

L'enjeu de la liberté d'expression dans les œuvres biographiques non autorisées

Unauthorized biographies: a Brazilian Supreme Court leading precedent on freedom of speech vs. privacy rights

José Roberto d’Affonseca GUSMÃO

*Docteur en Droit à l’Université de Strasbourg
Professeur à l’Université Catholique de São Paulo (PUC -SP)
Partenaire fondateur du cabinet Gusmão & Labrunie Advogados*

Laetitia Maria Alice Pablo D’HANENS

*DEA en Droit Comparé à l’Université Libre de Bruxelles,
Professeure invitée à l’École Supérieure des Avocats (ESA-SP) et à l’École de Droit de São Paulo (EPD)
Partenaire de Gusmão & Labrunie Advogados*

La Constitution brésilienne de 1988 consacre la protection de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et la préservation de la vie privée sans établir, entre ceux-ci, une hiérarchie formelle. L'exercice de ces droits engendrant souvent des conflits, notamment en ce qui concerne les œuvres biographiques non autorisées, la question fut soumise à l'appréciation de la Cour Suprême par le biais d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité partielle, « sans réduction du texte » de l'article 20 du Code Civil (Loi n° 10.406/2002), lequel dispose que "la divulgation des écrits, la transmission de la parole, ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne" sont soumis à l'autorisation préalable de la personne biographiée ou de ses héritiers. Cette étude examinera la décision rendue par la Cour Suprême en 2015 à propos de ladite demande (action directe d'inconstitutionnalité n° 4815), ainsi que les critères de pondération entre ces deux droits fondamentaux, selon lesquels la liberté d'expression, conjuguée avec l'impératif constitutionnel d'interdiction à la censure, jouit d'une position de primauté par rapport aux droits de personnalité. L'arrêt de la Cour établit l'interprétation constitutionnelle des règles du Code Civil à partir de cette primauté, en déclarant que, pour la publication et divulgation des œuvres biographiques, le consentement des personnes concernées ou faisant l'objet de ce portrait narratif, n'est pas exigible, sans préjudice des remèdes constitutionnels pour la réparation des dommages éventuellement causés par l'exercice abusif de ce même droit fondamental.

Fundamental rights such as the freedom of speech and privacy are equally safeguarded under the Brazilian Constitution of 1988, with no formal hierarchy between them. As the exercise of those rights frequently leads to conflicts, namely when it comes to unauthorized biographies, the question was submitted to the assessment of the Supreme Court for by means of a claim for partial declaration of unconstitutionality, "with no reduction of text" of article 20 of the Civil Code (Law n° 10.406 / 2002), which states that "the disclosure of writings, the transmission of speech, or the publication, exhibition or use of the image of a person" are subject to the prior authorization of the biography subject or his heirs. This article examines the decision rendered by the Supreme Court in 2015 on said lawsuit (Unconstitutionality Direct Claim n° 4815), as well as the criteria for balancing these two fundamental rights. The Court declared that the freedom of speech, combined with the constitutional imperative rule forbidding censorship, enjoys a primacy position over privacy rights when related to public subjects. The ruling establishes the

constitutional interpretation of the Civil Code rules on the basis of this primacy, declaring that, for the publication and disclosure of biographical works, the consent of the biographed subjects is not mandatory, without prejudice to the constitutional remedies and indemnities arising from the abusive exercise of this same fundamental right.

Introduction

Le débat sur le conflit entre la liberté d'expression et la préservation de la vie privée – droits fondamentaux consacrés par la Constitution brésilienne de 1988 – a ressurgi au cours des dix dernières années, particulièrement en ce qui concerne les œuvres biographiques non autorisées, avec le Projet de Loi n° 393/2011¹. Celui-ci proposait la modification de l'article 20 du Code Civil (Loi n° 10.406/2002)², dont la rédaction soumettait, de manière générale, à une autorisation préalable « la divulgation des écrits, la transmission de la parole, ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne ». Fondant sa finalité sur l'élimination « d'une forme de censure privée » permise par cet article, le projet de loi prévoyait l'inclusion d'un nouveau paragraphe, selon lequel « la simple absence d'autorisation n'empêche pas la divulgation d'images, d'écrits et d'informations à finalité biographique de la personne dont la trajectoire personnelle, artistique ou professionnelle aurait une dimension publique ou s'insérerait dans des événements d'intérêt pour la collectivité ».

Face à l'abandon du Projet de Loi, le débat autour la disposition contestée du Code Civil continua de se poursuivre auprès des cours, et

finalement remonta jusqu'au Tribunal Suprême Fédéral³ par le biais de l'Action Directe d'Inconstitutionnalité (ADI) n° 4815, engagée par l'Association Nationale des Éditeurs de Livres (ANEL), et à laquelle se sont joints plusieurs autres associations, admises à la demande en tant *qu'amicus curiae*. L'objet central de cette demande était la « déclaration d'inconstitutionnalité partielle, sans réduction du texte » des articles 20 et 21 du Code Civil brésilien de 2002⁴.

Selon la partie demanderesse, les cours brésiennes auraient interprété de façon trop extensive lesdits dispositifs légaux, de façon à interdire « la publication et la transmission d'œuvres de nature biographique, littéraires ou audiovisuelles (...) en fonction de l'absence d'autorisation préalable des personnes biographiées ou des personnes décrites en tant que personnes de second rôle dans leur histoire (ou d'héritiers, dans le cas des personnes décédées) ».

En effet, jusque-là, les décisions judiciaires déterminant le retrait de circulation ou la prohibition de divulgation de plusieurs biographies se multipliaient, privant ainsi le public brésilien, temporairement ou définitivement, de l'accès à des œuvres portant sur des personnalités d'intérêt historique et

¹Ce Projet de Loi n° 393/2011 fut présenté à la Chambre des Députés le 15 février 2011.

² Art. 20. "Sauf en cas d'autorisation, ou de nécessité pour l'administration de la justice ou le maintien de l'ordre public, la divulgation des écrits, la transmission de la parole ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne peuvent être interdites, à sa sollicitation et sans préjudice des indemnités qui peuvent s'appliquer, si celles-ci portent atteinte à son honneur, sa bonne renommée ou sa respectabilité, ou si celles-ci sont destinées à des fins commerciales."

Paragraphe unique. Dans le cas d'une personne décédée ou absente, le conjoint, les ascendants ou les descendants seront parties légitimes et auront le droit de demander cette protection. »

³ Cour constitutionnelle brésilienne.

⁴ L'article 20 fut mentionné dans la note 3. "Art. 21. La vie privée de la personne physique est inviolable et le juge, à la demande de l'intéressé, prendra les mesures nécessaires pour empêcher ou mettre fin à un acte contraire à cette règle."

culturel, de vraies icônes de la mémoire collective nationale⁵.

L'Association Nationale des Éditeurs de Livres a soutenu auprès de la Cour Suprême que de telles décisions portaient atteinte à la liberté d'expression et d'information protégées par la Constitution Fédérale et que :

« des personnes dont la trajectoire personnelle, professionnelle, artistique, sportive ou politique, aurait pris une dimension publique, jouissent d'une sphère privée et d'intimité naturellement plus étroite. Leur histoire de vie se confond avec l'histoire collective dans la mesure de leur insertion dans des événements d'intérêt public. De cette sorte, exiger une autorisation préalable du biographié (ou de ses héritiers, dans le cas des personnes décédées) emporte la consécration d'une vraie censure privée à la liberté d'expression des auteurs, historiens et artistes en général, et au droit d'information de tous les citoyens ».

⁵ Parmi celles-ci, des décisions ont condamné à l'oubli les biographies de Garrincha, un joueur de football brésilien des plus renommés (TJRJ, MS n° 221/96, Rel. Des. Humberto Paschoal Perri, jugé le 26.06.1996), Roberto Carlos, chanteur populaire très connu (TJRJ, Procédure n° 0006890-06.2007.8.19.0001), Lampião, un héros populaire historique (Procédure n° 0038627-20.2011.8.25.0001, 7ème Chambre Civile d'Aracaju, Juge Aldo Albuquerque de Mello, jugé le 10 avr. 2012) et João Guimarães Rosa, l'un de plus consacrés auteurs de langue portugaise (TJRJ, Procédure n° 0180270-36.2008.8.19.0001). Dans ce dernier cas, la décision a été réformée par le Tribunal, et la fille du biographié (partie demanderesse) a été condamnée en appel à payer des indemnités à l'auteur de l'œuvre en tant que dommages moraux (Appel Civil n° 90800-46.2010.8.09.0051, TJGO, 4^a Chambre Civile, rel. Dr. Sebastião Luiz Fleury, jugé le 21 mai 2015). Parmi les personnes publiques politiques, une série de télévision à propos de l'ex-président Fernando Collor de Mello a aussi fait l'objet d'une décision d'interdiction de diffusion (TJRJ, Appel Civil 1994.001.01380, Rel. Des. Perlingeiro Lovisi, jugé le 07 juin 1994).

⁶ Par exemple, l'article du professeur de l'Université Fédérale Fluminense, Ronaldo Vainfas (accessible à <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/o-interesse-publico-no-privado>) et celui du journaliste Roberto DaMatta (accessible à

Une audience publique a eu lieu devant la Cour Suprême du Brésil le 21 novembre 2013, et fut marquée par la présence d'écrivains, d'éditeurs et de personnalités iconiques de la culture brésilienne. S'en sont suivis de nombreux articles académiques et journalistiques sur le sujet⁶, maintenant la polémique, jusqu'au jugement historique de l'ADI 4815 le 10 juin 2015.

Presque cinq ans après cette décision emblématique, les discussions à propos de la liberté d'expression et de la censure sont à nouveau au centre des attentions. Le gouvernement fédéral, comptant sur une large base d'appui religieux et de tendance conservatrice, menace de privatiser l'Agence Nationale du Cinéma (ANCINE) dans le cas où « des filtres »⁷ ne seraient pas appliqués pour le financement de la production audiovisuelle nationale⁸. Plus récemment, la Cour Suprême a de nouveau été saisie pour assurer le respect des droits fondamentaux suite à la

<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,paradoxos-1086291,0.htm>).

⁷ Expression utilisée par le Président de la République, révélateur de la censure exercée.

⁸ Conformément à ce qui a fait l'objet de large critique, le Président aurait déclaré "Le gouvernement a changé, et il s'appelle Jair Bolsonaro. De droite, défenseur de la famille et respectueux des religions. Quand on parle de l'ANCINE, d'une forme ou d'autre, il y a de l'argent public dans cette agence. Et alors, vous voulez faire un film à propos de Bruna Surfistinha ? [L'histoire d'une « escort girl » brésilienne connue dans les années 2000] Je ne suis pas en train de censurer. Mais ce genre de film je n'en veux pas. Vous insistez ? Nous allons finir avec l'ANCINE. La première mesure, il y a un décret gouvernemental pour le déplacer à Brasilia. Pas de problème de l'enlever de Rio de Janeiro. L'agence sera sous notre main" (accessible à <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/05/bolsonaro-ataca-ancine-e-filme-de-bruna-surfistinha-esse-tipo-eu-nao-querho.htm>). Une pièce publicitaire de la Banque du Brésil, publique, a été interdite du fait de montrer une personne transgenre ainsi que des jeunes tatoués, et le directeur de marketing de la banque a été viré (accessible à <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/27/bolsonaro-volta-a-defender-veto-a-propaganda-do-banco-do-brasil.ghtml>).

promulgation de normes limitant les ressources destinées à la production des télévisions publiques et soumettant l'ANCINE à la tutelle du Ministère de la Chambre Civile, rattaché au centre décisionnel de la Présidence⁹.

Cet article a pour but d'étudier les fondements de la décision de 2015, selon laquelle, face à l'apparent conflit entre droits fondamentaux, la liberté d'expression est davantage en position de primauté que d'infériorité hiérarchique, comme l'exprime l'arrêt : « La liberté n'est pas un droit achevé. C'est une bataille sans fin ».

I. Le droit fondamental à la liberté d'expression

Au Brésil, la consécration de la liberté d'expression en tant que droit fondamental a subi plusieurs troubles dans cette traversée de la corde raide qui caractérise la construction démocratique du pays et de ses successives constitutions¹⁰.

La Constitution de 1988, en vigueur, issue de cette bataille historique connue comme la "redémocratisation", a accordé une place toute particulière à ce droit fondamental. D'une part, sous une dimension individuelle, la liberté

d'expression trouve sa source à l'article 5, IV et IX¹¹, qui assure à chaque personne la possibilité de manifester ses pensées et/ou les fruits de ses activités créatives, artistiques, scientifiques ou communicatives. D'autre part, sous une dimension sociale, la liberté d'expression engendre le droit de rechercher, recevoir et diffuser des informations à propos de tout et n'importe quel sujet, indépendamment de la censure ou de la nécessité d'une licence, conformément à l'article 5, IX et XIV¹². Il s'agit d'assurer la protection constitutionnelle de la libre information de tout propos, bien qu'elle se rapporte à des particuliers, à la condition que l'information soit d'intérêt général. En bref, la liberté d'informer et d'être informé.

Ces instructions impératives sont confirmées par l'article 220¹³ de la loi majeure qui interdit la censure et toute autre forme de restriction aux libertés fondamentales. L'interdiction de la censure, de cette sorte, s'élève au statut de principe gardien de l'interprétation de toute autre disposition constitutionnelle et de pilier de la libre pensée. L'ampleur rédactionnelle de l'article 220 impose l'interdiction de la censure non seulement aux actes de l'État (au sein des

⁹ Une Plaidoirie d'Infraction à un Principe Fondamental ("Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 614) a été présenté pour demander que le Décret 9.919/2019, qui soumet le Conseil Supérieur du Cinéma au Ministère de la Chambre Civile, et la directive qui suspend la notification des productions audiovisuelles soient annulés. Le 4 novembre 2019, la Cour Suprême a organisé une audience publique à propos des "Libertés Publiques d'Expression Artistique, Culturelle, de Communication et du Droit à l'Information" (accessible à <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428829>).

¹⁰ La censure et des limites à la liberté d'expression furent établis dans les Constitutions de 1934 (article 113, 9) et de 1946 (article 141, §5^o), modifiées par l'Acte Institutionnel n° 2, de 1967 (article 150, §8^o) et remplacé par l'Acte Institutionnel n° 5 (1968), qui a fondé le régime dictatorial militaire au Brésil.

¹¹ Article 5 - « Tous sont égaux devant la loi, sans distinction d'aucune sorte, garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidents dans le pays l'inviolabilité du

droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété, conformément aux termes suivants :

(...) IV - l'expression de la pensée est libre, l'anonymat est interdit ;

(...) IX - l'expression de l'activité intellectuelle, artistique, scientifique et de communication est libre, indépendamment de censure ou de licence ; »

¹² « (...) XIV - l'accès à l'information est assuré à tous et la confidentialité de la source est garantie, lorsque nécessaire à l'exercice de la profession ; ».

¹³ Art. 220. La manifestation de la pensée, la création, l'expression et l'information, sous toute forme, processus ou véhicule que ce soit, ne subiront aucune restriction, sous réserve des dispositions de la présente Constitution.

Paragraphe 1 - Aucune loi contiendra des dispositions pouvant constituer un obstacle à la pleine liberté d'information journalistique dans tout média, sous réserve des dispositions de l'art. 5e, IV, V, X, XIII et XIV.
§ 2 - Toute censure de nature politique, idéologique et artistique est interdite. »

trois pouvoirs), mais également au sein des rapports privés, entre particuliers.

La Constitution en vigueur, première charte promulguée après la fin du régime dictatorial, veille donc à préserver l'État démocratique tout en protégeant les outils qui le bâtissent : le pluralisme et le libre débat.

II. Droit et responsabilité

Si le droit à la liberté d'expression jouit de cette position de primauté, ce droit ne peut se suffire à lui-même et nécessite d'être mis en balance avec d'autres droits. En effet, celui qui exerce sa liberté d'expression de manière abusive verra sa responsabilité engagée et aura par conséquent, le devoir d'indemniser la personne qui en souffrira un potentiel dommage découlant de cet exercice abusif. Au niveau social, droit et devoir se conjuguent en un étroit rapport de correspondance afin de responsabiliser celui qui, en exerçant une liberté, nuit ou cause des dommages à autrui. L'équilibre de ce modèle est assuré par la consécration constitutionnelle des droits de réponse et de réparation des dommages en tant que droits fondamentaux, conformément à l'article 5, V : « le droit de réponse est assuré, proportionnel au grief, en plus de l'indemnité pour dommage matériel, moral ou d'image »¹⁴.

Ainsi, l'équilibre systémique entre droit et devoir empêche que la liberté d'expression puisse être utilisée comme un rempart protecteur pour celui qui, sous réserve d'exercer un droit fondamental, envahit la sphère de protection juridique d'autrui dans son droit, tout aussi fondamental, de préservation de son image : « Le Droit ne réserve pas un lieu d'immunité absolue d'agir lors de l'exercice des droits de sorte à porter atteinte ou préjudice aux droits d'autrui. L'action libre est une action responsable. Celui qui agit doit répondre par ses actes (...) »¹⁵.

Il faut donc comprendre l'ampleur de la protection constitutionnelle accordée à l'intimité et à la vie privée, en Droit brésilien, pour déterminer les fondements de la décision de la Cour Suprême dans l'appréciation d'une telle protection à l'égard de la liberté d'expression, dans les œuvres biographiques.

III. La protection à l'intimité, à la vie privée et à l'honneur

Au Brésil, jusqu'à la Constitution de 1988, cette protection était bâtie sur la législation infra-constitutionnelle, par la voie pénale et sur les textes des crimes contre l'honneur ou du régime de protection civile des droits de la personnalité. De nos jours, l'article 5 X de la Constitution ne laisse pas de place au doute quant à la valeur juridique de ces droits. Ils sont inclus parmi ceux considérés comme fondamentaux : « X - l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes sont inviolables, étant assuré le droit à la réparation pour dommages matériels ou moraux résultant de leur violation ».

Les auteurs de la doctrine brésilienne spécialisés dans ce domaine différencient les concepts d'intimité, de vie privée et d'honneur.

Le droit à l'intimité porterait sur la préservation des multiples aspects de la vie privée, dans sa dimension personnelle, familiale et même entrepreneuriale, par des mécanismes de défense à l'égard des intrusions, des indiscretions ou autres atteintes par des tiers. De la sorte, les confidences, les informations, les mémoires, les images, les écrits ou les journaux intimes, portant sur la vie amoureuse, la santé, les affections, les habitudes domestiques et même les activités économiques d'un individu devraient être sauvegardés dans la mesure où leur divulgation est restreinte à un cercle limité de

¹⁴ L'image référencée par l'article 5, V de la Constitution comprend non seulement la représentation ou le portrait d'une personne mais

notamment son image sociale, sa réputation, son honneur et sa considération par ses concitoyens.

¹⁵ Avis du Ministre Carmen Lúcia, ADI 4815/DF (p. 93).

personnes (le cercle d'amitié et d'affection), épargnée de la curiosité publique¹⁶.

En revanche, le dispositif constitutionnel détacherait ce concept de celui de vie privée : « (...) l'intimité fut considérée comme un droit distinct des droits à la vie privée, à l'honneur et à l'image des personnes (...), la vie privée est considérée comme l'ensemble des informations sur l'individu à propos desquelles il peut décider de le garder sous son contrôle exclusif, ou communiquer, en décidant à qui, quand, où et dans quelles conditions, sans y être légalement obligé »¹⁷.

Le droit à la protection de l'honneur, quant à lui, aurait un lien avec la réputation et la considération sociale dues à chaque citoyen, afin d'assurer la dignité humaine et la paix dans la convivialité collective¹⁸. En effet, la sauvegarde de l'honneur découle, essentiellement, de l'ineffable curiosité morbide inhérente à la vie sociale et à la nature humaine, de persécuter l'autre, de se comparer et de connaître les limites de la psyché et du comportement, les faits tragiques et choquants qui maintiennent tant de chaînes de communication. La maîtrise de cette curiosité vorace, qui pourrait provoquer des dommages et douleurs irréparables, s'impose au système juridique.

Indépendamment des frontières souples ou rigides entre les notions d'intimité, de vie privée, d'honneur et d'image, l'ordre juridique brésilien veille à la protection de ces droits et les rend opposables tant à l'égard de l'État que vis-à-vis de la collectivité sociale. En outre, leur violation engendre non seulement le devoir de réparation matérielle mais également d'autres formes de réparation, comme, par exemple, le droit de réponse, la publication des éléments de correction et les indemnités dues au titre du dommage moral¹⁹.

Dans le contexte des œuvres de nature biographique, la tension entre droit et devoir, liberté et responsabilité, se révèle d'autant plus palpitante, et cela est aggravé par les dispositions du Code Civil, dans leur interprétation consacrée par les juridictions.

IV. L'interprétation des articles 20 et 21 du Code civil jusqu'à la décision de 2015

L'interprétation directe et immédiate des dispositions du Code Civil brésilien conduisait à un paradoxe : la restriction d'un droit fondamental, celui de la liberté d'expression, par une règle prévue dans une loi hiérarchiquement inférieure, qui exigeait le consentement des biographiés (ou de ses héritiers, en cas des personnes décédées) pour la divulgation des œuvres de nature biographique :

« Art. 20. Sauf en cas d'autorisation, ou de nécessité pour l'administration de la justice ou le maintien de l'ordre public, la divulgation des écrits, la transmission de la parole ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne peuvent être interdites, à sa sollicitation et sans préjudice des indemnités qui peuvent s'appliquer, si celles-ci portent atteinte à son honneur, sa bonne renommée ou sa respectabilité, ou si celles-ci sont destinées à des fins commerciales.

Paragraphe unique. Dans le cas d'une personne décédée ou absente, le conjoint, les ascendants ou les descendants seront parties légitimes et auront le droit de demander cette protection.

Art. 21. La vie privée de la personne physique est inviolable et le juge, à la demande de l'intéressé, prendra les mesures nécessaires

¹⁶ C. A. Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, 6e éd.. São Paulo: Editora Forense, 2003, p. 135.

¹⁷ J. A. Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 5^a éd., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 100, cité par le Ministre Carmen Lúcia dans son avis à l'ADI 4815.

¹⁸ C. A. Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹ L. R. Barroso, « Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa » (accessible à http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm).

pour empêcher ou mettre fin à un acte contraire à cette règle. »

L'interprétation littérale de ces dispositifs pourrait induire et effectivement a conduit à l'interdiction de divulgation d'ouvrages contenant des faits et des images personnelles en l'absence d'autorisation de la personne concernée ou de ses héritiers. Les exceptions se limitaient à des circonstances de maintien de l'ordre public ou une nécessité pour l'administration de la justice.

Autrement dit, tout ce qui n'était pas autorisé par la personne concernée ou qui ne pourrait pas s'encadrer dans les autres hypothèses d'exception était sujet à l'interdiction de divulgation, ce qui faisait l'objet de profondes critiques²⁰, au regard de l'atteinte à la liberté d'expression.

Dans ce contexte, l'action directe d'inconstitutionnalité (ADI 4815) engagée en 2012, a eu pour objectif de remettre en question la validité de l'interprétation attribuée par les cours nationales aux articles 20 et 21 du Code Civil, lesquelles, selon le rapport de l'arrêt, produiraient un « effet de censure, silence et distorsion sur l'historiographie sociale, la construction de la mémoire collective et la production de la culture nationale, en décourageant le travail des historiens et des auteurs en général (...) et en créant un monopole des biographies autorisées ou « manipulées » dans lesquelles l'histoire ne serait racontée que par ses protagonistes, avec l'omission actuelle de faits moins flatteurs »²¹.

Il fallait donc harmoniser les normes civiles en pondérant des droits fondamentaux prévus par la Constitution et en considérant la nature particulière des œuvres biographiques.

V. La nature historiographique des biographies

La compréhension de la nature des œuvres biographiques (peu importe leur forme d'expression) joue un rôle essentiel pour l'instauration d'un équilibre entre les droits fondamentaux de liberté d'expression et celui de protection de l'intimité et de la vie privée. La décision cadre de l'ADI 4815 introduit un nouveau regard sur les faits ou les informations relevant de la vie privée d'une personne dans une perspective sociale : « Pour le dénouement de la question amenée sous examen dans cette demande, on ne peut manquer de souligner le droit à l'information, garanti par la Constitution comme fondamental, et qui comprend le droit d'obtenir et de divulguer des informations sur des données, des qualités, des faits d'intérêt de la communauté, bien que ressortissant d'affaires privées, mais avec une expression ou des effets collectifs »²².

Les biographies cherchent à raconter des faits et relater des informations issues de la vie de personnes ayant fait l'objet d'une certaine exposition sociale. Il s'agit de mettre en lumière des habitudes, mœurs, rapports, et interrelations de tout ordre, relatives non seulement au sujet biographié, mais aussi au moment historique et culturel dans lequel cette personne s'insère. Cette dimension historiographique donne lieu à un nouveau rapport entre l'individu et le milieu auquel il appartient : le sujet de droit en tant que cellule du tissu de convivialité sociale, celle-ci n'étant rien d'autre qu'un l'ensemble d'expériences particulières. Le jugement de l'ADI n'a pas ignoré cet aspect : « Par une biographie, non

²⁰ L'article 20 du nouveau Code Civil (...) est déraisonnable, car il valorise les biens constitutionnels d'une manière contraire aux valeurs sous-jacentes à la Constitution. L'option du législateur, prise a priori et au mépris du bien constitutionnel de la liberté d'information, peut et doit être écartée par l'interprétation constitutionnelle » L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, « Droit à l'information x droit à

la vie privée. Le conflit des droits fondamentaux », Forum: Débats sur Justice et Citoyenneté, *Revue de l'AMAERJ*, n. 5, 2002, p. 15.

²¹ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (p. 155).

²² Avis du Ministre Carmen Lúcia, ADI 4815/DF (p. 86).

seulement la vie de l'individu est écrite, mais l'histoire d'un peuple, les voies de la société »²³.

Sur le plan des droits constitutionnels, les œuvres biographiques reposent sur deux piliers : leur élaboration constitue l'exercice de la liberté artistique de création et de manifestation de pensée des auteurs, biographes, qui est indépendante de la censure ; tandis que leur divulgation s'appuie sur le droit d'information dont bénéficie toute la société, pour la construction et préservation de son histoire et de sa mémoire.

VI. Pondération entre liberté d'expression et vie privée antérieurement à la décision de la Cour Suprême

De multiples critères se conjugaient dans l'exercice de pondération des droits constitutionnels fondamentaux en question avant la décision de référence de la Cour Suprême, parmi lesquels il faut souligner les points suivants²⁴ :

- **Véracité du fait** : seule l'information véridique peut jouir de la protection constitutionnelle, ce qui impose à l'auteur le devoir de vérifier de bonne foi et avec des paramètres de raisonnement ;
- **Lieu du fait** : les événements qui se produisent dans des lieux privés (le domicile de la personne concernée, par exemple) jouiraient d'une protection plus élargie, tandis que ceux qui se déroulent dans des lieux publics, comme les places, les rues ou tout endroit d'accès public (les restaurants, les halls des hôtels, entre autres) pourraient faire l'objet de divulgation. Il en va de même pour les faits ou informations qui proviennent de

sources publiques (documents d'accès public et déclarations publiques du biographié, par exemple) ;

- **Intérêt public dans la divulgation du fait** : bien que cet intérêt soit présumé pour tout fait vraisemblable, la personne concernée aurait le droit de démontrer l'existence d'un intérêt privé exceptionnel devant être déterminé, qui prévaut sur la liberté d'expression et sur le droit collectif à l'information ;
- **Licéité des moyens d'obtention de l'information** ;
- **Rôle public ou essentiellement privé de la personne faisant objet de l'information** : les personnes qui exercent des fonctions publiques ou les personnalités notoires jouiraient d'une sphère de protection plus étroite en ce qui concerne leur droit à la vie privée.

Quant à ce dernier critère, tant la doctrine que les tribunaux s'alignent sur cette interprétation selon laquelle les citoyens communs sont plus protégés par le droit à l'intimité que les personnes publiques ou célèbres, car celles-ci, auraient renoncé à une partie de leur protection au titre de la vie privée, étant donné leur choix de vie et leur rôle :

« Les personnes d'une certaine notoriété ne peuvent s'opposer à la diffusion de leur propre image ni à la divulgation des événements de leur vie. L'intérêt public prime, dans ces cas, au détriment de l'intérêt privé ; les gens, tout en ayant un intérêt à connaître l'image des hommes célèbres, aspirent également à connaître le cours et les étapes de leur vie, leurs actions et leurs réalisations ; et, en fait, ce n'est que par une telle connaissance qu'un jugement peut être formé sur leur valeur »²⁵.

C'est dans ce sens que se sont exprimées les tribunaux lors des litiges entamés par les

²³ Avis du Ministre Carmen Lúcia, ADI 4815/DF (p. 135).

²⁴ L. R. Barroso, « Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação.

Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa », préc.

²⁵ *Os Direitos de Personalidade*, traduit par A. Vera Jardim et A. M. Caeiro, Livraria Moraes, Lisboa, 1961, p. 146.

héritiers des ex-présidents du Brésil à l'encontre des maisons d'édition ayant publié des articles ou livres de nature biographique sur ces personnages de l'histoire du pays²⁶.

Il existait déjà, donc, une construction jurisprudentielle de pondération et d'harmonisation entre les droits fondamentaux de liberté d'expression et de protection de la vie privée, en présence même des articles 20 et 21 du Code Civil, lorsque la révision interprétative de ces articles fut l'objet de l'action directe d'inconstitutionnalité sous examen.

VII. La décision de la Cour Suprême et ses fondements

Sur le plan strictement constitutionnel, la Cour Suprême affirma l'absence de tout conflit entre les droits fondamentaux de liberté d'expression et de protection de l'intimité, de la vie privée et de l'honneur, par le biais d'une interprétation intégrative et cohésive de la Constitution.

Il a été retenu que malgré l'absence de hiérarchie entre droits fondamentaux, le droit à la liberté d'expression, conjugué avec l'impératif d'interdiction de la censure, en tant qu'instrument de préservation du pluralisme, de l'investigation historique, artistique et culturelle, inhérents à l'État démocratique de Droit, jouit d'une position de primauté par rapport aux droits de la personnalité. Si ces derniers subissent des atteintes ou violations, en vertu de l'exercice de la liberté d'expression par un tiers, la Constitution elle-même offre des paramètres d'accommodation pour cet apparent conflit, tout en assurant aussi le droit à réparation et indemnisation (conformément à l'article 5, V déjà mentionné).

En d'autres termes, le législateur Constitutionnel a cherché un équilibre entre

l'atteinte à la liberté de pensée, l'un des piliers démocratiques, et la violation de la vie privée et de l'intimité d'un individu par l'expression artistique ou littéraire d'autrui. Cet exercice de pondération a été particulièrement mis en lumière par la Cour Suprême :

« Une telle option n'ignore pas le danger que l'exercice des libertés de communication soit abusif et produit des préjudices injustes. Cependant, elle découle de la reconnaissance, historiquement prouvée, de l'impossibilité d'éliminer les risques d'abus a priori sans compromettre la démocratie elle-même et les autres valeurs essentielles protégées, telles que la dignité humaine, la recherche de la vérité et la préservation de la culture et de la mémoire collectives. Dans une société démocratique, il vaut mieux supporter les coûts sociaux résultant de tout dommage causé par l'expression que le risque de sa suppression. Il en résulte la nécessité de donner à la liberté d'expression une plus grande marge de tolérance et d'immunité et d'établir l'interdiction de la censure »²⁷.

La position de primauté de la liberté d'expression est ainsi justifiée :

« (...) L'impossibilité de hiérarchiser les droits fondamentaux n'empêche pas le système constitutionnel de donner une position privilégiée à certains biens juridiques et d'établir des positions de préférence *prima facie* par rapport à certains principes ou valeurs dotés d'une haute valeur axiologique. C'est précisément le cas de la liberté d'expression. La Charte de 1988 a incorporé un système de protection renforcé aux libertés d'expression, d'information et de la presse, reconnaissant une priorité *prima facie* de ces libertés publiques en collision avec d'autres intérêts légalement

²⁶ La publication d'extraits du journal de l'ancien Président Juscelino Kubitschek a été mise en question par ses filles (Appel Civil n. 95.250-4, TJSP, 3ème Chambre de Droit Privé, Rel. Des. Alfredo Migliore, jugé le 6 juin 2000, v.u.) ainsi que la publication d'un livre à propos du frère de l'ex-Président Fernando

Collor de Mello (Appel n° 260.256-1/9, TJSP, 7ème Chambre de Droit Privé, Des. Rel. Júlio Vidal, jugé le 26 août 1998, v.u.).

²⁷ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (pp. 162-163).

protégés, y compris les droits de la personnalité »²⁸.

La Cour Suprême brésilienne, dans cet arrêt emblématique, a donc érigé cinq fondements philosophiques ou théoriques pour justifier cette position de primauté octroyée à la liberté d'expression dans la hiérarchie de la Constitution de 1988²⁹ :

- La fonction essentielle jouée par la liberté d'expression dans la préservation de la démocratie ;
- La protection de la dignité humaine elle-même, considérant que le droit à la libre manifestation de la pensée et le droit d'accès à toute pensée manifestée par des tiers sont essentiels au libre développement de la personnalité, à l'autonomie et à la réalisation existentielle des individus ;
- L'assurance du procès collectif de recherche de la vérité considérant que le fait de rendre muettes les manifestations et les opinions librement exprimées porte préjudice à la construction historique, car « ce n'est que dans la collision d'opinions contraires qu'il est possible de s'approcher de la vérité » ;
- La fonction instrumentale de la liberté d'expression pour l'exercice et la jouissance des autres droits fondamentaux dans leur plénitude ;
- La préservation de la culture et de l'histoire de la société.

Finalement, et de manière décisive, l'interdiction de la censure (publique ou privée) s'ajoute à ces fondements en tant qu'impératif gardien de la Constitution brésilienne consacrée, n'oublions-pas, après plus de vingt ans au pouvoir d'un régime qui nuisait à toute liberté civique.

Ainsi, le régime constitutionnel en matière de liberté d'expression est celui de la responsabilisation ultérieure (civile et pénale)

de ceux qui l'ont exercé de manière abusive, et pas celui de l'interdiction préalable.

En outre, si une telle position de primauté est assurée à la liberté d'expression au niveau constitutionnel, lors d'un apparent heurt avec d'autres droits fondamentaux, le même privilège a été retenu par la Cour Suprême dans la pondération de cette liberté par rapport à des dispositifs légaux infra-constitutionnels.

Autrement dit, la Cour Suprême n'a pas été appelée à définir une solution unique pour tout potentiel conflit relatif à l'élaboration d'une œuvre biographique, mais a été notamment saisie pour vérifier si la Loi civile détient la prérogative de déterminer, a priori et de façon abstraite, la prévalence des droits à l'honneur, à l'intimité et à l'image, au détriment de la liberté d'expression, en soumettant les biographies à l'autorisation des personnes concernées.

En effet, par l'attribution aux biographiés et à leurs héritiers du droit potestatif d'autorisation préalable, les articles du Code Civil faisant l'objet de discussion poseraient à l'avance et arbitrairement le potentiel conflit des droits fondamentaux, et cela en faveur des droits de la personnalité, ce qui ne peut pas être admis d'un point de vue systémique.

Considérant en tant que bases :

- Les droits fondamentaux à la libre pensée et son expression ;
- Le droit d'accès à l'information (lequel se dédouble dans le droit d'informer et d'être informé), dans le contexte duquel les biographies constituent des sources documentées historiques ;
- L'interdiction de la censure, par l'État ou par un particulier ;
- La définition constitutionnelle du devoir de réparation de celui qui viole l'intimité, la vie privée et l'honneur d'un tiers, protégées également en tant que droits fondamentaux ;

²⁸ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (pp. 157 et s.).

²⁹ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (pp. 160 et s.).

- La prémisse selon laquelle la norme infra-constitutionnelle ne peut limiter ou restreindre des droits fondamentaux consacrés.

La Cour Suprême a accueilli la demande présentée sous cette action directe d'inconstitutionnalité pour établir l'interprétation constitutionnelle des articles 20 et 21 du Code Civil, sans réduction de leur texte, en déclarant que, pour la publication et la divulgation des œuvres biographiques, le consentement des personnes concernées ou faisant l'objet de ce portrait narratif, soit en tant que sujet principal ou secondaire, n'est pas exigible, sans préjudice des possibilités de réparation en cas d'exercice abusif, conformément aux remèdes constitutionnels.

Conclusion

La décision de la Cour Suprême ne constitue pas un « laissez-passer » face à toute situation de conflit entre les droits fondamentaux examinés dans cette brève étude. Chaque magistrat continuera à être appelé à opérer un contrôle de proportionnalité des droits en présence lors d'un conflit les opposant.

Une telle pondération, lors de l'application des directives constitutionnelles à une situation de fait, assure la santé de l'ordre juridique. Le Droit cherchera toujours à accompagner les mouvements de l'histoire et des comportements sociaux.

Compte tenu de la situation de ce pays dont la démocratie récente est encore très souvent menacée par des vents autoritaires, la consécration des libertés d'expression et de manifestation de la pensée par la Cour Suprême émerge comme l'assurance vitale de la poursuite du développement de l'État de Droit.

J. R. G. & L. d'H.