

Le droit à la vie privée des personnes homosexuelles

Richard A. Goreham

Volume 25, Number 4, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042629ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042629ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Goreham, R. A. (1984). Le droit à la vie privée des personnes homosexuelles. *Les Cahiers de droit*, 25(4), 843–872. <https://doi.org/10.7202/042629ar>

Article abstract

This paper examines the idea of personal privacy and how the law has responded to expectations that it be adequately protected. The legal protection of personal privacy is evaluated in light of the concerns of homosexual persons that information about their sexual orientation remain confidential. Although individual privacy is a notion that can be used to argue for a sphere of individual freedom, in the sense that adult individuals should be free of government restriction on how they express themselves sexually in private, this paper focuses on privacy insofar as it relates to the undesired disclosure of information about a person's private life. This is privacy as secrecy, a concept which is concerned with the degree to which we are prepared to allow people to live their lives free from the intrusive prying of others.

Whether the idea of breach of privacy as giving rise to civil responsibility has evolved under tort law is reviewed in the common law of both Canada and the United States. The inadequacy of the common law in protecting a general right to privacy has led to the adoption of a number of provincial statutes which create an invasion of privacy tort, and the importance of these in potentially protecting the privacy of homosexual persons is examined. The recognition of a general right to privacy under the Quebec Civil Code and its reinforcement by provisions in the Quebec Charter of Rights and Freedoms completes the analysis of civil remedies for breach of privacy in Canada. For comparative purposes, the development of the « private facts tort » in the American legal system is explored and commented.

Informational privacy as it relates to the collection, storage and use of personal information by governments constitutes the focus of part 3 of this paper. It assesses the dangers inherent in the use and storage of personal information by governments in both Canada and the U.S.A. The recognition of the potential for abuse has resulted in the adoption of Privacy Acts in both countries at the federal level and, with respect to Canada, in the province of Quebec. Such legislation seeks to answer the twin preoccupations of when government institutions are justified in collecting and using personal information and when they are justified in disclosing it. These questions are of considerable importance to homosexual persons and this is emphasized in the analysis.

Views on the relationship between privacy and social tolerance are offered in the conclusion to the paper.

Le droit à la vie privée des personnes homosexuelles

Richard A. GOREHAM *

This paper examines the idea of personal privacy and how the law has responded to expectations that it be adequately protected. The legal protection of personal privacy is evaluated in light of the concerns of homosexual persons that information about their sexual orientation remain confidential. Although individual privacy is a notion that can be used to argue for a sphere of individual freedom, in the sense that adult individuals should be free of government restriction on how they express themselves sexually in private, this paper focuses on privacy insofar as it relates to the undesired disclosure of information about a person's private life. This is privacy as secrecy, a concept which is concerned with the degree to which we are prepared to allow people to live their lives free from the intrusive prying of others.

Whether the idea of breach of privacy as giving rise to civil responsibility has evolved under tort law is reviewed in the common law of both Canada and the United States. The inadequacy of the common law in protecting a general right to privacy has led to the adoption of a number of provincial statutes which create an invasion of privacy tort, and the importance of these in potentially protecting the privacy of homosexual persons is examined. The recognition of a general right to privacy under the Quebec Civil Code and its reinforcement by provisions in the Quebec Charter of Rights and Freedoms completes the analysis of civil remedies for breach of privacy in Canada. For comparative purposes, the development of the « private facts tort » in the American legal system is explored and commented.

Informational privacy as it relates to the collection, storage and use of personal information by governments constitutes the focus of part 3 of this paper. It assesses the dangers inherent in the use and storage of personal information by governments in both Canada and the U.S.A. The recognition of the potential for abuse has resulted in the adoption of Privacy Acts in both countries at the federal level and, with respect to Canada, in the province of

* Conseiller juridique, ministère de la Justice, Ottawa. Les vues exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et n'engagent pas nécessairement le ministère de la Justice.

Quebec. Such legislation seeks to answer the twin preoccupations of when government institutions are justified in collecting and using personal information and when they are justified in disclosing it. These questions are of considerable importance to homosexual persons and this is emphasized in the analysis.

Views on the relationship between privacy and social tolerance are offered in the conclusion to the paper.

	<i>Pages</i>
Introduction	844
1. La double nature du droit à la protection de la vie privée	846
2. Les délits d'atteinte à la vie privée	849
2.1. Le droit à la protection de la vie privée et le droit canadien de la responsabilité délictuelle	849
2.2. Le droit à la vie privée aux termes du <i>Code civil du Québec</i>	852
2.3. Les délits civils d'atteinte à la vie privée aux États-Unis	855
3. La vie privée et le contrôle de l'information gouvernementale	859
3.1. Le <i>Privacy Act</i> américain	859
3.2. La Loi sur la protection des renseignements personnels du Canada	863
3.3. La législation québécoise sur la protection des renseignements personnels	868
Conclusion	870

Introduction

Le 18 février 1895, le marquis de Queensbury laissa au portier du Albermarle Club sa carte, accusant Oscar Wilde de poser au sodomite. Ce fut là le point culminant de plusieurs mois de harcèlement, d'indiscrétion et d'intimidation. Furieux, Wilde, pour défendre son honneur et mettre fin aux atteintes soutenues de Queensbury à sa vie privée, engagea des poursuites en diffamation contre son persécuteur. Comme chacun sait, non seulement Wilde devait-il être débouté, mais le mécanisme judiciaire qu'il avait eu l'imprudence de penser utiliser contre Queensbury devait se retourner contre lui. Car la common law n'accordait à Oscar Wilde aucun droit général à la protection de sa vie privée. Pas davantage ne disposait-il d'ailleurs de quelque recours contre la campagne de calomnies de Queensbury. Ce dernier pouvait le plus légalement du monde étaler sur la place publique les faits de la vie privée de Wilde. À tort ou à raison, la common law ne protégeait que

les fausses informations qui portaient préjudice à la réputation. Si injurieuse qu'elle put être, l'affirmation vraie n'ouvrait aucun recours pour diffamation.

C'est précisément la véracité des faits en cause qui entraîna la perte d'Oscar Wilde. Dans les semaines qui précédèrent le procès en diffamation, Queensbury parvint à réunir plusieurs témoins, dont des maîtres chanteurs et des prostitués avoués, qui, à un moment ou à un autre, auraient partagé le lit de Wilde et étaient prêts à témoigner contre lui sur ses préférences sexuelles. L'avocat retenu par Wilde savait fort bien que si les allégations de Queensbury étaient exactes, l'action ne pouvait réussir. Mais Wilde lui avait assuré qu'il ne s'agissait que d'un tissu de mensonges et qu'aucune preuve digne de foi ne pourrait être apportée à l'appui des faits soulevés. Il fut donc consterné d'entendre, le jour du procès, les témoignages donnés à la décharge de Queensbury. Plusieurs années après, l'un des avocats de Wilde, Sir Travers Humphreys évoqua ainsi la scène :

[Traduction]

Délaissant la littérature, Carson en vint à la vie privée et aux habitudes du témoin. Les aveux que Wilde se vit forcer d'effectuer sur sa fréquentation de garçons et de jeunes hommes d'une classe sociale fort inférieure ne laissèrent aucun doute, je crois, dans l'esprit des assistants sur le fait qu'il était bel et bien homosexuel. Au fur et à mesure que l'on donnait les noms des maîtres chanteurs ou des jeunes garçons de la plus humble extraction que Wilde avait invités à des dîners au champagne ou à des petits soupers, dans sa chambre ou dans le salon privé de quelque restaurant fort cher, les explications de Wilde selon qui son intérêt pour ces jeunes personnes ne constituait rien d'autre que l'expression d'un amour innocent de la jeunesse sous toutes ses formes sonnaient de plus en plus faux, et pour nous au moins, qui le représentions, il apparaissait clairement que le procès était perdu.¹

Cependant, ce n'était pas la simple perspective de perdre le procès qui inquiétait Humphrey. Celui-ci pensait bien davantage à l'article 11 du *Criminal Law Amendment Act* de 1895. Cette loi, par une mesure sans précédent, faisait un crime des actes indécents intervenus en privé entre adultes de sexe masculin. Jusque-là, la common law s'était bornée à sanctionner de tels actes lorsqu'ils avaient été commis en public, laissant de côté ceux posés dans l'intimité des demeures. Mais en ce XIX^e siècle, le rigorisme victorien ne pouvait accepter qu'aucune atteinte, même privée, à la conception qu'il se faisait de la décence reste impunie. Sachant cela, l'avocat principal de Wilde insista, après le premier jour d'audience, pour qu'il se désiste avant que des preuves plus incriminantes ne soient rapportées contre lui et ne conduisent éventuellement à l'intervention du ministère public et à son arrestation en plein tribunal.

1. H. MONTGOMERY HYDE, *The Trials of Oscar Wilde*, Londres, William Hodge and Company Ltd., 1948, p. 2.

Wilde fut arrêté bien entendu, tôt dans la soirée du jour même où la poursuite engagée si mal à propos contre Queensbury avait pris fin de façon aussi ignominieuse. Formellement inculpé sous 25 chefs pour avoir commis, ou avoir comploté en vue de commettre, des actes de grossière indécence, il fut reconnu coupable et condamné à deux ans d'emprisonnement.

Wilde mourut à Paris, exilé, ostracisé et pauvre, trois ans et sept mois après l'exécution de sa peine.

1. La double nature du droit à la protection de la vie privée

Si j'ai choisi, comme entrée en matière, de rappeler le cas d'Oscar Wilde, c'est pour souligner, dès le départ, les deux conceptions qu'il est possible de se faire de la vie privée. Dans une première optique, la notion de vie privée est souvent comprise comme désignant ce domaine de la vie personnelle qui bénéficie d'une confidentialité que nul ne peut violer. Dans cette sphère, l'on s'attend à ce que les faits de sa vie « privée » (c'est-à-dire l'information d'ordre personnel) ne seront pas exposés à tout un chacun, ni offerts en pâture aux curieux. On a décrit cette dimension de la notion de vie privée dans les termes suivants :

[Traduction]

Nous disons qu'il y a vie privée lorsque les individus dont les actes font ou deviennent l'objet de certaines informations conservent la possession de ces informations, lesquelles ne sont divulguées que par les intéressés (qui l'ont en partage lorsqu'ils sont plusieurs) et de leur propre initiative. Ce qui signifie que les tiers n'ont pas connaissance de ces informations, ne sont pas témoins des actes qui en font l'objet et en sont la source, ni ne l'obtiennent par quelque enregistrement, sur un support quelconque (photographies, documents ou bandes magnétiques) ni d'autres personnes qui auraient observé les faits en cause. L'un des aspects de la vie privée peut donc être défini comme la barrière, que ne franchissent pas certaines informations, séparant les intéressés des autres. Les actes des premiers ne sont pas rapportés aux derniers, ni observés, ni enregistrés ou autrement perçus par ceux-ci.²

Certes, l'importance de cette conception de la vie privée varie selon l'époque et les circonstances. Il n'en demeure pas moins toutefois que, dans notre société, les gens préfèrent que ce qui se passe dans l'intimité échappe à la curiosité publique et que les intrusions dans cette sphère soient interdites.

Mais cette notion de vie privée peut également avoir un autre sens et aller au-delà du simple respect de la nature confidentielle des informations d'ordre personnel. La notion de vie privée est en effet devenue une valeur si

2. E. SHILS, « Privacy: Its Constitution and Vicissitudes », (1966) 31 *Law and Contemporary Problems* 281, p. 282.

essentielle de notre société qu'elle régit même l'exercice des pouvoirs de l'État. Le respect de la vie privée oblige à limiter dans une certaine mesure le pouvoir qu'a l'État de sanctionner le comportement individuel qui peut apparaître répréhensible à autrui. Il est donc posé en principe que l'individu possède un droit constitutionnel à la vie privée qui, dans certains cas, rend illégitimes et inconstitutionnelles les tentatives que font les gouvernements pour prohiber certains comportements individuels contraires à la norme :

[Traduction]

La notion de gouvernement limité a toujours comporté l'idée que les pouvoirs du gouvernement n'autorisent pas certaines formes d'intrusion dans la vie personnelle du citoyen. C'est là en fait l'une des distinctions fondamentales entre le gouvernement absolu et le gouvernement limité. Le contrôle total de l'individu, dans tous les aspects de sa vie, est la marque de l'absolutisme. Par contraste, un système de gouvernement limité garantit un domaine privé, propre à l'individu, le distinguant formellement du domaine public, que contrôle l'État. La protection du domaine privé, la protection en d'autres mots de la dignité et de l'intégrité de l'individu, a acquis une importance grandissante au fur et à mesure du développement de la société moderne. Industrialisation, urbanisation et organisation, en un mot toutes les forces de l'ère de la technologie contribuent à diminuer le domaine privé et à faciliter les atteintes à celui-ci. Pour employer un langage plus moderne, la société démocratique se distingue de la société totalitaire par sa capacité de conserver leur caractère privé à certains aspects de l'existence.³

On trouve des exemples de recours à la notion de vie privée, pour limiter l'autorité législative du gouvernement, dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis portant sur l'avortement et sur la vente de contraceptifs⁴. Prise dans ce sens, la notion de vie privée se rapproche fort de celle de la liberté individuelle, valeur traditionnelle qui imprègne toute la philosophie politique des démocraties occidentales. La croyance que la vie privée, en tant que « liberté », fait partie intégrante de ces droits fondamentaux qu'aucune puissance étatique ne peut légitimement supprimer, diffère fort de la vie privée conçue comme le respect par un individu du droit pour un autre individu de garder certaines informations d'ordre personnel confidentielles et de ne les divulguer qu'à ceux qu'il veut bien. Dans le premier cas, il s'agit d'une valeur d'ordre constitutionnel, limitant les pouvoirs législatifs de l'État, alors que dans le second, il s'agit, plus modestement, de rapports entre particuliers.

Le cas d'Oscar Wilde illustre bien cette distinction. Le marquis de Queensbury pouvait, par ses indiscretions, ses interventions et ses racontars sur le genre de vie que menait Wilde et sur ses préférences sexuelles, porter

3. T. I. EMERSON, « *Nine Justices in Search of a Doctrine* », (1965) 64 *Michigan L. R.* 219, p. 229.

4. Au sujet des contraceptifs, voir : *Griswold v. Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479 ; *Eisenstadt v. Baird*, (1972) 405 U.S. 438 ; sur l'avortement, voir *Roe v. Wade*, (1973) 410 U.S. 113.

atteinte impunément à la vie privée de ce dernier. Wilde jugea qu'il s'agissait là d'une atteinte répréhensible et crut avoir droit à réparation devant les tribunaux. Mais, comme il a été dit ci-dessus, la loi ne reconnaissait aucun droit général à la protection de la vie privée. Il était d'autre part possible d'échapper à toute condamnation civile ou pénale pour diffamation en s'appuyant sur la véracité des faits révélés.

Par contre, la poursuite subséquente de Wilde au criminel sous le chef de grossière indécence représente l'exercice par l'État du pouvoir qu'il s'était donné de punir un individu pour des actes sexuels privés réprouvés par les principes moraux de la majorité. Il s'agit là d'un recours au pouvoir de l'État pour limiter la liberté individuelle. À cet égard, on a soutenu, surtout aux États-Unis, que le respect de la vie privée est une valeur d'ordre constitutionnel tellement fondamentale (c'est-à-dire un droit fondamental de la personne) que l'État ne saurait légitimement tenter d'interdire les relations homosexuelles entre adultes consentants dès lors qu'elles interviennent en privé. J'estime que c'est là un argument de poids surtout lorsqu'on se souvient qu'il a pour fondement philosophique et moral l'idée que chacun doit être libre sur le plan de l'amour physique. Un auteur américain décrit en ces termes l'importance de ce droit à l'amour :

[Traduction]

La liberté totale en matière d'amour physique devrait être reconnue comme un bien, puisque cela aussi développe le respect de soi-même. L'amour sous une forme ou sous une autre est un élément nécessaire de toute vie accomplie. Qu'il s'agisse d'amour pour un individu en particulier, ou pour plusieurs, ou même pour une entité abstraite, l'amour est essentiel à ce que nous appelons communément le sens de la vie. En l'absence d'amour, la vie devient absurde, la vie de l'esprit est déformée et misérable. L'amour dans ses formes sexuelles est une expérience unique de l'extase, car la sexualité constitue pour l'homme et la femme modernes une expérience qui a de moins en moins d'équivalent dans la vie publique : l'oubli de soi, l'expression de ses propres fantasmes, le relâchement des tensions internes et l'expression socialement acceptée du désir, réprimé, d'être à nouveau enfant tout-puissant, aimant le jeu, vulnérable, spontané et sensuel. Certes, on peut choisir volontairement la chasteté ; mais l'interdiction à autrui de certaines formes d'amour reviendrait dans certains cas à le priver d'une expérience importante, unique.⁵

Dans cette optique, l'inculpation d'Oscar Wilde pour grossière indécence constituait un abus par l'État de son pouvoir. Il se peut évidemment que certains pensent que les droits fondamentaux n'interdisent nullement à l'État de considérer comme criminels certains types d'actes sexuels même s'ils

5. D.A.J. RICHARDS, « Homosexual Acts and the Constitutional Right to Privacy », *Homosexuality and the Law. A Special Double Issue of the Journal of Homosexuality*, New York, Hawthorn Press, 1980, p. 47-48.

interviennent en privé et entre personnes consentantes. L'on ne saurait trancher ici ce débat. Mais rappelons néanmoins que, au Canada, le législateur a estimé que deux adultes de vingt et un ans ou plus sont libres de choisir leurs activités sexuelles, dans la mesure où il y a consentement et où cela se passe en privé.

La vie privée vue sous l'angle de la liberté des adultes de s'exprimer sexuellement, en privé, sans que l'État s'en mêle, n'entre pas dans le sujet du présent document. Le sujet n'a été abordé que pour faire ressortir l'autre facette de la vie privée, soit le droit de voir demeurer confidentiels les renseignements personnels nous concernant. La vie privée est alors envisagée sous l'angle du secret, notion qui revient à déterminer dans quelle mesure nous sommes prêts à laisser les gens vivre leur vie à l'abri de la curiosité d'autrui.

Faut-il vraiment préciser que l'attachement à la vie privée envisagée sous cet angle a toujours été particulièrement fort chez les personnes homosexuelles. Lorsque l'acte même par lequel vous exprimez votre amour constitue un crime punissable d'emprisonnement, comme l'illustre parfaitement l'affaire Oscar Wilde, qui ne rechercherait pas le secret? Mais même avec le relâchement de la persécution juridique des personnes homosexuelles, l'antipathie qu'elles inspiraient encore fortement dans la société continua de les contraindre aux rapports furtifs. Car ce n'est que dans le secret qu'elles trouvent une protection contre le harcèlement, la discrimination dans l'emploi et le logement, et contre le ridicule public.

Le reste de la présente étude portera essentiellement sur la façon dont la loi aborde la divulgation d'informations portant sur la vie privée, le viol délibéré du secret. Nous examinerons d'abord les différentes réponses que la common law, tant au Canada qu'aux États-Unis, et le droit civil du Québec, apportent à la thèse voulant que la divulgation délibérée de renseignements personnels devrait ouvrir un recours civil en réparation. On a beaucoup débattu, surtout aux États-Unis, de l'existence et de la nature du délit d'« atteinte à la vie privée » (« private facts tort »). Le problème intéresse au premier chef les personnes homosexuelles vu le dommage que peut leur causer la divulgation non voulue de leur orientation sexuelle.

2. Les délits d'atteinte à la vie privée

2.1. Le droit à la protection de la vie privée et le droit canadien de la responsabilité délictuelle

L'idée qu'une atteinte à la vie privée puisse ouvrir un recours sous la common law n'a jamais été acceptée, comme principe général, ni en

Angleterre ni au Canada. Bien entendu, la common law protège certains aspects plus précis de la vie privée, soit que cela découle de la protection de la propriété privée, soit en raison de l'inviolabilité des relations présentant un caractère confidentiel. Résumant les recours existants à l'égard de certains aspects de la vie privée de l'individu, un auteur anglais concluait :

[Traduction]

Le fouineur trouvé chez vous commet le délit de violation de la propriété d'autrui (*trespass*) ; le voisin dont la curiosité ou le comportement trouble la jouissance ou l'usage que vous faites de votre propriété, commet le délit de nuisance ; le détective privé ou le farceur dont les harcèlements seront la cause prévisible de quelque préjudice ou dommage corporel commet le délit innommé concernant « les actes conçus pour causer et causant effectivement un préjudice corporel » ; le chroniqueur mondain qui répand des histoires fausses et préjudiciables à votre sujet commet le délit de diffamation ; celui qui se sert de renseignements confidentiels à son propre avantage et le journaliste qui publie une information qu'il devait garder pour lui se rend coupable d'abus de confiance (*breach of confidence*). Ces recours, ainsi que d'autres, protègent indirectement des atteintes à la vie privée.⁶

Dans les juridictions de common law au Canada, on suit l'opinion anglaise écartant ainsi tout principe général de protection de la vie privée, estimant qu'un tel principe général est ambigu et susceptible d'une extension dangereuse⁷.

S'en remettre aux causes traditionnelles de la responsabilité en common law n'est donc pas très utile lorsqu'il s'agit de protéger, sous l'aspect de la divulgation d'informations, la vie privée des personnes homosexuelles, comme de toute autre personne d'ailleurs. Le délit d'entrée illicite sur une propriété (*trespass to property*) est d'un certain secours, indirect, puisqu'il assure l'inviolabilité du domicile où l'individu peut choisir de se retirer. Les cas extrêmes de divulgations d'informations privées, pourraient sans doute donner lieu à l'utilisation de la notion d'infliction voulue de souffrances nerveuses se manifestant par un préjudice physique ; et le délit d'abus de confiance (*breach of confidence*) pourrait semble-t-il se révéler d'une certaine utilité dans des cas limités. Mais dans l'ensemble, la common law n'offre qu'une protection limitée de la confidentialité d'informations personnelles.

La réticence de la common law canadienne à reconnaître l'existence d'un droit général à la vie privée a perdu de son importance dans les provinces de Colombie britannique, d'Alberta, du Manitoba et de Terre-Neuve, où la législation prévoit maintenant un délit d'atteinte à la vie privée.

6. G. DWORKIN, « Privacy and the Law », dans *Privacy*, New York, John Wiley and Sons, 1978, p. 115.

7. Voir en général : P. BURNS, « The Law and Privacy : The Canadian Experience », (1976) 54 *R. du B. Can.*, 1, p. 12 à 24.

Trois de ces provinces définissent ce délit d'atteinte à la vie privée en des termes identiques :

[Traduction]

Commets un délit civil, dont il doit répondre sans qu'il soit nécessaire de prouver un dommage, celui qui, volontairement et sans apparence de droit, viole la vie privée d'un autre.⁸

En lui-même, le libellé de ce délit d'atteinte à la vie privée laisse beaucoup à l'interprétation judiciaire, mais les lois qui le créent fournissent des exemples de ce qui constitue une atteinte à la vie privée et prévoient un ensemble de règles créatrices de différentes défenses à une action pour atteinte à la vie privée⁹.

L'un de ces moyens de défense prend une importance particulière par rapport à la vie privée considérée sous l'aspect information :

Ne constitue pas une atteinte à la vie privée la publication dont :

- (a) il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est d'intérêt public ou qu'elle commente équitablement une question d'intérêt public.¹⁰

Bien entendu, c'est le tribunal saisi d'un cas d'atteinte à la vie privée qui apprécie ce qui est d'intérêt public. Si d'aventure une personne homosexuelle

8. *Privacy Act*, Statutes of Saskatchewan (vol. VII) c. P-24, art. 2. Voir aussi : *Privacy Act*, (1979) R.S.B.C., c. 336, art. 1^{er}; *Privacy Act*, (1981) Statutes of Newfoundland, c. 6, art. 1. Le *Privacy Act* du Manitoba, S.R.M., c. 125, art. 1^{er}, crée un délit général dans les termes suivants :

Celui qui substantiellement, déraisonnablement et sans apparence de droit, viole la vie privée d'un autre commet un délit contre lui.

9. Par exemple, le *Privacy Act* de la Saskatchewan porte, en son article 4(1) :

4. (1) N'est pas une atteinte à la vie privée, l'acte, le comportement ou la publication qui :

- a) a l'agrément, exprès ou tacite, de celui qui doit le donner ;
- b) découle incidemment de l'exercice d'un droit légitime de défense de la personne ou de la propriété ;
- c) est autorisé ou exigé par la loi en vigueur de la province, par un tribunal ou quelque procédure d'un tribunal ; ou
- d) est le fait :
 - (i) d'un agent de la paix exerçant ses fonctions dans les limites de ses attributions ; ou
 - (ii) d'un officier public procédant à une enquête dans l'exercice et dans les limites de ses attributions ;

et n'est ni disproportionné eu égard à la gravité de l'objet de l'enquête ni perpétré lors d'une intrusion ;

- e) est le fait d'une personne recueillant des informations :
 - (i) pour tout journal ou autre organe d'information, ou
 - (ii) pour un radiodiffuseur titulaire d'une licence d'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion obtenue du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ;

et que cet acte, ce comportement ou cette publication étaient raisonnables dans les circonstances et/ou accessoires aux opérations habituelles visant à réunir des informations.

10. *Privacy Act* de la Saskatchewan, *supra*, note 8.

engageait une action en justice fondée sur une atteinte à la vie privée, cette disposition, de toute évidence, aurait son importance pour la solution du litige.

Les délits d'atteinte à la vie privée créés par ces lois provinciales sont suffisamment larges pour englober la protection des intérêts des personnes homosexuelles en matière de vie privée. Certes, chaque affaire sera jugée comme un cas d'espèce, à la lumière des moyens de défense dont peut se prévaloir le défendeur, tel celui de commentaire équitable d'une question d'intérêt public. Néanmoins, il semble permis de dire que la personne homosexuelle victime d'un préjudice possède un fondement juridique plus solide si elle désire poursuivre pour atteinte à sa vie privée dans les quatre provinces précitées¹¹ que dans les provinces où seule la common law protège la vie privée de l'individu. En common law, la divulgation d'informations vraies sur l'orientation sexuelle d'un individu ne saurait semble-t-il fonder une action en justice que si elle équivaut à une atteinte à des relations protégées par le secret (par exemple les relations entre le médecin et son patient) ou constitue un acte conçu pour causer, et causant effectivement, un préjudice physique. Le fait que quatre provinces de common law aient adopté des lois créant un délit général d'atteinte à la vie privée témoigne de l'insuffisance de la common law en matière de protection de la vie privée de l'individu. Par contre, comme on le verra plus bas, les tribunaux américains, partant des mêmes traditions de common law, ont eu tendance à étendre la portée du droit à la vie privée au-delà de l'interprétation étroite prévalant au Canada.

2.2. Le droit à la vie privée aux termes du Code civil du Québec

La protection des intérêts d'un individu dans sa vie privée a connu une certaine évolution sous le régime du *Code civil* du Québec non pas en vertu des dispositions expresses du Code, mais plutôt par le recours aux principes généraux du droit civil du Québec. Au sujet de la façon dont le droit à la vie privée a été en partie reconnu par le *Code civil*, un auteur remarquait :

... le travail des tribunaux fut facilité par l'existence de certains principes généraux du droit civil. Le plus important de ces principes est celui qui voit dans la personne humaine le bénéficiaire d'un nombre de « droits de la personnalité », un cadre théorique qui a permis le développement indépendant du droit au respect de la vie privée. Une fois le droit établi, la sanction de sa violation a pu être trouvée dans le principe général de la responsabilité basé sur la faute civile et dans l'acceptation par les tribunaux québécois d'accorder la compensation pour des dommages purement moraux.¹²

11. Il importe aussi de signaler que dans les quatre provinces l'action pour atteinte à la vie privée existe indépendamment de la preuve d'un dommage en résultant.

12. H.P. GLENN, « Le droit au respect de la vie privée », (1979) 39 R. du B. 879, p. 882.

Le même auteur distingue deux aspects substantifs du droit au respect de la vie privée reconnu par la jurisprudence :

- (i) le droit à la solitude et
- (ii) le droit à l'anonymat.

En principe, ces deux aspects rejoignent les intérêts des personnes homosexuelles en matière de vie privée. Le droit à la solitude, c'est ce droit de l'individu d'être protégé contre toute intrusion, qu'il s'agisse d'atteinte à son droit de propriété, d'ouverture de son courrier ou de harcèlement téléphonique. Tous ces délits violent le droit qu'a l'individu de se retirer, de s'isoler, généralement physiquement, des autres membres de la société ; aussi ont-ils été considérés comme donnant ouverture à un recours en droit civil québécois¹³. La violation de ce droit à la solitude peut se faire au détriment de n'importe qui, y compris d'une personne homosexuelle.

Le droit à l'anonymat tient plus du secret de l'information dont on a parlé ci-dessus. Ce droit, pense-t-on, se déduirait de la jurisprudence qui voit une atteinte à la vie privée dans la publication d'une photographie d'une personne sans son consentement¹⁴. On trouve aussi regroupée sous ce titre, la jurisprudence voyant dans l'existence de rapports confidentiels ouverture à un recours en cas de divulgation d'informations d'ordre personnel obtenues dans le cadre d'une telle relation¹⁵. La mesure dans laquelle on peut voir dans cette jurisprudence la source d'un principe général de droit au respect de la vie privée, dont la violation donnerait ouverture à une action en dommages-intérêts, demeure discutable. L'on prétend que :

Ces cas traditionnels de protection de renseignements doivent être considérés à présent comme des exemples particuliers d'un principe plus large qui interdit de façon générale la circulation ou diffusion de données personnelles. Ici, l'anonymat de la personne peut être lésé de façon beaucoup plus sérieuse que dans le cas d'une simple diffusion du nom ou de l'image, et le droit au respect de la vie privée doit nécessairement protéger la personne contre cette atteinte.¹⁶

C'est là une conception large d'un principe général de respect de la vie privée qui, manifestement, pourrait être invoqué en cas de divulgation non autorisée de l'orientation sexuelle d'un individu. Mais il faut se garder des généralisations hâtives, particulièrement lorsqu'on est en présence d'un concept aussi flou et malléable que le droit à la vie privée. La publication sans le consentement de l'intéressé d'une photographie sur laquelle il apparaît ou la violation du secret ne sont pas nécessairement des fondements

13. *Ibid.*, p. 883-884.

14. *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389; *Field c. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283.

15. GLENN, *supra*, note 12, p. 885.

16. *Ibid.*, p. 886.

sur lesquels les tribunaux acceptèrent de sanctionner la publication d'informations véridiques sur l'orientation sexuelle d'un individu. Tout ce que l'on peut dire dans l'état actuel du droit, c'est que la chose n'est pas impensable. À cet égard, signalons les intéressantes propositions formulées par l'Office de révision du Code civil, soit de créer une obligation expresse de respect du droit d'autrui à sa vie privée. Voici le texte des dispositions proposées :

Nul ne peut porter atteinte à la vie privée d'autrui sans le consentement de celui-ci ou sans y être expressément autorisé par la loi.

Et notamment :

1. pénétrer chez autrui ou y prendre quoi que ce soit ;
2. intercepter ou utiliser volontairement une communication privée ;
3. capter ou utiliser l'image ou la voix d'une personne se trouvant dans des lieux privés ;
4. surveiller, par quelque moyen que ce soit, une personne dans sa vie privée ;
5. utiliser le nom, l'image, la ressemblance ou la voix d'une personne à toute autre fin que l'information légitime de l'opinion publique ;
6. utiliser toute correspondance, manuscrit, ou autre document personnel d'autrui ; ...¹⁷

Cette énumération d'atteintes à la vie privée, non exhaustive des applications possibles du principe de base, indique néanmoins une réticence à concevoir le droit à la vie privée comme suffisamment étendu pour viser toute diffusion non autorisée de renseignements personnels. Les quatre premiers exemples concernent plus ou moins des atteintes au droit de l'individu à sa solitude physique ; ils sont donc liés à la jurisprudence existante en ce sens. Le cinquième constitue une extension de la jurisprudence portant sur la publication autorisée d'un portrait photographique. En somme, les exemples de la disposition suggérée sont une illustration de la démarche prudente probable des tribunaux : l'élargissement et l'application des principes que l'on peut d'ores et déjà dégager de la jurisprudence actuelle. Cela devrait inciter à la prudence lorsqu'il s'agit de proclamer l'existence d'un droit général de l'individu à une vie privée, qu'on pourrait faire valoir pour protéger l'intérêt des personnes homosexuelles au secret.

Cela étant dit, toutefois, il existe une dernière source du droit à la confidentialité des renseignements personnels en droit québécois susceptible d'étayer cette prétention à une vie privée. La Charte québécoise des droits et libertés confère, en termes généraux, un droit à la vie privée à tout individu :

Toute personne a droit au respect de sa vie privée.¹⁸

17. Rapport sur le Code civil du Québec; Projet de Code civil, volume I, c. III, art. 13.

18. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. C-12, art. 5.

La Charte québécoise amendée qui entrerait en vigueur le 1^{er} octobre 1983 maintient ce droit. La Charte contient aussi des dispositions qui visent à donner à l'individu un recours efficace en cas de violation de ses droits :

Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.¹⁹

On peut certainement faire valoir ces dispositions comme fondement d'un recours civil pour atteinte à cet aspect confidentiel de la vie privée. L'article 49 est la preuve concluante que le législateur québécois a voulu que les tribunaux se fassent les gardiens vigilants de la vie privée de l'individu. Ces dispositions de la Charte devraient encourager les tribunaux québécois à élargir la portée du droit à une vie privée déjà dégagé, élargissement qui, en principe, devrait inclure les intérêts des personnes homosexuelles à la non-divulgateion de renseignements personnels.

2.3. Les délits civils d'atteinte à la vie privée aux États-Unis

La question du principe général d'un droit à une vie privée (au sens du droit au secret) est devenue aux États-Unis une question juridique dans la même décennie où Oscar Wilde, en Angleterre, était mis derrière les barreaux. La cause immédiate de cette attention des milieux juridiques fut l'inconvenante curiosité de la presse à scandale, qui prétendait jeter un regard des plus indiscrets sur les élégants diners offerts par l'une des dames les plus respectées de l'élite bostonaise. La publication de descriptions détaillées de ce qui se passait lors de ces réunions mondaines amena le mari de l'hôtesse, un certain Samuel D. Warren, avocat, et son associé, Louis D. Brandeis, à écrire une défense aussi savante qu'ardente du droit général à l'inviolabilité de la vie privée. L'article s'intitulait, tout simplement, *Le droit à la vie privée (The Right to Privacy)*²⁰. C'était les excès du journalisme à scandale, l'exposition sur la place publique du comportement qu'avaient en privé certains membres de la haute société, qui avaient conduit Warren et Brandeis à rédiger l'article en question. Celui-ci suscita cependant toute une littérature juridique ayant pour sujet la vie privée en général²¹. Je ne m'y

19. *Ibid.*, art. 49.

20. S.D. WARREN et L.D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », (1890-91) 4 *Harvard L. Rev.* 193.

21. Voir en général : W. LARREMORE, « The Law of Privacy », (1912) 12 *Columbia L. Rev.* 693; WINFIELD, « Privacy », (1931) 47 *L. Q. Rev.* 23; L. NIZER, « The Right of Privacy », (1941) 39 *Mich. L. Rev.* 526; W. FEINBERG, « Recent Developments in the Law of Privacy », (1948) 48 *Colum. L. Rev.* 713; W.L. PROSSER, « Privacy », (1960) 48 *California L. Rev.* 383; Recueil d'articles dans (1966) 31 *Law and Contemporary Problems*, p. 251 à 435; et dans (1980) 9

arrêterai pas ici, car elle est fort abondante, ni non plus à l'importante jurisprudence des divers États américains; je me contenterai d'esquisser à grands traits le long débat américain à ce sujet de la vie privée afin de circonscrire les points les plus importants ayant, pourrait-on soutenir, quelque effet sur les intérêts des personnes homosexuelles à l'inviolabilité de la vie privée.

En 1960 Prosser, qui était alors doyen de la Faculté de droit de Berkeley, écrivait que trois cents décisions environ concernaient le droit à la vie privée et que quatre intérêts distincts y étaient protégés :

[Traduction]

Le droit à une vie privée vise quatre atteintes distinctes à quatre intérêts différents du demandeur, n'ayant d'autre affinité que le nom et rien d'autre pour ainsi dire en commun, si ce n'est que dans chaque cas il y a entrave au droit du demandeur, pour reprendre les termes du juge Cooley : « à ne pas être troublé dans sa tranquillité ».²²

Voici ces quatre formes d'indiscrétion :

- (i) Violation de la réclusion ou solitude du demandeur, ou immixtion dans ses affaires privées;
- (ii) Divulgaration publique de faits intimes embarrassants pour le demandeur;
- (iii) Publicité jetant sur le demandeur un éclairage faux et trompeur;
- (iv) Appropriation, par le défendeur et à son profit, du nom du demandeur ou de son image.

Les deux dernières formes d'indiscrétion nous importent peu en l'espèce, car elles visent la dissémination de fausses informations et l'exploitation commerciale non autorisée du nom d'un individu ou de son image. Quant au premier exemple, la violation de la réclusion ou solitude d'un individu, il n'a qu'une importance limitée, en ce sens qu'on se réfère d'abord aux cas d'intrusions physiques (par exemple, intrusion au domicile de quelqu'un ou dans sa chambre d'hôtel, ou encore fouille de ses bagages personnels²³), bien que certaines affaires ainsi qualifiées vont jusqu'à garantir contre l'écoute électronique de conversations privées au moyen de tables d'écoute et de micros²⁴. Ces indiscrétions permettent parfois de découvrir certains traits intimes de quelqu'un, y compris ses préférences sexuelles, mais les recours juridiques qu'offre le droit américain à cet égard existent indépendamment

Journal of Legal Studies, p. 621 à 799; D.L. ZIMMERMAN, « Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort », (1983) 68 *Cornell Law Rev.* 291.

22. W.L. PROSSER, « Privacy », (1960) 48 *California L. Rev.* 383, p. 389.

23. *Idem.*

24. *Idem.*, p. 390. L'espionnage électronique de conversations privées constitue aussi une infraction criminelle au Canada. Voir la Partie IV.1 du *Code criminel*, art. 178.11.

de toute divulgation subséquente de ces faits intimes. Les indiscretions de ce genre emportent responsabilité du fait de la violation même de l'espace physique où l'individu mène sa vie privée. C'est dans le second genre d'indiscrétion seulement que nous rencontrons vraiment la notion de vie privée secrète, car alors le droit américain fournit un recours en cas de divulgation publique de faits intimes.

Il ne serait pas exact cependant de prétendre que le droit américain reconnaît comme délit la divulgation non autorisée de faits secrets sans souligner aussitôt la portée limitée donnée à ce délit par les tribunaux américains. Prosser distingue trois grandes restrictions apportées par la jurisprudence pertinente au délit d'« atteintes à la vie privée » :

[Traduction]

- (i) La divulgation doit être « publique » et non privée ;
- (ii) Les faits divulgués doivent avoir été secrets, impossibles à découvrir par le canal officiel ;
- (iii) La divulgation doit être injurieuse et répréhensible de l'avis de l'homme ordinaire, aux sensibilités raisonnables.²⁵

Le caractère « public » d'une divulgation signifie que l'information doit avoir reçu une large diffusion et non avoir simplement été communiquée à une autre personne ou à un petit groupe. Cette restriction a certainement pour effet de permettre les commentaires allant de bouche à oreille et les commérages, qui font partie intégrante de la vie en société. Quant à la seconde restriction limitant l'étendue du délit d'atteinte à la vie privée, ce n'est rien d'autre que ce qu'enseigne le sens commun, c'est-à-dire que la divulgation de faits notoires, comme la couleur de la maison de celui-ci, ou le genre de robe de celle-là et la façon de marcher de cet autre, ou quelque autre particularité que tous peuvent voir, ne doit pas être considérée comme une transgression que doit réprimer le droit. À cet égard, Prosser cite une affaire californienne où il fut jugé qu'un mari photographié alors qu'il serrait sa femme dans ses bras dans un lieu public n'avait aucun recours contre celui qui avait publié la photographie²⁶. Cette jurisprudence rappelle que ce qui se passe en public, par opposition à ce qui se passe dans votre jardin, est déjà notoire et donc ne peut plus être considéré comme privé.

La troisième restriction a pour effet de créer un critère objectif permettant d'établir à quel point la divulgation est répréhensible : comment une personne ordinaire, aux sensibilités raisonnables, réagirait-elle ? Ce critère a sans doute pour but d'interdire toute action en justice fondée sur la divulgation de faits courants et ordinaires, comme le retour de vacances de

25. PROSSER, *supra*, note 22, p. 393-398.

26. *Idem*, p. 395.

telle personnalité, le lieu de villégiature choisi, le restaurant qu'un tel fréquente tard le soir ou l'habitude qu'a tel autre d'assister à de brillantes réunions mondaines. Prosser est loin d'être certain qu'avec un critère de ce genre M. Warren ait pu avoir gain de cause au civil contre ce qu'il considérait comme les excès de la presse à scandale. À son avis : (traduction) « la protection légale de la vie privée n'est pas la protection des âmes faibles, anormalement sensibles à une telle publicité. Ce n'est plus la même chose lorsque des détails d'ordre sexuel sont dévoilés sur la place publique, ou encore lorsque sont dépeints d'une façon fort personnelle telle particularité intime ou tel comportement caché »²⁷. La divulgation publique de la vie d'une personne homosexuelle satisfait certainement à ce critère, même s'il demeure discutable que ce soit le cas de la divulgation du nom des convives du dernier petit déjeuner au caviar et au champagne de quelque hôtesse locale. Malheureusement, les recueils de jurisprudence ne rapportent aucune affaire portant sur la protection de la vie privée d'une personne homosexuelle. Il est permis de croire que les tribunaux, s'ils étaient saisis d'un tel cas, se trouveraient bien à plaindre. Il n'est pas impossible que ce critère du répréhensible soit invoqué pour s'autoriser à conclure qu'une personne ordinaire, aux sensibilités raisonnables, ne serait pas tant offensée par la divulgation elle-même que par les faits divulgués. Ce qui, je crois, constituerait une déformation du principe dégagé par les tribunaux, car ce délit d'atteinte à la vie privée cherche en partie à compenser l'angoisse et l'inquiétude (somme toute comme dans le cas de libelle et de diffamation) découlant de la diffusion des faits intimes qui ternissent l'image ou la réputation d'un individu aux yeux de la collectivité. C'est la réaction de la collectivité que l'on craint et qui détermine donc l'importance du préjudice causé par la divulgation non autorisée. Lorsqu'elle est violente et négative, et qu'ainsi le dommage est grand, il devrait normalement y avoir délit d'atteinte à la vie privée.

On ne saurait passer sous silence ici un principe débattu dans le contexte canadien et dont l'importance ne fait aucun doute lorsqu'il s'agit d'évaluer le bien-fondé d'une allégation précise de faute et de délit d'atteinte à la vie privée. L'existence d'une presse libre, à laquelle on a recours pour diffuser des faits intimes, oblige à prendre dûment en compte le privilège de l'information d'intérêt public. La reconnaissance de ce privilège pourrait aboutir au rejet de la prétention que la divulgation publique des préférences sexuelles d'une personnalité publique importante ouvre l'action délictuelle. On estimera peut-être que c'est là une question d'intérêt public importante que de savoir, par exemple, si tel élu est homosexuel; je ne suis pas convaincu cependant que le droit à la vie privée dans un tel cas importe

27. *Idem*, p. 397.

moins que ce prétendu intérêt public de divulgation. Je n'entends pas clore le débat sur ce point, ni dire dans quelle mesure le droit à la vie privée d'une personnalité importante peut être érodé par notre respect de la liberté de la presse et les avantages que nous trouvons à un électorat éclairé. Mention en est faite uniquement pour montrer que le délit d'atteinte à la vie privée a une portée tributaire de l'équilibre qu'il faut maintenir entre divers facteurs complexes et divers intérêts opposés.

3. La vie privée et le contrôle de l'information gouvernementale

3.1. Le Privacy Act américain

Le débat aux États-Unis sur le droit à une vie privée, c'est-à-dire à une vie secrète, n'a pas été concentré exclusivement sur le délit civil d'atteinte à la vie privée. La législation tant fédérale qu'étatique restreint la collecte et l'usage de renseignements personnels auxquels peuvent procéder les gouvernements étatiques ou fédéral. Il est reconnu qu'avec la croissance de l'administration après la seconde guerre mondiale et la capacité énorme qu'a celle-ci de réunir et de stocker toute sorte d'informations d'ordre personnel (particulièrement depuis la révolution informatique), une réglementation de cette collecte et de l'usage que l'on fait de ces informations s'impose. À cet égard, tant au niveau fédéral qu'étatique, des lois ont été adoptées pour tenter de limiter la collecte et l'usage de renseignements personnels par les gouvernements étatiques ou fédéral²⁸.

Le *Privacy Act*²⁹, une loi américaine fédérale, a été adopté en 1974. On trouve à l'article 2 de la Loi la raison de son adoption ; il y est déclaré expressément que le congrès constate notamment que :

[Traduction]

- (i) La collecte, la conservation, l'utilisation et la diffusion d'informations d'ordre personnel par les institutions fédérales touchent directement la vie privée de l'individu ;
- (ii) le recours croissant aux ordinateurs et à une technologie sophistiquée en matière d'information, quoique nécessaire au bon fonctionnement de l'administration, a fortement accru le danger de préjudice à la vie privée de l'individu que la collecte, la conservation, l'utilisation ou la diffusion d'informations d'ordre personnel sont susceptibles de causer.

Le *Privacy Act* américain fixe notamment des règles pour la collecte et le stockage par les institutions gouvernementales fédérales d'informations

28. Pour une description des législations étatiques et fédérale portant sur la vie privée voir : R.E. SMITH, *Compilation of State and Federal Privacy Laws*, Washington D.C., Privacy Journal 1981. La législation de plusieurs États régleme aussi l'usage que l'on fait de données personnelles dans le secteur privé, mais c'est là un sujet sortant du cadre de la présente étude.

29. 5 U.S.C., art. 552a.

d'ordre personnel. En particulier, la loi oblige les institutions fédérales à ne conserver que les informations d'ordre personnel « pertinentes et nécessaires à l'accomplissement du mandat de l'institution de par la loi ou un décret présidentiel » (traduction)³⁰. S'il est licite de recueillir une information d'ordre personnel, la Loi réglemente strictement sa diffusion. Le champ que couvre cette loi est fort semblable à celui de certaines lois adoptées au Canada, que j'examine ci-dessous plus en détail ; aussi se contentera-t-on ici de décrire le débat provoqué aux États-Unis par l'apparition de cette réglementation législative.

Au début de cet exposé, j'ai distingué le droit constitutionnel à la vie privée, dans le sens d'un domaine réservé où l'État ne saurait intervenir, de la notion de vie privée secrète, soit le droit de garder confidentielle son intimité. L'apparition d'une loi de protection de la vie privée comme le *Privacy Act* américain pousse à s'interroger sur le pouvoir de l'État de porter éventuellement atteinte aux libertés individuelles ; ainsi se trouvent reliés ces deux aspects, déjà discutés, du droit à la vie privée. La politique législative qui sous-tend cette protection de l'intimité informationnelle est dans une large mesure reliée à la menace que représentent pour l'intégrité de la personne ces énormes quantités de données personnelles mises à la disposition d'institutions puissantes. Savoir, c'est vraiment pouvoir dans notre société moderne ; plus une institution possède de données, plus elle sait de choses, plus son contrôle du comportement individuel est grand. On a décrit ainsi cette menace :

[Traduction]

Ainsi la croissance de vastes systèmes bureaucratiques de données personnelles, informatisés ou non, est souvent l'indice du développement des formes modernes de contrôle social. Par cela nous entendons les moyens directs que les organisations ont d'influencer le comportement de l'individu. Cette influence peut être bénigne, comme dans le cas des systèmes d'assurance-maladie, ou coercitive, comme dans la constitution de dossiers sur des ennemis politiques. La collecte systématique d'informations d'ordre personnel et leur tenue à jour, à des fins de contrôle social, cela s'appelle de la surveillance, que ce soit ou non pour une bonne cause. La mise en place de systèmes efficaces de surveillance et de contrôle des masses constitue l'une des caractéristiques sociologiques des sociétés avancées. Jamais auparavant de vastes organisations ont-elles été aussi à même de demeurer en contact direct avec, littéralement, des millions de personnes, de se tenir au fait de leurs affaires et d'intervenir d'autorité par action administrative en conséquence de cette surveillance.³¹

L'intérêt social qu'il y a à contrôler tout comportement déviant, non par une interdiction expresse, mais par une action bureaucratique beaucoup plus

30. *Idem*, art. 552a (c) (1).

31. L.J. HOFFMAN, *Computers and Privacy in the Next Decade*, New York, Academic Press, 1980, p. 68.

subtile, constitue un danger pour les minorités homosexuelles. De toute évidence, cette menace transcende les considérations de traitement d'une seule minorité ; ce qui est en cause c'est l'autonomie individuelle. Comme on l'a écrit ailleurs :

[Traduction]

La perte de liberté individuelle qui découle obligatoirement de cet accroissement de contrôle externe, est contraire aux buts que doit rechercher une société démocratique. Le débat sur le droit à la vie privée est fondé sur le postulat largement admis, voulant que la disparition du droit à la confidentialité des renseignements personnels représente une menace sans précédent pour l'intégrité de l'individu, que le gouvernement a l'obligation d'agir pour protéger chaque citoyen d'un contrôle externe non voulu, découlant de son obligation générale de promotion de la liberté individuelle.³²

Le *Privacy Act* américain cherche à circonscrire plus précisément ce qui justifie une institution gouvernementale de réunir des données personnelles et tente d'imposer des restrictions à l'utilisation et à la divulgation de ces informations.

Renforcer le droit à une vie privée, c'est-à-dire à une vie secrète, tant au niveau du secteur privé que des institutions gouvernementales, ne pouvait se faire aux États-Unis sans critique de la part de ceux qui croient au laissez-faire en matière de divulgation de données personnelles³³. On est même allé jusqu'à prétendre que vouloir dissimuler certains faits à son sujet équivaut à une tentative injustifiable de manipulation et de fraude que ne devrait pas protéger la loi³⁴. Certes on reconnaît le danger de réaction irrationnelle, à la Tartuffe, de certains à la divulgation de faits embarrassants pour autrui ; les critiques du droit à une vie privée secrète, comme Posner, minimisent cependant ce danger :

[Traduction]

À mon argument voulant que si l'on cache certains faits intimes c'est afin de tromper les autres, on pourrait répondre que cette discrétion, somme toute favorise les bons rapports, car bien des faits que l'on cache (comme son homosexualité, ses origines ethniques, ses aversions, sa sympathie pour le communisme ou le fascisme, certains désordres mentaux mineurs, d'anciens démêlés avec la justice, des problèmes conjugaux, ses tics) provoqueraient s'ils étaient révélés des réactions irrationnelles d'éventuels employeurs, amis, créanciers, amants, etc. On oublie alors de tenir compte de ce que coûtent les

32. R.F. BOUCHARD et J.D. FRANKLIN, *Guidebook to the Freedom of Information and Privacy Acts*, New York, Clark Boardman and Company, 1980, p. 40.

33. Voir R.A. POSNER, « Privacy Secrecy and Reputation », (1979) 28 *Buffalo L. Rev.* 1 ; R.A. POSNER, « The Right to Privacy », (1978) 12 *Ga. L. Rev.* 393 ; EPSTEIN, « Privacy, Property Rights and Misrepresentation », (1978) 12 *Ga. L. Rev.* 455 ; R.A. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 1981, p. 231-310.

34. POSNER, *idem*, p. 232 à 242.

occasions perdues du fait de cet ostracisme absurde ou, vu sous un autre angle, les avantages qu'il y a à traiter avec celui que les autres ostracient sans raison. Si d'anciens détenus sont de bons travailleurs et que la plupart des employeurs ne veulent pas le savoir, on pourra les engager à un salaire inférieur puisqu'ils ne trouveront pas facilement à s'employer ailleurs, ce qui se traduira par un avantage concurrentiel sur les Tartuffes. Dans une société pluraliste décentralisée et concurrentielle, la discrimination irrationnelle disparaîtra avec le temps.³⁵

Une conception aussi optimiste de la façon dont disparaîtront, dans la société, avec le temps, les réactions irrationnelles à certains faits embarrassants d'ordre privé relève de l'utopie pure. On ne répond certes pas ainsi aux craintes que d'importantes et puissantes institutions, gouvernementales en particulier, tentent d'abolir certains comportements déviants par la consécration de certaines réactions sociales irrationnelles.

Le débat aux États-Unis sur le sens et la portée à donner au droit à la vie privée décrit jusqu'à maintenant, préoccupe au plus haut point les personnes homosexuelles, lorsqu'on en vient à la menace que représente pour l'autonomie individuelle la collecte gouvernementale de données personnelles. C'est là une dimension de la vie privée, dans son aspect vie secrète, qui a été utilisée lors de l'étude des délits d'atteinte à la vie privée. Toutefois, cette dimension transcende le domaine de la responsabilité délictuelle si l'on s'attarde à la menace qu'elle représente pour la liberté individuelle plutôt que sur les recours qu'elle offre le droit en cas de préjudice émotionnel causé par la divulgation de faits privés embarrassants. On s'intéresse dorénavant moins aux divulgations d'informations d'ordre personnel qu'aux efforts faits par l'État pour les obtenir. Comme il a été dit ci-dessus, le *Privacy Act* américain n'autorise le stockage que des seules informations d'ordre personnel nécessaires ou liées à la réalisation du mandat de l'institution.

Voici un exemple édifiant du genre d'informations exigées dans les demandes d'emploi de la fonction publique des États-Unis au cours des années 60 :

[Traduction]

- Je crois en Dieu
- Je crois à la parousie du Christ
- Je vais à l'église une fois par semaine ou presque
- Je suis très attiré par les personnes du même sexe que moi
- Ma vie sexuelle est satisfaisante ³⁶.

La quatrième proposition est une tentative à peine voilée d'identifier les personnes homosexuelles. Il est fort peu probable que le *Privacy Act* américain autoriserait la collecte d'informations de ce genre aujourd'hui.

35. *Idem*, p. 235.

36. *Supra*, note 32, p. 50.

Mais ce n'est là qu'un exemple de ce qui pourrait advenir si la collecte, l'emploi et la diffusion d'informations personnelles par les institutions gouvernementales ne faisaient l'objet d'aucun contrôle. Un exemple contemporain des rapports existant entre la collecte de données et les dangers d'atteinte à la vie privée nous est fourni par la réunion d'informations médicales sur le syndrome d'immuno-déficience acquise (SIDA). La presse a qualifié le SIDA de « peste des homos » puisque la majorité des victimes sont homosexuelles. À New York, la consigne est de signaler les cas de SIDA au département de la santé de la ville, mais aussi au Centre fédéral de contrôle des maladies, à Atlanta. Compte tenu de la réaction souvent quasi hystérique aux nouvelles de la progression de la maladie, il semblerait très important de protéger le secret des données relatives à ces victimes.

Il est probablement nécessaire et inévitable que des informations sur l'orientation sexuelle soient réunies et analysées par les institutions gouvernementales fédérales impliquées dans la recherche sur le SIDA ; il importe néanmoins que ces renseignements ne soient pas divulgués à des tiers ni ne servent à des fins autres que des fins médicales licites, raison de leur collecte. Les règles nécessaires au contrôle de l'emploi que fait le gouvernement des informations d'ordre personnel valablement réunies seront étudiées lors de l'examen, ci-dessous, des principales dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* du Canada.

3.2. La Loi sur la protection des renseignements personnels du Canada

Le Canada n'a pas échappé aux demandes d'adoption d'une législation sur la vie privée. Il a déjà été dit que la common law n'a pas dégagé au Canada un principe général de responsabilité délictuelle pour atteinte à la vie privée. Toutefois, la notion de vie privée, conçue comme une vie secrète, laquelle au délictuel cherche à préserver la confidentialité des faits intimes des individus, n'a pas été sans influencer sur le débat au sujet de l'omniprésence de l'État et de la menace qu'il représente pour l'autonomie individuelle et la liberté. De la même controverse et la même politique que dans le cas du *Privacy Act* américain sous-tendent notre *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* du Canada³⁷ établit un code général des justes pratiques en matière d'information, et traite de la collecte, de la rétention et de la destruction des informations d'ordre personnel ; elle impose aussi un ensemble de règles pour leur divulgation. Le régime juridique ainsi créé ne s'applique qu'au secteur public

37. S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

fédéral, c'est-à-dire, en d'autres mots, aux institutions gouvernementales fédérales. Aux yeux du profane, la loi peut paraître complexe et difficile à comprendre même si ses principes fondamentaux, une fois dégagés, se révèlent, à l'examen, faciles à saisir. Comme je l'ai dit ci-dessus, les lois sur le droit à la vie privée tentent de résoudre deux questions fondamentales :

- (i) Quand une institution gouvernementale est-elle justifiée d'utiliser et de réunir des informations d'ordre personnel ?
- (ii) Quand une institution gouvernementale peut-elle divulguer les renseignements d'ordre personnel dont elle dispose ?

L'article 4 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* répond expressément à la première question :

Les seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien étroit avec ses programmes ou ses activités.

Il est difficile de concevoir que l'orientation sexuelle puisse avoir un lien direct avec les programmes d'une institution gouvernementale fédérale. Or, en l'absence de ce lien, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* interdit leur collecte, tout comme elle interdit de réunir des informations sur la couleur de la peau ou l'affiliation religieuse. Cependant, la menace de contrôle gouvernemental de toute déviance sociale, comme il a été dit ci-dessus, fait craindre cette bureaucratie sans visage ; la paranoïa s'installe facilement quand on pense à ce qui pourrait arriver. Comment donc s'assurer que les institutions gouvernementales fédérales ne recueillent ou ne conservent pas des informations sur l'orientation sexuelle par exemple, en infraction à la règle du lien direct avec un programme ?

On trouve à l'article 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* une garantie à cet égard : il édicte que les renseignements personnels doivent, autant que possible, être recueillis auprès de l'individu concerné, qui doit être informé des fins auxquelles ils sont destinés. Normalement, il est difficile d'imaginer une institution gouvernementale demandant à un individu des renseignements sur sa vie sexuelle. Malgré l'effet dissuasif de cette règle, on pourrait toujours craindre que les institutions gouvernementales cherchent à obtenir ce genre d'information d'autres sources, sans égard pour l'article 5. C'est là sans doute une crainte exagérée, mais supposons qu'une institution gouvernementale fédérale recueille effectivement des renseignements sur l'orientation sexuelle d'un individu donné. Comment ce dernier pourrait-il l'apprendre ? La réponse nous est fournie par cette partie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui autorise l'individu à obtenir communication des données d'information personnelles le concernant que possède une institution gouvernementale fédérale.

L'article 12 confère au citoyen canadien et au titulaire d'un statut d'immigrant le droit de se faire communiquer :

- (a) les renseignements personnels le concernant versés dans un fichier de renseignements personnels ;
- (b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

Les banques de données personnelles forment le lien qui unit les autres parties de la loi obligeant les institutions gouvernementales fédérales à identifier et à décrire les genres d'informations d'ordre personnel dont elles disposent, le tout étant publié sous forme d'index global des données d'ordre personnel à la disposition des institutions assujetties à la Loi³⁸. Celui qui soupçonne une institution fédérale de posséder des informations sur son orientation sexuelle n'a qu'à soumettre une requête formelle à cette institution, sur le fondement de l'article 13 de la Loi, pour obtenir communication de toutes les informations d'ordre personnel dont elle dispose à son sujet. Ce droit fondamental de l'individu d'obtenir communication de tout renseignement le concernant subit bien entendu des tempéraments ; une série d'exceptions protègent divers intérêts gouvernementaux. On les retrouve aux articles 19 à 28 de la Loi. La plupart de ces exceptions n'ont apparemment aucune application en matière d'informations portant sur l'orientation sexuelle en soi. Il s'agit d'informations relatives, par exemple, aux affaires internationales et à la défense, aux relations fédérales-provinciales, aux prisons, à la sécurité des personnes et à la répression des infractions. Il est fort peu probable que l'on puisse faire valoir avec succès de telles exceptions pour refuser de communiquer des informations portant uniquement sur l'orientation sexuelle d'un individu, dans le cas où une institution gouvernementale fédérale posséderait de telles informations. Au cas où l'on ferait valoir ces exceptions, afin de cacher l'existence de telles informations, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit qu'on peut porter plainte au Commissaire à la protection de la vie privée qui dispose de larges pouvoirs d'enquête³⁹. Si les conclusions de l'enquête du Commissaire à la protection de la vie privée se révèlent insatisfaisantes, on peut alors en appeler à une cour de justice⁴⁰. Ces recours étaient notre droit fondamental à obtenir communication de tout renseignement d'ordre personnel à notre sujet et assurent que les exceptions prévues par la Loi sont interprétées correctement et raisonnablement. En outre, les pouvoirs du Commissaire à la protection de la vie privée l'autorisent à faire enquête en cas de plainte

38. *Idem*, art. 10 et 11.

39. *Idem*, art. 30-37.

40. *Idem*, art. 41.

concernant la réunion et la rétention d'informations personnelles⁴¹. Ainsi, si d'aventure il était découvert, grâce au recours à la procédure de demande de communication, qu'une institution gouvernementale fédérale possède des renseignements sur l'orientation sexuelle d'un individu, une enquête pourrait être menée sur les raisons de la collecte et de la rétention de telles informations.

À cause des excès du passé, un domaine de la collecte d'informations par le gouvernement intéresse particulièrement les personnes homosexuelles : les évaluations liées à l'emploi dans la fonction publique et à la sécurité. Vu leur effet direct et immédiat sur la carrière des personnes homosexuelles, il n'est pas surprenant que l'on se soit dans le passé particulièrement intéressé à ce domaine. On n'a qu'à rappeler l'étude récente du service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada, *Men in Shadows*⁴², qui décrit la chasse aux sorcières dont furent victimes les personnes homosexuelles au cours des années 1950 et 1960, pour comprendre que leurs craintes sont historiquement fondées. Par ailleurs, rappelons que l'approche mécaniste à l'égard des conséquences d'ordre sécuritaire de l'orientation sexuelle d'un individu (se traduisant par des congédiements automatiques) a depuis longtemps été abandonnée. Il serait même surprenant de constater dans les années 80 que des informations sur l'orientation sexuelle d'un individu aient constitué un facteur déterminant de son évaluation sécuritaire. Quoi qu'il en soit, il est intéressant de voir comment la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permettrait de découvrir si des informations sur l'orientation sexuelle d'un individu apparaissent dans son évaluation sécuritaire.

Si pour une raison ou pour une autre il y avait doute, un individu pourrait officiellement demander communication des renseignements conservés à son sujet par l'institution gouvernementale soupçonnée. Si nous présumons que l'individu impliqué n'est engagé dans aucune activité illégale faisant l'objet d'une enquête⁴³, nous pouvons en conclure que, normalement, une seule exception prévue par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* peut être invoquée. L'article 23 de la Loi prévoit que la communication de renseignements peut être refusée si la divulgation de ces renseignements risque vraisemblablement de révéler l'identité de l'informateur qui est à l'origine des renseignements fournis dans le cadre de l'enquête de sécurité. La portée de cette exception est étroite ; elle ne vise qu'à protéger le

41. *Idem*, art. 29(1) h) (i).

42. J. SWATSKY, *Men in the Shadows*, Toronto, Doubleday Canada Ltd., 1980, chapitre 10.

43. L'article 22 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* crée une exception dans le cas d'informations relatives à la répression des infractions et à des enquêtes en cours pourvu que les critères expressément prévus à l'article soient respectés.

caractère confidentiel de certaines sources d'information. Il paraît peu probable que la simple connaissance de l'existence d'informations concernant l'orientation sexuelle d'un individu puisse permettre de découvrir la source de l'information. Il suffit d'énoncer la chose pour en voir l'absurdité. Je ne considère donc pas que l'article 23 fait obstacle à une demande de communication dont le seul but serait de savoir si une institution gouvernementale fédérale possède des informations sur l'orientation sexuelle de tel candidat à un poste dans la fonction publique ou de tel fonctionnaire en exercice. Si la demande permettait de découvrir l'existence de semblables données, l'individu concerné pourrait alors porter plainte au Commissaire à la protection de la vie privée et demander une enquête sur les raisons qui ont poussé à recueillir et à conserver de telles informations. Ainsi, l'affaire deviendrait publique et l'institution gouvernementale impliquée serait forcée d'indiquer quel lien direct il y a entre ces informations et ses programmes et activités. Si elle n'y parvenait pas, elle serait alors en infraction à l'article 4 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

C'est d'abord la question de la réunion et de la conservation des informations qui importe avant tout pour les personnes homosexuelles. Cependant la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit aussi un ensemble de règles de base régissant l'usage et la divulgation des données personnelles que possède une institution gouvernementale. Dans certains cas, ces règles pourraient jouer un rôle important dans la protection du droit à la vie privée des personnes homosexuelles. On a déjà mentionné le syndrome d'immuno-déficience acquise. Il n'est pas impensable, compte tenu de la gravité de la maladie et de ses progrès dans la population, que le ministère de la Santé et du Bien-Être, ou quelque autre institution fédérale connexe, ait à coordonner les recherches faites à cet égard et à compiler les informations obtenues sur ce sujet. Cela, de toute évidence, obligera à réunir des informations sur l'orientation sexuelle des victimes de la maladie. Vu la grande proportion d'homosexuels masculins qui en sont victimes, la réunion d'informations sur leur orientation sexuelle paraît valide, légitime et même essentielle pour une évaluation complète de la portée et de l'étiologie de la maladie. L'usage que l'on fait de ces renseignements toutefois peut préoccuper légitimement ; à cet égard, les articles 7 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* deviennent pertinents et importants.

En bref, les articles 7 et 8 établissent la règle générale selon laquelle une institution gouvernementale ne peut se servir des données personnelles qu'elle a recueillies, sans le consentement de l'individu concerné, qu'aux fins pour lesquelles elle les a recueillies et compilées, ou pour un usage compatible avec cette fin. Ce principe général est tempéré par l'énumération de cas spécifiques où la divulgation est autorisée, bien qu'il soit légitime de

penser qu'ils ne s'appliquent pas au type d'information qui nous intéresse présentement⁴⁴.

Appliquant ce principe général, nous pouvons conclure que les données personnelles relatives aux victimes du SIDA ne devraient servir qu'aux recherches médicales pour lesquelles elles ont été compilées, ou à des fins compatibles avec cet objet. La divulgation de ces données pour quelque autre fin, quelle qu'elle soit, est interdite aux termes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* à moins que ce ne soit pour les fins étroites et précises énumérées au paragraphe 8(2) de la Loi. Si l'on présume que la répression des infractions ne saurait valablement justifier une divulgation aux termes du paragraphe 8(2), il est difficile d'imaginer que l'une des fins spécifiques énumérées à ce paragraphe puisse autoriser la divulgation de données personnelles portant sur l'orientation sexuelle, comme dans le cas des victimes du SIDA.

Il semble donc que la loi fédérale sur la protection des renseignements personnels protège le droit à la vie privée des personnes homosexuelles tant du point de vue de la collecte et de la conservation des informations d'ordre personnel portant sur leur orientation sexuelle que de l'usage qui est fait de ces informations et de leur divulgation s'il était légitime de les obtenir. Enfin, au-delà de la mécanique même de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il importe de se rappeler le rôle que joue la loi dans la création d'un climat social et politique où le droit à la vie privée individuelle devient un élément important, dont il faut tenir compte. La sensibilisation de l'opinion à l'importance du droit à la vie privée fait contrepoids aux pressions énormes d'uniformisation sociale; ce n'est pas le moindre des effets positifs découlant de la loi fédérale sur la protection des renseignements personnels.

3.3. La législation québécoise sur la protection des renseignements personnels

C'est le 23 juin 1982 que le Québec adoptait le Projet de loi 65 réglementant les pratiques gouvernementales en matière d'information, dans le but de protéger le droit à la vie privée⁴⁵. Tout comme la loi fédérale, la mesure législative québécoise renferme certaines dispositions réglementant la collecte, la conservation, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels par les organismes gouvernementaux. L'article 64 constitue la

44. Voir art. 8(2).

45. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.Q. 1982, c. 30.

règle de base régissant la collecte des renseignements personnels et se lit comme suit :

Nul ne peut, au nom d'un organisme public, recueillir un renseignement nominatif si cela n'est pas nécessaire à l'exercice des attributions de cet organisme ou à la mise en œuvre d'un programme dont il a la gestion.

Tout comme nous l'avons dit plus haut au sujet de la loi fédérale, il est difficile d'imaginer comment, dans la plupart des circonstances, la collecte de renseignements concernant l'orientation sexuelle d'une personne pourrait être autorisée en vertu de l'article 64. Le respect de l'article 64 est renforcé par les pouvoirs attribués à la Commission d'accès à l'information⁴⁶. D'une manière générale, la Commission est l'organisme administratif chargé de superviser l'application de la loi et d'enquêter sur son efficacité et la mesure dans laquelle elle est respectée. Plus précisément, la Commission est habilitée en vertu de l'article 124 à prescrire, notamment, le genre d'informations personnelles qui peuvent être recueillies et le but dans lequel elles peuvent être conservées. La Commission en plus d'exercer ce pouvoir de surveillance est habilitée à recevoir les plaintes des personnes à qui on a refusé de communiquer des renseignements personnels les concernant et à réviser la décision rendue par l'organisme gouvernemental concerné⁴⁷. Un organisme public ne peut refuser l'accès à l'information que si sa décision est fondée sur l'une des exceptions prévues aux articles 18 et 41 qui, comme les exceptions prévues par la loi fédérale, ne peuvent être considérées normalement comme applicables à proprement parler à l'orientation sexuelle d'une personne. Par conséquent, il est extrêmement improbable qu'un organisme public québécois détenant des informations sur l'orientation sexuelle d'une personne puisse refuser de les communiquer à celle-ci. Si une demande visant des renseignements personnels révélait qu'un renseignement de cette nature a été recueilli et conservé, la personne concernée pourrait vraisemblablement persuader la Commission d'invoquer ses pouvoirs généraux en matière de surveillance et de mener une enquête⁴⁸.

La loi québécoise, en plus d'interdire aux organismes publics de recueillir et d'utiliser des renseignements personnels, prohibe la divulgation de tels renseignements par ces organismes sans le consentement de la personne visée, sauf dans des circonstances particulières, très semblables dans l'ensemble à celles que prévoit le gouvernement fédéral dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁴⁹. Les restrictions imposées à la divulgation de renseignements personnels sont importantes pour le cas où un

46. Voir les articles 122 à 134.

47. Article 135.

48. Article 124.

49. *Supra*, note 37; voir les art. 56 à 61 de la loi québécoise.

organisme public québécois conserverait légitimement des renseignements sur l'orientation sexuelle d'une personne (par exemple dans le cadre de la recherche médicale relativement au SIDA) afin de prévenir toute intrusion inutile dans la vie privée des gens. Les pouvoirs en matière de surveillance générale dont jouit la Commission, joints à l'obligation formelle qu'ont les responsables des dossiers de renseignements personnels de prendre note de tout examen de ces derniers, permettent d'assurer le respect des règles concernant la divulgation des renseignements personnels.

En outre, le chapitre VII de la Loi sanctionne l'accès aux informations personnelles accordé contrairement aux prescriptions de la Loi, ainsi que le refus de communication des renseignements contrairement aux dispositions de la Loi et les obstacles opposés à toute enquête menée par la Commission par le biais de fausses informations ou de renseignements incomplets.

Conclusion : vie privée et tolérance

Cette vue d'ensemble d'un domaine juridique complexe et en pleine évolution aura permis de souligner deux aspects du droit d'une personne homosexuelle à sa vie privée. Premièrement, le débat concernant le droit à la vie privée, provoqué initialement par des commérages sur la vie privée d'une personne, a attiré l'attention sur les lacunes du droit en matière de responsabilité délictuelle quand il s'agit de protéger la confidentialité des secrets intimes des individus. On a cherché tant en common law qu'en droit civil canadien à déterminer la façon de sanctionner la divulgation de renseignements véridiques sur une personne à titre d'atteinte à la vie privée, la méthode prudente adoptée en common law s'assortissant de lois particulières dans quatre provinces. Les lacunes du droit en matière de responsabilité délictuelle quand il s'agit de protéger la vie privée peuvent intéresser les personnes homosexuelles pour des considérations pratiques, la nature clandestine de leur vie privée attisant leur crainte de voir découvrir la vérité. Toutefois, vu l'imprécision et l'ambiguïté entourant le délit d'atteinte à la vie privée, particulièrement en common law, on peut seulement suggérer que les principes établis en matière de délit d'atteinte à la vie privée devraient s'appliquer à la publication intentionnelle de renseignements personnels sur l'orientation sexuelle d'un individu.

Le deuxième aspect du débat sur la vie privée qui nous intéresse concerne les dangers que posent la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels par les organismes gouvernementaux. Tous les citoyens et non seulement les personnes homosexuelles, doivent être conscients que les vastes fichiers de renseignements personnels des gouvernements pourraient constituer un instrument de contrôle et de surveillance des

individus. La croyance en l'autonomie personnelle milite fortement en faveur de la réglementation du type des renseignements personnels qu'un gouvernement peut légitimement recueillir, de l'utilisation qui en est faite et du sort qui leur est réservé. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et des dispositions législatives similaires au Québec, abordent ces questions et établissent les règles à respecter par l'Administration en matière d'information. Les règles ainsi établies protègent la vie privée des personnes homosexuelles en exigeant que seuls les renseignements personnels directement liés à un programme d'un organisme gouvernemental soient recueillis, ainsi qu'en prévoyant la révision des différends relatifs au respect des pratiques applicables aux informations personnelles.

Même si de solides arguments militent en faveur de la protection du droit à la vie privée des personnes homosexuelles, on est néanmoins frappé par l'incompatibilité gênante qui existe entre ce souci de protection et les préoccupations plus vastes du mouvement de libération des personnes homosexuelles. Un droit à la vie privée peut logiquement n'être rien de plus qu'un droit de demeurer secrètement enfermé dans l'intimité de sa demeure. Toutefois, le mouvement de libération des homosexuels ne vise-t-il pas essentiellement à faire connaître l'homosexualité et à revendiquer pour ce groupe une participation plus active et une meilleure intégration à la collectivité? S'il en est ainsi, il est essentiel de dépasser la simple revendication du droit à la vie privée, si importante soit-elle, et de réclamer des changements sociaux profonds à l'égard de l'homosexualité en général. En ce sens, le droit de garder secrets les renseignements concernant la préférence sexuelle des individus devrait être considéré comme l'un des aspects d'un phénomène plus complexe dont l'objectif final est d'abattre les barrières élevées par les préjugés, l'ignorance et le sectarisme. Si la préférence sexuelle d'une personne n'était pas plus importante que la longueur de sa chevelure, il ne serait pas nécessaire de protéger la confidentialité d'un tel fait.

Mais, atteindrons-nous jamais un tel niveau de tolérance sociale? Il s'agit d'un but louable, mais nous devons être réalistes quant à la mesure dans laquelle la société peut changer son attitude à l'égard de l'homosexualité⁵⁰. Par conséquent, même s'il est nécessaire de prêcher ouvertement

50. Pesant les chances qu'il y a de rendre la société plus tolérante à l'égard des choix qui s'exercent dans la vie privée, un commentateur américain en est récemment arrivé aux conclusions suivantes :

[Traduction]

« Notre capacité de modifier le sens moral de la collectivité est sérieusement limitée et partant, notre capacité d'influer sur les pressions sociales incitant les individus à se couler dans un certain moule. Cela peut même empêcher toute évolution des normes en vigueur. Lorsque cela est le cas, le déni du droit à la vie privée peut signifier la destruction totale de

la modification des attitudes sociales et des lois visant les formes de discrimination interdites, il ne saurait être question de négliger les mesures de protection nécessaires prévues par la loi et garanties par un droit général à la vie privée. Garder secret son orientation sexuelle constitue encore un moyen de se protéger contre l'hostilité de la société et le restera tant que celle-ci ne sera pas plus tolérante.

Oscar Wilde dont j'ai parlé au tout début du présent exposé, ne pouvait aucunement se préserver des attaques perfides de la société anglaise du XIX^e siècle contre l'homosexualité ; il ne pouvait ni invoquer le respect du droit à la vie privée ni se protéger du pouvoir coercitif de la justice pénale. Dans sa cellule, il a connu l'angoisse et la souffrance infligées par une société et un système judiciaire intolérants. Pendant son emprisonnement, victime d'une grande détresse morale et d'une extrême désillusion, il a rédigé sa dernière œuvre en prose, *De Profundis*, dans laquelle nous trouvons les réflexions suivantes sur ce qui l'attendait à sa sortie de prison :

La société, telle que nous l'avons constituée, n'aura aucune place pour moi et n'en a aucune à m'offrir ; mais la Nature, dont les douces pluies tombent aussi bien sur les justes que sur les injustes, aura dans les rochers des fentes où je me cacherai, et des vallées secrètes dans le silence desquelles je pleurerai sans être distrait. Elle accrochera des étoiles aux parois de la nuit pour que je marche sans trébucher dans les ténèbres, et elle enverra le vent souffler sur l'empreinte de mes pas afin que personne ne me pourchasse à mort : elle me nettoiera dans ses grandes eaux et m'assainira avec ses herbes amères⁵¹.

Notre respect de la vie privée nous aide à créer une société qui est plus tolérante envers ceux qui ne se conforment pas à la norme, et il devrait nous renforcer dans notre volonté de garantir au moyen de la loi le respect des choix individuels.

la vie d'individus condamnés par des normes offrant peu d'avantages réels pour la société. S'il y a peu de chances de modifier les normes dans un cas particulier, il semble cruel et naïf de s'opposer au droit à la vie privée. Même s'il est peu probable que surviennent des modifications d'ordre juridique et social avant que les gens n'acceptent de prendre ouvertement position, de telles modifications ne devraient être imposées à personne. Si un individu décide que la seule façon de conserver son équilibre est de donner un caractère privé plutôt que public à son choix, cela doit être sa décision. De même, si une personne préfère afficher une attitude conforme à la norme acceptée plutôt que de faire preuve d'autonomie et d'adopter une attitude non conformiste, sa décision doit également être respectée. Le moins que la société puisse faire dans de tels cas est de respecter le choix de la personne.

En dernière analyse, la tolérance que nous manifestons à l'égard de la vie privée ainsi vécue doit résulter de la latitude que nous reconnaissons aux libertés individuelles et du besoin que nous éprouvons de nous protéger tous contre la rationalité et l'altruisme restreints des gens. » (R. GAVISON, « Privacy and the Limits of Law », (1980) 89 *Yale Law Journal* 421, p. 453).

51. O. WILDE, *De Profundis*, traduit par H.-D. DAVRAY, Paris, Mercure de France, 1923, p. 141.