



Strasbourg, le 15 décembre 2014

Avis n° 786/2014

**CDL-AD(2014)040**  
Or. angl.

**COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**MÉMOIRE *AMICUS CURIAE***

**POUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE GÉORGIE**  
**SUR LA DIFFAMATION A L'ENCONTRE DES DÉFUNTS**

**Adopté par la Commission de Venise**  
**à sa 101<sup>e</sup> session plénière**  
**(Venise, 12-13 décembre 2014)**

**Sur la base des observations de**

**M. Latif HUSEYNOV (membre, Azerbaïdjan)**  
**M. Barak MEDINA (membre suppléant, Israël)**  
**Mme Herdís THORGEIRSDÓTTIR (membre, Islande)**

**TABLE DES MATIÈRES**

I.	Introduction et contexte .....	3
II.	Portée .....	3
III.	Analyse .....	4
	1. La réputation d'une personne vivante : un droit fondamental.....	4
	2. Concilier la protection de la réputation et la liberté d'expression : les règles à appliquer lorsque les propos diffamatoires portent sur des personnalités publiques et des questions d'intérêt général .....	5
	3. Les intérêts du défunt, les intérêts de la société, les intérêts de la famille : trois thèses en faveur de la protection de la réputation des défunts.....	7
	a) Une personne vivante a intérêt à ne pas laisser ternir son nom après sa mort.....	8
	b) Les propos diffamatoires sont contraires au droit des citoyens de connaître la vérité.....	9
	c) La protection des intérêts des membres de la famille du défunt .....	9
	4. Aperçu comparatif : la protection de la réputation du défunt est un phénomène juridique courant mais pas universel .....	10
	a) Pays de « common law ».....	10
	b) Pays de droit continental.....	11
	5. La Cour européenne des droits de l'homme exige-t-elle une protection juridique de la réputation du défunt ? .....	13
	6. Quelles voies de recours juridiques devraient être mises en place pour protéger la réputation du défunt ? .....	16
	7. Qui doit bénéficier du droit d'engager une procédure judiciaire ? .....	17
IV.	Conclusions .....	18

## I. Introduction et contexte

1. Le 27 septembre 2014, la Cour constitutionnelle de la République de Géorgie a demandé à la Commission de Venise un mémoire *amicus curiae* en relation avec une affaire en instance.

2. L'affaire concerne l'article 6 de la loi géorgienne sur la liberté de parole et d'expression (ci-après la « loi sur la liberté d'expression »), selon lequel une personne ne peut défendre en justice la réputation d'un parent décédé<sup>1</sup>. Elle a été introduite par M. V., dont le fils a été tué par la police en 2006. En 2013, un agent de l'Etat avait déclaré publiquement que la police avait fait usage d'armes à feu parce que le fils de M. V. était armé et prêt à tirer. Jugeant cette déclaration offensante, M. V. avait poursuivi l'agent concerné devant la justice en vue d'une réfutation de cette information. Toutefois, le tribunal, invoquant l'article 6 de la loi sur la liberté d'expression, avait refusé d'examiner sa requête sur le fond. M. V. a alors saisi la Cour constitutionnelle de Géorgie au motif que l'article 6 était contraire aux articles 17 et 42 de la Constitution géorgienne protégeant l'honneur et la dignité et garantissant la protection judiciaire des droits et des libertés<sup>2</sup>.

3. Ayant déclaré l'affaire recevable, la Cour constitutionnelle géorgienne a demandé à la Commission de Venise un mémoire *amicus curiae* afin de répondre aux deux questions suivantes :

- Les défunts jouissent-ils d'un droit à la dignité ?
- Dans l'affirmative, quels sujets de droit devraient avoir le droit d'engager une procédure en diffamation au nom d'un(e) défunt(e) ?

4. M. Huseynov, M. Medina et Mme Thorgeirsdóttir ont été désignés rapporteurs en l'espèce.

5. Le présent mémoire *amicus curiae*, élaboré sur la base des observations des rapporteurs, a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 101<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 décembre 2014).

## II. Portée

6. L'affaire pendante devant la Cour constitutionnelle concerne la réputation du fils de M. V. Ce terme – « réputation » – ne se prête pas à une définition précise. Comme indiqué ci-après, le droit à la protection de la « réputation » est souvent dérivé ou rapproché des notions plus générales de « vie privée », « dignité », « honneur », « personnalité », etc. Les tribunaux n'ont cependant pas tous la même conception de la relation entre ces notions et les normes internationales en la matière ne cessent d'évoluer.

7. Afin de restreindre la portée du présent avis, la Commission de Venise se concentrera sur les situations analogues à celle de M. V., à savoir sur les atteintes verbales et écrites à la réputation *per se*, c'est-à-dire la bonne renommée d'une personne dans la société<sup>3</sup>. Ces atteintes sont parfois qualifiées de « propos diffamatoires », lesquels visent à déconsidérer la personne aux yeux des personnes sensées et raisonnables. Qui plus est, le présent mémoire s'intéressera principalement aux propos diffamatoires proférés à l'encontre de personnes déjà décédées (et non pas de personnes qui auraient engagé une procédure en diffamation mais seraient décédées entre-temps).

---

<sup>1</sup> L'article 6 point 4 de la loi sur la liberté de parole et d'expression dispose en effet qu'aucune action en diffamation ne peut être engagée pour protéger les droits personnels non patrimoniaux d'une personne décédée.

<sup>2</sup> L'article 17 de la Constitution géorgienne dispose que la conscience et la dignité de toute personne sont inviolables et l'article 42, que toute personne a le droit de saisir les tribunaux pour assurer la protection de ses droits et de ses libertés.

<sup>3</sup> La demande, telle qu'elle est formulée, évoque la « dignité » du défunt, mais d'après le contexte, il est manifeste que la question concerne les aspects de la « dignité » liés à la réputation, c'est-à-dire la bonne renommée du défunt.

8. Le présent mémoire ne portera pas sur d'autres aspects de la vie privée et de la dignité. Ainsi, il ne portera pas sur la protection des informations d'ordre privé, intime (dossiers médicaux, questions de filiation, etc.). Les règles qui régissent ces aspects de la vie privée sont trop spécifiques et sans rapport avec le cas d'espèce.

9. De même, le présent avis ne s'intéressera pas aux aspects professionnels de la réputation du défunt. Il semble que la loi géorgienne sur la liberté d'expression ne dénie pas le droit de défendre en justice les aspects commerciaux, et donc transmissibles par voie de succession, de la réputation du défunt. L'utilisation du nom, de l'image, de la signature ou de la personne d'une personnalité célèbre sans autorisation ni contrepartie (par exemple, une exploitation commerciale) ne sera pas non plus abordée.

10. Par ailleurs, le présent mémoire n'évoquera pas les situations où le requérant dans une procédure en diffamation peut montrer de manière convaincante que sa propre réputation est directement et principalement touchée, parce que les propos en cause le dépeignent, lui et ses actions, ses paroles et ses attitudes, de manière négative. Nous concentrerons notre attention sur les cas où les propos diffamatoires portent préjudice *principalement* à la réputation du défunt et où la réputation du demandeur en tant que membre indépendant et responsable de la société n'est pas entachée<sup>4</sup>.

11. Enfin, la Commission de Venise ne reviendra pas sur les faits propres au cas d'espèce. Si elle est compétente pour évaluer la loi géorgienne sur la liberté d'expression au regard du droit international et, en particulier, des normes européennes, c'est à la Cour constitutionnelle de Géorgie qu'il appartient de se prononcer en dernier ressort sur l'interprétation contraignante de la Constitution et la compatibilité de la législation nationale avec ce texte. La Commission de Venise rappelle que l'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle a force obligatoire pour toutes les instances nationales administratives, judiciaires et législatives, qui sont tenues de s'y conformer.

### III. Analyse

12. En résumé, la position adoptée dans le présent avis est la suivante : si la Constitution *permet* de protéger les droits posthumes de la personnalité, le législateur et les tribunaux nationaux jouissent d'une marge d'appréciation relativement large pour déterminer si, et comment, ces droits doivent être protégés en reconnaissant un droit d'agir en justice.

#### 1. La réputation d'une personne vivante : un droit fondamental

13. A l'échelle internationale, l'honneur et la réputation sont considérés comme des droits fondamentaux. L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) protège expressément l'« honneur » et la « réputation », qui sont distincts de la « vie privée »<sup>5</sup>.

14. Même si la « réputation » n'est pas directement citée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la « protection de la réputation » figure parmi les objectifs légitimes qui peuvent justifier une restriction de la liberté d'expression (article 10). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre la « dignité humaine » en tant que garantie fondamentale (article 1<sup>er</sup>) et mentionne également la « vie privée » (article 7). La « réputation » n'est toutefois pas explicitement citée dans le texte en tant que droit distinct.

15. La Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») a reconnu que l'article 8 protégeait la réputation des personnes contre les propos diffamatoires, du moins à un certain

---

<sup>4</sup> Dans certaines cultures, la « fierté familiale » joue un rôle très important. Partant, chaque propos peut s'interpréter de façon extensive et un lien peut être établi entre, par exemple, la réputation d'un père et le prestige social de son fils. Toutefois, la Commission partira de l'interprétation plus individualiste du terme « réputation » qui semble dominer dans le monde moderne.

<sup>5</sup> De même, l'article 11 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose que « nul ne peut être l'objet [...] d'attaques illégales à son honneur et à sa réputation. »

niveau de gravité, et que ces diffamations portaient atteinte au droit à la vie privée<sup>6</sup>. Dans l'affaire *Pfeifer c. Autriche*<sup>7</sup>, un journaliste ayant sévèrement critiqué les opinions nazies d'une personne, ce qui aurait prétendument conduit cette personne à se suicider, alléguait que les tribunaux nationaux n'avaient pas protégé sa réputation. La Cour a estimé que la réputation était protégée par l'article 8 en tant qu'élément de la vie privée et que les Etats ont une obligation positive de ménager un juste équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression.

16. Quelles sortes de propos diffamatoire constituant une atteinte à la « vie privée » est un sujet de discussion dans la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans l'affaire *Karakó c. Hongrie*<sup>8</sup>, la Cour a estimé que l'article 8 de la Convention protégeait des aspects fondamentaux de la réputation, notamment contre des allégations factuelles au caractère tellement offensant que leur publication avait eu des répercussions directes inévitables sur la vie privée du requérant et pas uniquement sur sa considération au sein de la société<sup>9</sup>. Quel que soit ce « seuil » de gravité, il est clair que la Cour reconnaît le droit à la protection de la « réputation » et considère qu'il découle de la notion de vie privée.

17. A l'échelle nationale, la « réputation » est souvent considérée comme un aspect de la « dignité humaine », garantie constitutionnellement par certains pays européens. Ainsi, la dignité de l'être humain est le tout premier droit dans la Constitution allemande de 1949 (*die Würde des Menschen*). Il en est de même dans la Constitution géorgienne, qui consacre l'inviolabilité de l'honneur et de la dignité d'une personne (article 17). Dans de nombreux pays, la dignité humaine est devenue un outil conceptuel important pour défendre les droits de l'homme et la démocratie et figure désormais au cœur de tout discours sur les droits de l'homme, même s'il n'existe pas de définition commune de ce que cette notion recouvre<sup>10</sup>.

18. Le présent mémoire part du principe (que nous ne développerons pas) que les personnes vivantes ne devraient pas faire l'objet de propos diffamatoires en vertu des droits au respect de la « vie privée » ou de la « dignité ». Notre propos consiste à déterminer si (et dans quelle mesure) le droit à la protection de la réputation subsiste *après la mort*.

## **2. Concilier la protection de la réputation et la liberté d'expression : les règles à appliquer lorsque les propos diffamatoires portent sur des personnalités publiques et des questions d'intérêt général**

19. La portée de l'obligation positive qui incombe à un Etat de protéger la réputation (qu'il s'agisse d'une personne vivante ou décédée) devrait être déterminée à l'aune des intérêts qui sont liés à celle-ci mais aussi des répercussions possibles de cette obligation sur la *liberté d'expression*. Par conséquent, avant de répondre à la question très précise de la protection des intérêts des défunts, il est nécessaire de rappeler certains principes généraux à appliquer pour évaluer l'admissibilité de tout propos au regard de l'article 10 de la CEDH. Il s'agit de critères essentiels que l'Etat devrait prendre en compte dès lors qu'il décide de protéger la réputation des défunts.

20. L'obligation de respecter la liberté d'expression et d'opinion en tant que droit fondamental dans toute société démocratique a force obligatoire dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe et les Etats parties au PIDCP. La liberté d'expression, protégée au titre de l'article 10 de la CEDH et de l'article 19 du PIDCP, est une condition indispensable à l'épanouissement de chacun. Elle est vitale à toute société démocratique et essentielle pour la protection de tous les autres droits de l'homme.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, *Pauliukienė et Pauliukas c. Lituanie*, n° 18310/06, 5 novembre 2013, § 4, où la Cour a statué que, pour tomber sous le coup de l'article 8, toute atteinte à l'honneur et à la réputation d'une personne doit atteindre un certain degré de gravité, portant préjudice à l'exercice de son droit au respect de la vie privée.

<sup>7</sup> *Pfeifer c. Autriche*, n° 12556/03, 15 février 2008, § 35.

<sup>8</sup> *Karakó c. Hongrie*, n° 39311/05, 28 avril 2009.

<sup>9</sup> Voir également *A. c. Norvège*, n° 28070/06, § 64, 9 avril 2009.

<sup>10</sup> Voir Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, Vol. 19 n° 4 ; <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>

21. La liberté d'expression, d'opinion et d'information permet à la société d'obliger les autorités (ce terme étant pris dans son acception la plus large) à rendre des comptes en appliquant les principes de transparence et en favorisant un débat public large, ouvert et fort. Dans la jurisprudence de la Cour, la liberté du discours politique est quasiment un principe sacro-saint, auquel est associé tout un éventail de notions. La liberté d'expression revêt donc une importance particulière en relation avec les médias, « chiens de garde » de la société<sup>11</sup>, et la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation<sup>12</sup>.

22. La liberté d'expression visée à l'article 10 de la CEDH est un droit non absolu qui peut être restreint notamment lorsque cela est nécessaire « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui » (article 10 par. 2). La protection de la réputation est le « but légitime » le plus fréquemment avancé par les autorités nationales pour restreindre la liberté d'expression. Même s'il existe des lois qui permettent de dédommager une personne en cas d'atteinte à sa réputation, et même si ces lois poursuivent l'objectif légitime de protéger la réputation, il doit exister un *besoin impérieux* dans une société démocratique pour les appliquer.

23. Le droit à la protection de la réputation et le droit à la liberté d'expression ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur<sup>13</sup>. Aussi, il ne s'agit pas de privilégier l'un ou l'autre a priori, mais plutôt de trouver le juste équilibre entre les deux dès lors qu'ils entrent en conflit. La question de savoir lequel des deux intérêts légitimes l'emportera sur l'autre dépend des circonstances de l'espèce. En cas de conflit entre la liberté d'expression (garantie par l'article 10 de la CEDH) et le droit au respect de la vie privée (garanti par l'article 8 de la CEDH), la Cour définit les critères principaux suivants pour déterminer la primauté de l'un ou de l'autre :

- *la contribution à un débat d'intérêt général*. Les propos tenus au cours d'un débat politique constituant des affirmations justes sur des questions d'intérêt général bénéficient d'une protection maximale au titre de la Convention<sup>14</sup>. Le discours politique ne saurait être restreint sans raisons impérieuses<sup>15</sup>. Pénaliser un organe d'information, un éditeur ou un journaliste exclusivement au motif qu'il est critique à l'égard du gouvernement ou du système politique et social épousé par le gouvernement ne peut jamais être considéré comme une restriction nécessaire à la liberté d'expression<sup>16</sup> ;
- *la notoriété publique de la personne visée par les critiques*. Les personnes actives dans le domaine public doivent faire preuve d'un plus grand degré de tolérance à l'égard des critiques<sup>17</sup>. Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique agissant en sa qualité de personnage public que d'un simple particulier<sup>18</sup>. Les personnes publiques sont aussi celles qui utilisent des ressources publiques, influencent la vie économique et jouent un rôle dans la vie publique<sup>19</sup> ;
- *le comportement antérieur de la personne visée par les critiques*<sup>20</sup>. Il devrait y avoir un lien raisonnable entre les faits connus relatifs au comportement, aux opinions, aux

<sup>11</sup> *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A n° 239, p. 27, § 63.

<sup>12</sup> *De Haes et Gijssels c. Belgique*, arrêt du 24 février 1997 (Recueil 1997-I), § 46 ; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III, § 59.

<sup>13</sup> Voir la Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) sur le droit au respect de la vie privée, § 11.

<sup>14</sup> *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, § 40, CEDH 2001-II ; à comparer avec *Andreas Wabl c. Autriche*, n° 24773/94, § 42, 21 mars 2000, non publié.

<sup>15</sup> *Feldek c. Slovaquie*, n° 29032/95, § 83, CEDH 2001-VIII.

<sup>16</sup> CCPR/C/GC/34, § 42.

<sup>17</sup> *Karman c. Russie*, n° 29372/02, § 36, 14 décembre 2006.

<sup>18</sup> *Jerusalem c. Autriche*, précité.

<sup>19</sup> Voir les faits relatifs à l'affaire *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), [GC], n° 40660/08 et 60641/08, CEDH 2012, citant aussi la Résolution 1165(1998) de l'APCE sur le droit au respect de la vie privée, § 7.

<sup>20</sup> *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, § 43, série A n° 103 ; *Oberschlick c. Autriche* (n° 1), arrêt du 23 mai 1991, série A n° 204, § 63 ; *Jerusalem c. Autriche*, précité, § 42.

attitudes, etc., de la personne critiquée et les opinions négatives/jugements de valeur à son égard ;

- *la défense de la vérité* (lorsque le propos contient des déclarations factuelles) ;
- *le contenu, la forme et les répercussions de la publication*. Le simple fait de considérer des formes d'expression comme insultantes ne suffit pas pour justifier l'imposition de sanctions. Toutefois, l'intensité du propos et ses répercussions sur la réputation de la personne concernée sont des facteurs à prendre en compte<sup>21</sup>.

Cette liste n'est pas exhaustive. Pour évaluer si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts pour la réputation et la liberté d'expression, la Cour tient compte d'autres facteurs pertinents tels que *la lourdeur de la sanction* imposée à l'auteur du propos diffamatoire<sup>22</sup>. Dans le cas d'espèce, le fait que la déclaration ait été faite par le chef de l'Etat ou du gouvernement et que, par conséquent, le défunt ait été accusé, prétendument à tort, d'une infraction grave, pourrait être pertinent pour évaluer l'impact (« les conséquences ») du propos.

24. D'après la Cour, il y a lieu de distinguer avec soin entre faits et jugements de valeurs/opinions. Si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude<sup>23</sup>. Les jugements de valeur exprimés au cours d'un débat politique sont tout particulièrement protégés. Quant aux déclarations factuelles au cours d'un débat sur des questions d'intérêt général, les règles établies par la jurisprudence de la Cour visent à protéger le journalisme responsable<sup>24</sup>. La Cour part du principe que le devoir de vérification des faits par les journalistes ne devrait pas être trop lourd et que les journalistes qui ont agi de bonne foi, de manière professionnelle et conformément aux règles déontologiques devraient être dispensés de l'obligation de prouver la véracité de leurs déclarations factuelles au-delà de tout doute raisonnable<sup>25</sup>. De toute évidence, le principe de la défense de la vérité devrait valoir pour les journalistes aussi.

25. En résumé, dans le cadre du journalisme politique, la « liberté d'expression » l'emporte généralement sur l'intérêt pour la « réputation » d'une personnalité publique. Si l'Etat décide de protéger dans le droit la réputation des défunts, il doit se conformer aux principes visant à protéger le débat libre sur des questions d'intérêt général<sup>26</sup>.

### **3. Les intérêts du défunt, les intérêts de la société, les intérêts de la famille : trois thèses en faveur de la protection de la réputation des défunts**

26. Ce qui est exprimé ci-dessus est particulièrement vrai en cas de diffamation posthume visant une personnalité historique défunte qui ne peut plus être blessée par les propos diffamatoires et dont « l'intérêt lié à la réputation » est quasi inexistant. Les personnalités publiques et historiques qui, de par leurs décisions, ont changé le cours de la vie de nombreuses personnes ne peuvent pas s'attendre à échapper à la critique après leur mort. Par ailleurs, d'une manière générale, les tribunaux n'ont pas vocation à régler les différends historiques.

<sup>21</sup> Voir *Ruokanen et autres c. Finlande*, n° 45130/06, § 52, 6 avril 2010, où les propos diffamatoires concernaient des allégations de viol.

<sup>22</sup> Voir *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], n° 21279/02 et 36448/02, § 59, CEDH 2007-..., *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, § 40, CEDH 2004-II ; *Rumyana Ivanova c. Bulgarie*, n° 36207/03, § 68, 14 février 2008.

<sup>23</sup> *Lingens c. Autriche*, précité, § 46.

<sup>24</sup> Voir en particulier *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, précité.

<sup>25</sup> Voir la discussion sur le journalisme responsable dans *Bozhkov c. Bulgarie*, n° 3316/04, §§ 45 et suivants, 19 avril 2011.

<sup>26</sup> Pour approfondir l'examen du juste équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la réputation dans la jurisprudence de la Cour, voir, par exemple, *Axel Springer AG c. Allemagne* (GC), n° 39954/08, 7 février 2012. La Commission de Venise s'est récemment penchée sur cette question dans les documents CDL-AD(2013)024 (Avis sur la législation relative à la protection contre la diffamation de la République d'Azerbaïdjan) et CDL-AD(2013)038 (Avis sur la législation italienne relative à la diffamation). Sur la protection de la liberté d'expression dans le PIDCP, voir l'Observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, CCPR/C/GC/34, §§ 34, 47.

27. Pour autant, tout n'est pas permis en matière de diffamation envers des défunts, et il existe au moins trois motifs pouvant justifier une restriction légitime, par l'Etat, des publications diffamatoires.

**a) Une personne vivante a intérêt à ne pas laisser ternir son nom après sa mort**

28. Une approche possible consiste à considérer que les droits de l'homme s'appliquent même après la mort. La plupart des vivants se préoccupent du sort qui sera réservé à leur dépouille, de leur réputation posthume, etc. Une personne a un intérêt légitime à ce que ses choix, sa réputation, l'intimité de sa vie privée, etc., soient respectés après sa mort. En conséquence, la pratique de ne pas respecter la mémoire du défunt ainsi que ses choix *porte préjudice à la personne vivante*. Il est certainement difficile de mourir en paix et dans la dignité lorsqu'on sait que sa réputation dans la mémoire collective et ses réalisations peuvent être réduites à néant sans possibilité de se défendre<sup>27</sup>.

29. Certes, on pourrait considérer qu'il s'agit là de préoccupations irrationnelles. Mais les droits de l'homme ne se limitent pas à des intérêts et des convictions qui répondraient à des critères stricts de rationalité, comme l'attestent les normes applicables en matière de protection de la liberté de religion par exemple. A vrai dire, presque tous les systèmes démocratiques protègent certains intérêts et choix du défunt, le droit le plus universel étant la détermination, dans son testament, des intérêts matériels de ses héritiers. Le droit de choisir ses funérailles et de faire un don d'organes, etc., sont d'autres intérêts significatifs reconnus par le droit. Les intérêts personnels de l'auteur d'un ouvrage protégé par le droit d'auteur persistent même après sa mort. Ainsi donc, certains intérêts subsistent après la mort.

30. Ce point de vue est en outre étayé par la jurisprudence qui reconnaît, du moins en principe, le droit des proches d'un défunt à poursuivre les procédures engagées par ce dernier avant sa mort<sup>28</sup>. Si ce principe est directement applicable aux cas où l'action en diffamation a été engagée *contre* le défunt, le raisonnement sous-jacent consistant à reconnaître le droit des héritiers à poursuivre les procédures engagées peut suggérer que certains droits (y compris moraux) subsistent après la mort de la personne qui les détenait.

31. Cela étant, la thèse selon laquelle le défunt bénéficie du droit à la protection de sa réputation pose plusieurs problèmes. Ainsi, dans le cas de propos portant atteinte à la réputation du défunt, on ne peut qu'émettre des hypothèses sur les intérêts qui auraient été les siens lorsqu'il était vivant, s'il avait connu le contexte en question. Il est inévitable dans ce cas d'accorder une grande marge d'appréciation à autrui, c'est-à-dire aux parents du défunt ou à la société en général, pour déterminer s'il convient de protéger la vie privée ou la réputation du défunt, et comment. Une telle position remet donc en question l'idée selon laquelle la personne protégée est le défunt plutôt qu'autrui.

32. La principale difficulté réside dans la crainte que l'intérêt d'une personne à protéger sa réputation après sa mort n'ait pas de « poids » normatif suffisant pour justifier d'en faire un droit humain ou de reconnaître un droit d'action en diffamation. Sans doute, les intérêts des vivants (en l'espèce, leur liberté d'expression) devraient prévaloir sur la réputation des défunts. On peut donc fort bien faire valoir que si les personnes vivantes ont un intérêt à ce que leur réputation soit protégée après leur mort, cet intérêt ne pèse pas suffisamment pour justifier une restriction de la liberté d'expression et n'est donc pas suffisamment important pour être reconnu comme un droit de l'homme.

---

<sup>27</sup> Hannes Rosler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, 26 BERKELEY J. INT'L L. 153, 188-189 (2008).

<sup>28</sup> Voir par exemple *Dalban c. Roumanie*, n° 28114/95, § 39, 28 septembre 1999 : « Le requérant fut condamné par les tribunaux roumains pour diffamation par voie de presse. [La] veuve a un intérêt légitime à faire constater que la condamnation de feu son époux a eu lieu en méconnaissance du droit à la liberté d'expression invoqué par celui-ci devant la Commission. » Rien n'indique toutefois clairement si l'intérêt protégé est celui du défunt ou de sa veuve.



**b) Les propos diffamatoires sont contraires au droit du public de connaître la vérité**

33. L'injustice inhérente aux propos diffamatoires est un deuxième argument possible pour justifier un droit d'action en cas de diffamation envers un défunt. Il est de l'intérêt général de prévenir toute manipulation induite de la perception par l'opinion publique des activités ou positions de la personne concernée. Cet intérêt existe indépendamment du fait que cette personne soit vivante ou décédée, car c'est l'exactitude de la perception que la société a de la personne qui est en jeu et non ses sentiments ou ceux de ses proches. En fait, considérée sous cet angle, la diffamation envers un défunt est un plus grand mal puisque le défunt ne peut pas réagir en publiant un droit de réponse, et le risque d'atteinte injustifiée à sa réputation est plus important que le risque d'atteinte à la réputation des vivants.

34. Suivant ce raisonnement, certaines démocraties (par exemple la Suisse et Israël) ne reconnaissent pas un motif d'action au civil mais érigent la diffamation envers les défunts en infraction<sup>29</sup>. Si la Cour a exprimé sa préoccupation quant à l'incrimination de la diffamation, elle n'a pas exclu l'admissibilité de cette mesure pour protéger l'intérêt général. En effet : « [l]a position dominante que [le gouvernement] occupe lui commande de témoigner de la retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des médias. [Néanmoins, il] reste loisible aux autorités compétentes de l'Etat d'adopter, en leur qualité de garantes de l'ordre public, des mesures même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à des accusations diffamatoires dénuées de fondement ou formulées en toute mauvaise foi »<sup>30</sup>. Cette approche peut aussi justifier l'autorisation d'actions privées, sous réserve que ce soit nécessaire pour prévenir effectivement les publications diffamatoires envers des défunts.

35. Cette approche ne soulève pas moins des difficultés considérables. Tout d'abord, elle est incompatible avec un principe fondamental de la liberté d'expression, à savoir l'interdiction de restreindre cette liberté pour empêcher la propagation de mensonges ou de fausses perceptions de l'opinion publique. L'Etat n'a pas le droit d'utiliser ses pouvoirs, que ce soit par voie civile ou pénale, pour défendre ce qu'il considère comme la véritable réputation d'une personne, vivante ou décédée. Les parents du défunt, ainsi que les autres personnes intéressées, sont libres de répondre publiquement à des publications diffamatoires. Plus généralement, cette approche est contraire au principe libéral fondamental de « dommage à autrui »<sup>31</sup>, qui restreint les intérêts protégés en cas de diffamation à la prévention de tout dommage direct causé à la personne concernée.

**c) La protection des intérêts des membres de la famille du défunt**

36. A l'heure actuelle, l'argument le plus couramment invoqué pour justifier un droit d'action en cas de diffamation envers un défunt est celui des conséquences négatives potentielles sur ses parents vivants<sup>32</sup>. La souffrance et le sentiment d'injustice que la diffamation peut causer chez les membres de la famille et les associés du défunt sont reconnus comme des « dommages secondaires ». Cette approche évite les problématiques complexes liées à la reconnaissance de droits de l'homme aux défunts. L'action en justice est donc introduite non pas par les parents en leur qualité d'héritiers du défunt ou en son nom, mais pour défendre leurs intérêts personnels. Dans cette optique, il est essentiel de prouver non seulement le caractère diffamatoire du propos et ses conséquences négatives sur la réputation du défunt, mais aussi le *préjudice réel* subi par la famille. Cette obligation réduit substantiellement la portée de la protection de la réputation du défunt qui, dans la pratique, devient presque nulle. En revanche, si la diffamation est prouvée, des dommages-intérêts peuvent être accordés.

<sup>29</sup> Dans les deux pays, cependant, le droit de saisir la justice est accordé uniquement aux membres de la famille du défunt.

<sup>30</sup> *Castells c. Espagne*, n°11798/85, § 46, 23 avril 1992. Voir également l'Observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, CCPR/C/GC/34, § 47.

<sup>31</sup> En vertu de ce principe, développé par John Stuart Mill dans son œuvre *De la liberté* (1859), la liberté d'expression peut être restreinte uniquement à des fins de prévention de toute violation directe des droits d'autres personnes, c'est-à-dire à des fins de protection contre tout préjudice illégitime que la publication pourrait causer.

<sup>32</sup> <http://www.rightsofwriters.com/2011/01/can-you-be-sued-for-libeling-dead-john.html>

37. Cette thèse a aussi ses revers. L'extension du droit d'agir en justice à des tiers est loin d'être compatible avec la norme générale consistant à dénier le bien-fondé d'un préjudice moral à des tiers en cas de publications diffamatoires envers des vivants<sup>33</sup> par crainte qu'une telle extension restreigne indûment la liberté d'expression. Si l'on considère le préjudice moral à des tiers applicable, il est difficile de justifier par des principes toute restriction de ce droit d'action aux seuls membres de la famille, en excluant toutes les autres personnes intéressées (par exemple des partenaires *de facto*) ; et il peut donc y avoir allégation de discrimination. Par conséquent, dans le contexte actuel, l'introduction de la notion de « dommages secondaires » en tant que fondement d'un droit d'action risque soit d'entraîner une violation du droit à l'égalité, si ce droit est accordé à un groupe prédéfini, limité, de personnes officiellement liées au défunt, soit d'avoir un effet « paralysant » important sur les auteurs de propos susceptibles d'être considérés comme diffamatoires (journalistes, éditeurs, etc.), si ce droit est étendu à toute personne invoquant une atteinte à ses intérêts.

#### 4. Aperçu comparatif : la protection de la réputation du défunt est un phénomène juridique courant mais pas universel

##### a) Pays de « common law »

38. La plupart des pays de « common law », notamment l'Angleterre, les Etats-Unis<sup>34</sup>, l'Ecosse, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et d'autres<sup>35</sup>, refusent généralement tout droit d'agir en justice aux membres de la famille du défunt. Curieusement, la Géorgie semble être le seul pays de droit romain en Europe qui, comme les pays de « common law », applique la règle *actio personalis moritur cum persona*. Le principe qui sous-tend cette approche considère qu'en raison de son importance, la liberté d'expression ne devrait être restreinte que si elle porte directement atteinte à la réputation des vivants. Ainsi, semble-t-il, le droit d'agir devrait être accordé uniquement à la personne dont la réputation est directement entachée. Un plaignant ne peut pas contourner la règle selon laquelle le défunt ne peut pas être diffamé (au regard de la loi) en modifiant sa requête pour invoquer la souffrance psychologique causée aux membres survivants de la famille ou l'intrusion dans la vie privée<sup>36</sup>.

39. L'exemple suivant est tiré d'une juridiction de « common law » : dans une affaire intentée contre Charles Higham, l'auteur d'une biographie d'Errol Flynn qu'il avait qualifié d'espion nazi, les filles de Flynn ont été déboutées. La Cour d'appel de Californie a confirmé cette décision et réaffirmé que les propos diffamatoires envers un défunt ne pouvaient donner lieu, en « common law », à un motif d'action au civil en faveur de l'époux survivant, de la famille ou de parents n'ayant pas eux-mêmes été diffamés<sup>37</sup>.

40. Cela dit, même dans les pays de « common law », certaines voix s'élèvent pour réviser cette règle. La question du droit à la protection de la réputation des défunts demeure

<sup>33</sup> En d'autres termes, si l'on considère qu'une atteinte à la réputation de A provoque une souffrance psychologique chez B, un membre de sa famille, après la mort de A, pourquoi ne serait-ce pas le cas pendant que A est encore en vie ?

<sup>34</sup> Voir *Gonzales c. Times Herald Tribune Printing Co.*, 513 S.W. 2d 124, 125 (Tex. Civ. App. 1974) : "Defamation of a deceased person does not give rise to a right of action at common law in favor of the surviving spouse, family, or relatives who are not defamed". Plusieurs états des Etats-Unis, notamment le Colorado, le Nevada, le Texas et l'Utah, ont adopté des lois qui reconnaissent un droit d'action en cas de dénigrement du nom d'un défunt. L'une de ces lois, au Nevada, a néanmoins été déclarée anticonstitutionnelle (voir *Nevada Press Association v. del Papa*, CV-S-98-00991-JBR (1998)). Toutefois, il semble que ces législations n'aient jamais servi de fondement pour engager avec succès des poursuites en justice.

<sup>35</sup> Voir John G. Fleming, *Law of Torts 741* (9<sup>e</sup> édition, 1998) ; Robert Sack, *Sack on Defamation*, § 2.10.1 (4<sup>e</sup> édition, 2014) ; Gotz Botner, *Protection of the Honour of Deceased Persons - A Comparison between the German and the Australian Legal Situations*, 13 BOND L. REV. 109 (2001).

<sup>36</sup> Cela dit, la diffamation envers des défunts semble être érigée en infraction pénale dans plusieurs états des Etats-Unis : <http://antidefamationlegacylawadvocates.org/2013/03/14/criminal-statutes-regarding-defamation-of-the-deceased/>. Là encore, la constitutionnalité de ces dispositions reste à déterminer et la plupart de ces lois semblent n'avoir jamais été appliquées.

<sup>37</sup> *Flynn c. Higham*, 149 Cal.App.3d 677 (1983) ; Restatement (second) of torts, § 560 (1977) : "One who publishes defamatory matter concerning a deceased person is not liable either to the estate of the person or to his descendants or relatives" (une personne qui publie des contenus diffamatoires sur une personne décédée n'est responsable ni envers les héritiers du défunt, ni envers ses descendants ou les membres de sa famille).

controversée au Royaume-Uni. Après la mort de Margaret Thatcher, figure publique s'il en est, et face aux réactions outrageantes exprimées à son égard, s'est posée la question de savoir si certaines déclarations pouvaient être illégales et passibles de poursuites par ses héritiers<sup>38</sup>.

41. En 2012, la Chambre des communes du Royaume-Uni a rejeté une proposition d'amendement au projet de loi sur la diffamation visant à permettre à l'époux/se ou partenaire, à la famille, à la fratrie ou aux enfants d'une personne décédée de poursuivre l'éditeur d'un article jugé diffamatoire jusqu'à 12 mois après le décès de la personne concernée. Cette proposition d'amendement faisait suite à la campagne menée en Ecosse par Margaret et James Watson en faveur d'une révision de la loi après la publication d'articles prétendument diffamatoires envers leur fille, Diane, poignardée à mort. L'autre enfant des Watson, Alan, 16 ans, s'était suicidé après avoir lu l'un de ces articles, qui prétendait que sa sœur tyrannisait sa camarade.

42. Même si le projet de loi a finalement été rejeté, il est intéressant d'examiner les arguments de ceux qui l'ont porté. Les Watson et bien d'autres familles considèrent que la législation en matière de diffamation au Royaume-Uni et en Ecosse présente des lacunes importantes qu'il convient de combler. Ils affirment que la portée de l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH est suffisamment large pour permettre aux familles d'intenter des actions en diffamation au civil au nom des défunts en général et en prêtant une attention particulière aux familles des victimes d'homicide. Ils invoquent le fait que ces familles ne peuvent pas se reconstruire si elles sont obligées d'endurer à répétition des publications erronées sur leurs proches disparus dans les médias.

43. Qui plus est, les défenseurs du projet de loi font valoir que la charge de la preuve incomberait toujours au requérant. Certes, il est évident que la défense ne peut pas interroger le défunt en personne, mais il peut interroger la famille du défunt sur les éléments de preuve apportés et l'authenticité des pièces soumises au tribunal. Il est par ailleurs rappelé qu'une telle action en justice nécessite des éléments de preuve extrêmement solides.

44. Par ailleurs, il est suggéré que, dans ce type d'affaire, le requérant ne demande pas de dommages-intérêts mais uniquement la prise en charge des frais de justice encourus. Seule la famille proche devrait être autorisée à introduire un recours. Les défenseurs du projet de loi estiment également qu'il devrait être possible d'obtenir une interdiction de publier et qu'il ne devrait y avoir aucune prescription pour ce type de procédure<sup>39</sup>.

## **b) Pays de droit continental**

45. De nombreux pays de droit continental ont une conception tout autre et considèrent que la réputation des défunts doit être protégée. C'est le cas notamment de la France, de l'Allemagne, du Bélarus, de la Russie, de la Slovénie, de Malte et de l'Ukraine<sup>40</sup>, mais aussi de la Chine<sup>41</sup>.

46. L'article 240 du Code pénal islandais dispose qu'en cas de diffamation envers une personne décédée, l'auteur de la diffamation est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas un an. En vertu de cette disposition et de l'article 25 (3) du Code pénal, en cas d'acte répréhensible envers une personne décédée, son époux/se, ses parents, ses enfants, ses enfants adoptifs, ses petits-enfants et ses frères et sœurs ont le droit d'engager une procédure contentieuse ou de demander l'ouverture de poursuites pénales<sup>42</sup>. Dans une affaire d'insulte/de propos diffamatoires envers un ancien agent de la fonction

---

<sup>38</sup> <https://inform.wordpress.com/2013/04/24/reputation-and-baroness-thatcher-deceased-dominic-crossley-and-aimee-stevens/>

<sup>39</sup> Cela dit, le parlement a rejeté les amendements proposés et a ainsi confirmé la règle d'usage selon laquelle il ne peut y avoir de motif d'action en cas d'atteinte à la réputation d'un défunt. Pour approfondir la question, voir également Lisa Brown, *Dead but Not Forgotten: Proposals for Imposing Liability for Defamation of the Dead*, 67 TEX. L. REV. 1525 (1989).

<sup>40</sup> Voir ci-après les affaires examinées par la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>41</sup> Voir Bo Zhao, *Posthumous Reputation and Posthumous Privacy in China: The Dead, the Law, and the Social Transition*, 39 BROOKLYN J. INT'L L. 269 (2014).

<sup>42</sup> Avis du médiateur de l'Althing (parlement) n° 1359/1995.

publique décédé, la Cour suprême islandaise a confirmé que ses enfants pouvaient demander une mise en examen officielle, quand bien même le diffamé était décédé<sup>43</sup>.

47. La tradition constitutionnelle allemande illustre parfaitement cette approche de la protection de la réputation des défunts. En Allemagne, il est possible de défendre la réputation d'un parent décédé en invoquant le principe constitutionnel du respect de la dignité humaine. La Cour constitutionnelle fédérale a explicitement adopté cette position en l'affaire *Mephisto*, en 1971<sup>44</sup>. La requête portait sur une interdiction de parution d'un ouvrage contenant des propos diffamatoires envers une personne décédée prononcée par la justice en faveur du fils du défunt. La Cour a conclu que seule une personne vivante peut exercer le droit à la protection de la personnalité, que l'existence tout au moins d'un être potentiel ou en devenir est une condition préalable essentielle à ce droit fondamental, que le fait qu'une personne puisse souffrir de son vivant de la situation juridique qui prévaudra après sa mort n'est pas pertinent en l'espèce et que le fait d'affirmer que la protection de la personnalité expire à la mort ne viole pas le principe de la liberté d'action et d'autodétermination garanti par le droit fondamental à la protection de la personnalité. Cependant, la Cour a approuvé l'ordonnance du tribunal<sup>45</sup> au motif que le défunt jouit du droit à la dignité humaine. Selon elle, il serait contraire au principe constitutionnel de l'inviolabilité de la dignité humaine, qui sous-tend tous les droits fondamentaux, de rabaisser ou de dénigrer une personne après sa mort. Partant, la mort d'une personne ne met pas fin à l'obligation de l'Etat de la protéger contre toute atteinte à sa dignité humaine<sup>46</sup>.

48. D'autres pays de droit continental reconnaissent dans le droit ou par voie de jurisprudence un « intérêt lié à la réputation » des défunts et/ou de leur famille. Ainsi, l'honneur et la dignité des défunts sont expressément protégés par les Codes civils de la République tchèque et de la Slovaquie. En 2011, dans une affaire introduite par les filles d'une personne décédée qui avait été indûment accusée de collaboration avec les occupants nazis durant la seconde guerre mondiale, la Cour suprême de la République tchèque a confirmé la violation du droit au respect de l'honneur et de la dignité du défunt<sup>47</sup>.

49. L'approche allemande peut s'expliquer par le fait que l'interdiction de diffamation envers un défunt vise principalement à empêcher les perceptions erronées de l'opinion publique à l'égard de cette personne (voir deuxième thèse ci-dessus), plutôt qu'à protéger des intérêts privés. Si la législation allemande autorise le droit de poursuivre les auteurs de diffamation devant les juridictions civiles pour défendre la réputation d'un défunt, elle ne prévoit aucun dommage-intérêt en faveur des héritiers pour les préjudices immatériels à la réputation du défunt<sup>48</sup>. Les seules voies de recours possibles en la matière sont les suivantes : une ordonnance de non-publication, l'obligation de publier le droit de réponse de la famille du défunt et un jugement déclaratoire rectifiant les registres publics.

50. Loin de vouloir trancher sur la question de savoir si la reconnaissance d'un droit d'agir en justice pour protéger la réputation des défunts est une bonne approche ou non, notre propos consiste principalement à démontrer que cette question suscite un désaccord raisonnable. En

---

<sup>43</sup> H 637/2006 ; en vertu des articles 242 (2) b. et 25 (3) du Code pénal.

<sup>44</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 30, 173. Pour une traduction en anglais, voir Basil S. Markesinis et Hannes Unberath, *The German Law of Torts – A Comparative Treatise*, 397-402 (4<sup>e</sup> édition, 2002).

<sup>45</sup> Il convient de souligner que, dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale allemande (CCFA) a confirmé l'ordonnance prononcée à l'encontre de l'éditeur de l'ouvrage (interdisant la publication d'une opinion diffamatoire ; ce type d'ordonnance peut nécessiter la rétractation des allégations fallacieuses), mais cette décision n'a pas fait valoir de droit à dommages-intérêts pour la famille.

<sup>46</sup> La CCFA a été critiquée pour n'avoir pas suffisamment tenu compte de la liberté artistique dans une décision ultérieure. Dans l'affaire *Esra*, en 2007, la CCFA a, pour la deuxième fois dans son histoire, effectivement confirmé une décision judiciaire interdisant la publication d'un roman d'autofiction intitulé *Esra*. Ce roman décrivait une relation fictive entre l'auteur et une actrice et sa mère (toutes deux en vie). Cette décision a suscité la controverse. Dans son opinion dissidente, le juge Wolfgang Hoffman-Riem citait l'affaire *Mephisto* et critiquait la CCFA pour n'avoir pas suffisamment tenu compte de la liberté artistique.

<sup>47</sup> Cour suprême, affaire 30 Cdo 3176/2009, 31 août 2011.

<sup>48</sup> Pour une analyse de la jurisprudence allemande en la matière, voir Rosler, supra note 27, 161.

fait, ce n'est pas un hasard si aucun consensus universel n'a pu être dégagé, de sorte que les Etats jouissent d'une plus grande marge d'appréciation pour réglementer ce domaine<sup>49</sup>.

## 5. La Cour européenne des droits de l'homme exige-t-elle une protection juridique de la réputation du défunt ?

51. La Cour ne reconnaît pas expressément un droit indépendant et direct du défunt à la protection de sa réputation. Toutefois, comme l'indique sa jurisprudence, les Etats membres sont **autorisés** à protéger les droits posthumes de la personnalité, soit en invoquant le droit à la dignité humaine et l'honneur, soit de manière indépendante. Ils *peuvent* incriminer les propos qui rabaissent et dénigrent indûment et délibérément la réputation du défunt, et ils peuvent aussi conférer un droit d'agir en justice aux membres de la famille ayant souffert des publications diffamatoires envers le défunt.

52. Une autre question à résoudre concerne le fait de savoir si les Etats sont **tenus** de défendre la réputation du défunt, c'est-à-dire s'il existe une *obligation positive* de créer des voies de recours juridiques pour protéger la réputation du défunt contre les propos diffamatoires, et quelle est l'étendue de la portée de cette obligation.

53. La notion d'obligation positive en ce qui concerne la protection d'un droit individuel contre toute ingérence par des acteurs privés n'est pas universellement reconnue mais est un principe établi, du moins dans la jurisprudence de la Cour et dans de nombreuses Constitutions nationales. Conformément à cette approche, les Etats sont tenus non seulement de respecter les droits fondamentaux mais aussi de les protéger et de les promouvoir. Priver une personne d'un droit de recours effectif lui permettant de faire valoir ses droits est considéré comme une restriction de ces droits et nécessite alors une justification. La non-conformité à une obligation positive peut prendre la forme d'un déni, ou d'une restriction, du droit d'agir en justice en cas de propos diffamatoires envers le défunt, ou d'un refus de recours dans une affaire donnée.

54. Bien que, d'après la Cour, un Etat peut reconnaître un motif d'action en diffamation lorsqu'une publication a porté atteinte à la réputation d'un défunt, elle confère à cet intérêt une **portée très limitée**. Ainsi, dans l'affaire *Putistin c. Ukraine*<sup>50</sup>, le requérant invoquait une violation du droit à la protection de la réputation à la suite du refus, par la justice nationale, de rectifier des informations diffamatoires sur son défunt père. Le droit interne reconnaissait la cause d'action du requérant et la Cour s'est donc concentrée sur la seule évaluation de la justification ou non de la décision contestée, qui avait privilégié la liberté d'expression de l'éditeur. Elle s'est intéressée en priorité aux droits des membres de la famille du défunt plutôt qu'à ceux du défunt lui-même, et leur a attribué un poids mineur. Admettant que la réputation d'un membre décédé de la famille d'un individu peut, dans certaines circonstances, relever de la vie privée et de l'identité de celui-ci, et donc du champ d'application de l'article 8, la Cour a néanmoins estimé que, lorsque l'effet de la publication sur le requérant est indirect et lointain, comme c'est le cas généralement, la liberté d'expression devrait être privilégiée.

55. D'autres exemples montrent que les « intérêts pour la réputation » de personnalités publiques défunt, telles que des responsables politiques, pèsent peu aux yeux de la Cour. Dans l'affaire *John Anthony Mizzi c. Malte*<sup>51</sup>, le fils et héritier de feu le Premier ministre de Malte avait intenté une action au civil contre le requérant au sujet d'une publication prétendument diffamatoire envers le défunt et avait gagné son procès. Le requérant invoquait le fait que cette action aurait dû être déboutée au motif qu'une personne décédée ne peut pas intenter une action en diffamation. Les tribunaux internes avaient rejeté cet argument, car la législation nationale autorise expressément ce type de procédure. La Cour n'a pas explicitement abordé la question de la validité de cette disposition. Elle a toutefois statué que la liberté d'expression

<sup>49</sup> « [...] la marge d'appréciation est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates », *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, § 67, 16 juillet 2014.

<sup>50</sup> *Putistin c. Ukraine*, n° 11982/02, § 33, 21 novembre 2013.

<sup>51</sup> *John Anthony Mizzi c. Malte*, n° 17320/10, 22 novembre 2011.

devrait normalement prévaloir en l'espèce, soulignant que la personne diffamée était décédée plus de trente ans avant la publication des propos prétendument diffamatoires et que l'atteinte qui aurait pu être causée à sa réputation n'était donc pas sérieuse. D'après l'opinion concordante du juge Bratza, même si une action visant à défendre la réputation d'une personne décédée est en principe compatible avec les exigences de l'article 10, lorsqu'il s'agit de ménager le juste équilibre entre les intérêts concurrents, l'importance accordée à la réputation du défunt doit diminuer avec les années, à mesure qu'augmente celle accordée à la liberté d'expression.

56. Par conséquent, « l'intérêt lié à la réputation » des personnalités publiques, qui peuvent tolérer un degré plus élevé de critique acceptable, est considéré comme très faible par la Cour et presque toujours inférieur à celui de la liberté d'expression journalistique ou artistique. Cela étant, le fait même que la Cour reconnaisse l'existence d'un « intérêt lié à la réputation » mérite d'être souligné. L'arrêt de la Cour en l'affaire *Putistin* précitée suggère qu'une imputation diffamatoire grave envers une personne *décédée récemment* peut constituer une violation des droits familiaux visés à l'article 8. Ce serait là une évolution radicale qui aurait fort probablement des répercussions dans les pays n'autorisant pas les actions en diffamation.

57. Cette lecture de l'affaire *Putistin* est d'une certaine manière aussi étayée par la décision de la Cour en l'affaire *Jelševar et autres c. Slovénie*<sup>52</sup>, dans laquelle les requérantes estimaient que la publication d'un livre décrivant la vie d'un personnage de fiction, dont l'histoire était inspirée de celle de leur défunte mère, avait terni leur réputation. La Cour a considéré que la méthode suivie par les tribunaux slovènes – lesquels avaient recherché si l'histoire pouvait être perçue comme réelle ou offensante par un lecteur moyen – était raisonnable et compatible avec sa propre jurisprudence. Elle a donc déclaré la requête irrecevable. Elle a conclu qu'un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu, à savoir le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale et le droit de l'auteur à la liberté d'expression. Toutefois, la Cour a accepté le postulat de départ de la Cour constitutionnelle slovène selon lequel une atteinte à la réputation de la défunte mère des requérantes pouvait aussi violer les droits de la personnalité des requérantes. En d'autres termes, la Cour a admis qu'une publication diffamatoire peut causer des « dommages secondaires » aux membres de la famille du défunt, dont les intérêts peuvent être protégés au titre de l'article 8 de la Convention. Dans ce cas particulier cependant, les « dommages secondaires » n'étaient pas suffisamment importants pour l'emporter sur la liberté artistique des auteurs de l'ouvrage.

58. Cet élément (les « dommages secondaires ») pourrait devenir essentiel dans les affaires d'atteinte à la « dignité » (et non à la bonne renommée) d'une personne récemment décédée. L'affaire *Hachette Filipacchi Associés c. France*<sup>53</sup> illustre bien. La Cour a eu à examiner une violation d'une loi française interdisant la publication, entre autres choses, de l'image du corps d'une personne assassinée. Elle a statué que l'ingérence dans la liberté d'expression de la société d'édition (la requérante) était justifiée puisque « cette publication, dans un magazine de très large diffusion, a eu pour conséquence d'aviver le traumatisme subi par les proches de la victime à la suite de l'assassinat. Ceux-ci ont donc pu légitimement estimer qu'il avait été porté atteinte à leur droit au respect de la vie privée. » Il convient toutefois de noter que cette décision de privilégier les intérêts privés de la famille (ou du défunt) par rapport à la liberté d'expression est exceptionnelle. Elle est principalement fondée sur la date de parution de la publication, c'est-à-dire immédiatement après la mort de la personne, et sur la nature de la publication, soit une représentation irrespectueuse du corps (aspect relatif à la « dignité » ou à la « vie privée ») et non pas une critique des activités ou opinions du défunt ou une révélation d'ordre privé (aspect relatif à la « réputation »). En l'absence de ces éléments, la liberté de l'éditeur devrait normalement l'emporter.

59. Le droit au respect de la vie privée des membres de la famille du défunt bénéficie normalement d'un niveau inférieur de protection – ou peut justifier uniquement des restrictions mineures aux droits d'autrui – par rapport au droit au respect de la vie privée d'une personne

<sup>52</sup> *Jelševar et autres c. Slovénie* (déc.), n° 47318/07, 11 mars 2014.

<sup>53</sup> *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) c. France*, n° 12268/03, 23 juillet 2009.

vivante. Ainsi, dans l'affaire *Editions Plon c. France*<sup>54</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il n'était pas permis d'empêcher la diffusion d'un ouvrage sur feu le Président Mitterrand, quand bien même cette diffusion violait le secret médical : « la diffusion de l'ouvrage à une date si proche [du] décès [du défunt] ne pouvait qu'aviver la légitime émotion des proches du défunt, héritiers de ses droits [...]. [Toutefois, selon] la Cour, plus la date du décès s'éloignait, plus cet élément perdait de son poids. Parallèlement, plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le Président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical ». La Cour a souligné que « la publication de cet ouvrage s'inscrivait dans un débat d'intérêt général alors largement ouvert en France et portant en particulier sur le droit des citoyens d'être, le cas échéant, informés des affections graves dont souffre le chef de l'Etat, et sur l'aptitude à la candidature à la magistrature suprême d'une personne qui se sait gravement malade. »

60. Pour résumer, il semble que, dernièrement, la Cour ait ouvert une brèche permettant à des proches d'une personne décédée de contester une publication diffamatoire envers le défunt en invoquant une violation de leurs droits. Cette brèche pourrait créer une obligation positive au titre de l'article 8 de la Convention, en vertu de laquelle l'Etat serait tenu de protéger les familles des défunts de tout « dommage secondaire » causé par des propos diffamatoires. Cela dit,

- il s'agit d'une *tendance* qui ne peut pas encore être considérée comme une « jurisprudence constante » ; il faudra davantage de décisions explicites et positives de la part de la Cour pour conclure que l'article 8 de la Convention exige de l'Etat qu'il protège dans le droit la réputation des défunts ;
- puisqu'il n'existe aucun consensus international en la matière, les Etats jouissent d'une grande marge d'appréciation pour décider de la manière dont ils doivent protéger la réputation des défunts, le cas échéant ;
- le plus souvent, « l'intérêt lié à la réputation » des membres de la famille est très faible et la liberté d'expression l'emporte, en particulier quand plusieurs années ont passé depuis le décès de la personne<sup>55</sup> et que le défunt dont la réputation a été entachée était une personnalité publique<sup>56</sup> ou/et que l'affaire en question relève de l'intérêt général ;
- la seule exception concerne sans doute les publications aux lendemains du décès d'une personne qui ne respecteraient pas la dignité du défunt et blesseraient profondément la famille en deuil (l'exception des « funérailles »). Avec le temps cependant, ces considérations perdent elles aussi de leur pertinence<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> *Editions Plon c. France*, n° 58148/00, § 42, CEDH 2004-IV.

<sup>55</sup> Dans les pays de « common law », cela signifie que, dans la grande majorité des cas, l'impossibilité, pour la famille du défunt, de protéger la réputation de celui-ci ne tomberait pas sous le coup des dispositions de la Convention.

<sup>56</sup> Dans de rares cas, il peut n'y avoir aucune distinction entre l'intérêt pour la réputation d'une personnalité publique et l'intérêt pour la réputation d'un particulier, ce dernier devant sans doute être davantage protégé. L'affaire *Hustler Magazine c. Falwell* (485 U.S. 46 (1988)), portée devant la Cour suprême des Etats-Unis, l'illustre bien. L'article incriminé en l'espèce avait paru dans le magazine *Hustler*, publié par Larry Flynt. Il concernait Jerry Falwell, célèbre pasteur baptiste, et prétendait être une « interview » sur sa première expérience sexuelle. D'après cette « interview », le premier partenaire sexuel de Falwell aurait été sa mère, décrite comme particulièrement ivre, sexuellement violente et extrêmement repoussante. Il s'agissait d'un faux entretien et d'une parodie. Falwell a gagné son procès en première instance mais la Cour suprême a annulé cette décision au motif que Falwell, en tant qu'homme public, devait s'attendre à être au cœur d'un débat public dynamique essentiel à la santé de la démocratie. Toutefois, comme l'ont souligné plusieurs observateurs, la Cour suprême a négligé un autre aspect de cette affaire, à savoir la réputation d'Helen Falwell, la défunte mère du pasteur (1895-1977), représentée dans une scène vulgaire imaginaire dans laquelle elle était ivre et repoussante et se rendait coupable d'inceste. Or, Mme Falwell n'était pas une personnalité publique. Cet arrêt a été critiqué d'un point de vue féministe (voir Diana L. Borden, *Invisible Plaintiffs: A Feminist Critic on the Rights of Private Individuals in the Wake of Hustler Magazine v. Falwell*, 35 *Gonz. L.Review*, 2000). Quoi qu'il en soit, comme indiqué ci-dessus (§§ 38-39), les juridictions de « common law » américaines ne reconnaissent pas l'existence d'un intérêt lié à la réputation des défunts.

<sup>57</sup> Le cas très particulier d'une atteinte à la réputation d'un défunt tombant sous le coup de l'article 6 § 2 de la CEDH, qui garantit la présomption d'innocence, peut constituer une autre exception. Ainsi, dans l'affaire *Vulakh et autres c.*

## 6. Quelles voies de recours juridiques devraient être mises en place pour protéger la réputation du défunt ?

61. La question de savoir si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme crée ou non une obligation positive, pour l'Etat, de protéger la réputation des défunts reste à déterminer. Quoiqu'il en soit, la même obligation positive pourrait découler des dispositions de la Constitution géorgienne, laquelle élève les droits au respect de la « dignité » et de « l'honneur » au rang de valeurs constitutionnelles.

62. Ces droits sont déclarés inviolables par la Constitution géorgienne. Cela ne signifie pas qu'ils sont absolus. L'approche dominante veut que l'obligation positive de protéger les droits au respect de la dignité humaine et de l'honneur puisse être limitée, le cas échéant, pour protéger d'autres droits fondamentaux consacrés par la Constitution ou pour d'autres buts légitimes. La question qui se pose est de savoir quelles mesures l'Etat doit prendre pour se conformer à cette obligation positive de protection de la « dignité » et de « l'honneur » des défunts et quelles voies de recours juridiques seraient suffisantes pour protéger la réputation des défunts dans des circonstances données.

63. Pour répondre à cette question, il convient de rappeler que l'Etat jouit en principe d'une grande marge d'appréciation dès lors qu'une requête porte sur l'obligation positive visée à l'article 8. Par conséquent, même si l'effet horizontal (*Drittwirkung*) des dispositions constitutionnelles est reconnu au niveau interne en Géorgie, les autorités jouissent encore d'une liberté considérable pour choisir les instruments juridiques appropriés.

64. Par ailleurs, la question de la portée de cette obligation positive ne peut pas être tranchée *in abstracto* mais uniquement en relation avec les objectifs qu'une règle ou une politique donnée poursuit. Ainsi, si le déni, en intégralité ou en partie, d'un droit d'action visant à faire valoir les droits d'un défunt ou de sa famille a pour but de protéger la liberté d'expression, également consacrée par la Constitution, la décision du législateur de refuser un motif d'action aux proches peut sembler justifiée compte tenu des principes que la Cour européenne des droits de l'homme applique au titre de l'article 10 de la Convention (voir ci-dessus).

65. Il importe également de s'intéresser au contexte juridique général en Géorgie. Certes, l'article 6 de la loi sur la liberté d'expression n'autorise pas les particuliers à introduire un recours en diffamation au nom de leur parent décédé, mais l'absence de voie de recours de droit privé contre la diffamation des défunts ne signifie pas nécessairement que l'Etat a failli à son obligation de protection de la réputation des défunts. D'autres voies peuvent être suffisantes pour prévenir effectivement le dénigrement de personnes décédées. En l'espèce, on ne sait pas clairement si l'article 6 contesté exclut la possibilité d'imposer une *responsabilité pénale* pour empêcher les publications diffamatoires envers des défunts, dans la mesure où la diffamation constitue une infraction en Géorgie. Le but n'est pas de suggérer qu'il faut engager la responsabilité pénale en cas de diffamation ; au contraire, l'effet dissuasif d'une telle mesure est tel que c'est l'instrument juridique le moins approprié pour régler l'exercice de la liberté d'expression<sup>58</sup>. Cela dit, lorsque la responsabilité pénale est engagée, elle protège en effet suffisamment « l'intérêt lié à la réputation », même en l'absence d'autres voies de recours moins intrusives. Par conséquent, même en supposant que les défunts ou leur famille jouissent effectivement d'un droit à la protection de leur réputation, fondé sur les droits au respect de la

---

Russie (n° 33468/03, 10 janvier 2012), un suspect visé par une enquête pénale s'était suicidé pour éviter d'être appréhendé et les poursuites engagées à son encontre avaient été abandonnées. Néanmoins, ses complices avaient été jugés et les tribunaux russes avaient qualifié le suspect de chef de l'organisation criminelle et l'avait considéré coupable de graves infractions, tout du moins *de facto*. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'une telle déclaration violait la présomption d'innocence et a reconnu que les proches du défunt avaient un motif d'action devant la Cour de Strasbourg. Cela étant, tous les propos diffamatoires n'emportent pas violation de la présomption d'innocence. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour n'est pas complètement cohérente en la matière (voir, par exemple, *Maskhadova et autres c. Russie* (déc.), n° 18071/05, 8 juillet 2008). En tout état de cause, cette jurisprudence n'est pas directement pertinente en l'espèce.

<sup>58</sup> Voir *Cumpăna et Mazăre c. Roumanie* [GC], n° 33348/96, § 115, CEDH 2004-XI.



dignité humaine et de l'honneur, de la vie privée ou de la personnalité, on ne sait pas du tout si cette norme, prise isolément, devrait être considérée comme une violation de l'obligation positive de protéger ces droits. Tant que la loi prévoit des moyens raisonnablement efficaces de protection de la réputation des défunts, en se fondant par exemple sur leur effet dissuasif, il est fort possible que la simple négation du droit d'agir en justice pour faire valoir des droits non patrimoniaux ne suffise pas à constituer une violation de l'obligation positive de l'Etat.

66. Si un recours au civil est toutefois introduit, ses limites doivent être définies avec soin de sorte à ne pas empiéter sur la liberté d'expression. Un droit d'action au civil est inévitablement assorti de certaines restrictions, par exemple la nécessité d'assumer la charge de la preuve, les délais réglementaires pour engager une procédure, la reconnaissance du droit de défense de l'éditeur d'un propos diffamatoire, les restrictions des mécanismes de recours existants, etc. Certains éléments du cadre juridique régissant les actions privées peuvent être définis une fois pour toute par la législation, tandis que d'autres doivent être laissés à la discrétion du juge.

67. Les considérations précédentes peuvent se résumer comme suit : en principe, en vertu des dispositions constitutionnelles *internes*, il est possible d'exiger d'un Etat qu'il apporte une protection effective à la réputation des défunts. Toutefois, le respect de cette obligation n'impose pas nécessairement de mettre en place des voies de recours de droit privé pour contester des actes de diffamation envers des personnes décédées. En outre, il est permis de *refuser certains types de recours*, tant qu'une telle politique vise à éviter toute atteinte au droit à la liberté d'expression ou pour d'autres considérations tout aussi importantes. En l'espèce, l'article 6 de la loi sur la liberté d'expression peut être jugé incompatible seulement si la portée des affaires liées à un refus de recours effectif est large et peut s'appliquer aux cas de préjudice *particulièrement grave* pour la réputation du défunt. Les Etats jouissent d'une grande marge d'appréciation et il leur appartient de choisir les meilleurs moyens de protéger « l'honneur » et la « réputation », sans toutefois empiéter sur la liberté d'expression.

## **7. Qui doit bénéficier du droit d'engager une procédure judiciaire ?**

68. Si l'Etat décide de reconnaître un droit d'agir en justice pour défendre l'aspect non pécuniaire de la réputation des défunts, son approche de la question (voir les trois thèses ci-dessus) déterminera les groupes de personnes autorisés à le faire. S'il souscrit à la première thèse, il doit conférer ce droit d'action aux descendants ou héritiers du défunt. Dans le deuxième cas, il incombe à l'Etat d'engager la procédure. Dans le troisième cas, ce sont les parents au premier degré du défunt qui doivent agir.

69. Cette troisième approche mérite plus ample développement. En effet, la procédure n'est pas engagée au nom du défunt et n'est donc, en principe, pas limitée aux héritiers officiels du défunt ou aux autres personnes autorisées à représenter ses intérêts présumés. Le motif d'action est le préjudice direct causé au requérant par la publication diffamatoire, ce qui signifie qu'en principe, le droit d'action pourrait être conféré à n'importe qui. Cependant, l'importance de la liberté d'expression et la crainte d'un effet dissuasif imposent de restreindre ce droit d'action à ceux qui sont à même de prouver qu'ils ont subi un degré de préjudice moral suffisamment élevé en raison de la publication diffamatoire envers le défunt. Il est raisonnable de présumer qu'il s'agirait uniquement des parents au premier degré du défunt.

70. Cette conclusion n'en est pas moins problématique car, comme expliqué ci-dessus, la définition de critères formels, rigides, par exemple en conférant le droit de saisir la justice aux seuls parents au premier degré du défunt, peut avoir un caractère discriminatoire puisque d'autres personnes susceptibles de subir des « dommages secondaires » substantiels ne sont pas protégées. La décision devrait probablement se fonder sur une évaluation de « l'effet dissuasif » attendu si l'on appliquait une norme non assortie de restrictions plutôt qu'une règle stricte en la matière. La pratique en vigueur semble adopter l'approche plus stricte en reconnaissant un droit d'action à un ensemble de personnes limité et prédéterminé, c'est-à-dire les parents au premier degré du défunt. Cette solution peut aussi contribuer à fixer un délai pour introduire un recours après le décès de la personne concernée.

71. En résumé, la question de savoir qui devrait avoir le droit d'engager une procédure judiciaire devrait être laissée à la discrétion du pouvoir législatif, comme devraient l'être d'autres aspects liés à la détermination de ce droit.

72. Pour faire ce choix, il convient de tenir compte des conflits d'intérêts, en privilégiant le droit à la liberté d'expression. Par ailleurs, les tribunaux risquent d'être débordés s'ils doivent examiner chaque affaire sur le fond pour déterminer si le requérant a un intérêt à agir ou non. A cet égard, les dispositions internes accordant un intérêt à agir aux « parties intéressées » semblent problématiques car elles peuvent ouvrir la voie à des restrictions indues de la liberté d'expression (voir, par exemple, l'article 23.1 du Code civil de la République d'Azerbaïdjan<sup>59</sup> et l'article 152(1) § 2 du Code civil de la Fédération de Russie<sup>60</sup>). La crainte d'un effet dissuasif important découlant d'un droit d'action de très large portée (en termes de temps écoulé depuis le décès, de personnes physiques/morales autorisées à engager une procédure et de type de préjudice pouvant justifier une ingérence dans la liberté d'expression) devrait conduire à l'imposition d'une *règle rigide* et, partant, reconnaître un intérêt à agir uniquement aux héritiers du défunt ou à ses parents au premier degré.

#### IV. Conclusions

73. Pour la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour), la dignité humaine est un principe fondamental qui sous-tend tous les autres droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. En vertu de l'article 8 de cette Convention, tel qu'interprété par la Cour, il incombe aux Etats de mettre en place un cadre législatif approprié pour garantir une protection effective du droit à la protection de la réputation. Toutefois, l'essentiel de la jurisprudence de la Cour en la matière porte sur la réputation de personnes vivantes.

74. L'idée que la réputation d'une personne décédée doit aussi être protégée dans le droit n'est pas universelle. Si, en Europe continentale, il est possible de défendre en justice la réputation d'un défunt, la plupart des pays de « common law » appliquent la règle *actio personalis moritur cum persona*. D'un autre côté, si les proches ne peuvent pas contester des allégations graves ou des représentations préjudiciables du défunt, non seulement la dignité, la réputation ou la mémoire de celui-ci sont mises à mal, mais aussi la vérité. Il existe plusieurs thèses en faveur de la protection de la réputation d'un défunt dans le droit, qui convainquent de plus en plus de citoyens, même dans le monde anglo-saxon.

75. L'arrêt récent de la Cour dans l'affaire *Putistin* semble avoir marqué une étape vers la reconnaissance d'un droit d'action pour « diffamation posthume » – pour empêcher de salir la réputation ou la dignité des défunts. Toutefois, cette jurisprudence est relativement récente et représente une tendance plutôt qu'une position ferme. A l'inverse, la jurisprudence de la Cour sur la liberté d'expression est, elle, constante (voir paragraphe 23 ci-dessus). En effet, lorsqu'il s'agit de déterminer lequel est le plus important entre la réputation de personnalités publiques et la publication de contenus critiques sur des questions d'intérêt général, la Cour privilégie habituellement la liberté d'expression, a fortiori lorsqu'il lui est demandé d'évaluer « l'intérêt lié à la réputation » d'une personne décédée, auquel elle accorde un poids mineur.

76. Même en supposant que la Convention européenne et/ou la Constitution géorgienne exigent de donner à la famille du défunt un droit d'agir en justice pour défendre la réputation du défunt, la portée de l'obligation positive imposée à l'Etat dans ce domaine devrait être déterminée au regard des principes établis dans la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 10 de la Convention. Là encore, la liberté d'expression devrait l'emporter dans la majorité des cas.

---

<sup>59</sup> L'article 23.1 dispose que toute partie intéressée peut également avoir accès aux tribunaux pour protéger l'honneur et la dignité d'un défunt.

<sup>60</sup> En vertu de l'article 152, les parties intéressées peuvent défendre en justice l'honneur, la dignité et la réputation professionnelle d'un citoyen après sa mort.

77. Si la Cour constitutionnelle de Géorgie estime que la notion de « dignité » englobe l'aspect de la réputation et s'applique aussi aux personnes décédées, les critères établis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme doivent s'appliquer. Dès lors, il incombera à la Cour constitutionnelle de vérifier si le fils de M. V. était une « personnalité publique » ou, d'une manière ou d'une autre, « entré dans le domaine public », de déterminer s'il s'agit d'une « question d'intérêt général » et de définir l'incidence du propos prétendument diffamatoire compte tenu de sa forme et de son intensité, du moment où il a été proféré, du statut de la personne qui l'a proféré (le Président de la République) et d'autres facteurs pertinents. Si la Cour constitutionnelle estime que « l'intérêt lié à la réputation » l'emporte sur d'autres considérations légitimes, la législation devra probablement être modifiée et il appartiendra au parlement d'élaborer un nouveau cadre législatif qui tienne mieux compte des intérêts concurrents. Pour ce faire, les autorités géorgiennes devraient se conformer aux normes de la Convention européenne des droits de l'homme et veiller au respect de la liberté d'expression. Elles devront s'assurer que les lois relatives à la diffamation – tant dans leur conception que leur application – ne produisent pas un effet dissuasif qui favorise l'autocensure des médias ou du monde universitaire par peur des conséquences juridiques, et que les mesures les moins intrusives soient privilégiées pour protéger « l'intérêt lié à la réputation » des défunts et/ou de leur famille.