

Vie privée et vie publique

Bernard BEIGNIER

Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse

RÉSUMÉ. — La **vie privée** n'est-elle que l'opposé de la vie publique ? Mais alors il faudrait savoir si la vie privée doit se définir par rapport à celle-ci ou bien s'il faut raisonner inversement. Où est le principal et l'accessoire ? Mais y a-t-il, ici, principal et accessoire ? Chercher à dissocier le privé du public en l'opposant est donc vain. La vie privée est plus certainement le devoir de respecter la tranquillité et la sérénité de vie d'autrui. Mais dès lors que l'on veut retenir la notion d'un droit subjectif, d'un « droit à la vie privée », celle-ci prend une toute autre envergure. C'est une revendication à pouvoir « vivre sa vie ». Il ne s'agit plus d'imposer aux autres un devoir minimum de respecter son **individualité** mais de se fonder sur celle-ci pour opposer à la société son choix de vie. Tradition latine et tradition américaine sont ici confrontées.

Dans un pays si attaché aux « parallèles », aux « comparaisons », à l'esprit de symétrie, de thèse et d'antithèse, il vient aussitôt à l'esprit d'opposer la vie privée à la vie publique. Mais cette qualité peut devenir un travers lorsqu'on se contente de définir l'une par rapport à l'autre, la tautologie tenant lieu de rigueur.

Or, on s'aperçoit, que s'il y a bien un faux parallèle, c'est bien celui opposant la vie privée à la vie publique. La vie privée n'est pas ce qui reste quand la vie publique s'est retirée ; pas plus que la vie publique n'est ce que l'on accepte de révéler. Les choses sont plus subtiles.

On le verra successivement en constatant que la vie privée est une notion plus incertaine qu'il n'y paraît et, en tous cas, en pleine évolution. La vie privée devient de plus en plus une différence dans la vie publique et la vie publique est de moins en moins sujette à certaines exigences de la vie privée.

La vie privée fut une *notion défensive*, à l'origine, dans le droit français. C'est aujourd'hui un *concept revendicatif*.

De la sphère secrète à la place publique, on en est venu du *droit au respect de l'autre*

(I) a u □ d r o i t à ê t r e s o i - m ê m e

(II).

I. — LE DROIT AU RESPECT

Il est délicat de cerner avec précision ce qu'est le « respect de la vie privée » (A) est-ce la vie domestique et personnelle ou bien est-ce un droit à la tranquillité plus étendu ? La frontière entre la vie privée et la vie publique est d'autant plus incertaine que la vie privée devient régulièrement un argument de la vie politique (B).

A. — *L'impossible notion*

La loi de 1970, d'où est extrait l'article 9 du code civil, parle de « vie privée ». L'expression est tout à la fois restrictive et insuffisante.

Lors du vote, le Garde des Sceaux avait indiqué que la loi se référait à l'« intimité » de la vie privée pour diminuer la portée de la formule « vie privée » dont on se sert dans l'alinéa 1er de cette disposition. Cas tout à fait particulier : la sanction est plus restreinte que le principe, du moins en ce qui touche les mesures de prévention. On ne le souligne pas assez, mais dans l'esprit du législateur de 1970, l'article 9 alinéa 1er du Code civil est, pour partie, une *lex imperfecta*.

M. Jean Rivero explique qu'« on ne saurait caractériser la vie privée par opposition à la vie publique en donnant à ce dernier mot le sens qu'il a habituellement dans la langue juridique (droit public, entreprise publique etc.) où il marque l'intervention du pouvoir par rapport au domaine des relations entre particuliers. La vie privée ne se définit pas seulement comme celle dont l'autorité publique est exclue : la ligne de partage entre la vie privée et la vie publique est autre. (...) La vie privée est une *sphère* de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'*immiscer* sans y être convié. La liberté de la vie privée est la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre et qu'il est maître d'*interdire à autrui*. »

Il faut donc éliminer le critère, faussement objectif, tendant à opérer une distinction entre « vie privée » et « vie publique » en faisant de la première la « vie à huis clos » et de la seconde la « vie sur la place publique ».

Prenons un exemple banal, celui du mariage d'un homme politique ou d'un artiste. Acte de la vie civile, il ne peut être qualifié, par lui-même de public ou de privé. Il l'est selon la volonté de la personne. Se marier en grand apparat à la Madeleine et sortir en cortège est la manifestation, qu'à ce moment de la cérémonie, il s'agit d'un acte public. Le faire discrètement, en semaine, dans une mairie de province est, au contraire, la marque du vœu que cela soit un acte privé. Pourtant, juridiquement, l'acte religieux est privé alors que l'échange des consentements devant un officier d'état civil est, tout aussi juridiquement, public.

On trouve confirmation de cette vue dans un excellent jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre du 9 décembre 1992¹ : « le domaine de la vie privée d'un personnage connu, célèbre, peut, en certaines circonstances et à la condition que n'ait été manifestée aucune volonté contraire, être plus restreint que celui de la vie privée d'un citoyen anonyme. »

L'insuffisance patente du critère « vie privée/vie publique » conduit assez fréquemment les juges à des contradictions. Ainsi « la circonstance qu'une personne intéressant l'actualité se trouve dans un lieu public ne peut être interprétée comme une renonciation de ladite personne à se prévaloir du droit que, comme chacun elle a sur son image et sur sa vie privée, ni entraîner une présomption d'autorisation. »² Mais, à propos d'un article relatif à une institutrice victime d'une prise d'otages dans son école, les juges ne retiennent pas l'atteinte à la vie privée car il s'agissait de la vie professionnelle d'un fonctionnaire « qui relève d'une sphère nécessairement accessible aux tiers et ne fait pas partie de la vie privée au sens de l'article 9 du code civil. »³ Le motif est très critiquable, « accessible aux tiers » ne veut pas dire « à tout le monde » : d'ailleurs l'entrée des établissements scolaires est contrôlée. Une chose est de recevoir des parents d'élèves, une autre d'être photographiée devant la France entière. Tout le monde n'a pas le droit d'entrer dans une école comme dans un moulin.

Merveilleux exemple. Un gardien de prison se retrouve photographié dans un magazine alors qu'il escorte jusqu'à sa cellule un terroriste, l'atteinte à la vie privée n'est pas retenue car il s'agit de sa vie professionnelle⁴. En revanche, photographier un détenu derrière les barreaux c'est porter atteinte à sa vie privée⁵. Ce qui revient à dire que dans le premier cas, le journaliste avait, malgré tout, porté atteinte à la vie privée du terroriste mais pas à celle de ses gardiens... lesquels, pourtant, risquaient fort, de ce fait, de voir la leur sérieusement perturbée par les amis du valeureux poseur de bombes !

Dans un autre genre. La prostitution est assimilable à une profession et relève de la vie publique. Mais si cette activité ludique est exercée sous le couvert de celle d'esthéticienne et sous un pseudonyme, il s'agit de la vie privée⁶. Couvrez d'un faux nom, ce sein que je ne saurais voir !

Reste que la question même d'une « vie privée professionnelle » est sujette à caution. Certains auteurs (ainsi M. Cornu) admettent que l'activité professionnelle fasse partie de la vie privée.

Il est vrai que la notion de droit civil est encore plus brouillée par celle de droit pénal. En effet, malencontreusement, l'article 226-1 du code pénal ne punit l'atteinte à la vie privée que lorsque celle-ci est constituée par l'intrusion « dans un lieu privé ». D'où des subtilités pour le moins, c'est le cas de le dire, artistiques et peu crédibles. Ainsi une femme les seins nus sur une plage ne peut se plaindre de l'atteinte à sa vie privée⁷. Elle eût été plus chanceuse en prenant le soleil sur un bateau⁸.

¹ *Légipresse*, n° 98-1-13.

² Paris, 16 juin 1986, *D.* 1987 som. 136.

³ TGI Paris, 17 nov. 1993, *Juris-Data* n° 047243.

⁴ Paris, 16 nov. 1986, *D.* 1987 som. 141.

⁵ Paris, 15 mars 1991, *Juris-Data* n° 020874.

⁶ 2e civ., 21 nov. 1990, B. II, n° 238.

⁷ T. corr. Paris, 18 mars 1971, *D.* 1971.447 note Fremont.

⁸ Civ. 5 fév. 1979, *J.C.P.* 1980-II-19343 note Lindon.

On trouve des décisions plus équilibrées à propos de la jurisprudence relative aux témoins des procès. Nul ne peut contester que la personne dont la justice exige la déposition dans un prétoire n'effectue, ni de près ni de loin, un acte privé. Il n'en demeure pas moins que le témoin a droit à témoigner dans des conditions qui préservent sa personnalité et ne donne pas à sa déposition un retentissement qui, lui, n'est certainement pas exigé par la justice. La justice se rend en public, pas en spectacle.

Ainsi plusieurs décisions⁹ ont-elles pu justifier qu'un témoin soit photographié à la sortie du Palais lorsqu'il s'agit de procès d'actualité, mais à condition que la prise de vue soit faite d'une manière loyale et sans fraude. Il est ainsi acquis que « les organes de presse ne doivent utiliser que des documents directement liés aux faits de l'actualité développés. »¹⁰.

La contre-preuve de tout cela, se trouve dans ce que l'on dénomme, par commodité le « droit à l'oubli »¹¹. Une plus juste qualification aurait sans doute permis d'éviter des décisions justifiables s'agissant de combattre un fantomatique droit subjectif mais qui eussent été plus équitables si l'on avait bien voulu voir, en premier lieu, le devoir que nous avons tous de laisser l'autre en paix.

Par un arrêt de sa première chambre civile du 20 novembre 1990¹² a pu énoncer que « lorsque les faits relatés dans un ouvrage et touchant à la vie privée d'une personne avaient été livrés, en leur temps, à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale et avaient été ainsi licitement révélés, ils échappent à la vie privée de cette personne et elle ne peut se prévaloir d'un droit à l'oubli pour empêcher qu'il en soit de nouveau fait état. » Mais les juges du fond, faisant en la circonstance preuve de plus d'humanité et d'équité, admettent le plus souvent ce « devoir de silence » : « Un événement public (en l'espèce, un procès criminel qui s'est déroulé il y a 46 ans), par l'écoulement d'un temps suffisamment long, peut redevenir, pour la personne qui en a été le protagoniste un fait de la vie privée, rendu au secret et à l'oubli. »¹³. « Le meilleur que nous puissions attendre des hommes est l'oubli. »¹⁴. Décision profondément juste qui n'enlève rien aux droits futurs des historiens : les morts ne sont pas protégés comme les vivants. Une expression ruine le fondement qui se veut objectif de l'arrêt de la Cour de cassation : « en son temps », certes, mais le temps est passé.

Autre situation de la vie quotidienne : « Le fait que des objets aient été jetés en vue de leur destruction implique nécessairement le refus par leur propriétaire de les présenter à la presse. Dès lors, un hebdomadaire porte incontestablement atteinte à l'intimité de la vie privée d'une personnalité en dressant l'inventaire de ses poubelles au lendemain des réveillons de Noël et du jour de l'an et en montrant à ses lecteurs les bas qu'elle portait, les médicaments qu'elle prenait, les dessins effectués par ses enfants pour elle-même ou

⁹ TGI Paris, 13 déc. 1993, *Juris-Data* n°048542 ; 23 fév. 1994, *Juris-Data* n° 041493 ; *contra* Paris, 25 mars 1991, *Juris-Data* n° 020880.

¹⁰ TGI Paris, 16 juin 1991, *Juris-Data* n° 047458.

¹¹ Roseline Letteron, « Le droit à l'oubli », *RD publ.* 1996.385.

¹² B. I, n° 256, *J.C.P.* 1992-II-21908 obs. crit. Ravannas qui explique très bien que la publicité de la justice a une finalité précise et limitée.

¹³ Versailles, 14 sept. 1989, *Gaz. Pal.* 1990.1 som. 123.

¹⁴ F. Mauriac, *Bloc-notes*, Paris, 1993, T. II, p. 199 (11 janv. 1959).

ses amis, ainsi que les menus qu'elle préparait. »¹⁵. Cette décision est tout à fait intéressante juridiquement. En effet, au regard des règles les plus élémentaires du droit civil, le contenu de cette poubelle était bien des « *res derelictae* », des choses abandonnées dont la propriété revient à celui qui s'en empare. Le journaliste était donc bel et bien propriétaire des bas de la vedette, mais ce nouveau droit ne lui permettait pas de les exhiber alors même que le droit de propriété est absolu.

Renonçons donc à trancher entre la vie privée et la vie publique. C'est M. le Doyen Carbonnier qui nous donnera la solution : « Il sied d'accorder à l'individu une *sphère secrète* de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers : la doctrine moderne lui reconnaît ainsi un droit à faire respecter le caractère privé de sa personne, *un droit à être laissé tranquille*

¹⁵ Paris, 30 mars 1995, *D.* 1995 IR 140, après cela certains journalistes se plaignent d'être accusés de fouiller dans les poubelles !

(...). Le respect de la vie privée se traduit essentiellement par un *devoir d'abstention* : il faut laisser l'individu tranquille. □ Cette tranquillité, qui est la valeur psychologique protégée, revêt des aspects multiples et concrètement dissemblables (...)»¹⁶. C'est ce que reprend à son compte un jugement du Tribunal de grande instance de Périgueux du 17 mars 1992, parfaitement bien motivé : « Nul ne peut divulguer des faits de la vie privée d'un individu contre son gré même si ces faits n'altèrent pas l'honorabilité de l'intéressé qui a droit à l'autonomie, à la paix et à la tranquillité de son existence intime, familiale et plus généralement non publique »¹⁷ et mieux encore un arrêt de la Cour de Toulouse du 15 janvier 1991¹⁸ aux « dispositions de l'article 9 du code civil qui protègent la personne contre □ l'ingérence d'autrui. »

La notion de « sphère de l'intimité de la vie privée » est une notion fréquemment utilisée par la jurisprudence de la première chambre du Tribunal de grande instance de Paris¹⁹. De même cette juridiction rappelle qu'il appartient à chaque individu de fixer lui-même le contour de cette sphère et d'en interdire l'accès : « Attendu que toute personne a droit, quelle que soit sa notoriété, au respect de sa vie privée et est fondée à en obtenir la protection en fixant elle-même les limites de ce qui peut-être publié à ce sujet. »²⁰. La tolérance ne modifiera pas ce cercle mais jouera sur le chapitre de l'évaluation du préjudice : « Que la tolérance ou la recherche de publicité dont fait preuve une personnalité, en l'espèce du monde du spectacle, ne la prive pas du droit qu'elle a de fixer elle-même les limites qu'elle entend donner à ses relations avec les médias ; que cette attitude ne peut être appréciée que dans l'évaluation du préjudice que lui cause une publication qu'il n'a pas autorisée. »²¹.

Concluons : la vie privée est une liberté civile. Chacun peut interdire à autrui de profaner son jardin secret. À lui de le clore, de l'entretenir.

Or, précisément, les mœurs de la société contemporaine vont conduire certains, les gens du spectacle et les personnalités politiques, à inviter à la visite de ce jardin. Faut-il alors être surpris que des curieux veuillent en franchir plus hardiment la haie et la murette ?

B. — Vie publique contre vie privée

Il y a tout un ensemble où l'on voit non pas croître, mais se restreindre la vie privée. A cela, deux explications bien différentes.

Pour ce qui est du jeu de la vie publique dans la vie privée, il suffit se reporter aux dernières élections présidentielles. Tous les candidats se sont vus d'abord, et avant

¹⁶ *Les personnes*, n° 71 ; à l'appui de la formulation de M. Carbonnier, l'intitulé du titre 15 de la partie spéciale du Code pénal de la République fédérale d'Allemagne : « De l'atteinte à la □ sphère de la vie personnelle et privée ».

¹⁷ *In Bull. inf. C. cass.* 1992, n° 1500.

¹⁸ *D.* 1991.600 note J. Ravannas.

¹⁹ *Johnny Hallyday c. Prisma Presse*, 20 mars 1996, inédit, *R.G.* 7.909/95.

²⁰ 1er avril 1996, *Psse Caroline de Monaco c. Prisma Presse*, inédit, *R.G.* 15.216/95.

²¹ 20 mars 1996, *Johnny Hallyday c. Prisma Presse*, inédit, *R.G.* 8.138/95.

tout, d'honnêtes et paisibles citoyens et même, peut-on dire, ordinaires. On a même assisté à un déballage de leur patrimoine qui nous a, à tout le moins, appris comment sous-évaluer des biens au regard de l'imposition à l'I.S.F. Ce qui tend à prouver que ce sont de bons Français puisque tout Français joue avec le fisc.

Dans un livre récent ²², M. Alain Duhamel analyse avec pertinence le phénomène mais aussi ses dangers : « Les dirigeants politiques regardent très peu la télévision mais aiment énormément y passer et y plaire. Ils consentent pour cela à des facilités, parfois à des complaisances qui vont très exactement dans le sens de l'exploitation de l'émotivité, et bientôt de l'irrationnel. On voit des hommes publics de qualité se laisser aller à pousser la chansonnette dans des émissions des variétés, histoire d'humaniser leur image et d'élargir leur popularité. (...) Comment ne comprennent-ils pas qu'à sortir eux-mêmes volontairement les premiers des limites de leur vie publique pour entrer dans leur vie privée, ils ouvrent largement la porte à tous les excès et à tous les dérapages ? » (p. 144). « Et ils comprendraient mieux ainsi qu'ils ont tout à gagner à rester sur leur propre terrain, à y être eux-mêmes et non pas un produit de marketing ; tout à perdre en revanche à donner le mauvais exemple de la confusion des sphères publique et privée, et le signal de la recherche de la popularité par l'émotion artificielle et l'exploitation de l'irrationalité. » (p. 145).

Lorsqu'un Premier ministre à la légitimité contestée publie un ouvrage de séduction n'est-ce pas la marque du désert politique ? « À trop privatiser l'espace public, les hommes politiques décrédibilisent, en la désacralisant leur action. Déjà, la fin délétère du second septennat de François Mitterrand avait été marquée par cette irruption du privé au cœur du public, l'ancien président n'hésitant pas à faire bouclier de son cancer quand les Français lui demandaient des comptes sur son passé. Par essence, le terrain de l'émotion ne souffre guère ni débat ni contestation. Il clôt la discussion, avant même de l'ouvrir. » (*Le Monde*, éditorial, 18 décembre 1996).

En quoi la vie privée est-elle garante des qualités de la vie publique ? Il y a là semble-t-il deux traditions.

La première provient des pays anglo-saxons, au plus exactement de la tradition puritaine (que l'on ne confondra pas systématiquement avec la tradition protestante) qui veut que la vie privée soit la garantie des qualités de la vie publique. Bon président parce que bon père de famille, la nation n'étant, au fond, qu'une grande famille. Et l'on sait que si l'Église a abandonné depuis de longs siècles la confession publique, cette pratique se perpétue devant le Sénat des États-Unis d'Amérique.

La France ne se rattache pas à cette tradition, comme l'immense majorité des pays latins et catholiques qui ne croient pas à la prédestination mais à l'absolution. Tout petit Français apprend dès l'école primaire que le bon roi Henri était un coureur de jupons et que Louis le Grand eu autant de maîtresses que de maréchaux qui s'égalèrent dans la bravoure et le service de l'État. D'ailleurs, au bout du compte, ces mêmes petits Français savent que les plus mauvais conseils lui vinrent de sa dernière maîtresse lorsqu'elle devint sa femme secrète. À la Faculté de droit, le petit Français devenu grand saura que ce fut Louis XV, à l'ardente nature, qui eut le courage de détruire les parlements félons et que ce fut le benoît Louis XVI qui commit l'incommensurable folie de les rétablir.

²² *La politique imaginaire*, Flammarion, 1995.

Aussi y a-t-il une nuance entre le désir des Français, qui n'est pas nouveau, de connaître la vie privée de leurs dirigeants et celle des Américains. Ces derniers veulent, par ce biais, juger leurs chefs, les Français veulent les aimer.

F e u i l l e t o n s l ' i n s t r u c t i f

journal de ces *Voyages en France en 1787, 1788 et 1789*

d'Arthur Young ²³ : « De nouveau à Versailles. Lors de ma visite à l'appartement du Roi, qu'il avait quitté depuis à peine un quart d'heure, avec toutes ses légères marques de désordre qui montraient qu'il y vivait, c'était un amusant spectacle de voir les têtes de voyous, qui se promenaient, sans être surveillés, dans le palais et même dans la chambre à coucher du Roi, des hommes dont les haillons montraient qu'ils se trouvaient au dernier degré de la pauvreté, et j'étais la seule personne à se demander avec étonnement comment diable ils pouvaient s'y trouver. Il est impossible de ne pas aimer ce sans-souci, ce laisser-aller, cette absence de toute suspicion. On aime le maître de la maison qui ne serait ni choqué, ni offensé de voir sa chambre ainsi occupée, s'il y retournait soudain ; car, si on pouvait redouter qu'il en fût autrement, on s'opposerait à cette intrusion. C'est certainement une manifestation de cette facilité d'humeur qui m'apparaît si visible partout en France. »

Un système non pas monarchiste (gouvernement d'un seul) mais royaliste (pouvoir du roi) est d'abord un système où, plutôt qu'un homme, une famille est à la tête, même d'une manière symbolique, des autres familles. La famille royale n'est que la première famille du pays. Dans un royaume, la figure du roi apparaît quotidiennement sur les timbres et la monnaie. La fête nationale est souvent, tout bonnement, soit l'anniversaire du souverain (tradition septentrionale) soit sa fête (Espagne). Plus que partout ailleurs, l'esprit familial imprègne les royautés. C'est ce qui explique que dans les épreuves de la seconde guerre mondiale ces pays (on songe spécialement au Danemark envahi, mais aussi au drame belge) firent preuve de plus de sérénité et de résolution que beaucoup d'autres nations qui précisément, et le cas français est si typique, recherchaient dans la tourmente le « père de la patrie ». On ne cherche pas son père quand on le connaît.

Ainsi, ce qui caractérise le plus le sentiment (ce mot a ici tout son poids) royaliste c'est la part d'affection qu'il introduit dans la vie politique. Les royalistes français de la fin du XIXe siècle, entre eux et franchement, ne devaient pas manquer de juger sévèrement l'absurde intransigeance du Comte de Chambord. C'était la raison. Mais ils attendaient son retour comme le salut de la France. Parce qu'ils aimaient le « successeur » (non l'« héritier ») des lys. Il fallut attendre Alphonse de Bourbon, duc d'Anjou, pour voir revivre, dans le petit cercle, de nostalgie et d'espérance, des légitimistes français cet élan du cœur que seul un communiste (à l'époque où il y avait une foi communiste) a pu connaître et qu'un énarque « communicateur » essaye vainement de saisir avec la même bonne volonté inopérante que lorsqu'il veut frayer avec la France profonde.

M. Jacques Krynen fait cette observation finale, dans son si remarquable ouvrage *L'Empire du Roi. Idées et croyances politiques en France, XIIIe-XVe siècle* ²⁴ : « Mais les Français aiment leur roi. Ils l'aiment, comme ils aiment le royaume, d'un « amour naturel ». L'étude de l'amour comme vertu politique reste à faire. (...) Comprendre la signification des pétitions d'amour qui jalonnent le discours politique est une chose difficile. Là, pourtant, dans la relation psychologique et affective avec le pouvoir, pourrait bien résider la cause la plus profonde de la longue adhésion des Français à l'État monarchique. »

La France est une république de tradition royaliste. C'est de tous les pays d'Europe celui où la presse « princière » se vend le mieux. Alors les Français se consolent

²³ Trad. See, Paris, 1931, T. I, p. 199.

²⁴ Gallimard « Bibliothèque des histoires », 1993, p. 458.

d'avoir trop vite détruit la part de rêve que comporte toute royauté avec la vieille Angleterre et, à défaut, la principauté de Monaco. Depuis 1958, ils ont malgré tout un vrai chef d'État qu'ils veulent aimer et admirer. Sentiment contradictoire et travail d'équilibriste pour le Président de la République qui doit faire vibrer les cœurs en remontant les Champs-Élysées dans le fastueux cortège de la Garde Républicaine (si royale dans sa tenue et ses traditions) et pleurer les chaumières en embrassant son ancienne institutrice.

Lorsqu'un candidat à la présidence de la République ouvre la porte de sa cuisine aux photographes d'un magazine, ce sont les Français qu'il invite ainsi à sa table. Songe-t-il alors à l'antienne jadis chantée pour le couronnement du roi et qui a donné le terme le plus fervent de la devise de la République : « *Quam jucundum habitare fratres in unum* », qu'il est bon d'habiter ensemble comme des frères ? Chateaubriand s'est trompé. Si les Français nourrissent une passion pour l'égalité, ils ne lui ont jamais tout sacrifié. La France fut et demeure, le pays de la fraternité. Ce qui explique les chamailleries et les disputes.

Dès lors les hommes politiques sont bien obligés, bon gré mal gré, d'ouvrir leur porte. La vie privée d'un homme public est bien privée, il y a simplement 56 millions de commensaux.

La vie privée des hommes politiques fait désormais partie de leur vie politique. Elle leur sert à démontrer qu'ils savent autre chose que la langue de bois, qu'ils sont des provinciaux, qu'ils vivent comme tout le monde. Paradoxalement ce n'est pas ici l'intrusion d'autrui dans la vie privée d'une personne, mais exactement l'inverse. Lorsque telle ministre surgit par la petite lucarne, son bébé dont elle vient d'accoucher dans les bras, c'est bien l'émergence de la vie privée d'un dépositaire de l'autorité publique dans la vie politique.

II. — LE DROIT À ÊTRE

Tout cela n'est encore que la vie privée au sens classique. Mais la plus profonde mutation de cette notion, depuis quelques années, tient à ce qu'elle est désormais un droit à l'existence personnelle. Il ne s'agit plus du jardin secret mais de la place publique.

Le droit à être soi-même devient une variante, moderne, démocratique et individualiste du bon plaisir (A) qui, du coup, s'oppose à la vie publique (B).

A. — *Le bon plaisir*

Il n'est que trop évident que c'est bien la conception américaine du « *right of privacy* » qui a inspiré la jurisprudence française sur les transsexuels. On sait que par un retentissant arrêt du 11 décembre 1992²⁵, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

²⁵ B.A.P. n° 13.

a entendu se soumettre à celui rendu le 25 mars 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme ²⁶.

Dans une série d'arrêts du 21 mai 1990 ²⁷, la première chambre civile avait exposé que « l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien. » Prenant le contre-pied de cette affirmation, la formation solennelle de la Cour déclara dans l'arrêt de 1992 que « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du code civil, justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne faisant pas obstacle à une telle modification. »

Juridiquement parlant (laissons momentanément l'équité de côté), cette décision est étonnante. Elle rappelle, *in fine* mais d'une manière catégorique, le principe de l'indisponibilité de l'état et se place sous l'angle de la pathologie. Cela signifie clairement que, contrairement à certaines législations, le droit français, purement prétorien, n'admet pas un « droit au changement de sexe ». Si en Angleterre le Parlement ne peut changer un homme en femme, il en est de même en France pour la Cour de cassation.

Plus encore, la Cour souligne que ce changement ne peut, en réalité, avoir lieu. Ainsi n'y a-t-il pas vraiment de contradiction entre le motif des arrêts de 1990 : « le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé » et celui de l'arrêt de 1992 qui parle d'une « apparence physique la rapprochant de l'autre sexe ». Le transsexuel, envers et contre tout, reste sur l'autre rive.

C'est cette considération qui justifie que la Cour admette, selon ses vues, que le principe de l'indisponibilité de l'état reste sauf. Mais, et c'est ce qui apporte le bouleversement de la solution, alors que la Première chambre civile en tirait une conséquence logique et, peut-être, brutale, à savoir que l'état civil de la personne doit correspondre à sa réalité physique, l'Assemblée plénière parvient à ce tour de force de justifier ce qu'il faut presque dénommer un « faux » au nom du respect de la vie privée.

Car, si on lit bien l'arrêt, que veut-il dire d'autre si ce n'est que ce principe autorise la *modification des papiers* d'un individu alors que l'on admet qu'il reste ce qu'il est. En cela, il s'agit toujours, pour reprendre l'expression d'un auteur, d'un « changement de sexe en mineur » ²⁸.

C'est dire l'importance de ce droit, mais en même temps qui ne voit que le terme de « vie privée » est bien mal adapté à la circonstance. Ce n'est pas de la « vie privée » dont il s'agit mais de la « conception de vie ». La vie privée devient donc, dans notre droit, ce qu'elle est en droit américain, un *principe d'autonomie de l'individu* dans la

²⁶ J.C.P. 1992-II-21955 obs. Th. Gare.

²⁷ J.C.P. 1990-II-21588 rapport Massip, concl. Flippo.

²⁸ J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, th. Paris II, Paris, L.G.D.J. 1993, p. 539. Cf. depuis l'arrêt de 1992, Orléans, 4 janv. 1994, *Juris-Data* n° 040050.

société. Non seulement, il a le droit à son « intimité », mais également à son « libre arbitre ». La vie privée n'est plus une question de jardin secret et d'alcôve. Elle est devenue une question de conscience (C'est ce qui explique l'approche souvent très différente de la notion de vie privée par les privatistes dans les manuels de droit des personnes et par les publicistes dans les manuels de libertés publiques).

Nous sommes en train de passer du « droit au respect de sa vie privée », au « droit de mener la vie de son choix ».

Évolution déterminante pour l'avenir et qui n'est pas suffisamment soulignée par la doctrine française. Citons plutôt le remarquable article de Mme M.-T. Meulders-Klein²⁹ : « Que le droit de préserver son intimité et ses secrets contre les intrusions de l'État ou d'autrui tant pour des raisons politiques que dans le contexte d'une société de masse ait été d'abord proclamé, puis assorti de sanctions juridiques, n'a rien d'étonnant à dater du moment où l'individu commence à s'affirmer face à l'État et à la collectivité. Mais c'est un saut qualitatif essentiel que le passage de la protection du secret et de l'intimité de la vie privée, à l'idée selon laquelle le secret n'est que le moyen d'assurer l'épanouissement personnel de chacun, franchissant ainsi d'un jet le chemin qui sépare le « droit d'être laissé seul » au droit à l'auto-détermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance). »

D'autres auteurs font la même remarque. Lorsqu'en 1973, le Canada abolit la disposition du Code criminel qui qualifiait de crime la simple tentative de suicide « il n'entendait sûrement pas consacrer un droit à la mort, ni implicitement ranger la tentative de suicide dans la catégorie des actes conformes à l'ordre public, ni surtout légitimer moralement celle-ci. □ Il voulait tout simplement renoncer à sanctionner pénalement une conduite ressortissant mieux de la liberté individuelle et de la vie privée. Cette prise de position n'est pas, pour autant, la négation du caractère pathologique de certains suicides, non plus que le symptôme d'un désintéressement social à l'égard de l'aide morale, psychiatrique ou autre à fournir aux candidats à l'acte. *Le geste est simplement un corollaire du respect dû à la liberté individuelle et de la reconnaissance d'une zone, d'une sphère d'intimité où l'État en doit pas intervenir.* »³⁰.

Pourtant à ce propos le Tribunal de grande instance de Paris, par un jugement en date du 15 avril 1995³¹, relativement à une provocation au suicide, confondant les notions de liberté et de droit, ne craint pas d'écrire : « D'un point de vue strictement juridique et abstraction faite de toutes considérations philosophiques ou religieuses, le fait de se suicider ou de tenter de le faire n'est plus pénalement incriminé et, en conséquence, constitue effectivement un □ d r o i t

²⁹ « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RID comp.* 1992.767 et s. et du même auteur « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *Mélanges Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 317.

³⁰ J.-L. Baudouin et D. Blondeau, *Éthique de la mort et droit à la mort*, PUF « Les voies du droit », Paris, 1993, p. 78.

³¹ *J.C.P.* 1996-II-22729 obs. I. Lucas-Gallay.

». De l'absence de sanction découlerait non pas une liberté mais un droit subjectif. Curieux droit que la législation souhaite pour autant la disparition.

Dès lors ne faut-il pas s'étonner, qu'en se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (qui en tant que traités ont une valeur supérieure à la loi nationale) un plaideur ait eu l'idée ingénieuse de contester, devant la Cour de cassation, le statut dirimant de l'enfant adultérin en droit français. Cette restriction de ses droits lui paraissait contraire au droit de mener une vie privée et familiale normale. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation le débouta, le 25 juin 1996. L'arrêt est, comme souvent, elliptique. « Et beaucoup dans la classe juridique demandent pour l'adultérin justice entière, agitant de surcroît la menace des textes internationaux de non-discrimination (la Convention européenne, la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant), sans que du reste soit levé le brouillard, si hériter est vraiment un droit de l'homme. »³².

Mieux que quiconque, ce maître éminent expose le danger qui sourd (même si, à l'évidence, l'équité est du côté de l'adultérin : ne sommes-nous pas issus d'une civilisation qui pardonne à la femme adultère ?) : « La controverse était ainsi ramenée à une bataille de droits subjectifs – de bulles de savon diversement irisées. Il eût été plus réaliste d'y introduire d'emblée le mariage, même si le mot avait l'air de faire mal. C'est l'institution qui commande tout le reste. Fermez les mairies aux mariages : vous n'aurez plus d'enfants adultérins. Mais, en attendant, les couples qui se sont mariés ont reçu de l'État la garantie d'un monopole des effets civils de filiation et d'héritage. En admettant à égalité de droits dans ces effets civils l'enfant d'un autre, l'État fait bon marché du pacte qu'il avait passé avec les époux. Plus grave peut-être : le trouble jeté dans la conception française – occidentale – du mariage. Est-il défendu de penser ethnologiquement ? Le mariage du droit français est essentiellement monogamique. Mais ce n'est pas assez dire : il répugne d'instinct à la polygamie. Il avait résisté aux contagions insidieuses de la période coloniale. Il lui faut maintenant résister à la pression, combien plus obsédante, de l'immigration musulmane. Ce n'est pas qu'il suffise de faire des adultérins les égaux de leur frère légitime pour les unions qui les ont engendrés se convertissent *ipso facto* en mariages virtuels : elles resteront concubinages. N'empêche que, greffé sur le mariage (de premier rang), le statut des adultérins est prêt à recouvrir, au jour du partage, une polygamie recomposée – recomposée en termes de droit français. De la réduction à la demi-part pourrait être au moins escomptée une action de bris-lames. Telle est la nouvelle donne dans la question des adultérins : c'est une *donne politique* : voulez-vous que l'intégration ait toutes ses chances ? »³³.

Pourtant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne fait qu'encourager dans cette voie. À propos des dispositions légales qui règlent l'attribution du nom de l'enfant légitime en Suisse (d'ailleurs d'une manière identique au droit français) elle a pu dire qu'« en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces

³² Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 267.

³³ *Op. cit.* p. 268.

aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine commercial et professionnel. »³⁴. Or, il est remarquable de noter que la Cour se permet de condamner la Confédération helvétique en déclarant que « la différence de traitement litigieuse manque de justification objective et raisonnable et, partant, méconnaît l'article 14 combiné avec l'article 8 » (l'article 14 sanctionne la discrimination et l'article 8 le non-respect de la vie privée).

Commentant cette décision, M. Marguenaud, note bien qu'au regard de la Cour « grande promotrice de méthodes d'interprétation progressive ou évolutive » (...) « l'article 8 de la Convention ne sert pas seulement à protéger le secret de la vie privée : il permet, lui, d'assurer aussi la liberté de la vie privée. Cette autre fonction de l'article 8 a été particulièrement bien mise en évidence par la Cour de Strasbourg dans un récent arrêt *Niemetz* (16 déc. 1992) où elle énonce : « 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 englober dans une certaine mesure le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables. »

On comprend alors la logique (au demeurant relative) de ceux qui veulent réglementer le concubinage. Cette question est souvent agitée par des associations homosexuelles qui y ont un intérêt premier. Mais c'est réduire la portée du débat que de vouloir le restreindre à cette hypothèse. Il existe d'ailleurs une fondamentale différence entre ceux qui, au-delà même du concubinage, veulent un « mariage homosexuel » (comme c'est le cas au Danemark) et ceux qui exhortent les pouvoirs publics à légiférer sur le « contrat d'union civile ». Contrairement aux apparences les deux desseins sont bien distincts. Réclamer un « mariage » homosexuel c'est solliciter une reconnaissance d'un lien affectif particulier par la loi. Vouloir un « contrat » de concubinage, c'est espérer une déréglementation du mariage. Ce n'est pas du tout similaire ; d'un côté, on recherche l'institution, de l'autre on la fuit. Dans le premier cas, certains homosexuels veulent rejoindre une institution qui leur est doublement impossible (le mariage de deux homosexuels est illicite mais celui d'un homosexuel avec une femme – ou l'inverse – est nul) ; dans le second, ce ne sont pas seulement des homosexuels qui revendiquent un ersatz de mariage, ce sont d'ordinaires couples hétérosexuels qui veulent échapper à l'institution matrimoniale pour la précarité d'un contrat révocable *ad nutum*.

Par un étonnant paradoxe notre époque en est venue à ce que les couples de concubins aient obtenu du législateur la faveur de la protection de la loi sur les baux d'habitation (avec des limites, *D.* 1996 som. 366.IV.11). Ainsi l'institution conjugale est réduite au rang d'ordinaire « convention précaire » tandis que l'un des contrats spéciaux des plus classiques prend rang parmi les institutions³⁵. Au nom de la vie privée, l'ordre public se retire du droit de la famille tandis qu'il investit le droit des contrats pour y protéger la partie la plus faible. Le consensualisme si décrié dans les contrats de consommation devient la pierre angulaire de la famille moderne.

³⁴ CEDH 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, *D.* 1995.5 note J.-P. Marguenaud.

³⁵ Jean-Jacques Neuer □ « Le contrat-institution », *Petites Affiches* du 13 juin 1995, n° 73, p. 4.

Étrange logique, à la vérité, d'une société qui voit un ministre des Affaires sociales et de la Solidarité familiale, en 1984, déclarer que « chacun doit pouvoir librement construire sa famille en fonction de ses propres valeurs morales » et qui, dix ans après, trouve normal de maintenir dans le Code pénal les sanctions (si atténuées qu'elles deviennent symboliques, mais de quoi ?) contre le prêtre qui s'aviserait de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil ?³⁶.

Le danger à vouloir résoudre une question de droit public par une solution de droit privé fut assez patent dans les circonvolutions de la jurisprudence relativement à la polygamie³⁷. S'agissant du regroupement familial et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne visant la notion de « vie familiale normale », le Conseil d'État, dans un premier temps, admis le respect de la famille polygamique³⁸. Mais finalement le législateur déclara (art. 29 de la loi du 24 août 1993) que « lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint » et le Conseil constitutionnel par sa décision, pourtant critique, du 13 août précédent³⁹ ne put que déclarer « que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que, dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution » bien qu'ayant fixé en principe préalablement qu'« il résulte des principes généraux du droit et notamment du Préambule de la Constitution auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France, ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; ce droit comporte, en particulier, la faculté pour les étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs. » Où l'on voit que le « *jus civile* » déroge toujours au « *jus gentium* ».

Autre exemple, celui du « foulard islamique », que l'on nous permettra d'exposer brièvement tant il nourrit désormais un contentieux d'autant plus inextinguible que le Conseil d'État prend une position voulant satisfaire tout et son contraire, ce qui revient à ne pas prendre de position claire. L'incohérence est ici dans le « politique » et non le « juridique ». De la sorte un arrêt du 9 octobre 1996⁴⁰ en vint à résumer parfaitement l'état de la jurisprudence, en expliquant que « le principe de la laïcité de l'enseignement public qui résulte notamment de ces dispositions (la Déclaration de 1789, la Constitution et la loi du 10 juillet 1989) et qui est un élément de la laïcité de l'État et de neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves. [...] La liberté ainsi reconnue aux

³⁶ Th. Revet □ « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *J.C.P.* 1987-I-3309.

³⁷ Pierre Kayser, « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français », *J.C.P.* 1993-I-3679 ; F. Julien-Lafferrière « Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ? » *D.* 1992 chr. p. 291 et s..

³⁸ CE ass. 11 juillet 1980, *J.C.P.* 1981-II-18629, concl. Rougevin-Baville, *Rev. crit. DIP* 1981.658, note J.-M. Bischoff.

³⁹ *J.C.P.* 1993-III-66372.

⁴⁰ *D.* 1996 IR 247.

élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité. »

Partant de là qui ne voit que cet arrêt repose sur un défi : la laïcité proclamée, la laïcité vaincue ; ce qui met particulièrement en relief les nombreux écrits de Mme Koubi ⁴¹. Soit, en plus clair, la vie privée contre la vie publique. Cette spécialiste de la question écrit (à propos de l'adjonction de jours fériés israéliens à ceux traditionnels fixés par la législation du travail se rapportant... à une bulle du Pape Pie VII) que « le respect de la liberté de conscience étant assuré par les principes de laïcité et de neutralité, les devoirs qu'imposent l'apprentissage et l'exercice de la citoyenneté ne sauraient se voir opposer de limites au nom de principes d'ordre divin. » (D. 1995.484 note sous CE 14 avril 1995). Fort bien, maintenant transposons ce propos sous l'arrêt de la Cour de cassation relatif aux transsexuels, *quid juris* ? La jurisprudence de la Cour de cassation sur les transsexuels et celle du Conseil d'État sur le foulard islamique ont donc les mêmes fondements : respect des désirs individuels. Il arrive simplement que ceux qui revendiquent le plus de droits pour les transsexuels soient plus hostiles envers les jeunes islamistes.

Cette profonde modification de l'esprit de la laïcité « à la française », aigre fruit de l'intolérance (réciproque) et mûri au soleil de la tolérance, est l'une des marques des plus tangibles de l'influence de la liberté individuelle sur les libertés publiques. Mieux que quiconque le commissaire du Gouvernement, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 2 novembre 1992 l'avait clairement exprimé : « La laïcité n'apparaît plus comme un principe qui justifie l'interdiction de toute manifestation religieuse. L'enseignement est laïc non parce qu'il interdit l'expression des différentes fois mais au contraire parce qu'il les tolère toutes. » De cette manière il n'est que trop certain que la laïcité se mue en liberté de conscience ⁴².

Pourtant l'individu ne triomphe pas pleinement en droit français. La notion d'ordre public vient encore brider les élans absolutistes du principe du respect de la vie privée. La vie privée doit céder devant certaines exigences sociales. Ainsi ne peut-on qu'approuver la Cour de cassation lorsqu'elle affirme que, « si toute personne est en droit, notamment pour échapper aux indiscretions ou à la malveillance, de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, de telle sorte qu'en principe sa volonté doit être sur ce point respectée par les tiers, il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein *illégitime* de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers. » ⁴³.

De même, la jurisprudence de la Cour de cassation est nettement fixée en ce qui touche le constat d'adultère : l'article 9 n'y fait pas obstacle ⁴⁴. Plus récemment, on a pu juger que le père supposé d'un enfant ne peut s'opposer à un examen comparatif des sangs ordonné par la justice avant de se prononcer sur une action à fins de subsides en

⁴¹ En particulier : « Droit à la différence, droit à l'indifférence », *RTDH*, 1993.243

⁴² G. Koubi, *Petites Affiches* 1990, n° 3, p. 6 et s..

⁴³ 1ère civ., 30 juin 1992, D.1992.421 note P. Guiho ; voir art. 39 de la loi du 9 juillet 1991 sur les voies d'exécution à ce sujet.

⁴⁴ En dernier lieu : 1ère civ., 18 nov. 1992, B. I, n° 285.

invoquant le respect de sa vie privée⁴⁵ et qu'en son principe, une enquête sociale est une ingérence légitime dans la vie privée et familiale, à condition toutefois d'être nécessaire⁴⁶.

Il faut bien dire qu'il serait un peu étrange qu'à l'heure où le droit international public invente un mythique « droit d'ingérence » (le devoir de porter secours fait-il archaïque ?) le droit privé en vienne à systématiser jusqu'à l'absurde le « droit à la non-ingérence ».

B. — *Vie privée contre vie publique*

Inévitablement, dans le même temps, comment ne pas observer l'évolution de la jurisprudence en ce qui touche le rôle de la vie privée au regard de la vie professionnelle.

On sait, en effet, que la vie privée peut justifier la rupture du contrat de travail en droit privé ou une destitution en droit public. Pourtant, il n'est plus permis de se fier aux références de la jurisprudence ancienne.

Par un arrêt, qui retint l'attention, la chambre sociale, le 17 avril 1991⁴⁷, dans l'affaire du sacristain homosexuel, a affirmé que « si le comportement du salarié, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière », il peut être licencié. Mais on soulignera bien l'évolution de la jurisprudence, qui n'est certainement pas aussi révolutionnaire qu'il apparaît et qu'on a bien voulu le dire.

Dans l'ancienne jurisprudence dite des entreprises de tendance (on songe spécialement à la question des enseignants divorcés remariés de l'enseignement catholique) le seul fait de ne pas respecter la morale enseignée par l'Église était un motif de licenciement. L'arrêt de 1991 (qu'il faut, d'ailleurs expliquer comme une suite logique, et non comme un arrêt isolé, du revirement sur le critère objectif de la perte de confiance : arrêt *Dame Fertray* du 29 novembre 1990, B. VI, n° 597 « un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs », c'est cette décision qui comporte le principe dont l'arrêt d'avril 1991 n'est qu'un cas d'espèce) ne dit pas qu'il est interdit à un curé de licencier son sacristain homosexuel. Il ne dit pas, non plus, qu'il peut le faire pour ce seul motif : « ces textes interdisent à l'employeur de congédier le salarié pour *le seul motif* tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses ». Notons bien que cet arrêt n'est, ni de près ni de loin, une application de la loi (pénale) sur la non-discrimination en raison des mœurs. Très nettement, il expose que si cette exception sexuelle, du fait du magistère de l'Église, est une source de scandale alors le licenciement est justifiable.

On voit bien le déplacement du critère. Le sacristain ne pourra être licencié parce qu'il est homosexuel mais il pourra l'être si son homosexualité porte atteinte à la sérénité de la paroisse : la cour d'appel « s'était bornée à mettre en cause les mœurs du

⁴⁵ Versailles, 2 juill. 1992, *Juris-Data* n° 044116.

⁴⁶ Versailles, 9 juin 1988, *D.* 1990 som. 239, obs. D Amson.

⁴⁷ *Bull. civ.* V, n° 201 ; *JCP* 1991-II-21724 obs. crit. Sériaux.

s a l a r i é

s a n s

a v o i r

constaté

d'agissements de ce dernier ayant créé un *trouble caractérisé* au sein de l'association » (la cour avait considéré qu'il y avait « risque » d'un scandale et non « commission » d'un tel scandale, CA Paris, 30 mars 1990, *D.* 1990.596 1ère esp. note Villaceque). Un arrêt du 22 janvier 1992⁴⁸ dira encore plus nettement que la cour d'appel n'avait pas relevé de « *trouble objectif* ». Ce qui démontre bien que l'arrêt sur les mœurs du salarié se trouve simplement dans la continuité de l'arrêt *Dame Fertray*. Application, au fond, banale du précepte évangélique sur le scandale. Mais enfin il en résulte, pour notre propos, que le sacristain est, bel et bien, en droit d'avoir une vie privée non conforme avec ce qu'exige l'apparence de sa vie professionnelle. Là, c'est saint Paul qui viendra à son secours.

Le rapprochement entre cet arrêt et un autre du 21 février 1990 n'a pas suffisamment été fait. Un salarié entretenait des relations sexuelles avec une fille mineure de son supérieur hiérarchique, dans la mesure où un tel comportement, qui portait atteinte au pouvoir de commandement et à l'autorité de ce dernier, en ayant provoqué un scandale local, le licenciement fut légitime (*a contrario* : « n'a pas de cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée en raison de sa liaison avec un membre du personnel de l'entreprise, l'employeur n'apportant pas la preuve que le comportement de l'intéressée eût occasionné le moindre scandale dans l'entreprise ou lui eût causé le moindre préjudice »⁴⁹).

Le critère est donc bien là : la vie privée ne peut justifier un licenciement que si elle est source d'un désordre dans la vie professionnelle. Il est exposé avec limpidité dans un arrêt de la Chambre sociale du 20 novembre 1991⁵⁰ : « Si, *en principe*, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est *autrement* lorsque le comportement de l'intéressé compte tenu de ses fonctions et de la *finalité propre* de l'entreprise a créé un *trouble*

⁴⁸ *Bull. civ.* V, n° 30.

⁴⁹ *Soc.*, 30 mars 1982, *Juri-soc.* 1982, F 53

⁵⁰ *Bull. civ.* V, n° 512 ; *idem* 22 janvier 1992, *Bull. civ.* n° 30.

caractérisé au sein de cette dernière. » Hormis ce cas, elle s'en distingue radicalement ⁵¹.

Ainsi « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. » ⁵².

On vérifiera aussi cette évolution dans la fonction publique. Le statut général de 1959 et en particulier celui de 1958 pour la magistrature exigeait une « bonne moralité ». Ce que ne veut pas l'administration c'est le scandale.

S'agissant de la vie privée, on cite toujours, par habitude, un vieil arrêt du Conseil d'État de 1958 relatif à la révocation d'un professeur d'une faculté des lettres qui avait entretenu des relations jugées à l'époque condamnables avec une de ses étudiantes. Mais quand on veut bien lire la jurisprudence, qui heureusement n'est pas pléthorique, on voit toujours le même motif : « jeter le discrédit sur la fonction » (Exemple : CE 24 juin 1988, pour un agent des P.T.T. ayant tiré sur son voisin, sanction disciplinaire justifiée par « son comportement, qui a porté atteinte à la réputation de son administration »).

Un tel contrôle ne fait que régresser. Le statut du 13 juillet 1983 a supprimé l'exigence d'une bonne moralité pour devenir fonctionnaire, il suffit de ne pas avoir au « B2 » du bulletin judiciaire une condamnation dont le prononcé serait incompatible avec l'exercice de la fonction visée. La loi organique du 2 février 1992 modifie également par un article 12-2 l'ordonnance de 1958 portant statut de la magistrature en indiquant que dans le dossier d'un magistrat « il ne peut y être fait état ni de ses opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques, ni d'éléments relevant strictement de sa vie privée ».

Ainsi un arrêt du Conseil d'État du 13 juin 1990 ⁵³ admet la révocation d'un C.R.S. Le motif est d'autant plus intéressant qu'il renforce l'interprétation de l'arrêt relatif au sacristain de St-Nicolas. Il se trouve que ce policier avait les mêmes préférences que celles qui, rapporte-t-on, nourrissaient le courage des soldats d'Alexandre le Grand. À lire de près l'arrêt le motif de la sanction n'est nullement l'existence d'une homosexualité (nous ne sommes pas en Grande-Bretagne) mais le fait que ledit C.R.S. ait donné asile à un mineur en fuite. Ce n'est pas pareil. On peut certainement soutenir que ce policier avait une vie privée « hors normes ». Cela n'interfère pas sur son statut. C'est parce que sa vie privée devient « hors la loi » que la sanction tombe. Les choses sont parfaitement limpides : un homosexuel a des droits, mais il est à des devoirs. Avoir des droits ce n'est pas avoir tous les droits. Disposer d'une liberté ce n'est pas être libertaire. Ces deux décisions se combinent pour, en réalité, banaliser la place des mœurs sexuelles dans la vie publique. La vie publique n'a plus à s'intéresser à la vie privée ordinaire.

⁵¹ F. Kernaleguen « Brèves remarques sur la vie privée du salarié », *Mélanges Blaise*, 1995, p. 269 s. ; J. Savatier « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 1992.329 ; P. Gulphe « De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français » *JCP* 1990-I-15736 ; O. de Tissot « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.* 1995.222 et s.

⁵² Soc., 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 519, *D.* 1992.73, concl. Y. Chauvy.

⁵³ *AJDA* 1990.837 obs. Salon ; *RD publ.* 1990.884 ; Yves Madiot, *Droits de l'homme*, 2e éd., Paris, 1991, p. 182.

Si l'on se reporte à la vérification de la moralité pour l'entrée dans un ordre de profession libérale (les avocats en particulier) on constatera la même séparation. Les décisions soulignent que les traits de la vie privée ne sont retenus que lorsqu'ils révèlent une inaptitude à l'exercice de la fonction envisagée. Une cour d'appel est approuvée au motif que « c'est par une appréciation souveraine (qu'elle a) retenu que X... ne possédait pas les qualités nécessaires pour exercer la profession d'avocat »⁵⁴.

Salariés du secteur privé, fonctionnaires, professions libérales, la jurisprudence est identique : la vie privée n'a pas à intervenir dans la vie professionnelle sauf lorsque l'individu trouble cette dernière par le comportement de la première.

Tel est le paradoxe, que saisit si vivement le juriste. Le Français de la fin du XX^e siècle réclame à la fois plus de droits pour l'individu envers la société tout en s'opposant à cette même société. Contradiction ou équilibre ?

Université Toulouse 1 - Sciences Sociales
Place Anatole France
31042 Toulouse Cedex

⁵⁴ 1^{ère} civ., 7 fév. 1989, B. I, n° 61 ; ou *contra* 1^{ère} civ., 7 juil. 1987, D. 1988 som. 233 obs. Brunois.