



Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles

[www.adlitn.org](http://www.adlitn.org)

# Minoré(e)s et discriminé(e)s :

*Le Droit  
facteur d'inégalité*



**Mohamed Amine Jlassi**  
Docteur en Droit

Préface : Pr. Wahid FERCHICHI

Postface : Le doyen Habib KAZDAGHLI





Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles  
[www.adlitn.org](http://www.adlitn.org)

**Minoré(e)s  
et discriminé(e)s :**  
*Le Droit  
facteur d'inégalité*



Etude de :

**Mohamed Amine JELASSI**

Préface : Pr. Wahid FERCHICHI

Postface : Le doyen Habib KAZDAGHLI

*Avec le soutien de*

Tunis 2018

■■■ HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
AFRIQUE DU NORD TUNIS

*/ Caractéristiques techniques /*

**Format :** 155 x 235 mm

**Papier :** OFFSET 100 gr / 300 gr couché mat

**Volume :** 232 pages

**Edition :** 1<sup>ère</sup> Edition Mai 2018 / Impression Offset - *Heidelberg*

**Conception graphique :** Anis Menzli / ALPHAWIN STUDIO - 2018

**Nombre de tirage :** 200 exemplaires

**ISBN :** 978-9973-9821-6-2

© ADLI. *Tous les droits d'auteurs sont réservés à l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles*

**/ TABLE DES MATIÈRES /**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b>PROBLÉMATIQUE, QUESTIONNEMENTS ET APPROCHE</b>	<b>5</b>
<b>L'USAGE DES EXPRESSIONS</b>	<b>6</b>
<b>LES PRINCIPES À EXPLORER</b>	<b>7</b>
<b>/ PREMIÈRE PARTIE /</b>	<b>15</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La règle de Droit facteur d'inégalité à cause du vide juridique <ul style="list-style-type: none"> <li>- Une règle de Droit qui rend flou « le statut » de certaines minorités</li> <li>- Déterminer « le statut » des transsexuels selon un référentiel traditionnel</li> <li>- La manifestation publique de l'identité sexuelle et de genre est compliquée</li> <li>- L'application des règles de Droit qui discriminent les minoré-e-s</li> </ul> </li> <li>• Les personnes menacées sur la base de leurs convictions <ul style="list-style-type: none"> <li><i>Une menace à travers des dispositions explicites</i></li> <li><i>Une menace à travers des dispositions implicites</i></li> </ul> </li> <li>• Les garanties de protection des convictions « minoritaires »</li> </ul>	
<b>/ DEUXIÈME PARTIE /</b>	<b>36</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Le Droit pénalise les actes des personnes « homosexuelles » <ul style="list-style-type: none"> <li>- Les causes de la criminalisation de l'homosexualité</li> <li>- Les conséquences de la criminalisation de l'homosexualité <ul style="list-style-type: none"> <li><i>L'invisibilité choisie par les homosexuels</i></li> <li><i>La remise en cause du droit à un procès équitable</i></li> <li><i>La qualification stéréotypée des personnes « homosexuelles »</i></li> <li><i>La condamnation des « personnes homosexuelles » sur la base de circonstances</i></li> </ul> </li> <li>- L'atteinte à l'intégrité physique</li> </ul> </li> </ul>	
<b>/ TROISIÈME PARTIE /</b>	<b>50</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Le Droit est la règle « de la majorité pour la majorité » <ul style="list-style-type: none"> <li>- Le Droit fait de l'Islam une religion dominante <ul style="list-style-type: none"> <li><i>L'État s'occupe principalement de la religion dominante</i></li> <li><i>L'ingérence dans la vie privée de certains individus</i></li> </ul> </li> <li>- La règle de Droit fait de l'Arabe une langue dominante <ul style="list-style-type: none"> <li><i>La prééminence de la langue arabe dans tous les domaines</i></li> <li><i>L'occultation de la diversité culturelle</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	
<b>/ CONCLUSION /</b>	<b>66</b>
<b>/ BIBLIOGRAPHIE /</b>	<b>70</b>

## ( Préface )

### **Lorsque la différence tue ...**

Par Wahid FERCHICHI,  
Professeur de Droit public  
Université de Carthage,  
Faculté des sciences juridiques de Tunis

En 2011, en pleine ambiance révolutionnaire marquée par des ambitions de changement radical du modèle socio-politique tunisien, j'ai été contacté par Mohamed Amine JELASSI pour discuter d'une éventuelle direction de sa thèse de doctorat en droit et j'ai immédiatement accepté car le sujet portait sur la question des « minorités en Tunisie ».

Suivant Amine dans sa passionnante recherche, j'ai pu vérifier une dimension délicate et fâcheuse de la norme juridique : l'inégalité et l'injustice par le « Droit » !

Et j'ai découvert avec lui que le « Droit », censé œuvrer à un traitement égal de toutes et de tous sans discrimination aucune basée sur le sexe, la langue, la croyance, l'origine ethnique, sociale, la couleur, l'état de santé... participait pourtant à la discrimination et à la stigmatisation, légitimant du coup violations et dépassements de toutes sortes...

C'est en fait parce que le « Droit », lorsqu'il traduit la volonté politique de l'idéologie d'une époque, reflète en même temps les valeurs dominantes et protège les intérêts de ceux qui sont au pouvoir, comme tragiquement illustré par l'État nazi et plus récemment par Daech...

Ainsi, tout au long de l'histoire du « Droit », nous avons assisté à la montée et à la disparition de formes de discrimination institutionnalisées et consacrées par lui...

Le « Droit » qui a pour ambition de régler les rapports et les phénomènes sociaux peut ainsi, selon la volonté des gouvernants du moment, favoriser un groupe et en discriminer d'autres...

L'Humanité, à travers le « Droit », cet outil dangereux, a pu discriminer, condamner voire décimer des personnes, des groupes et même des populations entières, parce qu'elles étaient différentes...

Toutefois, l'évolution du « Droit » et le développement d'une approche universelle des droits des personnes, d'abord sous le vocable « droits de l'Homme », plus récemment qualifiés de « droits humains », ont progressivement conduit à la métamorphose d'un droit protégeant les groupes à un droit protégeant les individus...

Ainsi, passer d'un « Droit des groupes dominants » à un « Droit des personnes », permet de reconnaître et de consacrer la protection d'une large palette de différences et le respect de l'humain dans son individualité.

Cette approche, qui semble dépasser la conception classique des droits des minorités, telle que conçue et reconnue en droit international, tend à combattre les normes juridiques qui légitiment toutes formes de discrimination des groupes

et des personnes en leur imposant un statut d'infériorité, basé sur des différences d'opinions, de convictions, de croyances, d'apparence, d'origine ethnique ou sociale, d'état de santé, d'orientation sexuelle ou de choix individuels, un « Droit » source de légitimité des discriminations, un droit qui sanctionne la différence et refuse la diversité, un « Droit » qui tue...

Ainsi, traiter la question des personnes minorées et discriminées met l'accent sur les limites du « Droit » et incite à réfléchir à la question de savoir comment il serait possible d'adapter un droit bâti sur des fondements discriminatoires aux principes universels qui font de l'individu l'objectif de toute protection et promotion ? Un objectif que la Constitution tunisienne de 2014 place au coeur de son dispositif, à travers la référence centrale à la dignité humaine... Une Constitution qui peine à être mise en application en ce qui concerne le respect de la vie privée et des choix individuels...

Ainsi, nous nous posons encore et toujours des questions sur l'avenir de la protection des personnes minorées et discriminées et sur le cadre juridique le plus approprié pour un respect des individualités et la sanction des atteintes portées à l'intégrité corporelle et à la dignité des personnes... Sommes-nous prêts aujourd'hui à harmoniser notre législation nationale avec les dispositions de la Constitution et les engagements internationaux du pays, tout en s'inspirant des législations comparées qui ont reconnu progressivement l'égalité de toutes et de tous devant un Droit juste. Des législations qui sont passées de la pénalisation à la tolérance à l'égalité et qui sanctionnent aujourd'hui toute discrimination et stigmatisation...

Enfin et pour généraliser et diffuser certaines conclusions de la thèse de Amine<sup>1</sup>, l'ADLI, a encouragé l'auteur à publier cette recherche intitulée « Minoré-e-s et discriminé-e-s, le droit facteur d'inégalité »...

---

<sup>1</sup> JELASSI (Mohamed Amine), Les minorités en Tunisie, Thèse de Doctorat en Droit, soutenue le 11 novembre 2017, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.



## **( Introduction )**

Depuis le 14 janvier 2011, le sujet des personnes appartenant à des « minorités » n'est plus un sujet tabou et les médias en parlent ouvertement.

Citons l'exemple de l'arrestation de Jabeur El Mejri et celle des jeunes soupçonnés d'avoir pratiqué la sodomie, au sens de l'article 230 du Code pénal. Événements, à la une des médias sociaux pendant plusieurs jours, dénonçant certaines tendances liberticides de la part de l'autorité en place.

Ceci outre le fait qu'au moment de la rédaction de la Constitution au sein de l'Assemblée Nationale Constituante et avec les craintes soulevées quant à la redéfinition de l'identité tunisienne, certaines personnes se sont senties menacées sur le plan social et juridique.

En effet, la tendance en Tunisie-post 14 janvier 2011 consistait à protéger le sacré, dans son acception la plus large et est même allée plus loin, jusqu'à demander au pouvoir constituant de criminaliser, l'atteinte au sacré et le blasphème.

Situation qui n'a pas manqué de favoriser la montée de l'extrémisme religieux marqué par les «fatwas de takfir» (accusation d'apostasie), qui ont émergé massivement entre 2011 et 2013, mettant en péril la liberté de conscience et menaçant la vie de plusieurs individus.

## **Problématique, questionnements et approche /**

Jouir des droits et libertés se rapporte aussi à la citoyenneté. Néanmoins, la réalité socio-juridique est tout autre et ne reflète pas cette évidence.

Et c'est la raison pour laquelle on s'est posé les questions suivantes en élaborant cette étude :

- Pour être citoyen-ne tunisien-ne, faut-il être arabe et musulman-e ?
- Pour être titulaire des droits constitutionnellement garantis, faut-il être arabe et musulman-e ?
- Pour avoir une protection égale par la loi, faut-il être arabe et musulman-e ?
- Pourquoi ne peut-on pas être tunisien-ne et homosexuel-le, Tunisien et juif/ve, Tunisien-e et chrétien-e, Tunisien-e et bahaii-e, athé-e ou agnostique tunisien ... ? Un-e amazigh tunisien-ne ?
- Cette étude se propose d'aborder la question de la protection égale par la loi et de comprendre si l'identité nationale passe avant la garantie des droits individuels pour toutes et tous ?

La démarche suivie repose essentiellement sur l'exploitation des différentes sources du Droit positif tunisien, international et comparé qui traitent des droits et libertés. On a remarqué que le droit tunisien en matière de libertés est assez riche, mais en pratique cette richesse est remise en cause. L'individu est encore défini par la société à laquelle il appartient et de laquelle il procède.

En outre, on a constaté que certains individus se heurtent au modèle imposé par une société arabe et musulmane. Il s'agit de l'identité culturelle dominante. Cette dernière englobe, non seulement la religion et la langue, mais aussi les traditions, les coutumes et usages.

Plusieurs articles de la Constitution laissent parfois croire qu'il s'agit d'une Constitution pour la société tunisienne arabe et musulmane.

Ces dispositions constitutionnelles (et comme c'était le cas avec la Constitution de 1959, quoique cette dernière portait moins de références à l'identité arabe et musulmane), hélas, impactent les comportements des acteurs politiques et non-politiques vis-à-vis de certains individus, surtout lorsqu'elles ne concordent pas avec la norme juridico-sociale.

Notre objectif est de comprendre comment les droits individuels pourraient être protégés par le Droit afin que ce dernier ne soit pas un facteur d'inégalité.

A ce stade, il faut rappeler que le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (du 10 décembre 1948) prévoit qu' « il est essentiel que les droits de l'Homme soient protégés par un régime de Droit pour que l'Homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ».

Protéger les droits humains par un régime de Droit renvoie à la protection juridique des droits humains en Droit international et en Droit national. La protection par le Droit veut dire, aussi, que les autorités publiques s'engagent à assurer le respect, la protection et la promotion des droits et libertés.<sup>1</sup>

On ne peut parler de libertés publiques sans un cadre juridique qui définit les libertés et les droits accordés aux individus dans l'espace social et politique, sous le contrôle de l'Etat.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SIMMA (B.): « International human rights and general international law: A comparison analysis », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, vol. IV-2, pp. 153-256 ; FLAUSS (J-F): « La protection des Droits de l'Homme et les sources du droit international », in *La Protection des Droits de l'Homme et l'évolution du Droit international*, Société française pour le Droit international (Colloque de Strasbourg), Pédone, 1998, pp. 48-79.

<sup>2</sup> Un contrôle soumis à des conditions lorsque l'Etat vise à mettre des restrictions relatives aux droits et libertés. Ce contrôle est considéré comme une « immunité » de la Constitution, tel que prévu par l'article 49 de la Constitution de 2014 qui pose ces conditions. La loi fixe les restrictions et les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte.

## L'usage des expressions /

**Discriminé :** Une personne discrimine une autre si sur la base de la couleur, de la race ou des origines ethniques ou nationales ou toute autre situation, elle la traite moins favorablement qu'elle ne traite ou traiterait d'autres personnes. Le système international de protection des droits humains est fondé sur le principe de non-discrimination. De nombreux instruments internationaux participent de ce principe et ont pour objectif de lutter contre toutes les formes de discrimination.<sup>3</sup> Or, ces instruments ne contiennent pas de définitions identiques de l'expression « discrimination ».

En effet, le Comité des droits de l'Homme a proposé une définition du terme « discrimination » au sens du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en considérant qu'elle s'entend de « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>4</sup> ».

Dès lors, une personne discriminée sur la base d'un comportement (distinction, exclusion, restriction ou préférence) dont le résultat sera la violation de la règle de l'égalité devant la loi.

L'égalité de tous devant la loi est une des composantes du droit à l'égalité, auquel on rajoute l'égalité dans la règle et l'égalité par la règle.<sup>5</sup> « La non-discrimination apparaît comme l'une des différentes approches destinées à la réalisation du principe de l'égalité. Son évolution peut s'expliquer par les trois stades parcourus, à savoir : d'abord, la consécration d'un droit par la loi. Ensuite, l'égalité devant la loi établissant ce principe et enfin, la non-discrimination dans l'application du droit

---

<sup>3</sup> L'interdiction de la discrimination a commencé avec l'adoption des instruments internationaux de portée générale : la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Puis, les Nations Unies ont adopté des instruments de portée spécifique tels que :

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, la Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction etc. Voir d'autres instruments internationaux relatifs à la lutte contre la discrimination sur le site web du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme (HCDH) : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>

<sup>4</sup> Le Comité des droits de l'Homme, Observation Générale 18, Article 26: Principe d'égalité, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/ Rev.1 (1994). Voir Paragraphes 1 et 7.

<sup>5</sup> LOCHAK (D.) : « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de Droit dans ses rapports avec l'égalité », *Droit et cultures*, n°49, 2005, pp. 15 - 19.

protégé<sup>6</sup> ». Dès lors, il est inadmissible d'adopter des lois ou autres actes juridiques qui discriminent des citoyens du fait de leur sexe, éducation, religion, race ou pour tout autre motif.

« Le principe de l'égalité est respecté lorsque chaque citoyen peut devenir le bénéficiaire de chacune des normes qui octroient un droit civil déterminé. Du point de vue de l'égalité, il est donc inadmissible de différencier des citoyens sur des critères d'un statut juridique différencié »<sup>7</sup>.

Un traitement inégal par la loi sera qualifié d'intolérance et de discrimination qui touche certaines citoyennes et citoyens et spécialement les personnes appartenant à des minorités.

### **Minorité :**

Avant de définir qu'est-ce qu'on entend par « minorité », quelques remarques s'imposent à ce niveau.

En premier lieu, les minorités sont une création du Droit international public. L'on peut même préciser que les minorités nationales en sont une, exclusivement. « Le mot minorité renvoie inmanquablement aux normes internationales de protection des droits de l'Homme »<sup>8</sup>.

En second lieu, la complexité de cette étude a, d'une part, pour origine l'incertitude et le caractère mouvant et évolutif du phénomène minoritaire qui explique « l'impossibilité de s'entendre sur les expressions à utiliser et les catégories de groupes à inclure dans la notion »<sup>9</sup>.

D'autre part, l'hétérogénéité des phénomènes minoritaires justifie l'impossible formulation générale et abstraite de la notion juridique de minorité. Car il s'agit avant tout d'un phénomène social difficile à cerner par le Droit.

En troisième lieu, les minorités ne constituent pas des sujets de droit. On ne parle

---

<sup>6</sup> ROUCOUNAS (E.): « La non-discrimination, le Droit international et les droits de l'Homme », in *Facteurs privés et droit international public*, Chapitre IV, Académie de Droit international de La Haye, *Recueil des cours*, 2002, tome 299, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2003, p. 162 et voir également pp. 159-168.

<sup>7</sup> *Les rapports entre le droit international et le droit interne*: actes du Séminaire UniDem organisé à Varsovie du 19 au 21 mai 1993 en coopération avec l'Université de Wrocław et le Centre des droits de l'homme de Poznań et avec le soutien du Programme Phare des Communautés européennes, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, pp. 53 et s.

<sup>8</sup> ROULAND (N.), PIERRE-CAPS (S.) et POUMAREDE (J.): *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F., Paris, 1996, p.182.

<sup>9</sup> BOKATOLA (I-O.): « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales et ethniques, religieuses et linguistiques », *R.G.D.I.P.*, 1993, p. 745.

SOULIER (G.): « Droits des minorités et pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, pp. 625 - 630.

Cités par KOUBI (G.): « « L'entre deux » des droits de l'Homme et des droits des minorités: un concept d'appartenance », *R.T.D.H.*, n°18, avril 1994, p. 179, pour montrer les raisons d'absence d'une définition juridique de minorité.

pas d'une minorité pour l'opposer à une majorité. L'objet de la protection est les individus ou les personnes qui appartiennent à des minorités. D'ailleurs, une liste exhaustive des minorités n'existe pas.

Enfin, l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), et même en adoptant une disposition pour les minorités en vertu de l'article 27 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (P.I.D.C.P.), n'a pas donné une définition seule et unique.

Notons que les seules tentatives de définition étaient fournies dans un cadre de missions accordées aux rapporteurs de l'O.N.U.<sup>10</sup>

### **Qu'est- ce qu'une « minorité » ?**

Le Droit international public traite des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. Cette catégorie constitue les personnes qui appartiennent à une minorité nationale ou classique en excluant d'autres catégories auxquelles on peut rajouter les qualificatifs suivants : identité sexuelle, orientation sexuelle et convictions athées ou agnostiques. La deuxième catégorie qui n'a pas été traitée par le Droit international public, on peut l'appeler minorité non-nationale ou non classique.

#### **• Minorité nationale ou classique :**

Dans son ouvrage intitulé « National minorities : an international problem », Inis L. CLAUDE proposait une définition purement subjective des « minorités » en faisant remarquer « qu'une minorité nationale existe lorsqu'un groupe de gens dans un Etat professent la conviction de constituer une nation, ou une partie de nation, distincte de l'entité nationale à laquelle la majorité de la population appartient, ou lorsque l'élément majoritaire de la population estime posséder un caractère national que des groupes minoritaires ne veulent pas ou ne peuvent pas partager<sup>11</sup> ».

Ainsi, Inis L. CLAUDE rejette les critères objectifs et se rallie à l'opinion subjective concernant l'existence d'une minorité. A l'opposé, Jean LAPONCE propose une définition combinant des facteurs objectifs et subjectifs :

« Un groupe de personnes qui, en raison d'un patrimoine racial, linguistique ou national commun qui les distingue du groupe politiquement dominant, craignent d'être empêchés d'intégrer la communauté nationale de leur choix ou d'être contraintes de le faire au prix de leur identité ».<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> CAPOTORTI (F): « Proposed Definition of « Minorities » within the Context of Article 27, I.C.C.P.R.: *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (1979) », E/CN.4/Sub.2.384/Rev.1 paragraph 568.

<sup>11</sup> CLAUDE (I-L.): *National minorities: an international problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1955, p. 2.

<sup>12</sup> «A group of people who, because of common racial, linguistic, or national heritage which singles them out from the politically dominant group, fear that they may neither be prevented from integrating themselves in the national

### • Minorité non-nationale ou non classique

Les personnes qui appartiennent à cette catégorie ne disposent pas d'un caractère national qui les distingue. C'est plutôt le fait qu'elles ne soient pas protégées par la loi ou que leur citoyenneté puisse être décrite comme incomplète<sup>13</sup>.

En Tunisie, les éléments principaux du caractère national sont proclamés par la Constitution, à savoir : la langue arabe et la religion musulmane.<sup>14</sup>

Ces éléments expliquent le fait que la règle de Droit accorde moins de droits ou qu'elle ne prévoit aucun droit aux personnes appartenant à des minorités non classiques. Par conséquent, cette situation précaire induit à ce que ces personnes soient inférieures et non pas seulement discriminées. Cette infériorité est expliquée par le fait d'être différent et d'en subir les conséquences car ce sont les rapports de force dans une société qui déterminent ce statut. D'où on parle de personnes minorées ou minorisées.

### • Minorées ou minorisées

A ce stade nous avons fait appel à la sociologie politique qui utilise le critère de la « subordination »<sup>15</sup> pour déterminer qu'est-ce qu'une personne minorée ou minorisée.

Selon les sociologues, il y a deux facteurs critiques dans la formulation d'une définition de personne minorée, qui sont : le contexte social et la présence d'une discrimination. La définition de Louis WIRTH, à ce propos, a été reprise par plusieurs auteurs:

« On pourra définir la minorité en tant que groupe de personnes qui, à cause de leurs caractéristiques physiques ou culturelles, sont exclues des autres qui vivent dans la société pour un traitement inégal et différentiel, et qui se voient des objets d'une discrimination collective. L'existence d'une minorité dans une société implique l'existence en parallèle d'un groupe qui jouit d'un haut statut social et d'immenses privilèges ».<sup>16</sup>

---

community of their choice or be obliged to do so at the expense of the identity.”

LAPONCE (J-A.): *The protection of minorities*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1960, p. 6. La définition est citée par REHMAN (J.): *The weakness in the international protection of minorities rights*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 17 - 18.

Cf. PREECE (J-J.): *National minorities and the European nation-states system*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 24.

<sup>13</sup> Voir PENTASSUGLIA (G.): *Minorités en droit international: une étude introductive*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004, p. 58 et s.

<sup>14</sup> Article premier de la Constitution de 2014 « La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime ».

<sup>15</sup> Historiquement, conformément au statut du *dhimmi* ou protégé, seuls les gens du livre, juifs et chrétiens, sont juridiquement reconnus sous une forme contractuelle, le statut de *dhimmi*, octroyé par le Prophète aux tribus juives de Khaybar et chrétiennes de Nadjân, soumises lors des premières conquêtes musulmanes. La subordination se manifeste essentiellement dans le paiement d'un double impôt, par capitation et pour la communauté (la *djizyya* et le *kharāj*).

<sup>16</sup> COONTZ (P): «The etymology of « minority » and woman in international law», in CHANDRA (S.) (dir.),

En effet, les personnes sont minorées ou minorisées quand leur existence n'est pas couverte par les énoncés de légitimité d'une société, de telle sorte que cette situation reste tributaire des rapports de force<sup>17</sup>.

Si on se conforme aux normes sociales préétablies, les individus ne peuvent pas être considérés comme minorés même s'ils ont les mêmes caractéristiques avec d'autres individus qui sont discriminés pour le même motif.

L'exemple des homosexuels<sup>18</sup> est toujours pertinent dans ce cas, un homosexuel qui éprouve une attirance envers des individus du même sexe que lui, n'est pas forcément minorisé. Son orientation sexuelle n'est pas un critère déterminant pour qu'il soit considéré comme une personne minorée ou minorisée. Car s'il se conforme aux normes sociales et qu'il se marie alors qu'il continue à entretenir des rapports homosexuels, il sera toujours légitimé.<sup>19</sup> Cependant, l'homosexuel qui rejette les normes sociales comme le mariage ou le fait de former une famille sera rejeté par la société du fait de son identité sexuelle déclarée et qui va à l'encontre du modèle légitimé par la majorité de la société. C'est dans cette situation qu'il est considéré comme « minoré » ou minorisé.

Porteur de stigmat, l'homosexuel « minoré » est confronté au rejet. Il s'agit du rejet de la différence avec une forte connotation morale. Par conséquent, il choisit de ne pas révéler sa vraie identité sexuelle dans « l'espace public, un espace hétéronormatif ».<sup>20</sup>

---

*International Protection of Minorities*, Mittal Publications, Delhi, 1986, p.162. L'auteur cite WIRTH (L.): « The problem of minority groups », in LINTON (R.) (dir.), *the science of Man in the world crisis*, Columbia university press, New York, 1945, pp. 347 - 372.

Or, cette définition a été critiquée par un auteur qui considère que « la marque ne précède pas le rapport, elle le suit : c'est une conséquence et non une cause de la domination. La situation des minorités se comprend en fonction d'un rapport social objectif qui unit, dans un même univers matériel et symbolique, majoritaires et minoritaires », JUTEAU (D.): *Ethnicité et ses frontières*, presses de l'université de Montréal, Québec, 1999, p. 64.

<sup>17</sup> FENET (A.): « La question des minorités dans l'ordre du droit », in CHALIAND (G.) (dir.), *Les minorités à l'âge de l'État-nation*, Fayard, Paris, 1985, p. 38.

<sup>18</sup> « L'utilisation du terme « minorités sexuelles » dans le rapport a amené un certain nombre de délégations à réagir. Ainsi, la représentante du Soudan a indiqué que « cela n'a pas fait partie de son éducation » et qu'elle ne voyait pas bien le lien entre l'orientation sexuelle et les minorités sexuelles. La représentante de la Suède a en revanche soutenu l'introduction de la notion de minorités sexuelles, qui doit s'entendre comme comprenant les homosexuels et les transsexuels, car ces personnes ne sont pas assez protégées. Le délégué du Pakistan a indiqué que certains des crimes dont ces personnes sont victimes relèvent bien du mandat de la Rapporteuse spéciale. Mme Asma Jahangir a indiqué qu'elle n'utiliserait plus le terme de minorités sexuelles dans ses rapports. Les orientations sexuelles ne sont pas la même chose que les minorités sexuelles, a-t-elle précisé. Elle a recommandé qu'un groupe de travail soit constitué sur ce point pour que la Commission arrive à un accord. »

Les rapporteurs spéciaux évoquent la discrimination à l'égard des minorités religieuses et des crimes commis dans l'impunité contre les enfants, 35<sup>e</sup> séance, 5 novembre 2002, AG/SHC/599, <http://www.un.org/press/fr/2002/AGSHC599.doc.htm> dernier accès le 23/03/2016.

<sup>19</sup> Cependant, il demeure toujours discriminé puisque la règle de Droit criminalise les actes qu'il commet à savoir la sodomie telle que criminalisée par l'article 230 du Code pénal.

<sup>20</sup> BLIDON (M.) : « La casuistique du baiser », *EchoGéo*, n° 5, 2008, dernier accès le 23 Juin 2016. URL : <http://echogeo.revues.org/5383>



Ainsi, « les minorités sociales existent lorsqu'un trait stigmatisant vient à être considéré comme un aspect fondamental et déterminant de l'identité sociale ».<sup>21</sup>

Dès lors, le fait d'être minorisé signifie d'être diminué ou amoindri au regard de la majorité. La minorisation touche aussi bien l'identité que des aspects spécifiques des caractéristiques de la personne tels que, dans le cas d'une minorité nationale, la religion, l'ethnicité ou la langue, mais elle peut atteindre d'autres caractéristiques dans le cas d'autres catégories de minorités que celles dites nationales comme le sont par exemple celles qui se définissent par une orientation sexuelle autre qu'hétérosexuelle<sup>22</sup>.

M. BLANCHET montre que les personnes deviennent minorisées ou minorées au bout d'un certain temps, c'est-à-dire que leur situation est circonstancielle : « tout processus de minoration implique un processus simultané, parallèle, complémentaire, de majoration. Pour minorer une pratique sociale, il faut nécessairement en majorer au moins une autre.<sup>23</sup> La minoration est un processus comparatif quelque chose devient perçu comme inférieure par rapport à autre chose. C'est le contraire de l'égalité. La minoration est un processus de type qualitatif : on qualifie négativement (on condamne, on méprise, on stigmatise) une pratique sociale ou un groupe humain pour les marginaliser, les discriminer, les exclure, voire les éliminer »<sup>24</sup>.

**L.G.B.T.Q.I**<sup>25</sup> : Une expression adoptée par les personnes concernées pour s'auto-désigner dans le discours politique et la défense des droits humains<sup>26</sup>.

On peut, aussi, les appeler les personnes à sexualité, identités ou expressions de genre non-normatives. Cette expression « tend à couvrir les différentes manifestations de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ».<sup>27</sup>

<sup>21</sup> DE BATSELIER (S.) et ROSS (H.-L.): *Les minorités homosexuelles: une approche comparative*, Allemagne, Pays-Bays, États-Unis, Duculot, Gembloux, 1973, p. 282.

<sup>22</sup> SAILLANT (F.): « Reconnaissance et réparation », in BOGALSKA MARTIN (E.) et al. (dir.) *Itinéraires de reconnaissance: Discriminations, revendications, action politique et citoyennetés*, Collectif Archives contemporaines, Paris, 2017, p. 60. Dans le même sens. RATH (J.): "The ideological representation of migrant workers in Europe: A matter of racialization" in WRENCH (J.) and SOLOMOS (J.) (editors) *Racism and Migration in Western Europe*, Berg, Oxford, 1993, pp. 215 - 232.

<sup>23</sup> C'est pour cela qu'on parle par exemple d'une langue majoritaire et d'une autre minoritaire.

<sup>24</sup> Cf. BLANCHET (P.): *Discriminations : Combattre la glottophobie*, Éditions Textuel, Paris, 2017.

<sup>25</sup> En anglais : Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexuel, Queer and intersexuel.

<sup>26</sup> « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », Editions du Conseil de l'Europe, Starsbourg, 2012, p. 21.

Voir aussi : HAMROUNI (S): « L'orientation sexuelle en Droit international », in FERCHICHI (W) (sous la direction de), *Le corps dans toutes ses libertés*, Publications de l'Association Tunisienne de Défense des libertés individuelles, avec le soutien de la Heinrich Boll Stiftung, Tunis, 2017, pp. 158 - 168.

<sup>27</sup> Etude sur: « Les associations LGBTQI++ en Tunisie : Emergence d'un nouveau militantisme humain », réalisée par Mme Jinane LIMAM et préfacée par M. Wahid FERCHICHI, Association de Défense des Libertés Individuelles avec le soutien de la Fondation Heinrich Boll, Tunis, octobre 2017, p. 12 et s. [https://tn.boell.org/sites/default/files/1\\_etude\\_associations\\_lgbtqi\\_fr.pdf](https://tn.boell.org/sites/default/files/1_etude_associations_lgbtqi_fr.pdf)

L'orientation sexuelle fait référence à « la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus<sup>28</sup> ».

L'identité de genre fait référence à « l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire<sup>29</sup> ».

### Les principes à explorer

A travers ces principes on va observer et analyser comment le Droit positif tunisien saisit-il ces phénomènes sociaux en le comparant avec les textes internationaux et le Droit comparé en matière des droits humains.

Le principe de non-discrimination a été inscrit pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle de la Tunisie dans l'article 21 de la Constitution du 27 janvier 2014<sup>30</sup> qui dispose: « Les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination.

L'État garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs. Il leur assure les conditions d'une vie digne. »

Cet article pose en fait cinq différents principes : L'égalité en droits et devoirs, l'égalité devant la loi, le principe de non-discrimination, la reconnaissance des libertés et des droits individuels et collectifs pour tous et la dignité de chaque personne.

---

Souvent la terminologie utilisée par des organes conventionnels internationaux et par d'autres instances de défense des droits humains est : « minorités sexuelles » et qui demeure absente du répertoire législatif et jurisprudentiel en Tunisie.

<sup>28</sup> Les principes de Jogjakarta : Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, La Commission internationale de juristes et le Service international pour les droits de l'Homme, mars 2007, p. 8.

[http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/201608//principles\\_fr.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/201608//principles_fr.pdf)

Voir pour ce qui est des Principes de Jogjakarta : CHEKIR (H), De la Conférence du Caire à celle de Jogjakarta : les avancées en matière de droits sexuels, in Droits sexuels, droits humains à part entière, ouvrage coll. Sous dir, FER-CHICHI (W) et CHEKIR (H), Tunis, ADLI, 2017, pp. 72-95.

<sup>29</sup> Les principes de Jogjakarta : Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, La Commission internationale de juristes et le Service international pour les droits de l'Homme, mars 2007, p. 8.

[http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/201608//principles\\_fr.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/201608//principles_fr.pdf)

<sup>30</sup> Il n'y a aucune trace de ce principe dans la constitution de 1959 mais dans la Constitution de 1861 mais il y a quelques articles qui font allusion au principe de non-discrimination :

Article 86 : « Tous les sujets du royaume tunisien, à quelque religion qu'ils appartiennent ont droit à une sécurité complète quant à leurs personnes, leurs biens et leur honneur, ainsi qu'il est dit à l'article 1<sup>er</sup> du Pacte Fondamental ».

Article 88 : « Tous les sujets du royaume, à quelque religion qu'ils appartiennent, sont égaux devant la loi, dont les dispositions sont applicables à tous indistinctement, sans avoir égard ni à leur rang, ni à leur position ».

Or, à la lecture de certains articles de la Constitution on remarque qu'ils ne sont pas en harmonie avec l'article 21, on a l'impression que certains citoyens et citoyennes sont exclus de la protection.<sup>31</sup>

Il en est de même pour d'autres textes qui reflètent l'inégalité entre les citoyens et qui menacent la jouissance pour certaines personnes des droits et libertés telles que garanties par la Constitution et les instruments internationaux des droits humains.<sup>32</sup>

Ce renvoi est implicitement prévu par l'un des principaux objectifs des Nations Unies, figurant dans la Charte et autres instruments internationaux des droits humains<sup>33</sup>, qui est de promouvoir et d'encourager le respect des droits humains et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.<sup>34</sup>

Ces droits humains reposent sur les valeurs inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme : liberté, dignité et égalité<sup>35</sup>.

Au vu de ces principes, on a constaté que le Droit apparait comme un facteur d'inégalité lorsque la règle de Droit est floue ou dans le cas de vide juridique (Première partie). La règle de Droit peut aussi criminaliser certains actes en autorisant à l'Etat de s'immiscer d'une façon arbitraire dans la vie privée de certains individus (Deuxième partie). La règle de Droit est un facteur d'inégalité du fait qu'elle soit faite « par la majorité pour la majorité » au détriment d'autres individus qui ne partagent pas les mêmes éléments de l'identité nationale (Troisième partie).

---

<sup>31</sup> Par exemple, l'article 74 de la Constitution de 2014 pose la condition de l'islamité pour se porter candidat à la présidence de la République.

<sup>32</sup> Par exemple des textes dont les expressions sont flous et qui peuvent avoir comme conséquence l'ingérence des autorités dans les convictions des personnes comme l'expression employée par le Code pénal « atteinte aux bonnes mœurs » qui a été interprété par le juge dans une affaire comme une « atteinte aux valeurs sacrées ».

<sup>33</sup> Ce qu'on appelle : La Charte internationale des droits de l'Homme qui comprend la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et ses deux Protocoles facultatifs.

<sup>34</sup> Paragraphe 1<sup>er</sup> du préambule de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques adoptée le 18 décembre 1992.

<sup>35</sup> Article premier : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

## **( Première partie )**

**La règle de Droit facteur d'inégalité  
à cause du vide juridique**

« Le vide juridique désigne l'absence de réglementation sur des éléments de fait nouveaux, dus essentiellement aux progrès techniques et scientifiques, comme les manipulations génétiques, le clonage ou les nouvelles techniques d'information et de communication »<sup>36</sup>.

Mais, l'absence de lois spécifiques ne signifie pas l'absence de Droit. Des textes communs peuvent être appliqués par le juge à des cas particuliers. Rien ne garantit, cependant, que les textes appliqués par le juge protègent les droits des individus.

Ce vide a fait que certains individus se trouvent dans une situation floue (A) lorsque le juge applique des textes généraux à un cas particulier selon sa culture dominante. Tel est le cas des personnes à identité ou expressions de genre non-normatives comme les transsexuels, les transgenres et les intersexuels qui ne bénéficient d'aucune protection par le Droit.<sup>37</sup>

Par ailleurs, quoique la liberté de conscience et de pensée soient garanties, les areligieux, les agnostiques et les athées encourent des risques de stigmatisation ou même d'emprisonnement en l'absence d'un texte clair qui les protège, ils subissent une discrimination sur la base d'actes non-criminalisés (B).

## A. UNE RÈGLE DE DROIT QUI REND FLOU « LE STATUT » DE CERTAINES MINORITÉS

Déterminer « le statut » des transsexuels dépendra du référentiel du juge qui détermine la règle quand le terrain a été laissé vide par le législateur.

Un examen des différentes décisions judiciaires a permis de constater un penchant pour le référentiel traditionnel nourri d'une culture islamique qui a souvent guidé ses décisions (1). Le flou de la règle rend plus compliquée la manifestation en public de l'identité sexuelle et de genre (2).

---

<sup>36</sup> DHOQUOIS (R.): *Le Droit*, Le Cavalier Bleu, Paris, 2002, p. 85.

« Jean Carbonnier, à partir de la fin des années 1950, a introduit dans le paysage juridique l'idée qu'il existe, à côté du droit, un espace vide de droit (...) le non-droit devait introduire l'idée que le droit n'était pas la seule et la meilleure forme de régulation de certains conflits sociaux. »

HO DINH (A.-M.): « Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 419 - 453.

Cf. CARBONNIER (J.): « Être ou ne pas être : Sur les traces du non-sujet de droit », *Flexible Droit*, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 192 - 206.

<sup>37</sup> Selon M. REDISSI, « le droit classique a du inventer un statut *sui generis*. Il a estimé que l'androgynie, doté, par nature, à la fois des parties génitales masculines et féminines ou asexué (degré zéro du sexe) « ne commet aucune faute ». REDISSI (H.) et BEN ABID (S.): « L'affaire Samia ou le drame d'être « autre », Commentaire d'une décision de justice, in MOULIN (A.-M.) (dir.), *Islam et révolutions médicales : Le labyrinthe du corps*, KARTHALA Editions, Paris, 2013, p. 249.

## 1. Déterminer « le statut » des transsexuels selon un référentiel traditionnel

« Le transsexualisme est la conviction absolue chez une personne de sexe déterminé d'appartenir à l'autre sexe, avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, pour vivre sous apparence conforme à l'idée qu'elle s'est faite<sup>38</sup> ».

C'est le fait de disposer de son corps au nom du principe de l'autonomie de la volonté. Là, se pose la question de savoir si une personne a le droit de changer de sexe ou non.

La transsexualité n'est régie par aucun texte. Aucun texte législatif tunisien n'interdit ni autorise le changement de sexe basé sur une ambiguïté identitaire. La question a été abordée par la jurisprudence à l'occasion de la demande d'un requérant de changer la mention « sexe » sur l'acte de naissance.

Quoiqu'aucun texte n'interdise le changement volontaire de sexe, la justice semble aller dans le sens de rejeter toute demande de changement de la mention « sexe » sur l'acte de naissance qui se base sur une simple volonté chez l'individu de changer son sexe.

En se référant aux différents arrêts et jugements, on remarque que le fondement du rejet de la demande du requérant, émane de la protection de la société. En effet, le juge se soucie du modèle traditionnel, de la cellule de la société, qui est la famille composée d'un homme et d'une femme, puisque, pour lui le transsexuel n'appartient à aucun sexe et ne peut pas se marier.

Selon les différentes décisions rendues par la justice tunisienne, le changement volontaire de sexe est « artificiel »<sup>39</sup> et encourage à l'« effémination artificielle »<sup>40</sup>.

Selon le juge, il faut consulter un psychiatre afin de retrouver son équilibre psychique.

Ce changement « artificiel » n'est pas conforme à l'héritage « civilisationnel et moral de cette nation », selon le juge dans l'affaire Sami. Ceci est qualifié d'ordre public et de bonnes mœurs.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> ARNOUX (I.): *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, p. 204.

<sup>39</sup> محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993. رشيدة الجلاصي تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995. ص. 146 « تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه. »  
<sup>40</sup> « وحيث أن المعيار النفساني الإجتماعي يشجع على التخثت الاصطناعي... إضافة إلى أنه يسمح بالتصرف في الجسم البشري لكونه يمكن الشخص من تغيير جنسه كيف ومتى شاء وهو ما يتنافى والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية. »

Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 du 28 mars 1990, R.J.L., n° 2, février 1991, p. 127

<sup>41</sup> « خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة وهو ما يعبر عنه قانوننا بالنظام العام والأخلاق الحميدة. »  
محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995. ص. 145.

Néanmoins, le juge confond, parfois, entre transsexuel et intersexuel.<sup>42</sup> Les deux font recours à des interventions chirurgicales pour changer de sexe. Ils ont aussi la même demande qui est le changement de la mention « sexe » sur l'acte de naissance. Sauf que le premier le fait sur la base d'une « ambiguïté identitaire »<sup>43</sup>, qui se rapporte à l'individu qui se soumet à des traitements hormonaux et chirurgicaux, afin d'obtenir une apparence conforme à son état sexuel psychique. Tandis que, le deuxième n'a pas le désir de changer son sexe, car on ne peut pas savoir dès sa naissance à quel sexe appartient-il, puisque cela relève d'une « anomalie organique touchant les organes génitaux externes<sup>44</sup> ».

Le juge considère que le changement artificiel est volontaire et ne lui permet pas de changer la mention « sexe » sur l'acte de naissance. Alors que pour le changement involontaire, et c'est le cas de l'intersexuel, la demande du changement est acceptée.

La réponse du juge à la question relative au changement de sexe s'opère au cas par cas. En effet, l'étude de ces cas a permis de dégager les raisons qui mènent le juge à accepter la rectification de la mention « sexe » sur l'acte de naissance.

Parmi les affaires étudiées, on a retenu les conditions suivantes posées par le juge :

Le changement de sexe seulement en cas de nécessité et la consultation d'un psychiatre.

D'abord, les personnes transsexuelles ne peuvent pas obtenir leur changement d'état civil à moins de se prêter à un examen psychiatrique<sup>45</sup> et de recevoir un diagnostic psychiatrique. Si cet examen ne s'est pas avéré utile, la personne transsexuelle pourra avoir accès aux opérations de réassignation sexuelle.

---

<sup>42</sup> La confusion vient du fait que la Cour emploie le mot ambiguïté sexuelle *مختلط الجنس* dans le sens d'une ambiguïté de sexe et non pas identitaire. Puisque, elle affirme qu'il ne pourra appartenir à aucune catégorie. L'intersexuel n'appartient en fait à aucun des deux sexes. Le mot correct serait *متحول الجنس*

رشيدة الجلاصي: «محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية». م. ق. ت. 1995، ص. 170.

Arrêt de la Cour d'appel de Tunis n° 10298 du 22 décembre 1993

Sami s'est fait opéré en Espagne afin de changer de sexe masculin au sexe féminin. Par la suite, il a demandé à la Cour de changer la mention sexe dans l'acte de naissance. Sa demande a été rejetée sur la base que le « *مختلط الجنس* » n'appartient à aucun sexe en particulier, et ne peut donc se marier, et cela même si l'objectif fondamental du mariage n'est pas la procréation. Ainsi que, selon la Cour, le refus de modifier l'état de la personne revient à la crainte de remettre en question la famille.

<sup>43</sup> SENGENES (S.): « D'un genre à l'autre : identité refusée, identité abandonnée », *Terrain*, n° 42, mars 2004: Homme/ Femme, les Editions de la MSH, 2004, pp. 81 - 82.

<sup>44</sup> MAREAU (C.) et SAHUC (C.): La sexualité chez l'enfant et l'adolescent, Studyrama, Levallois-Perret, 2006, p. 218.  
«والحل الأنسب يكون في العلاج النفسي الذي يحقق تصالح الفرد مع ذاته كما خلقها الله والرضا بوضعه الجسدي.»  
Arrêt cassation civil, n°2828 du 15 décembre 2005 cité par JELASSI (R) : *Le corps humain en Droit civil*, C.P.U., Tunis, 2013, pp. 361 - 363.

«وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته». محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995، ص. 145.

Ceci veut dire que le recours à ces opérations doit venir en dernier ressort comme une solution ultime.

Ensuite, les juges invoquent le principe de la nécessité qui lève les interdits constitué d'éléments qui doivent exister pour chaque cas de changement de sexe.

Il faut d'abord qu'il s'agisse d'un mal grave qui menace la vie de l'individu. Ensuite, un danger imminent et non pas futur. Enfin, il ne doit pas y avoir pour la personne d'autres moyens de mettre fin au danger.

Dans l'affaire Sami, le juge commence par étudier les éléments de l'état de nécessité pour savoir si le changement de sexe était le seul et ultime moyen pour Sami afin de repousser le danger.

Dans cette affaire, le juge se pose la question de savoir si en se référant aux rapports de l'expertise médicale, le demandeur était en état de nécessité quand il a changé de sexe.

**Résultat :** la Cour a considéré qu'en dehors de l'état de nécessité, le requérant souffrait d'un trouble psychique, dès lors, il faut qu'il consulte un spécialiste et non pas changer son sexe.<sup>46</sup>

Il en est de même pour la Cour de cassation qui a rejeté la demande d'un transsexuel de changer la mention « sexe » sur l'acte de naissance en considérant que le sexe de la personne ne peut varier en fonction « de ses caprices, de ses décisions ou (même) de ses maladies psychologiques »<sup>47</sup>.

L'examen de la pratique judiciaire en matière d'identité sexuelle démontre l'omniprésence du référentiel traditionnel qui applique une certaine acception de la *chariaa* dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge.<sup>48</sup>

Le référentiel traditionnel « comprend non seulement l'ensemble des règles et principes du droit musulman classique, mais également les valeurs de l'Islam que les juges n'hésitent pas à mettre au premier plan pour expliquer et justifier leurs solutions »<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> « فإذا كان ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه... بل تسرع لاجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه. »  
« محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995. ص. 145 »

<sup>47</sup> Arrêt cassation civile, n°2828 du 15 décembre 2005 cité par JELASSI (R.): *Le corps humain en droit civil*, C.P.U., Tunis, 2013, pp. 361 - 363.

<sup>48</sup> Le terme référentiel renvoie à « un ensemble d'éléments formant un système de références ». *Dictionnaire Le petit Larousse*, Paris, Librairie Larousse 1980, V. « Référentiel », p. 782.

<sup>49</sup> BOSTANJI (S.): « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel: le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 61, n°1, 2009, p. 12.



Néanmoins, ce référentiel ne garantit pas une protection des personnes appartenant à des minorités pour la raison qu'il s'agit d'un système qui ne prend pas en considération les spécificités de ces personnes.

En effet, le juge à référentiel traditionnel se trouve obligé de légitimer ou de délégitimer un fait en répondant aux exigences d'« une collectivité profondément marquée par le sceau du sacré »<sup>50</sup>, même au détriment des personnes appartenant à des minorités.

Le juge élabore ainsi un système étroitement lié à la culture musulmane pour éviter d'être en dysharmonie avec la société à laquelle il appartient. Ainsi, en refusant de suivre le juge européen dans une affaire d'un transsexuel qui a formulé une demande de changer la mention sexe sur son acte de naissance, « le juge se trouve contraint par sa civilisation ; il doit appliquer les consignes de sa fonction dans le groupe social dans lequel il évolue »<sup>51</sup>.

Dans l'affaire Sami<sup>52</sup>, le juge a adopté une attitude de « repli conservateur ». En rejetant sa demande de changer la mention « sexe » sur l'acte de naissance, il a estimé que Sami a agi contre l'héritage civilisationnel et moral de la Umma. Le juge souligne dans le même arrêt que sa culture de juge arabe et musulman diffère de celle du juge européen. En effet, c'est l'opposition des cultures qui fonde son jugement.

D'abord, le juge exclut Sami en tant que transsexuel de la protection par la loi puisqu'il ne s'est pas conformé à cet héritage, ce qui laisse penser qu'être citoyen tunisien est exclusivement lié au fait d'être Arabe et musulman. Ensuite, le juge est censé rendre un jugement au nom du peuple tunisien, peu importe sa confession.

En se référant aux systèmes juridiques comparés, on remarque que le juge tunisien diffère des autres juges. Ainsi, la Cour de cassation française réunie en Assemblée Plénière, a décidé que « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social. Le principe du respect dû à la vie privée justifie alors que

<sup>50</sup> BOSTANJI (S.): « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel: le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 61, n°1, 2009, p 747.

<sup>51</sup> محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993. رشيدة الجلاصي: تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995، ص. 152.

«القاضي يجد نفسه مقيدا بحضارته و يجب عليه احترام متطلبات الوظيفة التي يقوم بها في المجموعة الاجتماعية...»

<sup>52</sup> محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995، ص. 145.

Pour plus d'informations sur l'intersexuel où le juge autorise de « Choisir son corps sur la base d'une anomalie/ambiguïté sexuelle » voir : JELASSI (M-A.) : « Choisir son corps », in FERCHICHI (W) (dir.), *Le corps dans toutes ses libertés*, Publications de l'Association Tunisienne de Défense des libertés individuelles, avec le soutien de la Heinrich Böll Stiftung, Tunis, 2017, pp. 86 et s.

l'état civil indique désormais le sexe dont la personne a l'apparence »<sup>53</sup>.

La loi maltaise innove également en ayant supprimé, en 2015, toute obligation de subir une opération de réassignation sexuelle, évaluation psychologique ou thérapie hormonale avant que les documents officiels puissent refléter l'identité de genre d'une personne. Elle autorise notamment le changement d'état civil sur simple déclaration.<sup>54</sup>

Parallèlement, en France le Tribunal de Grande Instance de Tours (Indre-et-Loire) a ordonné à l'état civil de la mairie de Tours de modifier l'acte de naissance d'une personne intersexuée mais enregistrée comme étant de sexe masculin pour y apposer la mention «sexe neutre», dans un jugement rendu le 20 août 2015.<sup>55</sup>

Ceci alors qu'au Liban, les juges ont autorisé le changement de sexe en cas de nécessité d'un individu souffrant d'un trouble psychique et identitaire.<sup>56</sup>

Les juges avaient estimé que « les traitements hormonaux, chirurgicaux et psychiques suivis intentionnellement par la personne concernée, afin de pallier la souffrance résultant d'une maladie physique ou psychique est un droit fondamental et naturel que nul ne peut ôter ».

En Tunisie, on est encore loin au niveau de la loi comme au niveau de la justice pour parler de l'identité sexuelle. Les expressions « transgenre » ou « transsexuel » peuvent paraître aux policiers comme à certains juges étranges. Ceci a engendré une « phobie » qui est apparente dans les différentes décisions des tribunaux dont le sujet était le changement de sexe.

Par conséquent, la présence de transphobie et d'hétérosexisme correspond à une réalité sociale et juridique qui affecte la manifestation publique de l'identité sexuelle. Elle est alimentée par des dynamiques sociales, économiques, politiques et religieuses favorables et défavorables aux transsexuel-le-s.

---

<sup>53</sup> AP 111992/12/, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, 011993/02/, n°13, p. 27.

<sup>54</sup> Chapter 540 gender identity, gender expression and sex characteristics act 3(1) a, b, c, d. To provide for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person. 14th April, 2015 ACT XI of 2015.  
<http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&cl=1>

<sup>55</sup> Jugement du Tribunal de Grande Instance de Tours (Indre-et-Loire) rendu le 20 août 2015, non publié.

Il faut par contre, mentionner l'adoption le 19 mai 2016 d'un amendement au projet de loi sur la modernisation de la justice, visant à faciliter le changement d'état civil pour les transsexuels et les transgenres à l'Assemblée nationale française. Cet amendement a été critiqué par des associations au motif que les personnes transgenres et transsexuelles devront démontrer l'appartenance sincère et continue au sexe opposé à celui mentionné dans l'acte de naissance par « une réunion suffisante de faits ».

<sup>56</sup> « وحيث يستفاد مما تقدم أن تحول المستأنفة إلى رجل تبعاً للعلاجات الهرمونية و العمليات الجراحية التي خضعت لها يعود سببه إلى حالة مرضية نفسية لازمتها منذ طفولتها و لم يكن هناك من وسيلة لشفائها منها إلا بالعلاج الهرموني و بالجراحة التي أدت إلى تحولها إلى رجل، وحيث أن تحول جنس المستأنفة يكون بالتالي ناتجاً عن عمل طبي ضروري لشفائها و لتخليصها من المعاناة التي رافقتها طيلة حياتها... »  
Cour d'appel, civil, Beirut, 03/09/2015 arrêt n°2015/1123 publié à l'agenda juridique du 11/01/2016.

## 2. La manifestation publique de l'identité sexuelle et de genre est compliquée

La manifestation publique de l'identité sexuelle et de genre concerne les personnes L.G.B.T.Q.I.<sup>57</sup> ou les personnes à sexualité, identités ou expressions de genre non-normatives.

Quand on aborde l'identité sexuelle, on vise aussi la « diversité sexuelle et de genre » face au modèle dominant d'hétérosexualité légitimement et légalement accepté publiquement. La diversité sexuelle « propose d'englober la pluralité comportementale et identitaire »<sup>58</sup>.

Certaines sociétés sont plus ouvertes à la diversité sexuelle, d'autres ignorent ou rejettent cette notion.

Les transsexuels et les transgenres peuvent être menacés si leur identité sexuelle est manifestée en public. Cela s'explique par l'application ou la simple existence de lois employant des termes génériques qui criminalisent des actes qualifiés d'atteintes aux bonnes mœurs et d'outrage public à la pudeur.

Leur simple existence permet aux autorités de harceler, d'intimider ou d'extorquer quelque chose à des personnes à sexualité, identités ou expressions de genre non-normatives. Souvent, ce sont les comportements des personnes qui révèlent leur identité sexuelle et qui leur causent des intimidations par les autorités.

Un garçon transgenre avait été arrêté en novembre 2016 à Hammamet en Tunisie parce qu'il était en habits féminins et avait indiqué à la police qu'il se considérait comme femme. Il a comparu devant le juge qui l'a condamné à de la prison ferme, pour « outrage à la pudeur ».<sup>59</sup>

Il en est de même du lynchage en public subi par des transgenres comme le cite le rapport sur les principales violations des libertés individuelles en 2017 en Tunisie<sup>60</sup> :

- Le 19 juin 2017, lynchage d'une personne transgenre dans la médina de Kairouan
- Le 1er juillet 2017, une personne transgenre, est maltraitée et passée à tabac dans un poste de police.

La manifestation en publique est difficile pour certains individus « porteurs de stigmates » sur la base de leur identité de genre ou identité sexuelle. D'où, la situation des lesbiennes, des personnes transgenres et transsexuelles qui est souvent plus difficile à documenter.

---

<sup>57</sup> L.G.B.T.Q.I. : lesbienne, gay, transsexuel, queer et intersexuel.

<sup>58</sup> CHAMBERLAND (L.), FRANK (B.) et RISTOCK (J.): « Présentation », in CHAMBERLAND (L.) FRANK (B.) RISTOCK (J.) (dir.), *diversité sexuelle et constructions de genre*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2009, p. 3.

<sup>59</sup> Tribunal cantonal de Hammamet, jugement n°55026 du 19 janvier 2017, non publié.

<sup>60</sup> Cf. « Etat des libertés individuelles en Tunisie 2017 : Les violations continuent et s'intensifient », p. 4 et p. 12. Disponible sur le lien: [http://www.adlitn.org/sites/default/files/fr\\_redui\\_1.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/fr_redui_1.pdf)

Quand la personne accepte d'être publiquement désignée comme telle, c'est assumer une identité et « en finir avec la honte et avec la clandestinité longtemps associées au vécu homosexuel »<sup>61</sup>.

Cela contribue aussi à rompre avec les pratiques de l'Etat humiliantes et discriminatoires contre les personnes L.G.B.T.Q.I.

Manifester publiquement son identité sexuelle, c'est aussi revendiquer une protection et une reconnaissance de droits : « Une stratégie de visibilité maximale a son importance dans la lutte pour la reconnaissance de droits égaux aux personnes qui vivent l'homosexualité. Promouvoir et revendiquer haut et fort une identité homosexuelle peut être une option gagnante sur le plan politique, puisque rendant plus malaisé la négation de cette réalité »<sup>62</sup>.

L'identité sexuelle est exprimée à travers des activités d'expression de soi comme les comportements, l'apparence, les habitudes vestimentaires et autres. Elle inclut les choix en matière de prénom ; deux façons importantes d'exprimer son identité sexuelle. L'expression de l'identité sexuelle peut ne pas correspondre avec l'identité sexuelle ; se définir comme un homme, mais adopter des façons d'exprimer son identité qui sont perçues comme étant « féminines » ou de sexe féminin, en portant du maquillage et du vernis à ongles, ce qui peut ne pas plaire aux agents de l'ordre qui peuvent l'arrêter en l'accusant d'attentat à la pudeur et aux bonnes mœurs.<sup>63</sup>

L'affirmation publique de l'identité sexuelle des personnes L.G.B.T.Q.I. ne peut pas être reçue aisément par la société tunisienne ni adoptée par les normes juridiques. Car, ni la société ni le législateur ne sont familiers avec la terminologie utilisée pour désigner les personnes à sexualité, identités ou expressions de genre non-normatives.<sup>64</sup>

Dans sa communication adressée aux Nations Unies, Amnesty International souligne la discrimination, le harcèlement et la violence liée à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle sur la base de l'article 230 du Code pénal, qui punit l'homosexualité et qui constitue une menace à la vie privée des personnes à sexualité, identités ou expressions de genre non-normatives; « les personnes L.G.B.T.I. sont confrontées à une discrimination généralisée, elles vivent dans la crainte constante d'être arrêtées et poursuivies, et elles sont particulièrement

---

<sup>61</sup> DORAIS (M.): « Evolution et enjeux du concept de diversité sexuelle » in CORRIVEAU (P) et DAOUST (V) (dir.), *La régulation sociale des minorités sexuelles l'inquiétude de la différence*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2011, p. 17.

<sup>62</sup> *Ibid*, p. 17.

<sup>63</sup> ESPINEIRA (K.) : *La transidentité: De l'espace médiatique à l'espace public*, L Harmattan, Paris, 2008.

<sup>64</sup> Dans une décision de clôture d'instruction, le juge d'instruction a appliqué l'article 226 bis du Code pénal qui punit d'emprisonnement et d'une amende quiconque porte publiquement atteinte aux bonnes mœurs ou à la morale publique par le geste ou la parole ou gêne intentionnellement autrui d'une façon qui porte atteinte à la pudeur. L'atteinte à la pudeur dans ce cas était pour le fait que deux garçons s'étaient habillés en femme et se comportaient comme des femmes quand ils ont arrêté la voiture d'un autre garçon qui les a accusés de l'avoir harcelé sexuellement quand il les a rejoints chez eux.

exposées à la violence en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, réelle ou présumée »<sup>65</sup>.

De même, et à l'occasion du troisième rapport périodique de la Tunisie, le Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels (C.D.E.S.C.) s'est prononcé sur le sujet des minorités. Insatisfait du rapport périodique remis par la Tunisie en application du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels et préoccupé de la situation des minorités, le C.D.E.S.C. a rappelé les discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en affirmant:

« Bien que la Constitution consacre le droit à la vie privée et la liberté d'expression, de pensée et d'opinion, le Comité note avec inquiétude que la discrimination envers les lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres ou intersexuées (L.G.B.T.I.) persiste dans la loi et la pratique. Le Comité relève avec préoccupation que les relations consenties entre personnes du même sexe sont incriminées par l'article 230 du Code pénal sous l'appellation de sodomie, et que l'article 226 du Code pénal réprimant l'outrage public à la pudeur est régulièrement prétexte au harcèlement des minorités sexuelles (...) le Comité recommande à l'Etat partie d'abroger sans délai l'article 230 du Code pénal <sup>66</sup> ».

Faire respecter l'identité sexuelle et l'identité de genre est un travail de longue haleine qui est actuellement fait par les associations défendant les droits de ces personnes.

M. ZAHED souligne l'importance des mouvements sociaux et la mobilisation des militants homosexuels pour faire pression sur le gouvernement afin de soutenir leur cause. Il cite l'exemple de l'Afrique du Sud qui devient en 1996 le premier pays au monde à conclure dans sa Constitution l'interdiction de toute discrimination liée à l'orientation sexuelle.

Le retard des sociétés arabo-musulmanes comme la Tunisie à régler la question de l'identité et de l'orientation sexuelle est dû selon lui au fait que ces sociétés se trouvent « dans la posture d'un groupe social qui se sent en danger, sur la défensive, qui pratique la discrimination »<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Amnesty International Tunisie, Communication au Comité des droits économiques, sociaux et culturels O.N.U., 59<sup>e</sup> session, 19 septembre-7 octobre 2016. Août 2016, p. 9.

<sup>66</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, 7 octobre 2016, E/C.12/TUN/CO/3, paragraphe 24.

<sup>67</sup> ZAHED (L.-M.): *L.G.B.T. musulman.es, du placard aux Lumières !*, Editions CALEM, Marseille, 2016, pp. 38 - 42.  
Voir notamment BROQUA (C.): « L'émergence des minorités sexuelles dans l'espace public en Afrique », in BROQUA (C.) (dir.), *La question homosexuelle et transgenre, Politique Africaine*, n°126, KARTHALA Editions, Paris, 2012, pp. 5 - 23.

En Tunisie, des associations L.G.B.T.Q.I. locales ont sollicité l'expertise des organisations non-gouvernementales internationales et ont publié, en février 2017, un rapport sur la situation juridique et sociale des personnes L.G.B.T.Q.I. en Tunisie, fruit de cette coopération.

Dans ce cadre, la coalition<sup>68</sup> tunisienne pour les droits des personnes L.G.B.T.Q.I., composée des associations : Damj l'association tunisienne pour la justice et l'égalité, Chouf, Kelmti, l'initiative Mawjoudin pour l'égalité et Shams, avec le soutien d'EuroMed Droits, a soumis ce rapport, à l'occasion de l'examen périodique universel de la Tunisie, en mai 2017.<sup>69</sup>

La question de l'orientation sexuelle est toujours délicate tant que l'homosexualité est punie par la loi. Alors que d'autres questions sont aussi délicates et menacent d'autres personnes même en absence de lois qui répriment l'expression de leurs convictions.

---

<sup>68</sup> La coalition est une entente circonstancielle en vue de mener une action de défense d'un intérêt commun.

Cf. ROUILLE D'ORFEUIL (H.): *La diplomatie non gouvernementale: Les O.N.G. peuvent-elles changer le monde ?*, Les éditions de l'atelier, Paris, 2006, p. 152.

<sup>69</sup> Cf. Rapport national soumis conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16 / 21 du Conseil des droits de l'Homme, Tunisie, Vingt-septième session 1<sup>er</sup> -12 mai 2017.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G1709/038//PDF/G1703809.pdf?OpenElement>

## B. L'APPLICATION DES RÈGLES DE DROIT QUI DISCRIMINENT LES MINORÉ-E-S

Toute personne, parce que nulle n'est plus démunie de dignité qu'une autre, est née égale en dignité et en droits<sup>70</sup>. Cette égalité implique à ce que toutes les personnes soient protégées par les normes en vigueur commençant par la norme suprême du pays qui est la Constitution. Pourtant, il arrive que ces normes ne comportent pas de dispositions claires qui garantissent la protection de tous les individus.

C'est ainsi que la référence à la religion dans la Constitution de 2014 dès le Préambule est à la base de l'ambiguïté de la protection des minorés. Cette référence a fait que certaines personnes soient menacées sur la base de leurs convictions areligieuses ou athées (1). Afin de remédier à cette menace, des garanties de protection peuvent être recherchées dans les instruments nationaux et internationaux dans le domaine des droits humains (2).

### 1. Les personnes menacées sur la base de leurs convictions

Les athées, les agnostiques et les areligieux subissent une double menace par le Droit. Soit ils risquent d'être poursuivis en justice sur la base de dispositions implicites lorsqu'ils expriment leurs convictions (b) Soit ils subissent une ingérence et se voient obligés d'exprimer leurs convictions sur la base de dispositions explicites (a).

#### a. Une menace à travers des dispositions explicites

La protection des non-croyants est remise en question lorsqu'il s'agit des dispositions législatives ou constitutionnelles qui s'ingèrent dans leurs convictions.

C'est dans le cas de prêter serment qui peut être défini comme « *l'acte par lequel l'Homme prend Dieu à témoin de la vérité de ce qu'il affirme ou de la sincérité de la promesse qu'il fait* »<sup>71</sup>.

Une personne athée ou agnostique tenue de prêter serment, peut-elle invoquer la liberté de conscience pour s'y soustraire ?

S'agissant d'un acte religieux par lequel le déclarant s'exprime par la formule « je jure », l'athée ne peut s'y conformer.

---

<sup>70</sup> Voir article 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et l'article 21 de la Constitution de 2014.

<sup>71</sup> L'affaire Michel citée par BANNEUX (N): « Brèves observations sur le caractère religieux du serment au XIX<sup>e</sup> siècle à travers l'affaire « Michel » », in, HEIRBAUT (D), ROUSSEAUX (X) et WIJFFELS (A) (dir.): *Histoire du droit et de la justice: Une nouvelle génération de recherches*, Actes des 19<sup>ème</sup> journées belgo-néerlandaises d'histoire du droit et de la justice (1012-11- décembre 2008, UCL, Louvain-la-Neuve), Presses universitaires de Louvain, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 500 et s.

Le 16 mars 1867, Maurice Michel, dentiste à Namur, est appelé comme témoin à l'audience du tribunal correctionnel. Il refuse de faire suivre la formule du serment des mots « ainsi m'aide Dieu », comme la loi le lui impose, et ajoute que si les mots « je jure » contiennent une invocation divine, il ne les prononcerait pas davantage.

Or, rares sont les Constitutions qui contiennent des dispositions visant expressément les serments à connotation religieuse.<sup>72</sup>

La Constitution de 2014, par contre, emploie l'expression suivante : « Je jure par Dieu Tout-Puissant » pour le Président de la République (Article 76), le Chef du Gouvernement et les membres du Gouvernement (Article 89) et l'Assemblée des représentants du peuple (Article 58) qui prêtent serment.

Si l'une des personnes citées, ci-haut, est non-croyante et refuse de prendre Dieu à témoin, sera-t-elle sanctionnée ?

Le serment est, également, exigé et considéré comme le socle des déontologies d'autres professions, à l'image des professionnels de justice : magistrats, avocats, huissiers, notaires et par certains fonctionnaires.<sup>73</sup>

Ces derniers, peuvent-ils, au nom de la liberté de conscience, demander de ne pas prêter serment ou de le prêter sous une forme autre que religieuse ?

A ce sujet, aucun texte ne s'exprime clairement, bien que les libertés de conscience et de pensée soient garanties par la Constitution.

Cependant, en Droit comparé, l'article 56 (2) de la loi fondamentale allemande prévoit que le Président de la République peut demander à prêter serment « sans formule religieuse ».<sup>74</sup>

De même, la Constitution grecque prévoit qu'on ne peut imposer à personne de prêter serment contre ses convictions religieuses (article 13.5)<sup>75</sup>.

Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour E.D.H.) a considéré, dans un arrêt du 3 juin 2010, que porter atteinte à la liberté de religion, passe par l'obligation de révéler ses convictions religieuses afin de ne pas prêter serment sur l'Évangile devant la juridiction pénale.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> La Constitution grecque prévoit que chaque député prête serment en fonction de sa religion. Article 59.2 Constitution de la Grèce Résolution du 27 mai 2008 de la VIIIe. Chambre Révisionnelle  
<http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a2349-7696-db-9148-f24dce6a27c820%180-001/galliko.pdf>

<sup>73</sup> Par exemple pour les avocats, l'expression « je jure par Dieu tout puissant » est employée par l'article 6 du Décret-loi n° 201179- du 20 août 2011 portant organisation de la profession d'avocat. J.O.R.T. n° 63 du 23 août 2011. p.1595

<sup>74</sup> Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne  
[https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi\\_fondamentale-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf)

<sup>75</sup> Affaire citée par UITZ (R): La liberté de religion: dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles internationales, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, pp. 42 - 44.

En effet, en appliquant cet article et afin de justifier sa décision de dispenser un étudiant de prêter serment sous peine de ne pas obtenir son diplôme de maîtrise, le Conseil d'Etat grec a fait valoir que : « *l'étudiant peut, au lieu du serment religieux, faire une promesse solennelle en invoquant son honneur ou sa conscience, même lorsque cette affirmation n'est pas prévue par la législation comme substitut du serment religieux (...) la personne concernée doit toutefois, soit déclarer la religion qu'elle professe et dont les principes lui interdisent de prêter serment, soit déclarer qu'elle est non croyante ou athée. Cette déclaration n'est pas contraire à la liberté de religion, puisqu'elle est nécessaire afin de libérer l'individu d'une obligation qui irait à l'encontre de ses convictions religieuses* ».

<sup>76</sup> Cour E.D.H. 3 juin 2010, Dimitras et autres c/ Grèce, n° 4283707/35793 ,07/3269 ,07/3237 ,06/ et 609908/.

Il y aura une ingérence dans la liberté religieuse dans sa dimension négative « lorsque l'Etat créé une situation dans



Ainsi, la solution pour l'athée ou le non-croyant serait de faire une promesse solennelle en invoquant son honneur ou sa conscience mais sans l'obliger à révéler ses convictions.

Car, dans un Etat civil, il est inconcevable d'imposer une religion ou de privilégier un comportement (religieux), au profit d'un autre (areligieux). De cette manière, la Constitution est, ainsi, récupérée pour devenir un instrument d'expression d'une politique religieuse et parfois même d'une idéologie religieuse.<sup>77</sup>

L'Etat protège les croyants contre toute atteinte à leur foi ainsi qu'il protège les non-croyants contre toute tentative de leur imposer d'adhérer à une religion. Ainsi, la liberté de conscience, de pensée et d'expression sont les garanties des personnes athées, agnostiques ou areligieuses.

### **b. Une menace à travers des dispositions implicites**

Bien que la Constitution de 2014 prévoie que la Tunisie est un Etat civil fondé sur le respect de la citoyenneté, y introduire le rapport entre l'Etat et la religion n'a pas pu être évité. Les aspects religieux dans le préambule ou dans les différents articles de la Constitution sont nombreux et cela peut induire à une contradiction avec la notion de la civilité de l'Etat.<sup>78</sup>

Dans ce sens, la citoyenneté est occultée par la Constitution, un individu qui est areligieux ou athée ou un individu d'une autre confession pourra être démuné de ses droits.

En plus, ces aspects se contredisent avec ce qui est prévu dans le préambule, que l'Etat garantit : « le respect des droits de l'Homme et l'égalité entre tous les citoyens ».

En effet, certains individus croient en Dieu ; d'autres en plusieurs ; d'autres encore sont athées ou agnostiques. Cependant, tous doivent être respectés et protégés par l'Etat et ses institutions.<sup>79</sup> En particulier, les deux dernières catégories requièrent une attention spéciale.

---

laquelle les individus sont obligés directement ou directement de révéler qu'ils ne sont pas croyants ».

DOURNEAU-JOSETTE (P): Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'Homme ?, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p. 189.

<sup>77</sup> AMOR (A): « Constitution et religion dans les Etats musulmans », in *Constitutions et religions, Tunis*, 1994, pp.32- 34.

Cf. GEORGES (N): « Minorités et liberté religieuse dans les Constitutions des États de l'Orient arabe », *Égypte/Monde arabe*, Troisième série, n°10, 2013, URL : <http://ema.revues.org/3206>

<sup>78</sup> وحيد الفرشيشي: «دسترة الحريات الفردية قراءة حقوقية للدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014» في وحيد الفرشيشي (تحت إشراف)، الحريات الفردية تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس 2014، ص. 56.

<sup>79</sup> La Constitution de 2014 dans son article 21 prévoit que « l'État garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs ».

Qu'en est-il alors, si un individu critique ce qui est considéré comme sacré ? Le juge raisonnera-t-il dans le sens des « enseignements de l'Islam et ses finalités caractérisés par l'ouverture et la tolérance » ? Ou dans le sens des « valeurs humaines et principes universels et supérieurs des droits humains » ?<sup>80</sup>

Le préambule en dépit de sa référence aux droits humains reste incomplet et contradictoire car la Constitution doit s'adresser aux citoyens nonobstant leurs différences de croyances, religions ou pensées et doit s'adresser également aux croyants et aux non croyants.

Cette lecture du préambule est subjective, car à travers la notion de « Umma », la nation tunisienne est réduite à une seule religion. La « Umma » n'est qu'une partie d'une entité plus large, floue et incernable.

Un autre obstacle auquel un agnostique ou un athée peut faire face est la critique de la religion dominante et de ses éléments considérés comme sacrés.

Tout en sachant que l'article 6 de la Constitution de 2014 protège « le sacré », un athée tunisien peut-il exprimer ses convictions sans être accusé d'avoir diffamé la religion musulmane ?

L'article 6 de la Constitution de 2014 prévoit, notamment, que l'Etat s'engage à protéger la religion sans, toutefois, préciser laquelle. Ce qui laisse croire qu'il s'agit de la religion de la majorité et que le sacré protégé est, par déduction, religieux.

Or, « le sacré », concept vague, n'est pas forcément lié à la religion. Il existe bien le sacré non religieux qui diffère d'une société à une autre et d'un pays à un autre et parfois même d'une ville à une autre.

Dès lors, la protection de la religion par l'Etat et l'interdiction de porter atteinte aux sacrés relativisent la liberté de conscience quand un athée ou un agnostique s'exprime. Pour ces derniers, les libertés d'expression et de pensée sont sacrées, tout comme pour un dessinateur qui représente le prophète de l'une des religions monothéistes, dans une caricature en exerçant sa liberté d'expression.

L'intolérance à l'égard des opinions jugées, par certains (en Tunisie par des structures étatiques), contraires à la religion ou aux bonnes mœurs continue à restreindre les libertés d'expression, de pensée, de conscience et de religion.

Une telle disposition imprécise ouvre la voie à l'adoption de lois contre le blasphème, l'apostasie ou la diffamation des religions.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Préambule de la Constitution du 27 janvier 2014.

<sup>81</sup> Lors de la rédaction de l'actuelle Constitution, une proposition de criminalisation du blasphème a été introduite par un Projet de loi amendant et complétant les articles du Code pénal relatifs à la pénalisation des atteintes aux valeurs sacrées. Le Projet de loi a été présenté à l'Assemblée Nationale Constituante (A.N.C.), le 1<sup>er</sup> août 2012, par le parti du

La Constitution de 2014 garantit la liberté de croyance et de conscience. Ce qui signifie aussi le droit de changer de religion ou de ne pas avoir de religion.

Souvent, exercer sa liberté de conscience et exprimer ses convictions a-religieuses peut être considéré comme de nature à nuire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (121 ter Code pénal), ou gêne intentionnellement autrui d'une façon qui porte atteinte à la pudeur (226 bis Code pénal).

Dans une affaire dans laquelle un citoyen tunisien a dévoilé sur un réseau social son opinion concernant l'Islam et remettait en question l'existence de Dieu, de la religion musulmane ainsi que du prophète de l'Islam, la police l'a arrêté au motif d'avoir porté atteinte aux bonnes mœurs.<sup>82</sup>

Jabeur El Mejri, celui qui a fait cette déclaration, ne semble pas être protégé sur la base de ses convictions. On remarque que la tendance dominante est, certes, de protéger la liberté de religion, mais protéger seulement et uniquement les croyants qui représentent la majorité de la société. Non seulement la liberté de conviction et de pensée sont violées, mais aussi, le principe de non-discrimination n'a pas été mis en œuvre.

La mise en œuvre de la liberté de changer de religion ou de ne croire en aucune, est bien reconnu par le juge, mais cela s'avère compliqué pour un athée, comme c'est le cas dans cette décision, qui lui interdit d'exprimer ses convictions sous peine d'emprisonnement. Le juge a limité l'exercice de cette liberté au nom de la protection du sacré, estimant que la critique de l'Islam porte atteinte aux sacrés du tunisien<sup>83</sup>.

Ainsi, la liberté de conscience englobe, entre autres, le droit de renoncer à sa religion ou de ne pas croire<sup>84</sup>. Si la liberté de ne pas croire était effectivement protégée, le procès contre Nessma concernant l'affaire Persépolis ou l'affaire Jabeur El Mejri relative aux caricatures publiées sur le prophète de l'Islam,

---

mouvement Ennahda en réponse à des protestations dans la banlieue de Tunis en juin 2012, suite à l'exposition d'œuvres artistiques jugées offensantes pour l'Islam et les sentiments des musulmans, au Palais Abdelia à la Marsa. L'élément principal de ce Projet de loi est la proposition d'un nouvel Article 165b du C.P. qui prévoit : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de deux mille dinars d'amende quiconque aura porté atteinte au sacré ».

<sup>82</sup> Jugement, T.P.I. Mahdia, n°1395 du 28 mars 2012. Non publié.

<sup>83</sup> Cour d'appel de Monastir n°1056 du 18 juin 2012, arrêt non publié.

Voir aussi le jugement de la même affaire en première instance. Jugement, T.P.I. Mahdia, n°1395 du 28 mars 2012, Non publié.

« حيث ولن كان المتهم حر فيما يعتنقه من ديانة من عدم ذلك الأمر الذي لا يمكن أن يناله التجريم لتعلقه بحريته الشخصية و بحرية المعتقد التي تكفلها المواثيق الدولية و خاصة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 و المصادق عليه من قبل البلاد التونسية و الذي يكرسه أيضا دستور هذه البلاد.

فإن تحقير الإسلام (... يخرج عن نطاق ممارسة الفرد لحريته الشخصية )... ( ذلك أنها تمس من مقدسات التونسي ».

<sup>84</sup> Résolution 16/13 Liberté de religion ou de conviction. Conseil des droits de l'Homme, 24 mars

2011. Voir aussi : Projet de résolution Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence visant certaines personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions. Nations Unies, 22 mars 2016, A/HRC/31/L.34.

n'auraient plus de sens.<sup>85</sup>

Dans le même contexte et pour cause d'« atteinte au sacré », le syndicat des imams et des cadres des mosquées a déposé une plainte auprès du Tribunal de première instance de Tunis (T.P.I.), demandant la suppression de deux exercices faisant partie d'un manuel scolaire.

La raison invoquée par les plaignants est que les exercices en question contiennent des versets altérés du Coran.

L'argument du syndicat des imams selon lequel « la dénaturation du Coran est une atteinte directe au sacré, du moment que le Coran constitue le Sacré suprême qu'il faut protéger et qu'il ne faut porter atteinte à ses versets, sous quelque manière que ce soit (...) Le ministère de l'Education est une composante de l'Etat qui doit respecter la Constitution dans le choix des sujets contenus dans les manuels officiels »<sup>86</sup>, a été confirmé par le T.P.I. de Tunis qui a jugé que les deux exercices, en question, portaient atteinte au sacré, au regard de l'article 6 de la Constitution de 2014.

Dans ce cas, la liberté de conscience, d'expression et de pensée risquent d'être confisquée au nom de la protection du sacré et au détriment de l'athée ou de l'agnostique qui estime que ses convictions et ses opinions sont sacrées.

Lors de la rédaction de la Constitution de 2014, la consécration de la liberté de conscience a été contestée. D'ailleurs, la version actuelle de l'article 6 ne permet pas une protection efficace pour les areligieux et l'absence d'une définition claire du concept « sacré » risque de voir les athées et autres poursuivis en justice pour la simple critique du « sacré » de la religion dominante.

A l'opposé du législateur marocain<sup>87</sup>, le Droit tunisien ne sanctionne explicitement ni l'apostasie ni l'athéisme. Deux codes en font exception. Le code soudanais de 1991 dans son article 126<sup>88</sup> et le Code pénal mauritanien de 1984 dans son article 306.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> M. Nabil Karoui a été jugé par le Tribunal de première instance de Tunis pour « atteinte aux valeurs du sacré », pour le film d'animation franco-iranien *Persépolis* doublé en dialecte tunisien et diffusé sur la chaîne de télévision privée *Nessma*. Pour l'affaire Jabeur El Mejri Jugement, Tribunal de Première Instance de Mahdia n°1395 du 28 mars 2012, Non publié.

<sup>86</sup> Tribunal de première instance de Tunis, affaire n° 201776087/ du 3 avril 2017, jugement en référé, non publié.

<sup>87</sup> Le code pénal marocain punit seulement celui qui amène un musulman à apostasier et ne dit rien de l'apostat lui-même. L'article 220 al. 2 prévoit qu' :

« Est puni [d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 100 à 500 dirhams], quiconque emploie des moyens de séduction dans le but d'ébranler la foi d'un musulman ou de le convertir à une autre religion, soit en exploitant sa faiblesse ou ses besoins, soit en utilisant à ces fins des établissements d'enseignement, de santé, des asiles ou des orphelinats. En cas de condamnation, la fermeture de l'établissement qui a servi à commettre le délit peut être ordonnée, soit définitivement, soit pour une durée qui ne peut excéder trois ans ».

<sup>88</sup> « 1) Commet le délit d'apostasie tout musulman qui fait de la propagande pour la sortie de la nation de l'Islam (*millat al-Islam*) ou qui manifeste ouvertement sa propre sortie par un dire explicite ou par un acte ayant un sens absolument clair.

2) Celui qui commet le délit d'apostasie est invité à se repentir pendant une période déterminée par le tribunal. S'il persiste dans son apostasie et n'a pas été récemment converti à l'Islam, il sera puni de mort.

3) La sanction de l'apostasie tombe si l'apostat se rétracte avant l'exécution ».

<sup>89</sup> « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur et aux mœurs islamiques ou a violé les lieux sacrés

Dans la pratique, le pouvoir judiciaire ainsi que les agents des forces de sécurité intérieure, dont la police judiciaire, se réfèrent à d'autres dispositions principalement pénales. Ces dernières serviront de bases pour accuser un individu d'« apostasie » ou d'« athéisme », alors que tels actes ne sont pas réprimés par la loi pénale.

Dès lors, la résistance aux normes conservatrices, à référence religieuse, permet d'affaiblir la liberté religieuse, notamment, la liberté de conscience.

## 2. Les garanties de protection des convictions « minoritaires »

Les instruments internationaux en matière de droits humains protègent tout autant la liberté de religion que la liberté plus large de pensée et de conscience ainsi que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions. Ils mettent sur un pied d'égalité croyances religieuses et convictions athées.<sup>90</sup>

Si on considère que dans l'affaire de Jabeur El Mejri, en « portant atteinte au prophète par des photos et des écrits, ainsi qu'aux valeurs sacrées de l'Islam, cause une fitna (division) entre les musulmans », le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies ne s'accorde pas sur le même avis. En effet, dans ses commentaires généraux sur l'article 19 du P.I.D.C.P., le Comité a considéré que le droit à la libre expression protège les discours qui pourraient être jugés insultants ou blessants par les fidèles d'une religion particulière, à moins que ces discours ne reviennent à un « appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence »<sup>91</sup>.

Par conséquent, l'unité de la « Umma » (nation) ne peut être mise en péril quand les critiques ou l'expression des opinions athées ou de ceux qui ont changé de religion ne visent pas les personnes croyantes ou incitent à la haine et à la violence.

En quoi consiste la liberté de conscience ? Et comment permet-t-elle d'atténuer la résistance du particularisme national face à l'universalisme des droits des personnes minorées ?

D'abord, la réponse peut être recherchée dans la Constitution de 2014 :

---

ou aidé à les violer, si cette action ne figure pas dans les crimes emportant la *Ghissass* [loi du talion] ou la *Dija* [prix du sang], sera punie d'une peine correctionnelle de trois mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 50000 à 60000 UM.

Tout musulman coupable du crime d'apostasie, soit par parole, soit par action de façon apparente ou évidente, sera invité à se repentir dans un délai de trois jours.

Si il ne se repent pas dans ce délai, il est condamné à mort en tant qu'apostat ».

<sup>90</sup> Cf. Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction. Proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 novembre 1981 (résolution 3655/).

<sup>91</sup> Résolution 1613/ Liberté de religion ou de conviction. Conseil des droits de l'Homme, 24 mars 2011.

Voir aussi : Projet de résolution « lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence visant certaines personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions ». Nations Unies, 22 mars 2016, A/HRC/31/L.34.

Les articles 6 (liberté de conscience) et 31 (liberté de pensée et d'expression) protègent les croyances aussi bien théistes que non théistes et le droit à ne pas professer et ne pas pratiquer de religion.

Ainsi, la liberté de conscience diffère de la liberté de culte du fait qu'elle permet le libre choix d'une religion, le choix d'une philosophie ou de morales qui ne se réfèrent à aucune puissance divine. Elle permet à l'individu d'agir selon son gré.<sup>92</sup>

« La liberté de conscience pourrait alors se caractériser par la faculté laissée à chacun d'adopter librement les doctrines religieuses ou philosophiques qu'il juge bonnes, et d'agir en conséquence de ce choix ».<sup>93</sup>

D'ailleurs, « l'adhésion à une religion quelconque, tout comme le rejet de toute croyance religieuse, constitue un phénomène purement spéculatif qui n'a donc pas d'incidences sur les rapports qu'un citoyen peut avoir avec un autre ou avec la puissance publique. Dès lors, le religieux se situe en dehors du champ de compétence de ces pouvoirs publics qui n'ont pas à y interférer »<sup>94</sup>.

Cela implique que l'Etat n'a pas le droit de contraindre les gens à professer une religion ni à se préoccuper de savoir si la religion ou la pensée d'un individu est conforme ou pas à la religion dominante. Chacun est libre de ne professer aucune religion, que ce soit au nom de principes agnostiques, ou en se déclarant athée.

Ensuite, l'article 6 de la Constitution de 2014 prévoit aussi que l'Etat empêche les accusations d'apostasie, à partir de là on constate que les pouvoirs publics protégeraient les athées et les areligieux. Au lieu de s'acharner à invoquer leur culture arabe et musulmane, les juges devraient faire appel aux principes universels des droits humains afin de prendre en considération l'humanité du justiciable ainsi que sa citoyenneté.

---

<sup>92</sup> Voir en ce sens Jugement n°44801 du 12 décembre 2017, Tribunal de première instance du Kef (non publié).

Il relève des faits d'espèce qu'une femme tunisienne s'est remariée avec un non-musulman. A la suite du remariage de son ancienne femme, l'ex époux a déposé une plainte pour obtenir la garde des enfants, obtenue au moment du divorce par la mère. Le père a exprimé sa crainte quant à l'éducation, notamment religieuse, qu'aurait ses enfants. La Cour a considéré que :

« La liberté de conscience qui fait partie des principes universels du droit divin et du droit positif et consacrée par l'article 6 de la Constitution tunisienne, vient en continuité de ce qui a été prévu dans les instruments internationaux des droits de l'Homme qui implique que l'individu croit selon ses convictions personnelles. La Cour refuse de priver la défenderesse de la garde de ses enfants sur la base de son mariage avec un non-musulman, décision en rapport avec les droits et libertés fondamentales des individus. Une telle restriction est à même de priver l'enfant de son droit à choisir sa religion, l'obligeant à suivre un mode de vie et une manière de pensée qu'il refusera une fois majeur. Situation que la Cour refuse dans l'intérêt de l'enfant mineur afin qu'il ne soit ni endoctriné ni orienté vers une autre religion ».

<sup>93</sup> Définition de Liberté de conscience dans *le Dictionnaire des Notions: (Les Dictionnaires d'Universalis)*, Encyclopaedia Universalis, France, 2015.

<sup>94</sup> KLIBI (S): « Etat de droit, Etat laïque: Liberté religieuse ou déni de la religion ? » in *Droits et culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, C.P.U., Tunis, 2008, p. 156.

La question qui se pose à ce stade, est de savoir qui est plus dangereux pour la société, l'ordre public et les bonnes mœurs ? Appeler au meurtre en raison de l'athéisme d'un individu ou exprimer ses convictions athées ?

Dès lors, les tribunaux condamneraient ceux qui menacent les personnes qui adoptent une conviction différente de celle qui est dominante, au lieu de condamner les athées, les agnostiques et les areligieux. Car, le juge est tenu de respecter et de mettre en œuvre le principe de non-discrimination tel que posé par l'article 21 de la Constitution ainsi que de veiller à « la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés » conformément aux dispositions de l'article 102 de la Constitution.

C'est ainsi que l'article 166 du Code pénal protège la liberté de conscience en prévoyant qu' : « Est condamné à 3 mois d'emprisonnement quiconque, dépourvu de toute autorité légale sur une personne, la contraint, par des violences ou des menaces, à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte. »

La pénalisation de la contrainte exercée sur quelqu'un d'abandonner ou d'adhérer à une religion vient renforcer l'obligation faite aux pouvoirs publics de s'attacher aux valeurs universelles des droits humains de telle manière à respecter la liberté religieuse dans tous ses aspects.

Néanmoins, les Constitutions arabes comme la Constitution tunisienne, parlent de liberté de religion. Mais, l'incroyance ou la conversion à une autre religion n'a jamais fait l'objet d'une disposition constitutionnelle ou législative.<sup>95</sup>

Dès lors, faut-il entendre par conscience, celle du croyant ou celle de l'incroyant aussi ?

Car, « si les textes constitutionnels n'abordent pas la question d'athéisme, il n'y a pas de place dans la pratique institutionnelle ou l'espace social pour la personne athée et encore moins, le musulman qui quitte l'Islam pour se convertir vers une autre religion. On désigne alors ce dernier par le terme haïssable d'apostat »<sup>96</sup>.

Si on considère que la liberté de conscience telle que garantie par la Constitution couvre l'incroyance, la conversion d'un musulman tunisien à une autre religion ou à l'athéisme sera autorisée.

En ce sens, la liberté de religion veut dire aussi la liberté des « autres », et pas seulement de ceux qui la pratiquent. La liberté de religion garantit aussi « la

---

<sup>95</sup> La Constitution de la monarchie tunisienne du 26 avril 1861 garantissait ce droit uniquement pour les non- musulmans dans le chapitre XII intitulé : des droits et des devoirs des sujets du royaume tunisien :

« Les Tunisiens non musulmans qui changeront de religion continueront à être sujets tunisiens et soumis à la juridiction du pays ».

<sup>96</sup> ZIRY (J-R): *Les Etats arabes : Des Constitutions incohérentes, inégalitaires et restrictives*. Des Libertés (Religions et Citoyens), Lulu.com, s.l, 2011, p. 105.

liberté de religion négative »<sup>97</sup>, ceux qui ne la pratiquent pas, les sceptiques, les agnostiques, les convertis, les mystiques, les athées, et autres concurrences.

En effet, l'absence de lois répressives anti-blasphème et l'absence d'une disposition constitutionnelle de non-reconnaissance d'autres religions renforcent la liberté de religion dans tous ses aspects y compris la liberté de conscience.

Si c'était le cas, une telle clause aurait pu attiser la méfiance publique à l'encontre des areligieux, athées et agnostiques.

Par conséquent, une religion reconnue ne doit pas entraîner une discrimination à l'égard d'autres religions ou aux non-croyants. Si l'Etat protège la religion, c'est dans le sens où toutes les institutions publiques seraient au service de tous les citoyens en respectant toutes les convictions d'une part, et en protégeant les pratiques et les pratiquants mais non pas la religion ou les cultes en tant que tels, d'autre part.

Aux Etats-Unis le Président Barack Obama a signé en décembre 2016 une modification de loi sur « la liberté de religion à l'international ». Celle-ci inclut désormais les athées comme « groupe » à protéger au même titre que les « groupes » religieux. Cette loi condamne le fait de « viser des non-théistes, humanistes et athées en raison de leurs (non) croyances »<sup>98</sup>.

Cette loi présente une avancée importante vers l'acceptation et l'inclusion des individus non religieux, qui sont encore trop souvent stigmatisés et persécutés.

C'est la raison pour laquelle, certaines mesures de caractère discriminatoire doivent être interdites. En effet, la liberté de conscience « interdit la contrainte pouvant porter atteinte au droit d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction, y compris le recours ou la menace de recours à la force physique ou à des sanctions pénales pour obliger des croyants ou des non-croyants à adhérer à des convictions et à des congrégations religieuses, à abjurer leur conviction ou leur religion ou à se convertir (...) » et implique à ce que « les tenants de toutes les convictions de nature non religieuse bénéficient d'une protection identique »<sup>99</sup>.

Si le Droit permet à l'Etat de s'ingérer dans les convictions conduisant à la stigmatisation et la discrimination contre certaines personnes, il permet une ingérence dans la vie privée des autres à travers la criminalisation de certains actes.

---

<sup>97</sup> CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.): *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010 p. 558.

<sup>98</sup> H.R.1150 – “*Frank R. Wolf International Religious Freedom Act*”, 16 December 2016, n°114281-. <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/1150>

Title VI section 2: “*by inserting ‘‘The freedom of thought, conscience, and religion is understood to protect theistic and non-theistic beliefs and the right not to profess or practice any religion.’’ before ‘‘Governments’’*”

<sup>99</sup> Comité des droits de l'Homme. Observation générale n° 22, Article 18 (quarante-huitième session, 1993), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), paragraphe 5.





**( Deuxième partie )**

**Le Droit pénalise les actes des  
personnes « homosexuelles »**

- Le Droit protège les libertés, met en place les conditions adéquates pour leur exercice et sanctionne toute atteinte à leur égard. Toute infraction entraîne une atteinte effective aux valeurs sociales protégées qui diffèrent d'un pays à un autre. Mais, le but de l'incrimination dans toutes les sociétés est de protéger la société contre les actions qui lui sont nuisibles.<sup>100</sup>
- C'est dans ce sens que le Droit pénal « poursuit un idéal d'ordre, mis au service de la protection du Prince et des intérêts de l'Etat d'une part, de la protection des droits et des libertés du sujet de droit face au pouvoir d'Etat de l'autre<sup>101</sup> ». Ainsi, une loi pénale doit être gouvernée par les principes d'égalité, de justice et de liberté.
- Adopter un modèle à vocation humaniste, « rationalisant la production pénale, éliminant, en principe et sur papier, les flous de frontières en matière pénale<sup>102</sup> », permet de protéger la société, les droits et libertés des individus et de réaliser la paix et la sécurité.
- Le Droit pénal, dans son aspect législatif comme dans son aspect jurisprudentiel, apparaît dans sa plus grande sévérité. Il remplit une fonction de « neutralisation » des droits individuels. Dans ce cas, il ne faut pas qu'il donne des pouvoirs abusifs aux forces policières. Tout abus doit être puni et même les restrictions apportées aux libertés fondamentales et aux droits individuels « ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un Etat civil et démocratique<sup>103</sup> ».
- En somme, le Droit pénal vise à réprimer certains comportements prohibés par la loi. L'incrimination d'un acte se détermine d'abord par rapport à la société. Cette dernière produit son Droit pénal pour répondre à ses besoins de sécurité et de sûreté. Ce Droit est produit et appliqué directement par la société pour répondre à ses exigences.
- Or, il arrive que les règles de Droit pénal visent certaines personnes en criminalisant leurs actes et sans respecter les exigences d'un Etat civil et démocratique. Là, on assiste à la « tyrannie » d'une norme sociale dominante qui est traduite dans la règle pénale en fonction du contexte social (A). Cette « tyrannie » n'est pas sans conséquence sur les droits et libertés de ces personnes (B).

---

<sup>100</sup> Au sujet de l'incrimination voir, BECCARIA (C.) : *Des délits et des peines*, Droz, Genève, 1965, p.9. GENINET (B.) : *L'indispensable du droit pénal*, Studyrama, Levallois -Perret 2004, p.33.

فرج القصير: القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006

<sup>101</sup> CARTUYVELS (Y.): « Droits de l'Homme et Droit pénal, un retournement? », in CARTUYVELS (Y) (dir.) *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du Droit pénal?*, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2007, p. 26 et s.

<sup>102</sup> VAN DE KERCHOVE (M.): *Le Droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications Fac St Louis, Bruxelles, 1987, p. 455.

<sup>103</sup> Article 49 de la Constitution de 2014.

## A. LES CAUSES DE LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ

- Les règles juridiques sont mises en place soit « pour réprimer, soit pour tolérer ou, plus rarement pour protéger l'attirance sexuelle et affective des individus pour les personnes de leur sexe. »<sup>104</sup>

En Tunisie, l'homosexualité masculine est doublement sanctionnée, et par la société et par le Droit : « l'homosexualité était considérée socialement et moralement comme un fléau encore plus grave que la prostitution : la sodomie représentait dans l'ancien système pénal un grave délit contre la morale, sanctionnée par de lourdes peines ».<sup>105</sup>

Les pratiques sexuelles entre adultes consentants de même sexe (sodomie selon l'expression utilisée par le législateur), pratiquées en privé, sont « punies de l'emprisonnement pendant trois ans » aux termes de l'article 230 du Code pénal.

Ce dernier qui criminalise la sodomie, est qualifié comme étant une règle juridique homophobe.<sup>106</sup> Cependant, les termes de cet article ne précisent pas le sens de la sodomie.

Les versions française et arabe de l'article 230 emploient les termes sodomie/*liouat* qui renvoient au répertoire religieux. L'un renvoie à la ville détruite Sodome et l'autre renvoie au peuple de Lot.

- Par la suite, cet acte incriminé par le Code pénal est vu comme un acte contre nature et immoral.<sup>107</sup> Il s'agit même d'un acte classé dans la catégorie des crimes moraux.
- En effet, l'incrimination de la sodomie a pour base la « ratio socialis »<sup>108</sup>. Cette norme a pour but de « lutter contre les déviations sexuelles », de « prévenir la sodomie » ou encore de « combattre cette déviation morale » afin de protéger la société.<sup>109</sup>

On pourra considérer d'ores et déjà que « l'occultation sociale a été l'une des

---

<sup>104</sup> BORRILLO (D.) : *Homosexualités et Droit*, les voies du Droit, P.U.F. Paris, 1998, p. 1.

<sup>105</sup> LARGUECHE (A.) : *Les ombres de la ville : pauvres, marginaux et minoritaires à Tunis (XVIIIème et XIXème siècles)*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2002, pp. 309-310.

<sup>106</sup> FERCHICHI (W.) : « L'homosexualité en Droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », in, LACH'HEB (M.) et FASSIN (E.) (dir.), *Être Homosexuel au Maghreb*, IRMC- Karthala, Paris, 2016, p. 171 et s.

<sup>107</sup> LABIDI THAMRI (M.) considère les comportements homosexuels comme des actes déviants et contre nature, dans son mémoire de fin d'études intitulé « Le crime moral dans la législation tunisienne », École Supérieure de la Magistrature, Tunis, 1995. (En langue arabe). Cité par FERCHICHI (W.) : « L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », in, LACH'HEB (M.) et FASSIN (E.) (dir.), *Être Homosexuel au Maghreb*, IRMC- Karthala, Paris, 2016, p. 171.

عبد الله الأحمدى: قانون جنائي خاص، الجرائم الأخلاقية، الخدمات العامة للنشر مطبعة الوفاء، تونس، 1998، ص. 135.

<sup>108</sup> FERCHICHI (W.) : *Ibid.*, p. 171.

<sup>109</sup> BOU AZIZ (M) : « L'article 230 du Code Pénal », *R.J.L.*, 1973, p. 20, 23 et 27. Cité par FERCHICHI (W) : *Ibid.*, p. 171.

principales formes de répression de l'homosexualité<sup>110</sup>».

- En effet, selon cette vision, la sodomie met en danger le tissu social et celui de la famille, car elle ne garantit pas la continuité de la race. De ce fait, la non-reproductivité en elle-même disqualifie automatiquement un mâle de son statut d'adulte masculin.
- De même, cette vision estime que les rapports sexuels entre personnes de même sexe « menacent les valeurs de la société et entraînent une dégradation des mœurs et participent à répandre la débauche et l'oisiveté<sup>111</sup> ».
- La société tunisienne comme la plupart des sociétés a construit le modèle de la conjugalité hétérosexuelle exclusive selon la règle en matière de relations amoureuses, sexuelles et comme fondement de la cellule familiale. On peut donc déduire que l'homosexualité présente un écart aux normes dominantes, normes elles-mêmes soumises aux changements sociaux et historiques.
- Dès lors, une des conséquences de la criminalisation est que les homosexuels<sup>112</sup> continuent à se cacher d'une part, du fait que la sexualité présente un tabou. D'autre part, elles choisissent d'être discrètes pour des raisons sociales, religieuses et légales, voire, même professionnelles parfois.

## **B. LES CONSÉQUENCES DE LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ**

La criminalisation de l'homosexualité a fait que les homosexuels choisissent de ne pas révéler leur identité (1). Une fois révélée, ils sont poursuivis en justice et ne bénéficient pas souvent de leur droit à un procès équitable (2) et peuvent être condamnés et emprisonnés sur la base de preuves portant atteinte à leur intégrité physique (3).

---

<sup>110</sup> DEMCZUK (I) et REMIGGI (F-W): *Sortir de l'ombre : Histoires communautés lesbienne et gaie de Montréal*, VLB éditeur, Montréal, 1998, p. 13.

<sup>111</sup> LABIDI THAMRI (M): *ibid.*, p. 66.

<sup>112</sup> A ne pas confondre avec l'expression « hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes » (HSH), ou en anglais MSM (*men having sex with men*) cette dernière a l'avantage de couvrir une population qui ne se limite pas seulement aux personnes qui se définissent en tant qu'homosexuels, renvoyant davantage à un phénomène comportemental qu'à un groupe spécifique de personnes.

Les personnes minorées dans ce cas sont les gays, les lesbiennes et les bisexuels et non pas les hommes offrant leurs services sexuels aux hommes. Ces termes renvoient à des constructions identitaires qui diffèrent d'un groupe et d'un contexte socioculturel à un autre. En effet, certains HSH ne s'identifient pas aux « homosexuels ». Dans certains contextes socioculturels, ils ont le sentiment de devoir se revendiquer comme hétérosexuels afin de préserver leur « identité » masculine.

HEBERT (M.) et al. (dir.): *Le développement sexuel et psychosocial de l'enfant et de l'adolescent*, De Boeck Supérieur, Paris, 2017, p. 208.

Cf. AGGLETON (P): *Men who sell sex: International perspectives on male prostitution and HIV/AIDS*, Temple University Press, Philadelphia, 1999, p. 41 and p. 195.

## 1. L'invisibilité choisie par les homosexuels

- Les personnes homosexuelles « cachent encore leur orientation sexuelle ou leur identité de genre. Elles dissimulent leur orientation sexuelle ou leur identité de genre car elles redoutent de subir des préjudices de la part des membres de leur famille, de leurs amis, de leurs voisins, de la société en général ou des autorités étatiques. Les réactions face à la révélation de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre<sup>113</sup> peuvent prendre les formes suivantes : violences, discrimination, mariage forcé, torture, viol, meurtre, etc »<sup>114</sup>.
- En effet, « ce qui frappe si l'on observe les codes sociaux tunisiens, c'est le silence fait autour de l'homosexualité. Comme si elle n'existait pas. Sa présence ne se livre qu'en creux »<sup>115</sup>.

L'invisibilité fait que pour les homosexuels « tant que personne ne perçoit l'homosexualité comme une réalité sociale, elles peuvent se permettre des choses que l'on ne pourrait pas ailleurs. Quand on aborde ce sujet, les gens sont gênés »<sup>116</sup>.

Une fois visibles, les homosexuels sont indétifiables à travers un ensemble de traits les distinguant de leurs concitoyens. Ils font, ainsi, l'objet de pratiques discriminatoires qui peuvent aller de la criminalisation de leurs actes jusqu'à l'atteinte de leur intégrité physique<sup>117</sup>.

## 2. La remise en cause du droit à un procès équitable

« La magistrature est un pouvoir indépendant, qui garantit l'instauration de la justice, la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés<sup>118</sup> ».

Or, la criminalisation des actes homosexuels a eu un impact sur le droit de certaines personnes à un procès équitable. En effet, la qualification opérée par le juge des

<sup>113</sup> Coming out « *process that involves movement from private to public presentation of self as gay* » le coming out ou la révélation, c'est un « processus qui comprend un changement d'une présentation privée à une présentation publique de soi en tant que gay. »

MOSES (A-E.) et HAWKINS (R-O.): *Counseling lesbian women and gay men: a life-issues approach*, Mosby, Saint Louis: C. V., 1982, p. 97.

<sup>114</sup> JANSEN (S.) et SPIJKERBOER (T.) : Feeling homophobia : Demandes d'asile liées à l'orientation sexuelle et à l'identité sexuelle en Europe , Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, septembre 2011, p.37.

<sup>115</sup> MARTIN (F.) : « Ecran pour tous ? Personnages gays dans trois films phares tunisiens », *Africultures*, n°96, décembre 2013, L'Harmattan, Paris, p. 109.

<sup>116</sup> ROSCOE (W.) et MURRAY (S.) (dir.): *Islamic Homosexualities: Culture, History, and Literature*, New York University Press, New York, 1997, p. 16. Citation traduite par :

BARRAUD (S.) : « *Etre un homme homosexuel et d'origine maghrébine à Paris et en région parisienne : stratégies psychosociales, identités inter sectionnelles et modernité.* », Université Paris VII – Denis Diderot U.F.R. Sciences Sociales, D.E.A. Migrations et Relations Interethniques 2004 - 2005, p. 39.

<sup>117</sup> Sur le sujet des problèmes auxquels les minorités sexuelles font face, voir WIRTH (L): "The problem of minority groups", in LINTON (R.) (dir.) *The science of Man in the world crisis*, Columbia University Press, New York, 1945, p. 347 et ZAHED (L-M): *L.G.B.T. musulman.es, du placard aux Lumières !*, Editions CALEM, Marseille, 2016, p. 82.

<sup>118</sup> Article 102 de la Constitution de 2014.

personnes soupçonnées d'avoir commis l'acte de sodomie au sens de l'article 230 du Code pénal (C.P.) est qualifiée de stéréotypée (a) et qui a amené le juge à les condamner en fonction des circonstances (b).

#### a. La qualification stéréotypée des personnes « homosexuelles »

Les actes des personnes homosexuelles sont criminalisés par l'article 230 du C.P., qui emploie l'expression sodomie ou liouat. Cette expression renvoie à l'homosexualité masculine qui est réprimée par le C.P., le texte arabe<sup>119</sup> emploie également l'expression *El Mousahaka* pour faire référence à l'homosexualité féminine.

« Il faut souligner ce glissement vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle dans l'emploi du terme « sodomie », qui finira par désigner essentiellement l'homosexualité masculine. De plus, cette évolution est marquée par l'emploi de plus en plus courant à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle du terme « pédéraste » devenant le terme emblématique dans le langage courant qui signifiera homosexuel masculin. Le crime de sodomie fut donc appliqué surtout à des homosexuels masculins ».<sup>120</sup>

Appliquer le Droit pénal à l'homosexualité présente un risque. Les textes de loi inclusifs, généraux et qui manquent de clarté, conduisent à plusieurs dépassements et abus ainsi qu'aux arrestations arbitraires. Ces textes imprécis exposent notamment les détenus à des pratiques médicales humiliantes.<sup>121</sup>

- L'expression « sodomie » est vague et peut être interprétée d'une manière large. En arrêtant les suspects d'actes de sodomie, conformément, à l'article 230 du C.P., les autorités le font sur la base d'un acte sexuel pratiqué entre deux hommes ou sur la base d'autres indices. Quel pourrait être cet acte ? Est-ce un acte purement sexuel (rapport sexuel par voie anale) ou s'agit-il d'un acte à connotation sexuelle (rapport sexuel par voie buccale, attouchements, baisers) ?

---

<sup>119</sup> La traduction exacte du texte arabe de l'article 230 du C.P. est la suivante :

« L'liouat (homosexualité masculine) ou El Mousahaka (homosexualité féminine), si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant trois ans ».

Voir FERCHICHI (W.) : « L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », dans le cadre d'un Ouvrage collectif : « Être Homosexuel au Maghreb », dir. Monia Lach'heb et Eric Fassin, IRMC- Karthala, 2016, p. 171 et s.

<sup>120</sup> PASTORELLO (T.) : « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n°112-113, 2010, pp. 197-208.

<sup>121</sup> FERCHICHI (W.) : "Law and homosexuality: Survey and analysis of legislation across the Arab world", working paper prepared for the Middle East and North Africa, consultation of the Global Commission on HIV and the Law, 2729-July 2011.

<http://bibliobase.sermais.pr:8008/BiblioNET/upload/PDF/0576.pdf>

<http://www.hivlawcommission.org/index.php/working-papers/>

[law-and-homosexuality-survey-and-analysis-of-legislation-across-the-arab-world/download](http://www.hivlawcommission.org/index.php/working-papers/law-and-homosexuality-survey-and-analysis-of-legislation-across-the-arab-world/download)

Cité par PATTERSON (D.), EL FEKI (S.) and MOALLA (K.): "Rights-based approaches to HIV in the Middle East and North Africa region" in FREEMAN (M.), HAWKES (S.) and BENNETT (B.) (editors), *Law and Global Health: Current Legal Issues*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 169.

- En général, il faut rappeler que la sodomie concerne les deux orientations hétérosexuelle et homosexuelle. Elle n'est pas une pratique exclusivement homosexuelle, ni une condition « obligatoire » dans le rapport homosexuel.
- L'idée qui associe la sodomie, uniquement, à l'homosexualité masculine est souvent liée au caractère stérile du rapport anal. Un rapport considéré, notamment, contre nature, car il n'assure pas la procréation.<sup>122</sup> D'ailleurs, l'application de cet article par les juges a pour objet de condamner l'homosexualité masculine.

En se référant à la définition traditionnelle de la sodomie en Droit américain, on remarque qu'elle englobe tout rapport sexuel avec l'animal et les oiseaux, ainsi que tout rapport sexuel avec un homme ou une femme par voie anale ou buccale.<sup>123</sup>

Ce terme a été remplacé par l'expression « rapport sexuel déviant ». En effet, en vertu du Code pénal américain<sup>124</sup>, ce rapport sexuel n'est pas criminalisé quand il est entretenu entre deux adultes consentants, en privé et sans créer de trouble public.<sup>125</sup> Par contre, lorsque cet acte est pratiqué en public, cela constituerait une obscénité, c'est-à-dire une indécence publique.<sup>126</sup>

Au vu de ce manque de clarté du texte criminalisant l'acte de « sodomie », le juge judiciaire applique l'article 230 d'une façon stéréotypée en puisant de sa culture conservatrice.

Dans les pays où l'Islam domine, non seulement, l'homosexualité est vue comme un acte illicite, qui est aussi qualifié d'être « contre nature » et non conforme à la morale.<sup>127</sup>

La qualification stéréotypée du juge est visible dans son discours caractérisé par un emploi particulier de certaines expressions vis-à-vis de certains comportements de certains groupes.<sup>128</sup>

---

<sup>122</sup> Cf. DE LAROQUE (G): *Les homosexuels*, Le Cavalier Bleu, Paris, 2003, p. 15, p. 29 et p. 69.

<sup>123</sup> "a person who carnally knows in any manner any animal or bird, or carnally knows any male or female person by the anus, or with the mouth, or voluntarily submits to such carnal a dead body, is guilty of sodomy"  
KLOTTER (J-C): *Criminal law*, Anderson Publishing Company, Cincinnati (Ohio, USA), 2001, p. 145.

<sup>124</sup> *Model Penal Code Annotated*

<sup>125</sup> "Deviate sexual intercourse is not criminal if both participants consent and each is of sufficient age and mental capacity to give consent and they conduct their relations in private and create no public nuisance".  
KLOTTER (J-C): *Idem*, p. 147. Voir "Model Penal Code Annotated" 213.2, 1985.

<sup>126</sup> Commonwealth vs. Robert Wardell 128 Mass. 52 (1880). "Open and gross lewdness and lascivious behavior" is supported by proof that a man intentionally and indecently exposed his person, without necessity or reasonable excuse therefor, in the house of another, to a girl eleven years old. <http://masscases.com/cases/sjc/128128/mass52.html>

<sup>127</sup> JAMA (A.): *Citoyens interdits : les minorités sexuelles dans les pays musulmans : témoignages*, H et O, s.l., 2010.

C'est l'histoire de femmes et d'hommes qui, malgré l'oppression sociale, politique et religieuse dont ils sont victimes, font preuve d'une incroyable inventivité pour contourner les interdits et vivre leur vie. Des témoignages de l'Afrique à l'Asie en passant par le Moyen-Orient, de l'Iraq à la Palestine en passant par l'Afghanistan.

<sup>128</sup> Voir à ce propos : EDGARD (A-Z.) : « Pourquoi le juge intègre-t-il des stéréotypes culturels dans son discours ? Signes, Discours et Sociétés » [en ligne], 4. Visions du monde et spécificité des discours, 29 décembre 2009. Disponible sur Internet: <http://www.revue-signes.info/document.php?id=1280>. ISSN 13088378-. Dernier accès le 15/16/10/  
BOURHIS (R-L.) et LEYENS (J-Ph.): *Stéréotypes, discrimination et relations intergroupes*, Editions Mardaga, Sprimont, 1998.



Il est évident que le juge tunisien « moule » la règle selon la nature de la société. Il s'agit d'une société conservatrice qui s'attache aux préceptes de l'Islam et qui n'accepte pas les comportements « déviants ».

L'homosexualité masculine et féminine est criminalisée par l'article 230 du Code Pénal (C.P.), mais c'est surtout l'homosexualité masculine qui fait l'objet de répression judiciaire.

Lors de la référence à l'article susmentionné, l'expression « sodomie » paraît vague et le juge puise de son répertoire socio-culturel pour qualifier l'acte commis au cas par cas.

En se référant aux différentes décisions dans lesquelles des garçons soupçonnés d'avoir commis l'acte de sodomie au sens de l'article 230 du Code pénal, on remarque que l'appellation qui leur est attribuée est stéréotypée.

Dans un jugement rendu le 10 décembre<sup>129</sup> 2015 par le Tribunal de Première Instance (T.P.I.) de Kairouan<sup>130</sup>, de jeunes garçons ont été condamnés pour homosexualité masculine au sens de l'article 230 du C.P.

L'expression *mithly* (homosexuel) a été employée dans ce jugement, mais sans connotation positive puisque les expressions *louti* (sodomite) et homosexuel sont utilisées comme synonymes.

Les expressions étaient aussi utilisées dans un sens stéréotypé, qui émane d'un répertoire conservateur et religieux selon lequel l'homosexuel est forcément efféminé.<sup>131</sup> Pour appuyer sa qualification, le juge affirme dans le même jugement que des robes ont été trouvées parmi les objets saisis par la police, « prévoyant les actes pervers pour lesquels les accusés se sont réunis ».

D'abord, cette démarche stéréotypée a fait que lors de l'inculpation pour homosexualité, le pénétré est condamné et non le pénétrant. Donc, le juge condamne la sodomie passive et non pas la sodomie active.<sup>132</sup>

Ensuite, le juge utilise le terme *liwat* ou *choudhoudh* (sodomie ou dépravation sexuelle) et non pas homosexuel qui réfère à l'identité sexuelle.<sup>133</sup> Dès lors, il confirme d'une part, que c'est un des péchés interdits par la religion « foujour » ou « débauche ». D'autre part, il considère que ce « péché » en fait des malades.

<sup>129</sup> En 1950 la journée du 10 décembre fut proclamée Journée des Droits de l'Homme

<sup>130</sup> حكم جناحي، المحكمة الابتدائية بالقيروان، قضية عدد 6782 بتاريخ 2015/12/10، غير منشور.  
<sup>131</sup> « اعترف أنه مثلي ولوطي وأنه يحسن أن الهرمونات الأنثوية بجسده تغلب عليه... » كذلك تم العثور على فساتين نساء تبين عن الأفعال الشاذة التي تجمع لأجلها المتهمون ».

حكم جناحي، المحكمة الابتدائية بالقيروان، قضية عدد 6782 بتاريخ 2015/12/10، غير منشور.  
<sup>132</sup> « وحيث تعززت اعترافات المتهمين بما حققه الطبيب الشرعي من أن جميعهم يحمل بديره علامات تعود قديم على اللواط السلبى و ظهور آثار داخل الشرج تدل على إيلاج عضو الذكر في الأيام الأخيرة ».

حكم جناحي، المحكمة الابتدائية بالقيروان، قضية عدد 6782 بتاريخ 2015/12/10، غير منشور.  
<sup>133</sup> « اعتادو ممارسة الاتصال الجنسي غير الطبيعي... شذوا عن الممارسات الجنسية الاعتيادية... و بتحقيق أفعال الفجور المتمثلة في تعاطي اللواط... »

حكم جناحي، المحكمة الابتدائية بالقيروان، قضية عدد 6782 بتاريخ 2015/12/10، غير منشور.

Ceci est expliqué par un imaginaire présent dans la littérature et la culture arabe en ce qui concerne la sodomie passive. L'homosexuel condamné serait le pénétré car dans sa position d'infériorité passive, il est assimilé à une femme.

Dans le dialecte tunisien, « l'homosexuel » est désigné par le mot arabe modifié *alma'boun* devenu une insulte.

D'ailleurs, M. Joseph A. MASSAD considère que « l'homosexualité cause l'humiliation ». Ainsi, « *alma'boun* » selon cet auteur est un malade « qui lui-même a contracté cette maladie en se laissant se faire prendre par les plus forts ». <sup>134</sup>

Donc, selon cette tendance conservatrice et abaissante, celui qui pénètre (*loti*) fait preuve de virilité (*fuhuliyah*), quant au pénétré (*ma'bun*, *mukhannath*), il est efféminé, humilié. <sup>135</sup>

Le rôle passif à l'opposé de l'actif dominant, est socialement condamné et rejeté. L'acte de pénétration passive est perçu comme une déviation des ordres dominants. <sup>136</sup>

Le juge se rapproche de la lecture du texte suivante : « le soupçonné de sodomie au sens de l'article 230 du C.P. est condamné lorsque le test anal prouve qu'il a été sodomisé ». Le juge applique cet article pour l'homosexualité passive.

Le juge moule la règle en fonction de l'éducation sociale ainsi pour le fait qu'il soit né dans une culture arabe et musulmane. <sup>137</sup>

Ainsi, en s'éloignant des principes de la neutralité, l'impartialité et l'égalité devant la justice, le juge met en œuvre des concepts préétablis, dictés par la culture

---

<sup>134</sup> جوزيف مسعد: «اشتهاء العرب». دار الشروق، القاهرة، 2014 يستشهد في الهامش عدد 968 بتعريف الخطيب العدناني (محمد صالح السيد عدنان الموسوي) لعبارة المأبون في مؤلفه: «الزنا و الشذوذ في التاريخ العربي»، مؤسسة الانتشار العربي، بيروت، 1999 ص. 126.  
«هو الذي سعى في تحصيلها ( الاصابة بالأبنة) وانقاد إليها باستسلامه للشطار يعملون به الفحشاء».

<sup>135</sup> Voir à ce propos le juge tunisien Shihab-al-Din Al-Tifashi, décédé en 1253, a consacré un ouvrage aux rapports sexuels dans la société arabo-musulmane, y rapportant de nombreux récits d'homosexualité masculine et féminine. AL- TIFASHI (S-E-A): *Nozhat al- albab fima la youjad fi kitab (The Delight of Hearts: Or What You Will Not Find in Any Book)*, Riad el-rayyes books Ltd. United Kingdom, 1992, p. 163 et s.

ABU-SAHLEH (S-A): *Religion et Droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2008, p. 204.

<sup>136</sup> « Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme ».

Comme il l'est dans la conception musulmane de l'« homosexualité », on remarque notamment dans la bible, une insistance sur la distinction entre le rôle passif et le rôle actif, qui est centrale dans la conception de la sexualité du Proche-Orient ancien.

Voit : RÖMER (T) et BONJOUR (L) : *L'homosexualité dans le Proche-Orient ancien et la Bible*, Labor et Fides, Genève, 2005, p. 43.

<sup>137</sup> Quoiqu'un auteur considère, que l'interprétation sur laquelle se base la condamnation de la sodomie en Islam est fautive, parce que l'acte du peuple de Lot n'était pas consenti et s'accompagnait d'autres actes qui menaçaient l'intégrité physique des autres et qui pouvait aller jusqu'au viol des hommes par des hommes.

YOUSSEF (O): *Confusions d'une musulmane, la succession, le mariage et l'homosexualité* (en arabe), publications de dar sahar, Tunis 2013, p. 185 et p. 188.

« فاحشة قوم لوط لم تكن مجرد اتیان الرجال بل تجسمت في القيام بأفعال أخرى تهدد أمن الآخرين و سلامتهم في أجسادهم و أنفسهم.»  
« فاحشة قوم لوط قد تتجاوز الضرب و الحذف بالحجر و الشتم إلى مواجهة الرجال عنوة أي إلى اغتصابهم.»

La version traduite en anglais, YOUSSEF (O): *The Perplexity of a Muslim Woman: Over Inheritance, Marriage, and Homosexuality*, translated by Lamia BEN YOUSSEF, Lexington books, Lanham, Maryland, 2017.

في نفس السياق: الطاهر بن عاشور: التحرير و التنوير، تونس، دار التونسية للنشر، 1984، ج 20 ص. 240.

dominante et se base sur certaines circonstances pour condamner les personnes soupçonnées d'avoir commis l'acte de sodomie.

**b. La condamnation des « personnes homosexuelles » sur la base de circonstances**

Dans plusieurs affaires dans lesquelles des personnes sont accusées d'avoir commis l'acte de sodomie au sens de l'article 230 du C.P., le juge se base sur des indices qui justifient le discours stéréotypé.

Dans l'affaire du Tribunal de Première Instance (T.P.I.) de Kairouan du 10 décembre 2015, un des accusés a été condamné à six mois de prison ferme pour attentat à la pudeur, sur la base de l'article 226 du Code pénal. Cette accusation a été retenue en raison de séquences vidéos filmant des rapports sexuels entre hommes trouvées dans son ordinateur.<sup>138</sup>

Il en est de même dans le jugement rendu par le T.P.I. de Sfax le 9 mars 2016, dans lequel l'un des accusés a avoué qu'il allait recevoir 60 dinars en contrepartie d'entretenir des rapports sexuels avec l'autre accusé. Parmi les indices de culpabilité pour sodomie, la police a saisi deux préservatifs non utilisés et un gel lubrifiant.<sup>139</sup>

Sachant que les deux objets saisis sont légalement commercialisés par les pharmacies sur tout le territoire du pays, sauf dans le cas où le pharmacien s'assure que la personne qui l'achète n'est pas homosexuelle.

Par contre, les Tribunaux nationaux continuent de se fonder sur des indices et des présomptions de culpabilité qui brisent le droit au respect de la vie privée, ainsi que la violation de l'interdiction de la torture et des pratiques inhumaines et dégradantes.

Dans une décision rendue par le T.P.I. de Sousse, le 22 septembre 2015, un jeune de 22 ans, Marwan (pseudonyme), a été condamné à un an d'emprisonnement pour s'être livré à des activités homosexuelles après avoir été forcé à subir un examen visant à prouver le rapport anal.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> « و حيث تم حجز جهاز حاسوب خُزن به مقطع فيديو يظهر ذكورا يمارسون اللواط. و حيث أن المتهم قد خُزن بحاسوبه المحمول صوراً لاكران يملؤون بعضهم من أديارهم بشكل يسهل نشرها وترويجها... »  
Jugement n°6782 Tribunal de Première Instance de Kairouan du 10 décembre 2015, non publié.

<sup>139</sup> حكم جناحي المحكمة الابتدائية بصفاقس قضية عدد 1757 بتاريخ 2016/03/09 غير منشور «وحيث تقرر ادانتهم بالمحجوز... وحيث أن إنكار المتهمين جلسة مردود عليهما».

<sup>140</sup> Tunisia: les victimes accusées: violences sexuelles et violences liées au genre en Tunisie. Synthèse Par Amnesty International, 25 novembre 2015, n° d'index: MDE 302015/2827/. p. 41.

En septembre 2015, la police judiciaire avait convoqué « Marwan » pour l'interroger après que des agents avaient trouvé son numéro dans le téléphone d'un homme ayant été tué. D'après l'avocat de Marwan, ce dernier a avoué avoir eu des rapports avec l'homme en question après que des policiers l'ont giflé et menacé de le déshabiller et de le violer, ainsi que de l'inculper de meurtre s'il n'avouait pas. Le 11 septembre, Marwan a fait l'objet d'un examen anal forcé au sein du service médico-légal de l'hôpital Farhat Hached de Sousse, à la demande du Tribunal.

La banalisation d'une telle immixtion dans la vie privée « encouragée » par le Juge judiciaire, fait que l'article 230 C.P. devient de facto une arme répressive pour la police qui, même en l'absence de tout rapport sexuel entre personnes de même sexe, peut se baser sur d'autres indices en fouillant par exemple le téléphone ou l'ordinateur du soupçonné.

Dans l'affaire du T.P.I. de Sfax<sup>141</sup> et l'affaire rendue par le T.P.I. de Tunis le 19 juin 2013<sup>142</sup>, des conversations intimes ont été lues par la police et citées dans le texte du jugement.

Ainsi, le risque de criminalisation de l'acte de « sodomie » qui n'est pas clairement précisé par le législateur, a fait que certains éléments, quoiqu'ils soient légaux (usage de préservatifs), deviennent des moyens de condamnation. Parallèlement, les autorités utilisent un moyen de preuve qui est toutefois considéré comme illégal, (examen anal), car il porte atteinte à l'intégrité physique.

### 3. L'atteinte à l'intégrité physique

Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme a enquêté sur une large gamme de violations des droits de l'Homme commises à l'encontre d'individus en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre.

Lors de l'examen du troisième rapport périodique soumis par la Tunisie en 2016, le Comité des Nations Unies contre la torture, a condamné l'utilisation d'examen anaux forcés destinés à trouver des « preuves » contre des personnes accusées d'homosexualité.<sup>143</sup>

Il a, en outre, exprimé ses préoccupations que « les personnes soupçonnées d'être homosexuelles sont contraintes de subir un examen anal, ordonné par un juge et réalisé par un médecin légiste, destiné à prouver leur homosexualité ». Le Comité a noté que si les suspects peuvent, en théorie, refuser de subir les examens, nombre d'entre eux acceptent seulement « sous la menace de la police, arguant...que le refus de donner leur consentement serait interprété comme une incrimination ».

Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a, également, déclaré que les examens anaux forcés peuvent être assimilés à de la torture ou à un traitement cruel, inhumain ou

---

<sup>141</sup> « وحيث أجرى الباحث معاينة لإرساليات قصيرة على هاتف وليد مع نجم... (المتهم الثاني) ». حكم جناحي المحكمة الابتدائية بصفاقس قضية عدد 1757 بتاريخ 2016/03/09 غير منشور

<sup>142</sup> Jugement du T.P.I. Tunis n°12799 du 19 juin 2013, inédit,

Le Tribunal s'est basé sur 11 copies de messages électroniques du réseau social *facebook* dans lesquels les deux accusés abordaient des sujets à caractère sexuel.

De même, les caméras de surveillance de l'hôtel, ont servi à briser l'intimité des accusés (clients). Le Juge s'est basé aussi sur les enregistrements des caméras.

<sup>143</sup> Le Comité contre la torture a examiné le troisième rapport périodique de la Tunisie

(CAT/C/TUN/3) et le rapport complémentaire comportant des données actualisées (CAT/C/TUN/3/Add.1), à ses 1398<sup>e</sup> et 1401<sup>e</sup> séances, les 19 et 21 avril (CAT/C/SR.1398 et 1401), et a adopté les observations finales à ses 1420<sup>e</sup> et 1421<sup>e</sup> séances, le 6 mai 2016.

dégradant : « Les femmes, les filles et les lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres sont particulièrement exposés à la torture et aux mauvais traitements lorsqu'ils sont privés de liberté, que ce soit dans des structures relevant du système de justice pénale ou dans d'autres contextes »<sup>144</sup>.

Là, on s'interroge sur la légitimité et la légalité des moyens utilisés pour avoir les informations (intimes). De quelle autorité les agents de la police judiciaire se prévalent-ils pour effectuer le test anal à quelqu'un soupçonné d'avoir eu des rapports homosexuels ? (la légitimité de la preuve). Le moyen de preuve est-il légal ?

« Pour opérer la conviction, la preuve doit être légale, concluante et juridique. La légalité de la preuve consiste dans l'admissibilité légale du moyen de preuve. La preuve est concluante, lorsqu'elle donne la conviction rationnelle du délit ; elle est juridique lorsqu'elle est acquise en justice selon les formes établies par la loi ».<sup>145</sup>

La légalité de la preuve est remise en cause dans le cas où des hommes arrêtés aux motifs qu'ils sont « accusés » d'acte de sodomie au sens de l'article 230 du C.P., sont obligés de subir des examens médicaux destinés à obtenir des preuves physiques de rapports sexuels anaux.

Une situation à l'opposé du principe de l'intégrité physique ou de l'inviolabilité du corps humain prévu par l'article 23 de la Constitution qui dispose que : « L'Etat protège la dignité de l'être humain et son intégrité physique, et interdit la torture morale et physique. Le crime de torture est imprescriptible »<sup>146</sup>.

Cet examen médical est en contradiction avec l'article 23 de la Constitution de 2014, pour son incertitude, insuffisance et immoralité en tant que mode de preuve. Dès lors, il pourrait être assimilé aux actes de torture au sens de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>147</sup>, ce qui remet en cause la protection de la dignité et de l'intégrité constitutionnellement reconnues à toute personne et protégées à ce titre.

En effet, le Groupe de travail sur la détention arbitraire considère que « ces tests, effectués de force, sont en eux-mêmes intrusifs de nature et ils constituent une violation des droits corporels de l'individu aux termes des droits de l'homme... il estime aussi que... les examens anaux forcés enfreignent l'interdiction de la torture

---

<sup>144</sup> Conseil des droits de l'Homme, Trente et unième session, « Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », A/HRC/315 ,57/ janvier 2016, p. 6 et s.

<sup>145</sup> RAUTER (J-F) : *Traité théorique et pratique du droit criminel en cours de législation criminelle*, Société Typographique belge, Bruxelles, 1837, p. 143.

<sup>146</sup> Traduction officielle, numéro spécial du J.O.R.T. du 20 avril 2015.

<sup>147</sup> Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 3946/ du 10 décembre 1984.

et d'autres traitements cruels, inhumains et dégradants »<sup>148</sup>.

Et même dans le cas où la preuve de sodomie passive est établie, les médecins légistes reconnaissent que la forme de l'anus ne constitue pas une preuve déterminante ni suffisante d'homosexualité. Selon eux, seule la présence de sperme dans ces parties atteste de l'acte sexuel; or cela suppose une pénétration non protégée. Dans les faits, les médecins se contentent de prendre des photos de l'anus, ce qui rend leur expertise d'une incertitude totale, tout en constituant une atteinte aussi inutile qu'immorale.<sup>149</sup>

Parallèlement et dans le même sens, « la sodomie forcée ou l'insertion d'objets dans l'anus peut provoquer chez les victimes de l'un ou l'autre sexe, des douleurs et des hémorragies se prolongeant, parfois, pendant plusieurs jours ou semaines.

La présence de cicatrices anales inhabituelles par leur taille ou leur emplacement doit être notée avec précision. Les fissures anales peuvent persister pendant de nombreuses années, mais il est en général impossible de différencier celles résultant de la torture de celles causées par d'autres mécanismes »<sup>150</sup>.

La preuve n'est pas concluante, car un tel examen paraît incomplet et ne prend pas en considération tous les éléments du délit tel que prévu par l'article 230 du Code Pénal (C.P.). L'acte de sodomie et plus précisément dans le cas de la sodomie masculine, est censé être pratiqué entre deux personnes : l'un joue le rôle d'actif et l'autre joue le rôle du passif.<sup>151</sup> Or, on remarque que la preuve vise, ici, à condamner seulement et uniquement la personne passive.

Du côté du juge, qui ne se trouve pas lié par le rapport de l'expert, ce dernier étant, seulement, chargé de l'éclairer sur une question de fait qui échappe à la compétence de celui-ci. Mais si d'autres éléments interviennent, le juge doit les prendre en considération. Si ces éléments se trouvent dans le domaine du Droit, le Droit s'impose.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Groupe de travail sur la détention arbitraire, Opinion n° 252009/ sur l'Égypte (A/HRC/1647/Add.1), paragraphes 23, 28 et 29.

149 وحيد القرشي: « السياسة، المثلية وفحوص العار في تونس»، المفكرة القانونية، جوان 2013 «حتى يتوفر العديد من الأدلة والأثار التي يمكن أن تؤكد أن الشخص يمارس اللواط السليبي، إلا أن ذلك لا يعني القطع بأنه فعلا يمارس ذلك إذ يمكن لأشخاص لم يمارسوا أبدا هذا الفعل ومع ذلك تكون لهم نفس أعراض ممارسي الأفعال السلبية سواء لأسباب بيولوجية أو لأسباب تعود لاصابات أو أمراض».

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=402&clang=ar> Dernier accès 0516/05/ .

<sup>150</sup> « Protocole d'Istanbul : Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », Nations Unies, New York et Genève, 2005, paragraphe 232, p. 49.

<sup>151</sup> Cassation Criminelle n°7335 du 15 mai 1982, Bulletin de la Cour de cassation 1982, pp. 199200-, (en arabe).

« جريمة الفصل 230 إن ثبتت تستلزم وجود طرفين كل منهما مسؤول عما اقترفه ايجابيا أو سلبيا »

<sup>152</sup> Article 157 Code de Procédure Pénale (C.P.P.) : « Si le tribunal estime qu'une expertise est nécessaire, il est procédé conformément aux articles 101 et suivants ».

- C'est pour cela, qu'un tel examen médical utilisé comme moyen de preuve peut amener « le juge à élargir illégalement la mission de l'expert et inversement l'expert à empiéter sur le domaine juridique. »<sup>153</sup>
- Faire subir à un individu un tel test, aidera-t-il la police et la justice à faire respecter la loi et l'ordre public ?
- Certes, certaines pratiques qui touchent à l'intégrité physique sont prévues par la loi afin de préserver l'ordre public et la sécurité.<sup>154</sup>
- Pour l'ordre public, dans le cas du contrôle de l'état alcoolique qui s'effectue par analyse de l'air respiré ou alcootest, pratiqué par les officiers de la police judiciaire, le recours à l'examen du sang et à l'utilisation des tests d'identification génétique est admis dans le cadre du procès pénal pour identifier l'auteur d'infraction.
- Dans le cadre de la sécurité des personnes et afin de respecter l'obligation de ne pas nuire à autrui, le législateur impose l'hospitalisation de certaines personnes lorsque les affections dont elles souffrent mettent en cause la sécurité publique: l'exemple des malades mentaux, des alcooliques et des toxicomanes. L'homosexuel figure-t-il parmi ces personnes qui présentent un danger pour la sécurité?
- Le test anal n'est ni au service de la sécurité, ni à celui de la santé publique. C'est une humiliation de l'être humain.
- Si le Droit est un facteur d'inégalité car il criminalise certains actes en s'immisçant dans la vie intime de certaines personnes. Il arrive qu'il soit un facteur d'inégalité lorsque la règle de Droit contribue à la marginalisation d'une culture minoritaire au profit d'une culture majoritaire.

---

<sup>153</sup> ERWIN (D.) and SCHREIBER (H-L.): *Medical responsibility in Western Europe: research study of the European science foundation*, Springer Science and Business Media, New York, 2012, p.192.

<sup>154</sup> ARNOUX (I.): *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 347 et s.

## **( Troisième partie )**

**Le Droit est la règle « de la majorité  
pour la majorité »**



Si on admet que le Droit est la règle de la majorité, les personnes qui appartiennent à une minorité vont être écrasées par cette même majorité. Cette dernière décide et la minorité s'incline. Dans ce cas, on parle de celui qui domine, qui a le pouvoir de décision et d'adopter des lois. Le dominant pose et impose les règles ou comme M. le Professeur MEZGHANI l'a noté, que « la loi est faite par la majorité pour la majorité ».<sup>155</sup>

L'Etat impose la culture dominante par l'entremise de ses différentes composantes, y compris le gouvernement. En particulier, l'adoption des lois explicites fournit un cadre législatif qui facilite l'épanouissement du groupe dominant et contraint les minorités.

Or, dans une démocratie<sup>156</sup>, puisque la volonté du peuple est la base de l'autorité de gouvernement, on doit éviter de gouverner par défi. En toute réalité, la portée exacte du concept « démocratie » suppose le pouvoir du peuple tout entier et pas la majorité du peuple<sup>157</sup>, auquel cas, la démocratie serait alors définie comme le pouvoir de la majorité<sup>158</sup>, pour le peuple.

Ainsi, lorsque le droit promeut la culture dominante, cette dernière rejette toute différence, rendant toute personne appartenant à une minorité, exclue et stigmatisée. Et là, on parle d'une culture dominée, une culture minoritaire représentant une menace à celle qui est dominante, car considérée comme hostile : celle qui vient défaire ou modifier ce qui a toujours été établi.<sup>159</sup>

- La culture dominante est la culture du groupe qui détient le pouvoir<sup>160</sup>. En effet, ce groupe tente de se réserver la jouissance, par l'instauration d'un corps de règles et de codes, d'attitudes et de comportements, dont seule la connaissance permet d'en maîtriser l'usage. Les membres du groupe dominé en sont alors exclus de

---

<sup>155</sup> MEZGHANI (A.): *Lieux et non-lieu de l'identité*, sud éditions, Tunis, 1998, p. 65.

<sup>156</sup> KELSEN (H.): *La démocratie, sa nature, sa valeur*, traduit de l'allemand par Charles Eisenmann, Paris Librairie générale du recueil, Sirey, 1932, p. 7.

<sup>157</sup> La loi émane du peuple, ceci est inscrit dans le Préambule et dans les articles 2 et 3 de la Constitution de 2014.

<sup>158</sup> EMIPHE (M.) et CISHUGI (J-B.): *L'idée d'un gouvernement mondial: pour la paix et la fraternité universelles*, Editions Publibook, Saint-Denis, 2016, p. 157 et s.

<sup>159</sup> Voir PESTIEAU (J.): *Les citoyens au bazar : mondialisation, nations et minorités*, Presses Université Laval, Québec, 1999, p. 73.

<sup>160</sup> Parfois la majorité religieuse ou raciale n'a pas le pouvoir. Il peut y avoir des situations dans lesquelles le groupe qui détient le pouvoir est une minorité ethnique ou religieuse.

On parle dans ce cas de majorité *minorisée*. Cela rappelle les shiites au Bahreïn qui quoi qu'ils soient majoritaire en nombre, ils sont *minorisés* du fait que les sunnites minoritaires en nombre sont majoritaires au pouvoir.

WOEHLING (J.): "Les trois dimensions de la protection des minorités en Droit constitutionnel comparé", *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, 2003 - 2004, volume 34, p. 93.

« La simple observation de la répartition des postes politiques importants à Bahreïn permet de comprendre les causes de la révolte des shiites, d'après le centre des droits de l'homme de Bahreïn, les chiites n'occupent que 18% des postes de la haute fonction publique ou du gouvernement ».

KASSIS (R.) et DEL VALLE (A.): *Le Chaos Syrien, printemps arabes et minorités face à l'islamisme*, Editions Dhow, Paris, 2014.

fait, dans la mesure où l'apprentissage de ces codes se fait à l'intérieur même du groupe dominant.

- « Certaines normes, les plus importantes, sont acceptées bon gré, mal gré par les membres du corps social. Ceux-ci forment un groupe plus ou moins diversifié dans lequel on trouve une majorité et une ou des minorités. Les minoritaires refusent les normes, ne jouent pas le jeu.»<sup>161</sup>
- Les critères à partir desquels elles se forment sont, notamment: la religion (A) et la langue (B). Il s'agit d'une domination de la culture arabo-musulmane.

## A. LE DROIT FAIT DE L'ISLAM UNE RELIGION DOMINANTE

L'Etat s'occupe de tous les aspects de la religion dominante en laissant une marge de liberté aux autres religions de s'autogérer (1). Cette prééminence de l'Islam a comme conséquence l'ingérence de l'Etat dans la vie privée de certaines personnes (2).

### 1. L'Etat s'occupe principalement de la religion dominante

L'Islam est la religion de la Tunisie<sup>162</sup> : Cette disposition s'exprime, en Tunisie, en une appropriation par l'Etat tunisien de la gestion et de l'administration de l'Islam.<sup>163</sup>

- Par exemple, c'est l'Etat qui a la mainmise sur les mosquées<sup>164</sup>. Il les finance, désigne et rémunère les imams qui dirigent les prières, parfois même leur impose les prêches qu'ils doivent livrer aux croyants. Tel est le premier aspect de cette domination de la religion de la majorité. On se demande s'il s'agit d'une application et d'une confirmation de l'expression employée par l'article 6 de la Constitution « l'Etat protège la religion » ? Car l'expression religion est employée au singulier, s'agit-il de la religion telle que mentionnée dans l'article 1<sup>er</sup> ? Sauf, que le même article prévoit que l'Etat protège l'exercice « des cultes ».

Certes, la loi qui régit les rapports entre citoyens, c'est le Droit positif et non pas le Droit religieux. Mais, dans ce sens, cela n'empêche que l'Etat assure la gestion de la religion musulmane.<sup>165</sup> Tout en laissant la liberté aux autres religions réglementées

---

<sup>161</sup> DUMAS (C.) et COVO (J.): *Minorités et marginalités en Espagne et en Amérique Latine au XIXe siècle*, Presses Universitaires de Lille, Lille, 1990, p. 212.

<sup>162</sup> Il faut distinguer religion exclusive de religion dominante. La première est celle « dont le culte public est autorisé privativement à tout autre culte ».

La deuxième, « celle qui est plus intimement liée à l'Etat, et qui joint, dans l'ordre politique, certains privilèges qui sont refusés à d'autres cultes dont l'exercice public est pourtant autorisé ».

PLONGERON (B.): *Théologie et politique au siècle des lumières (1770 - 1820)*, Librairie Droz, Genève, 1973, p. 354.

<sup>163</sup> AMOR (A.): « Constitution et religion dans les Etats musulmans », in *Cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, 10<sup>ème</sup> session, Tunis, 1994, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 44.

<sup>164</sup> Mais après le 14 janvier 2011 on a vécu l'expérience de livrer les mosquées aux fidèles : Ansar Chariaa, Al Qaïda, Daech....

<sup>165</sup> MEHREZ (M.): « Laïcité et Etat Civil, quel rapport? », *Portimão*, n° 5, 2014, pp. 169 - 178.

par les lois de l'Etat de s'autogérer.

- Par ailleurs, « les Etats à majorité musulmane seraient des Etats civils lorsqu'ils cesseraient d'assoier leur pouvoir politique sur la donne religieuse qui n'est d'ailleurs pas figée.
- Un Etat qui n'a pas besoin de s'identifier à travers la religion de la majorité ne peut qu'être tolérant<sup>166</sup> ».

De même, l'obligation positive de mettre en œuvre des droits se réfère aussi à des obligations matérielles et procédurales<sup>167</sup>.

L'exécution de ces obligations a été confiée à des structures administratives au sein des différents ministères. Ces structures s'occupent directement ou indirectement des affaires des minorités.

Quoique parfois, on remarque que ces structures administratives sont restreintes et ne s'intéressent pas à titre principal aux affaires des minorités, comme c'est le cas pour le ministère des Affaires religieuses.

A travers ce ministère, l'Etat, au moyen du Droit positif, fixe le cadre, les contours et les limites de la conviction religieuse de la majorité. L'Etat fixe la limite minimale et la limite maximale de la conviction religieuse<sup>168</sup>.

Depuis l'indépendance, les autorités politiques sont chargées d'exprimer la politique de l'Etat en matière religieuse<sup>169</sup>. D'où l'expression « étatisation de la religion », c'est-à-dire que l'Etat aménage la religion selon la loi positive, dans le cadre de l'Etat civil et démocratique qui respecte le pluralisme et les droits humains.

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.177.

<sup>167</sup> DUMONT (H.) et HACHEZ (I.): « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'Homme, dans quelles limites ? », in CARTUYVELS (Y.) (dir.) *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2007, p.53. Voir aussi :

CHOLEWINSKI (R.): « State duty towards ethnic minorities: positive or negative? », *H.R.Q.*, 1988, pp. 344 - 371.

<sup>168</sup> BEN ACHOUR (S.): « Les convictions religieuses face au Droit positif », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, textes présentés au Colloque international de Moncton 2427- août 2008, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.141 - 143.

<sup>169</sup> A la veille de l'indépendance, l'Etat a pris le contrôle de la religion. Le prêche se fait dans un cadre institutionnel par le ministère des affaires religieuses, l'enseignement religieux est un enseignement public qui est réglementé.

Voir à ce sujet :

CHERIF (M-H.): « Hommes de religion et pouvoir dans la Tunisie de l'époque moderne », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, 35<sup>e</sup> année, n°31980, 4-, pp. 580 - 597.

BRAS (J-Ph.): « L'islam administré: illustrations tunisiennes » in KERROU (M.) (dir.) *Public et privé en Islam, espaces, autorités et liberté*, Maisonneuve et Larose, IRMC, Paris, 2002, p.229.

Mais, sous l'empire ottoman, les *Ulama* (hommes de religion) contrôlaient les institutions jugées vitales à l'époque: le culte (direction de la prière et du prêche), l'enseignement dont ils ont pratiquement le contrôle, la direction des consciences (le *mufî* doit accommoder les problèmes de tout ordre avec des prescriptions intangibles de la loi religieuse), la justice religieuse du *cadî* qui a dans ses attributions tout ce qui a trait au statut personnel et aux affaires de religion proprement dites.

Voir à ce sujet : BRUNSCHVIG (R): « Justice religieuse et justice laïque dans la Tunisie des deys et des beys jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle », in BRUNSCHVIG (R) *Etudes d'islamologie*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1976, pp. 219 - 269.

« L'islam comme religion d'Etat concerne d'abord et avant tout la relation de l'Etat avec l'organisation du culte, à savoir la formation et la nomination des imams et le financement, l'entretien des mosquées, et éventuellement l'autorisation préalable des prêches »<sup>170</sup>.

La religion devient au service de l'Etat et non pas l'Etat au service de la religion.

Cette conception a été affirmée depuis les travaux de l'Assemblée nationale constituante de 1956 à propos de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959 et de l'expression « sa religion [de l'Etat] est l'islam »<sup>171</sup>.

Malgré le caractère identitaire dominant de la religion musulmane dans la Constitution de 2014 ainsi que dans d'autres textes, aucun texte législatif ou réglementaire ni aucune disposition constitutionnelle n'interdit l'existence d'une secte ou d'une religion en Tunisie. Parallèlement, aucun texte ne dresse une liste des religions reconnues.

La religion en Tunisie se caractérise par la prédominance de l'islam sunnite malékite et Acha'rite, ainsi que par la reconnaissance officielle de religions minoritaires ayant leurs propres institutions : le culte Israélite et le Catholicisme. Les autres religions minoritaires ne sont pas réglementées par des textes spécifiques, et « ne constituent ni par leurs expressions, ni par leurs manifestations, ni par leur exercice un problème. Elles semblent se déployer dans une relative quiétude, et n'ont pas interpellé une intervention spécifique des autorités publiques. La protection de ces cultes est assurée par des textes de portée générale qui pourraient s'appliquer aussi bien au culte musulman qu'aux autres cultes. »<sup>172</sup>

Néanmoins, « l'étatisation de la religion » ne passe pas sans effets sur la religion dominante et la religion minoritaire. Car, l'adhésion de l'Etat à la religion musulmane conduit à une sorte d'appropriation de la gestion et de l'administration de l'islam par les autorités étatiques. Ce statut particulier de l'islam donne à l'Etat des compétences et des obligations pour assurer un service public religieux, c'est-à-dire un ensemble de prestations qui permettent l'exercice du culte musulman dans les meilleures conditions. Or, cette attitude envers la religion dominante lui donne une place privilégiée chez les autorités publiques par rapport aux religions

---

<sup>170</sup> HACHED (F) : « La laïcité : un principe à l'ordre du jour de la II<sup>e</sup> République tunisienne ? », *Confluences Méditerranée*, n°77, 22011/, pp. 29 - 36.

<sup>171</sup> الشاذلي النيفر: «مسألة الإسلام واللغة أمام المجلس القومي التأسيسي»، منشور في أعمال ملتقى حول المجلس القومي التأسيسي انعقد في كلية الحقوق بتونس أيام 29-30-31 ماي 1984. منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 1986. ص 183.

<sup>172</sup> BEN ACHOUR (S) : « Les convictions religieuses face au Droit positif tunisien », in FOBLETS (M-C) : *Convictions philosophiques et religieuses et Droits positifs: textes présentés au Colloque International de Moncton* (24 - 27 août 2008), Bruylant, Bruxelles, 2010, p.139.

Ces textes de portée générale assurent une protection constitutionnelle de la liberté religieuse en vertu de l'article 6 de la Constitution de 2014, et une protection pénale contre toute atteinte à la liberté de d'exercice du culte ou des lieux de culte conformément aux articles 161, 165 et 166 du Code pénal.

minoritaires qui ne bénéficient pas du même degré de protection.<sup>173</sup>

L'Etat reste à l'écart de la gestion des affaires des minorités religieuses. Cette tâche est attribuée à des institutions indépendantes.<sup>174</sup>

Le culte israélite est régi par la loi n° 58-78 du 11 juillet 1958 relative au régime du culte israélite<sup>175</sup> qui régleme tous les aspects de la vie quotidienne des personnes de rite israélite.

Par ailleurs, si l'Etat contrôle et assure la gestion, l'entretien et l'aménagement des mosquées<sup>176</sup>, pour les synagogues, ce sont les associations cultuelles israélites qui s'en occupent.<sup>177</sup> Les mosquées font partie du domaine public de l'Etat qui supporte les frais d'eau, d'électricité et d'entretien<sup>178</sup>.

- Le soutien, l'épanouissement culturel et spirituel de la communauté juive se manifeste à travers les subventions accordées par les collectivités publiques aux associations cultuelles israélites. Or, pour l'entretien, l'aménagement et l'équipement des mosquées, un budget important est alloué au ministère des Affaires religieuses<sup>179</sup>.

Quant au culte Catholique, l'église Catholique est régie par le *modus vivendi*<sup>180</sup>.

L'Eglise Catholique est légalement représentée par le Prélat nullius de Tunis. L'exercice du culte Catholique en Tunisie est soumis au droit concordataire : un

<sup>173</sup> L'atténuation de ce privilège s'est opérée en 2013 avec la création du bureau des relations avec les organisations et les associations, et de coordination avec les organismes qui supervisent les affaires des minorités religieuses au sein du ministère des affaires religieuses. Article 5 du Décret n° 2013 - 4522 du 12 novembre 2013, portant organisation du ministère des affaires religieuses, J.O.R.T. du 19 novembre 2013 n° 92, p. 3216.

<sup>174</sup> الناصر المكنتي: الإسلام و الدستور : دراسة قانونية وفقهية مقارنة لعلاقة الدين بالدولة في مختلف الأنظمة الدستورية، مجمع الأطرش للكتاب المخصص، تونس، 2014، ص. 171-172.

<sup>175</sup> J.O.R.T. n° 55 du 11 juillet 1958, p. 721.

<sup>176</sup> Loi n° 948- du 17 janvier 1994, portant transfert au ministre chargé des affaires religieuses, des attributions relatives aux mosquées, J.O.R.T. n° 6 du 21 Janvier 1994, p.101.

Article unique : « Les attributions dévolues au Premier ministre par la loi n° 88 - 34 du 3 mai 1988 relative aux mosquées, sont transférées au ministre chargé des affaires religieuses ».

<sup>177</sup> Mais, selon LASSERRE Le cimetière juif et la grande synagogue ont été rénovés aux frais de présidence, en 1996 et en 2007.

LASSERRE (E.): *Le Territoire Pensé: Géographie des Représentations Territoriales*, P.U.Q., Québec, 2003 p.127.

Voir aussi, DI FOLCO (P): *Le goût de Tunis*, éditions Mercure de France, Paris, 2007, p. 69.

BISMUTH-JARRASSE (C) et JARRASSE (D.): *Synagogues de Tunisie: monuments d'une histoire et d'une identité*, Esthétiques du divers, Paris, 2010.

<sup>178</sup> Article 9 de la loi n°8834- du 3 mai 1988 relative aux mosquées, J.O.R.T. n°31 du 6 mai 1988, p. 705.

Cf. Article 1<sup>er</sup> du décret n° 2012-1711 du 4 septembre 2012, fixant la nature des dépenses de fonctionnement et d'équipement à caractère régional. J.O.R.T. n°73 du 14 septembre 2012, p. 2133.

<sup>179</sup> En 2016, l'Etat alloue un budget spécifique pour l'entretien, l'aménagement et l'équipement des mosquées qui est estimé à 12 077 000 dinars. Budget de l'Etat pour l'année 2016, chapitre 8, ministère des affaires religieuses, p. 21.

<sup>180</sup> Le *Modus Vivendi*, afin de protéger la communauté Catholique en Tunisie. Il définit le statut de l'Eglise Catholique en Tunisie, la dote d'une autonomie d'organisation et de fonctionnement et de la liberté de dispenser l'enseignement de la doctrine catholique. J.O.R.T. n°36 du 24 - 28 - 31 juillet 1964, p.902, Secrétariat d'Etat aux affaires étrangères, décret n°64 - 245 du 23 juillet 1964, portant publication de l'accord conclu entre le gouvernement de la République tunisienne et le Saint-Siège.

accord entre l'Etat afin de préserver l'ordre public et le culte catholique qui s'exerce selon la liberté religieuse.

Malgré la liberté laissée aux autres religions réglementées par les lois de l'Etat de s'autogérer, l'Etat fait souvent preuve d'assistance à travers ses institutions administratives.

Selon le rapport des activités du ministère des Affaires religieuses pour l'année 2012, il a été mentionné que ce ministère s'occupe des affaires des minorités religieuses.

- L'intervention du ministère, bien qu'elle apparaisse minime, est d'une grande importance car elle touche les aspects de la vie quotidienne des personnes appartenant à des minorités religieuses tels que les Catholiques et les personnes de rite israélite.<sup>181</sup>

Le ministère des Affaires religieuses affirme par exemple qu'il a approuvé le renouvellement de résidence pour un certain nombre de moines et de prêtres de nationalités diverses et l'octroi de la résidence pour un certain nombre d'eux.

Mais, s'agissant d'un pays à majorité musulmane, le ministère des Affaires religieuses se montre méfiant quant aux activités menées par les minorités religieuses.

- Ainsi, il contrôle l'activité d'apostolat menée par quelques prêtres, surtout en ce qui concerne la nature des dépliants et autres publications distribués dans les gares ou dans les boîtes postales, aux diverses catégories sociales. Informations recueillies à travers les correspondances de prédicateurs régionaux. Correspondances qui ne sont pas assez nombreuses.

En parallèle, le ministère des Affaires religieuses est soucieux quant au contentieux des minorités religieuses. Il assure pour ce faire le suivi des contentieux fonciers et juridiques communiqués par des associations culturelles israéliennes et l'examen de leur traitement en coordination avec les parties concernées.

Par ailleurs, le rapport note que la synagogue de la Ghriba a besoin d'aide financière car elle n'a pas réalisé de recettes à cause de la crise du tourisme, et qu'elle a reçu une aide financière du ministère des Affaires religieuses à titre de contribution à l'aménagement et à la préservation de la synagogue.

Enfin, pour refléter l'image d'un ministère des Affaires religieuses qui ne représente pas que la majorité musulmane, un groupe représentant le ministère a été envoyé pour participer au pèlerinage de la Ghriba.

---

<sup>181</sup> Rapport des activités du ministère des affaires religieuses de l'année 2012 (en arabe) pp. 19 - 20  
[http://www.affaires-religieuses.tn/uploads/media/rapport\\_2012.pdf](http://www.affaires-religieuses.tn/uploads/media/rapport_2012.pdf)

Assister les personnes appartenant aux minorités religieuses à gérer leurs affaires n'a pas empêché l'Etat de s'ingérer dans la vie privée de certains individus (sur la base de leurs convictions).

## **2. L'ingérence dans la vie privée de certains individus**

La déclaration et la manifestation de l'appartenance de l'individu à un certain groupe sont le droit exclusif et inaliénable de l'individu. Par exemple, personne ne sera obligé de déclarer son appartenance à un groupe confessionnel.

Or, en Tunisie des textes réglementaires vont à l'encontre de ce principe en obligeant l'individu de déclarer son appartenance confessionnelle et même à se convertir à l'Islam comme condition préalable à l'exercice d'autres droits. Il s'agit là d'une ingérence dans les convictions.

En effet, en vertu de la Circulaire n° 39 datant du 14 mai 1988 du Premier Ministre aux Officiers d'état civil, relative aux attestations de conversion à l'Islam du conjoint non-musulman désirant conclure mariage avec une Tunisienne musulmane. Le non- musulman qui souhaite se marier avec une Tunisienne musulmane, doit se munir d'un certificat de conversion à l'Islam.

En effet, en exigeant à un individu de se convertir pour pouvoir exercer une liberté constitue d'une part, une inégalité à l'égard des personnes appartenant à des minorités religieuses ou areligieuses. De ce fait, un Tunisien juif, Chrétien, athée, ou agnostique devrait pouvoir exercer tous ses droits comme tout autre citoyen tunisien y compris la liberté de choisir son conjoint. L'égalité des droits et obligations entre toutes les citoyennes et tous les citoyens est posée dès le préambule de la Constitution. Faut-il être musulman pour être qualifié de citoyen tunisien ? Ou faut-il aussi se convertir à la religion dominante de la société pour pouvoir se marier avec une Tunisienne musulmane ?

D'autre part, la Constitution protège l'inviolabilité de la vie privée ainsi que les données personnelles en vertu de l'article 24.

Il en est de même, pour la loi relative à la protection des données à caractère personnel<sup>182</sup> qui dans son article 14 affirme qu'il : « Est interdit le traitement des données à caractère personnel qui concernent, directement ou indirectement, ... les convictions religieuses ».

Qu'en est-il de la femme tunisienne qui se convertit ? Sera-t-elle privée de son droit au mariage et déclarée comme apostat ?

---

<sup>182</sup> Loi organique n°63 du 27 juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel. J.O.R.T. n°61 du 30 juillet 2004, p. 1988.

Puis, en se « convertissant » pour obtenir du Mufti de la République ce document administratif, comment s'assurer de l'islamité d'un individu ?

Il serait inutile, voire même insensé de s'assurer de l'islamité d'un individu en vertu d'un document administratif, après avoir prononcé la *chahada* (la profession de foi).

L'officier de l'état civil vérifie l'islamité du conjoint à travers cette formalité « imposée » aux non-musulmans. Un simple papier ne reflète pas forcément l'appartenance religieuse, un individu peut à tout moment se reconverter ou même abandonner la religion ou ne plus croire en Dieu.

En effet, la liberté de mariage, comme la liberté de foi est une affaire personnelle. Car, choisir son conjoint entre dans la sphère de la vie privée, « la boîte noire » que les individus ne souhaitent montrer à personne. S'immiscer en exigeant ce document, c'est arracher « la boîte noire » et l'ouvrir. Hélas, s'agissant d'une chose spirituelle, ni le Mufti ni l'officier de l'état civil ne peuvent être persuadés de l'islamité ou de la non-islamité des individus.

Imposer un tel choix, en se basant sur la religion au sens de l'article premier de la Constitution, la religion devient l'instrument du pouvoir et neutralise les autres droits et libertés prévues pour tous les individus sans discrimination.

L'Etat doit au contraire, traiter les religions sur un pied d'égalité, être au service de toutes et ne pas faire la propagande d'une religion au détriment des autres. L'Etat n'a pas à se renseigner sur l'appartenance d'un citoyen à telle ou telle religion. Comme il est le cas en exigeant ce document de conversion à l'Islam.

En France, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté préfectoral qui avait généralisé l'existence sur les fiches d'hôtel qu'on remplissait à l'époque, la mention de la religion, l'arrêté fut annulé parce que la neutralité de l'Etat postule que celui-ci n'a pas à se renseigner sur l'appartenance de tel ou tel citoyen à tel ou tel culte.<sup>183</sup>

De même, un certificat de conversion à l'Islam, ne serait-ce, « imposer des comportements contraires à ses convictions ». <sup>184</sup> Car, la liberté de conscience telle qu'elle est garantie dans l'article 6 de la Constitution, exige que l'Etat et ses services publics soient neutres sur les plans idéologiques et confessionnels.

C'est en adoptant cette attitude de neutralité, que l'Etat réalise la rencontre entre l'universalisme et le particularisme national en matière de droits humains.

L'interdiction faite aux officiers de l'état civil de conclure l'acte de mariage entre une musulmane tunisienne et un non-musulman viole le droit au libre choix du

---

<sup>183</sup> Cité par ROBERT (J.): « La notion juridique de laïcité et sa valeur constitutionnelle », in BOST (H) (dir.): *Genèse et enjeux de la laïcité: Christianismes et laïcité*, Actes du colloque de Montpellier, 23- mars 1990, organisé par la faculté de théologie protestante de Montpellier, Editions Labor et Fides, Genève, 1990, p. 98.

<sup>184</sup> CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.): *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2010, p. 559.



conjoint. La femme musulmane tunisienne se trouve dans une situation imprécise, à l'opposé de l'homme tunisien qui a la liberté totale de choisir son conjoint.

- Cette imprécision découle de l'« endogamie confessionnelle » de la société conservatrice tunisienne et de la culture arabo-musulmane qui interdit le mariage des femmes musulmanes avec des non-musulmans. « L'endogamie de la société musulmane manifestée par l'exclusion du mariage pratiqué par exemple en dehors de la religion du groupe ».<sup>185</sup>
- Une autre circulaire qui date de 1973<sup>186</sup> (abrogée en 2017 par une circulaire du ministre de la justice)<sup>187</sup> adopte également l'« endogamie confessionnelle » en précisant qu'« afin de conserver l'authenticité musulmane de la famille tunisienne. Ainsi que pour l'éloigner des évidences étrangères et que cette cellule la refuse pour la raison de ses traditions et sa religion ».<sup>188</sup>
- L'endogamie confessionnelle est accompagnée d'un monolinguisme qui contribue à la marginalisation de la culture minoritaire.

## B. LA RÈGLE DE DROIT FAIT DE L'ARABE UNE LANGUE DOMINANTE

L'Arabe est une langue dominante qui n'a pas le même prestige qu'une langue dominée (1). Ce qui engendre marginalisation de cette dernière et l'occultation de la diversité culturelle (2).

### 1. La prééminence de la langue arabe dans tous les domaines

La langue dominante est la langue officielle; elle est reconnue par la Constitution, les textes législatifs et réglementaires de l'Etat. Son statut officiel reconnu par la Constitution lui confère la légitimité dans l'expression officielle et le prestige nécessaire pour s'imposer en tant qu'outil de communication nationale.

A l'opposé, une langue minoritaire s'y caractérise à partir de critères objectifs, extralinguistiques et sociolinguistiques, retenues a priori comme pertinents par le descripteur. Parmi les paramètres extralinguistiques, le principe territorial, largement requis, partant sans doute du présupposé que la situation normale

<sup>185</sup> RUDE-ANTOINE (E) : *Le mariage maghrébin en France*, KARTHALA Editions, Paris, 1990, p. 52.

<sup>186</sup> Circulaire du Ministre de la justice datant du 5 novembre 1973 interdit aux officiers de l'état civil de célébrer un mariage entre une tunisienne musulmane et un non-musulman et demande aux juges d'annuler les mariages faits sans le respect de cette condition d'islamité. Publiée au *R.J.L.* n°9, 1973, p. 83.

<sup>187</sup> Cette abrogation introduite par la circulaire du ministre de la Justice en date du 8 septembre 2017, intervient pour laisser place à l'application de la Constitution de 2014 et notamment ses articles 21 (sur l'égalité) et 46 (sur les droits de la femme). Elle réalise aussi une mise en conformité avec les Conventions internationales ratifiées par la Tunisie comme la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et la loi du 11 août 2017 relative à l'éradication de la violence à l'égard de la femme.

Cf. « Etat des libertés individuelles en Tunisie 2017 : Les violations continuent et s'intensifient », p. 17. Disponible sur le lien : [http://www.adlitn.org/sites/default/files/fr\\_redui\\_1.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/fr_redui_1.pdf)

<sup>188</sup> « محافظة منه على الأصالة الإسلامية للعائلة التونسية، وبعدها لها عن جميع الجوارم الغربية التي ترفضها هذه الخلية بحكم شرعها وتقاليدها، ولا تنسجم معها بأي حال من الأحوال. »

est celle où frontières géographiques et frontières linguistiques coïncident, considère comme monolingues tous les habitants d'une aire régionale et définit arithmétiquement comme minoritaire la langue du ou des groupes numériquement inférieurs<sup>189</sup>.

- Par ailleurs, plusieurs langues dominées, ne jouissent pas du statut de langue nationale, la langue amazighe ou le berbère en Tunisie n'a pas ce statut, elle est même oubliée, marginalisée et mise à l'écart. Ce qui a engendré l'invisibilité des Tunisiens parlant Amazigh ou les berbérophones.
- Les berbérophones semblent invisibles dans les données statistiques. Car la Tunisie ne fournit pas dans ses rapports des estimations de sa composition démographique.<sup>190</sup>
- Quoique dans les pays voisins du Maghreb comme l'Algérie, le Tamazight est reconnu comme une langue officielle depuis la révision de la Constitution en 2016. Ainsi, le « Tamazight est également langue nationale et officielle. L'Etat œuvre à sa promotion et à son développement dans toutes ses variétés linguistiques en usage sur le territoire national<sup>191</sup> ».
- Il en est de même pour le Maroc après l'introduction Co-officielle de la langue amazighe avec l'arabe dans la nouvelle Constitution du 1er juillet 2011<sup>192</sup>.

Or, qu'en Tunisie les textes de loi confirment le statut supérieur et prestigieux de la langue arabe en Tunisie qui est employée dans tous les domaines<sup>193</sup>. Notamment, les textes réglementaires exigent principalement l'emploi de la langue arabe pour les épreuves des concours ainsi que pour les imprimés administratifs<sup>194</sup>.

---

<sup>189</sup> KASBARIAN (J.-M.): « Langue minorée et langue minoritaire », in MOREAU (M.-L.) (dir.) *Sociolinguistique: les concepts de base*, Editions Mardaga, Sprimont, 1997, p.185 et s.

<sup>190</sup> Le C.E.R.D. a eu, en 2003, à examiner les treizième à dix-septième rapports périodiques de la Tunisie, présentés en un document unique (CERD/C/431/Add.4), à sa 62ème session tenue à Genève du 3 à 21 mars 2003. Parmi les recommandations du Comité à l'Etat tunisien : « Il appelle l'attention de l'État partie sur sa Recommandation générale no VIII relative à l'identification des membres de groupes raciaux et ethniques particuliers. » Paragraphe 7, CERD/C/SR.1575.

« Il souhaite recevoir des informations concrètes à ce sujet et recommande que davantage d'attention soit donnée à la situation des Berbères en tant que composante spécifique de la population tunisienne. » Paragraphe 8, CERD/C/SR.1575.

<sup>191</sup> Article 4 de la Constitution algérienne. Loi n° 1601- du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle.

<sup>192</sup> Article 5 de la Constitution marocaine. Dahir n°191-11- du 29 juillet 2011 portant promulgation du texte de la Constitution.

<sup>193</sup> Arrêté de la municipalité de Tunis du 6 août 1957; Code de procédure pénale (1968); Loi n° 91 - 65 du 29 juillet 1991 relative au système d'éducation (1991); Loi n° 9364- du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au J.O.R.T. et à leur exécution (1993) l'arabe classique est la seule langue utilisée lors des débats du Parlement, de la rédaction et de la promulgation des lois. Loi d'orientation n° 2002 - 80 du 23 juillet 2002, relative à l'éducation et à l'enseignement scolaire.

Loi n° 2008 - 19 du 25 février 2008, relative à l'enseignement supérieur.

<sup>194</sup> Décret n° 94 - 1692 du 8 août 1994 relatif aux imprimés administratifs. Arrêté du ministre des Affaires étrangères du 10 septembre 2001, fixant les modalités d'organisation du concours interne sur épreuves pour la promotion au grade d'inspecteur financier des Affaires étrangères

En matière de nationalité également, l'acquisition de la nationalité tunisienne par voie de naturalisation est soumise à la condition de la connaissance de la langue arabe. La langue arabe est aussi la langue de la justice. C'est ainsi que, l'arabe classique est la seule langue autorisée.

Cependant, il faut noter que le choix de la langue est lié à la liberté d'expression et que la prépondérance d'une seule langue va à l'encontre de ce choix. Il s'agit là de l'unilinguisme qui consiste à favoriser une seule langue sur les plans politique, juridique, social et économique etc...

Le régime de l'unilinguisme officiel est le plus communément rencontré en Tunisie. L'arabe est ainsi seule langue officielle dans la Constitution.

Aux Etats-Unis, l'État de l'Arizona a adopté les mesures les plus draconiennes en faveur de l'unilinguisme anglais. L'article 28 de la Constitution de l'Arizona de 1988<sup>195</sup> a été jugé inconstitutionnel, lors de l'affaire *Yñiguez c. Mofford*, par la Cour d'appel de l'Arizona. En 1996, la cause fut portée devant la Cour suprême des États-Unis. Selon la Cour, l'article 28 a violé le 1<sup>er</sup> Amendement des États-Unis. Les juges ont décidé que cet article brimait non seulement la libre expression des fonctionnaires ou des employés, mais empêchait aussi ceux qui ont une faible connaissance de l'anglais de recourir aux services du gouvernement. La Cour a statué qu'un unilingue ne pouvait pas se payer le luxe du libre choix de la langue.<sup>196</sup>

Par ailleurs, dans l'arrêt *Lau c. Nichols* de 1974, la Cour suprême des États-Unis a statué que le fait de ne pas accorder un service à un citoyen qui ignore l'anglais constituait une forme de discrimination liée à l'origine nationale.

Dès lors, la langue dominante est la langue du pouvoir, de l'expression politique en public.<sup>197</sup> Dans ce cas, l'unilinguisme dans la Constitution viole la liberté d'expression. Car, le principe est la liberté pure et simple de l'emploi d'une langue ou la liberté de la langue. Cependant, la portée de ce principe est restreinte dans une série de domaines comme indiqué ci-dessus pour la langue arabe en Tunisie en vertu des différents textes réglementant son usage dans les différents domaines.

Plusieurs langues dominées ne jouissent pas du statut de langue nationale. La langue amazighe ou le berbère en Tunisie n'a pas ce statut, elle est même oubliée,

---

Décret n° 2001 - 2123 du 10 septembre 2001, portant changement d'appellation en langue arabe de certains établissements publics; Décret no 2007 - 1938 du 30 juillet 2007, modifiant et complétant le décret no 2004 - 78 du 14 janvier 2004 relatif aux concours d'entrée aux cycles de formation à l'école nationale d'administration

<sup>195</sup> Article 28 (jugé inconstitutionnel) Paragraphe 1 « L'anglais comme langue officielle; application 1) L'anglais est la langue officielle de l'État de l'Arizona. 2) À titre de langue officielle de cet État, l'anglais est la langue des élections, des écoles publiques et de toutes les fonctions et activités du gouvernement. »

<sup>196</sup> LECLERC (J.): « Les législations linguistiques en Amérique du Nord », *Télescope*, vol. 16, n° 3, 2010, pp. 75 - 93.

Cf. GREEN (L.): "Freedom of expression and choice of language" in, SOIFER (E) (editor) *ethical issues: perspectives for Canadians*, Broadview Press, Peterborough, 1997, pp. 135 - 152.

197

أمين محفوظ: «الدستور بين وحدانية اللغة وحرية اللغة»، الأحكام العامة للدستور، خمسينية دستور 1959، هانس سايدل، 2010، ص.ص 9-32.

marginalisée et mise à l'écart.<sup>198</sup>

L'attitude de l'Etat est même allée parfois à nier la question minoritaire amazighe « le terme « Amazigh » n'a pas droit de cité à l'intérieur de nos frontières », « Nous n'avons pas de problème de Berbères en Tunisie et nous nous réclamons d'ailleurs tous de notre berbérité<sup>199</sup> ».

La Tunisie, comme tous les États qui ont ratifié un instrument international des droits humains est tenue de présenter à l'organe compétent de l'O.N.U., à intervalles réguliers, des rapports sur la mise en œuvre des droits consacrés dans cet instrument.

Lors de l'échange qui a eu lieu le 22 et 23 septembre 2016 entre les experts onusiens et la délégation du gouvernement tunisien, présidée par M. Mehdi Ben Gharbia, Ministre des relations avec les instances constitutionnelles et la société civile et des droits de l'Homme, il a déclaré que :

« Les minorités, notamment Amazighe, jouissent des mêmes droits constitutionnels que le reste de la population... Certes, il y a une identité arabo-musulmane mais la Constitution protège les minorités. Le gouvernement n'a aucun problème avec une communauté quelle qu'elle soit ».<sup>200</sup>

Ce discours ne paraît pas convaincant vu qu'il ne reconnaît pas que la langue amazighe, le patrimoine et la culture amazighe sont marginalisés.

Rappelons que l'Etat doit prendre des mesures nécessaires pour garantir le droit à la culture en vue d'assurer son plein exercice, ces mesures « devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture »<sup>201</sup>.

En effet, non seulement la marginalisation de la langue amazighe contribue à restreindre la liberté d'expression vu la domination de la langue arabe dans tous les domaines, mais, elle occulte aussi la diversité culturelle.

---

<sup>198</sup> KASBARIAN (J.-M.): « Langue minorée et langue minoritaire », in MOREAU (M.-L.) (dir.) *Sociolinguistique: les concepts de base*, Editions Mardaga, Sprimont, 1997, p.185 et s.

Cf. BAGGIONI (D.): « Langue officielle » in MOREAU (M.-L.) (dir.), *Sociolinguistique: les concepts de base*, Editions Mardaga, Sprimont, 1997, p.192.

<sup>199</sup> Communiqué du C.E.R.D. à l'issue de la deuxième et dernière séance consacrée à l'examen du rapport de l'Etat tunisien. United Nations Press Release. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale achève son dialogue avec la délégation tunisienne C.E.R.D. 62<sup>ème</sup> session, 7 mars 2003.

<sup>200</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, 7 octobre 2016, E/C.12/TUN/CO/3, paragraphe 55.

<sup>201</sup> Article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

## 2. L'occultation de la diversité culturelle

L'Etat contribue à cette occultation de la diversité culturelle en ignorant ou en banalisant le statut minoré de la langue amazighe en affirmant que « la population amazighe de Tunisie, ne constituerait pas plus de 1 % de la population totale, serait parfaitement intégrée dans l'unité plurielle tunisienne et ne souffrirait d'aucune forme de discrimination<sup>202</sup> ».

- La question qui se pose est la suivante: Cette intégration des berbérophones consiste-t-elle en une assimilation culturelle et linguistique ? Ou s'agit-il d'une intégration des éléments berbérophones dans la culture dominante ? Tout en sachant que « Lexicalement le dialecte tunisien a su assimiler au cours de sa longue histoire, un bon nombre de vocable amazighe »<sup>203</sup>.
- Dans le deuxième cas, c'est une assimilation forcée qui occulte les spécificités minoritaires. Alors que dans le premier cas, les berbérophones s'intègrent dans la culture dominante tout en préservant leurs particularités.

Or, l'utilisation de la langue arabe dans tous les domaines est témoin de sa domination.<sup>204</sup>

En précise PENCHON : « ... l'arabe jouit d'une grande puissance culturelle. Langue de la nation, de la religion, de l'école, langue aussi de la radio et de la Télévision, l'arabe cerne le berbère de tous côtés et le repousse vers le seul emploi affectif, l'emploi au sein de la famille<sup>205</sup> ».

La domination de la langue arabe par rapport à la langue Amazighe insiste sur l'arabité du peuple tunisien, le préambule évoque des « Fondements de notre identité arabe ... consolider notre appartenance culturelle et civilisationnelle à la « Ummah » arabe ... vers la réalisation de l'unité arabe. »

Parallèlement, l'article 5 de la Constitution affirme que « la République tunisienne constitue une partie du Maghreb arabe. » Ainsi que, son article 39 qui prévoit « l'enracinement des jeunes générations dans leur identité arabe... la consolidation de la langue arabe, sa promotion et sa généralisation. » Dès lors, « le pouvoir de la langue est basé sur une grande variété d'usage dans certains domaines, un grand degré de contrôle vis-à-vis les personnes qui parlent une autre langue et un statut

---

<sup>202</sup> Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale Soixante-quatorzième session (16 février-6 mars 2009) Soixante-quinzième session (3 - 28 août 2009), paragraphe 11, p. 99.

<sup>203</sup> QUITOUT (M.): *Parlons l'arabe tunisien: Langue et culture*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 8.

<sup>204</sup> « Par l'intermédiaire de l'ethnie et de la corrélation entre la langue et la religion, ou bien entre la langue et l'origine nationale, certaines langues sont, à un moment donné de leur évolution historique, plus ou moins fermées que d'autres. »

LAPONCE (J.-A.): « Langue et territoire », Presses de l'Université Laval, Québec, 1984, p. 24.

<sup>205</sup> PENCHON (T.-G.): « La langue berbère en Tunisie et la scolarisation des enfants berbérophones », *Revue Tunisienne des Sciences Sociales*, 1968, pp. 173 - 186.

supérieur et prestigieux aux regards de la population. Le pouvoir de la langue fait sortir la dualité (dichotomie) du dominant contre le dominé<sup>206</sup> ».

- Toutes ces dispositions attestent de l'absence de la promotion et la protection d'un aspect de diversité culturelle, à savoir, l'amazighité.

Alors que l'article 42 de la Constitution de 2014 prévoit : « La liberté de création est garantie.

L'État encourage la créativité culturelle et soutient la culture nationale dans son enracinement, sa diversité et son renouvellement, en vue de consacrer les valeurs de tolérance, de rejet de la violence, d'ouverture sur les différentes cultures et de dialogue entre les civilisations.

L'État protège le patrimoine culturel et en garantit le droit au profit des générations futures ». La Tunisie n'a pas encore pris les mesures nécessaires pour consacrer la diversité de la culture nationale.

Face au manquement de la Tunisie à s'acquitter de ses obligations internationales vis-à-vis la promotion de la diversité culturelle, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a présenté des recommandations, tout en précisant que « le Comité recommande à l'État partie de reconnaître la langue et la culture du peuple autochtone amazigh et en assurer la protection et la promotion comme l'a demandé le Comité de lutte contre la discrimination raciale en 2009<sup>207</sup>. Par ailleurs, l'Etat partie devrait :

- a/ collecter, à partir de l'auto-identification, des statistiques ventilées par appartenance ethnique et culturelle ;
- b/ prendre des mesures législatives et administratives afin d'assurer l'enseignement de la langue amazighe à tous les niveaux scolaires et encourager la connaissance de l'histoire et de la culture amazighe ;
- c/ abroger le décret n° 85 du 12/12/1962 et permettre l'enregistrement des prénoms amazighs dans les registres de l'état civil ; et
- d/ faciliter un déroulement des activités culturelles organisées par les associations culturelles amazighes »<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> SALHI (K.): "Essential for rethinking approaches to postcolonial arts and cultures: The problematic of minoritizing in North Africa" in BOUDRAA (N.) et KRAUSE (J.) (dir.) *North African Mosaic: A cultural reappraisal of ethnic and religious minorities*, Cambridge scholars publishing, Newcastle, 2009, p. 33.

<sup>207</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Soixante-quatorzième session, 16 février - 6 mars 2009, examen des rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales, TUNISIE, CERD/C/TUN/CO/19, 23 mars 2009, paragraphe 11.

« Le Comité appelle l'État partie à prendre en considération la façon dont les Amazighs eux-mêmes se perçoivent et se définissent. Le Comité invite instamment l'État partie à reconsidérer la situation des Amazighs à la lumière des accords internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de garantir aux membres de cette communauté l'exercice des droits qu'ils revendiquent, notamment le droit à leur propre culture et à l'usage de leur langue maternelle, à la préservation et au développement de leur identité ».

<sup>208</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le troisième rapport périodique

- A ce stade, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles qui a été ratifiée par la Tunisie oblige les Etats parties à « créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus et les groupes sociaux : (a) à créer, produire, diffuser et distribuer leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès, en tenant dûment compte des conditions et besoins particuliers des femmes, ainsi que de divers groupes sociaux, y compris les personnes appartenant aux minorités et les peuples autochtones<sup>209</sup> ».

Au lendemain du 14 janvier 2011, on a assisté à l'apparition d'associations locales qui revendiquaient la réhabilitation et la promotion de la langue et culture amazigh. Parmi ces associations, certaines ont formulé des revendications à l'A.N.C. lors de la rédaction de la Constitution en vue de reconnaître la langue amazighe dans la Constitution.<sup>210</sup>

Comme il s'agit d'un patrimoine immatériel faisant partie du patrimoine national, l'Etat est censé le protéger et le promouvoir. Dans le cadre de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel à l'échelle nationale, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel<sup>211</sup> met à la charge des Etats des obligations, à savoir, « de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel présent sur son territoire ; parmi les mesures de sauvegarde (...), d'identifier et de définir les différents éléments du patrimoine culturel immatériel présents sur son territoire, avec la participation des communautés, des groupes et des organisations non gouvernementales pertinentes ».

- Il incombe aussi aux Etats parties, « en vue d'assurer la sauvegarde, le développement et la mise en valeur du patrimoine culturel immatériel présent sur son territoire, chaque Etat partie s'efforce : (a) d'adopter une politique générale visant à mettre en valeur la fonction du patrimoine culturel immatériel dans la société et à intégrer la sauvegarde de ce patrimoine dans des programmes de planification<sup>212</sup> ».

---

de la Tunisie, 7 octobre 2016, E/C.12/TUN/CO/3, paragraphe 55.

<sup>209</sup> Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. UNESCO, Paris, 20 Octobre 2005. Article 7 « Mesures destinées à promouvoir les expressions culturelles ». « Expressions culturelles » « sont les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel ». <http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text/>

<sup>210</sup> Par exemple l'association tunisienne de la culture amazighe

Voir : POUESSEL (S.) : « Les marges renaissantes : Amazigh, Juif, Noir. Ce que la révolution a changé dans ce « petit pays homogène par excellence » qu'est la Tunisie », *L'Année du Maghreb*, VIII 2012, pp.143 - 160.

<sup>211</sup> Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, UNESCO, 2003. Article 11 : Rôle des États parties. <https://ich.unesco.org/fr/>

<sup>212</sup> Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, UNESCO, 2003. Article 13 : Autres mesures de sauvegarde.

**( Conclusion )**



C'est dans le contexte de l'adoption de la nouvelle Constitution du 27 janvier 2014 et des importantes lois promulguées après le 14 janvier 2011, que nous avons posé l'hypothèse de la protection des droits des personnes minorées et discriminées à travers une « fouille » dans les différents textes législatifs et réglementaires liberticides ou dans les dispositions constitutionnelles qui peuvent être lues et interprétées par les autorités selon deux approches : l'une conservatrice et l'autre universaliste.

En effet, une ignorance de la culture des droits humains règne, ainsi, dans les différentes décisions jurisprudentielles, surtout lorsqu'il s'agit des affaires se rapportant aux personnes appartenant à des minorités. Le juge fait valoir sa culture arabo-musulmane au détriment de la culture universelle, du respect et de la valorisation de la différence.

S'agissant des dispositions constitutionnelles, leur faiblesse réside dans le manque de clarté. A la lecture de la Constitution, on se trouve en présence de dispositions contradictoires qui n'offrent pas une protection certaine et effective pour ces personnes.

A commencer par le préambule à référentiel religieux, qui, même en évoquant l'attachement aux droits humains, a omis de renvoyer à l'universalité, l'interdépendance, l'égalité et l'inaliénabilité des droits humains. Or, reconnaître les caractéristiques des droits humains dans la Constitution empêche une lecture conservatrice des dispositions constitutionnelles

Quant à l'analyse des différentes dispositions législatives, nous avons remarqué que le vide juridique a pour résultat, la marginalisation du « statut » par exemple des transsexuels, transgenres et intersexuels. Jusqu'à ce jour, ces personnes n'ont aucun statut juridique clair et font l'objet, en plus, de discriminations, de maltraitements par la société et par les autorités.

Quant aux dispositions qui criminalisent certains actes de certains individus, celles-ci portent, non seulement, atteinte au principe de l'inviolabilité de la vie privée, mais aussi, permet aux autorités d'utiliser ces dispositions comme instrument d'intimidation, de torture et de traitements inhumains, dégradants et humiliants. Tel est le cas des actes homosexuels sanctionnés par le Code pénal.

Dans ce contexte, le Parlement européen exprime sa préoccupation par le peu de progrès réalisé en matière des droits humains, à savoir, la protection des personnes à identité, sexualité ou expression de genre non normatives. A cet égard, il invite la Tunisie à « réformer le Code pénal et, en particulier, d'en abroger l'article 230, qui sanctionne l'homosexualité par une peine d'emprisonnement de trois ans et est contraire aux principes constitutionnels de non-discrimination et de protection de

la vie privée<sup>213</sup> ».

A la faiblesse de ces dispositions vient s'ajouter le flou qui entoure certaines dispositions constitutionnelles et l'emploi d'expressions à connotation religieuse, comme « sacré » et « *Umma* », qui laissent penser que certaines personnes seraient exclues de la protection. Car, parler de la *Umma* non seulement écarte les individus sur la base de leurs convictions comme : les athées, les agnostiques et les a-religieux, mais, autorise aussi une ingérence de l'Etat dans les convictions de ces personnes. Dans certains cas, elles sont obligées de révéler leurs convictions et dans d'autres les révéler peut entraîner des poursuites judiciaires.

A ce sujet, dans l'affaire *Sinan Işık c. Turquie*<sup>214</sup>, le requérant se plaignait du rejet de la demande qu'il avait faite de voir la mention « *islam* » remplacée sur sa carte d'identité par le nom de sa confession religieuse « *alévie* ». La Cour européenne des droits de l'Homme a conclu à la violation de l'article 9 (liberté de religion), non pas parce que les autorités refusaient de faire figurer la mention « *confession alévie* » sur la carte d'identité du requérant, mais au seul motif que cette carte d'identité comportait l'indication de la confession religieuse de son titulaire indépendamment du fait que cette mention ait été obligatoire ou facultative et donc qu'elle obligeait un individu à dévoiler, contre sa volonté, une information relative à tel aspect de sa religion ou à des convictions encore plus intimes.

Le Droit peut être aussi source de marginalisation d'autres aspects de la vie des individus, telles que la religion et la langue minoritaire en faveur de la langue et de la religion dominantes. A ce niveau, on cite par exemple la culture amazighe qui est marginalisée du fait que l'Etat n'a pas pris les mesures nécessaires pour la réhabiliter, la conserver et la promouvoir.

Certes, la Tunisie est homogène dans le sens où le peuple forme une unité, mais dans cette unité il y a diversité. Une diversité qui nécessite d'être entretenue afin de mettre en valeur la richesse de la société tunisienne.

Par ailleurs, en Tunisie, au lieu de protéger la liberté sexuelle des personnes LGBTQI, on les en prive carrément. C'est la raison pour laquelle, il faut, tout d'abord, abroger les lois pénales liberticides et à terme, génériques qui sont utilisées pour réprimer tout comportement sexuel jugé contraire aux bonnes mœurs. Ensuite, il est utile de lever les barrières de l'accès aux soins et services de santé sexuelle interdits pour les transsexuels. Tout comme il est impératif d'interdire les opérations de chirurgie imposées à l'enfant intersexuel. Ces opérations forcées auront un impact néfaste pour la plupart des enfants qui souffriront de frustration et de regrets, durant toute leur vie.

---

<sup>213</sup> Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les relations de l'Union avec la Tunisie dans le contexte régional actuel (20152273/(INI)), paragraphe 5.

<sup>214</sup> N° 219242 ,05/ février 2010.

Dans ce domaine, l'Etat de Malte est innovateur : le 5 décembre 2016, le Parlement maltais a adopté, à l'unanimité, un projet de loi qui punit tout professionnel de santé coupable d'avoir prescrit une thérapie de conversion ou thérapie de reconversion sexuelle, qui aura pour objet de « *changer, réprimer ou éliminer l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle d'une personne et / ou l'expression du genre* ».

Le législateur tunisien devrait emprunter le pas au législateur maltais et punir toute atteinte à la liberté d'orientation, d'identité et d'expression de genre et non pas, au contraire, la restreindre et la réprimer.

Par conséquent, les règles de Droit liberticides, floues et ambiguës peuvent être épurées des ambiguïtés et des imperfections en se basant sur le « *vaccin* » constitutionnel qui est l'article 49 de la Constitution de 2014, qui immunise en même temps, les normes en vigueur et les comportements des acteurs surtout le juge judiciaire souvent conservateur à l'égard des personnes minorisées.

Or, la Constitution encore « *muette* » à ce sujet, attend la création de la Cour constitutionnelle<sup>215</sup> pour procéder à son application.

Comme l'a souligné Charles EISENMANN, l'instauration d'un système juridique de contrôle de constitutionnalité dans une Constitution « *fait des règles constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction* ». En l'absence d'une justice constitutionnelle, « *la Constitution n'est qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur, mais dont il est juridiquement libre de tenir ou de ne pas tenir compte*<sup>216</sup> ».

Le législateur, comme le juge, doivent mettre à jour leur répertoire qui s'inspire des valeurs universelles des droits humains comme pour les systèmes juridiques comparés.

---

<sup>215</sup> Loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015, relative à la Cour constitutionnelle, J.O.R.T. n° 98 du 08 décembre 2015, p. 2926.

<sup>216</sup> EISENMANN (Ch.): *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse, Paris, L.G.D.G.J., 1928, p. 22. Cité par : BALOT (F) et GEORGES (F): *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Anthemis, Liège, 2008, p. 151.

## ( Postface )

**Étude « Les minoré-e-s »  
Dans quelle mesure peut-elle  
être adoptée comme moyen pour  
appliquer et faire évoluer la loi ?<sup>1</sup>**

Par Habib KAZDAGHLI,

Professeur d'Histoire contemporaine  
Ancien Doyen de la Faculté des Lettres,  
des Arts et des Humanités  
Université de la Manouba

Après avoir examiné le contenu de la recherche effectuée par le jeune collègue Mohamed Amine Jelassi, intitulée « Les minoré-e-s », que j'ai eu l'honneur de lire avant qu'elle ne soit publiée aux lecteurs, je me suis interrogé sur l'intérêt souhaité de la publication d'une partie d'un travail académique qui a été achevé pour l'obtention d'un doctorat en Droit sous la direction du collègue Wahid Ferchichi.

En fait, mon questionnement s'est associé aux fins et aux objectifs cognitifs avancés par l'auteur de ce travail en abordant un sujet qui ne fait pas l'unanimité et qui suscite encore la controverse au sein de la société.

En effet, l'auteur de cet ouvrage décrit le vide juridique qui plane sur des situations existant dans la société tunisienne, mais qui ne sont traitées par le public que dans leur aspect problématique, voire même incendiaire, ainsi que la divergence des points de vue par rapport à leur interprétation et à la compréhension de ce qui les lie aux textes fondateurs, notamment la Constitution de la deuxième République adoptée le 27 Janvier 2014.

Nous saluons le chercheur Amine Jelassi pour son initiative de lancer le débat autour de telles questions communautaires en dépit de l'aspect problématique et controversé qui domine leur émergence et nous notons, par ailleurs, que l'approche cognitive et la progression dans la recherche répondaient à une approche rationnelle qui se base sur l'observation du phénomène étudié, sa description et la présentation de son cadre juridique loin de la victimisation et de la stimulation émotionnelle.

Nous encourageons cette approche académique rationnelle qui refuse de se soumettre aux tabous qui font que certains phénomènes sociaux restent en dehors du cadre du débat et de l'étude et qui garantit en même temps l'abstraction et la distanciation du chercheur par rapport aux sujets qui font l'objet de cette étude.

En effet, le vrai engagement universitaire est celui qui porte sur des méthodes et approches cognitifs, il ne constitue pas une victoire personnelle du phénomène communautaire étudié. Cet ouvrage découle d'une recherche scientifique intégrale qui a été accomplie sous la direction scientifique du collègue et ami Wahid Ferchichi et dont la valeur scientifique a été saluée à l'unanimité par le Comité scientifique dont j'ai eu l'honneur de faire partie. Cette recherche s'est distinguée par son aspect novateur en matière d'étude du Droit des minorités.

Nous espérons vivement que cet effort produise un débat profond et pacifique car, l'ouvrage tel que je l'avais compris est une tentative de maturation de la réflexion sur des sujets qui soulèvent aujourd'hui les questionnements de l'opinion publique.

Grâce à la liberté dont jouit notre pays depuis 2011, et bien que la couverture médiatique de ces sujets n'ait pas manqué, la culture juridique moderne et

---

<sup>1</sup> Traduit de l'arabe par Mohamed Anoir Zayani

pertinente dans l'espace citoyen visé fait encore défaut. Ainsi, les discussions se transforment rapidement en altercations verbales et on fait rapidement appel au code des références conservatrices, prêtes et dominantes depuis des décennies, ce qui nous ramène au modèle intellectuel dans lequel l'individu représente un être écrasé qui vit sous le contrôle de l'être collectif représenté par la tribu ou d'un groupe ou ce qui était présenté sous le nom de la moralité publique ou les bonnes mœurs auquel on doit se soumettre sous la coercition et sans conviction.

Les conclusions théoriques avancées par le chercheur ont dévoilé les cas de vide juridique qui laissent la place à une éventuelle interprétation conduisant, par le biais du « Droit », à la minorisation et à la marginalisation d'une partie de la société .

Le chercheur a présenté les différentes identités de genre que comporte la société mais dont les personnes qui s'y identifient sont contraintes de vivre dans l'auto-répression par crainte de l'isolement. De même, la liberté de croyance relève de la liberté de conscience et de pensée ; la réalité quotidienne des personnes qui ne s'identifient pas à la religion dominante est encore plus complexe car la loi ne leur fournit pas des garanties suffisantes pour l'exercice de leurs convictions sexuelles et religieuses.

Le traitement de ce sujet devient un devoir communautaire dans un Etat de Droit et des institutions constitutionnelles car il concerne des citoyens/ citoyennes qui se sont réjouis et crus comme tant d'autres en la nouvelle Constitution, mais qui sont restés, contrairement aux autres, méfiants d'afficher leur identité ou croyances en dehors du cercle étroit qui leur a été imposé vraisemblablement pendant des siècles et ce, en se fondant uniquement sur le Droit. L'importance que revêt la recherche effectuée par Amine Jelassi réside dans l'énumération des diverses lacunes dans les textes juridiques existants et qui doivent être examinés à la lumière de l'esprit libéral du texte fondateur de la République de la citoyenneté prônée par la Constitution de 2014.

Nous espérons que cette étude sera un outil pour approfondir le sens de la citoyenneté en éclairant un maximum de lecteurs sur le raisonnement juridique qui encadre le sujet étudié et les résultats désastreux consécutifs aux situations de minorisation et de marginalisation qui peuvent affecter tout membre de la communauté en raison de sa véritable identité affichée ou de son changement ; des questions qui font aujourd'hui partie de l'humanité de l'Homme contemporain. Procéder à des recherches pour fournir les spécificités de la situation juridique dans notre pays, mais également pour informer le lecteur sur les expériences comparées dans le domaine de la protection des personnes et sur les manifestations et échantillons du respect de leur identité sexuelle et intellectuelle demeure donc utile.

Nous sommes convaincus que la Tunisie, un pays précurseur en termes d'initiative -au nom de l'intérêt- en matière de régularisation des situations inférieures d'une catégorie d'habitants qui subissaient de l'injustice et du mépris à cause de leurs différences religieuses ou ethniques du reste des habitants, un pays dont certaines lois hardies ont aboli l'esclavage en 1846, l'instauration d'une égalité entre les musulmans et les Juifs y habitant en 1857, ainsi que l'adoption d'une Constitution pour tous les habitants en 1861 et nous sommes confiants dans leur capacité aujourd'hui, dans cette conjoncture historique prometteuse dans laquelle nous vivons depuis 2011, à faire réunir tous les efforts pour travailler à surmonter les vides juridiques qui ont été rencontrés par l'étude d'Amine Jelassi, dont nous applaudissons la parution en tant que contribution intellectuelle visant la réalisation d'une société juste dans laquelle tous les individus jouissent de leur liberté intellectuelle et sexuelle comme étant des éléments sur lesquels se base la citoyenneté moderne.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### *Bibliographie en français*

ABU-SAHLIEH (S-A) : Religion et Droit dans les pays arabes, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2008.

AMOR (A.) : "Constitution et religion dans les Etats musulmans", in Cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel, 10<sup>ème</sup> session, Tunis, 1994, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1994, pp. 25-88.

ARNOUX (I.) : Les droits de l'être humain sur son corps, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994.

BALOT (F) et GEORGES (F) : L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal, Anthemis, Liège, 2008.

BARRAUD (S.) : « Etre un homme homosexuel et d'origine maghrébine à Paris et en région parisienne : stratégies psychosociales, identités inter sectionnelles et modernité. », Université Paris VII – Denis Diderot U.F.R. Sciences Sociales, D.E.A. Migrations et Relations Interethniques 2004-2005.

BEN ACHOUR (S) : « Les convictions religieuses face au Droit positif tunisien », in FOGLETS (M-C) Convictions philosophiques et religieuses et Droits positifs: textes présentés au Colloque International de Moncton (24-27 août 2008), Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 133-173.

BEN ACHOUR (S.) : « Les convictions religieuses face au Droit positif », in Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs, textes présentés au Colloque international de Moncton 24-27 août 2008, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.141-143.

BISMUTH-JARRASSE (C) et JARRASSE (D.) : Synagogues de Tunisie: monuments d'une histoire et d'une identité, Esthétiques du divers, Paris, 2010.

BLANCHET (P.) : Discriminations : Combattre la glottophobie, Éditions Textuel, Paris, 2017.

BLIDON (M.) : « La casuistique du baiser », EchoGéo, n° 5, 2008, URL : <http://echogeo.revues.org/5383>

BOKATOLA (I-O.) : « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales et ethniques, religieuses et linguistiques », R.G.D.I.P., 1993, pp.745-765.

BORRILLO (D.) : Homosexualités et Droit, les voies du Droit, P.U.F. Paris, 1998.

BOST (H) (dir.) : Genèse et enjeux de la laïcité: Christianismes et laïcité, Actes du colloque de Montpellier, 2-3 mars 1990, organisé par la faculté de théologie protestante de Montpellier, Editions Labor et Fides, Genève, 1990.

BOSTANJI (S.) : « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel: le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », Revue internationale de droit comparé, vol. 61, n°1, 2009, pp. 7-47.



BOURHIS (R-L.) et LEYENS (J-Ph.) : Stéréotypes, discrimination et relations intergroupes, Editions Mardaga, Sprimont, 1998.

BRAS (J-Ph.) : « L'islam administré: illustrations tunisiennes » in KERROU (M.) (dir.) Public et privé en Islam, espaces, autorités et liberté, Maisonneuve et Larose, IRMC, Paris, 2002, pp. 227-246.

BROQUA (C.) : « L'émergence des minorités sexuelles dans l'espace public en Afrique », in BROQUA (C.) (dir.), La question homosexuelle et transgenre, Politique Africaine, n°126, KARTHALA Editions, Paris, 2012, pp. 5-23.

BRUNSCHVIG (R) : « Justice religieuse et justice laïque dans la Tunisie des deys et des beys jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle », in BRUNSCHVIG (R) Etudes d'islamologie, Maison neuve et Larose, Paris, 1976, pp. 219-269.

CARBONNIER (J.) : « Être ou ne pas être : Sur les traces du non-sujet de droit », Flexible Droit, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 192-206.

CARTUYVELS (Y.) : « Droits de l'Homme et Droit pénal, un retournement? », in CARTUYVELS (Y) (dir.) Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du Droit pénal?, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2007, pp. 23-44.

CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.) : Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2010.

CHAMBERLAND (L.), FRANK (B.) et RISTOCK (J.) : « Présentation », in CHAMBERLAND (L.) FRANK (B.) RISTOCK (J.) (dir.), diversité sexuelle et constructions de genre, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2009, pp. 1-15.

CHERIF (M-H.) : « Hommes de religion et pouvoir dans la Tunisie de l'époque moderne », Annales Économies, Sociétés, Civilisations, 35<sup>e</sup> année, n°3-4, 1980, pp. 580-597.

CHEKIR (H), De la Conférence du Caire à celle de Jogiakarta : les avancées en matière de droits sexuels, in Droits sexuels, droits humains à part entière, ouvrage coll. Sous dir, FERCHICHI (W) et CHEKIR (H), Tunis, ADLI, 2017, pp. 72-95.

DE BATSELIER (S.) et ROSS (H-L.) : Les minorités homosexuelles: une approche comparative, Allemagne, Pays-Bays, États-Unis, Duculot, Gembloux, 1973.

DE LAROQUE (G) : Les homosexuels, Le Cavalier Bleu, Paris, 2003.

DEM CZUK (I) et REMIGGI (F-W) : Sortir de l'ombre : Histoires communautés lesbienne et gaie de Montréal, VLB éditeur, Montréal, 1998.

DHOQUOIS (R.) : Le Droit, Le Cavalier Bleu, Paris, 2002.

DI FOLCO (P.) : Le goût de Tunis, éditions Mercure de France, Paris, 2007.

Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, Editions du Conseil de l'Europe, Starsbourg, 2012.

DORAIS (M.) : « Evolution et enjeux du concept de diversité sexuelle » in CORRIVEAU (P.) et DAOUST (V.) (dir.), La régulation sociale des minorités sexuelles l'inquiétude de la différence,

Presses de l'Université du Québec, Québec, 2011, pp. 11- 23.

**DOURNEAU-JOSETTE (P)** : Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'Homme ?, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011.

**DUMAS (C.) et COVO (J.)** : Minorités et marginalités en Espagne et en Amérique Latine au XIXe siècle, Presses Universitaires de Lille, Lille, 1990.

**DUMONT (H.) et HACHEZ (I.)** : « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'Homme, dans quelles limites ? », in CARTUYVELS (Y.) (dir.) Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?, Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2007, pp. 45-73.

**EDGARD (A-Z.)** : « Pourquoi le juge intègre-t-il des stéréotypes culturels dans son discours ? Signes, Discours et Sociétés » [en ligne], 4. Visions du monde et spécificité des discours, 29 décembre 2009. Disponible sur Internet: <http://www.revue-signes.info/document.php?id=1280>. ISSN 1308-8378.

**EISENMANN (Ch.)** : La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche, thèse, Paris, L.G.D.G.J, 1928.

**EMIPHE (M.) et CISHUGI (J-B.)** : L'idée d'un gouvernement mondial: pour la paix et la fraternité universelles, Editions Publibook, Saint- Denis, 2016.

**Etude sur** : « Les associations LGBTQI++ en Tunisie : Emergence d'un nouveau militantisme humain », réalisée par Mme Jinane LIMAM et préfacée par M. Wahid FERCHICHI, Association de Défense des Libertés Individuelles avec le soutien de la Fondation Heinrich Boll, Tunis, octobre 2017, [https://tn.boell.org/sites/default/files/1.\\_etude\\_associations\\_lgbtqi\\_fr.pdf](https://tn.boell.org/sites/default/files/1._etude_associations_lgbtqi_fr.pdf)

**FENET (A.)** : « La question des minorités dans l'ordre du droit », in CHALIAND (G.) (dir.), Les minorités à l'âge de l'État-nation, Fayard, Paris, 1985, pp. 27-90.

**FERCHICHI (W.)** : « L'homosexualité en Droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », in, LACH'HEB (M.) et FASSIN (E.) (dir.), Être Homosexuel au Maghreb, IRMC- Karthala, Paris, 2016, pp. 171-195.

**FLAUSS (J-F)** : « La protection des Droits de l'Homme et les sources du droit international », in La Protection des Droits de l'Homme et l'évolution du Droit international, Société française pour le Droit international (Colloque de Strasbourg), Pédone, 1998, pp. 48-79.

**GENINET (B.)** : L'indispensable du Droit pénal, Studyrama, Levallois -Perret 2004, p.33.

**GEORGES (N)** : « Minorités et liberté religieuse dans les Constitutions des États de l'Orient arabe », Égypte/Monde arabe, Troisième série, n°10, 2013, URL : <http://ema.revues.org/3206> .

**HACHED (F)** : « La laïcité : un principe à l'ordre du jour de la II<sup>e</sup> République tunisienne ? », Confluences Méditerranée, n°77, 2/2011, pp. 29-36.

**HAMROUNI (S)** : « L'orientation sexuelle en Droit international », in FERCHICHI (W) (sous la direction de), Le corps dans toutes ses libertés, Publications de l'Association Tunisienne de

Défense des libertés individuelles, avec le soutien de la Heinrich Böll Stiftung, Tunis, 2017, pp. 158-168.

HO DINH (A-M.) : « Le « vide juridique » et le « besoin de loi ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'Année sociologique*, vol. 57, n° 2, 2007, pp. 419-453.

JAMA (A.) : *Citoyens interdits: les minorités sexuelles dans les pays musulmans : témoignages*, H et O, s.l, 2010.

JANSEN (S.) et SPIJKERBOER (T.) : *Feeling homophobia : Demandes d'asile liées à l'orientation sexuelle et à l'identité sexuelle en Europe*, Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, septembre 2011.

JELASSI (M-A.) : « Choisir son corps », in FERCHICHI (W) (dir.), *Le corps dans toutes ses libertés*, Publications de l'Association Tunisienne de Défense des libertés individuelles, avec le soutien de la Heinrich Böll Stiftung, Tunis, 2017, pp. 64-103.

JELASSI (R) : *Le corps humain en Droit civil*, C.P.U., Tunis, 2013.

JUTEAU (D.) : *L'ethnicité et ses frontières*, presses de l'université de Montréal, Québec, 1999.

KASBARIAN (J-M.) : « Langue minorée et langue minoritaire », in MOREAU (M-L) (dir.) *Sociolinguistique: les concepts de base*, Editions Mardaga, Sprimont, 1997, pp. 185-188.

KASSIS (R.) et DEL VALLE (A.) : *Le Chaos Syrien, printemps arabes et minorités face à l'islamisme*, Editions Dhow, Paris, 2014.

KELSEN (H.) : *La démocratie, sa nature, sa valeur*, traduit de l'allemand par Charles Eisenmann, Paris Librairie générale du recueil, Sirey, 1932.

KLIBI (S) : « Etat de droit, Etat laïque: Liberté religieuse ou déni de la religion ? » in *Droits et culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, C.P.U., Tunis, 2008, pp. 153-169.

KOUBI (G.) : « « L'entre deux » des droits de l'Homme et des droits des minorités: un concept d'appartenance », *R.T.D.H.*, n°18, avril 1994, pp. 177-194.

LAPONCE (J-A.) : *Langue et territoire*, Presses de l'Université Laval, Québec, 1984.

LARGUECHE (A.) : *Les ombres de la ville : pauvres, marginaux et minoritaires à Tunis (XVIIIème et XIXème siècles)*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2002.

LASSERRE (E.) : *Le Territoire Pensé: Géographie des Représentations Territoriales*, P.U.Q., Québec, 2003.

LECLERC (J.) : « Les législations linguistiques en Amérique du Nord », *Télescope*, vol. 16, n° 3, 2010, pp. 75-93.

*Les rapports entre le droit international et le droit interne: actes du Séminaire UniDem organisé à Varsovie du 19 au 21 mai 1993 en coopération avec l'Université de Wrocław et le Centre des droits de l'homme de Poznań et avec le soutien du Programme Phare des Communautés européennes, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993.*

LOCHAK (D.) : « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de Droit dans ses rapports avec l'égalité », *Droit et cultures*, n°49, 2005, pp. 15-19.

MAREAU (C.) et SAHUC (C.) : *La sexualité chez l'enfant et l'adolescent*, Studyrarna, Levallois-Perret, 2006.

MARTIN (F.) : « Ecran pour tous ? Personnages gays dans trois films phares tunisiens », *Africultures*, n°96, décembre 2013, L'Harmattan, Paris, pp.108- 121.

MEHREZ (M.) : "Laïcité et Etat Civil, quel rapport?", *Portimão*, n° 5, 2014, pp. 169-178.

MEZGHANI (A.) : *Lieux et non-lieu de l'identité*, sud éditions, Tunis, 1998.

PASTORELLO (T.) : « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n°112-113, 2010, pp. 197-208.

PENCHON (T-G.) : « La langue berbère en Tunisie et la scolarisation des enfants berbérophones », *Revue Tunisienne des Sciences Sociales*, 1968, pp. 173-186.

PENTASSUGLIA (G.) : *Minorités en droit international: une étude introductive*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004.

PESTIEAU (J.) : *Les citoyens au bazar : mondialisation, nations et minorités*, Presses Université Laval, Québec, 1999.

POUESSEL (S.) : « Les marges renaissantes : Amazigh, Juif, Noir. Ce que la révolution a changé dans ce « petit pays homogène par excellence qu'est la Tunisie », *l'Année du Maghreb*, VIII 2012, pp.143-160.

QUITOUT (M.) : *Parlons l'arabe tunisien: Langue et culture*, L'Harmattan, Paris, 2002.

REDISSI (H.) et BEN ABID (S.) : « L'affaire Samia ou le drame d'être « autre », *Commentaire d'une décision de justice*, in MOULIN (A-M.) (dir.), *Islam et révolutions médicales : Le labyrinthe du corps*, KARTHALA Editions, Paris, 2013, pp. 237-251.

RÖMER (T) et BONJOUR (L) : *L'homosexualité dans le Proche-Orient ancien et la Bible*, Labor et Fides, Genève, 2005.

ROUCOUNAS (E.) : « La non-discrimination, le Droit international et les droits de l'Homme », in *Facteurs privés et Droit international public*, Chapitre IV, Académie de Droit international de La Haye, Recueil des cours, 2002, tome 299, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2003, pp. 159-168.

ROUILLE D'ORFEUIL (H.) : *La diplomatie non gouvernementale: Les O.N.G. peuvent-elles changer le monde ?*, Les éditions de l'atelier, Paris, 2006.

ROULAND (N.), PIERRE-CAPS (S.) et POUMAREDE (J.) : *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F., Paris, 1996.

RUDE-ANTOINE (E) : *Le mariage maghrébin en France*, KARTHALA Editions, Paris, 1990.

SAILLANT (F.) : « Reconnaissance et réparation », in BOGALSKA MARTIN (E.) et al. (dir.) *Itinéraires de reconnaissance: Discriminations, revendications, action politique et citoyennetés*,

Collectif Archives contemporaines, Paris, 2017, pp. 57-76.

SENGENES (S.) : « D'un genre à l'autre : identité refusée, identité abandonnée », Terrain, n° 42, mars 2004: Homme/Femme, les Editions de la MSH, 2004, pp. 81-94.

SOULIER (G.) : « Droits des minorités et pluralisme juridique », Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, vol. 18, n° 2, 1993, pp.625-630.

UITZ (R.) : La liberté de religion: dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles internationales, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008.

VAN DE KERCHOVE (M.) : Le Droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis, Publications Fac St Louis, Bruxelles, 1987.

WOEHLING (J.) : "Les trois dimensions de la protection des minorités en Droit constitutionnel comparé", Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2003-2004, volume 34, pp. 93-155.

YOUSSEF (O.) : Confusions d'une musulmane, la succession, le mariage et l'homosexualité (en arabe), publications de dar sahar, Tunis 2013.

ZAHED (L-M.) : L.G.B.T. musulman.es, du placard aux Lumières !, Editions CALEM, Marseille, 2016, pp. 38-42.

ZIRY (J-P.) : Les Etats arabes : Des Constitutions incohérentes, inégalitaires et restrictives. Des Libertés (Religions et Citoyens), Lulu.com, s.l, 2011.

### *Bibliography in English*

AGGLETON (P.) : Men who sell sex: International perspectives on male prostitution and HIV/AIDS, Temple University Press, Philadelphia, 1999.

CAPOTORTI (F.) : «Proposed Definition of « Minorities » within the Context of Article 27, I.C.C.P.R.: Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (1979) », E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1

CLAUDE (I-L.) : National minorities: an international problem, Harvard University Press, Cambridge, 1955.

COONTZ (P.) : «The etymology of « minority » and woman in international law», in CHANDRA (S.) (dir.), International Protection of Minorities, Mittal Publications, Delhi, 1986, pp. 154-167.

ERWIN (D.) and SCHREIBER (H-L.) : Medical responsibility in Western Europe: research study of the European science foundation, Springer Science and Business Media, New York, 2012.

FERCHICHI (W.) : "Law and homosexuality: Survey and analysis of legislation across the Arab world", working paper prepared for the Middle East and North Africa, consultation of the Global Commission on HIV and the Law, 27-29 July 2011. <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF/0576.pdf>

GREEN (L.) : "Freedom of expression and choice of language" in, SOIFER (E) (editor) ethical issues: perspectives for Canadians, Broadview Press, Peterborough, 1997, pp. 135-152.

KLOTTER (J-C) : Criminal law, Anderson Publishing Company, Cincinnati (Ohio, USA), 2001.

LAPONCE (J-A.) : The protection of minorities, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1960.

MOSES (A-E.) and HAWKINS (R-O.) : Counseling lesbian women and gay men: a life-issues approach, Mosby, Saint Louis: C. V., 1982.

PATTERSON (D.), EL FEKI (S.) and MOALLA (K.) : "Rights-based approaches to HIV in the Middle East and North Africa region" in FREEMAN (M.), HAWKES (S.) and BENNETT (B.) (editors), Law and Global Health: Current Legal Issues, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 165-181.

PREECE (J-J.) : National minorities and the European nation-states system, Clarendon Press, Oxford, 1998.

RATH (J.) : "The ideological representation of migrant workers in Europe: A matter of racialization" in WRENCH (J.) and SOLOMOS (J.) (editors) Racism and Migration in Western Europe, Berg, Oxford, 1993, pp. 215-232.

REHMAN (J.) : The weakness in the international protection of minorities rights, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

SALHI (K.) : "Essential for rethinking approaches to postcolonial arts and cultures: The problematic of minoritizing in North Africa" in BOUDRAA (N.) and KRAUSE (J.) (dir.) North African Mosaic : A cultural reappraisal of ethnic and religious minorities, Cambridge scholars publishing, Newcastle, 2009, pp. 26- 62.

SIMMA (B.) : « International human rights and general international law: A comparison analysis », Collected Courses of the Academy of European Law, 1993, vol. IV-2, pp. 153-256.

WIRTH (L.) : « The problem of minority groups », in LINTON (R.) (dir.), the science of Man in the world crisis, Columbia university press, New York, 1945, pp. 347-372.

YOUSSEF (O) : The Perplexity of a Muslim Woman: Over Inheritance, Marriage, and Homosexuality, translated by Lamia BEN YOUSSEF, Lexington books, Lanham, Maryland, 2017.

## المراجع باللغة العربية

- أمين محفوظ : « الدستور بين وحدانية اللغة وحرية اللغة»، الأحكام العامة للدستور، خمسينية دستور 1959، هانس سايدل، 2010، ص.ص.32-9.
- رشيدة الجلاصي : « محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية»، م. ق. ت. 1995 ص. 145-178.
- الشاذلي النيفر : «مسألة الإسلام واللغة أمام المجلس القومي التأسيسي»، منشور في أعمال ملتقى حول المجلس القومي التأسيسي انعقد في كلية الحقوق بتونس أيام 31-30-29 ماي 1984. منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 1986. ص 183.
- الطاهر بن عاشور : التحرير و التنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
- فرج القصير : القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
- وحيد الفرشيشي : «السياسة، المثلية وفحوص العار في تونس»، المفكرة القانونية، جوان 2013. <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=402&lang=ar>
- وحيد الفرشيشي : «دسترة الحريات الفردية قراءة حقوقية للدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014» في وحيد الفرشيشي (تحت إشراف)، الحريات الفردية تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس 2014، ص. ص. 76-49.

