

VIE PRIVEE ET CONSTITUTION

Par

Dr. Salma KHALED

Maître assistante à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis

Chaque individu ressent incontestablement la nécessité d'avoir une vie privée et de la protéger de toutes les indiscretions : une intimité, un secret, une confidentialité règne sur toute personne physique.

La protection de la vie privée est rattachée à la liberté du citoyen de s'informer d'une part et de conserver secrètes certaines informations ou données relatives à sa vie intime sentimentale, familiale, professionnelle.¹ Elle exige donc l'existence d'un Etat et la reconnaissance par cet Etat à l'individu d'un ensemble de droits et de libertés. La vie privée serait alors inexistante pour certains peuples sans Etat ou pour ceux auxquels l'Etat ne reconnaît pas un espace de libertés individuelles².

La notion de vie privée trouve son origine dans la tradition libérale anglo-saxonne et dans le concept de tolérance qui s'est développé en 1677³. Cette idée fut reprise en France par Benjamin CONSTANT, défendant la liberté moderne des individus, dans son célèbre ouvrage : « *la liberté des anciens comparée à celle des modernes*⁴ .»

Plus tard, l'assemblée nationale française, sous l'influence de la révolution américaine, adopta la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen le 26/8/1789.

Aux Etats-Unis en 1890, plusieurs écrits ont défendus le droit à une vie privée, cette théorie s'est vite répandue en Europe et fut adoptée par les tribunaux⁵.

¹ Relation amoureuse, affective, amicale, données relatives à sa santé etc.... Les informations touchant à la santé, à la maternité, à la nudité ou encore à la sexualité, sans le consentement de l'individu, constitue une atteinte à sa vie privée. », in Pontier J-M., Droit civil et droits, éd. Presses Universitaires D'Aix-Marseille PUAM, 2005, p.335.

² Dans les dictatures ou encore les régimes dits autoritaires, V °Pontier J-M ; « les éléments relatifs à l'intimité corporelle relèvent de la sphère la plus étroite de la vie privée., Droits fondamentaux et libertés publiques, 7ème éd. Hachette Supérieur, p.6et 7.

³ V° <http://fr.wikipedia.org/wiki/vie-priv%>, site visité le 27/3/2009.

⁴ Ibidem.

⁵ V°Charfeddine Med K., « L'évolution de la protection de la vie privée dans la législation tunisienne », RTD 1997, p.28 (en arabe).

En Allemagne, la protection de la vie privée est l'œuvre de la jurisprudence depuis 1954 un « droit général de la personnalité », se fondant sur le principe de la dignité humaine et sur celui du libre épanouissement de la personnalité⁶.

Subissant l'impact du « Right of privacy » provenant des Etats-Unis, la cour constitutionnelle Italienne a depuis 1973, considéré que parmi les droits inviolables figure : « le droit à la dignité, à l'honneur, à la responsabilité, à l'intimité, à la discrétion, à la réputation. »

Dans les pays anglo-saxons essentiellement en Grande Bretagne et aux Etats-Unis, la liberté de la presse étant un droit fondamental aucun texte ne garantit expressément le respect la vie privée. Cependant, les règles de la responsabilité civile sont mises en œuvre en cas d'atteinte ou d'intrusion dans la vie privée d'autrui⁷.

La réclamation des défenseurs de la théorie de la vie privée et l'appel à assurer sa protection, n'a pu se concrétiser, qu'avec la proclamation par les **Nations Unis de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme le 10 décembre 1948** qui affirma dans son **article 12** que : « **Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre telles immixtions ou telles atteintes.** » Le droit à une vie privée fut alors expressément consacré et sa protection universellement reconnue comme un droit de l'Homme.

En **1966 le pacte International des droits civils et politiques** reconnaît la protection de la vie privée dans son **article 17**.

L'article 21 de la Charte Arabe des Droits de L'Homme garantit à son tour une protection de la vie privée.

A l'échelle européenne l'article 8 de la Convention Européenne de la sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoit la même protection.

Cette protection Internationale a eu un écho au sein des législations nationales.

En droit Tunisien, la protection de la vie privée apparaît à travers plusieurs dispositions légales, son introduction dans la constitution s'est faite progressivement.

La constitution de 1959 avait reconnu la protection de certaines composantes de la vie privée à savoir l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, puis en 2002 à l'article 9 fut ajoutée une autre composante de la vie privée, celle relative aux données personnelles.. Un élargissement de la base constitutionnelle des droits fondamentaux, est ainsi mis en œuvre.

⁶ Favoreu L., Gaia P., Ghevontian R., Droit des libertés fondamentales, 4ème éd. Dalloz, Paris, 2007, p. 202.

⁷ www.senat.fr/lc/lc33/lc330.html/

Cette constitution fut suspendue puis remplacée par celle du 26/1/2014 qui a expressément cité la vie privée comme étant l'un des droits fondamentaux que l'Etat protège.

L'article 24 inséré dans un chapitre intitulé « Droits et Libertés » prévoit que : « l'Etat protège la vie privée et l'inviolabilité du domicile et la confidentialité des correspondances, des communications et des données personnelles. »

La constitution tunisienne reconnaît aussi d'autres droits au profit des citoyens, il en est ainsi du droit à la vie⁸, l'enseignement, à la dignité humaine et à l'intégrité physique⁹, à l'égalité devant la loi¹⁰, du droit à la liberté d'opinion, de pensée, **d'expression, d'information et de publication¹¹ ainsi que le droit d'accès à l'information¹².**

Outre cette reconnaissance constitutionnelle, la vie privée est protégée par divers textes¹³, il en est ainsi de la protection des données à caractère personnel, par les dispositions de la loi organique du 27 juillet 2004 relative à la protection des données à caractère personnel, de la protection pénale de la violation du domicile¹⁴, des correspondances, des fichiers informatiques.¹⁵ L'article 1^{er} de la loi de 2004 prévoit que: « Toute personne a le droit à la protection des données à caractère personnel relatives à sa vie privée comme étant l'un des droits fondamentaux garantis par la constitution. ...», **l'article 6 code de protection de l'enfance:**« Chaque enfant a droit au respect de sa vie privée.... »

La nécessité de reconnaître la vie privée en tant que droit fondamental et de lui réserver une protection dans l'ordre juridique interne s'explique par la reconnaissance de la valeur universelle des droits de l'Homme d'une part et de la prise de conscience de leur importance dans les sociétés de l'autre. Cette protection est de plus en plus sollicitée face à un développement constant des médias, des moyens de communication et d'information, dans une société où les données et les informations acquièrent une valeur marchande très importante et où l'ingérence dans les détails les plus intimes de la vie privée est en constante croissance.

⁸ Article 22 de la constitution 2014.

⁹ Article 23 de la constitution 2014.

¹⁰ Article 21 de la constitution 2014.

¹¹ Article 31 de la constitution 2014.

¹² Article 32 de la constitution 2014.

¹³ Code de protection de l'enfance article 6, code de procédures civiles et commerciales, code pénal, code de procédures pénales, code de la presse art.50 et svts. ...

¹⁴ Art.256, 260 et 263 c pénal relatifs au vol, et 102 C Pénal.

¹⁵ Article 199 Bis C Pénal ajouté par la loi n°1999-89 du 2 /8/1999.

Certes, l'admission constitutionnelle expresse de la protection de la vie privée et de sa reconnaissance en tant que droit fondamental dans la constitution Tunisienne a été exigée par un besoin social qui s'est fait ressentir après tant d'années de dictature et d'oppression.

Alors suffit-il que la vie privée soit constitutionnellement admise pour qu'on puisse parler de protection ou faudra-t-il lui favoriser un environnement pour que ce droit puisse s'enraciner dans les pays en voie de développement ?

La vie privée est un droit fondamental(I) dont la mise en œuvre est tributaire d'un environnement adapté (II)

I. LA VIE PRIVEE : UN DROIT FONDAMENTAL

L'étude de la vie privée en tant que droit fondamental exige nécessairement de s'arrêter sur la notion de droit à la vie privée (A) puis sur les composantes de ce droit (B).

A. Notion de droit à la vie privée

Il convient dans ce contexte de définir la vie privée (1) et de préciser les prérogatives rattachées au droit qu'elle confère (2).

1. Notion de vie privée

Malgré l'usage de l'expression vie privée aucune définition légale n'a été avancée. Plusieurs tentatives doctrinales ont essayé de tracer les contours de la notion¹⁶, toutefois les difficultés inhérentes à la délimitation de ces contours ont permis de conclure à l'impossibilité de cerner la notion dans une définition globale et précise.

« *La vie privée* » est communément admise comme l'opposé de « *la vie publique* »¹⁷. Néanmoins, il est très difficile de déterminer ce qui relève de la vie privée de quelqu'un et ce qui relève de sa vie publique. En effet, un auteur a considéré que : les limites de la vie privée « *épousent alors des contours variables selon les exigences de l'information, à l'égard de tout ce qui, chez cette personne, peut justifier ou, au contraire, détruire la confiance dont elle est investie.* »¹⁸

¹⁶ Favoreu L., op.cit., p.206.

¹⁷ Beignier B., « Vie privée et vie publique », in archives de philosophie du droit, Tome 41 : Le privé et le public, éd.Sirey 1997, p. 165.

¹⁸ Malherbe J., La vie privée et le droit moderne, Collection dirigée par Emmanuelle BLANC, éd. Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, p.7.

La vie privée d'une star diffère alors de celle d'un homme ordinaire, ceux qui cherchent la notoriété, sont une cible et suscitent la curiosité des autres, la sphère de la vie privée est alors fluctuante¹⁹. C'est une notion « à géométrie des plus variables. Elle est tout autant relative qu'évolutive²⁰. »

Il a été admis que le domicile, les correspondances et les communications, les données personnelles, la vie familiale, d'une personne relèvent de sa vie privée.

L'individu ne peut pas vivre en autarcie, chacun a une part de sa vie tournée vers l'extérieur²¹ : il noue dans la société **des rapports sociaux** et accomplit des activités publiques, ceci ne l'empêche pas d'avoir le droit de garder secrètes certaines informations, données, manifestations, événements relatifs à sa vie familiale, conjugale, professionnelle...L'individu a alors droit à une vie privée en tant que citoyen vivant en société, en tant que salarié, en tant que patient ou malade, en tant que justiciable, en tant que star, en tant que personnalité politique.

Une définition précise n'existe pas, mais un élément fondamental subsiste malgré l'évolution des contours de la notion c'est « **l'intimité** », ce noyau dure qui constitue l'assiette de la notion de vie privée a été repris par la constitution Espagnole qui prévoit « un droit à l'intimité » (article 18 §1) et l'article 9 du code civil français qui renvoi à « l'intimité de la vie privée ».

La constitution Tunisienne emploi quant à elle, l'expression de « confidentialité ».

Les deux expressions étant importantes pour cerner la notion, elles relèvent toutes les deux de ce qui est en principe exclu de la vie publique de l'individu, ce qui est rattaché à la sphère familiale, professionnelle, amicale etc....

Les contours étant imprécis la notion évolue au gré des cultures, des croyances, des sociétés, et des technologies d'information et de communication.

La vie privée n'est pas simplement une notion, elle est aussi un droit fondamental du moment qu'elle est reconnue par la constitution. Elle confère de ce fait à son titulaire des prérogatives.

2. Les prérogatives rattachées au droit à la vie privée

¹⁹Dans ce contexte la loi Espagnole de 1982, ne définit pas le droit à la vie privée, mais indique qu'il s'agit d'un concept changeant en fonction de l'évolution des idées, v° <http://www.demlib.com/bench/privée.htm>, site visité le 28/3/2009.

²⁰ Soyer J-C., « L'avenir de la vie privée (face aux effets pervers du progrès et de la vertu....) », in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, 1^{ère} éd. Dalloz, PUF, éd. du juris-classeur, p. 344.

²¹ Kayser P., op.cit., p.4-5-6.

C'est un droit d'une nature particulière : un droit Universel, un droit fondamental.

La vie privée est un droit universel dans la mesure où il est reconnu par les conventions internationales au profit de chaque individu vivant en Société, par des normes supranationales. Ce droit suppose l'existence d'un Etat démocratique et la reconnaissance dans cet Etat des citoyens des droits et libertés individuelles.

C'est aussi un droit fondamental dans la mesure où il est reconnu par la constitution, et protégé par des dispositions légales par application de la norme constitutionnelle. Il est à ce titre un droit dont l'exercice ne peut être limité que par la loi et pour des considérations déterminées citées à l'article 49 de la constitution : la sécurité publique, la défense nationale, santé publique, morale publique.

Cependant, il convient de noter que la classification du droit à la vie privée parmi les droits fondamentaux ou les libertés publiques, a fait coulé beaucoup d'encre, certains pensent que c'est un droit fondamental, rattaché à la personnalité de chaque individu dont l'épanouissement est largement dépendant de son exercice. D'autres, soutiennent que c'est une liberté accordée à l'individu en tant qu'être social il lui appartient d'en déterminer les modalités et les limites.²²

Certaines constitutions de droit comparé en particulier celles des pays arabes, prévoient une protection du droit à la vie privée, il en est ainsi de la constitution Marocaine qui prévoit dans son article 24 le droit de toute personne à la protection de sa vie privée, elle prévoit l'inviolabilité du domicile, le même article prévoit que les communications privées sont secrètes. La constitution Algérienne prévoit quant à elle dans son article 39 que : « La vie privée et l'honneur du citoyen sont inviolables et protégés par la loi

La constitution Libanaise prévoit dans son article 14 l'inviolabilité du domicile, sans citer le droit à la vie privée.

En droit français, le droit à la vie privée jouit d'une protection légale contenue à l'article 9 du code civil, certains auteurs pensent en retrouver les origines dans l'article 66 de la constitution qui consacre les libertés individuelles.²³

Ainsi, la réglementation du droit à la vie privée diffère d'un pays à un autre, il tantôt considéré comme un droit fondamental, tantôt comme un droit ordinaire.

²² V° Charfeddine K., art. précit., RTD 1997, p.29 ; Prélot P-H., Droit des libertés fondamentales, éd. Hachette Supérieur, p.2007, p.178 et svts; Pontier J-M., Droits fondamentaux et libertés publiques, 2^{ème}éd. Hachette Supérieur, p.73 et svts ; Favoreu L.,op.cit., p. 204 -205.

²³ Favoreu L., op.cit, p.204.

Ce droit permet à son titulaire de s'opposer à toute révélation relative à sa vie privée, à la révélation de toute donnée qu'il juge confidentielle ne devant pas être connue par les tiers. Il permet aussi à toute personne **d'interdire les immixtions ou ingérences** dans sa vie privée. Il en est de même de la prérogative lui accordant le **droit de procéder à la modification** de ses données ou encore **à leur suppression voire à leur retrait** après traitement.

Le droit à la vie privée offre la prérogative à son titulaire **d'agir en justice** en vue soit de **s'opposer à toute violation** ou atteinte et de la faire cesser, soit en vue de demander la **réparation du préjudice** subi. Une action en référé ou en responsabilité civile peut alors être intentée.

Les tribunaux Tunisiens se sont saisi des actions en référé intentées en vue de faire cesser le préjudice lorsqu'il s'agit d'une atteinte à la vie privée tel que la protection de l'image de la personne, de son honneur ou de sa réputation, il en est ainsi dans un cas relatif à la protection de l'image d'une personne suite à l'usage de sa photo dans une affiche publicitaire à son insu. L'action en réparation peut être intentée sur la base des dispositions des articles 82 et 83 du code des obligations et des contrats lorsque l'agissement intentionnel ou inintentionnel a causé un préjudice à la vie privée d'autrui, la preuve du dommage et du lien de causalité entre le dommage et l'agissement fautif doit être prouvé. Outre les actions pénales prévues par les divers textes qui ouvrent droit à demander la condamnation pénales des auteurs des infractions portant atteinte à la vie privée des individus telle que la divulgation ou la publications des données personnelles, l'intrusion dans des systèmes ou des banques de données, la violation du secret des correspondance ou du domicile etc....

Les prérogatives ainsi prévues constituent une illustration de la protection constitutionnelle et légale du droit à la vie privée. Dont l'imprécision des contours laisse au juge un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui relève de la vie privée et ce qui en est exclu.

L'imprécision est une arme dangereuse car elle pourrait être utilisée par les pouvoirs publics pour contrecarrer le libre exercice de ce droit.

Malgré les imprécisions de la notion et sa variabilité selon le contexte et le degré d'émancipation des sociétés, certaines composantes font incontestablement partie de la vie privée de chaque individu.

B- Les composantes du droit à la vie privée

L'article 24 de la constitution cite à côté de la garantie assurée par l'Etat de la vie privée, la protection du domicile, le secret des correspondances et des communications et des données personnelles.

Analysée en rapport avec la vie privée le domicile, les correspondances, les communications et les données personnelles, représentent les éléments les plus rattachés à la sphère privée de la personne, ils échappent de par leur nature de la sphère publique et doivent donc jouir de la protection légale reconnue constitutionnellement dans le cadre du droit à la vie privée sans s'en détacher.

1-L'inviolabilité du domicile

Reconnu depuis 1959 par la constitution comme un droit appartenant à tout citoyen, il signifie le droit de choisir le domicile, d'y vivre et de se livrer aux activités de son choix. En effet, chacun est libre de choisir le domicile qu'il veut.²⁴

Etant le prolongement de la personne et le siège principal de son existence individuelle et familiale,²⁵ il est la manifestation la plus significative du droit à une vie privée, il exprime son caractère intime.

D'ailleurs, le conseil constitutionnel tunisien a à plusieurs reprises confirmé ce droit, en soumettant la perquisition des domiciles au contrôle de l'autorité judiciaire.²⁶ Il a en effet, considéré que le droit à l'inviolabilité du domicile est un droit fondamental, dont les exceptions et les limites à son exercice, doivent faire l'objet d'une loi organique et non d'une loi ordinaire et que l'exception de perquisition contenue dans le projet de loi relatif au soutien des efforts internationaux de lutte contre le terrorisme, est contraire aux dispositions de l'article 9 et 28 de la constitution de 1959.²⁷

Cependant, la protection du domicile de toute intrusion et de toute violation des autorités publiques et des particuliers, n'est pas suffisante pour couvrir la protection de la vie privée entière, c'est la raison pour laquelle la constitution étend cette même protection aux correspondances et aux communications en assurant leur secret.

²⁴ La cour de cassation française a confirmé cette liberté du choix du domicile, en retenant : « *la liberté fondamentale du salarié quant au choix de son domicile.* »²⁴L'employeur ne peut en effet lui imposer un domicile professionnel.(Cass Soc. 28/3/2006).

²⁵ Prélôt P-H., op.cit., p.179.

²⁶ V° Charfeddine Med K., art .précit., RTD, 2207, p.237.

²⁷ Avis du conseil constitutionnel n° 61-2002 du 9/10/2002, relatif au projet de loi portant sur le soutien des efforts internationaux de lutte contre le terrorisme, Charfeddine K., Ibidem ; le même avis a été retenu dans les avis rendus les : 21/10/2005 sous le n°74-2005 et le 6/11/2006, sous le n° 56-2006.

A cette reconnaissance constitutionnelle, s'ajoute une protection légale prévue par divers textes.

Le domicile marque le côté intime de la vie privée, c'est la raison pour la quelle, veillant à lui assurer toute la protection nécessaire, le législateur n'a pas manqué à chaque fois que l'occasion lui a été présentée de rappeler : soit le respect de son inviolabilité, soit de prévoir des sanctions pénales afin de réprimer toute atteinte.

C'est dans ce contexte que certaines dispositions légales prévoient la protection du domicile contre toute inviolabilité de la part des pouvoirs publics, ainsi que de la part des particuliers²⁸.

- Les dispositions de l'article 102 du code pénal²⁹, prévoient en effet, des sanctions à l'encontre de tout fonctionnaire public qui se serait introduit dans la demeure d'une personne sans motif, ou sans autorisation préalable et sans le consentement de celle-ci. Le fonctionnaire public agissant de la sorte aurait violé l'un des droits fondamentaux, celui de la protection du domicile, en abusant du pouvoir qu'il détient.

- Dans le même ordre d'idées et voulant assurer au domicile toute la protection reconnue par la constitution, le législateur a restreint les cas, le domaine et les personnes habilitées à effectuer des perquisitions à l'occasion d'une action en justice, d'une plainte ou pour des raisons de sécurité nationale.

Considérées comme une exception à l'inviolabilité du domicile, le législateur a mis les perquisitions sous la tutelle et le contrôle de l'autorité judiciaire. Ainsi, un fonctionnaire public ne pourra s'introduire dans le domicile d'un particulier sans autorisation du procureur de la république, il en est ainsi en cas de perquisition par application des dispositions de la loi relative aux stupéfiants³⁰ ou celle relative aux infractions douanières³¹, ou encore à la protection du consommateur.³²

La loi a expressément confié la mission de perquisition au juge d'instruction, l'article 94 du code de procédure pénale prévoit que : « *Les perquisitions domiciliaires sont de la compétence exclusive du juge d'instruction.* »³³

²⁸ V° El Ahmadi A., Droit de l'Homme et les Libertés publiques en droit Tunisien, ouvrage en arabe, p. 155 et svts ; Charfeddine Med K., art.précit., RTD.1997, p.32 et svts ; Eddahbi A., « La perquisition et la protection du domicile », RJL 1977, n°5, p.7 et svts (article en arabe).

²⁹ Article 102 c.p.: « Est puni d'un an d'emprisonnement et de soixante douze dinars d'amende, tout fonctionnaire public ou assimilé, sans observer les formalités requises ou sans nécessité démontrée, aura pénétré dans la demeure d'un particulier contre le gré de celui-ci. »

³⁰ Article 23 loi 18/5/1992 exige l'autorisation écrite du procureur de la république ou du juge d'instruction.

³¹ Article 53 C des douanes.

³² Article 22 loi 7/12/1992 relative à la protection du consommateur.

³³ Le deuxième paragraphe du même article prévoit des exceptions à ce principe en accordant la possibilité d'accomplir la procédure de perquisition par les officiers de police judiciaire en cas de crime ou de délit flagrant, les fonctionnaires et les agents de l'administration lorsqu'ils sont autorisés par un texte.

Etant une exception à l'inviolabilité du domicile, le législateur a par ailleurs précisé les horaires de la perquisition, elle ne pourra ainsi avoir lieu avant six heures du matin et après huit heures du soir³⁴.

Le législateur a veillé aussi au respect du droit à l'inviolabilité du domicile en prévoyant avec précision les modalités et les procédures d'exécution d'un jugement par l'huissier notaire³⁵.

Il convient de noter que le droit civil ne prévoit par aucun texte un principe de protection du domicile, toutefois, cette protection se trouve consolidée par les dispositions pénales qui sanctionnent toute atteinte au domicile d'autrui.

Le titre 2 intitulé « *de l'attentat contre les particuliers* », prévoit des dispositions sanctionnant : « *celui qui contre le gré du propriétaire pénètre ou demeure dans un lieu servant d'habitation³⁶* »

Tous ces textes démontrent que la protection du domicile est un droit fondamental consacré et protégé en droit tunisien et que les exceptions ne constituent pas des limites, mais doivent être considérées comme des exceptions inhérentes à l'ordre public qui devrait primer tous les intérêts afin que règne un équilibre entre les différents droits au sein de la société. Elles ne peuvent en aucun cas restreindre la liberté de l'individu de choisir son domicile, ni d'y exercer les activités qu'il veut. Au contraire, elles manifestent une consécration de la protection de la vie privée de l'individu au sein de sa demeure puisque aucune personne ne pourra y accéder au-delà d'un horaire bien déterminé et sans autorisation de justice.

2- Le secret des correspondances et des communications

La déclaration universelle des droits de l'Homme a garanti aussi ce droit, en réaction aux pratiques que Louis XIII avait mis en place par le biais du « cabinet noir », afin de surveiller les correspondances.³⁷

La généralité de l'expression correspondance employée à l'article 24 permet d'étendre la protection aux courriers (lettres, fax etc.), correspondances téléphoniques, ou encore électroniques dont l'usage s'est généralisé par le biais des nouvelles techniques de communication.

³⁴ Article 95 code de procédure pénale.

³⁵ Articles 291 et svts cpcc.

³⁶ Article 256 c.p.

³⁷ Prélôt P.-H., op.cit., p.181.

D'ailleurs, la constitution de 2014 a rajouté une autre composante, celle relatives aux communisations.

Les expressions correspondances et communications étant employées dans un sens large permettent d'impliquer tous les moyens de correspondance et de communication possibles

Dans le souci d'assurer le contrôle et l'application des dispositions constitutionnelles, le conseil constitutionnel a par son avis daté du 12 juillet 2000 ; considéré que : « *Le secret des communications et des données transmises s'inscrit dans le cadre du secret des correspondances, prévu à l'article 9 de la constitution qui est un droit individuel constitutionnellement garanti dont la limitation ne peut être faite par une loi ordinaire, mais plutôt par une loi organique conformément à l'article 28 de la constitution.* »³⁸

Outre les correspondances classiques (téléphoniques et écrites), les correspondances électroniques bénéficient aussi de cette protection, c'est dans ce cadre que le projet de loi relatif à la lutte contre la cybercriminalité a limitativement admis l'interception et a fait de cette mesure une dérogation au secret des communications ayant pour objectif la protection de la sûreté et de la défense nationales.³⁹

Considéré comme l'un des aspects de la vie privée relevant du droit au secret, la violation du secret des correspondances est réprimée par les dispositions de l'article 253 du code pénal qui prévoit que : « *Celui qui sans y être autorisé divulgue le contenu, d'une lettre d'un télégramme, ou de tout autre document appartenant à autrui, est puni de l'emprisonnement pendant 3 mois.* »

Sont ainsi considérés comme un détournement de correspondances et une révélation de secret, toutes les divulgations d'actes qui sont de nature à permettre l'accès au contenu d'une lettre ou d'un document appartenant à autrui.

A la lecture de cet article on peut donc déduire que : tout document quelque soit sa nature et sa forme, est protégé dans son contenu du moment qu'il appartienne à autrui, sont ainsi incluses les correspondances électroniques ou ce qu'on est convenu d'appeler e-mail⁴⁰ ou courriel.

D'ailleurs c'est dans ce contexte qu'en droit français, la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a défini les courriels comme des correspondances privées bénéficiant de toutes les garanties de confidentialité.

³⁸Avis du conseil constitutionnel n° 25-2000 du 12/7/2000 relatif au projet de loi du code des télécommunications., cité par Charfeddine Med K., art.précit., RTD 2007, p.248.

³⁹ Article 30 projet de loi relatif à la lutte contre la cybercriminalité.

⁴⁰ C'est l'abréviation du mot : electronic mail, c'est-à-dire correspondance électronique

Toutefois, un auteur considère que dans la version arabe de l'article, le législateur emploie le terme « **maktoub** », qui signifie l'écrit, sont donc seules protégées par ce texte les correspondances matérialisées par un écrit à l'exclusion des correspondances dématérialisées⁴¹.

L'acte constitutif de la violation se matérialise par une divulgation, celle-ci peut être faite par n'importe quel moyen. Il s'agit dans ce cas de porter à la connaissance des tiers une information personnelle, voire confidentielle contenue dans la correspondance.

Le même code prévoit des sanctions pénales pour toute violation par un officier public du secret des correspondances constitutionnellement protégé et pénalement sanctionné⁴², lorsqu'il publie au préjudice de l'Etat ou de toute personne privée le contenu d'un document dont il était dépositaire. Il en est ainsi par exemple des agents de la poste qui sont tenus par application de l'article 10 du code de la poste de préserver le secret des correspondances et de respecter l'interdiction qui leur est faite de divulguer le contenu ainsi que l'origine des correspondances ; cette interdiction est aussi valable pour l'ouverture et la lecture de la correspondance. Elle s'étend par ailleurs même après la cessation des fonctions⁴³.

Toutefois, les correspondances écrites ne sont pas la seule forme de correspondance possible, les technologies ont permis de communiquer par d'autres moyens de télécommunication, ce qui pose le problème des écoutes téléphoniques.

La protection pénale du secret des correspondances telle que prévue par l'article 253 du code pénal se trouve consolidée par les dispositions de l'article 85 du code des télécommunications qui étend la protection aux communications et aux échanges effectués par le biais d'un réseau de télécommunication. L'article 253 a alors une portée plus large que celle qu'on lui avait attribuée, il englobe toute sorte de communications téléphoniques, électroniques ou autres puisque le législateur le prévoit expressément.

Néanmoins, l'article 85 ne sanctionne pas expressément les écoutes téléphoniques, mais la divulgation du contenu de ces communications.

Plus explicite, le législateur français, prévoit des sanctions pénales pour violation du secret des correspondances, en prévoyant au paragraphe 2 de l'article 226-15 du code pénal, la sanction de toute personne qui : de mauvaise foi, intercepte, détourne, utilise ou divulgue des

⁴¹ Charfeddine Med. K., art.précit., RTD 1997, p. 40-41.

⁴² Article 109 c.p. : « Est puni d'un an de prison, le fonctionnaire public ou assimilé qui, indûment, communique à des tiers ou publie, au préjudice de l'État ou des personnes privées, tout document dont il était dépositaire ou dont il avait connaissance à raison de ses fonctions. »

⁴³ Article 11 code de la poste.

correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou procède à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions⁴⁴.

En dehors des exceptions⁴⁵, prévues par la loi pour des raisons de sécurité et d'ordre public, la divulgation et l'enregistrement des correspondances constituent une violation du droit au secret des correspondances.

Dans ce contexte la question qui se pose et outre les sanctions pénales, prévues à cet effet par le code, peut-on admettre une action civile en réparation lorsque la personne dont le contenu de la correspondance ou de la communication révélée a été lésée?

La cour de cassation française a depuis 1996 considéré que l'atteinte à la vie privée induit nécessairement à l'existence d'un préjudice⁴⁶, ceci implique alors la possibilité d'obtenir réparation sur la base des dispositions du code civil relatives à la responsabilité délictuelle⁴⁷.

L'ingérence dans la vie privée d'autrui se trouve de plus en plus développée dans une société largement médiatisée, informatisée et dématérialisée, les données les plus intimes sont révélées. C'est la raison pour la quelle le législateur Tunisien avait introduit en 2004 un ensemble de règles juridiques visant à concrétiser la protection constitutionnelle des données nominatives et à encadrer leur traitement.

3- La protection des données à caractère personnel⁴⁸

En 2004 la loi organique du 27 juillet 2004 a consacré par une série de règles la protection de ces données.

Le terme protection des données est récent, il est apparu en Allemagne vers les années 60-70, il est la traduction du mot « Datenschutz. »⁴⁹

La protection des données personnelles est étroitement liée à celle de vie privée sinon parfois confondue avec elle. Elle est synonyme d'intimité, de confidentialité et de sécurité. La protection assurée aux données personnelles s'étend alors à la vie privée. Cette idée se trouve consolidée par les dispositions de l'article 4 de la loi de 2004 qui en définissant les données à

⁴⁴ V° sur les écoutes téléphoniques en droit français Prélot P-H., op.cit., p.182 ; v° aussi Favoreu, op.cit , p.213. Malherbe J., La vie privée et le droit moderne, Comment faire collection, éd., librairie du journal des Notaires et des avocats, Paris, Le secret de la vie privée et les communications, p.15 et svt ; Kayser P., op.cit., p.20et svts.

⁴⁵ Articles 34, 97 et 99 code de procédure pénale.

⁴⁶ Cass.1^{ère} civ. 5/11/1996, D.1997 cité par Pontier J-M., op.cit.,p. 338.

⁴⁷ Article 82 et 83 code pénal.

⁴⁸ Ayari K., « La protection des données à caractère personnel », RJL, Juillet 2005, p .241.

⁴⁹ Briat M. et Pitrat Ch-M., « Urgent, concepts à clarifier : protection de la vie privée et données personnelles. », Droit de l'Informatique et des télécommunications, n°3, 1998, p.13.

caractère personnel, exclu de la protection les données liées à la vie publique, a contrario celles qui font l'objet de la protection relèvent strictement de la vie privée.

Cette protection a été reconnue par l'article 9 de la constitution de 1959 modifiée en 2000, puis reprise par la loi organique de 2004.

Plusieurs législations comparées, ont aussi assuré la protection des données personnelles, qui a fait l'objet d'une consécration législative indépendante outre la protection constitutionnelle. Il en est ainsi de la loi belge,⁵⁰ de la loi Luxembourgeoise⁵¹, de la loi Portugaise⁵² et enfin de la loi française⁵³.

Cette loi du 6 janvier 1978 dite loi informatique et libertés qui consacre et régit la protection des données à caractère personnel. Cependant, cette loi emploie l'expression « données nominatives ».

“Données personnelles”, “données nominatives” ou “personal data”, ont la même signification, il s'agit de toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable.

Veillant à la protection de ces données, comme étant un droit fondamental, le conseil constitutionnel, a considéré dans son avis concernant le projet de la loi organique de 2004, que les exceptions prévues pour le traitement des données à caractère personnel par les pouvoirs publics, les établissements publics à caractère administratif, justifiées par des considérations de la sécurité et de défense nationale, sont trop générales risquant de porter atteinte aux droits fondamentaux des citoyens, que le traitement de ces données doit être fait dans le cadre du respect de la transparence et de la dignité humaine⁵⁴.

Cette consécration constitutionnelle de la protection des données personnelles, n'est qu'une manifestation de la volonté du législateur d'assurer une protection des éléments fondamentaux de la vie privée, laquelle protection se trouve appuyée par les divers textes en vigueur renforçant la protection constitutionnellement déclarée.

⁵⁰ Loi belge du 8/12/1999,

⁵¹ Loi du 2/8/2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel

⁵² Loi n°67/98 du 26/10/1998 relative à la protection des données à caractère personnel.

⁵³ Loi n°78-17 du 6/1/1978 relative à l'informatique et aux libertés.

⁵⁴ Avis du conseil constitutionnel n°27-2004 du 9 /6/2004, cité par Charfeddine Med.K., art.précit., RTD 2007, p.251 .

La loi organique de 27 juillet 2004 prévoit dans son article 1^{er} *le droit à toute personne à la protection des données à caractère personnel relatives à sa vie privée comme étant l'un des droits fondamentaux garantis par la constitution.*

La loi déclare alors expressément que les données personnelles sont une composante de la vie privée de chaque citoyen, protégées par la loi.

L'article 4 de la loi retient une définition des données à caractère personnel comme étant : « *toutes les informations quelle que soit leur origine ou leur forme et qui permettent directement ou indirectement d'identifier une personne physique ou la rendre identifiable, à l'exception des informations liées à la vie publique ou considérées comme telles par la loi.* »

Peuvent dans ce sens être considérées comme données personnelles : tout identifiant tel que le numéro de la sécurité sociale, l'identifiant fiscal, le numéro de la carte bancaire, le numéro de compte, ainsi que la photo...

La protection de ces données définies par la loi apparaît à travers plusieurs articles, elle se rapporte essentiellement aux autorisations nécessaires au traitement des données, aux droits des personnes concernées, ainsi qu'à l'engagement de la responsabilité de tous ceux qui accomplissent les opérations de traitement.

Il s'agit d'abord du consentement de la personne dont les données font l'objet d'un traitement, en effet l'article 27 de la loi exige un consentement exprès et écrit de la personne concernée pour le traitement de ses données⁵⁵.

La collecte des données doit être faite à des fins licites déterminées et explicites⁵⁶.

Le législateur soumet par ailleurs le traitement des données nominatives à l'autorisation de l'instance nationale de protection des données à caractère personnel, exception faite des données relatives à la santé⁵⁷ et celles de l'employé collectées par l'employeur et qui sont nécessaires à l'organisation et au fonctionnement du travail⁵⁸.

Outre la nécessité de donner son consentement au traitement, la personne concernée dispose d'un droit d'accès et d'un droit d'opposition afin de préserver, de modifier et de s'opposer à toute utilisation illicite de ses données ; dans ce contexte elle a le droit d'interdire toute communication à des tiers, à des fins publicitaires.

⁵⁵ Lorsqu'il s'agit d'un enfant le consentement de son tuteur et l'autorisation du juge de la famille sont nécessaires.

⁵⁶ Article 10 §1 loi 2004

⁵⁷ Cependant, il est à noter que malgré la fixation de la composition de l'Instance par l'arrêté n° 1753 du 5/5/2008, celle-ci n'a pas encore commencé à fonctionner.

⁵⁸ Article 16§1 loi 2004.

Cette protection se trouve renforcée par l'engagement de la responsabilité civile et pénale de ceux qui traitent ou sous-traitent les données personnelles et de leur soumission au secret professionnel. C'est dans ce contexte que la loi prévoit dans son article 20 §2 l'engagement de la responsabilité civile en cas de violation des dispositions de la loi de 2004 et la responsabilité pénale dans le cadre de l'article 97 de la même loi⁵⁹. Par ailleurs l'article 23 les soumet à une obligation de confidentialité ; à défaut la personne concernée lésée a droit de demander réparation du préjudice subi. L'article 89 prévoit aussi des sanctions pénales en cas d'atteinte à la personne concernée, par la communication intentionnelle de ses données nominatives, dans le même sens l'article 93 retient des sanctions lorsque la diffusion intentionnelle des données aurait porté atteinte à la personne elle-même ou à sa vie privée. Celle-ci est alors expressément et doublement protégée par l'action en réparation et par la condamnation pénale du contrevenant.

Voulant assurer la protection des données personnelles lorsqu'une transaction commerciale est effectuée par la voie électronique le législateur a ; dans le cadre de l'article 15 de la loi relative aux échanges et au commerce électronique ; soumis les fournisseurs de services à une obligation de confidentialité, en effet : « *les fournisseurs de services de certification électronique ainsi que les agents doivent garder secrètes les informations confiées à eux dans le cadre de l'exercice de leurs activités.....* », *ils ne peuvent collecter les données personnelles que celles qui sont nécessaires pour l'exercice de leur fonction moyennant l'accord écrit de la personne concerné*⁶⁰.

La protection assurée par la loi de 2004 aux données personnelles démontre la volonté du législateur de protéger tous les aspects de la vie privée que peuvent entraîner une révélation de ses données ; ainsi prévoit-il la protection du citoyen enfant, du citoyen travailleur et du citoyen justiciable.

L'article 28 de la loi prévoit en effet, la protection des données nominatives se rapportant à un enfant en exigeant le consentement de son tuteur accompagné obligatoirement de l'autorisation du juge de la famille. Cette disposition s'inscrit incontestablement dans le cadre de l'article 6 du code de l'enfance qui consacre la protection de la vie privé de l'enfant, ainsi

⁵⁹ Article 97 : « L'article 254 code pénal s'applique au responsable du traitement, au sous-traitant, à leurs agents, au président de l'Instance et à ses membres qui divulguent le contenu des données à caractère personnel sauf dans les cas prévus par la loi. »

⁶⁰ Article 16 et 39 de la loi n°2000-83 du 9/8/2000 relative aux échanges et au commerce électronique.

que celles de l'article 97, 120 et 121 du même code qui prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner la saisie de publications de livres, des enregistrements, des films des correspondances et des photos portant atteinte à la vie privée de l'enfant.

Cette protection s'étend aussi aux poursuites judiciaires dans lesquelles, l'enfant est partie notamment les plaidoiries et les décisions de justice dont l'interdiction de publication a été édictée par l'article 120.

La protection du justiciable s'étend aussi à toute personne défendeur ou demandeur, lorsque la divulgation des données relatives à une action en justice, une condamnation, ou à une poursuite ont lésé, la dignité, la réputation ou la considération de la personne ou ont porté atteinte à sa famille. C'est ce qui justifie l'interdiction faite par l'article 13 de la loi de 2004 de traiter les données relatives aux infractions, à leur constatation, aux poursuites pénales, aux peines aux mesures préventives et aux antécédents judiciaires ; ceci se trouve consolidé par les dispositions de l'article 117 du code de procédure civile et commerciale qui prévoit la possibilité pour le tribunal de siéger à huis clos afin de préserver le secret de la famille qui n'est qu'une partie du secret à la vie privée⁶¹.

Afin de protéger le citoyen employé, la loi a restreint le champ d'utilisation des techniques de vidéosurveillance, en soumettant leur usage à une autorisation préalable de l'instance, en fixant les fins de leur usage et en déterminant à titre limitatif les lieux où l'usage peut en être fait⁶².

L'épanouissement récent de la protection de la vie privée, a donné naissance à la protection de l'image de la personne comme étant une donnée servant à l'identification de l'individu, cette protection apparaît à travers quelques textes et se trouve consolidée par la jurisprudence qui n'a pas hésité de reconnaître la protection de l'image.

La protection de l'image en tant que donnée révélant l'identité de la personne⁶³ a été retenue à travers l'article 97 du code de l'enfance qui protège la photo de l'enfant en

⁶¹ Article 143 C.P.P.

⁶² Article 69 à 70 loi du 27/7/2004.

⁶³ V° Image et droit sous la direction de Bloch P., Institut de Recherches en droit des affaires, éd. L'Harmattan,; Fouilleul N., La protection de l'image in , Droit civil et droits, op.cit.,p.350 et svts ; voir aussi Brugière J-M. et Brégou A., Note ss CA Paris 4^{ème} ch A. 10/9/2008 : « L'image entre Droit civil et droit d'auteur », Etudes et commentaires, Recueil Dalloz, n°42, 2008, p.2985 ; Sauphanor-Brouillaud N.et Cermolacce A., « Image électronique et consommateur », communication et commerce électronique février 2003, p.23 et svts ;Tricoir A.,

interdisant sa publication lorsque celle-ci porte préjudice à la réputation à son honneur ou celui de sa famille. Dans le même contexte l'article 121 sanctionne toute personne qui porte atteinte à la vie privée de l'enfant en publiant sa photo lors des débats devant le juge.

L'article 63 sanctionne à son tour toute reproduction de photographie ou de portrait se rapportant aux crimes relatifs à l'atteinte à la personne cités aux articles 201 à 240 du code pénal.

Bien que la loi de 2004 ait dans la totalité de ses articles essayé de garantir la protection de toute donnée servant à l'identification d'une personne, elle n'a pas développé l'image en tant que composante de ce droit fondamental.

La protection de l'image de la personne transparaît à travers la jurisprudence tunisienne. Un jugement en référé du tribunal de première instance de Tunis en date du 27 octobre 2005 illustre cette protection, le juge avait dans le cas de l'espèce ordonné l'arrêt de la campagne publicitaire contenant la photo du demandeur par tous les moyens de publicité, jusqu'à ce que le litige soit résolu par la juridiction compétente sur le fond, considérant que la photo révèle des spécificités, intimement liées à l'individu et que la publicité comportant la photo du demandeur diffusée sans son consentement risque de porter atteinte à sa carrière professionnelle⁶⁴.

La protection de l'image de la personne comme composante de la vie privée et en tant que donnée permettant l'identification de la personne par le juge des référés est ainsi possible, puisque ce dernier est habilité à faire cesser immédiatement la diffusion de l'image préjudiciable. C'est l'idée qui fut retenue par le législateur français ; qui a ; dans le §2 de l'article 9 du code civil chargé le juge des référés de prescrire toute mesure propre à faire cesser ou à empêcher une atteinte à l'intimité de la vie privée. Consacrant le droit à l'image et assurant sa protection, la jurisprudence française a reconnu le droit à toute personne sur son image⁶⁵ et la cour de cassation a rappelé le rattachement du droit à l'image au droit de la personnalité en assimilant la reproduction d'une photographie à une immixtion dans la vie privée⁶⁶.

La cour de cassation avait par ailleurs récemment retenu que le droit à l'image est un droit subjectif, un droit de la personnalité et que le titulaire de la photographie a un monopole sur celle-ci et le pouvoir de déterminer la manière de son utilisation ainsi que la durée et

Note ss Tb. Gde Inst Paris 17^{ème} ch 9/5/2007, « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image. », Etudes et commentaires, Recueil Dalloz, n°1, p.57.

⁶⁴ Référé n°36442 du 27/10/2005, sous la présidence de Mr Derouich Imed, inédit ; cassation n° 20842/20932 du 22/1/2008, inédit.

⁶⁵ CA Paris 14/1975, D. 1976, Jp. P.291; citée par Fouilleul N., op.cit., p.350.

⁶⁶ Cass. 14/5/2000, cité par Fouilleul N., p. 355.

reconnait que sa publication nécessite son autorisation préalable⁶⁷. Ouvrant ainsi droit à la victime de demander la réparation du préjudice causé sur la base des dispositions de l'article 83 du COC.

Cette protection tant souhaitée de la vie privée, ne peut dans tous les cas se concrétiser, surtout lorsque les nouvelles technologies s'en mêlent.

II- Droit à la vie privée et Droits fondamentaux

La protection de la vie privée nécessite la réalisation d'un compromis entre ce droit et d'autres droits et libertés fondamentales reconnues par la constitution et dont la mise en œuvre concomitante risque de créer un conflit. (A) Une harmonisation de ces divers droits s'impose (B).

A- La Vie privée, droits fondamentaux et libertés publiques

La garantie par l'Etat de la protection de la vie privée est difficile, car ce droit confronté aux autres droits et libertés de même nature est parfois mis à mal.

Il en est ainsi du droit à l'accès à l'information, du droit à la liberté d'expression et du droit à la liberté de la presse.

En outre, l'article 49 de la constitution prévoit ce qui suit : « La loi fixe les modalités relatives aux droits et aux libertés qui sont garantis dans cette Constitution ainsi que les conditions de leur exercice sans porter atteinte à leur essence. Ces moyens de contrôle ne sont mis en place que par la nécessité que demande un État civil démocratique et pour protéger les droits des tiers ou pour des raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de morale publique et avec le respect de la proportionnalité et de la nécessité de ces contrôles. Les instances judiciaires veillent à la protection des droits et des libertés de toute violation.

Il n'est pas possible qu'un amendement touche les acquis en matière de droits de l'Homme et des libertés garanties dans cette constitution. »

Les exceptions prévues par ce texte et qui sont de nature à entraîner un contrôle sur la vie privée en tant que droit fondamental se sont multipliés après la révolution Tunisienne. La montée du terrorisme et des actes de violence menacent la sûreté nationale, d'où la nécessité pour les pouvoirs publics de contrôler, ou de s'ingérer dans la vie privée de certaines

⁶⁷ Cass n°19320 du 25/6/2008 inédit

personnes. Toutefois, les contrôles ou ingérence dans la vie privée des individus quoi qu'ils soient réglementés et qu'ils obéissent à des procédures légales particulières telles que celle de la perquisition, les écoutes téléphoniques et les interceptions, la pratique démontre que ces procédures sont dans plusieurs cas non respectées.

La première limite au droit à la vie privée, se concrétise dans la nécessité de protéger la sûreté et la sécurité de l'Etat qui est l'argument souvent invoqué par les pouvoirs des pays en voie de développement afin de rétrécir le champ des droits et libertés fondamentales.

Outre l'intérêt général qui justifie la limitation du droit à la vie privée, ce dernier se trouve menacé par l'exercice par autrui de droits et libertés fondamentales telles que le droit à l'information, le droit à la liberté d'expression et à la liberté presse.

La constitution garanti en effet le droit à tout citoyen d'accéder à l'information. L'article 32 §2 de la constitution ajoute par ailleurs que : « L 'Etat oeuvre à garantir le droit à l'accès aux réseaux de communication. »

Cependant, cet accès doit être admis dans les limites dressées par le secret de la vie privée et des données qui en constitue l'essence même. L'accès à une information se rapportant à la vie privée d'autrui est en principe interdit sauf dans les cas autorisés par la loi par application de l'article 49 de la constitution.

Le conflit le plus important entre les droits fondamentaux et le droit à la vie privée se concrétise par l'opposition de la liberté d'expression à la confidentialité et au secret de la vie privée particulièrement des correspondances, du domicile et des données personnelles.

La multiplication de ses violations se sont accrues en Tunisie d'une part suite à la révolution et d'autre part à l'envahissement de l'usage démesuré des technologies de l'information et de la communication.

D'abord, la révolution a permis à la Tunisie de passer de l'ère de l'oppression à l'ère de la liberté : liberté d'action et d'expression, ce qui généré un abus dans l'exercice de ces droits, un abus ayant porté atteinte aux droits et libertés fondamentales d'autres individus voire de certaines institutions.⁶⁸

Ensuite, quant à la multiplication des atteintes à la vie privée par l'usage du droit à la liberté d'expression via les technologies de communication, il convient de noter que c'est l'usage abusif démesurer et illégal qui est de nature à porter atteinte ou à constituer une infraction entravant la protection de la vie privée.

⁶⁸ Atteinte à la réputation de l'institution militaire v° Elloumi A., « Les limites à la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », Etudes juridiques n°21, 2014- Faculté de Droit de Sfax, p.117 et svts.

Le courrier électronique a été en effet considéré, par la jurisprudence française une correspondance privée jouissant de la protection légale constituant une violation du secret des correspondances.

Le développement de la cybercriminalité et l'usage par les pirates informatique des techniques permettant de s'introduire dans les ordinateurs afin de s'appropriier les données qu'ils contiennent⁶⁹, a aussi contribué à dévoiler les correspondances privées contenues dans les e-mails, c'est la raison pour laquelle le législateur a dans le cadre de l'article **199 bis du code pénal** sanctionné toute intrusion dans des systèmes informatiques.⁷⁰

Relevant de la vie privée, l'image est un attribut de la personnalité de tout individu, elle touche même son intimité dans certains cas. Sur Internet, l'image peut être utilisée dans un objectif autre pour lequel elle a été prise ou à l'insu même de son titulaire, pour réaliser par exemple une publicité en ligne sur un site web.

Le problème qui se pose n'est pas celui de la reproduction de l'image ou de la photographie et de sa diffusion en ligne sans autorisation ou pour des fins illicites, car cette violation se rencontre aussi dans la vie réelle, l'atteinte à l'image, à la réputation et à la carrière professionnelle de la personne visée s'aggrave d'avantage, car s'il est possible de faire cesser toute atteinte à l'image en arrêtant la diffusion et la circulation des journaux ouvrages ou autres moyens dans le monde réel ; sur Internet la diffusion est incontrôlable dans la mesure où s'il est techniquement possible de la suspendre du site, il est techniquement impossible de rechercher dans tous les ordinateurs du monde entier l'image pour la supprimer. Circulant via Internet, l'image échappe donc au contrôle technique et juridique dans certaines circonstances, c'est ainsi qu'est mise en relief, toute la gravité de l'atteinte à la vie privée à travers l'image.

A l'instar des autres données nominatives mises en ligne, l'image est recherchée sur Internet, elle constitue un complément d'information, elle permet de déterminer le comportement du consommateur⁷¹.

La cible la plus importante sur les réseaux ce sont les données nominatives, elles permettent soit d'identifier la personne, de retracer sa navigation ou de déterminer son profil.

⁶⁹ Chawki Med., « Essai sur la notion de cybercriminalité », www.legalbiznext.com

⁷⁰ Article 199 bis punit les intrusions dans les systèmes informatiques et l'article 199ter sanctionne la modification du contenu d'un document informatisé ou électronique.

⁷¹ V° Sauphanor-Brouillaud N. et Cermolacce A., art. précit., p.25.

Chacun laisse consciemment ou inconsciemment des données sur le réseau qui seront exploitées pour diverses fins notamment commerciales⁷². En rejoignant un groupe de discussion ou un site de rencontre, l'internaute est parfois contraint de s'identifier et de donner son identité réelle, laquelle identité est enregistrée et stockée par le moteur de recherche, le gestionnaire du site et par toute autre personne ayant accès à l'information, ce qui échappe à tout contrôle et à toute autorisation de la personne concernée, il en est ainsi de site de rencontre tel que « facebook » ou « meetic », où les histoires les plus intimes sont en ligne accessibles à tous, désormais en connaît votre date de naissance, votre profession, le nombre de vos enfants, vos activités pendant le week end ou encore si vous allez vous marier ou vous fiancé ? et avec qui ? et parfois même ce que vous êtes entrain de faire.

Des techniques nouvelles très développées ont permis en effet, de contourner les interdictions légales de collecter et d'user des données personnelles ; celles-ci acquièrent de plus en plus une valeur pécuniaire très importante sollicitée par les agences et les sociétés de marketing, elles sont transmises, vendues et publiées sans le consentement de leurs titulaires.

Certains acteurs profitent de la détention d'informations personnelles à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions⁷³, procèdent à la collecte des fichiers contenant des données personnelles, à la cession d'adresses électroniques fournies par le client par exemple dans le cadre d'un formulaire rempli en ligne ou d'un abonnement à Internet ou de la signature d'un contrat électronique..., aux fins de prospections⁷⁴.

Parmi les techniques illégales utilisées pour s'approprier les données personnelles retrouve-t-on les spywares qui sont des logiciels espions installés sur l'ordinateur à l'insu de l'utilisateur, ils permettent ainsi de collecter des informations sur l'internaute et ses habitudes de connexion.

L'envoi de spams est aussi une autre technique d'ingérence dans la vie privée des usagers d'Internet, il s'agit d'e-mail dont la source est généralement peu fiable et douteuse, ils permettent de collecter indirectement les comportements des cyberconsommateurs, ce sont des e-mails non sollicités et envoyés massivement presque toujours sous forme d'une

⁷² Derieux E., « Internet et protection des données personnelles », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n°38, mai 2008, p.77.

⁷³ Fournisseurs d'accès Internet, fournisseur d'hébergement, tiers certificateur, c'est la raison pour laquelle, le législateur a retenu leur responsabilité en tant que professionnels, v° arrêté du 19/7/2001 fixant les données techniques relatives aux certificats électroniques et leur fiabilité ; Décret n° 2001-1667 du 17/7/2001 portant approbation du cahier des charges relatif à l'exercice de l'activité de fournisseur de services de certification électronique.

⁷⁴ Les polluposteurs louent ou vendent à des sociétés aux fins de prospection les listes d'adresses électroniques qu'ils ont récoltés ; v° www.ladocumentationfrancaise.fr.

publicité ; le recours aux cookies permet par ailleurs de reconnaître l'utilisateur, il s'agit de petits fichiers textes enregistrant les actions réalisées par une personne en consultation sur un site web afin de la reconnaître lors de sa prochaine visite sur le site.

Les techniques du phishing ou du hameçonnage, ne sont pas moins connues, l'envoi d'un courrier électronique persuadant l'utilisateur de révéler les données personnelles sensibles par usurpation d'identité en imitant un site Internet sensé représenter une véritable société. Enfin, le «pharming » est une technique qui engendre une perturbation du processus d'interrogation du système de nom de domaine pour rediriger les utilisateurs souhaitant se connecter sur un site web, vers un site pirate où ils divulguent des informations personnelles⁷⁵.

De nouvelles finalités de traitement et de collecte de données apparaissent ainsi, facilitant de retracer le parcours des usagers. A chacun son profil, à chacun ses habitudes, à chacun ses comportements sur le réseau tout est collecté par des sociétés de marketing, voire par des pirates.

L'atteinte à la vie privée est en outre menacée par l'usage de l'anonymat, sur Internet le recours à un pseudonyme est assez fréquent, ce qui permet d'une part de garder confidentielle l'identité réelle, mais qui permet d'autre part de porter atteinte à l'identité voire à la vie privée d'autrui en choisissant un pseudonyme on se cache derrière et en agit en toute liberté⁷⁶, ce qui permet de faire échapper le pirate, l'usurpateur d'identité, le contrevenant à toute sanction en raison de l'impossibilité d'identification.

Internet n'est pas en effet une zone de non droit échappant à tout contrôle, les règles juridiques applicables pour la protection de la vie privée, sont aussi valables lorsqu'il y est porté atteinte sur le réseau, c'est ainsi que la jurisprudence française a ordonné de suspendre l'utilisation de données nominatives d'enseignants par une société éditrice d'un site web⁷⁷.

Mis à part les menaces provenant de l'usage d'Internet, l'informatisation de l'administration et les fichiers contenus dans les bases de données, contiennent assez de détails sur la vie privée des citoyens, des détails qui se rapportent à leurs patrimoines, à leur vie

⁷⁵ V° La protection du consommateur contre la cyber fraude, l'observateur OCDE 2006 : www.oecd.com, Visité le 6/5/2008.

⁷⁶ Salma KHALED, « Le pseudonyme », communication présentée dans le cadre de la journée d'étude : « l'Identité Numérique » organisée par le laboratoire DRIMAN à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis en collaboration avec l'ANSI et le CEJJ le 14/4/2009 ; Martin M., « Le pseudonyme sur Internet- Une nomination située au carrefour de l'anonymat et de la sphère privée », éd. L'Harmattan, Septembre 2006.

⁷⁷ Tb gde Inst Paris 3/3/2008 société note2be.com, v° Derieux E., art.précit., p.77, note de bas de page n°17.

professionnelle, voire à leur vie familiale lorsqu'il s'agit de biens communs, de divorce ou autre. Les tentations sont réelles et les techniques permettent aux curieux de tout savoir⁷⁸.

Les techniques nouvelles, ne se limitent pas à Internet la biométrie a aussi contribué à l'affaiblissement de la protection de la vie privée, les empreintes digitales, l'iris, l'ADN, l'e santé, sont des éléments qui permettent d'identifier les personnes et de les retracer, il faudra alors en contrôler les finalités de leur collecte⁷⁹.

Les limites à la vie privée peuvent être classées en deux catégories :

*issues de la loi, dans ce cas elles s'analyseront en limites légales tolérées par le législateur afin d'assurer un équilibre entre les droit fondamentaux les individus vivants en société, lesquelles limites seront considérées comme atteintes en cas d'usage abusif. D'ailleurs, la constitution tolère la limitation du droit à la vie privée tout en prenant en considération deux critères : la proportionnalité et la nécessité. C'est dans ce contexte que le décret loi n°116 - 2011 du 2/11/2011 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA), a prévu dans son article 5 que l'exercice des droits et libertés de communications audiovisuelles et le droit à l'accès à l'information et à la communication se fait sur la base du respect des conventions et pactes Internationaux relatifs aux droits de l'Homme et des libertés publiques, et que l'application de ces principes est soumises au respect de la dignité de l'individu et de la vie privée.....

Le respect de tous les droits et libertés individuelles trouvent ainsi sa limite dans le respect des autres droits et libertés fondamentales.

Toutefois, ces deux critères sont flous et ne sont pas précis. Un risque d'arbitraire et d'usage abusif de limitation légale peut être fait afin de contrôler et de s'ingérer dans la vie d'autrui au nom de l'intérêt supérieur de l'Etat, ou de la morale publique ou de la nécessité de protéger les droits des tiers.

Issues de la pratique, les atteintes à la vie privée peuvent être qualifiées de délits et sanctionnées pénalement, il en est ainsi de la diffamation des injures, de la violation du secret des communications et du domicile etc...C'est dans ce contexte qu'outre les dispositions

⁷⁸ Prenant l'exemple, de l'administration de la conservation de la conservation foncière, de l'administration fiscale etc

⁷⁹ V° Guerrier C., « Protection des données personnelles et applications biométriques en Europe. », communication- commerce électronique, juillet/aout 2003, p.21 et svts ; voir aussi Prélôt P-H., op.cit., p.189-190.

pénales d'ordre général contenues dans les article 172 du CP et 199bis et 199 ter CP relatifs au délits d'intrusion dans les banques de données et les systèmes informatiques.

La loi de 2004 relative à la protection des données à caractère personnel, ainsi que le décret loi n°115 de 2011 prévoient des sanctions pénales quant à la violation de la vie privée d'autrui ou d'atteinte à son honneur ou à sa dignité.⁸⁰

Cependant, l'efficacité et l'effectivité de la protection de la vie privée est tributaire du rôle que sont appeler à jouer les institutions de l'Etat créées à cet effet.

B-contrôle judiciaire et institutionnel

Le contrôle de la légalité des pratiques quant au respect des libertés et droits fondamentaux revient principalement au juge qui est habilité à réprimer les infractions et à les sanctionner. En outre, le législateur a mis en place des institutions chargées de veiller aux respects des droits fondamentaux en particulier la vie privée, il en est ainsi de l'instance Nationale de la protection des données personnelles, de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité, de l'instance des télécommunication, de l'Agence nationale de la Sécurité informatique et de L'Agence Tunisienne de l'Internet.

Le contrôle judiciaire se trouve ainsi renforcé par un contrôle institutionnel.

Quant au contrôle judiciaire, il est double : a priori et a posteriori.

Le contrôle a priori consiste à autoriser les actes de nature à constituer des limitations du droit à la vie privée, il en est ainsi de l'autorisation d'accès au domicile, de l'interception des écoutes téléphoniques et l'accès aux communications privées etc... Il s'agit là d'un contrôle justifié par l'intérêt général.

Le contrôle a posteriori consiste à veiller à l'application de la loi lorsque celle - ci prévoit des sanctions pénales relatives aux infractions à la vie privée. Il en est ainsi des intrusions, de la divulgation du contenu des correspondances, de la divulgation de données personnelles etc...

Le juge déterminera dans ce cas les responsabilités, il peut prévoir des sanctions civiles, c'est-

⁸⁰ Article 55 : « Est considérée diffamation toute accusation ou imputation de quelque chose d'inexacte d'une manière publique, et qui est de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne en particulier, à condition qu'il s'en suit un préjudice personnel et direct à la personne visée.

L'annonce de cette accusation ou de cette imputation, d'une manière directe ou au moyen d'une retransmission, est punie même si cela revêt la forme de supposition ou que la personne visée n'ayant pas été nommée expressément, son identification est rendue possible par le contenu, des propos présentés dans les discours, appels, menaces, écrits, imprimés, affiches, dessins, annonces ou publications électroniques. »

à-dire la condamnation en paiement de dommages et intérêts lorsque la victime en fait la demande.

Quant au contrôle effectué par l'instance nationale des données personnelles, il a été déterminé par la loi organique de 2004.

Le contrôle de l'Instance Nationale de Protection des Données à Caractère Personnel s'effectue à travers les déclarations préalables à toute opération de traitement qu'elle reçoit ou, pour certaines catégories de données, à travers les autorisations qu'elle octroie.

L'Instance vérifie que la loi est respectée en accédant aux données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement afin de procéder à leur vérification. Elle use également de ses pouvoirs d'investigation pour instruire les plaintes qu'elle reçoit.

Elle détermine les garanties indispensables et les mesures appropriées pour la protection des données à caractère informatique. Elle exerce une mission de surveillance de la sécurité des systèmes et s'assure que toutes les protections sont prises pour empêcher que les données ne soient communiquées à des personnes non autorisées ou être lues, copiées, modifiées, effacées ou radiées. Dans ce cadre, elle peut prendre toute mesure conservatoire, de sa propre initiative ou à la demande des parties.

Elle dénonce au Procureur de la République territorialement compétent toute violation de la loi. Elle donne son avis sur tout sujet en relation avec l'exercice de sa mission. Elle élabore les règles de conduite relatives au traitement des données à caractère personnel.

Le respect de la vie privée passe par le respect de ses composantes, en effet la loi reconnaît à toute personne le droit d'accéder à ses données personnelles, de prendre une copie, de les modifier (si elles sont inexactes) (si elles sont incomplètes ou équivoques), de s'y opposer, ou de les détruire (si elles sont illégalement traitées).

Outre, l'instance chargée de la protection des données à caractère personnel dont le rôle est resté trop limité sinon pratiquement absent, l'instance des télécommunications contrôle d'après l'article 63 du code des télécommunications : *le respect des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires dans le domaine des télécommunications*, ainsi elle veille au contrôle de toutes les violations ayant pour objet le secret des correspondances. Le même code prévoit dans son article 85 des sanctions pénales en cas de divulgation, d'incitation ou participation à la divulgation du contenu des communications et des échanges transmis à travers les réseaux des télécommunications.

D'autres institutions, veillent directement ou indirectement à assurer le secret de la vie privée et à préserver la confidentialité des données personnelles, il en est ainsi de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois dont le rôle se limite au contrôle a priori des projet de loi soumis au conseil du peuple.⁸¹

D'autres institutions ont un rôle purement technique mais assurent par la même un contrôle du respect des droits fondamentaux, il en est ainsi, de l'Agence Nationale de la Sécurité informatique, de l'Agence Nationale de Certification Electronique etc...

Tout cet arsenal législatif national et supranational suffit-il vraiment à assurer une protection effective et efficace de la vie privée ?

La protection de la vie privée en Tunisie en l'état actuel des textes est satisfaisante, mais en l'état de la pratique peu sinon très peu satisfaisante.

Pour que cette culture s'enracine dans nos sociétés, il faut que le respect de la vie privée doit être avant tout une prise de conscience des citoyens de la nécessité de respecter l'intérêt général et les droits des tiers. Et engagement des gouvernants d'instaurer un Etat démocratique où règne le respect des droits fondamentaux.

⁸¹ Loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 relatif à la création de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi.