

Protection de la vie privée et *privacy* : deux traditions juridiques différentes ?

Jean-Louis HALPÉRIN - Professeur École normale supérieure, Institut Universitaire de France, UMR 7074 Centre de Théorie et d'Analyse du Droit

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 48 (DOSSIER : VIE PRIVÉE) - JUIN 2015 - P. 59 À 68

Résumé : Le « *Right to privacy* » et « le droit au respect de la vie privée » constituent-ils deux traditions juridiques différentes, l'une née dans le droit nord-américain qui serait fondée sur la protection de la liberté et l'autre développée en droit français qui correspondrait à une défense de la dignité humaine ? En discutant la thèse avancée en 2004 par James Whitman dans le *Yale Law Journal*, nous proposons une perspective historique qui met en parallèle les évolutions des deux notions en France et aux États-Unis, puis s'interroge sur la stylisation de traditions juridiques autour de standards juridiques assimilés à des valeurs protégées.

En 2004, James Whitman, professeur à la *Yale Law School* et spécialiste reconnu de l'histoire du droit dans la longue durée ⁽¹⁾, publiait un article développé et important : « *The Two Western Cultures of Privacy : Dignity v. Liberty* » ⁽²⁾. James Whitman part de l'incompréhension réciproque que manifestent aujourd'hui Américains et Européens sur le terrain de la protection de la vie privée : de chaque côté de l'Atlantique, l'opinion publique tend à estimer que cette protection est lacunaire ou insuffisante sur l'autre rive de l'Océan, comme si le *right to privacy* et le respect de la vie privée étaient des « faux amis », des pièges pour les traducteurs et les comparatistes croyant à tort rapprocher deux concepts, ou standards, qui auraient en réalité deux domaines d'application et deux fondements différents. L'étude de James Whitman s'appuie sur une abondante littérature américaine qui a souligné la polysémie de ce *right to privacy* et les multiples usages de cette expression depuis son « invention » par l'article de Warren et Brandeis en 1890 ⁽³⁾. Dans la célèbre décision de la Cour suprême des États-Unis, *Griswold v. Connecticut* (1964), le juge Black avait exprimé une opinion dissidente en mettant en avant les risques de l'usage d'un concept de *privacy* « large, abstrait, ambigu » ⁽⁴⁾. Commentant un livre de Jeffrey Rosen, dénonçant en 2000 la « destruction de la *privacy* » aux États-Unis à travers la diffusion de correspondances privées sur Internet ⁽⁵⁾, Robert Post avait distingué en 2001 trois concepts de *privacy*, fondés respectivement sur la révélation indue (source de connaissance pour le public ou *knowledge*) de faits de la vie privée, l'atteinte à la dignité des personnes ou à leur liberté ⁽⁶⁾. Prenant appui sur l'analyse de Richard Post, rejetant le premier aspect (considéré comme une rupture d'une relation de confiance) en dehors du domaine de la *privacy*, James Whitman retient les deux idées-forces de dignité et de liberté pour opposer une tradition culturelle européenne en faveur de la protection de la dignité (le droit au respect de la vie privée étant un élargissement de la notion d'honneur remontant à l'Ancien Régime ⁽⁷⁾) et une tradition américaine centrée sur la défense de la liberté face à l'État. Relevant après d'autres, à commencer par Warren et Brandeis en 1890 ⁽⁸⁾, l'ancienneté des références à la vie privée dans le droit français (notamment dans la loi sur la presse du 11 mai 1868), James Whitman accorde de longs développements à l'histoire juridique française, présentant même l'article de Warren et Brandeis comme l'échec d'une tentative de « transplant » d'un concept d'origine française dans le droit américain. Notre collègue américain insiste, à plusieurs reprises, sur le fait que ce contraste n'est pas absolu et qu'il faut éviter les généralisations abusives sur les droits européens et sur le droit américain. Le recours à la technique de l'idéal-type, qui repose sur l'exagération des traits constatés empiriquement, comme la stylisation des ordres juridiques, qui amène à simplifier les caractéristiques d'un ensemble de règles pour les confronter avec un autre ensemble, font partie de la démarche habituelle des comparatistes et des historiens du droit. Nous n'entendons pas ici remettre en cause l'utilité d'une telle confrontation entre protection de la vie privée et *privacy* dans l'histoire des droits français et américain. Notre propos est, d'abord, de revenir sur les deux itinéraires historiques pour questionner leurs éventuels points de contact (I), puis de nous interroger sur les références à de prétendues traditions culturelles ou juridiques (II).

I – Deux parcours historiques différents et relativement complexes

L'antériorité de la reconnaissance de la protection de la vie privée revient, de manière incontestable, au droit français par rapport au droit américain. C'est au cours d'un débat d'août 1791 sur la relecture (qu'on appelait alors « révision ») de la Constitution de 1791 que s'est posée la question des garanties et des limites de la liberté de la presse, sachant que l'Assemblée Constituante n'avait pas voté de loi sur la presse (une situation qui perdura pendant toute la Révolution). Dans un climat de suspicion à l'égard de la presse la plus révolutionnaire, accusée par de nombreux Constituants d'appeler à la désobéissance aux lois, fut voté un article (inséré dans le chapitre V, titre III, article 17 de la Constitution de 1791) qui limitait les délits de presse à la provocation aux crimes et délits, à la calomnie volontaire contre les fonctionnaires publics et aux « calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit relatives aux actions de leur vie privée » ⁽⁹⁾. En dépit de profonds désaccords entre

les révolutionnaires sur la liberté de la presse, il existait un consensus politique pour sanctionner seulement les mensonges (les calomnies sont opposées aux vérités même blessantes que les « hommes vertueux » n'auraient pas à craindre) publiés sur la conduite des « fonctionnaires » (regardant donc la vie publique, le terme de « fonctionnaires » s'appliquant alors à tous ceux qui exerçaient une fonction publique, y compris un mandat électif) et de l'ensemble des personnes (relativement à leur vie privée). Si cette notion de « vie privée » était inconnue du vocabulaire de l'Ancien Régime, la démarche des Constituants s'inscrivait dans la ligne des textes consacrés aux « injures » à la fin de l'Ancien Régime (le *Traité des injures dans l'ordre judiciaire* de l'avocat Dareau était paru en 1776 après les violents pamphlets publiés contre le chancelier Maupeou et avant le développement de la campagne ordurière contre Marie-Antoinette), qui commençait à réunir injures et calomnies autour de ce qui allait devenir la notion de « diffamation » (ce terme, évoquant l'atteinte à la réputation, était employé de manière épisodique depuis le XVI^e siècle).

La seconde étape correspond à la première définition légale de la diffamation donnée par la loi, d'inspiration plutôt libérale, sur la presse du 17 mai 1819 (une des trois lois « de Serre »). L'expression « vie privée » n'apparaît pas dans la loi, mais elle n'était pas ignorée des contemporains. Elle se trouvait au centre du discours de Royer-Collard (27 avril 1819) avec ses fameux propos : « 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 ». L'argumentation de Royer-Collard justifie le dispositif de la loi : pour les diffamations à l'égard des dépositaires ou agents de l'autorité publique, l'exception de vérité est admise de la part des organes de presse (avec pendant une partie du XIX^e siècle la compétence des cours d'assises), tandis que pour la diffamation envers les particuliers, la preuve de la vérité des faits allégués est interdite (en combinaison avec la compétence des tribunaux correctionnels pour assurer une répression efficace). S'agissant des personnes diffamées « à raison de leur fonction et de leur qualité », les tribunaux avaient donc à délimiter ce qui concernait l'exercice des fonctions publiques et ce qui touchait le domaine de la vie privée, particulièrement bien protégé puisque l'exception de vérité était interdite aussi bien à l'égard des fonctionnaires que des particuliers. La loi sur la presse du 29 juillet 1881 ne changea pas fondamentalement cette situation. La mention de la vie privée dans l'éphémère loi du 11 mai 1868 (correspondant à un premier recul de la censure au début de l'Empire libéral) sanctionnant, comme une simple contravention, toute révélation non autorisée d'une information « relative à un fait de la vie privée », fut un épisode très court.

De la jurisprudence relative aux lois de 1819, 1868 et 1881, il ressort que la vie privée n'était que très partiellement protégée contre les révélations non autorisées par voie de presse. Tout d'abord, il fallait une diffamation, la diffusion d'une simple information (même non autorisée par la personne concernée) ne constituant pas à elle seule une atteinte à l'honneur ou à la considération. Toutefois, la conception que l'on avait au XIX^e siècle du « secret des familles » amenait les juges à considérer comme diffamatoire toute information sur un comportement susceptible d'être critiqué et donc de nuire à la considération de la personne concernée. Révéler une filiation naturelle (même reconnue) ou un concubinage (en soi légal) risquait ainsi d'aboutir à une condamnation du journal qui avait donné cette information. Par ailleurs, les personnes publiques avaient le droit de préserver leur vie privée et de grandes chances de gagner un procès en diffamation, l'exception de vérité étant interdite, et la jurisprudence des années 1880-1890 étant favorable à la « divisibilité » des actions en cas d'imputations portant à la fois sur des faits de la vie publique et sur des faits de la vie privée (ce qui signifiait la compétence des tribunaux correctionnels réputés plus répressifs à l'égard de la presse).

La jurisprudence esquissa, sous la Troisième République, deux développements qui peuvent apparaître comme précurseurs. Dans un arrêt de 1874 (un des rares qui s'appuie sur la loi de 1868), la révélation par un journal du nom des participants (dont des parlementaires) au pèlerinage de Notre-Dame d'Estang fut considérée comme une atteinte à la vie privée, alors que ce pèlerinage s'était déroulé en public : la Cour de cassation étendit la protection de la vie privée du « domicile des citoyens » aux faits « du domaine intérieur », relevant de la « liberté de conscience »⁽¹⁰⁾. Plus tard, au début du XX^e siècle, les cours furent plus favorables à l'indivisibilité des faits diffamatoires (permettant aux journalistes de prouver la vérité des faits devant les cours d'assises, puis d'invoquer leur bonne foi). L'ordonnance du 6 mai 1944, prise par le Gouvernement provisoire dans la perspective de révélations à venir sur les faits de collaboration (que les journaux pourraient faire à l'égard de simples particuliers), étendit l'exception de vérité aux procès (désormais de la seule compétence des tribunaux correctionnels) concernant les particuliers, mais en exceptant les faits de la « vie privée » dont la mention faisait ainsi son retour dans la législation.

C'est dire qu'il faut attendre les années 1960 pour que se développe un nouveau contentieux, sur la base d'actions en référé, de la part de célébrités (le plus souvent des vedettes du cinéma ou de la chanson) se plaignant de révélations indues d'informations ou de photographies concernant leur vie privée. Du terrain pénal de la diffamation, on était passé au terrain civil en invoquant d'abord une faute au sens de l'article 1382 du code civil, puis une atteinte au droit à l'image sans prendre la peine d'un visa d'un texte législatif. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 27 février 1967 en faveur de Brigitte Bardot, fut le plus connu de cette série jurisprudentielle⁽¹¹⁾. C'est la loi du 17 juillet 1970, destinée à garantir les droits individuels des citoyens dans la procédure pénale comme dans leur intimité, qui inscrivit avec force (« chacun a droit au respect de sa vie privée ») la protection de la vie privée (de manière symbolique au début du code civil, à l'article 9) dans le droit français, avec d'importantes garanties en matière civile et pénale (sous la forme de la création de divers délits d'atteintes à la vie privée). Si l'exemple américain fut invoqué dans la doctrine, nous y reviendrons, cette législation apparaît plutôt comme une amplification d'un mouvement

jurisprudentiel relativement récent, du moins en matière civile(12).

Le parcours du droit américain apparaît très différent et n'a pas abouti à une loi (qu'elle soit fédérale ou d'État) protégeant la vie privée du double point de vue civil et pénal. Partant en 1890 d'un article doctrinal, dépourvu à ce titre de toute autorité, ce parcours débute avec des procès sur l'usage publicitaire de noms de famille ou de photographies sans l'autorisation des personnes concernées. Après plusieurs décisions ayant refusé de considérer ces comportements comme des *torts*, les juridictions d'État commencent à donner raison aux plaignants à partir de l'affaire *Pavesich* tranchée par la Cour suprême de Géorgie en 1905 (13). Un *case law* se développe timidement, dont le *Restatement of Torts* de 1939 tient compte, et plus d'une vingtaine d'États se dotent d'une législation pour reconnaître ce nouveau cas de responsabilité civile. Aux révélations publiques (par les journaux ou par le cinéma) d'informations sur des faits de la vie privée (souvent susceptibles de porter atteinte à la considération de la personne concernée, un *leading case* de 1931 portait ainsi sur la vie passée de prostituée d'une femme mariée) s'ajoutent les attributions fausses d'une opinion ou d'une image à quelqu'un (un mensonge), les usages non autorisés du nom ou de la photographie d'une personne à des fins publicitaires ou commerciales, enfin les intrusions dans les maisons (ainsi que dans les locaux occupés «*privativement*» dans un hôtel ou un bateau) ou dans les conversations téléphoniques (les premiers cas d'écoute se présentant dès les années 1930).

C'est ce dernier terrain qui peut expliquer le lien effectué avec le IV^e Amendement (interdisant les fouilles et perquisitions «*sans raison*») par deux décisions célèbres de la Cour Suprême : *Grissold v. Connecticut* (1965, sur l'emploi de moyens contraceptifs par des personnes mariées, un raisonnement analogue est utilisé en 1973 dans la décision *Roe v. Wade* sur l'avortement) et *Katz v. USA* (1967, sur les écoutes téléphoniques qui ont fait l'objet la même année de la décision *Berger v. New York*). Le *right to privacy* apparaît désormais comme un droit constitutionnel, rattaché au IV^e Amendement (ou à sa «*pénombre*»), qui peut conduire à l'invalidation de lois y portant atteinte. Le Congrès fédéral se saisit de la question des écoutes téléphoniques, les soumettant à l'autorisation du juge par une loi de 1968, avant d'adopter des textes spécifiques sur la sécurité nationale (1986), sur le courrier électronique (dès 1986) et d'élargir considérablement les possibilités de surveillance par le *Patriot Act* d'octobre 2001. Dans les décennies 1960 et 1970, le *tort* d'atteinte à la *privacy* s'est développé, donnant lieu à plus de précision dans le deuxième *Restatement of Torts* de 1976, mais en se heurtant dans de nombreux cas à la protection de la liberté de la presse par le I^{er} Amendement(14). Bien qu'ayant son origine, comme en France, dans le développement de la presse «*à scandale*», le *right to privacy* a plutôt prospéré aux États-Unis sur le terrain du droit constitutionnel au libre épanouissement de sa personnalité, trouvant plus récemment une confirmation dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême sur les droits des homosexuels face aux lois anti-sodomie (la décision *Lawrence v. Texas* de 2003 renversant *Bowers v. Hardwick* qui, en 1986, avait refusé d'étendre la *privacy* à cette situation).

C'est du fait de l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme et de son article 8, lui-même inspiré de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (qui a créé une rencontre entre René Cassin et les juristes américains et peut-être un échange d'informations entre le droit américain de *privacy* et le droit français, alors peu développé, de la protection de la vie privée) que la France a connu aussi, plus tardivement et par l'intermédiaire du contentieux des étrangers (associant protection de la vie familiale à celle de la vie privée, la première mentionnée par l'arrêt *GISTI* du Conseil d'État du 8 décembre 1978, la seconde n'étant isolée qu'à partir de l'arrêt *Soudani* du 19 mars 1997), une extension du domaine d'application de la protection de la vie privée, puis (à propos de la vidéosurveillance) une reconnaissance explicite encore plus récente par le Conseil constitutionnel (94-352 DC du 18 janvier 1995 et 2010-604 DC du 25 février 2010). On voit que les évolutions, des deux côtés de l'Atlantique, présentent diverses configurations historiques et qu'une partie de ces différences s'expliquent par des caractères structurels propres au droit américain (la force du I^{er} Amendement, la structure fédérale, le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, l'absence d'un *tort* de *privacy* dans la tradition de *common law* qui s'est maintenue au Royaume-Uni) et au droit français (l'ancienneté des règles du code civil sur la responsabilité, le développement de la diffamation sur le terrain pénal, l'intervention du législateur en 1970, le caractère tardif du contentieux constitutionnel en la matière). Peut-on conclure de cette divergence des processus à une opposition dans les contenus attachés à la protection de vie privée entre une tradition fondée sur la dignité et une autre fondée sur la liberté ?

II – Du parallélisme plutôt que de la transplantation

L'argumentation de James Whitman rattache la protection de la vie privée en France à une forte valeur juridique et symbolique qui serait celle de la «*dignité*» dans notre pays, alors qu'elle révélerait de la «*liberté*» aux États-Unis. Plutôt que la référence à la notion de «*dignité*», récente et controversée, il nous semble plus conforme à la réalité historique de souligner les liens entre protection de la vie privée et honneur dans le droit français(15). L'idée de mettre à l'abri la vie privée de divulgations non autorisées a été associée, dès la Révolution française, aux risques d'atteinte à l'honneur et à la réputation. Faut-il, pour autant, en conclure à une survivance, dans le droit français post-révolutionnaire, d'une conception aristocratique de l'honneur qui s'appuierait sur un modèle élitiste de dignité ou de décence des personnes connues ou titulaires d'un mandat public, formant à ce titre une nouvelle «*noblesse*» ? Il nous semble que cette généralisation sous-estime la multiplicité des conceptions de l'honneur et de la «*considération*» (les deux mots sont employés dans la définition de la diffamation par la loi de 1819) qui se sont chevauchées dans le temps au cours des débats parlementaires et au fil des décisions judiciaires depuis 1789. Alors que les révolutionnaires

associaient l'honneur à la vertu et en tiraient la conséquence que seules les calomnies devaient être poursuivies, les parlementaires et les juges du XIX^e siècle songeaient plutôt à l'honneur des familles en mêlant valeurs aristocratiques et bourgeoises. L'on peut certes considérer que seules les personnes célèbres pouvaient faire l'objet d'articles diffamatoires dans la presse et que les prétoires étaient difficilement accessibles aux « anonymes » ou aux plus pauvres dont la réputation avait été atteinte (par exemple, par une fausse accusation de crime parue dans un journal), mais il s'agit là d'une question de coût de la justice qui s'est posée à d'autres époques et dans d'autres systèmes juridiques (incluant celui des États-Unis). La suppression des ordres, intervenue en France bien avant la disparition des privilèges de la noblesse dans beaucoup de pays européens, a fait disparaître des degrés de plus ou moins grande dignité dans la protection de l'honneur. Tout citoyen avait vocation, en fonction de son insertion dans la société (notamment de son implication dans la vie des affaires, fondée sur une réputation commerciale, et de sa participation croissante à la vie publique, par l'exercice de mandats électifs, en tenant compte du passage en 1848 du suffrage censitaire au suffrage universel), à défendre son honneur. Pendant la plus grande partie du XIX^e siècle, cet honneur a été lié à l'idée que la vie privée (envisagée dans l'environnement familial) devait rester confidentielle. Le « secret des familles » avait incontestablement quelque chose d'étouffant pour les individus, mais il aboutissait aussi à reconnaître une liberté de rester en paix derrière le « mur de la vie privée », qui ne nous paraît pas si éloignée du « *right to be let alone* » invoqué par Warren et Brandeis à partir d'une formule du juge Cooley (16).

Aux États-Unis également, le *tort of privacy* protège dans bien des cas la réputation, et donc l'honneur. Les tribunaux ont pu débouter des plaignants dont des faits de la vie privée avaient été divulgués, sans que cette divulgation soit de nature à froisser une personne normale. L'attribution fautive d'une opinion ou d'une expression à une personne, l'utilisation de son portrait pour illustrer un texte avec lequel elle n'a pas de rapport, sont des atteintes à la vie privée dans la mesure où ces faits peuvent avoir une conséquence sur la réputation du plaignant(17). Dans tous ces cas, il n'est pas question à proprement parler de liberté, au sens d'un droit à être protégé contre les immixtions de l'État, mais plutôt d'un droit subjectif (que certains ont qualifié de propriété) sur son image et sa vie privée qui s'exerce à l'égard d'autres personnes privées (des organes de presse ou des agences de publicité).

Dira-t-on alors que c'est la reconnaissance d'un droit constitutionnel à la *privacy*, rattaché au IV^e Amendement sur les fouilles et perquisitions par *Griswold v. Connecticut* (1965), qui a fait diverger le droit américain fondé désormais sur la liberté opposable à l'État d'une conception française restée attachée à l'honneur ? Là encore, une telle schématisation mérite d'être nuancée. La protection du domicile et des correspondances contre les intrusions abusives de l'État est présente dès le code pénal de 1810 (art. 184 et 187), la liberté « politique » (exigeant la transparence des actions des élus) a été le fondement de l'extension de l'exception de vérité dans les procès en diffamation sous la III^e République, la loi de 1970 a expressément associé dans le même texte protection de la vie privée et garantie des droits individuels (en matière de détention préventive), l'impact plus récent de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a fait de la protection de la vie privée un argument contre les actions arbitraires de l'État à l'égard des étrangers comme des citoyens. Des deux côtés de l'Atlantique, *privacy* et protection de la vie privée ont associé, par des voies différentes mais dans des proportions voisines, les notions d'honneur (ou si l'on préfère) et de liberté.

La thèse soutenue par James Whitman, qui introduit lui-même ce type de nuances et de précautions, pose la question plus générale du rattachement d'expressions, de concepts ou de standards juridiques(18) à de prétendues traditions nationales qui s'inscriraient, consciemment ou inconsciemment, dans la culture des juristes et des citoyens en fonction de leur appartenance à un pays. Il y aurait une tradition juridique française de la vie privée distincte de la tradition américaine, en même temps que des interactions constantes entre ces deux traditions. Une telle stylisation suppose des éléments tendant à prouver qu'à chaque étape de l'évolution, au XIX^e et au XX^e siècle, les acteurs (juristes et citoyens, français et américains) aient eu, d'abord, conscience de l'histoire du droit à la vie privée dans leur propre pays, puis aient eu une connaissance au moins minimale de ce qui se passait de l'autre côté de l'Atlantique. Or, sur ce sujet comme d'autres, l'on peut constater que les juristes peuvent progresser sans une vision claire de l'histoire du droit. Du côté français, la doctrine du XX^e siècle ignorait totalement la disposition de la Constitution de 1791 et même la loi sur la presse de 1868 (que Warren et Brandeis avaient eux citées). Les débats sur le droit à l'image, et plus généralement sur les droits de la personnalité, se sont focalisés sur la décision du Tribunal civil de la Seine sanctionnant en 1858 une diffusion (sans autorisation de la famille) d'une image de la tragédienne Rachel(19) en ne citant pas la jurisprudence pénale sur la diffamation qui parlait pourtant de vie privée. La loi de 1970 a été justifiée par les développements de la jurisprudence dans les années 1960 sur les articles de presse relatifs aux vedettes du cinéma ou de la chanson, sans que soit fait mention d'une histoire plus ancienne de la protection de la vie privée. Faut-il rappeler que pratiquement personne ne parlait à l'époque de la Convention européenne des droits de l'homme que la France n'avait pas encore ratifiée ?

De même que Warren et Brandeis avaient été pratiquement les seuls juristes américains à s'intéresser au droit français en la matière, les juristes français ont eu longtemps une connaissance limitée du droit américain de la *privacy*. Sans doute, René Cassin et l'équipe française qui a travaillé à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme ont pu discuter avec la délégation américaine et l'avocat canadien John Humphrey qui ont, les premiers en 1947, introduit la *privacy* dans les discussions sur ce qui allait devenir l'article 12 de la Déclaration.

Malgré le passage d'une formulation proche (mais n'utilisant pas le mot *privacy* remplacé dans la version anglaise par *respect for his private and family life*) dans la Convention européenne des droits de l'homme en 1950, les juristes français étaient peu avertis de ce qu'était la *privacy* aux États-Unis avant les années 1960. Nous en voulons pour preuve l'important article de Robert Badinter sur « le droit au respect de la vie privée » en 1968 qui ne cite pas *Griswold v. Connecticut*, fait des préoccupations des seuls juristes américains le point de départ de la protection légale de la vie privée et donne à l'article de Warren et Brandeis le titre de « *Right of Privacy* » (alors qu'il s'intitule « *The Right to Privacy* »)⁽²⁰⁾. Il ne nous paraît pas démontré non plus que les membres de la Cour de cassation se soient inspirés d'une conception américaine de la *privacy* dans la lecture qu'ils ont faite en 1992 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos des transsexuels⁽²¹⁾. De l'existence de points de contact entre le *right to privacy* américain et la protection de la vie privée française, il ne faut pas conclure à un transplant juridique massif dans un sens comme dans un autre, mais plutôt penser à des évolutions partiellement parallèles qui mêlent des problèmes communs à des structures institutionnelles différentes. De la persistance d'une expression dans le langage juridique d'un pays, il faut prendre garde de ne pas croire à l'essence de concepts ou de traditions qui seraient le propre d'une culture juridique nationale⁽²²⁾.

⁽¹⁾ Parmi ses ouvrages les plus appréciés des historiens du droit, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton, Princeton University Press, 1990 ; *Harsh Justice : Criminal Punishment and the widening Divide between America and Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; *The Origins of reasonable Doubt*, New Haven-London, Yale University Press, 2008.

⁽²⁾ James Whitman, « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity v. Liberty », *The Yale Law Journal*, 2004, 113, p. 1151-1221.

⁽³⁾ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, 1890, 4, p. 193-220.

⁽⁴⁾ Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, coll. « Droit fondamental », p. 694.

⁽⁵⁾ Jeffrey Rosen, *The Unwanted Gaze : The Destruction of Privacy in America*, New York, Vintage Books, 2000.

⁽⁶⁾ Robert C. Post, « Three Concepts of Privacy », *Georgetown Law Journal*, 2001, 89, p. 2087-2098.

⁽⁷⁾ Cette thèse était déjà au centre de l'ouvrage de James Whitman, *Harsh Justice* : l'adoucissement de la répression en Europe serait une extension (vers le haut) de l'honneur aristocratique transformé en dignité des personnes, alors que les Américains auraient procédé à un nivellement par le bas dans le traitement des criminels au nom du principe d'égalité.

⁽⁸⁾ Jean-Louis Halpérin, « L'essor de la "privacy" et l'usage des concepts juridiques », *Droit et Société*, 2005, 61, p. 771.

⁽⁹⁾ Jean-Louis Halpérin, « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et Cultures*, 2013/1, 65, p. 149.

⁽¹⁰⁾ *Dalloz périodique*, 1874, 1, 273.

⁽¹¹⁾ *Dalloz périodique*, 1967, 450.

⁽¹²⁾ Le garde des Sceaux Pleven justifia cette disposition de la loi par l'évolution des techniques et des mœurs qui avait lézardé le « mur de la vie privée », discrète allusion au discours de Royer-Collard : Assemblée nationale, séance du 27 mai 1970, *JO Débats parlementaires* 28 mai 1970, p. 1986.

⁽¹³⁾ William L. Prosser, « Privacy », *California Law Review* 1960, 48/3, p. 383-423.

⁽¹⁴⁾ Richard S. Murphy, « Property Rights in Personal Information : An Economic Defense of Privacy » (1996), in E. Barendt (ed.), *Privacy*, Ashgate, Dartmouth, 2001, p. 53-56.

⁽¹⁵⁾ Bernard Beignier, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1975, p. 57-70.

⁽¹⁶⁾ Jean-Louis Halpérin, « L'essor de la privacy », *op. cit.*, p. 770-771. En faveur d'une divergence entre les conceptions américaines et les conceptions françaises, on pourrait arguer du fait que ce droit d'être laissé seul et tranquille a ses origines, à travers une formule de John Adams, dans la liberté de conscience reconnue aux citoyens américains. Pour autant, l'idée de placer la religion dans la vie privée, pour une bonne part en dehors du droit, est aussi ancienne en France, comme en témoigne l'indifférence religieuse du code civil.

⁽¹⁷⁾ William L. Prosser, *op. cit.*, p. 398-400.

(18) La vie privée ou *privacy* se situerait plutôt du côté des « notions fonctionnelles » que des « notions conceptuelles », selon la distinction opérée par Georges Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP*1948, p. 715-716.

(19) *Dalloz périodique*1858, 3, 62.

(20) Robert Badinter, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP*1968, 2136.

(21) Bernard Beignier, « Vie privée et vie publique », *Archives de philosophie du droit*, 1997, 41, p. 170.

(22) Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, éd. du CNRS, 2013.