et abondants, mais assurément limités par sa rédaction actuelle, que le présent travail se propose d'améliorer au vu des évolutions de la relation de soin et du contexte dans lequel elle prend corps.

En effet, l'informatisation appliquée au monde de la santé, le développement d'Internet et du « Big data » ont incontestablement influencé les fondements de la relation de soin, dont la vie privée du patient. Il est démesuré d'affirmer que celle-ci n'existe plus, dans la mesure où cela ne semble pas être le cas. Une nuance consiste à arguer qu'elle est portée dans un contexte socioéconomique qui ne lui est pas toujours favorable, faisant de son respect une priorité lointaine pour les « nouveaux acteurs de santé » - les fameux « GAFAM » - qui ont rapidement cerné le potentiel économique et commercial de la donnée de santé. Le « Big data » se charge de démocratiser cette nouvelle acception, officiellement justifiée par l'intérêt du patient. Un patient consommateur, un objectif modifié, un professionnel informatisé devant composer avec de nouveaux acteurs, une donnée de santé source aux richesses exploitables, une vie privée monnayée : l'évolution de la relation de soin, si elle ne doit pas être diabolisée, appelle néanmoins un nécessaire encadrement juridique, d'autant plus que le « Big Data » appelle l'« Open Data » et l'ouverture, via la mise à disposition, des données de santé.

La nécessité d'encadrement juridique implique de cercler l'ouverture de l'accès aux données de santé. Leur émancipation, qui vise à les extraire du giron de l'administration et des entreprises qui les hébergent en ouvrant leur accès aux citoyens, aux patients, et aux entreprises qui ne les hébergent pas, mais qui ont un intérêt à les utiliser, ne laisse pas le juriste indifférent. Aujourd'hui, informations de santé et données de santé doivent être accessibles, intelligibles et libérées, et les priorités des acteurs concernés font fi de la vie privée. La loi du 26 janvier 2016 a à ce propos (ré)animé de houleux mais riches débats, qui ont finalement peu été expliqués, de sorte qu'il est difficile pour tout citoyen non averti d'en cerner les enjeux.

MOTS-CLÉS : Vie privée - relation de soin - soins - santé - patient - professionnel de santé - prise en charge - établissement de santé - intimité - pudeur - donnée de santé - « Big-Data » - secret professionnel - secret médical.

Privacy to the test of care relationship

ABSTRACT : The definition of "private life" has been assimilated by some authors to an "impassable wall" by some authors. However, the present work aims at identifying the notions of "private life" and "right to respect for private life", specifying the definition of the first and the content and nature of the latter. Since the latter is enshrined in common law and special law, the question arises whether the right to respect for private life as envisaged by common law - Article 9 of the Civil Code in particular - may be sufficient to protect the patient's right to privacy within the care relationship. It is important to analyze the appropriateness of special privacy protection in a relationship that is undoubtedly special as well. This protection must enable the citizen to assimilate the contours of the subjective right he can avail himself of.

Beginning in the 1970s, the right to privacy became a specialty, and is then related to particular subjects of law. Thus, the protection of the patient's privacy is ensured by Article L. 1110-4 of the Public Health Code since the law of 4th March 2002 - the one of 26th January 2016 extends it to the user of the social system. However, at present, the patient seems to have an indefinite right to respect for an indefinite notion, which is repeated in an article that does not mention the outcomes and characteristics of the care relationship yet certainly affects the patient's privacy. This breach is usually characterized by the fact that the healthcare professional is informed of the patient's state of health and can exchange this information. To this moral attack can be added an attack on the private physical life : nudity, touch, even alteration of the body. Such abuses are rarely feasible in other situations, so that common protection of privacy, if necessary, remains limited. Consequently, the advantages of the specific protection contained in Article L. 1110-4 of the Public Health Code are numerous and abundant, but undoubtedly limited by its current wording, which the present work proposes to improve, considering the evolutions of the care relationship, and the context in which it takes place.

Indeed, the computerization applied to the world of health, the development of the Internet and the "Big data" have undoubtedly influenced the foundations of the care relationship, including the patient's private life. It is unreasonable to assert that it n° longer exists, to the extent that this does not seem to be the case. One nuance consists of arguing that it is carried in a socio-economic context which is not always favorable, making its respect a distant priority for the "new actors of health" - the famous "GAFAM" - who quickly identified the economic and commercial potential of health data. The "Big Data" is in charge of democratizing this new meaning, officially justified by the interest of the patient. A consumer patient, a modified goal, a computerized professional who has to deal with new actors, a source of health data for usable wealth, a privacy that is monetized : the evolution of the care relationship, if it should not be demonized, demands nevertheless a necessary legal framework, especially since the "Big Data" implies the "Open Data" and the opening and the provision of health data.

The need for a legal framework implies the need to limit the access to health data. The lawyer cannot remain indifferent to their emancipation, which aims to extract them from the monopoly of the administration and the companies that host them by opening their access to citizens, patients, and companies that do not host them but that have an interest in using them. Today, health information and health data must be accessible, intelligible and free, and the concerned actors' priorities ignore privacy. The law of January 26th, 2016 has (re)animated stormy but rich debates, which have not finally been explained, so it is difficult for any non-informed citizen to identify the stakes.

KEYWORDS : Private life - care relationship - care - health - patient - health professional - supported - health institution - privacy - modesty - health data - "Big Data" - professional secret - confidential medical information.

« La vie privée à l'épreuve de la relation de soin »

Résumé en français :

L'existence de mécanismes juridiques de protection de la vie privée en droit commun est irréfutable. Ceux dont le patient peut se prévaloir à l'occasion de la relation de soin demeurent nébuleux. La spécificité de cette relation, et des atteintes physiques et morales à la vie privée qui y sont consommées - regard, le toucher, nudité et échange d'informations privées - justifient un encadrement spécial et des protections spécifiques, existantes - mais à repenser - pour accompagner les enjeux posés par l'évolution et la modification de la relation de soin. L'émergence de nouveaux acteurs en santé, aux aspirations propres, modifie incontestablement l'objectif et les conséquences de cette relation. La donnée de santé, composante sous-estimée de la vie privée, en ce qu'elle ne transite plus uniquement du patient vers le professionnel de santé - et inversement - doit être encadrée, tant les enjeux économiques et politiques qui y sont afférents sont importants. La "valeur" de la vie privée doit être recentrée, à l'heure où la consommation, l'échange instantané d'informations et la publicité semblent avoir pris le pas sur elle.

« Privacy to the test of care relationship »

Résumé en anglais :

The existence of legal mechanisms for the protection of privacy under common law is irrefutable. Those that the patient can claim during the care relationship remain unclear. The specific nature of this relationship, and the physical and moral impairments to privacy that are consumed in it - look, touch, nudity and the exchange of private information - justify a special framework and specific protections, existing but repensable, for accompany the stakes posed by the evolution and the modification of the care relationship. The emergence of new actors in health, with their own aspirations, undoubtedly modifies the objective and consequences of this relationship. Health data, an underestimated component of privacy, in that it n° longer passes only from the patient to the healthcare professional - and vice versa - must be framed, both the economic and political stakes associated with it . The "value" of privacy must be refocused, at a time when consumption, instantaneous exchange of information and "publicity" seem to have taken precedence over it.

Discipline : Droit privé et sciences criminelles - Section CNU 01

Mots-clés :

Vie privée - relation de soin - soins - santé - patient - professionnel de santé - prise en charge - établissement de santé - intimité - pudeur - donnée de santé - « Big-Data » - secret professionnel - secret médical.

Private life - care relationship - care - health - patient - health professional - supported - health institution - privacy - modesty - health data - "Big Data" - professional secret - confidential medical information.

Université de Montpellier - Faculté de droit et de science politique - UMR 5815

Centre européen d'études et de recherche Droit & Santé

Faculté de droit et de science politique

39, rue de l'université, 34 060 MONTPELLIER Cedex 02