



**REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE**  
**SORBONNE LAW REVIEW**



*n° 8*  
*décembre 2023*

**DOSSIER 1 :**  
**LE DROIT EN SPECTACLE**

**DOSSIER 2 :**  
**LA LIBERTÉ D'EXPRESSION**  
**ET DE LA PRESSE**

# TABLE DES MATIÈRES

## DOSSIER :

### LE DROIT EN SPECTACLE \_\_\_\_\_ 9

#### PARTIE 1.

#### LE DROIT COMME OBJET DE SPECTACLE \_\_\_\_\_ 11

#### Avant-propos \_\_\_\_\_ 13

Julie DE GUILHEM, Tannaz GHOLIZADEH et Tatiana KOZLOVSKY

#### 1. Le Droit peut-il être un spectacle ? \_\_\_\_\_ 15

Valérie Laure BENABOU

#### 2. La justice en procès \_\_\_\_\_ 29

Maya ROS Y BLASCO

#### 3. Réalisme et vraisemblance du procès dans le théâtre du premier âge classique (1640-1670) \_\_\_\_\_ 53

Romain DUBOS

#### 4. Identification et mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir au sein de l'appareil réflexif juridique \_\_\_\_\_ 71

Abraham LE GUEN

#### 5. Droit et Théâtre : miroirs \_\_\_\_\_ 89

Sylvin BRANIER-RENAULT

#### 6. Les procès fictifs : usages artistiques et sociaux du procès dans la cité \_\_\_\_\_ 109

Nathalie GOEDERT

Ninon MAILLARD

#### 7. Le spectacle de la justice dans les séries judiciaires télévisées \_\_\_\_\_ 135

Barbara VILLEZ

#### PARTIE 2.

#### LE DROIT COMME SOURCE DE SPECTACLE \_\_\_\_\_ 149

#### 8. Le costume et le droit \_\_\_\_\_ 151

Julie MATTIUSSI

<b>9. Transparence de la justice et spectacle</b> _____	<b>163</b>
Emmanuel JEULAND et Kenneth KPONOU	
I.- L'absence des acteurs du procès civil_____	<b>167</b>
Kenneth KPONOU	
II.- La diffusion des audiences et la question du spectacle_____	<b>179</b>
Par Emmanuel JEULAND	
<b>10. Le Tribunal international Monsanto : une tribune à l'appel de l'évolution du droit</b> _____	<b>193</b>
Joris FONTAINE	
<b>11. Entre République et religion, une approche politique des cérémonies familiales</b> _____	<b>205</b>
Martin BAUX DUPUY	
Rébecca DEMOULE	
<b>12. JOP 2024 : ne pas gâcher la fête ?</b> _____	<b>217</b>
Florence BELLIVIER	
Antonin GUILLARD	
<b>13. La loi relative aux influenceurs : spectacle(s) et réseaux sociaux</b> _____	<b>233</b>
Tatiana KOZLOVSKY	
Robin PLIQUE	

## **DOSSIER :**

### **LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE LA PRESSE**\_\_\_\_\_**253**

<b>La liberté d'expression et de la presse</b> _____	<b>255</b>
Jonas KNETSCH	
<b>La liberté d'expression, un droit constitutionnel</b> _____	<b>257</b>
Khalil FENDRI	
<b>La liberté d'expression de l'universitaire</b> _____	<b>269</b>
Xavier DUPRÉ DE BOULOIS	
<b>Liberté d'expression et responsabilité civile</b> _____	<b>281</b>
Patrice JOURDAIN	
<b>Les abus de la liberté d'expression et la responsabilité civile</b> _____	<b>291</b>
Sami JERBI	

<b>Liberté d'expression et cessation de l'illicite</b> _____	<b>319</b>
Jonas KNETSCH	
<b>La protection de la liberté d'expression dans le domaine de l'art : l'exemple du <i>street art</i></b> _____	<b>331</b>
Marine RANOUIL	
<b>Réflexions sur la liberté d'expression à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne n° 6096 du 4 décembre 2014</b> _____	<b>339</b>
Salma ABID-MNIF	
<b>La liberté d'expression en droit international privé</b> _____	<b>357</b>
Salma TRIKI	

## Les abus de la liberté d'expression et la responsabilité civile

**Sami JERBI**

*Professeur émérite à la faculté de droit de Sfax Membre fondateur  
de l'UR Obligations et Arbitrage*

Albert Camus, écrivait dans « Hommage à un journaliste exilé » :

« La presse libre peut sans doute être bonne ou mauvaise, mais assurément, sans la liberté elle ne sera jamais autre chose que mauvaise [...]. Avec la liberté de la presse les peuples ne sont pas sûrs d'aller vers la justice et la paix. Mais sans elle, ils sont sûrs de ne pas y aller<sup>1</sup> ».

Attribut des sociétés libres, dont le régime politique s'apparente aux démocraties, la liberté d'expression est consacrée par des textes internationaux et universels. La Déclaration universelle des droits de l'Homme donne une protection dans son article 19 de la liberté d'opinion et d'expression. La même formulation est reprise par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de décembre 1966.

Les droits européens lui reconnaissent une grande importance. La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 dispose dans son article 10 énonce que « toute personne a droit à la liberté d'expression ». L'alinéa admet des exceptions qui limitent ce droit. La CEDH fait prévaloir le principe, sans rechercher l'équilibre entre les droits, en interprétant restrictivement l'exception<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A. CAMUS, « Hommage à un journaliste exilé », *Conférences et Discours, 1936-1958*, Gallimard.

<sup>2</sup> CEDH, 4 novembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni* ; 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*. La liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Telle que consacrée par l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante ». CEDH, 3 octobre 2000, *du Roy et Malaurie c. France*. E. DERIEUX, *Droit des médias. Droit français européen et international*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2018, p. 838. La Commission européenne des droits de l'Homme classe la liberté d'expression comme « une pierre angulaire des principes de la démocratie et des droits de l'Homme protégée par la Convention » dans son rapport du 30 nov. 1993 (aff. *Vogt c. Allemagne*).

Dans les droits nationaux, la fondamentalisation de ce droit s'est faite dans certains systèmes, par voie prétorienne. Le Tribunal fédéral suisse a reconnu que la liberté d'expression est un droit constitutionnel non écrit, grâce à une interprétation de l'article 55 de la Constitution de 1874, qui garantit la liberté de la presse. La Cour Suprême des États-Unis reconnaît dans son arrêt *Cohen c. California* que la liberté d'expression reconnue par le premier amendement de la Constitution américaine s'apparente avec « la conviction qu'aucune autre attitude ne serait cohérente avec le principe de la dignité et de la liberté de choix de chaque individu, sur lequel repose notre système politique<sup>3</sup> ». En droit français le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 confère à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une valeur constitutionnelle. Son article 11 garantit la liberté d'expression<sup>4</sup>. Le Conseil constitutionnel français étend la protection de l'accès après la communication par voie de presse et d'audiovisuel, aux services de l'internet<sup>5</sup>.

Ce tour d'horizon est voulu. Ces sources n'ont pas été sans influence sur le droit tunisien. La Constitution de 2014 est certes, une œuvre tunisienne, mais avec des plumes et des inspirations venues d'ailleurs, de systèmes étrangers aux traditions libérales. L'intention fut de mettre le texte d'une démocratie naissante aux diapacons des régimes respectueux des droits fondamentaux. Le tout dans un melting pot aux ingrédients de la culture arabo-musulmane. La systématisation se fait à l'échelle constitutionnelle pour la première fois. La Constitution tunisienne est de ce point de vue une icône dans son environnement culturel et civilisationnel<sup>6</sup>. La liberté d'expression et de la presse sont consacrées dans les articles 31 et 32. Mais le système tunisien n'a pas attendu la promulgation de la Constitution du 26 janvier 2014 pour procéder à la refonte du régime de la liberté de la presse. L'Instance de la protection de la Révolution, de la réalisation des objectifs de la Révolution a eu hâte d'abroger le code de la presse de 1975, caractéristique d'un régime oppressif, répressif, s'apparentant davantage à un Code pénal spécial appliqué à la liberté de pensée. Le décret-loi de 2011 emprunte l'essentiel de sa matière de la loi française du 29 juillet 1881. Il ne fut pas pionnier sur ce point. Le Code des obligations et des contrats a lui aussi puisé dans cette même ressource matérielle. Le projet Santillana se réfère quant au contenu de l'article 87<sup>7</sup>, siège de l'abus de la liberté d'expression

<sup>3</sup> R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 27<sup>e</sup> éd. 2021, n° 601.

<sup>4</sup> « La libre communication des pensées et des opinions est un droit les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

<sup>5</sup> Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

<sup>6</sup> R. BEN ACHOUR, « Heurs et malheurs de la Constitution tunisienne de 2014 », in *Mélanges en l'honneur d'André Roux*, Dalloz, 2022, p. 521. La Constitution tunisienne est « une anomalie dans un monde arabe où la démocratie et l'État de droit peine à éclore ».

<sup>7</sup> « Celui qui, contrairement à la vérité, affirme ou répand, par voie de presse ou autrement, des faits qui sont de nature à nuire au crédit, à la considération ou aux intérêts de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est tenu envers la partie lésée des dommages résultants de son fait, lorsqu'il savait ou devait savoir la fausseté des faits imputés, le tout sans préjudice des peines édictées par la loi. Cette règle s'applique à celui qui, par des paroles, des écrits ou des actes, commet le délit d'injure au sens de la loi pénale et de la loi sur la presse. La même responsabilité

à la loi du 29 juillet 1881. Cet arsenal peut être complété par d'autres textes relatifs à la presse électronique.

La liberté d'expression est une liberté de penser. La communication de la pensée est la voie d'extériorisation des idées. Le processus est complexe. Pour situer l'abus de pensée, il faudrait certainement commencer par la phase de l'émission, et aussi de la réception. Émetteur et destinataire sont en relation bijective d'interaction. Se trouvent impliquées dans ce processus discursif les nouvelles techniques de communication, donnant une diffusion formidable aux opinions et aux publications.

Sacralisée dans son principe, la liberté d'expression est au carrefour des cultures juridiques libérales occidentales. La conception américaine y voit un droit absolu, sur le fondement de l'amendement de la Constitution de 1787 « et manifeste par là sa confiance dans l'individu, dans sa faculté critique née de son libre arbitre et dans les vertus de la pédagogie ». Elle s'oppose à la française qui au contraire consacre une « vision jacobine et autoritaire qui privilégie la censure à l'éducation et constitue, de ce fait, une forme de régression dans le projet d'édification, issu des lumières, d'un individu éclairé, libre et responsable<sup>8</sup> ». La culture juridique arabo musulmane est adepte d'une approche équilibrée dans l'exercice des droits, où l'abus des droits est hissé au statut de principe général de droit<sup>9</sup>.

Par abus de liberté d'expression, Il faudrait entendre l'hypothèse où « la présentation des thèses soutenues manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave un mépris flagrant pour la recherche de la vérité<sup>10</sup> ». Avec « la sanctuarisation<sup>11</sup> » du droit à l'image, et à la vie privée, la responsabilité civile a pris quelques distances sur la responsabilité pénale<sup>12</sup>. L'art. 10 de la CEDH va acheminer la jurisprudence française vers une restriction du domaine de la responsabilité civile en la matière. « La liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi<sup>13</sup> ».

---

s'applique à celui qui aura imprimé un écrit calomnieux, diffamatoire ou injurieux, solidairement avec l'auteur... ».

<sup>8</sup> R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., n° 70.

<sup>9</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit*, th. Paris 2, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 32. L'article 103 COC énonce « Il n'y a pas lieu à responsabilité civile lorsqu'une personne, sans intention de nuire, a fait ce qu'elle avait le droit de faire. Cependant lorsque l'exercice de ce droit est de nature à causer un dommage notable à autrui et ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour l'ayant droit, il y a lieu à responsabilité civile si on n'a pas fait ce qu'il fallait pour le prévenir ou pour le faire cesser. ». Sur cet article, v. N. BEN AMMOU, *Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du COC*, mém. Tunis, 1984.

<sup>10</sup> Civ. 1, 15 juin 1994, *Bull. civ. 1*, n° 218.

<sup>11</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, LexisNexis, 2018, n° 93. Sur la primauté de la loi du 29 juillet 1881, v. L. COSTES, « Liberté de la presse : la loi du 29 juillet 1881 à 140 ans », *RLDI* 2022, n° 195, p. 3.

<sup>12</sup> Article 9 du Code civil français. La loi tunisienne du 27 juillet 2004, texte spécial, est le siège de la protection des données à caractère personnel.

<sup>13</sup> Civ. 1, 11 mars 2014, *D.* 2015, p. 342.

La présentation du système positif tunisien se limite à la Constitution de 2014, et aux textes de valeur législative portant organisation de la liberté d'expression et de la presse<sup>14</sup>. Les soubresauts qui ont suivi la vie politique tunisienne, ont relégué le droit tunisien en un système pauvre de droit négatif. La soi-disant constitution du 25 juillet 2022 ressemble plus à un portrait-robot constitutionnel. L'article 37 y garantit la liberté d'expression et la liberté de presse<sup>15</sup>, et l'article 55 en pose les limites<sup>16</sup>. Rapprochée de son contexte, et pour ne pas appeler un chat un rongeur, ou un raton laveur, elle scelle l'avènement d'un coup d'État<sup>17</sup>, et marque la déconstitutionnalisation annoncée<sup>18</sup> de l'État. En témoigne le décret-loi n° 2022-54 du 13 septembre 2022, portant création d'une muselière pour toute liberté d'expression. Le principe de sécurité juridique y est méconnu, et ce décret-loi ne peut faire l'objet d'un recours pour inconstitutionnalité. Le schéma plonge le système tunisien dans un brouillard cognitif aussi épais que médiocre.

La question que le droit tunisien soulève est de savoir si ce décret-loi de 2011 est un système clos, mettant la responsabilité civile sur « les chemins de l'éviction ». La raison avancée s'appuie sur « l'égalité des armes », les garanties consenties par la loi de 1881 dans le procès pénal en faveur des journalistes ne doivent pas être réduites ni éludées lorsque le procès est porté devant le juge civil. En aucun cas la responsabilité civile ne pourra devenir « plus répressive que réparatrice ». Sa soumission aux règles procédurales pénales signifie « en bref... qu'il faut en toute hypothèse l'accès au juge, civil comme pénal, soit restreint<sup>19</sup> ». Ce régime pêche par

<sup>14</sup> V. le code des télécommunications, le décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011. Ce décret-loi est relatif à la liberté de la presse, l'imprimerie et l'édition, du décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011. Ce décret-loi est relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute autorité indépendante de la communication audiovisuelle.

<sup>15</sup> Cet article dispose que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés ».

<sup>16</sup> Cet article dispose qu'« aucune restriction ne peut être apportée aux droits et libertés garantis par la présente Constitution qu'en vertu d'une loi et pour répondre aux exigences d'un régime démocratique et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou pour répondre aux impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale ou de la santé publique. Ces restrictions ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits et libertés garantis par la présente Constitution, et elles doivent être justifiées par leurs objectifs et proportionnelles à leurs justifications. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière des droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ».

<sup>17</sup> Qui correspond aux préceptes de légitimation des coups d'État, avancés par certains anciens auteurs. G. NAUDÉ, *Considérations politiques sur les coups d'etat*, 1639, analysé par M. DEGUERGUE, « Les considérations politiques sur les coups d'État », in *Révolution, constitution, décentralisation : Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 39, spéc. p. 42 (« Le prince bien sage et avisé doit non seulement commander les lois, mais encore aux lois même, si la nécessité le requiert. » Gabriel NAUDÉ « réussit le coup de maître de de faire rentrer dans le giron du droit des coups d'État, qui sont pourtant des actions secrètes hors la loi. Dès lors toutes les exactions peuvent être légitimes, du moment qu'elles sont légitimées par la recherche du bien public. Il ne s'agit pas du bien commun, car notre auteur ne s'adresse qu'aux souverains, sans aucune considération de leur sujet »).

<sup>18</sup> R. BEN ACHOUR, « Heurs et malheurs de la Constitution tunisienne de 2014 », art. préc., p. 522.

<sup>19</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2016.

incohérence, lorsque la responsabilité civile fonctionne comme un fonds servant, d'un autre dominant, celui de la responsabilité pénale (I). Conçue dans un contexte historique précis, la modernisation des instruments de la protection de la liberté d'expression et de la sanction de ses abus, incite à affranchir la responsabilité civile, et restaurer de nouveaux mécanismes (II).

## **I.- La responsabilité civile : le fonds servant de la responsabilité pénale<sup>20</sup>**

La responsabilité civile garde une fonction complétive, les intérêts qu'elle protège sont privés, alors que la responsabilité pénale est protectrice d'intérêts publics. Mais cette distinction prend une autre dimension dans la liberté de la presse et de l'expression. Les limites imposées à la responsabilité civile s'expliquent par le dessein de réduire les poursuites contre les journalistes à une dimension congrue. Une société démocratique et libre est moins litigante en cas d'abus de liberté de la presse et de l'expression. La dépendance risque de laisser la responsabilité civile à la traîne. Repenser ce système, pour desserrer l'étau autour de la faute civile, tombée dans l'enclos de la responsabilité pénale (A), est une voie pour la définir, et envisager un autre régime indemnitaire en cas d'abus de liberté d'expression et de presse. Le fait générateur moins dépendant du pénal, gagnera en autonomie (B).

### *A.- La responsabilité civile : l'enclos de la responsabilité pénale<sup>21</sup>*

La similitude entre le système tunisien et le système français, l'entraîne-t-elle dans la même construction jurisprudentielle ? La réponse à la question suppose au préalable décrite l'évolution du droit français, source matérielle de son homologue tunisien.

La loi de juillet 1881 ciblait de « toute évidence, la volonté de favoriser la liberté de la presse et de réduire les entraves susceptibles de lui être apportées...<sup>22</sup> ». Qualifiée de microcosme, et de système clos<sup>23</sup>, le dessein législatif français de limiter

<sup>20</sup> « La responsabilité pénale triomphante », selon l'expression de Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, th. Paris 2, LGDJ, n° 612.

<sup>21</sup> Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 614 (« la responsabilité civile terrassée »).

<sup>22</sup> G. VINEY, Introduction à la responsabilité, n° 144. Les travaux préparatoires voulaient éviter d'emprunter la théorie générale du droit pénal, et de rejeter son droit commun. L'intention fut de sauvegarder la liberté de la presse. Quant au droit civil, il était considéré comme insuffisant, le débiteur de la répression serait insolvable, pour assumer l'indemnisation. La faute, et son assiette l'article 1382, protège les intérêts privés, sans pouvoir défendre l'intérêt général et sanctionner sa violation. Ces raisons justifiaient l'adoption d'une législation spéciale. Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 453.

<sup>23</sup> J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chr. p. 119 (« Un système se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils

l'accès à la justice, et d'entraver les actions en responsabilité contre les journalistes lorsque la victime opte pour le civil, a fait que le recours à la faute civile (anc. art. 1382 et art. 1240 C. civ.) est exclu lorsque, « les fautes ne sont pas matériellement distinctes<sup>24</sup> ». La responsabilité civile se trouve ensuite « évincée » suite à l'arrêt du 27 décembre 2005.

« Les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>25</sup> ».

Les normes tunisiennes ont-elles connu le même acheminement ? La coexistence de la loi française de 1881 et d'une disposition spéciale démontre que l'exclusivisme de la clause spéciale du droit français n'a pas été envisagé. Le Code tunisien ne s'est pas limité à poser une norme générale identique à la formule de l'article 1382-1240. Son homologue, l'article 82 est l'un des articles qui ont présenté une théorie exhaustive de la faute. Dans ses applications, l'abus de la liberté d'expression en est une illustration spéciale. La réparation du dommage moral est admise. La formule claire des articles 82 et 83 tranche avec la réserve d'autres systèmes, dont le droit français, qui ont mis du retard pour réparer ce préjudice. La coexistence du texte spécial et du droit commun de la responsabilité augure d'un rejet de l'exclusivisme de la loi de 1881. Dans le Code de 1975, la responsabilité pénale éclipse, et absorbe le recours à la responsabilité civile<sup>26</sup>. Avec le décret-loi de 2011, la volonté de dépenaliser la liberté d'expression a dominé les travaux préparatoires du texte. Le conflit entre les deux ordres de responsabilité, et l'émergence d'un système clos ne furent pas évoqués. Si bien que le recours à la faute civile, dans l'hypothèse d'un abus de la liberté d'expression, n'est pas envisagé avec le prisme procédural de la loi de 1881. En l'absence d'applications jurisprudentielles l'exégèse du texte s'apprête à une pareille interprétation.

La jurisprudence tunisienne n'a pas eu à se prononcer sur la responsabilité civile pour abus de liberté d'expression suite à des poursuites pénales. Aux termes de l'article 63 al. 2 « la victime de la diffamation qui n'est pas partie au procès pénal peut dans tous les cas intenter l'action civile ». La formulation sera vidée de sa substance par l'article 68, réduisant les attributions de l'article 63 à des portions congrues<sup>27</sup>. Sans prédire prospectivement ses positions, le texte conforte l'autorité du pénal sur

---

et enlevant du même coup, à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse [...] Si la liberté de la presse doit être garantie, ne faut-il pas qu'elle le soit au regard des actions en dommages-intérêts autant que de la répression pénale ? »).

<sup>24</sup> P. JOURDAIN, obs. sous Ass. plén., 12 juillet 2000, *RTD Civ.* 2000, p. 842.

<sup>25</sup> Civ. 1, 27 septembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 348 ; 10 avril 2013, n° 12-10.177 (cassation au visa de l'art. 10 CEDH) ; 22 janvier 2014, n° 12-35.264. V. également E. DREYER, *Responsabilité civile et pénale et médias*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd. 2012, p. 50 ; *Droit de la communication*, op. cit., n°s 2013 et s.

<sup>26</sup> D. JAZI, *Les rapports entre l'État et le citoyen dans la Tunisie indépendante*, th. Paris 2, 1982, p. 232 et s.

<sup>27</sup> L'article 68 du décret-loi de 2011 pose comme principe l'interdiction d'engager l'action civile séparée de l'action publique. Sont exceptées les hypothèses du décès de l'auteur du délit, de son amnistie, ou « de l'existence d'un empêchement aux poursuites pénales ».

le civil<sup>28</sup> et une identité des fautes civile et pénale<sup>29</sup>. Si bien que le schéma français risque, par d'autres détours, d'être cloné en droit tunisien.

L'examen de la jurisprudence tunisienne suite au décret-loi de 2011 marque une évolution protectrice des libertés d'expression, symptomatique d'un passage vers une perception démocratique des droits fondamentaux.

Il y est question de la nullité de la procédure des poursuites lorsque l'action publique est enclenchée sur convocation de la victime d'une diffamation, sans que le ministère public traduise le prévenu devant la juridiction pénale. L'article 1<sup>er</sup> du CPP énonce que :

« L'action publique [...] est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Elle peut également être mise en mouvement par la partie lésée dans les conditions déterminées par le présent code<sup>30</sup> ».

La procédure est-elle si contraignante ? Le juge « doit » rendre sa décision, conformément à l'article 75 du décret-loi dans un court délai d'un mois. On comprend facilement que passé ce délai obligatoire et de rigueur, la procédure du jugement sera selon la lettre du texte, entachée de nullité. La Cour de cassation sollicitée pour le prononcer de la sanction, y voit un simple délai « incitatif », dont le dépassement reste sans effet sur la validité de la procédure<sup>31</sup>.

On se félicite de cette évolution dans son principe. La technique juridique a diversement convaincu<sup>32</sup>. Au fond, la Cour de cassation pose ouvertement la question de l'abrogation tacite<sup>33</sup> des articles du Code pénal, assiettes des infractions

<sup>28</sup> Affirmée solennellement par Ch. réunies, 16 mars 1995, Rec. p. 8 ; *Revue tunisienne de droit* 1996, p. 27, obs. M. ZINE et note N. BEN AMMOU.

<sup>29</sup> Position réitérée encore par Ch. réunies, 1<sup>er</sup> décembre 2022, n° 43314, inédit.

<sup>30</sup> CA Tunis, 23 novembre 2012, n° 2002, inédit : La question de l'enclenchement de l'action publique a été révisée par le décret-loi 115/115 du 2 novembre 2011. En cas de diffamation ou d'insultes, la victime reste, selon l'article 69, exclusivement habilitée à convoquer les prévenus et le Ministère Public, pour comparaître devant le juge pénal. L'article apporte une exception facultative, dans l'hypothèse où le Ministère public « peut » engager des poursuites contre des discours négationnistes, ou incitatifs à la haine.

<sup>31</sup> Cass., ch. pénale, 4 juillet 2017, n° 41726, inédit.

<sup>32</sup> Cass., 4 avril 2017, n°s 41731 et 41744, inédits. La nullité de la procédure est fondée, selon les moyens, sur l'erreur portant sur la convocation du prévenu, alors que la validation a été constatée par les juges du fond, justifiant le rejet du pourvoi. En droit français, sur le respect de l'art. 53 de la loi du 29 juillet 1881, Crim., 1<sup>er</sup> février 2022, n° 20-86.619, *Légipresse* 2022, p. 141 ; *JCP G* 2022, 925, obs. Th. BESSE.

<sup>33</sup> Cass., 15 décembre 2017, n° 36854, inédit.

de la diffamation par le décret-loi sur la presse<sup>34</sup>. Sans que, d'autres décisions<sup>35</sup> ne viennent, où des abus d'expression ont été publiés sur les réseaux sociaux, préciser la doctrine de la jurisprudence. Le décret-loi a été appliqué avec le Code pénal, dans les infractions d'atteinte aux bonnes mœurs ou à la morale publique, ou à la pudeur, objet des articles 221 et 226. Pourtant la qualification des faits aurait pu tomber sous la coupe du texte relatif à la liberté d'expression et de l'édition. Le rejet implicite de son exclusivisme est évident. Il fut rappelé dans sa caractéristique dominante d'une disposition fondatrice d'un régime global de cette liberté.

L'étranglement de la faute civile, en lien avec les abus de la liberté d'expression est également négatif. Pour desserrer l'étau, il ne faudrait pas tomber non plus dans le schéma inverse. Pondérer la qualification de la faute devient un vecteur qui oriente le régime de la responsabilité. Ce qui signifie que toute faute dans la liberté d'expression n'est pas constitutive d'abus, et que, néanmoins, tout abus est une faute. L'équation écarte aussi bien l'adéquation que l'idée d'une « plénitude » de la faute<sup>36</sup>.

La systématisation de la jurisprudence s'enrichit par les contributions observées dans les prétoires comparés. À côté de la défaillance professionnelle du journaliste d'informer et de former l'opinion publique, s'ajoute l'écart du discours par rapport au standard de l'exercice raisonnable de la liberté d'expression.

Le modèle français engendre par l'articulation de la responsabilité civile sur son homologue pénale un rétrécissement considérable du champ de la responsabilité civile<sup>37</sup>. Les attendus réitérés par la Cour de cassation affirmant que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>38</sup> ». La logique du système français provient de l'existence d'un régime spécial à la liberté d'expression, qui s'impose à la victime, et favorise le responsable<sup>39</sup>. Rien ne l'empêche cependant d'emprunter le droit commun, si « l'illicéité ne provient pas d'un manquement à la

<sup>34</sup> L'article 80 du décret-loi de 2011, énonce que « sont abrogés tous les textes antérieurs contraires et notamment le code de la presse promulgué par la loi n° 75-32 du 28 avril 1975, et les articles 397, 404 et 405 du code de travail ». La question a été de nouveau posée dans Cass., 6 juin 2020, n° 84564, inédit. La Cour exclut l'abrogation du Code pénal par le décret-loi de 2011. Le conflit entre l'article 121ter du Code pénal, qui incrimine la distribution de tracts tendant à perturber l'ordre public, et l'article 53 du décret-loi qui punit « quiconque sciemment [...] utilise les lieux du culte pour la propagande partisane et politique ». La Cour admet l'abrogation tacite dans son principe, mais la rejette suite à l'examen des deux textes.

<sup>35</sup> CA Monastir, 18 juin 2012, n° 1056, inédit, cité par A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », *Études Juridiques* 2014, p. 136 et s.

<sup>36</sup> S. ABID MNIF, « La constitution et responsabilité civile », *Études Juridiques* 2016, p. 35.

<sup>37</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2013 (« La fascination de la loi du 29 juillet 1881 en est à l'origine. »)

<sup>38</sup> Ass. plén., 12 juillet 2000, 2 esp., *JCP G* 2000, I, n° 2 obs. G. VINEY, *RTD civ.* 2000, p. 845, obs. P. JOURDAIN ; *Comm. Comm. électr.* 2000, comm. 108, obs. A. LEPAGE.

<sup>39</sup> J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. Paris 1, LGDJ, 2007, n° 106.

loi de 1881<sup>40</sup> ». Le rejet de l'exclusivisme de la loi de 1881<sup>41</sup>, instaure en aval un régime raisonnable, où le juge se voit confier une mission de définir l'écart par rapport à un standard raisonnable.

Le bilan fait par la doctrine sur l'évolution du droit français n'est pas unanime pour instaurer un exclusivisme inflexible de la loi du 29 juillet 1881. Si cette loi devait garder une nature pénale, et perçue comme telle, comme elle le fut à l'origine, l'application de la *clausula generalis* (ancien art. 1382 et actuel art. 1240 C. civ.) devrait marquer un recul du seuil de la faute, recul compatible avec une société démocratique, soucieuse de l'exercice de la liberté d'expression<sup>42</sup>, sans se limiter au souci majeur de limiter l'accès au juge, et en abandonnant « le parallélisme des responsabilités civile et pénale<sup>43</sup> ». Or le décret-loi de 2011, a été conçu comme un texte libérateur, instaurant une espèce de dépenalisation de la liberté d'expression. La clause générale, et le domaine de la faute civile en cas d'abus de liberté d'expression gardent leur applicabilité et leur effectivité. L'art. 87 COC se démarque de la loi de 1881, la loi spéciale, et se présente comme un îlot de la responsabilité civile, où la faute civile sanctionne l'abus d'expression.

Le texte tunisien pourrait s'acheminer vers le même résultat. Les normes aux sources matérielles françaises, ne semblent pas disposées à instaurer un équilibre proportionné entre la liberté d'expression et ses dérives abusives. Non seulement à cause des liens inextricables entre la procédure et le fond, mais à cause de la conjoncture transitionnelle que vit la Tunisie, où le régime de la liberté d'expression a manqué de lisibilité. Le bilan est mitigé. L'abus en tant que fait générateur gagnerait par son autonomie<sup>44</sup>.

### *B.- Autonomie de la responsabilité civile en cas d'abus de liberté d'expression*

Dans les sources comparées, l'éventail des fautes est plus large. L'abus de la liberté d'expression trouve plusieurs illustrations. Un florilège où se regroupent les écarts de conduite commis par les journalistes, le locuteur, et les médias.

<sup>40</sup> G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, th. Paris 1, Dalloz, 2006, n° 124. Lors de la genèse de la loi du 29 juillet 1881, ses rédacteurs voulaient protéger la liberté d'expression, en instituant, pour le défendeur, un régime procédural avantageux, avec « des chausse-trappes procédurales », selon l'expression de J.-P. GRIDEL (« Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif français », *D.* 2005, chr. p. 391, spéc. p. 397), sans vouloir mettre en quarantaine le droit commun (G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, th. préc., p. 153).

<sup>41</sup> J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc., n° 442.

<sup>42</sup> Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 460.

<sup>43</sup> Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 616. L'objectif n'étant pas de définir les faits générateurs de la responsabilité. Il était de restreindre l'accès à la justice. Le droit spécial s'est replié au risque de se scléroser.

<sup>44</sup> Dans ces conditions, autant abandonner le parallélisme des responsabilités civile et pénale.

Pour ne pas abuser de la liberté d'expression, le locuteur serait tenu d'un devoir de neutralité. L'article 15 de Constitution de 2014 énonce que l'administration est tenue d'un devoir de neutralité. Le devoir vaut-il les membres du gouvernement ? À la question, la Cour constitutionnelle allemande répond par l'affirmative. Que l'article 5 « protège les particuliers contre les autorités publiques, qui sont uniquement destinataires des obligations de respecter les droits fondamentaux » ne limite pas les ministres de leur liberté d'expression, s'ils l'exercent en tant que citoyen, et non en leur qualité politique. La position n'est pas à l'abri des critiques, car la neutralité s'impose rigoureusement à l'administration. Imposé aux ministres, cela risque de dépolitiser la vie gouvernementale.

Le discours du locuteur consiste-t-il en une parole, ou un langage vocalisé, écrit, ou matérialisé, ou s'étend-il pour embrasser des situations qui semblent « éloignées de toute conception plausible des fins poursuivies par le principe de la liberté d'expression ? ». L'assouplissement de la notion caractérise une série d'arrêts rendus par la Cour Suprême des États-Unis<sup>45</sup>, incluant des comportements intrinsèquement expressifs.

L'autonomie du locuteur « est un indicateur de l'absence ou de la présence d'abus d'expression ». Dans les précédents du droit américain, l'arrêt *Hurley* achemine le raisonnement vers une mise en œuvre du principe de la proportionnalité, pour jauger l'expression et les dommages qui en résultent. Lorsqu'une affiche exclut la préparation de commande pour les noces gay, elle pourrait être perçue comme un comportement injurieux. L'amendement 1<sup>er</sup> de la Constitution n'y voit pas un abus générateur de responsabilité n'étant pas « un préjudice dont la loi peut ou doit protéger les personnes dans un régime de liberté d'expression ».

Elle l'autorise à s'abstenir de citer des vérités, même étayées par les faits. L'omission ne sera pas constitutive d'abus de langage. Contrairement au droit français où la liberté d'expression n'implique pas pour la jurisprudence un droit à l'omission de citer certaines contributions scientifiques ou artistiques<sup>46</sup>, le droit

<sup>45</sup> G. CALVÈS, « Interdiction de discriminer et conflits internes à la liberté d'expression : *Hurley v Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* (Cour Suprême des États-Unis, 1995) », *RDLF* 2020, chr. n° 78 (« la dilatation de la notion de 'speech', au sens et pour l'application de la disposition du 1<sup>er</sup> Amendement qui protège la liberté de 'parole', jusqu'à inclure des actions et des situations qui, traditionnellement, auraient semblé très éloignées de toute conception plausible des fins poursuivies par le principe de la liberté d'expression parole »).

<sup>46</sup> L'arrêt *Branly* a retenu la faute d'un historien pour avoir omis de citer les travaux de Branly dans les avancées de la télécommunication. La faute d'abstention, même sans l'intention de nuire engage la responsabilité de son auteur. L'histoire de la peinture a vu une reconduction de ce précédent (Civ. 1, 13 mars 2008, *D.* 2008, p. 1797, note J.-M. BRUGUIÈRE). Si le doyen Carbonnier préconise la reconnaissance dans la loi du 29 juillet 1881 d'un « système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes les intérêts civils et enlevant du même à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse » (« Le silence et la gloire », art. préc.), l'avis de Louis Josserand penchait vers la thèse inverse, pour rendre applicable et effective la responsabilité pour faute, car « en instituant les délits de presse, le législateur du 29 juillet 1881 n'a nullement entendu faire échec aux principes généraux de la responsabilité, mais il a laissé aux articles 1382

américain allie cette liberté au pouvoir de taire, voire d'exclure certains faits. La Cour suprême américaine reprend un précédent dans l'arrêt *Hurley* en 1995 pour confirmer qu'« une manifestation importante du principe de libre expression est que celui qui choisit de parler peut aussi décider de « ce qu'il ne dit pas<sup>47</sup> ». Appliquée aux éditeurs, ou aux plateformes qui leur sont assimilées, cette jurisprudence les autorise à censurer les informations ou les discours qui divergent avec leurs thèses. Même le droit de réponse a été jugé inconstitutionnel, car contraire au premier amendement de la Constitution américaine. Bien qu'affiliés aux mêmes valeurs démocratiques, les systèmes européens posent des règles différentes. Le droit de réponse<sup>48</sup> ne porte pas atteinte à la liberté d'expression, siège de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, selon l'arrêt du 17 janvier 2023. Les articles 39 et 40 du décret-loi de 2011 précisent son régime.

Le contrepied de ce raisonnement est développé par la justice italienne d'obédience libérale et démocratique<sup>49</sup>. L'influence de ces acteurs de l'information est telle qu'ils sont indéniablement très actifs dans la communication de masse et les débats politique et d'idées. La démarche des juges italiens, pour sanctionner la désactivation par Facebook de la page du parti extrémiste Casapound ne s'est pas limité aux obligations bilatérales de l'intermédiaire et des plateformes. L'analyse s'est focalisée sur l'atteinte aux principes constitutionnels italiens, en soulignant « l'importance prééminente de Facebook dans la mise en œuvre de principes essentiels du système politique tel que le pluralisme des partis politiques garanti par l'article 49 de la Constitution ». La suppression de pages partisans contredit le pluralisme et évince des droits constitutionnels. Réguler les discours ne dispense pas les intermédiaires et les plateformes de reconnaître les droits fondamentaux dans un ordre juridique donné. Le contrôle rigoureux de la proportionnalité devient un préalable à la censure de certains discours, et un mécanisme de contrôle sur certains abus d'expression.

L'équilibre recherché passe par l'appréciation des juges. « Le juge peut caractériser ainsi l'abus à partir des obligations de bonne foi, de loyauté, et d'honnêteté qui pèsent sur chacun<sup>50</sup> ». La construction s'appuie techniquement sur une mise en balance des intérêts entre les droits en présence. Le principe de proportionnalité

---

et suivants du Code civil toute leur autorité et out leur vaste domaine d'application » (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1939, réimpr. 2006, n° 161).

<sup>47</sup> P. AURIEL et M. UNGER, « La modération par les plateformes porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ? Réflexions à partir des approches états-unienne (*Zhang v Baidu.com*, 2014) et italienne (*Casapound c. Facebook*, 2019) », *RDLF* 2020, chr. n° 80.

<sup>48</sup> E. DERIEUX, « CEDH et droit de réponse. Validation par la CEDH d'une obligation d'insertion d'une réponse rectificative », *RLDI* 2023, n° 200, p. 23.

<sup>49</sup> Tribunal de Rome, ord., 11 décembre 2019, n° 59264/2019, *Casapound*. Sur cette décision, P. AURIEL et M. UNGER, « La modération par les plateformes porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ? », art. préc.

<sup>50</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2032. Comp. avec J. ROCHFELD. Le passage du droit vietnamien d'un système socialiste, très dirigiste vers un système plus libéral est marqué par un rôle accru des magistrats, et par la reconnaissance de la jurisprudence en tant que source de droit (NGUYEN NGOC DIEN, « L'écriture du Code civil vietnamien dans le contexte de la mondialisation », *RID comp.* 2022, p. 653, spéc. p. 661).

de valeur conventionnelle en Europe et en droit français, est un mécanisme jurisprudentiel qui permet de jauger les intérêts en présence<sup>51</sup>.

Le juge tunisien en a fait application dans une décision intéressante de la Cour de cassation<sup>52</sup>. La Société MBA a loué des panneaux d'espace publicitaire à la Société Tunisie Telecom le 3 avril 2009. L'hébergement fait l'objet de stipulations contractuelles. La clause de l'article 5 assoit la liberté de de la ligne de rédaction de la bailleresse<sup>53</sup>. Des annonces peu élogieuses vont apparaître sur le site une année après, qualifiées même de calomnieuses et diffamatoires par la locataire. Elles prévoient « L'inexorable chute de Tunisie Télécom », puisqu'elle est « ... plus réactive qu'inventive ! », et spoliée de ses ressources. Elle intente une action en résiliation pour inexécution du contrat. La société hébergeuse oppose la clause de l'article 5 pour se prévaloir de son droit à la liberté d'expression. Le contrat a été résilié à ses dépens, sa responsabilité contractuelle a été reconnue devant les juges de fond. Les moyens soulevés devant la Cour de cassation font grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir dénaturé la qualification du contrat, en le confondant avec le contrat de sponsoring. Ses termes ont été également méconnus, la liberté convenue de la ligne éditoriale n'a pas été prise en considération par l'arrêt attaqué dans l'application du contrat. Pour rejeter le pourvoi, la réponse de la Cour de cassation est soigneusement motivée. Voulant rendre un arrêt de principe, elle emprunte une démarche démonstrative, en commençant par donner une définition académique de la liberté d'expression<sup>54</sup>. Ses fondements et sources sont exhaustivement exposés. Est citée, à côté des conventions universelles<sup>55</sup>, la Constitution du 27 janvier 2014, applicable

<sup>51</sup> Pour une illustration de conflit entre le droit de propriété et la liberté d'expression, dont se prévaut une association de protection du bien-être animal s'arrogeant le droit d'entrée dans une propriété privée, pour poster des images destinées à l'information du public, v. Civ. 1, 2 février 2022, *Comm. comm. électr.* 2022, comm. 27, note A. LEPAGE. La liberté d'expression est garantie en vertu de l'art 10 de la CEDH, et le protocole additionnel n° 1 a pour objet dans son alinéa 1<sup>er</sup> la protection des biens aussi bien pour les personnes physiques que morales. Le § 7 de l'arrêt reproduit la jurisprudence de la CEDH, pour rappeler aux juges qu'une censure sera encourue, s'ils ne procèdent pas à un contrôle de la proportionnalité.

<sup>52</sup> Civ., 4 décembre 2013, n° 6069.2013, inédit. Sur cet arrêt, A. ELLOUMI, « Peut-on limiter la liberté d'expression stipulée contractuellement ? », article disponible sur le site <https://droitdu.net/2016/05/peut-on-limiter-la-liberte-d-expression-stipulee-contractuellement-commentaire-de-larret-n-6069-2013-du-4-decembre-2014/>.

<sup>53</sup> « Le présent contrat ne donne pas non plus au client, aucun droit de regard ou d'ingérence sur le contenu rédactionnel du site [www.africanmanager.com](http://www.africanmanager.com) ni sur sa ligne éditoriale et contenu rédactionnel ».

<sup>54</sup> « La liberté d'expression est définie par la doctrine comme une garantie individuelle pour exprimer une opinion, recevoir des informations et des idées sans l'ingérence des tiers. Elle est aussi définie comme étant la liberté individuelle dans l'adoption d'une opinion tirée d'une réflexion personnelle sans être inféodé, sans imitation ou crainte de qui que ce soit. C'est la liberté de déclarer le parti pris adopté dans le style voulu. L'expression prend la forme orale, et peut être véhiculée par la photographie, la peinture ou la caricature ».

<sup>55</sup> La Cour cite l'art. 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. La Cour a rappelé le contenu du décret-loi du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de presse, d'impression et d'édition (*JORT* 4 novembre 2011, n° 84).

immédiatement au contrat conclu avant son entrée en vigueur<sup>56</sup>. S'ensuit un exposé des droits en conflit, impliqués dans la liberté d'expression. La balance tend à trouver un point d'équilibre entre ces droits en présence. Le principe de proportionnalité est appliqué comme une technique pour les classer hiérarchiquement<sup>57</sup>. On voit mal comment il est mis en application sans la sève génératrice de la Constitution du 27 janvier 2014<sup>58</sup>. Le recours à son article 49 est dévoilé par la démarche de la Cour. Dans le panel de ces droits cohabitent le respect du sacré et des prémisses de la religion et de ses principes constants, le respect des droits et des libertés d'autrui, sans porter atteinte à leur réputation et leur intégrité et honneur. La liberté s'arrête là où commence celle des autres. Cela signifie que la liberté d'expression et de la presse ne doit pas perdre sa valeur transcendantale pour voir la presse dégénérer vers un discours conflictuel et chicaneur, sans régulateur, l'amenant à transgresser la morale, les valeurs, et à exposer les intérêts économiques à divers risques. Des références à autant de valeurs supposent, pour parvenir à leur harmonie, une application du principe de cohérence, et laissent dans l'ombre le traçage de certaines limites, dont la qualification comme un dénigrement d'autrui est discutée<sup>59</sup>. La cité de la liberté d'expression trouve un sage qui filtre les abus, et sanctionne ses auteurs<sup>60</sup>. La pédagogie de la Cour définit l'abus d'expression, et pose les jalons de sa prévention.

Le cadre contractuel de la relation entre les parties au procès n'a pas empêché la Cour de déployer avec un luxe pléthorique tous les principes et les fondements textuels. Pour preuve, elle n'omet pas de leur allier la loyauté et la bonne foi, les suites qu'abrite l'article 243 COC (ancien art. 1134 et actuel art. 1104 C. civ.). Ces standards de conduite, ont des contours souples, éveillant en matière de liberté

<sup>56</sup> L'art. 31 de la nouvelle Constitution du 27 janvier 2014. Celui-ci prévoit que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Ces libertés ne sauraient être soumises à un contrôle préalable ». En matière de conflit de lois dans le temps des situations contractuelles, c'est la survie de la loi ancienne, sous l'empire de laquelle le contrat a été conclu. Cependant la loi nouvelle sera appliquée aux effets du contrat né postérieurement à son entrée en vigueur, lorsqu'elle est considérée comme une loi d'ordre public. V. sur ce point A. JALLOULI, *Conflits de lois dans le temps*, éd. Latrach, 2023 (en arabe).

<sup>57</sup> G. DRAGO, « Constitutionnalité et proportionnalité. Jalons pour une analyse critique », in *Révolution, constitution, décentralisation : Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 239 (« Le contrôle de proportionnalité est devenu l'horizon indépassable du juge. »).

<sup>58</sup> L'article 49 de la Constitution énonce que « ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un État civil et démocratique et dans l'objectif de protéger les droits d'autrui [...], en respectant le principe de la proportionnalité des restrictions à l'objectif recherché ». Sur cette question, v. X. PHILIPPE, « La mise en œuvre de la limitation des droits fondamentaux dans la Constitution tunisienne de 2014 », in *Révolution, constitution, décentralisation : Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 473.

<sup>59</sup> La question de la parodie est-elle un abus de la liberté d'expression ? Le bouffon remplit une fonction sociale éminente et salutaire qui s'exerce par principe légitimement, au détriment des puissants, des personnages publics, de ceux dont parle ou dont les idées sont connues : il participe à sa manière, à la défense des libertés. Sur ce point, v. TGI Paris, 9 janvier 1992, *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 82, note P. BILGER ; D. 1994, somm. p. 195, obs. C. BIGOT ainsi que B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER (dir.), *Traité du droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n° 1279.

<sup>60</sup> La position contraire est défendue par S. ABID MNIF, « La constitution et responsabilité civile », art. préc., p. 69 : « les restrictions à toute liberté, y compris la liberté d'expression, sont de la compétence de la loi et non pas du juge ».

d'expression les réserves d'une doctrine autorisée<sup>61</sup>. Le standard est flou, et avec son utilisation on peut se demander « s'il ne produit pas là une nouvelle « privatisation » de l'appréciation de la proportionnalité : entre particuliers, cette appréciation ne s'arrête pas à une balance d'intérêts légitimes (en l'occurrence de la liberté d'expression et du droit à la dignité et à l'honneur) ; elle fait intervenir des standards de jugement plus contextuels et imprévisibles, venus des relations privées (ici de la matière contractuelle), qui sont à même d'abaisser quelque peu la superbe des droits fondamentaux ». S'invite au débat, le problème classique qui agite le droit français, pour savoir si les suites contractuelles sont admises pour sanctionner les propos abusifs et dommageables imputables à un cocontractant. Les incertitudes de la jurisprudence française<sup>62</sup> quant à l'application de la loi sur la liberté de la presse, et la mise à l'écart de la responsabilité contractuelle, pour prévenir son extension au détriment de la première ne permettent pas de tirer au clair une position précise.

Mais la bonne foi n'est pas pour autant exclue du contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression, pour « apprécier la légitimité du but ». Son contenu variable, est une source d'arbitraire. Il ne faudrait pas méconnaître que son articulation avec la loi de 1881 lui donne un sens particulier plus précis et mieux adapté à la liberté d'expression<sup>63</sup>.

« Mais n'est-ce pas là le propre du contrôle de proportionnalité que d'être laissé aux mains des juges avec d'importantes marges de manœuvre<sup>64</sup> ? »

L'arrêt de la Cour de cassation tunisienne élargit la palette des bases juridiques pour sanctionner l'abus de la liberté d'expression. Le bouquet varié des normes manifeste un rejet de l'exclusivisme du texte spécial sur la liberté de la presse<sup>65</sup>. La

<sup>61</sup> J. ROCHFELD, Note sous CEDH, 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, RDC 2012, p. 29.

<sup>62</sup> H. BARBIER, Obs. sous Soc., 19 janvier 2022 et 29 juin 2022, *RTD civ.* 2022, p. 604, spéc. p. 607.

<sup>63</sup> J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc., n° 460 : « C'est qu'il ne faut pas oublier que la bonne foi, au sens de la loi de 1881, ne se réduit pas à la seule intention de nuire. Le manque de prudence, d'objectivité, de circonspection ou de sincérité peuvent amener le juge à considérer que celui qui s'est exprimé publiquement est de mauvaise foi ».

<sup>64</sup> H. BARBIER, obs. préc., spéc. p. 610.

<sup>65</sup> Le lecteur est saisi par la similitude des motivations avec les décisions pénales, quant à leur quête d'un équilibre entre les droits, le respect de certaines valeurs, et des droits d'autrui, sans ordre hiérarchique. Sans citer littéralement le principe de proportionnalité, elles en font une application claire. La cohérence a également orienté les magistrats dans leur interprétation des différentes normes, pour dégager une approche conciliatrice. A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », art. préc., p. 136. Le raisonnement de la jurisprudence allemande est sur ce point plus net. Il suit une démarche en trois étapes : « l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité stricto sensu de la mesure restreignant le droit fondamental concerné ». V. à ce sujet la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, 21 mars 2022, réf. 1 BvR 2650/19. Saisie d'un recours contre l'application de l'article 185 du Code criminel qui sanctionne la diffamation commise par un prévenu, diffusant par voie d'internet des propos injurieux contre des responsables financiers municipaux, pour la construction d'une route qui a barré l'accès à une voie principale et l'a empêché de faire normalement ses courses. La condamnation a été jugée contraire à l'article 5 § 1 de la Loi fondamentale allemande. « Le droit

position est toute aussi fondée que logique, dans le contexte d'une démocratie en gestation. Tandis que la jurisprudence française, établit un bornage restrictif du régime de l'abus de la liberté d'expression, en instaurant pour la loi du 29 juillet 1881 un privilège d'exclusivité. L'éclosion de la démocratie passe par l'évitement des systèmes clos. Le principe de proportionnalité aurait inspiré des positions plus respectueuses des droits d'autrui. Même si techniquement, une vision doctrinale pertinente a dressé son lien généalogique avec son ascendant : l'abus de droit dans l'exercice d'un droit... fondamental. « Si bien que ce qui constituait, avant, un *abus de droit*, est simplement devenu, aujourd'hui, un *conflit de droits*. Le concept ambigu de l'abus a été supplanté par le concept matriciel en matière de droits fondamentaux, celui de proportionnalité. La proportionnalité des restrictions aux droits est dorénavant l'équation fondamentale, tant du point de vue des limitations objectives qu'intersubjectives<sup>66</sup> ». N'exigeant pas la mise en balance de droits en concurrence, la théorie a la vertu de censurer l'illicéité d'un droit subjectif, détourné de sa finalité<sup>67</sup>.

L'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme pose la règle selon laquelle... nul ne doit nuire à autrui. Comment expliquer, sans peine, à des musulmans que les caricatures des prophètes est le droit le plus absolu qu'un citoyen puisse exercer sans la moindre sanction civile, au mépris des souffrances morales ressenties par les adeptes de cette religion ? Brandir l'immunité qu'assure la laïcité ne l'ennoblit pas. Le gouvernement français s'est défendu d'y voir un permis justifiant les invectives, ou habilitant à invectiver la communauté musulmane. Il y a là « une menace réelle pour les valeurs républicaines de laïcité et de tolérance<sup>68</sup> », justifiant l'application de la clause de déchéance de l'article 17 de la Convention.

D'autant que la responsabilité civile pourrait pacifier certains comportements, et bloquer des drames dont l'horreur indicible est injustifiée. La bivalence de la loi du 29 juillet 1881 engendre une superposition de la responsabilité civile sur la responsabilité pénale. Gage d'une protection de la liberté d'expression, elle semble en porte à faux avec d'autres démocraties naissantes, où la démarcation de la responsabilité

---

fondamental à la liberté d'opinion est limité par les lois générales, y compris la disposition pénale de l'article 185 appartient au Code criminel. Lorsqu'elle est appliquée, les circonstances concrètes de l'espèce doivent être pesées entre l'atteinte qui menace la liberté d'opinion de l'auteur de la déclaration d'une part et l'honneur personnel de la personne affectée par la déclaration d'autre part. Dans la décision de pondération, la liberté d'expression ne prime généralement pas sur la protection de la vie privée ».

<sup>66</sup> J. COUARD, « L'abus de droit : un concept polysémique ? », *Cahiers Portalis* 2023/2, p. 35.

<sup>67</sup> J. COUARD, « L'abus de droit : un concept polysémique ? », art. préc. (« Quoi qu'il en soit, l'on découvre que les concepts et les méthodes qui ont émergé en remplacement de la Théorie de l'abus de droit, ne sont pas nécessairement plus efficaces à lutter contre l'usage excessif des droits subjectifs. »). La Cour aurait dû fonder sa décision sur l'abus de droit. Dans ce sens M. LEVINET, « La jurisprudence erratique de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard de l'usage abusif des droits et des libertés », *Cahiers Portalis* 2023/2, p. 47, spéc. p. 55 et s. Le débat éclaire la teneur de l'article 103 COC, et incite à une interprétation axée sur ses sources matérielles.

<sup>68</sup> Cité par J. GUILBERT, « L'abus de droit fondamental », *Cahiers Portalis* 2023/2, p. 37 (à propos de CEDH 20 décembre 2022, req. 63539/19, *Zemmour c. France*).

civile sanctionne les abus de la liberté d'expression, et garantit un meilleur respect de ce droit fondamental. L'exemple tunisien en donne une bonne illustration.

## II.- La restauration de la responsabilité civile par de nouveaux mécanismes

Les travaux préparatoires respectifs de la loi de 1881, et du décret-loi de 2011 indiquent qu'ils promeuvent la liberté d'expression<sup>69</sup>. La cohérence entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile prônée par la doctrine en matière de liberté d'expression, est accompagnée par un appel pour repenser « l'équilibre des valeurs<sup>70</sup> ». Les sanctions pénales plus stigmatisantes, ne devraient pas, dans l'objectif de préserver les droits des journalistes et les médias (A) empêcher de les rendre civilement responsables lorsqu'ils faillent à leur devoir d'information et de formation de l'opinion publique. L'ampleur des dommages causés en cas d'abus sera démultipliée dans les réseaux sociaux. Leur responsabilité mérite d'être revisitée (B).

### A.- L'abus d'expression des médias

De par leur profession, les journalistes et les médias sont en droit d'exercer leur métier, en protégeant leurs sources, et en rendant publiques les informations dont ils disposent en toute liberté<sup>71</sup>. À ces principes correspondent des devoirs déontologiques.

« Sur bien des points relatifs au régime de la responsabilité pour abus de liberté d'expression, l'intérêt et l'utilité du respect des principes déontologiques en complément ou à la place des dispositions juridiques considérées comme trop contraignantes, inadaptées ou incomplètes, pourraient être soulignées<sup>72</sup>. »

La reconnaissance du pouvoir des médias dans la formation de l'opinion publique, corollaire des informations véhiculées par la presse. Quelle valeur juridique

<sup>69</sup> E. LISBONNE, « Rapport général », in H. CELLIEZ et C. LE SENNE (dir.), *Loi de 1881 sur la presse, accompagnée des travaux de rédaction avec observations et tables alphabétiques*, Chevalier-Marescq, 1882, spéc. p. 5 (« C'est une loi d'affranchissement et de liberté. »). V. également J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc., n° 106.

<sup>70</sup> Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 616 : « Est-il toujours opportun de faire montre d'une telle clémence alors que les atteintes aux intérêts individuels se multiplient ? L'intérêt invite en effet, à repenser l'équilibre des valeurs en présence ».

<sup>71</sup> E. DERIEUX, *Le droit des médias*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2018, n° 1372.

<sup>72</sup> E. DERIEUX, *Le droit des médias*, op. cit., n° 1415.

reconnaitra-t-on aux règles déontologiques<sup>73</sup> ? Liées à l'éthique<sup>74</sup>, elles traduisent les devoirs que les professionnels sont juridiquement tenus de respecter dans l'exercice de leur activité<sup>75</sup>. Elles expriment des valeurs régulateurs et se présentent comme une « traduction par l'ordre juridique de l'éthique<sup>76</sup> ». La responsabilité civile extra-contractuelle n'est pas engagée en cas de violation d'une obligation déontologique<sup>77</sup>, même si le régime est plus nuancé si cette violation cause un préjudice<sup>78</sup>. Vecteur vers le pragmatisme plus que vers le moralisme<sup>79</sup>, la déontologie est consubstantielle d'un « journalisme responsable », concept élaboré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

« Le journalisme responsable est une notion qui ne couvre pas uniquement le contenu des informations qui sont recueillies et/ou diffusées par des moyens journalistiques. Elle englobe aussi, entre autres, la licéité du comportement des journalistes, du point de vue notamment de leurs rapports publics avec les autorités dans l'exercice de leurs fonctions journalistiques<sup>80</sup>. »

Le lien est évident dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>81</sup>, inspirant des questionnements sur la nature juridique de la déontologie journalistique<sup>82</sup>.

<sup>73</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14<sup>e</sup> éd. 2022, p. 325 ; M. KETATA, « La déontologie dans le domaine bancaire », *Revue tunisienne de droit* 2021, p. 13. Pour une définition en droit financier, v. O. DEVAUX, « Règles juridiques, normes déontologiques et idéaux éthiques au service de la transparence financière par les réformes institutionnelles », in *Transparence financière et réformes institutionnelles*, Colloque Faculté des sciences économiques et juridiques Jendouba et UR DPA, 2008 (selon l'auteur, les règles déontologiques résolvent « les problèmes internes d'éthique qui sont liés à un comportement regrettable ou inacceptable de la corporation concernée, ou du corps professionnel visé. L'accent est mis sur des notions telles que l'intégrité, l'honnêteté, et la confiance »).

<sup>74</sup> Y. BEN AMEUR ép. GARNA, *Essai sur la relation entre l'éthique et le droit des affaires*, th. Sousse et Paris XIII, 2020, n<sup>os</sup> 285 et s.

<sup>75</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 2015, n<sup>o</sup> 144 (« Ce n'est pas l'esthétique, mais l'éthique qui doit nous apprendre ce qui répond à l'essence du droit, et ce qui est contraire »). Comp. R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz 2006, p. 113.

<sup>76</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 288.

<sup>77</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2 : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 4<sup>e</sup> éd. 2019, n<sup>o</sup> 24. Le même régime est reconduit pour la responsabilité contractuelle. « Les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leur disposition ».

<sup>78</sup> Civ. 1, 26 avril 2017, *RTD civ.* 2017, p. 636, obs. H. BARBIER.

<sup>79</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 926.

<sup>80</sup> CEDH, gr. ch., 20 octobre 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, § 90.

<sup>81</sup> « En raison des devoirs et responsabilités inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la garantie que l'article 10 » de la Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) « offre aux journalistes [...] est subordonnée à la condition que les intéressés [...] fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique » ou « de la déontologie journalistique » (CEDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, § 37 ; 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 39 ; 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, § 54 ; 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, § 58 et 65 ; 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, § 69 ; 21 septembre 2006, *Monnat c/ Suisse*, § 67).

<sup>82</sup> E. DERIEUX, « Cour européenne des droits de l'Homme et éthique journalistique », *RLDI* 2011, n<sup>o</sup> 69, p. 64 (« Dans certaines de ses décisions relatives à la liberté d'expression, la Cour européenne des

Le journalisme couvre un spectre encore plus large. Le public formé des destinataires récepteurs de l'information sont des créanciers du respect des valeurs protectrices d'une qualité de l'information, de la formation objective et neutre d'une opinion publique.

Le contrôle par l'autorité de régulation de la déontologie, est « source d'inquiétude<sup>83</sup> », car il soustrait le contentieux et la responsabilité au juge pour la soumettre à l'autorité de régulation<sup>84</sup>, en l'occurrence à l'instance du contrôle de la liberté de la presse HAICA, ou à son homologue française l'ARCOM. Les recours se font devant le juge administratif. L'articulation de ce régime avec la saisine du juge judiciaire est souhaitable. Surtout dans l'hypothèse où la déontologie impacte négativement l'opinion publique. Car elle se mue en devoir<sup>85</sup>, une raffinerie qui la mute dans son impérativité, pour être sanctionnée par le juge. La transgresser est un écart de conduite dictée par une norme, et constitue un fait générateur.

Sans oublier les atteintes intolérables et excessives aux journalistes, qui prennent les formes d'agression, voire de liquidation physique, le lien entre le respect des règles déontologiques et la qualité de la formation, de l'information et l'engagement de la responsabilité des journalistes est indéfectible. Pour prendre l'exemple tunisien,

---

droits de l'Homme est amenée à se référer à l'éthique ou à la déontologie journalistique... Ce que ladite Cour considère ou retient ainsi relève-t-il alors de l'éthique ou du droit ? Juge-t-elle en droit ou selon d'autres principes ? Cela conduit à s'interroger sur les relations qu'entretiennent, à cet égard, le droit et la déontologie... [...] Quelles relations (équivalence, contradiction, concurrence, complémentarité, subsidiarité...) ces deux notions que sont le droit et la déontologie entretiennent-elles ? Sont-elles alternatives, substituables ou interchangeable ? La réponse à ces interrogations impliquerait que ces différents termes (droit, régulation, déontologie, éthique...) soient plus clairement et rigoureusement définis, en des termes qui soient compris par tous de la même façon et que leur nature, leurs objectifs, leurs modes d'élaboration, leur force contraignante, les conditions et les modalités du contrôle de leur application et de sanction de leurs violations soient mieux identifiés »).

<sup>83</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 521 (à propos du débat sur les raisons de ce double contentieux, qui soumet les personnes morales au contrôle de l'autorité de régulation, et les personnes physiques au droit la responsabilité).

<sup>84</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., p. 289 et note 134 reproduisant l'affirmation suivante du président de la CSA : « Nous ne sommes pas le contrôleur des contenus. Le CSA n'est ni un censeur ni le gardien d'un ordre moral, et encore moins un agent d'une police de la pensée », citant R.-O. MAISTRE, « Le CSA, nouveau régulateur des plateformes de contenus », *Légipresse* 2020, hors-série, p. 29 (selon cet auteur, « la déontologie serait essentiellement constituée de règles, plus concrètes, relatives à l'exercice d'une activité professionnelle – en l'espèce, le journalisme (2) –, déterminées et sanctionnées, de façon autonome sinon totalement volontaire, par des instances professionnelles, pour garantir un service rendu davantage conforme à l'intérêt du public ou seulement pour tenter d'échapper ainsi à l'intervention des autorités étatiques (législateur et juge) »).

<sup>85</sup> Le débat sur la notion de devoir puise dans le droit contractuel. « Le devoir comportemental » est perçu par certains auteurs, comme externe à la sphère contractuelle, et donc de nature extracontractuelle, alors que d'autres s'attellent à le distinguer de l'obligation qui « impose une prestation, un agissement ponctuel », l'accouple avec une donnée d'ordre « qualitatif » : le caractère moral du devoir, qui même dénué de valeur patrimoniale, « dicte toujours une conduite ou au moins un comportement en vertu d'un système de valeur », L'étymologie du terme devoir, signifie « être tenu à quelque chose par la loi, les convenances, l'honneur, l'équité, la morale » (D. GALBOIS, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, th. Paris 2, LGDJ, 2020, n° 814 et s.).

leur rôle joué dans la contre révolution est évident. Sans reprendre la pluralité des médias et des discours, la propagande contre la réparation due aux victimes des dictatures qui se sont succédé en Tunisie, a été fautive et non étayée par les faits. Non seulement aucune indemnisation ne leur a été versée, mais, plus grave encore, le discours des médias et des journalistes a insinué le principe qu'une réparation attribuée à des victimes est un acte immoral, et contraire au droit ! Sous l'empire d'une Constitution qui a réitéré à plusieurs reprises la défense de la valeur de la dignité humaine, ce parti pris instaure un sentiment de répulsion générale à l'État de droit !

L'opinion publique est un ensemble d'intérêts privés qui convertissent l'ensemble des intérêts privés en un intérêt général. Est-il toujours opportun de faire montre d'une telle clémence alors que les atteintes aux intérêts individuels se multiplient ? L'intérêt invite en effet, à repenser l'équilibre des valeurs en présence<sup>86</sup>. Le questionnement est pertinent. S'il revient au juge de sanctionner des abus, pour non-respect de devoirs déontologiques, les destinataires de l'information ne devraient être logiquement traités comme des étrangers, privés d'intérêt, car non impliqués dans le processus de la communication. L'opinion publique est un agrégat de représentation privée, une « conscience publique », qui incorpore la médiatisation d'un événement<sup>87</sup>. Leur somme convertit l'intérêt privé en intérêt général, et autorise les citoyens non seulement à exercer un contrôle sur la qualité de l'information, mais aussi à sanctionner les auteurs de messages perturbateurs de leur attente légitime à une information de qualité, et générateurs d'un préjudice médiatique<sup>88</sup>.

Engendré lorsque « l'information, c'est-à-dire le message diffusé par le canal d'un média, est non objective ou encore prohibée<sup>89</sup> », le préjudice médiatique correspond à une « zone d'ombre », affranchie de la responsabilité pénale et de la nécessité d'une qualification pénale préalable, renvoyant à l'exclusivisme de la *clausula specialis*. Issu de la désinformation ou de la diffusion de messages ou de rumeurs par voie médiatique, il est appréhendé par la responsabilité civile. Comparées à celles du dommage, ses caractéristiques, présentent quelques divergences. La question de son indemnisation est délicate. La réparation intégrale demeure la solution classique.

<sup>86</sup> Ch. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, th. préc., n° 616.

<sup>87</sup> M. BARTHÉLÉMY, *Évènement et espace public, L'affaire Carpentras, Quaderni* 1992, n° 18, p. 125 (selon l'auteur, « la réception transpose l'évènement, de l'univers du discours (témoignage, récit, analyses, commentaires), à celui de l'action publique... La réception passe par une enquête sociale, qui a pour objectif d'identifier l'évènement et de déterminer la sorte d'action qui lui est appropriée »). Pour une prise en considération du lien entre la liberté d'expression et l'opinion publique, v. Cour constitutionnelle fédérale, 21 mars 2022, réf. 1 BvR 2650/19, arrêt préc. (dans le § 19, elle affirme que « le poids de la liberté d'opinion à appliquer dans le processus de pesée est d'autant plus grand que la déclaration vise à contribuer à la formation de l'opinion publique, et moins, plus indépendamment de celle-ci il ne s'agit que de la diffusion émotive d'humeurs contre des individus ». Son appréciation prend en compte les hommes publics exerçant le pouvoir, pour élargir les limites de leur critique, s'appuyant dans son argumentation (§ 21) sur une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme et sur l'art. 10 CEDH).

<sup>88</sup> M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « La réparation du trouble médiatique », *D.* 2001, p. 1333.

<sup>89</sup> M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « La réparation du trouble médiatique », art. préc., p. 1336.

La nuance est avancée<sup>90</sup> pour préférer « le principe de l'évaluation médiatique » à celui de « réparation médiatique ».

Réparer, ou restaurer la vérité, telles sont les deux alternatives ouvertes aux victimes. Mais étant donné qu'il est à l'origine d'un trouble qui perturbe la bonne perception de la vérité par l'opinion publique, les citoyens sont induits en erreur, par des rumeurs, dont la grande diffusion... ne fait pas le droit. Dans un régime de transition démocratique, à l'instar de la Tunisie, il nuit à l'établissement de l'État de droit, et à l'instauration de la culture démocratique. Les fausses alertes, les montages photographiques, la diabolisation des hommes politiques, ont été des facteurs d'échec de cette transition, et d'une déformation pernicieuse de l'opinion publique. Le public, victime de la désinformation, peut-il enclencher l'action en responsabilité, en empruntant l'action de groupe ou la *class action* ? Le droit judiciaire, droit sanctionnateur qui permet de tirer le « meilleur parti d'une situation de faiblesse sur le fond du droit litigieux » ; il est même possible de concevoir le droit processuel de telle sorte qu'il serve un certain nombre d'objectifs ou de finalités du droit matériel comme par exemple, « la protection du salarié en droit du travail ou celle de la victime dans le droit de la responsabilité<sup>91</sup> ». La reconnaissance de l'action de groupe pour les victimes des préjudices médiatiques est concevable, mieux, elle est souhaitable. D'abord parce que l'altération de l'opinion publique autorise les citoyens destinataires d'une information malveillante au vu de l'importance du préjudice et de son extension, à faire de chacun un créancier de la réparation. Une créance fondée sur un droit individuel, dans une société démocratique est un sentier vers une responsabilisation du journalisme et des locuteurs. La responsabilité civile fonctionne comme un outil de contrôle de la liberté d'expression et de la presse, contre les dérives et les dérapages. Le méconnaître aboutit à un dévoiement, et inhibe un levier efficace pour équilibrer les pouvoirs - les médias sont au quatrième rang - et les soumettre au filtre de la société civile. Que l'on songe à des missions qui épiloguent sur un mot ou une locution, isolé des propos de son auteur, pour les dénaturer, et fournir un exercice magistral dans le dépeçage incohérent d'une pensée ou d'un texte, rappelant les bruits que poussent les grains de maïs, promus, au fond d'une friteuse, au rang majestueux des pop-corn ! Que l'on songe à l'apologie des procès totalitaires, calqués sur le schéma stalinien, purgeant ses ennemis, par voie de sa justice et de sa propagande, en les accusant, et leur faisant avouer la commission d'un crime ! Après tout, si on épargne les innocents, beaucoup de délinquants s'échapperont. L'assassinat de Chokri Belaïed, emprunte ce sentier battu par les idéologies les plus obscurantistes en matière de droits et libertés. La presse et les médias sont leur tribune ouverte, où le récitation inquisitorial prend la relève sur la déontologie du journalisme. Pire, sur les décisions de justice ! L'appréhension que redoutent certains auteurs du rôle de la responsabilité civile est légitime<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 11<sup>e</sup> éd. 2020, p. 6.

<sup>92</sup> E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 2032 (l'auteur cite N. MALLET-POUJOT, « Abus de droit et liberté de la presse », *Légipresse* 1997, II, p. 88 : « Il ne s'agit pas de transformer la

Elle n'exclut pas le vœu de la « restaurer<sup>93</sup> ». Il ne s'agit pas non plus d'omettre la contextualité de la question dans les phases de la transition démocratique. L'exemple tunisien est là pour attester du rôle déconstructeur de certains médias, journalistes, et hommes politiques, de la démocratie. Sous couvert de liberté d'expression, l'opinion publique a perdu de sa maturité, et plusieurs propos trompeurs ont fini par détricoter le tapis vert du printemps arabe, et lui substituer l'opacité à la clairvoyance. La stigmatisation du droit pénal, avec les limites de l'exclusivisme de la clause spéciale, sont des palliatifs insuffisants pour instaurer un équilibre entre les droits fondamentaux à l'expression et leurs contreponds, les droits à l'information. Admettre un pouvoir médiatique débridé, ou interpréter par voie téléologique la liberté d'expression douchera l'esprit individuel et collectif de critique, et tricote silencieusement une grave altération de l'opinion publique. L'admission de la class action est le corollaire du droit fondamental de l'accès au juge, en dépit des obstacles procéduraux qui ont empêché, et retardé certains systèmes à la consacrer<sup>94</sup>. Issue de la tradition américaine<sup>95</sup>, elle a connu ses premières applications en matière de discrimination raciale, pour accompagner le contentieux de la responsabilité. Dans l'exemple français, le domaine de ces actions de groupe ne se limite plus au droit de la consommation, pour s'étendre au droit de la santé et de l'environnement<sup>96</sup>, et leur objet s'élargit, pour viser « soit l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis », soit la cessation du trouble né du manquement à une obligation contractuelle ou légale<sup>97</sup>. Ce cumul, critiqué pour être à l'origine d'une confusion entre la protection de l'intérêt collectif et l'addition des intérêts privés<sup>98</sup> n'empêche pas d'armer les citoyens d'une action civile pour limiter le discours débridé des journalistes et des médias, et déjouer le défaut de sanction en cas d'abus d'expression. Repenser la responsabilité dans sa fonction de peine privée, ou dans son rôle indemnitaire, devrait également revisiter les supports technologiques de la liberté d'expression.

---

responsabilité en cheval de Troie pour la défense d'un ordre moral. »).

<sup>93</sup> *Idem*. Il s'agit de reconnaître la puissance des médias et la puissance que leurs messages peuvent exercer sur ceux qui les reçoivent.

<sup>94</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 274.

<sup>95</sup> S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd. 2017, n° 307 (« À l'origine, elle devait permettre à des citoyens aux prises avec un problème commun, source d'une perte pécuniaire relativement modeste, d'utiliser collectivement le système judiciaire auquel ils n'auraient normalement pas eu recours »). L'article 23 du Code fédéral de procédure civile pose quatre conditions : le grand nombre du groupe *numerosity*, la *commonality* qui est « l'existence de certaines questions de droit ou de fait communes à toutes les parties » ; la *typicality*, c'est-à-dire « la représentativité des moyens en demande et en défense soulevés par la partie représentante », et l'*adequacy of representation*, qui signifie « la capacité de la partie représentante à protéger de façon honnête et adéquate les intérêts du groupe »).

<sup>96</sup> L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*

<sup>97</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 34<sup>e</sup> éd. 2018, n° 2000 (sur la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, n<sup>os</sup> 2002 et s.).

<sup>98</sup> S. AMRANI-MEKKI, « L'action du groupe du 21<sup>ème</sup> siècle : un modèle réduit et réducteur ? », *JCP G* 2015, 1196.

## B.- Les abus de la responsabilité et les réseaux sociaux

Les réseaux sociaux deviennent des tribunes ouvertes où s'échangent des débats, des lieux où sont postées des réflexions polémiques. Facebook, Instagram, Twitter, TikTok avec la différence respective de leur contenu, sont sociologiquement des espaces, où les utilisateurs cherchent à occuper la place. Les « médias » se transforment en « im-médiats », guidés par des réflexes rapides de répondre du tic au tac, sans rationaliser la réplique ni pondérer les réactions<sup>99</sup>, au risque « de faire émerger un récit binaire et émotionnel des événements et ainsi de susciter des formes de surréaction<sup>100</sup> », pour se transformer en une arène où sévit « le désordre informationnel<sup>101</sup> ». La responsabilité des hébergeurs est allégée dans la loi sur la confiance dans l'économie numérique<sup>102</sup>. Lorsque l'hébergeur, tenu d'une prestation purement technique, franchit un pas pour optimiser l'aide à l'internaute, il ne peut plus se rétracter derrière son ignorance du contenu illicite des publications. La loi française du 24 août 2021 est intervenue pour alourdir la responsabilité des plateformes en ligne<sup>103</sup>, tenues d'une obligation de moyens renforcée, dans la lutte contre les contenus haineux, ce qui établit un lien avec la loi du 29 juillet 1881, et modifiant son régime procédural, pour réprimer les abus de langage commis sur les réseaux sociaux<sup>104</sup>. Juridiquement, « l'absence d'un filtre éditorial, constitue donc une extension importante du champ d'exercice de la liberté d'expression... et de ses abus<sup>105</sup> ». C'est donc l'auteur de la publication, qui en cas d'abus, se voit engager sa responsabilité pour abus de liberté d'expression. L'ouverture sur des espaces divers la met dans l'orbite du droit international privé, avec les problèmes relatifs à la compétence internationale et à la loi applicable, avec la divergence irréductible entre des systèmes qui admettent une liberté inébranlable et sans limite du droit à

<sup>99</sup> P. SERGEANT et L. BURKARD, « Pratique contentieuse. La diffamation et l'injure sur Twitter : particularités de ce contentieux de 'presse' », *Comm. comm. électr.* sept 2021, prat. 11 ; Ch. BIGOT, « La liberté de communication dans la loi du 24 août 2021, les nouvelles obligations de collaboration des plateformes sous le contrôle de l'ARCOM », *Légipresse* 2022, p. 31.

<sup>100</sup> O. ERTZSCHEID, « Mort de Nahel : 'Ces scènes de violence auraient existé même dans un monde totalement déconnecté' », *Libération* 2 juillet 2023.

<sup>101</sup> B. LOUTREL, « Liberté d'expression, haine en ligne et désinformation : le point de vue de l'ARCOM », *Légipresse* 2023, p. 63. « Les grandes plateformes en ligne sont le lieu de ce qu'on peut appeler des « désordres informationnels ». Selon l'expression consacrée, on y trouve « à boire et à manger » en matière d'informations. C'est la problématique de la manipulation de l'information, de la mésinformation involontaire à la désinformation intentionnelle. La perte de confiance est réelle et justifie l'intervention publique. Mais l'approche par un seul concept de « licéité » des contenus informationnels semble peu opérante en la matière et est clairement insuffisante ».

<sup>102</sup> Selon l'article 6, I 5° de la n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les hébergeurs « ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

<sup>103</sup> Art. L. III-7, I C. consom. ; E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n°s 753 et s.

<sup>104</sup> Ch. BIGOT, « La liberté de communication dans la loi du 24 août 2021, les nouvelles obligations de collaboration des plateformes sous le contrôle de l'ARCOM », art. préc., p. 33 et s.

<sup>105</sup> B. LOUTREL, « Liberté d'expression, haine en ligne et désinformation : le point de vue de l'ARCOM », art. préc., p. 64.

la liberté d'expression, et d'autres qui attribuent des dommages et intérêts substantiels en cas d'abus<sup>106</sup>. Le système juridique tunisien est de ceux qui, contrairement à d'autres, admettent une limite à la liberté d'expression, et sanctionne ses abus. Théoriquement, il pourrait être appliqué pour une action en réparation contre l'auteur d'un abus. Contrairement au Règlement Rome II, où la responsabilité, en vertu de l'article 1 § 2, g, a été écartée, en cas de liberté d'expression, et d'atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité<sup>107</sup>. Le Code de droit international privé tunisien traite des obligations non contractuelles dans les articles 70 et suivants<sup>108</sup>. Le rattachement à la loi du fait dommageable est la solution de principe<sup>109</sup>. Les règles de conflit spéciales ne traitent pas la responsabilité en matière de presse et de liberté d'expression. Le régime général posé par l'article 70 CDIP est applicable. Reste-t-il adapté aux délits commis par voie de presse et de médias ?

Techniquement l'effet démultiplicateur lié à la diffusion des discours publiés exhorte à repenser ce régime<sup>110</sup>. La diffusion, l'édition, propagent l'article et le discours dans des espaces divers, créant un éparpillement entre le lieu du fait générateur et celui où le préjudice est ressenti. Les faits répondent à la qualification des délits complexes. La commission de révision du code de droit international privé ne s'est pas penchée sur cette hypothèse, pour proposer une règle de conflit adaptée. La compétence législative suppose au préalable admise la compétence judiciaire, et la saisine des tribunaux tunisiens<sup>111</sup>. Le CDIP tunisien semble avoir pris en considération les délits plurilocalisés<sup>112</sup>. Des zones d'ombre persistent quant aux dommages disséminés dans plusieurs pays<sup>113</sup>. La CJCE a eu à tirer au clair la mise en application de l'article 7 & 2 du Règlement de Bruxelles 1 bis (anciennement

<sup>106</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2 : *Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd. 2021, PUF, n° 973-2.

<sup>107</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *op. cit.*, n° 993-1.

<sup>108</sup> Appelées dans le Code de DIP les « obligations légales » (par opposition aux obligations volontaires). J.-M. JACQUET, « Le droit applicable aux obligations légales dans le Code tunisien de droit international privé », in *Le Code tunisien de droit international privé, Actes du colloque organisé par le centre d'études juridiques et judiciaires le 12 mars 1999 à Tunis*, Les publications du Centre d'Études Juridiques et Judiciaires, 2000, p. 2.

<sup>109</sup> A. MEZGHANI, *Commentaire du Code de droit international privé*, CPU, 1998.

<sup>110</sup> L. COSTES, « Liberté de la presse : la loi du 29 juillet 1881 a 140 ans », art. préc. : « Quant à la question fréquemment posée de savoir sur le fait de savoir si ce texte est toujours adapté avec les réseaux sociaux on peut répondre par l'affirmative dans la mesure où la difficulté de les réguler ne tient pas à la loi mais au fait qu'il n'y a un grand nombre de contenus à gérer et que l'on se heurte la plupart du temps au pseudonymat ou à des contenus postés à l'étranger. En admettant que n'importe qui puisse s'exprimer de façon quasi-anonyme, on a ainsi découplé liberté et responsabilité ; une évolution qui est assez inquiétante ».

<sup>111</sup> Les tribunaux tunisiens sont compétents si le défendeur a son domicile en Tunisie. Si la compétence *forum rei* n'est pas vérifiée, les tribunaux tunisiens peuvent être compétents en vertu de l'article 5-1 du CDIP si le fait générateur ou le préjudice sont survenus en Tunisie.

<sup>112</sup> I. HADJ SASSI, « La responsabilité délictuelle en droit international privé tunisien », in S. BEN ACHOUR et S. TRIKI (dir.), *Le code de droit international privé. 20 ans d'application*, éd. Latrach, 2020, p. 341, spéc p. 361 et s.

<sup>113</sup> Sur les options entre l'interférence entre les compétences législative et juridictionnelle, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd. 2023, n° 1458.

article 5 § 3 du règlement Bruxelles I ou de la Convention de Bruxelles)<sup>114</sup>. En cas de délit plurilocalisé, le juge tunisien reconnaîtra-t-il une compétence générale, ou une compétence locale, limitée à la portion du préjudice réalisé sur le territoire tunisien ? À défaut d'une réponse jurisprudentielle, celle de la CJCE peut inspirer la réflexion. Au fil d'une construction prétorienne, elle a admis une option entre le tribunal du défendeur, celui où le fait générateur s'est produit, et enfin celui où le préjudice s'est réalisé<sup>115</sup>.

Fondé sur le principe de proximité<sup>116</sup> et de la bonne gestion du procès, et non sur le *forum actoris*, l'arrêt Fiona Shevill<sup>117</sup> reconnaît la compétence des juridictions d'établissement de l'éditeur ou de l'émetteur lieu du fait générateur, ainsi que le droit à la victime de saisir les juridictions de chaque État, où la diffusion lui a fait subir un dommage. L'arrêt eDate Advertising<sup>118</sup>, en matière de cyber-délits, reconnaît l'emprise juridictionnelle de l'État où le site est rendu accessible, pour le dommage local. Il ajoute un autre chef de compétence, à savoir « le for du centre des intérêts de la victime<sup>119</sup> », qui correspond généralement avec le for de sa résidence habituelle, pour connaître de l'intégralité du dommage dont un fragment y est ressenti. Ce nouveau chef de compétence, infléchit l'exigence de la Cour européenne quant à la compétence juridictionnelle<sup>120</sup>.

Le droit tunisien penchera-t-il vers un dépeçage du droit de la responsabilité, en l'occurrence en matière d'abus de liberté d'expression en admettant une scission entre la réparation générale du tout, et la réparation partielle du préjudice local ?

<sup>114</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, op. cit., n° 1500.

<sup>115</sup> CJCE, 30 novembre 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL ; *JDI* 1977, p. 728, note A. HUET ; *D.* 1977, p. 613, note G. DROZ.

<sup>116</sup> Qui signifie pour la compétence juridictionnelle « le rattachement du litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit » (P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Rec. cours Acad. Haye* 1986, vol. 196, p. 25). Il trouve des applications dans le Code tunisien de droit international privé : L. CHEDLY, « Le principe de proximité dans le Code de DIP tunisien », in *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, CPU, 2005, p. 325. Le critère de rattachement de la règle de conflit intègre la relation juridique dans le système le plus proche intègre la relation juridique : S. M. BOUYAHYA, *La proximité en droit international de la famille*, L'Harmattan, 2015.

<sup>117</sup> CJCE, 7 mars 1995, *D.* 1996, p. 63, note G. PARLÉANI ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE ; *JDI* 1996, p. 543, obs. A. HUET.

<sup>118</sup> CJUE, 25 octobre 2011, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2012, note 197, note G. GUINZOU ; *D.* 2012, p. 1233, obs. H. GAUDEMET-TALLON et p. 2339, obs. L. D'AVOUT.

<sup>119</sup> Solution se rapprochant du *forum actoris*, préconisé par la doctrine. V. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé ; richesse et faiblesse », *Rec. cours Acad. Haye* 2005, vol. 312, n° 223.

<sup>120</sup> B. HAFTTEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2020, n° 627. La critique qu'adresse l'auteur à cette jurisprudence, en quête d'ordre, se fonde, sur « l'explosion des chefs de compétence », et l'impression que donne la CJUE de considérer le demandeur, à tort, comme une partie faible. É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions : réflexions autour de la matière délictuelle*, th. Paris 1, LGDJ, 2017. Comp. pour la contrefaçon, L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2023, n° 550 et s. ainsi que la jurisprudence citée.

Pour la question de la compétence, la réponse n'est pas encore acquise. Le débat se poursuit avec la détermination de la loi applicable. Théoriquement l'article 70 al. 2 donne à la victime un choix entre la *lex loci delicti* et la *lex damni*, qu'elle effectuera en ciblant le régime indemnitaire favorable. L'application cumulative ou distributive des lois en présence, en dépit de sa complexité est théoriquement possible<sup>121</sup>. Même si :

« les cyber-délits apparaissent à l'intersection des diverses évolutions qui affectent le droit international privé contemporain ; précellence de la compétence sur la loi applicable, mondialisation des échanges, ineffectivité de la norme étatique, revendications volontaristes, radicalisations des divergences<sup>122</sup> ».

L'implantation territoriale des intermédiaires et des plateformes aident à asseoir une corégulation et maintenir une contrainte étatique. La responsabilité civile est tributaire de la violation d'une obligation de vigilance. La faute a accusé un recul en cette matière<sup>123</sup>. L'effet démultiplicateur des réseaux sociaux sur la gravité du dommage mérite de reprendre la réflexion sur des normes pour équilibrer les intérêts en présence, sans faire de la liberté d'expression un alibi, ou un justificatif des abus de cette liberté. La situation n'est pas satisfaisante, et appelle un affermissement de la responsabilité des acteurs de la technologie de la communication.

« Le simple fait de mettre en évidence qu'il y a une pénurie de moyens crée une incitation pour la plateforme à évoluer ; le cas échéant, on peut aussi la contraindre avec un régime de sanction. Mais, ce qui est vraiment en jeu, c'est la façon dont on réinvente un moyen d'agir *ex ante*, de modifier le comportement de ces entreprises, de les rendre plus responsables, qui plus est, à une échelle globale<sup>124</sup> ».

La responsabilité civile garde la verdeur de ses fondements classiques. Les gains mirobolants que les plateformes empochent évoquent leur capacité à répondre objectivement des dommages aux effets néfastes sur les personnes et les sociétés. Que l'on se rappelle leur capacité, pour être des caisses de résonance, à faire basculer des opinions publiques ou à faire chavirer des démocraties, pour songer, même en l'absence du filtre de l'éditeur<sup>125</sup>, à les rendre responsables, en contrepartie de leur activité, sur le fondement du risque<sup>126</sup>.

\*\*\*

<sup>121</sup> N. BEN AICHA, « Quelques précisions sur la signification actuelle de la *lex loci delicti* », *Études Juridiques* 2000, p. 21.

<sup>122</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *op. cit.*, n° 1024.

<sup>123</sup> Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd. 2018.

<sup>124</sup> B. LOUTREL, « Liberté d'expression, haine en ligne et désinformation : le point de vue de l'ARCOM », art. préc., p. 66.

<sup>125</sup> L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC et L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, *op. cit.*

<sup>126</sup> Art 554 COC. V. également G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, n°s 68 et s. La rénovation du droit commun est alliée à la protection des droits subjectifs et à l'anormalité des préjudices (G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, *op. cit.*, n°s 85 et s.). Les plateformes ont été très sensibles aux effets dévastateurs de certains discours qui, tel le feu d'une poudrière, se répandent dans le public, à cause des prouesses technologiques de leur support numérique.

Comprendre les influences reçues du droit tunisien, à travers l'étude du droit français qui l'a précédé, en étant une source matérielle, est une des utilités méthodologiques du droit comparé. Les sédiments doctrinaux et jurisprudentiels accumulés par le texte français au long d'une longue période permettent de mieux comprendre les affinités des textes, mais aussi la disparité des voies empruntées par l'interprétation. La liberté d'expression est réexaminée, à l'aune du lien entre un texte spécial, dit exclusif, et des articles généraux de la responsabilité, dont la sève est féconde dans la protection de l'honneur et de la vie privée. Les alluvions réunies dans le lit du décret-loi de 2011 ne sont pas identiques à ceux observés en droit français. Le terreau tunisien, développerait une autre flore juridique. Sans enserrer le régime de la liberté d'expression dans le carcan inflexible du décret-loi de 2011, l'abus de cette liberté trouve un espace normatif plus large. Les insuffisances d'une sanctuarisation de l'histoire par la loi<sup>127</sup>, en tant que limite à la liberté d'expression, donne au juge l'office de la protéger, en sanctionnant les abus.

« C'est à la jurisprudence de sanctionner les abus de la liberté d'expression que des révisionnistes et autres marchands de l'histoire falsifiée commettent. La protection de la mémoire des peuples et la défense des communautés agressées relèvent de la responsabilité civile, pas d'une législation à finalité historique<sup>128</sup>. »

La lecture de la jurisprudence tunisienne conforte son engagement à ne pas entourer le décret-loi de 2011 d'une aura. La responsabilité civile n'est pas figée dans un périmètre rigide, et s'ouvre sur de nouveaux espaces, avec comme symptôme distinctif, un exposé exhaustif des valeurs qui rendent la liberté d'expression cohérente et en harmonie avec la société démocratique. Les faits générateurs ne sont pas strictement puisés dans le décret-loi, à l'image des applications de la loi du 29 juillet 1881, contestées par des autorités doctrinales<sup>129</sup>. « En instituant les délits de presse, le législateur du 29 juillet 1881 n'a nullement entendu faire échec aux principes généraux de la responsabilité civile, mais il a laissé aux articles 1382 et suivants du Code civil toute leur autorité et tout leur vaste domaine d'application<sup>130</sup> ». La lecture des décisions constitutionnelles françaises conforte cette démarche. Car si on n'a pas constitutionnalisé la faute<sup>131</sup>, « tout fait quelconque que l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »,

---

Les États-Unis, très rétifs à toute limite à la liberté d'expression, ont fini par sentir le danger lors de la dernière campagne aux élections présidentielles. La défaite du discours suprémaciste de Trump a ébranlé cet effort. Rien n'interdit, ne fût-ce le principe libéral et sacro-saint de la liberté d'expression, d'obliger ces plateformes à respecter un code réglementaire du contenu des publications, et d'assumer une responsabilité objective pour indemniser les dommages liés à des publications abusives.

<sup>127</sup> P. PUIG, « La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire », *RTD civ.* 2012, p. 78.

<sup>128</sup> F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd. 2021, n° 113.

<sup>129</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 2029.

<sup>130</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 161.

<sup>131</sup> P. JOURDAIN, « La constitutionnalisation du droit de la responsabilité civile en France », *Resp. civ. assur.* 2016, étude 4.

est une exigence constitutionnelle<sup>132</sup>. L'Instance Provisoire pour le contrôle de la constitutionnalité des projets de loi a posé le principe que « tout fait qui cause un dommage à autrui oblige à réparer<sup>133</sup> ». Le régime général de la responsabilité et ses articles généraux sont la boîte d'outil où le juge puise des matériaux pour concilier la liberté d'expression avec paravents qui lui évitent l'abus. Les vieilles marmites aident à préparer les bons plats, et les meilleurs couscous !

La responsabilité civile devrait assurer une fonction dissuasive. La peine privée remplit mieux ce rôle, même si en matière d'abus de la liberté d'expression, la sanction de la réparation est jugée plus appropriée<sup>134</sup>. L'articulation de la gravité de la faute sur les dommages et intérêts, protège mieux les phases de transition démocratique, quand la liberté d'expression verse dans une dénaturation systématique des vérités et contribue à une déformation de l'opinion publique, entraînant un échec de la démocratie représentative. Certains locuteurs brillent par leur intervention. Ils seront toutefois meilleurs et plus inspirés, s'ils épargnent le public de leur sagesse, et gardent dignement le silence.

<sup>132</sup> E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 2029 ; Cons. const., 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC. Le Conseil constitutionnel français précise que pour restreindre la faute civile, il faut qu'il n'en résulte pas « une atteinte disproportionnée ni aux droits des victimes d'actes fautifs ni au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (Cons. const., 26 septembre 2014, n° 2014-415 DC, § 5).

<sup>133</sup> IPCCPL, 2 juillet 2016, *JORT* 15 juillet 2016, n° 58, p. 2507 ; S. ABID MNIF, « Constitution et responsabilité civile », art. préc., p. 40 et s. La généralité des termes employés par la décision inclut tous les faits générateurs, y compris la responsabilité pour le fait des choses. La doctrine française a préconisé, avec la plume autorisée de Ph. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp. civ. ass.* 2003, chr. 15, n° 29, que le Conseil constitutionnel la rehausse au statut de l'article 1382 (« Il ne serait pas illogique, dans cette vision des choses, que le Conseil constitutionnel hisse expressément l'article 1384 au même rang que l'article 1382 : aussi bien la responsabilité du fait des choses, dont on a justement souligné le caractère 'irremplaçable'. »).

<sup>134</sup> Sur la discussion des thèses, E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1708.

