



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

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

DOSSIER :

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE LA PRESSE_____**253**

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

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

Réflexions sur la liberté d'expression à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne n° 6096 du 4 décembre 2014

Salma ABID-MNIF

*Professeur agrégé à la faculté de droit et des sciences politiques de Tunis
Expert collaborateur près du bureau du premier président de la Cour de cassation
Membre coordinateur du laboratoire règlement des litiges et voies d'exécution
Membre associé de l'IRJS et de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe*

Il a dit à sa femme tais-toi
Et à son fils garde le silence
Ne prononcez plus un mot
Vos voix perturbent mes réflexions
Et moi je veux écrire sur la liberté d'expression.¹

À travers ces vers, le grand poète irakien Ahmed Matar résume le paradoxe qui anime la liberté d'expression. Une liberté qui autorise à chacun de tout dire, mais qui exige parfois que l'on se taise pour s'épanouir.

Fleuron de la révolution tunisienne, la liberté d'expression ne cesse d'alimenter en droit tunisien un contentieux naissant mettant la jurisprudence administrative, pénale et civile devant des problèmes inédits. Il n'y a qu'à songer à l'affaire Mejri qui a publié sur sa page Facebook des caricatures sur le prophète ou encore l'affaire du chanteur du rap « Wild 15 » qui critiquait ouvertement les policiers, sans oublier l'affaire opposant l'ancien ministre des affaires étrangères à une journaliste blogueuse. Or, ces affaires ont été toutes traduites devant le juge pénal. C'est la première fois, semble-t-il, que la question des limites à l'exercice de ce droit fondamental se pose devant la Cour de cassation en matière civile. En effet, le 4 décembre 2014, notre

¹ Traduction personnelle.

قال لزوجته اسكتي
وقال لابنه انكتم
صوتكما يجعلني مشوش التفكير
لا تنبسا بكلمة
أريد أن أكتب عن حرية التعبير

plus haute juridiction a rendu un arrêt qui fera certainement date vu l'originalité du problème posé².

En l'espèce, un journal en ligne avait conclu avec une société tunisienne de télécommunication un contrat de vente d'espaces publicitaires sur son site. Conformément à ce contrat, il s'engage à promouvoir le produit de la société afin d'attirer plus de clients. Or, subséquemment, le journal a diffusé sur son site des articles jugés attentatoires à la réputation de la société ainsi qu'à ses dirigeants. La société de télécommunication avait alors intenté une action devant le Tribunal de première instance de Tunis pour demander la résiliation du contrat et le paiement des dommages et intérêts. Une argumentation qui n'a point convaincu le journal pour qui, la liberté d'expression, un droit consacré *expressis verbis* dans l'article 5 de la convention excluant toute possibilité d'ingérence du client dans sa ligne éditoriale, justifie la publication de tels articles critiques.

Dans son jugement n° 27119 du 1^{er} janvier 2011, le Tribunal de première instance a décidé la résiliation du contrat conclu entre les deux parties tout en condamnant le journal à dédommager la société. Une décision qui fut confirmée par la Cour d'appel de Tunis dans son arrêt du 3 mai 2012 considérant que « la liberté d'expression ne peut être absolue et qu'elle est limitée non seulement par la loi mais aussi par les règles éthiques qui régissent la profession ».

Le journal s'est alors pourvu en cassation en contestant la position des juges du fond. En effet, il considère que l'exercice sain de la liberté d'expression autorise la publication d'articles critiques malgré l'existence d'un contrat de publicité.

La Cour de cassation a dû alors répondre au problème juridique suivant : L'engagement contractuel d'assurer la publicité des produits d'un client, n'est-il pas mis à mal de façon à justifier la responsabilité contractuelle de son débiteur, lorsque celui-ci publie, en parallèle et au nom de la liberté d'expression garantie également dans le cadre du contrat, des articles critiquant ces mêmes produits ?

Loin de se contenter de répondre au problème juridique posé, la Cour de cassation a présenté les limites qu'elle envisage assigner à la liberté d'expression. En effet, à côté des limites qui peuvent être qualifiées de générales (I), la plus haute juridiction considère que l'existence d'une convention entre les parties constitue une autre dérogation à l'exercice de la liberté d'expression (II).

I.- Les limites générales à l'exercice de la liberté d'expression

Fondée sur un ensemble de textes internes et internationaux, la liberté d'expression est considérée par la Cour de cassation comme une liberté fondamentale dans

² Cet arrêt a été commenté par A. ELLOUMI, « Peut-on limiter la liberté d'expression stipulée contractuellement », disponible sur le site <https://droitdu.net/> (consulté le 12 juillet 2023).

toute société qui se veut démocratique. L'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 31 de la Constitution de 2014, devenu article 37, avec celle du 25 juillet 2022, sans oublier le décret-loi n° 115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition³ constituent les textes de base qui donnent à cette liberté un appui textuel sans ambages.

Toutefois, et compte tenu des dérogations que notre haute juridiction assigne à ladite liberté, on peut se demander si elle « n'a pas donné d'une main pour mieux reprendre de l'autre ». En effet, non seulement elle a multiplié les limites qu'elle conçoit à la liberté d'expression (A), mais également, elle ne fait aucun recours au principe de proportionnalité consacré par l'ancien article 49 de la Constitution, devenu article 55, ce qui pourrait paraître critiquable (B).

A.- *L'exposé des dérogations*

Avant de commencer l'analyse de ces dérogations, il convient d'avancer une remarque pédagogique très importante. En effet, la liberté d'expression est un droit fondamental garanti par la Constitution. À première vue, on peut penser que ce droit, comme d'ailleurs tous les droits fondamentaux constitutionnels, est conçu pour régir les rapports entre l'individu et l'État. En effet, la liberté d'expression tend, dans sa conception la plus classique, à protéger les individus contre l'ingérence étatique préjudiciable. Toutefois, on s'est rapidement rendu compte que les personnes privées pouvaient elles aussi avoir « une capacité de nuisance au moins égale à celle des États⁴ ». Le risque d'atteinte par l'État aux droits fondamentaux est alors analysé comme « un aspect particulier d'un phénomène beaucoup plus général : la menace que le fort fait peser sur la liberté du faible⁵ ».

³ Décret-loi du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de presse, d'impression et d'édition, *JORT* 4 novembre 2011, n° 84, p. 17. L'article premier de ce texte dispose que : « Le droit à la liberté d'expression est garanti et s'exerce conformément aux stipulations du pacte international sur les droits civils et politiques, des autres traités y relatifs ratifiés par la République Tunisienne et aux dispositions du présent décret-loi. Le droit à la liberté d'expression comprend la libre circulation des idées, des opinions et des informations de toutes natures, leur publication, leur réception et leur échange. La liberté d'expression ne peut être restreinte qu'en vertu d'un texte de nature législative et sous réserve : - Qu'il ait pour but la poursuite d'un intérêt légitime consistant dans le respect des droits et la dignité d'autrui, la préservation de l'ordre public ou la protection de la défense et de la sûreté nationales. - Et qu'il soit nécessaire et proportionné aux mesures qui doivent être adoptées dans une société démocratique, sans qu'il puisse constituer un risque d'atteinte au droit substantiel de la liberté d'expression et de l'information ».

⁴ B. GIRARD, *Les droits fondamentaux et la responsabilité extracontractuelle*, Paris : LGDJ, 2015, n°s 15 et s.

⁵ J. RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. 3 : *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris : Pedone, 1971, p. 311.

Ce mouvement d'« horizontalisation des droits fondamentaux⁶ » a été inauguré en Allemagne. En effet, depuis la décision fondatrice *Luth* du 15 janvier 1958 relative à la responsabilité civile d'une personne privée ayant organisé le boycott d'un film⁷, les droits fondamentaux constitutionnels sont invoqués entre les particuliers dans un contentieux de droit privé. Cette jurisprudence a rapidement influencé plusieurs autres systèmes juridiques. Ainsi, à partir des années 1990, les dispositions constitutionnelles commencent à être invoquées par la Cour de cassation française pour trancher des litiges opposant des particuliers⁸. La même solution est retenue par les juges québécois⁹. Cette approche paraît tout à fait possible en droit tunisien¹⁰. Effectivement, l'ancien article 49 de la Constitution dispose que « Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ». Il n'est pas dès lors étonnant de voir les juges se référer à la Constitution dans un litige opposant deux personnes du droit privé. L'application par le juge judiciaire des normes constitutionnelles pour défendre les droits fondamentaux est parfaitement justifiable. Dans une société en pleine mutation démocratique, « il ne suffit pas que l'État s'abstienne de violer lui-même les droits fondamentaux s'il accepte que les personnes privées y portent atteinte¹¹ ».

Mais aussi fondamentale qu'elle soit, la liberté d'expression est loin d'être illimitée¹². Elle doit composer avec d'autres intérêts légitimes. C'est ce que la haute juridiction rappelle en précisant que la liberté d'expression ne doit pas porter atteinte « au sacré, au dogme de la religion, aux droits et libertés d'autrui, à l'honneur et la réputation d'autrui... et ne doit pas menacer les intérêts économiques ».

Dans l'exposé de ces restrictions, un article phare brille par son absence à savoir l'article premier du décret-loi du 2 novembre 2011 qui dispose que « La liberté d'expression ne peut être limitée que par un texte législatif et à condition : - Que le but envisagé soit la réalisation d'un intérêt légitime consistant à respecter les droits et la dignité des tiers, la sauvegarde de l'ordre public ou la protection de la défense et de la sécurité nationale ». À lire cet article, l'intérêt légitime justifiant l'atteinte à

⁶ Sur ce phénomène, voir J. RIVERO, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », art. préc. ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris : Economica, 1996, p. 25 ; S. VAN DROOGHENBROCK, « L'horizontalisation des droits de l'Homme », in *Responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 355.

⁷ Dans la décision fondatrice *Luth* du 15 janvier 1958, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considéra que les droits fondamentaux créaient un « ordre objectif de valeurs » qui régissaient non seulement la relation entre l'État et l'individu mais également les relations entre les personnes du droit privé. V. M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, éd. Cujas, 1977, p. 49.

⁸ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, th. préc.

⁹ L. LEBEL, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », *McGill Law Journal* 2004, p. 233.

¹⁰ S. ABID-MNIF, « Constitution et responsabilité civile », *Études juridiques* 2017, p. 16 et s.

¹¹ *Ibid.*

¹² A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives aux droits de la personnalité », article disponible sur le site <https://droitdu.net/> (consulté le 2 septembre 2023).

la liberté d'expression peut être public. L'État est en droit de limiter l'exercice de la liberté d'expression pour protéger l'ordre public, la défense et la sécurité nationale. Mais la liberté d'expression peut être aussi limitée pour préserver des intérêts de nature privée. Il s'agit de la protection des droits d'autrui.

L'examen de l'arrêt, montre que la Cour s'est contentée de la deuxième catégorie de restriction qui se rencontre essentiellement dans les relations interindividuelles. Ces limitations sont selon elle : « le sacré et le dogme de la religion, les droits et les libertés d'autrui et la menace des intérêts économiques ». On l'aurait compris, à côté de la protection des droits et des libertés d'autrui, prévue par le décret-loi du 2 novembre 2011, la Cour ajoute deux autres limites : la protection du sacré, celui des dogmes de la religion et la menace des intérêts économiques. S'agit-il de deux intérêts distincts des droits et libertés d'autrui ? Si la réponse est positive, la solution adoptée par la Cour pourrait heurter de front l'article premier du décret-loi du 2 novembre 2011 pour qui la liberté d'expression ne peut être limitée que par un texte législatif. En effet, les restrictions à toute liberté, y compris la liberté d'expression, sont de la compétence de la loi et non pas du juge. Et comme aux termes même de l'article 540 du Code des obligations et des contrats « Les lois restrictives et celles qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois ne doivent pas être étendues au-delà du temps et des cas qu'elles expriment », on peut sérieusement douter du bien-fondé de la solution adoptée par notre haute juridiction. Ceci est d'autant plus grave que la notion de « menace aux intérêts économiques » est loin de briller par sa précision.

Plus inquiétante est la limite fondée sur « le sacré, les dogmes et les fondamentaux de la religion ». En effet, cette limitation paraît assez vague et imprécise. Qu'est-ce qu'on entend par « dogmes et fondamentaux de la religion » ? Ces derniers sont-ils les mêmes pour un chiite ou un sunnite ? Pour un musulman, un chrétien ou un juif ? Le caractère large et équivoque de ces limitations jurisprudentielles justifierait, semble-t-il, l'inquiétude et la crainte de plusieurs nos penseurs modernistes.

Est-ce à dire que la religion, limite non prévue *expressis verbis* par le texte ne peut être ajoutée par le juge ?

Certains auteurs le pensent¹³. Pour eux, les restrictions à la liberté d'expression sont permises uniquement dans les domaines prévus explicitement par le décret-loi 2011 à savoir le respect des droits ou de la réputation d'autrui, la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique. Cette position qui paraît radicale constitue en réalité une réplique face à l'austérité et la rigueur de certaines décisions jurisprudentielles sanctionnant lourdement sur le plan pénal certaines manifestations de la liberté d'expression jugées attentatoires à la religion. Ainsi, la Cour d'appel de Monastir dans son arrêt du 18 juin 2012 a condamné

¹³ M. GAZOUANI, *Le guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, Tunis : IDEA, 2021, p. 51.

à 7 ans de prison deux activistes sur les réseaux sociaux pour avoir publié des propos blasphématoires envers l'islam et le prophète¹⁴. Dans son jugement du 14 juillet 2020, le Tribunal de première instance de Tunis a condamné une blogueuse d'un an de prison ferme pour avoir publié un texte qui imite le style coranique (Sourate Coronavirus)¹⁵. La jurisprudence a même donné aux syndicats et aux associations à caractère religieux la possibilité d'intenter des recours en réparation conformément au décret-loi du 24 septembre 2011 sur associations¹⁶. Ainsi, dans son jugement en référé du 5 avril 2017, le Tribunal de première instance de Tunis¹⁷, a donné suite à la demande des syndicats des imams en ordonnant le ministère de l'enseignement de supprimer des exercices de grammaire qui contenaient des exemples cités du coran. En effet, selon le Tribunal « même si la citation de certains versets coraniques ne sont pas blasphématoires, les exercices demandés aux élèves conduiraient à la déformation du texte sacré. Or, selon l'article 6 de la Constitution l'État protège la religion. »

Il est clair que ces décisions sont excessives surtout lorsqu'on les met à l'épreuve du test de la proportionnalité comme l'exige la Constitution de 2014 ou celle de 2022¹⁸. Mais est-ce à dire que le respect de la religion ne limite pas l'exercice de la liberté d'expression ?¹⁹

Le droit au respect des croyances est lui aussi un droit fondamental garanti par la Constitution. Il peut être considéré comme le suggère une partie de la doctrine comme un droit de la personnalité²⁰. Le juge peut ainsi rendre ce droit effectif pour qu'il ne reste pas figé au rang des principes dépourvus d'effectivité²¹. Sur ce plan, on peut dire qu'il ne constitue pas une limite autonome à part entière, comme le veut

¹⁴ CA Monastir, 18 juin 2012, inédit, cité par A. ELLOUMI, art. précité.

¹⁵ Inédit, cité par M. GAZOUANI, *Le guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, p. 75.

¹⁶ Décret-loi n° 2011-88 du 24 septembre 2011, *JORT* 30 septembre 2011, n° 75, p. 17.

¹⁷ Inédit, cité par M. GAZOUANI, *Le guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸ *V. infra*.

¹⁹ Sur cette question, v. Th. MASSIS, « La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal », *D.* 1992, chron., p. 113 ; A. LACABARATS, « Les nouvelles données du problème de la laïcité », *Petites Affiches* 3 octobre 1997, p. 3 ; Th. MASSIS, « Respect des croyances, dignité et loi du 29 juill. 1881 », *Légipresse* 2002, n° 197, II, p. 172 ; J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC* 2006, p. 625 ; A. GARAY, « La laïcité, érigée en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2006, p. 103 ; M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006, p. 817 ; F. DOQUIR, « La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ? », *RTDH* 2006, p. 839 ; C. DUVERT, « Le contrôle judiciaire du traitement médiatique des symboles religieux : du numéro d'équilibriste à la boîte de Pandore », *Légipresse* 2007, n° 242, II, p. 76.

²⁰ Th. MASSIS, « Respect des croyances, dignité et loi du 29 juill. 1881 », *Légipresse* 2002, n° 197, II, p. 172. *Adde* J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC* 2006, p. 625.

²¹ *Ibid.*

l'arrêt du 4 décembre 2014, mais une partie intégrante des droits d'autrui. Chacun a le droit au respect de ses croyances, ce qui comprend, comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Otto Preminger Institut contre l'Autriche*, « non seulement le droit d'avoir ou non des convictions religieuses et de les manifester librement sans ingérence étatique, mais aussi de bénéficier de sa paisible jouissance²² ». Cela dit, ce qui est critiquable dans l'arrêt du 4 décembre 2014 et la jurisprudence ultérieure, c'est le caractère vague et large apporté à la liberté d'expression au nom de la religion. En effet, cette restriction doit être bien délimitée et bien précise pour éviter les excès. Seuls les propos singulièrement désobligeants qui dénigrent une religion peuvent être considérés comme abusifs. En revanche, il est tout à fait convenable, dans une société plurielle qui accepte les divergences, de discuter une doctrine religieuse, de mettre en doute les préceptes d'une croyance²³. Comme l'a bien écrit J. Francillon, « la protection des sentiments religieux est écartée lorsque l'atteinte s'inscrit dans le cadre d'un débat d'idées, public, démocratique et portant sur des questions de sociétés. Toutes les convictions peuvent alors s'exprimer, voire s'affronter, pourvu que ce soit dans un esprit de tolérance réciproque²⁴ ».

En somme, les restrictions apportées à la liberté d'expression doivent être circonscrites avec beaucoup de prudence. Ceci est d'autant plus vrai que cette dernière peut entretenir des relations conflictuelles avec les droits et libertés d'autrui.

La liberté d'expression trouve selon notre haute juridiction ses limites dans les droits et libertés d'autrui. Ces limites sont citées *expressis verbis* dans l'article 1 du décret-loi de 2011. Le terme « autrui » vise aussi bien une personne bien déterminée qu'une communauté de personnes. Ces limites montrent la valorisation des droits fondamentaux des victimes par notre système juridique. Parmi ces droits figurent notamment le droit à l'honneur, à la réputation, à la dignité, ou encore, le droit au respect de la vie privée. Ces droits, souvent nommés « droits de la personnalité²⁵ », sont imprescriptibles, incessibles et intransmissibles. Comment constituent-ils des limites à la liberté d'expression ? Comment gérer le conflit que pourraient éven-

²² CEDH, 20 septembre 1994, req. 13470/87, *Otto Preminger Institut c. Autriche*, § 47. Voir G. GONZALEZ, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses devant la Cour européenne des droits de l'homme : un combat (heureusement) inégal », *Revue du droit des religions* 2023, p. 145.

²³ J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », art. préc.

²⁴ L'auteur ajoute « la spécificité du fait religieux ne saurait justifier, à elle seule, que des restrictions soient apportées à l'exercice d'une liberté aussi essentielle à la vie démocratique que la liberté d'expression [...]. En premier lieu, il convient de confronter les convictions religieuses au droit à l'humour, à la liberté de caricature et surtout à la liberté de critique, lesquels découlent de la liberté d'expression et sont reconnus comme tels en droit positif [...]. Sans la reconnaissance d'un tel droit, le travail de l'historien ou du journaliste, et bien sûr, celui des humoristes et des caricaturistes, deviendraient impossibles [...]. Un tel principe est également applicable dans le domaine de la religion, où ce n'est pas la critique elle-même – dont nul n'est à l'abri – qui est visée, mais ces débordements » (« Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », art. préc.).

²⁵ Sur cette question, v. M. CHARFEDDINE, *La théorie générale du droit, les droits subjectifs* (en arabe), Tunis : Latrach, 2^e éd. 2020, p. 41. Adde. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227.

tuellement donner lieu leurs protections simultanées ? L'arrêt du 4 décembre 2014 reste sur ce plan d'un maigre secours.

B.- Le non-recours à l'article 49 de la Constitution

L'arrêt du 4 décembre 2014 se contente d'énumérer les limites à l'exercice de la liberté d'expression sans préciser comment les juges doivent les appliquer. L'ancien article 49 de la Constitution, devenu article 55, aurait pu pourtant être d'un grand secours. Or, même si les faits s'apprêtaient à son application, cet article a simplement brillé par son absence dans les attendus de la Cour de cassation.

Cet article dispose que « la loi détermine les restrictions aux droits et libertés garantis par la présente Constitution et à leur exercice sans que cela ne porte atteinte à leur essence. Ces restrictions ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un État civil et démocratique dans l'objectif de protéger les droits des tiers, la sécurité publique, la défense nationale, la santé publique, la défense nationale, la santé publique ou la morale publique et en respectant le principe de proportionnalité des restrictions entre l'objectif recherché et leur nécessité. Les instances juridictionnelles se chargent de la protection des droits et liberté contre toute violation. »

La lecture de l'ancien l'article 49 montre que les limites à la liberté d'expression doivent être prévues par la loi. La restriction ne doit pas porter atteinte à la substance même du droit ou de la liberté. Elle doit viser un « but légitime » et être « nécessaire dans un État civil et démocratique » en respectant « le principe de proportionnalité ».

Loin d'être un simple oubli, le non-recours à ce texte semble être plutôt voulu par le juge. En effet, l'article 49 de la Constitution a donné lieu à deux lectures²⁶. Une première lecture restrictive, qui semble inspirer l'arrêt commenté, considère que l'article cité ci-dessus, ne peut recevoir application de la part des juges judiciaires. Seul le juge constitutionnel est habilité à apprécier si la loi est liberticide ou pas. Le juge civil ne peut qu'appliquer la loi après avoir procédé à la qualification des faits et identifié le texte applicable. Or, cette lecture heurte de front l'article 49 de la Constitution qui invite le juge à procéder à un contrôle de proportionnalité pour mieux protéger les droits et les libertés. D'ailleurs dans son rapport de 2018 le comité des droits de l'homme a constaté, avec inquiétude, que certains Tribunaux n'exercent pas un contrôle de proportionnalité sur les restrictions apportées à la liberté d'expression²⁷. C'est donc la lecture extensive autorisant le juge judiciaire à exercer un contrôle de proportionnalité qui semble être plus défendable. L'adoption de cette deuxième lecture donne au juge de larges prérogatives dans l'application

²⁶ Sur ces deux lectures, v. M. GAZOUANI, *Guide du juge judiciaire dans l'application de l'article 49 de la Constitution*, op. cit., p. 12.

²⁷ Cité par M. GAZOUANI, op. et loc. cit.

de la loi. Le syllogisme juridique classique qui impose de partir de la règle de droit adéquate pour l'appliquer à une situation de fait, se trouve sensiblement modifié. « La loi », écrit un auteur « n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige... elle devient elle-même un élément du litige²⁸ ». En effet, l'article 49 invite le juge à examiner les limites imposées par le législateur pour voir si le résultat recherché ne pouvait pas être obtenu par une autre mesure moins liberticide.

Mais si le contrôle de proportionnalité doit amener le juge à examiner les restrictions législatives, il constitue également un outil indispensable pour trancher le litige entre la liberté d'expression et les droits et liberté d'autrui. Une méthode assez délicate à mettre en œuvre²⁹ car il ne suffit pas de découvrir ces droits³⁰, ce qui est déjà assez incertain, encore faut-il préciser la manière de les concilier³¹.

En effet, L'exercice d'un recours en réparation pour injure ou diffamation placerait en opposition, devant le Tribunal, la liberté d'expression et d'opinion avec plusieurs autres droits fondamentaux³². On peut, de ce fait, assister à « une surenchère dans la fondamentalisation de l'argumentation juridique³³ ». Ainsi, lorsque le demandeur évoque par exemple l'atteinte à sa vie privée ou à sa dignité, au soutien de sa demande, le défendeur peut lui aussi invoquer son droit à la liberté d'expression³⁴. Le procès devient en quelque sorte « le théâtre de conflits de droits fondamentaux, le lieu d'un affrontement entre deux argumentations³⁵ ». L'arrêt du 4 décembre 2014 se contente, malencontreusement, d'avancer les droits d'autrui comme limite à l'exercice de la liberté d'expression sans montrer réellement la façon dont ces droits peuvent cohabiter avec ladite liberté. Or, il s'agit d'une question brûlante qui a fait couler beaucoup d'encre³⁶.

²⁸ F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524.

²⁹ Sur cette question, voir les importants travaux de P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2011.

³⁰ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris : L.G.D.J. 2004, p. 10.

³¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012, p. 279 ; J. HAUSER, « Conflits de droit et proportionnalité », *RTD civ.* 2014, p. 856.

³² J. HAUSER, « La protection de la vie privée et liberté d'expression : la vie privée des people, une peau de chagrin ? », *RTD civ.* 2010, p. 79 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012 p. 279 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », *RTD civ.* 2016, p. 297 ; P. DEUMIER, « Modulation de la jurisprudence : balance avantages inconvénients ou règle de conflit cachée ? », *RTD civ.* 2017, p. 77.

³³ M. FABRE-MAGNAN, préface de la th. préc. de B. GIRARD, *La responsabilité civile extracontractuelle et les droits fondamentaux*.

³⁴ Cass. crim., 25 octobre 2019, n° 17-86.605, *RTD civ.* 2019, p. 819, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. Adde F. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », art. préc. ; V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc. ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc. ; F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », art. préc. ; J. HAUSER, « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », art. préc. ; B. MÉNARD, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de

À première vue, on peut penser que ce conflit de droits peut être résolu en installant la suprématie d'un droit sur l'autre³⁷. Cette méthodologie qui peut paraître à première vue attrayante, s'avère rapidement faillible puisqu'elle conduit systématiquement et sans nuance aucune à la suprématie d'un droit sur l'autre³⁸. Or, ceci peut paraître inacceptable puisque dans l'absolu « les droits en conflit méritent a priori un égal respect³⁹ ».

C'est pourquoi la plupart des systèmes comparés optent aujourd'hui pour une approche plus pragmatique basée sur la proportionnalité. Via ce principe, les juges cherchent à établir un équilibre entre les différents intérêts en conflit. Ils doivent concilier entre les exigences de différentes normes appliquées concurremment⁴⁰. Certes, la mise en œuvre de la proportionnalité pour gérer les conflits des droits fondamentaux est une voie périlleuse et peut être une source d'insécurité juridique, mais c'est là tout le génie de la construction jurisprudentielle qui se bâtit certainement par des retouches successives avant de se stabiliser.

Certes, l'atteinte à la vie privée constitue une limite à la liberté d'expression, mais cette limite est loin d'être absolue. Ainsi, la liberté d'expression peut triompher et justifier des atteintes à la vie privée s'il s'agit de garantir le droit du public à l'information⁴¹. Le même constat pourrait être observé concernant le droit à l'image. Le consentement de l'intéressé peut s'éclipser face aux besoins d'information du public⁴². D'autres considérations peuvent également infléchir le droit à l'image ou à la vie privée pour donner une place d'honneur à la liberté d'expression telle que

droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », *RTD civ.* 2022, p. 1 ; S. ABID-MNIF, « Constitution et responsabilité civile », art. préc.

³⁷ Voir J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012, p. 279. *Adde* les obs. du même auteur sous CEDH, 29 avril 1999, req. 25088/94, *Chassagnou et autres c. France*, *AJDA* 1999, p. 922 ; *RTD civ.* 1999, p. 913.

³⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012, p. 279.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives aux droits de la personnalité », art. préc., p. 16.

⁴² *Civ.* 1, 6 février 1996, *D.* 1997, somm. 85 ; *Légipresse* 1996, III, p. 88, note ADER

la participation de la publication à un débat d'intérêt général⁴³, la notoriété de la personne visée et son comportement antérieur⁴⁴...

C'est dire que la jurisprudence tunisienne serait certainement confrontée à un grand chantier dans la gestion des conflits entre la liberté d'expression et les droits et libertés d'autrui. Ceci est d'autant plus vrai que la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 décembre 2014 a ajouté une autre dérogation tirée de l'existence d'un rapport contractuel entre les parties.

II.- Dérogation spécifique au contrat

Outre les dérogations générales à la liberté d'expression, la Cour de cassation considère que la bonne foi constitue une limite à la liberté d'expression (A). Ce faisant, elle assigne une grande place au droit commun dans la réparation des préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression (B).

A.- L'existence d'un contrat comme limite à la liberté d'expression

L'existence d'un contrat, qualifié par la Cour de cassation de publicité, constitue selon notre haute juridiction une limite supplémentaire à la liberté d'expression. En effet, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi oblige le journal de se taire, que « l'information divulguée sur le site soit fausse ou *juste*^{45, 46} ». La méconnaissance de cette obligation constitue une faute simple capable de déclencher la responsabilité civile de son auteur. D'ailleurs, le conflit entre la bonne foi et les droits fondamentaux donne au problème juridique posé par l'arrêt toute son originalité.

À première vue, on peut penser que la bonne foi et les droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, coulent de la même veine⁴⁷. Ne sont-ils pas voués,

⁴³ Civ. 1, 17 févr. 2021, n° 19-24.780, *D. actu.* 17 mars 2021, obs. A. PANET ; *D.* 2021, p. 424 ; *Légipresse* 2021, p. 129 ; *JCP G* 2021, p. 427, obs. D. LEGOHEREL ; 21 mars 2018, n° 16-28.741 ; 21 mars 2018, n° 16-28.741, *D.* 2018, p. 670, *Légipresse* 2018, p. 194 ; *RTD civ.* 2018, p. 362, obs. D. MAZEAUD ; Civ. 1, 10 octobre 2019, n° 18-21.871, *D.* 2019, p. 1991 ; *Légipresse* 2019, p. 517. Sont considérés comme des questions qui intéressent l'intérêt général les « questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité ». V. aussi J.-P. MARGUÉNAUD, « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », *RTD civ.* 2016, p. 297 ; Civ. 1, 1er mars 2017, n° 15-22.946, *D.* 2017, p. 508 ; *Légipresse* 2017, p. 185 ; *RTD civ.* 2017, p. 352, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2017, p. 372, note J. HAUSER.

⁴⁴ J. HAUSER, « Protection de la vie privée et liberté d'expression : la vie privée des people, une peau de chagrin ? », *RTD civ.* 2010, p. 79.

⁴⁵ C'est nous qui soulignons.

⁴⁶ Traduction personnelle.

⁴⁷ H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD civ.* 2022, p. 604.

dans leur conception la plus classique, à enrichir le contenu du contrat voire à dépasser sa lettre dans une vision plus moraliste et plus humaniste des conventions⁴⁸. L'idée même de leurs oppositions, à un point que le juge doit faire prévaloir l'une aux dépens de l'autre, peut paraître inconcevable⁴⁹. Toutefois, et comme le prouve l'arrêt objet du commentaire, les possibilités de leur confrontation peuvent se présenter⁵⁰. En effet, alors que la liberté d'expression, tout comme certains autres droits fondamentaux, cherchent à protéger l'individu, la bonne foi, comme norme de comportement cherche à infléchir les intérêts individuels pour une vision plus juste du contrat⁵¹. La loyauté voire la coopération doivent-elles alors primer pour obliger le contractant à se taire ?

À lire l'arrêt du 4 décembre 2014, la réponse ne peut être que positive. *A priori*, la solution est séduisante voire justifiée. En effet, comme le législateur autorise parfois les contractants à limiter l'exercice d'un droit fondamental, tel est le cas des clauses de non-concurrence ou celle de confidentialité⁵², la bonne foi, obligation légale découlant de l'article 243 du Code des obligations et des contrats, peut-elle aussi limiter l'exercice de la liberté d'expression⁵³. Pourtant, cette solution est loin de forcer l'adhésion. Se servir de la bonne foi pour limiter la liberté d'expression peut paraître critiquable⁵⁴. En effet, même les clauses de réserve qui incombent aux salariés ne peuvent, sous peine de nullité, supprimer la liberté d'expression⁵⁵. Les critiques demeurent permises lorsqu'elles ne sont ni injurieuses, ni diffamatoires⁵⁶. Admettre, comme l'affirme l'arrêt commenté, que le journaliste doit s'abstenir de toute information même lorsqu'elle est « exacte⁵⁷ », en présence d'un contrat de publicité, conduit peu ou prou à porter atteinte à la substance même de la liberté d'expression⁵⁸. Or, ceci heurte de front l'ancien article 49 de la Constitution⁵⁹.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *R.T.D civ.* 2022, p. 604.

⁵² Voir l'alinéa 2 de l'article 118 du Code des obligations et des contrats. Sur cette question, v. A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, Paris : IRJS, 2015.

⁵³ A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives aux droits de la personnalité », art. préc.

⁵⁴ B. BOSSU, « L'encadrement de la liberté d'expression par le contrat », *JCP S* 2014, n° 22, p. 1226.

⁵⁵ H. BARBIER, « La validité d'une interdiction contractuelle du droit de critique », *RTD civ.* 2014, p. 360 ; P. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Paris : éd. Liaisons, 2014, p. 234.

⁵⁶ Soc. 3 mai 2011, n° 10-14.104, *D.* 2011, p. 1357.

⁵⁷ Nous soulignons.

⁵⁸ H. BARBIER, « La validité d'une interdiction contractuelle du droit de critique », art. préc.

⁵⁹ Devenu l'article 55 de la Constitution de 2022.

La jurisprudence relative à l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail est à ce titre plus qu'illustrative⁶⁰. En effet, on peut penser que le respect des intérêts de l'employeur et de l'entreprise devrait, sous l'emprise de la bonne foi, contraindre le salarié à s'abstenir d'exercer sa liberté d'expression. Telle n'a pas été pourtant la position des juges tunisiens et français⁶¹.

Dans son arrêt du 16 février 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que le licenciement « prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression est nul⁶² ». Une solution qu'elle a confirmée dans son arrêt du 29 juin 2022 en considérant que les critiques et les accusations de corruption de la part du salarié ne justifient point son licenciement. Ce dernier est considéré comme abusif pour atteinte à la liberté d'expression⁶³. Dans son arrêt n° 25720 du 30 octobre 2015⁶⁴, la Cour de cassation tunisienne semble suivre la même démarche. Le licenciement d'une salariée qui a critiqué ouvertement son employeur dans des stations radio a été considéré comme nul pour atteinte à la liberté d'expression. Il est clair que ces décisions, et contrairement à l'arrêt objet du commentaire, étouffent les effets qu'aurait imposés la bonne foi due à l'employeur⁶⁵. Cette solution paraît parfaitement justifiable. En effet, seuls les abus dans l'exercice de la liberté d'expression constituent des limites acceptables à l'exercice de la liberté d'expression. La préexistence d'un rapport contractuel ne peut étendre le seuil de ces dernières. La neutralisation de la bonne foi permet, comme l'a bien écrit M. Hugo Barbier, « d'éviter d'avoir une liberté d'expression à deux vitesses, selon qu'on exprime des propos critiques à l'égard d'un tiers ou d'un cocontractant⁶⁶ ». De ce fait, admettre la bonne foi du contractant⁶⁷ comme limite à liberté d'expression paraît fort critiquable. Tant que la critique est argumentée et objective, elle est conforme à un exercice sain de la liberté d'expression. Mais

⁶⁰ Sur cette question, v. S. SOUSSI, *Le droit du travail et l'entreprise* (en arabe), CPU, 2018, p. 435 et s.

⁶¹ Cette position est contraire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans sa décision *Palomo Sanchez c. Espagne* a considéré que « même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail » (CEDH, gr. ch., 12 septembre 2011, *RDC* 2012, p. 29, note J. ROCHFELD ; v. dans le même sens CEDH, 9 janvier 2018, req. 13003/04, *Catalan c. Roumanie*, *Dr. social* 2021, p. 503, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; 15 juin 2021, req. 35786/19, *Melike c. Turquie*, *Légipresse* 2021, p. 324).

⁶² La Cour ajoute que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées » (Soc., 16 février 2022, n° 19-17.871, *JCP S* 2022, n° 12, 1091, note B. BOSSU).

⁶³ Soc., 29 juin 2022, n° 20-16.060.

⁶⁴ Inédit.

⁶⁵ H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD civ.* 2022, p. 604.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Ce qui a pour conséquence l'admission de la faute simple comme source de réparation, v. *infra*.

si la critique des produits ou services est abusive⁶⁸, la victime pourra en principe légitimement prétendre à l'allocation de dommages et intérêts⁶⁹. Y a-t-il alors une place pour le droit commun de la responsabilité civile pour réparer les préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression ?

B.- La place du droit commun dans la réparation des préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression

À lire l'arrêt du 4 décembre 2014, exercer sa liberté d'expression en présence d'un contrat qui oblige à promouvoir un produit, constitue une faute simple capable de déclencher la responsabilité civile de son auteur. On l'aurait compris, le droit commun de la responsabilité civile conserve, selon cette jurisprudence, une place d'honneur dans la réparation des préjudices liés à l'exercice de la liberté d'expression.

Que faut-il en penser ? Avant de répondre à cette question il convient d'examiner le système de responsabilité mis en place par le décret-loi du 2 novembre 2011. En effet, ce dernier n'ouvre le droit à la réparation pécuniaire qu'en cas de de diffamation⁷⁰. Concernant l'injure, l'article 57 ne semble autoriser que la réparation en nature⁷¹. L'action civile, résultant des délits de diffamation ne peut être selon l'article 68 poursuivie séparément de l'action publique⁷². Quant au délai de prescription, il est dérogatoire au droit commun puisque l'action civile est prescrite selon l'article 76 « dans les six mois accomplis à compter de la date de leur survenance ou du jour du dernier acte de procédure des actes de poursuite ». Il est clair que le législateur cherche à travers ce régime de faveur à renforcer la protection de la liberté d'expression. La même rigueur est observée en droit français avec la loi du 29 juillet 1881 qui, à côté des contraintes procédurales entourant l'exercice de l'action

⁶⁸ Sur les critères de l'abus, v. *infra*.

⁶⁹ Voir dans ce sens Civ. 1, 2 juillet 2014, n° 13-16.730, *D.* 2014, p. 1489, *Resp. civ. assur.* 2014, comm. 344 ; 29 octobre 2014, n° 13-15.850, *D.* 2014, p. 2242.

⁷⁰ Selon l'article 55 du décret-loi précité, « il y a diffamation dans toute allégation ou imputation publique d'un fait incorrect qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne bien déterminée à condition qu'il en résulte un préjudice personnel et direct à la personne visée ». L'auteur de la diffamation est selon l'article 56 « puni d'une amende de mille à deux mille dinars, avec ordre de publier des extraits du jugement rendu dans l'affaire, au numéro du périodique condamné, suivant la date de notification du jugement, nonobstant la demande en dommages-intérêts ».

⁷¹ Selon l'article 57, « est puni d'une amende de cinq cents à mille dinars, avec ordre de publier des extraits du jugement rendu dans l'affaire, au numéro du périodique condamné, suivant la date de notification du jugement ».

⁷² L'article 68 dispose qu'« il ne peut être engagé d'action civile séparée de l'action publique dans les délits de diffamation indiqués dans le présent décret-loi, sauf en cas de décès de l'auteur du délit, du bénéfice par celui-ci d'une amnistie ou de l'existence d'un empêchement aux poursuites pénales ».

civile⁷³, n'ouvre le droit à la réparation que pour les abus de la liberté d'expression les plus caractérisés⁷⁴.

En acceptant le recours en réparation indépendamment de l'action pénale, la Cour semble rejeter « la thèse du système juridique clos⁷⁵ » défendue par le doyen Carbonnier⁷⁶ selon laquelle le droit commun de la responsabilité civile doit s'infléchir totalement pour céder la place à une application exclusive du texte spécial. En effet, l'arrêt du 4 décembre 2014 donne aux victimes la possibilité de solliciter le droit commun de la responsabilité civile épousant ainsi « la thèse dualiste⁷⁷ » qui libère l'action en réparation intentée devant le juge civil des limites imposées par le décret-loi 2011⁷⁸.

Si cette jurisprudence se confirme, un concours de normes potentiellement applicables, serait possible. En effet, les textes pouvant dorénavant régir les abus de liberté d'expression sont légion.

En premier lieu, il y a l'article 68 du décret-loi 2011 qui semble se contenter de la diffamation pour demander au juge pénal une réparation pécuniaire⁷⁹. Il va sans dire que cette restriction permet à la liberté d'expression de s'épanouir. En second lieu, on trouve l'article 87 du Code des obligations et des contrats qui paraît beaucoup moins restrictif⁸⁰ puisqu'il permet l'exercice d'une action en réparation devant le juge civil non seulement pour diffamation⁸¹, injure mais aussi pour d'autres formes

⁷³ V. E. DERIEUX, « Pièges procéduraux de la loi du 29 juillet 1881 », note sous TGI Belfort, 5 janv. 1996, *JCP G* 1996, II, 22695.

⁷⁴ Voir G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2006 ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, Paris : LGDJ, 2007, nos 106 et s. ; P. GUERDER, « L'évolution récente de la jurisprudence civile en matière de presse », *Rapp. ann. C. cass.* 1999, p. 165 s. ; G. VINEY, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1167 ; B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2007, p. 275 ; B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER et N. TAVIEAUX-MORO, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2008, I, 209 ; E. DREYER, « Où va la Cour de cassation en matière de presse ? », *JCP G* 2010, 833 ; E. DREYER, « Dossier sur la responsabilité civile et la responsabilité pénale, regards croisés », *Resp. civ. assur.* 2013, n° 33.

⁷⁵ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. Toulouse 1, 2011/2012, disponible sur le site www.memoireonline.com (consulté le 27 août 2023).

⁷⁶ J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, p. 119.

⁷⁷ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ En disposant qu'il « ne peut être engagé d'action civile séparée de l'action publique dans les délits de diffamation indiqués dans le présent décret – loi, sauf en cas de décès de l'auteur du délit, du bénéfice par celui-ci d'une amnistie ou de l'existence d'un empêchement aux poursuites pénales », le législateur semble écarter l'injure.

⁸⁰ S. JERBI, *Les conditions de la responsabilité civile* (en arabe), Sfax : Relire du sud, 2^e éd. 2014, p. 115 et s.

⁸¹ Même si, concernant la diffamation, le recours ne peut être fait que devant le juge pénal selon l'article 68 du décret-loi. Ce dernier semble abroger tacitement et partiellement l'article 87 du Code des obligations et des contrats.

d'abus dans l'exercice de la liberté d'expression⁸². Ceci sans oublier en dernier lieu les articles 82 et 83 du Code des obligations et des contrats, qui par leur système universel, permettent aux victimes de demander la réparation sur la base de la faute aussi légère soit-elle.

Comment alors harmoniser la lecture de ces dispositions animées par des objectifs *a priori* antinomiques ?⁸³ Il s'agit certainement d'une des questions les plus cruciales à laquelle l'arrêt commenté essaye de donner un premier élément de réponse. En effet, pour la plus haute juridiction, toute faute, même simple, permet de demander la réparation aux organes de presse. La Cour ne parle que de la responsabilité contractuelle, mais rien n'empêche d'adopter ce même raisonnement pour la responsabilité délictuelle⁸⁴. Certes, la souplesse de la notion de la faute constitue son atout majeur lui permettant de suivre les évolutions et les nouveaux défis socio-économiques⁸⁵. Néanmoins, appliquée au contentieux de la presse, la faute simple risque de « se transformer en un instrument de censure⁸⁶ » car la liberté d'expression comporte en elle-même la possibilité de nuisance inhérente à sa nature et condition *sine qua non* à sa fluorescence⁸⁷. Elle vaut, comme l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans une formule fort célèbre, « 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 l'État ou une fraction quelconque de la population⁸⁸ ».

En somme, s'il est complètement défendable d'autoriser l'application du droit commun pour réprimer les abus de la liberté d'expression⁸⁹, il est en revanche

⁸² L'article 87 du Code des obligations et des contrats dispose que « celui qui, contrairement à la vérité, affirme ou répond 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 ».

⁸³ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁸⁴ La jurisprudence tunisienne est partisane de l'unité des fautes contractuelles et délictuelles, voir S. ABID-MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris : L'Harmattan, 2014.

⁸⁵ Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988, p. 505 ; F. ARHAB, « Les nouveaux territoires de la faute », *Resp. civ. assur.* 2003, p. 43 ; G. VINEY, « Modernité ou obsolescence du Code civil ? L'exemple de la responsabilité », in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris : Dalloz 2008, p. 1041.

⁸⁶ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁸⁷ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁸⁸ CEDH, 7 décembre 1976, req. 5493/72, *Handyside c. Royaume-Uni*.

⁸⁹ En faveur de cette solution en droit français G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, th. préc. ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, th. préc. ; E. DREYER, « Disparition de la responsabilité en matière de presse », *D.* 2006, p. 1337 ; G. VINEY, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de liberté d'expression », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2006, p. 1167 ; Th. HASSLER, note au *D.* 2006, p. 485 ; P. JOURDAIN, « Le renforcement de l'exclusion de l'article 1382 en matière de presse », *RTD civ.* 2007, p. 354.

primordial de restreindre cette application dans des limites raisonnables. Comme l'a bien écrit un auteur « c'est tout l'équilibre du droit de la presse qui est en jeu⁹⁰ ».

La quête d'un tel équilibre, ô combien difficile, passerait, semble-t-il, à travers la distinction entre la liberté d'information et celle d'opinion. En effet, les spécialistes du droit de la presse⁹¹ distinguent entre « les faits » ou « les informations » et les « commentaires ». Si les premiers « sont sacrés », les seconds « sont libres ». Lorsqu'il s'agit de communiquer une information, son auteur doit encourir une responsabilité pour faute s'il manque à son obligation de diligence. Dans ce cadre, l'article 88 du Code des obligations et des contrats qui ne retient la responsabilité de l'informateur qu'en cas de faute grave paraît archaïque et devrait être certainement modifié⁹². En revanche, celui qui exprime une opinion, avance une critique ou émet un jugement, le seuil de la faute doit être hissé. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant car, l'exercice d'un droit ou une liberté est toujours pris en considération dans l'appréciation de la faute et envisagé comme une sorte de fait justificatif. Ceci éviterait de condamner à la réparation pour une faute simple⁹³.

À cet égard, l'article 103 du Code des obligations et des contrats que la jurisprudence tunisienne considère comme un principe général transcendant les deux ordres de responsabilité est d'une préciosité certaine⁹⁴. En effet, l'article 103 retient deux critères de l'abus de droit. Son premier alinéa adopte un critère restrictif celui de l'intention de nuire. L'utilisation malsaine de la liberté d'expression pour nuire à autrui ouvre donc le droit à la réparation. Mais l'article 103 du Code des obligations et des contrats consacre également la théorie de l'abus lorsque « l'exercice de ce droit est de nature à causer un dommage notable à autrui et que ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour l'ayant droit ». Le deuxième alinéa de l'article 103 permet d'adopter la théorie objective de l'abus qui retient la faute lorsque le droit a été détourné de sa fonction sociale.

C'est curieusement un contrôle de proportionnalité, tant cherché par le constituant de 2014 que permet l'application de l'article 103 du Code des obligations et des contrats. Si l'expression d'une opinion cherche à satisfaire l'intérêt général ou le droit du public à l'information, les exagérations dans l'expression seront certainement légitimes et écartent la faute. C'est dire que l'application combinée des articles 103

⁹⁰ A. PETIT, *Presse et responsabilité civile*, mém. préc., p. 9 et s.

⁹¹ B. BEIGNIER, E. DREYER et B. DE LAMY, *Traité du droit de la presse et des médias*, Paris : Litec, 2^e éd. 2009, n^{os} 23 et s.

⁹² L'article 88 du Code des obligations et des contrats dispose que « celui qui, de bonne foi, et sans qu'il y ait faute lourde ou imprudence grave de sa part, donne des renseignements dont il ignore la fausseté, n'est tenu d'aucune responsabilité envers la personne qui est l'objet de ces renseignements : 1. lorsqu'il y avait, pour lui ou pour celui qui a reçu les renseignements, un intérêt légitime à les obtenir ; 2. lorsqu'il était tenu, par suite de ses rapports d'affaires ou d'une obligation légale, de communiquer les informations qui étaient à sa connaissance ».

⁹³ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, th. préc.

⁹⁴ N. BEN AMMOU, *Essai sur l'article 103 du Code des obligations et des contrats*, mém. Tunis, 1986-1987.

et 82 ou 83 permet de solliciter le droit commun de la responsabilité civile sans entraver la liberté d'expression.

Cet arrêt qui préfère élargir les limites de la liberté d'expression et qui autorise la réparation même pour une faute simple fera-t-il jurisprudence ? La réponse positive est loin d'être souhaitable. Nos juges devraient certainement s'accoutumer avec le principe de proportionnalité pour mieux gérer les limites et les conflits des droits fondamentaux. Le droit commun, et même s'il est invité à s'appliquer concurremment avec le décret de 2011, doit être manipulé avec prudence en hissant le degré de la faute lorsqu'il s'agit d'exprimer une opinion. Mais pour établir les bons compromis, il faudra certainement beaucoup de patience et de bon sens. L'enjeu est de taille, mais l'espoir d'atteindre cet équilibre reste toujours permis.