



Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles

# LE CORPS dans toutes ses LIBERTES

.....  
**Ouvrage collectif**

*sous la direction du*

**Pr. Wahid FERCHICHI**

Tunis 2017





Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles

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

# LE CORPS dans toutes ses LIBERTÉS

Ouvrage Collectif Sous la direction

Pr. Wahid FERCHICHI

*Contributions de*

Monia LACHHEB, Saloua HAMROUNI,

Khaled MEJRI, Saloua GHRISSA,

Abdelkarim LAAOUITI,

Wahid CHEHED, Mouna TEKAYA,

Mohamed Amine JLASSI,

Mohamed Hassane AL AGHA,

Wahid FERCHICHI & Dorra BEN ALAYA

*Avec le soutien de*



**HEINRICH BÖLL STIFTUNG**  
AFRIQUE DU NORD TUNIS

*Tunis • Février 2017*

# Liste des participants

Mme. Monia LACHHEB,

M. Khaled MEJRI,

Mme. Mouna TEKAYA,

M. Mohamed Amine JELASSI,

M. Abdelkarim LAOUITI,

M. Wahid CHEHED,

Mme. Salwa HAMROUNI,

M. Wahid FERCHICHI,

Mme. Saloua GHRISSA,

Mme. DORRA BEN ALAYA,



*Ouvrage collectif sous la direction du Pr. Wahid Ferchichi*

**Format :** 15,5 x 23,5 cm

**Papier :** 80 gr offset (intérieur) + 350 gr (couverture) couché

**Volume :** 426 pages

**1<sup>ère</sup> édition :** 500 exemplaires / Février 2017

**Conception & Maquette :** Anis MENZLI 

ALPHAWIN STUDIO / anismenzli@hotmail.fr

**ISBN :** 978-9973-9821-0-0 • Edition 2017

© Tous droits réservés à l'association tunisienne de défense des libertés

individuelles ADLI

Février 2017 • TUNISIE

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

# Table des matières

- P 4 PRÉFACE**  
*/ Association tunisienne de défense des libertés individuelles /*
- P 8 INTRODUCTION**  
*/ Mme. Monia LACHHEB /*
- P 16 LE CORPS DANS LA CONSTITUTION TUNISIENNE**  
*/ M. Khaled MEJRI /*
- P 24 LE CORPS ET LA DIGNITÉ**  
*/ Mme. Mouna TEKAYA /*
- P 62 CHOISIR SON CORPS**  
*/ M. Mohamed Amine JELASSI /*
- P 102 LIBERTÉ DU CORPS ET ORDRE PUBLIC**  
*/ M. Abdelkarim LAOUITI /*
- P 146 LIBERTÉ DU CORPS DANS LES MÉDIAS**  
*/ M. Wahid CHEHED /*
- P 158 L'ORIENTATION SEXUELLE EN DROIT INTERNATIONAL**  
*/ Mme. Salwa HAMROUNI /*
- P 170 LES TRAVAILLEUSES DU SEXE EN DROIT TUNISIEN**  
*/ M. Wahid FERCHICHI /*
- P 176 AU-DELÀ DES CLICHÉS : AMOUR DU MÊME, CORPS  
PROBLÉMATIQUE ET CONSTRUCTION IDENTITAIRE**  
*/ Mme. Saloua GHRISSA /*
- P 218 FACTEURS PSYCHOSOCIAUX ET PRÉVENTION DU VIH/SIDA  
CHEZ LES HOMMES AYANT DES RAPPORTS SEXUELS AVEC DES  
HOMMES**  
*/ Mme. DORRA BEN ALAYA /*

*Le corps  
dans  
toutes ses  
1. libertés ..*

*Le corps, source de bonheur, de peine mais aussi objet/sujet de pouvoir et de domination, est un éternel sujet de recherche, de convoitise et de conflit ... Toutes les disciplines accordent au corps et à ses différentes facettes un intérêt certain et constant. L'une de ces facettes les plus énigmatiques et fascinantes demeure néanmoins la sexualité, car le corps plait, dérange, provoque ...*

*Le corps est-il libre ? Sommes-nous libres d'en apprécier l'esthétique, de l'utiliser, d'en jouir ? Avons-nous les pleins pouvoirs sur ce qui semble le plus proche de nous, ce qui se confond avec l'humain et fait l'essence même de la personne ?*



Toutes ces questions se posent aujourd'hui avec acuité dans le cadre d'une Tunisie qui jouit encore d'une grande marge de liberté d'expression, une Tunisie qui continue à engager des discussions sur de nombreuses questions demeurées tabous jusqu'à récemment.

On ose aujourd'hui parler d'agressions sexuelles contre les femmes, les enfants ... on parle aussi du délit d'homosexualité et du test anal que les autorités judiciaires continuent à ordonner et à pratiquer pour prouver et à provoquer des tensions et quelquefois des campagnes de diffamation et de propagation de propos incitant à la haine et à la violence contre des personnes qui ne demandent qu'à être respectées dans leur différence ...

Ce débat auparavant limité à des sphères intellectuelles et artistiques a été rendu possible grâce au militantisme de nombreuses associations. Féministes en premier lieu, qui ont attiré l'attention sur les questions de genre, l'irrespect de l'égalité entre hommes et femmes, les violences subies par les femmes et les enfants ... **LGBTQI++** ensuite et plus récemment. En effet, à partir de 2011, de nombreuses associations tunisiennes se disent ouvertement protectrices des droits des personnes gays, lesbiennes, bisexuelles, transsexuelles, queer, intersexuées ... Ce mouvement assez récent, certes, mais très dynamique, influence aujourd'hui tout le débat sur les libertés liées au corps et à la tutelle de chaque personne sur son propre corps ...

Ainsi, on a vu naître en 2016 un collectif d'associations de défense des libertés individuelles, un autre pour lutter contre les violences faites aux femmes, un troisième pour la cause **LGBTQI++** et la dépénalisation de l'homosexualité, et plus récemment un collectif pour les droits sexuels et reproductifs, prônant la reconnaissance de ces droits comme étant des droits humains à part entière. Toute cette dynamique se base, entre autres, sur le texte de la Constitution du 27 janvier 2014, qui dispose ce qui suit dans son article 23 : « L'Etat protège la dignité humaine et l'intégrité physique... », dotant ainsi ces valeurs d'une autorité juridique supérieure à des textes plus anciens, adoptés à une époque où des notions comme la dignité de la personne et l'intégrité des corps n'étaient pas des fondamentaux de la législation, tels que le code des obligations et contrats (1907), le code pénal (1913) ou même le code du statut personnel (1956).

La société civile milite donc en faveur de l'ouverture d'un chantier législatif ayant pour objet l'harmonisation des textes liberticides avec les dispositions de la nouvelle Constitution, mais ce mouvement ne doit pas occulter une autre bataille bien plus dure à mener : le changement culturel et l'évolution des mentalités, qui méritent la mise en place de stratégies et de modèles de société engageant à la fois les moyens de l'Etat et l'appui de la société civile.

C'est dans ce cadre que l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles [www.adlitn.org](http://www.adlitn.org) publie aujourd'hui, avec le soutien de la Fondation Heinrich Böll, son troisième ouvrage intitulé : « **Le corps dans toutes ses libertés !** », qui constitue le troisième volet d'une série d'abord consacrée aux « **Libertés individuelles, approches croisées** » (2014), puis aux « **Libertés religieuses en Tunisie** » (2015).

Cet ouvrage est le fruit d'une table ronde organisée par l'**ADLI** à l'occasion de la Foire internationale du livre en mars 2016 et de la générosité de toutes les contributrices et contributeurs, qu'ils et qu'elles en soient mille fois remercié(e)s...

L'**ADLI** saisit l'occasion pour adresser ses vifs remerciements à Mlle. **Ilef Kassab** pour sa disponibilité, sa lecture des contributions et la préparation des différentes synthèses ... Nous remercions aussi les artistes qui ont

accepté d'illustrer notre ouvrage par leurs œuvres et notamment **Majed Zalila, Hela Ammar**, l'artiste danseur **Rochdi Belgasmi** ... et enfin une pensée à la mémoire de l'artiste **Othmane Khadhraoui** ...

Bonne lecture et à la prochaine publication ...

**Pour l'ADLI**

**Wahid Ferchichi**

A handwritten signature in green ink, consisting of stylized, cursive letters that appear to read 'Wahid Ferchichi'.

# Intro- duction ..

*Monia Tachheb*

Est enseignante chargée des cours de sociologie à l'institut supérieur du sport et de l'éducation physique de Ksar-Said, **Université de la Manouba** - Tunis. Elle est aussi chercheuse associée à l'institut de recherche sur le Maghreb contemporain (**CNRS**) - Tunis. Ses travaux s'inscrivent dans le champ de la socio-anthropologie du corps et des sexualités. Les questions de genre relèvent aussi de ses intérêts. A côté de la publication de plusieurs articles sur les enjeux sociaux du corps et des sexualités, elle a dirigé, en 2012, l'ouvrage *Penser le corps au Maghreb*, Paris, Karthala/IRMC et en 2016 l'ouvrage *Etre homosexuel au Maghreb*, Paris, Karthala/IRMC.

*Le présent volume résulte de la rencontre de chercheurs de différents horizons disciplinaires, principalement des sciences juridiques, lors de la journée d'étude organisée à Tunis le 31 mars 2016 par l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles (ADLI). Cette journée a porté sur le thème : **Le Corps dans toutes ses libertés**. Les échanges ont permis de rappeler la dialectique entre la liberté de disposer de son corps et la protection de l'ordre public. En effet, la possibilité pour chaque individu de disposer librement de son corps continue à alimenter les débats et témoigne de la complexité des rapports entre le corps et le droit (Larralde, 2009). La reconnaissance juridique de la procréation artificielle, du don d'organes, du respect de l'identité sexuelle ou encore de la prostitution constituent autant d'exemples récurrents et appelle, dans son fond, à une interrogation sur l'existence humaine et l'autonomie personnelle.*



Si l'intérêt pour le corps s'avère de plus en plus grandissant et continue à questionner les réalités politiques et sociales, la notion même de « corps » demeure flottante et ambiguë. Il devient ainsi important de s'interroger sur l'essence du corps dont on parle : **quel corps ? Quelle est sa nature ontologique ? Quels sont les fondements de la réalité corporelle, etc. ?**

## De la pluralité des corps

La prolifération des études sur le corps, depuis le début des années 1970, témoigne de l'intérêt des réflexions théoriques, des regards critiques et des analyses liées à l'objet « corps » (Bernard, 1972)<sup>1</sup>. Elle atteste, par ailleurs, du caractère fuyant et ambivalent du « corps, sa plasticité et son ouverture sur une multiplicité de significations, de discours, de représentations et de perspectives.

Un premier indicateur qui rend compte de la complexité du fait corporel est qu'il ne peut être saisi qu'à partir d'autres réalités. Le corps est systématiquement rattaché à un adjectif (beau, laid, malade, sain, debout,

---

<sup>1</sup> Michel Bernard, *Le Corps*, Paris, Éditions universitaires, 1972, réédition Paris, Éditions du Seuil, 1995.

penché, etc.) qui l'articule à une dimension de l'expérience singulière, ou encore à une institution (l'école, le sport, la culture, etc.) qui l'énonce dans une expérience sociale et culturelle. Il ne peut ainsi être atteint que par la médiation d'attributs qui l'exposent dans les lieux de sa manifestation et qui montrent des modalités particulières de son engagement.

Un deuxième indicateur concerne la fluctuation des paradigmes qui ont pris le corps pour objet d'étude privilégié. Il se trouve que le corps n'a pas le même sens dans la philosophie, la psychanalyse, la médecine, l'anthropologie, pour ne prendre que ces exemples. La multiplication des champs d'investigation de la corporéité produit des discours à la fois pluriels et partiels qui ne rendent compte que d'une facette spécifique de la réalité corporelle. Chacune de ces facettes dévoile une dimension du corps et construit un corps possible selon la diversité des perceptions. Ces théories du corps, ou plus justement des corps, comme l'explique Luc Boltanski (1971 : 208) « sont vouées à engendrer des représentations fonctionnelles du corps, sorte d'outils ajustés à des fins particulières ». Le corps constitue ainsi une matrice commune à des champs de savoir multiples et permet une réflexion qui fait recours à des corpus de connaissances diversifiées. Il ne peut alors se concevoir que sur le mode de la diversité. A ce titre, le corps constitue une réalité transversale qui renvoie à de multiples dimensions enchevêtrées qui nécessite des formes d'interprétation plurielles pour le penser et cerner son essence.

## Le corps entre l'être et l'avoir

La fluctuation des sens liés à la notion de « corps » se complète par une autre lecture de la réalité corporelle. En effet, la pensée du corps renvoie à une réflexion dualiste qui met en jeu une réelle antinomie. Elle est souvent sous-tendue par une question qui situe le corps entre l'Etre et l'avoir : **je suis mon corps ou j'ai un corps ?**

Dans cette perspective, Jean-Paul Sartre (1965, 53) souligne que le « caractère double du corps, qui est d'une part un objet dans le monde et d'autre part le vécu immédiat de la conscience ». En ce sens, l'approche du corps tient compte d'une réalité à la fois objective et subjective. Dans un cas je suis mon corps et j'existe corporellement ou que mon corps est la forme

concrète de mon existence, le lieu de mon être au monde. Le corps est donc nécessairement le fondement ultime et singulier de la subjectivité, parce qu'il est le sujet en tant qu'existant concret. Dans l'autre j'ai un corps qui peut être perçu comme une chose, objectivée et distanciée. Pour sa part, Umberto Galimberti insiste sur le fait que le corps est aussi bien une chose objective du monde qu'une expérience vécue de l'être-au-monde. « Mon corps, écrit-il, que je connais à travers la multiplicité de mes expériences quotidiennes, est ce qui m'insère dans un monde, il est ce grâce à quoi il existe pour moi un monde. Le corps-chose que les livres de physiologie ou les planches d'anatomie me décrivent n'est pas une autre réalité mais la même réalité présente sous d'autres modalités, autrement dit suivant les modalités objectivantes de la science biologique [...]. Nous ne sommes pas en présence de deux réalités mais de deux manières différentes de présenter une même chose » (Galimberti, 1998 : 188). Cette nature double du corps exige certes une double lecture de la réalité corporelle, considérant que ces deux « facettes » du corps sont interdépendantes et se croisent pour donner sens au monde à travers un « touchant-touché », un « voyant-vu » (Merleau-Ponty, 1964). A cet effet, s'il est légitime de considérer le corps comme un agencement d'organes objectivé par les sciences dites de la nature, cela n'autorise pas à considérer ce discours comme le seul légitime pour l'interprétation de l'existence humaine. Le corps est justement l'incarnation d'une personne. Même s'il est perçu comme une chose parmi d'autres, il est aussi et surtout une chose que « je suis » et révèle ainsi une subjectivité.

## Le corps objet de droit

**Le corps est-il juridiquement indépendant du sujet de droit ?** L'unité indissociable de la personne et de son corps a certes des conséquences juridiques et éthiques capitales. C'est précisément parce que le corps est toujours le corps propre d'un sujet et que toute atteinte au corps est inévitablement atteinte à la dignité et à l'intégrité humaine. De fait, l'établissement de règles juridiques qui protègent le sujet contre les atteintes à son intégrité physique et à son identité personnelle (tortures, mutilations, violences, viols, etc.) rend compte des formes d'appréhension du corps dans les sociétés contemporaines.

Les différentes contributions réunies dans ce volume visent à élucider les rapports entre corps et droit. **Khaled Mejri** tente d'analyser la constitution tunisienne, proclamée en janvier 2014, et s'interroge précisément sur ce qui a été prévu pour la « protection » du corps. Si la constitution interdit la torture, conformément aux prescriptions des conventions internationales, des « lacunes » restent remarquables dans le code pénal. Aussi, le corps s'avère pris en otage entre le « droit individuel » et le « droit collectif », faisant que le droit de la personne à disposer de son corps se trouve affecté, notamment en ce qui concerne la reconnaissance du droit de changer de sexe, la soumission des personnes à des expériences médico-scientifiques, la considération d'un contrat de prostitution, etc.

Dans le même ordre d'idée, l'analyse de **Mouna Tekaya** s'intéresse à la question de la dignité humaine à travers l'intérêt pour le corps. En effet, la dignité renvoie au respect du corps et sa protection. Elle assure ainsi à la personne la liberté de disposer de soi et la considération de son intégrité physique. Cependant, si « l'indisposition du corps » reste de mise, comme c'est le cas dans l'interdiction de la commercialisation de soi, de la prostitution, du transsexualisme, c'est aussi pour garantir une forme de dignité du corps mise en jeu par des règles formelles qui gèrent le rapport de l'individu à son corps.

Pour sa part, **Mohamed Amine Jelassi** s'interroge sur le droit de « choisir son corps ». Dans ce cadre, l'analyse se focalise sur différentes postures de transformation du corps et atteste que le changement de corps reste possible sous réserve de respecter les normes juridiques en vigueur. Celles-ci tiennent compte de la volonté individuelle dans le cas d'une ambiguïté sexuelle, des bonnes mœurs, mais aussi des exigences de l'ordre public. En effet, l'ordre public acquiert une importance remarquable dans la conception du corps et de ses libertés. L'interprétation de **Abdelkarim Laouiti** révèle que les revendications de l'ordre public prennent deux orientations possibles. D'abord, l'ordre public protège la dignité humaine au sens où il protège le corps de certaines pratiques contre « le droit à la vie » ou encore « le droit à corps sain ». Dans ce cadre, des usages comme l'euthanasie et l'avortement ou la torture et l'esclavage constituent des prototypes qui font appel à des négociations juridiques multiples. Ensuite,

l'ordre public limite la liberté de disposer de son corps dans la mesure où l'ordre moral impose certaines contraintes qui marquent et bornent les libertés individuelles. Ainsi, l'autonomie personnelle apparente se montre dominée par une pluralité de pouvoirs qui la commandent.

Par ailleurs, l'analyse de contenu journalistique réalisée par **Wahid Chehed** sur la liberté du corps dans les médias montre que le corps est un l'élément « absent-présent » du discours journalistique. Sur un échantillon de 30 articles analysés, 12 articles traitent de la question du corps et s'intéressent principalement au port du **niqab** ou encore aux agressions physiques, sexuelles, etc. En faisant référence à la charte déontologique, l'auteur mentionne l'interdiction de la diffusion des images de corps de présumés terroristes, qu'ils soient morts ou blessés, par respect à l'intégrité humaine.

Le corps dans le rapport conjugal a suscité l'intérêt de **Mohamed Hassane Al Agha** (dans la partie en langue arabe). En effet, l'auteur questionne les droits et les libertés corporels entre conjoints et fixe l'attention sur la gestion juridique de la vie intime. Dans ce cadre, la sexualité conjugale est abordée sous l'angle du droit de la personne, de l'obligation, du viol, etc., à fin de rendre compte des réglementations en vigueur pour la prise en charge de la relation conjugale et des rapports corporels qui la sous-tendent.

Si la sexualité appartient traditionnellement à la sphère privée et tient compte du respect du consentement du partenaire, le droit s'interroge principalement sur les sexualités dites atypiques qui génèrent des troubles de l'ordre social. Dans cette perspective, la contribution de **Salwa Hamrouni** se focalise sur la place de l'orientation sexuelle dans le droit international et les formes de discrimination qu'elle engendre. L'auteure montre que les textes juridiques respectent le droit à la différence basée sur l'orientation sexuelle. Cependant, la mise en application de ces textes dans les différentes sociétés oscille entre la reconnaissance et la défaillance. Dans ce dernier cas, l'absence des mécanismes nécessaires pour la mise en application juridique de ce qui est convenu accentue la vulnérabilité de certains groupes sociaux et la discrimination à leur égard.

**Wahid Ferchichi** s'attaque au statut des travailleuses de sexe dans le droit tunisien. La définition du registre de la prostitution reste vague et

ouvert à des formes d'interprétation et de criminalisation de différentes formes de pratiques sexuelles. Aussi, la prostitution est confrontée à des règles formelles contradictoires et se situe, en effet, entre la légalisation et la criminalisation des pratiques, des lieux et des revenus. S'agissant de la prostitution légalisée, elle installe une relation de distance de l'individu par rapport à son corps et répond à des règles formelles contenues dans une circulaire qui organise une telle activité professionnelle.

La contribution de **Salwa Ghrissa** apporte un regard sur la question homosexuelle appréhendée, dans les religions monothéistes, comme pratique sexuelle qui transgresse un ordre moral et socioculturel. L'auteure s'intéresse précisément à l'homosexualité masculine dans les sociétés anciennes du Proche Orient et montre qu'une telle pratique sexuelle a été bien acceptée. C'est avec l'avènement du monothéisme que la condamnation de l'homosexualité est devenue de mise étant considérée comme improductive.

Enfin, **Dorra Ben Alaya** s'intéresse à la prévention du VIH/Sida chez les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes. En effet, des facteurs psychosociaux qui fondent les conditions, les pratiques et les vécus des HSH seraient éclairant des conduites en matière de prise de risque ou de prévention. Dans ce cadre, la prise en compte des processus de communication et des contenus des messages préventifs contribuent au changement d'attitude et de comportement face au risque du **VIH/sida**.

En définitive, le corps est toujours le corps d'une personne qui possède une identité, une filiation, une histoire vécue, un ensemble de relations avec d'autres personnes, etc. En tant qu'enjeu politique majeur (Foucault, 1975), il laisse intervenir et s'exercer des formes de domination sur la vie humaine sous-tendues par une volonté politique dissimulée de maîtriser les sujets de droit. En tant que tel, le corps correspond à un point de résistance qui pivote selon les circonstances et la diversité des situations. Dans tous les cas de figure, le droit de disposer de son corps est loin d'être un droit absolu.

## **Références**

- Bernard Michel (1995), **Le Corps**, Paris, Editions universitaires.
- Boltanski (1971), « **Les usages sociaux du corps** », Les Annales, vol. 26, n° 1, « **Économie, Société, Civilisation** » : 205-233.
- Foucault Michel (1975), **Surveiller et punir**, Paris, Gallimard.
- Galimberti Umberto (1998), **Les Raisons du corps**, Paris, Grasset.
- Lachheb Monia (2012), **Penser le corps au Maghreb** (dir.), Paris, Karthala/IRMC.
- Laralde Jean-Manuel (2009), **La libre disposition de son corps**, Paris, Bruylant.
- Merleau-Ponty Maurice (1964), **Le visible et l'invisible**, Paris, Gallimard.
- Sartre Jean-Paul (1965), **Esquisse d'une théorie des émotions**, Paris, Hermann.



# Le corps dans la constitution tunisienne

*Khaled Mejri*

Docteur en droit et maître-assistant à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociale de Tunis. Il est également le Secrétaire général de l'Association Tunisienne d'Etudes Politiques, ancien membre de la Commission nationale d'investigation sur la corruption et la malversation et membre au directoire du Laboratoire de recherche sur le droit communautaire et les relations Maghreb-Europe (FSJPST). Outre les articles de recherche, il a publié Guantanamo ou le droit tragique. Le statut juridique des détenus du 11 septembre (Tunis, Miskiliani, 2006) et Le droit humanitaire dans la jurisprudence internationale (Paris, L'Harmattan, 2016). Il est également poète, et à ce titre, il est l'auteur de recueils de poésies couronnés au niveau national ainsi qu'au niveau du monde arabe

Visuel inspiré de Pacte Fondamental et du Destour 1957 (JORT).

## LE CORPS DANS LA CONSTITUTION TUNISIENNE<sup>2</sup>

*La notion de « corps » a été expressément consacrée pour la première fois dans l'histoire de la Tunisie au sein de l'article 23 de la Constitution de 2014. Toutefois, cette consécration ne garantit pas réellement la protection du corps en soi, dans sa dimension objective, elle ne lui dédie qu'une protection dans sa dimension subjective en tant que composante de l'être humain.*



Dès lors, qualifier juridiquement le corps, en Droit tunisien, résulte du seul fait que ce corps fait partie de la personne humaine. En effet, la Constitution lie l'intégrité physique au principe de la dignité humaine, en conformité avec certaines conventions internationales ratifiées par la Tunisie dont notamment, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 Décembre 1984 et ratifiée par la Tunisie le 26 Août 1987. Cette conception du corps « subjectif » est affirmée par l'orientation générale du législateur tunisien, et se manifeste surtout au niveau de la législation visant à abolir la loi n° 23-1989 en date du 27 Février 1989, portant suppression de la peine des travaux forcés, ainsi qu'au niveau des dispositions du code pénal, et en particulier celles relatives à la criminalisation de l'homicide, des coups et blessures et de la violence. Seulement, tous ces crimes supposent que la victime soit vivante et donc la conception du corps humain pour le législateur est étroitement liée à la corrélation du corps à la personne, dans le sens où, on ne peut imaginer l'un de ces crimes infligé à un corps qui a déjà rendu l'âme, après quoi, le corps « subjectif » perdrait toute qualification juridique.

Par conséquent, la reconnaissance du corps prend fin à partir du moment où le corps se sépare de la personne humaine, et ce, de manière exhaustive, soit avant la naissance et plus précisément durant la période embryonnaire soit après la mort. Quant au premier cas de figure, seul est reconnu le corps du fœtus conçu in utero. L'embryon artificiel conçu in vitro ne suscite

<sup>2</sup> Il s'agit de la synthèse en langue française de la contribution de M. Khaled Mejri que vous pourriez consulter dans la partie en langue arabe du présent ouvrage.

cependant aucun intérêt juridique. En effet, cette tendance trouve son origine, en se référant aux dispositions de l'article 214 du code pénal, dans la volonté du législateur tunisien de protéger la mère enceinte plus que le fœtus lui-même, car la protection du fœtus découle principalement de la volonté de maintenir l'ordre public en premier lieu, et la santé de la mère en second lieu dont l'effondrement de la santé ou de l'équilibre nerveux conduit à la licéité de l'avortement même au-delà des périodes légales.

Quant au deuxième cas, celui dans lequel le corps se sépare de la personne humaine en raison de la mort, il est permis de se demander s'il est possible que le cadavre ait des droits. Certains vont jusqu'à dire que perpétrer une agression sur un cadavre n'est que l'une des représentations du crime impossible où il manque l'élément moral, elle n'existe donc que dans l'imagination du coupable. Cependant, concernant certains actes qui portent atteinte à l'intégrité des cadavres, certains soutiennent de leur appliquer les dispositions de l'article 204 du code pénal qui sanctionne par exemple les actes relatifs à l'homicide hormis que, nombreux actes de profanation ne se voient pas légalement criminalisés, ce qui exclue ces atteintes du champ d'application du présent article comme l'a déjà déduit la Cour de cassation. Même les articles du code pénal concernant les sépultures ne protègent les cadavres qu'à titre incident et ne les considèrent pas en soi comme victimes dignes de protection. Et bien que le corps soit protégé par extension, sous l'égide des dispositions de l'article 167 du code pénal, compte tenu de la protection de son lieu de refuge considéré comme lieu saint (ce qui exclue du champ de son application les cadavres qui ne sont pas encore enterrés), l'objet ultime derrière les autres articles sur les sépultures reste la protection de la santé publique et le maintien de l'ordre public. En effet, le corps-cadavre demeure la propriété des autorités publiques si ces dernières souhaitent en prélever des organes, car la loi, bien qu'elle ait permis à des membres de la famille du défunt d'objecter sur ce prélèvement, s'est limitée à mettre la règle juridique en omettant les mécanismes qui permettent à la famille d'être informée, ce qui l'empêche généralement d'exercer ce droit, et ce, en plus du formalisme excessif auquel se trouve confrontée avant sa mort, la personne refusant de faire don de ses organes. Le corps n'est donc reconnu, en Droit tunisien et même dans la Constitution, que s'il est lié à une personne juridique.

Somme toute, un tel raisonnement suppose des questionnements sur la nature de la protection consacrée par la loi tunisienne pour le corps.

En effet, l'énoncé de l'article 23 de la Constitution Prohibe la torture. Cette position n'est qu'une affirmation de l'interdiction instaurée par les conventions internationales ratifiées par la Tunisie. La définition de cette pratique est prévue par l'article 1<sup>er</sup> de la convention internationale contre la torture.

De surcroît, la communauté internationale s'est mise d'accord à considérer certains actes tels que le viol et les traitements dégradants envers les détenus et prisonniers comme actes de torture, elle est allée jusqu'à assimiler certaines formes de châtiments corporels à de la torture, comme indiqué dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Prouver un acte de torture exige toutefois la réunion des éléments suivants :

- Que l'acte soit intentionnel infligeant « une douleur et des souffrances aiguës, physiques ou mentales ».
- Qu'il y ait un but recherché derrière l'acte.
- Qu'il soit commis par un employé de la fonction publique ou à son instigation.

Et bien que la législation tunisienne et spécifiquement l'article 101 du code pénal ait adopté la définition du crime de torture telle que définie par le Droit international, cette dernière reste lacunaire. Les marques de défaillance les plus importantes demeurent l'omission dans cet article du traitement cruel, inhumain et dégradant assimilé par les instruments internationaux à un acte de torture, ainsi que la limitation aux actes commis par un fonctionnaire public alors que la réalité a montré que la torture peut également être le fruit des groupes privés organisés et des gangs. De surcroît, la notion de « fonctionnaire » ne se limite pas à ceux chargés du maintien de l'ordre public, elle doit englober tous les employés publics.

L'article 101 reste néanmoins entaché d'un vice de fond, car le fonctionnaire ne se voit punir que si l'agression est « injuste » ce qui décriminalise

l'agression juste. Un tel résultat est incompatible avec la tendance générale de la jurisprudence internationale selon laquelle le fait d'avoir agi sur les ordres d'autorités supérieures n'exonère pas de la responsabilité pénale attachée à la perpétration du crime internationalement reconnu et ne peuvent être invoqués ni admis comme justification du crime, les textes et réglementations internes. En effet, le fonctionnaire public est tenu au « devoir de désobéissance aux ordres manifestement illégaux », ce qui nous mène à dire que les termes « juste ou dû » ne devraient pas s'étendre jusqu'à légitimer les agressions résultant de l'application des ordres manifestement illégaux. Au surplus, le recours à la force par les agents de police et des forces de sécurité doit être strictement nécessaire et seulement dans la mesure exigée par l'accomplissement de leurs fonctions.

En sus, la protection contre la torture a été renforcée davantage en Tunisie avec la promulgation de la loi organique n° 2013-43 du 23 octobre 2013, relative à l'instance nationale pour la prévention de la torture. Cette instance représente, en effet, une structure indépendante qui a pour mission d'« effectuer des visites périodiques et régulières et autres inopinées sans préavis et à tout moment choisis aux lieux de détention » et de « s'assurer de l'inexistence de la pratique de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » dans ces lieux. En réalité, la création de cette instance revient à l'évolution qu'a connue le système juridique tunisien à différents niveaux.

D'un autre côté, le chavirement des théories de Droit privé, dans le cadre de la division du monde en personnes et en choses, entre la conception du corps comme faisant partie de la personne « le corps que l'on est » et le corps réifié « le corps que l'on a », a fait naître des théories contradictoires en ce qui concerne le droit de la personne de disposer de tout ou d'une partie de son corps. En contrepartie, les théories du Droit public approchent la question de point de vue des droits de l'Homme sur son corps et l'expose conformément au dualisme habituel qui oppose les droits individuels aux droits collectifs.

L'une des questions posées consiste à prendre connaissance de l'étendue de la souveraineté de la personne sur son propre corps.

Concernant la disposition de la personne d'une partie de son corps, la situation diffère selon si l'acte suppose ou pas une contrepartie. Néanmoins, quand bien même le Droit tunisien semble rejeter l'idée de disposer d'une partie de son corps en échange d'une contrepartie, la problématique n'a pas été résolue car certaines questions demeurent toutefois controversées, à cet égard.

La question de la disposition de la personne de certaines parties de son corps sans contrepartie renvoie particulièrement aux dons d'organes et du sang. En effet, il est possible de prélever des organes sur une personne vivante à condition que cette dernière soit majeure, jouissant totalement de son intégrité mentale et de la personnalité juridique et exprime son consentement expressément et volontairement, bien que le législateur ait mis des obstacles devant la volonté du donateur en appliquant au don des dispositions autres que les dispositions générales propres à la donation. Ces conditions sont d'ordre objectif dont certains relèvent des fins médicales de l'opération et d'autres se rapportent aux organes mêmes. En ce qui concerne le don du sang, il s'agit d'un acte contrôlé par de nombreuses conditions, dont notamment la gratuité, l'âge et l'approbation par un médecin dont le rôle est de décider si la personne en question peut faire don de son propre sang ou non.

Quant à la disposition de l'Homme de tout son corps, il est important de préciser qu'il existe des contrats dont l'objet est au bout du compte, le corps même ; tels que le contrat de travail et le contrat de prostitution. Et nonobstant l'évidence que le législateur ait fait de l'objet du premier « le service fourni » et non pas le corps, il est constatable que tous les contrats de travail tournent autour de ce dernier ; preuve à l'appui, la loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles. Tout comme il existe des métiers directement liés au corps lui-même.

Ainsi, il est loisible de se demander sur les raisons qui se cachent derrière la criminalisation du contrat de prostitution cependant qu'il ne s'agit que d'un contrat de travail dont l'objet est le corps. Par conséquent, des questionnements s'imposent quant aux motifs derrière la non-légalisation de ce contrat qui se rapporte pourtant au droit à la libre disposition de son propre corps. Il ne fait aucun doute que les fondements de cette

criminalisation sont principalement moraux et religieux, mais aussi liés à des dispositions d'ordre public qui semblent ici limiter l'exercice de ce droit. Toutefois, Il est primordial de relativiser cette relation qui existe entre le maintien de l'ordre public et le droit à la libre disposition de soi dans le cadre de la consécration du droit de la prostituée à disposer de son propre corps aussi longtemps que l'exercice de la prostitution reste déclaré à et organisé par l'Etat, d'une part. D'autre part, en exigeant le critère de l'accoutumance comme élément constitutif du crime de la prostitution clandestine de manière à ce qu'il devienne justifiable de dire que la libre disposition de son corps ne s'oppose pas à l'ordre public à moins qu'elle ne soit basée sur un comportement récurrent qui génère de l'argent sur lequel l'Etat n'a aucune autorité.

Dans ce même ordre d'idées, se pose la question des opérations de changement de sexe, totalement rejetée par la jurisprudence tunisienne, qui juge inacceptable le droit à la libre disposition de son propre corps de cette manière. Il est donc loisible de se demander sur l'étendue de l'atteinte portée par ce rejet sur la substance même de ce droit, considérant qu'il ne semble pas possible à cet égard, de soulever l'un des motifs impliquant la restriction des droits au sens de l'article 49 de la Constitution tunisienne.

Quant au rapport entre le corps et la science, et en particulier entre le corps et les expériences qui peuvent être faites sur lui, la Constitution de 2014 a omis d'interdire l'assujettissement des personnes à des expériences médicales ou scientifiques sans leur consentement. Et en l'absence d'une interdiction constitutionnelle, le code de déontologie médicale demeure l'un des textes les plus importants applicables en la matière.

# آداب النبوة في الحج بآداب النبي صلى الله عليه وآله

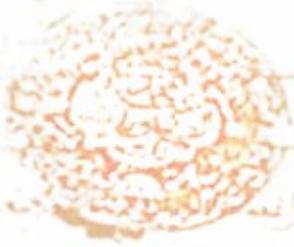


هو نور و هو عقيد و عقيدته العبدية ما دام في الدنيا  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
غير ان نور النبوة و هو نور النبوة و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة

## كتاب الحج بآداب النبي صلى الله عليه وآله

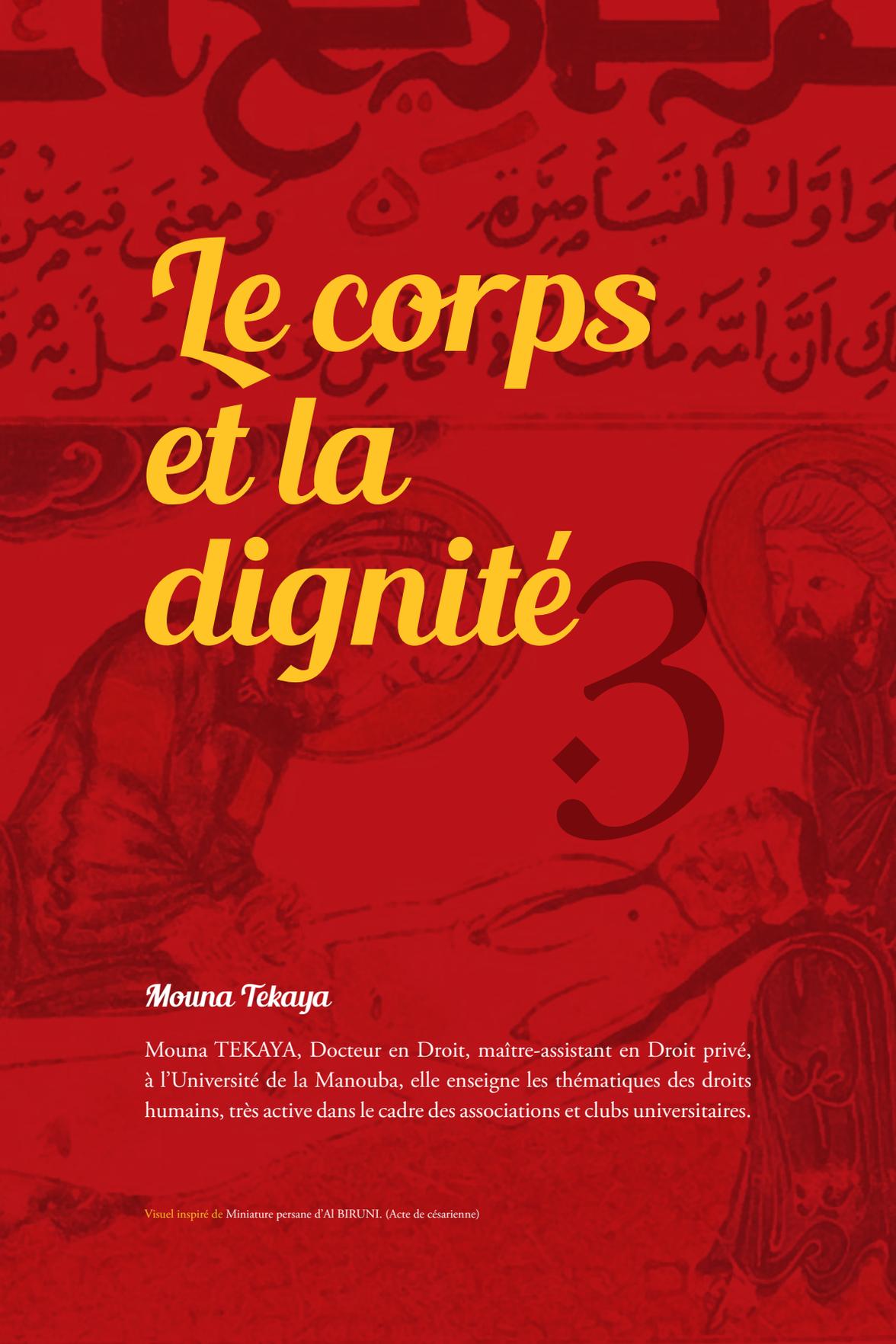
كتاب الحج بآداب النبي صلى الله عليه وآله  
ان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة

فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة



فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة

فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة  
فان نور النبوة ما دام في الدنيا و هو نور النبوة



# Le corps et la dignité

*Mouna Tekaya*

Mouna TEKAYA, Docteur en Droit, maître-assistant en Droit privé, à l'Université de la Manouba, elle enseigne les thématiques des droits humains, très active dans le cadre des associations et clubs universitaires.

*Nier la liberté d'un être humain c'est le rendre esclave. Le priver de son existence, c'est faire perdre à son corps sa raison d'être. Néanmoins, lui accorder une liberté absolue de disposer de son corps, c'est le réduire à une chose.*

*Pour pallier cette dualité controversée, chercher un équilibre qui suppose la non-limitation de la liberté de l'Homme sur son corps mais son encadrement afin de préserver sa sacralité, demeure indispensable. Cela se réalise toutefois à travers la valeur universelle de la dignité.*



En effet, le terme dignité est un concept à contenu variable ou flou.<sup>3</sup> C'est la raison pour laquelle :<sup>4</sup> « La dignité aujourd'hui judiciaire est porteuse d'un double risque contradictoire : d'un côté le droit chargé de dignité pourrait devenir une machine à interdire et donc un instrument liberticide ; de l'autre côté facteur de tout permis il pourrait devenir un instrument libertaire.»<sup>5</sup>

Dès lors, l'équilibre à trouver c'est de ne faire de la dignité ni un instrument liberticide ni un instrument libertaire. Il ne faut pas que la dignité précède la liberté, il faut par contre qu'elle soit encadrée par cette dernière.

De même, chaque individu porte en lui l'humanité comme valeur et comme qualité inhérente. Cette valeur est traduite dans ce que l'on appelle la dignité humaine, étant donné que « le seul mot d'humanité comprend une idée de dignité. »<sup>6</sup>

Rappelons que le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 commence par rappeler : « La reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ».

<sup>3</sup> BERGET (J-L) : Théorie générale de droit. Dalloz, 1999.

<sup>4</sup> GABORIAU (S) et PAULIAT (H) : *In Justice, éthique et dignité* Colloque organisé à Limoges, 19 et 20 nov. 2004. P.132

<sup>5</sup> GABORIAU (S) et PAULIAT (H) : *In Justice, éthique et dignité* Colloque organisé à Limoges, 19 et 20 nov. 2004. P.132

<sup>6</sup> VON PUFENDORF (S) et BARBEYRAC (J) : *Le Droit de la Nature et des gens*, Volume 1, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen 1987. Voir JELASSI (R) : *le corps humain en droit civil*. CPU 2013. p 71.

En fait, l'humanité au sens de la communauté des humains, c'est l'espèce humaine. L'appartenance à cette dernière fixe les frontières entre l'Homme et ses semblables.

Ainsi, « L'Homme n'est ni une âme, ni un animal. L'Homme est un animal transformé par la raison et uni à l'Humanité. »<sup>7</sup>

Le concept de l'humanité a été confirmé dans plusieurs textes qui visent la protection du corps humain.

Citons à titre d'exemple, la loi du 7 Août 2001 relative à la médecine de la reproduction qui interdit le recours aux techniques de clonage humain dans son article 8.

Dans le même sens, l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme<sup>8</sup> prévoit que « Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité. »

Le concept de la dignité humaine était et demeure encore un concept philosophique.<sup>9</sup> L'approche moderne de la dignité humaine s'inspire essentiellement de la morale Kantienne dans laquelle l'idée de la dignité occupe une place primordiale étant une donnée fondamentale attachée à la personne. Selon Kant, l'Homme doit être « considéré comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité, une valeur intérieure absolue par laquelle il force au respect de sa personne ». <sup>10</sup> Il empêche par la suite les autres de le traiter comme une chose.

---

<sup>7</sup> LEROUX (P) : De l'humanité, de son principe, et de son avenir: où se trouve exposée la vraie définition de la religion et où l'on explique le sens, la suite et l'enchaînement du mosaïsme et du christianisme. [Première partie], Volume 1 Perrotin, 1840. P. 120

<sup>8</sup> La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme a été adoptée à l'unanimité et par acclamation à la 29<sup>e</sup> Conférence générale de l'UNESCO, le 11 novembre 1997. L'année suivante, l'Assemblée générale des Nations Unies l'a fait sienne.

<sup>9</sup> NEIRINK (C) : la dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. Mélanges Ch. BOLZE. Economica. Paris 1999. P. 39 ; MAURER (B) : op.cit. p. 30 et s

BORELLA (F) : Le concept de dignité de la personne humaine. Mélanges Ch. BOLZE. Précité. P.29

<sup>10</sup> KANT (E) : Doctrine de la vertu. Pp. 96-97 cité par MAURER (B) : le principe du respect de la dignité humaine ...ou petite figure inachevée autour d'un thème central, in : le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX<sup>ème</sup> siècle, P.U. d'Aix-Marseille, 1996, p.204.

C'est cette conception qui appréhende la dignité en tant que valeur « inhérente à tous les membres de la famille humaine ». Une valeur qualifiée de « principe matériel » duquel découle le système des droits de l'Homme.<sup>11</sup>

Par ailleurs, le concept de la dignité est consacré par la Constitution du 26 janvier 2014. En effet, la devise de la République a été modifiée afin d'y rajouter la dignité.<sup>12</sup>

L'alinéa dernier de l'article 4 prévoit donc que :

La devise de la République tunisienne est « Liberté, Dignité, Justice, Ordre ».

Il existe, de surcroît, des textes infra-constitutionnels qui se sont inspirés de la Constitution ainsi que des instruments internationaux des droits de l'Homme, ils sont nombreux et touchent principalement le domaine de la santé. Par exemple, la loi n° 91-22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains qui rappelle le principe de l'intégrité physique, la loi du 29 juillet 1991 relative à l'organisation sanitaire, son article 5 garantit « les droits fondamentaux » des malades, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 Août 1992 relative à la santé mentale et aux conditions d'hospitalisation en raison de troubles mentaux, l'article 7 du code de déontologie médicale du 17 mai 1993, la loi du 31 octobre 1994 relative à la protection des personnes âgées, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 14 mai 2001 relative à la médecine de la reproduction.

Mais, le recours à la notion de la dignité dans le domaine des sciences biomédicales est très significatif du fait que cette notion « s'enracine dans la corporalité même de l'Homme »<sup>13</sup>

En matière d'exécution des peines, la dignité humaine est notamment préservée à travers le respect de l'intégrité physique et morale du prisonnier en vertu de la loi n° 2001-52 du 14 mai 2001 relative au régime des prisons.

---

<sup>11</sup> JELASSI (R) : op.cit. p.82.

<sup>12</sup> Suite à des considérations politiques et aux revendications sociales, qui ont suivies la chute du régime le 14 janvier 2011.

<sup>13</sup> NEIRINK (C) : La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. PEDROT (P) (dir.) Ethique, Droit et Dignité de la personne, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p. 47. Voir notamment JELASSI (R) : op.cit. p. 83.

En effet, le corps n'a pas un statut juridique dans la « summa divisio » du Droit entre personnes (**persona**) et choses (**res**).

Selon l'étymologie de l'expression « corps », cette dernière représente la « partie matérielle des êtres animés, l'organisme humain, opposé à l'esprit, à l'âme ».<sup>14</sup>

On déduit de cette définition que le corps est une matière, un objet, une forme, un contenu, ou une substance.

Pour déterminer la nature juridique du corps humain, il faut l'inclure dans une catégorie juridique déterminée, c'est-à-dire l'insérer dans la catégorie des choses ou des personnes. Tout ce qui n'est pas personne est nécessairement chose, le corps est soit une personne soit une chose.

Le législateur n'a pas tranché sur cette question, d'où l'existence de deux courants doctrinaux.<sup>15</sup>

D'une part, les auteurs personnalistes (corps-personne). D'autre part, les auteurs « réificateurs » du corps humain (corps-chose). Pour le premier courant, le corps s'identifie à la personne, il est la personne. Selon le Doyen CARBONNIER, c'est le « substratum » de la personne. Alors que pour le Doyen CORNU, c'est le « support nécessaire » de la personne ou encore la « composante même » de la personne, d'après TERRE.

### **🔗 Corps-personne**

Le corps se conjugue sur le mode de l'être et non de l'avoir. Le corps est la personne, il s'identifie à la personne: je n'ai pas un corps mais je suis un corps. Par conséquent, le corps ne se présente pas comme une possession ni une propriété, mais une raison d'être. Il s'agit, en effet, d'une tradition philosophique typiquement occidentale héritière de la pensée chrétienne qui confirme l'indivisibilité du corps et de l'esprit (de la matière corporelle et de l'âme). Cette approche est « anthropocentrique-ontologique », on parle ici de l'unicité de la personne. Cette dernière ne serait pas une création du Droit, mais plutôt une donnée ; le fondement ici c'est l'humanité de la personne. Car, la dignité ne peut pas s'accommoder à une séparation du corps humain vivant de la personne et à sa réduction à une chose. D'où l'indivisibilité du corps et de la personne.

<sup>14</sup> Micro Robert Dictionnaire du Français Primordial.

<sup>15</sup> BELLIVIER (F) : le patrimoine génétique humain : étude juridique, thèse Paris I, 1997, 122 et s p104 et s.

## Corps- chose

D'après GALLOUX, le corps est le support. Il s'agit d'une assimilation du gène animal et végétal au gène humain. Autrement dit, la choséité du corps permet d'appliquer le droit de propriété sur le corps.

Donc, la dignité va de pair avec la première approche. Puisque la dignité ou **dignitas**, c'est le respect que mérite une personne, contrairement à l'honneur qui, comme le fait remarquer Simone WEIL, est ce besoin vital de l'âme humaine qui n'est pas comblé par le respect. Alors que la dignité est immuable et identique pour tous, l'honneur dépend de l'entourage social c'est-à-dire de la réputation.

Dans une décision rendue le 17 juillet 1988, la Cour de Californie affirme que l'individu est propriétaire de son corps.<sup>16</sup>

Par ailleurs, le principe de la libre disposition de son corps a été également consacré par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. L'exercice de cette liberté reste néanmoins limité par les impératifs sociaux, sanitaires et moraux.

De même, les progrès réalisés dans la médecine et la biologie annoncent des changements radicaux dans les rapports de l'Homme à son corps et l'avenir de l'être humain.

En effet, la notion de disposer de son corps est au cœur du débat en rapport avec les progrès réalisés dans la biologie et la génétique moléculaire. C'est ainsi que de nouvelles méthodes se font de plus en plus accessibles aux individus afin de disposer de leurs corps. « Du fait des progrès de la science, le corps humain vivant est d'ores et déjà devenu partiellement aliénable, partageable, puisqu'un tissu, un organe, peuvent dans certains cas bien déterminés être transplantés avec succès d'un organisme à un autre ....»<sup>17</sup>

Cette révolution biologique s'est accompagnée d'une évolution des mœurs et des mentalités qui met en avant la revendication de nouveaux droits et de nouvelles libertés de l'individu sur son corps.

Une de ces revendications est celle qui se rattache au courant libéral et individualiste : le droit de disposer de son corps, le droit de choisir

---

<sup>16</sup> EDELMAN (B): L'homme aux cellules d'or. DS 1989, 33e cahier CH XXXIV

<sup>17</sup> AUBY (J-M): Les droits de l'être humain sur son corps, presse universitaire de Bordeaux, 1994, p. 18

son corps sur la base d'une nouvelle identité sexuelle, de maîtriser sa descendance par les techniques de procréation médicalement assistée, de maîtriser la qualité de sa progéniture par le diagnostic prénatal, de contrôler sa vie et sa mort, de mourir dans la dignité grâce à un acte euthanasique...

Cette revendication va de pair avec des droits que revendiquent les chercheurs, tel que le droit aux informations génétiques découvertes et les demandes de brevets.<sup>18</sup>

**La question qui se pose dans ce cas est de savoir si l'être humain est un être de chair ou s'il possède des représentations mentales de valeur qui doivent être protégées autant que le corps lui-même ?**

D'abord, la dignité en tant que fondement d'un « ordre public corporel » de la personne permet la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation.

Ensuite, les principes de la bioéthique garantissent le principe de la dignité : l'inviolabilité, l'intégrité, et la non-patrimonialité du corps humain. Il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les instruments internationaux des droits de l'Homme tels que la convention contre la torture.<sup>19</sup>

Enfin, selon une conception objective, la dignité est l'essence même de la personne, il s'agit d'une qualité objective inhérente à l'être humain. Comme on l'a déjà démontré, la dignité postule l'appartenance à l'humanité et à l'espèce humaine.

**Dés lors, une autre question se pose afin de savoir comment la dignité protègerait le corps ?**

La dignité protège le corps en préservant son humanité et en évitant sa chose. Cette protection assurée par la dignité, on l'appelle la dignité en soi, pour parvenir à la dignité de soi. Cela s'explique par le fait que la dignité n'est pas un monopole individuel mais une donnée générique.

L'ordre public corporel fondé sur la dignité humaine est tourné aussi vers

---

<sup>18</sup> AUBY (J-M): Les droits de l'être humain sur son corps, presse universitaire de Bordeaux, 1994, p. 18

<sup>19</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984

une protection de la personne dans son corps, non seulement contre les atteintes des tiers (**première partie**) mais aussi contre elle-même en limitant son pouvoir de disposition juridique corporelle, d'où la protection est la limitation de la disposition (**deuxième partie**).



## Partie I :

### La dignité assure le droit au respect de son corps

La dignité assure l'unicité de la personne avec son corps, elle protégerait à la fois l'élément physique et l'élément moral, d'où le principe de l'intégrité physique ou l'inviolabilité consacré par la Constitution dans son article **23** qui dispose que « l'Etat protège la dignité de l'être humain et son intégrité physique et interdit la torture morale ou physique. Le crime de torture est imprescriptible ». Il s'agit d'un **droit de protéger son corps des attentats des tiers (A)**, et d'une obligation qui incombe sur l'Etat d'« assurer les conditions d'une vie digne » en vertu de l'article **21** de la Constitution, pour **développer et promouvoir sa personnalité et par conséquent son corps (B)**.

#### A. Le droit de protéger son corps ou le droit à l'intégrité physique :

La dignité permet de protéger le **corps vivant (a)** ainsi que le corps mort ou **cadavre (b)**. Elle prolonge la protection au-delà de la personnalité juridique qui disparaît avec la mort.

##### a/ La dignité protège le corps vivant ou la personne :

La dignité permet de protéger la liberté individuelle en sanctionnant « les attentats contre les personnes » sur la base des dispositions pénales existantes. Il s'agit du chapitre 1<sup>er</sup> du titre 2 relatif « aux attentats contre les particuliers ». Ces infractions peuvent en fait être classifiées en deux catégories : la première catégorie comprend les infractions contre l'intégrité physique comme l'homicide (les articles de 201 à 217), les violences physiques, les blessures et coups (les articles de 218 à 225), les attentats aux mœurs (les articles de 226 à 236) et l'enlèvement (les articles de 237 à 240).

Par contre, la deuxième catégorie touche l'intégrité morale, comme les menaces ou la violence morale, le faux témoignage (les articles de 241 à 244) et l'atteinte à l'honneur ou à la réputation des personnes ( les articles

de 245 à 249) (la diffamation, l'injure, le blasphème, la calomnie et la dénonciation calomnieuse), l'atteinte à la liberté ( les articles de 250 à 252), « quiconque, sans ordre légal, aura capturé, arrêté, détenu ou séquestré une personne », le détournement de correspondance et la révélation de secrets (les articles de 253 à 254) impliquant la violation du respect de la vie privée des personnes telle que prévue par l'article 24 de la Constitution alinéa 1<sup>er</sup> selon lequel : « l'Etat protège la vie privée , l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, des communications et des données personnelles ».

En somme, le principe de l'inviolabilité de l'intégrité physique assure la dignité de la personne en protégeant le corps et l'âme.

En réalité, « la protection de l'honneur est l'un des aspects de la protection plus générale de la personnalité. Ce droit général comporte le droit de protéger sa tranquillité et sa dignité. La vie privée est l'un des aspects de la tranquillité, l'honneur en est un de la dignité »<sup>20</sup>.

La protection du corps humain qui se base sur le principe de l'inviolabilité dans le cadre d'un ordre public corporel, est fondée sur la dignité de la personne qui a pour objectif le maintien de la supériorité de la personne humaine.

En effet, corps et personne sont liés. La supériorité se réalise à la lumière de l'approche personnaliste, une telle approche interdit en fait, tout **traitement** matériel ou moral dégradant comme il est prévu par l'article 23 de la Constitution. Ainsi, cet article est en harmonie avec les conventions internationales qui répriment et interdisent l'acte de la torture.<sup>21</sup>

Dans le même sens de la protection de la dignité humaine même en cas de privation de la liberté, l'article 30 de la Constitution prévoit que : « Tout détenu a droit à un traitement humain qui préserve sa dignité. L'État prend en considération l'intérêt de la famille et veille, lors de l'exécution des peines privatives de liberté, à la réhabilitation du détenu et à sa réinsertion dans la société. »

<sup>20</sup> BEIGNIER (B) : L'honneur et le Droit, L.G.D.J 1995, p. 91.

<sup>21</sup> - Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants  
- Article 5 D.U.D.H : « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.* »

- Article 7 P.I.D.C.P : « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.*».

Par ailleurs, cette tendance adoptée par le législateur s'inscrit dans le cadre d'une politique pénale basée sur le respect de la dignité humaine. La modification du code pénal en 2011 à la lumière des conventions internationales auxquelles la Tunisie a adhérees, a ainsi témoigné de cet esprit réformateur.

L'article 101 bis (nouveau) du code pénal prévoit que: « ... Entre dans le cadre de la torture, la douleur, la souffrance, l'intimidation ou la contrainte infligées pour tout autre motif fondé sur la discrimination raciale. »<sup>22</sup>

Cela va de pair concernant le principe de la présomption d'innocence prévu par la Constitution dans son article 27 ; en effet, même l'incriminé a le droit à un traitement qui respecte son corps.

Cependant, malgré la modification du code pénal, d'autres traitements dégradants et inhumains, qui violent l'intégrité physique et morale des soupçonnés, demeurent en vigueur, dont notamment, l'article 230 du code pénal qui criminalise la sodomie ou l'homosexualité masculine (selon la version arabe du texte, liwat). Afin de prouver que cet acte ait été commis, les agents de l'ordre effectuent un examen anal sur la personne en question par le biais d'un médecin expert. Un tel traitement est qualifié d'inhumain et dégradant puisqu'il touche à l'intégrité corporelle et morale de l'être humain.

Parallèlement, des experts de l'O.N.U. ont souligné que la pratique consistant à soumettre les hommes soupçonnés d'homosexualité à un examen anal non consenti pour « prouver » leur homosexualité n'avait aucune utilité médicale. Ces examens ont été condamnés par le Comité contre la torture. Par la suite, le Rapporteur spécial sur la question de la torture et le Groupe de travail sur les détentions arbitraires ont jugé que cette pratique contrevenait à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements : « 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... De ce fait, le Groupe de travail estime que ... les examens anaux forcés enfreignent l'interdiction de la torture et d'autres traitements cruels, inhumains et dégradants, qu'ils soient, comme dans les cas d'espèce, utilisés dans l'intention de

---

<sup>22</sup> Décret-loi n°2011-106 du 22 octobre 2011, modifiant et complétant le Code pénal et le Code de procédures pénales, publié au JORT n° 82 du 28 octobre 2011. P. 1435.

punir, extorquer une confession ou de discriminer davantage. En outre, ils n'ont aucune valeur médicale pour déterminer si une personne a eu oui ou non des relations sexuelles avec une autre personne de même sexe ou si la personne s'est livrée à la pratique répétée de débauche habituelle ou de prostitution masculine ».<sup>23</sup>

Le respect du corps est assuré par le droit à la vie considéré « sacré » par l'article 22 de la Constitution. « Il ne peut y être porté atteinte, sauf dans des cas extrêmes fixés par la loi ».

Le droit à la vie dans son sens large, ne se limite pas seulement à l'homicide, c'est-à-dire au côté « corps-physique ou aspect matériel du corps » seulement. Il s'étend au « corps-moral ou aspect moral du corps » comme l'honneur qui « tient à la personne, il émane d'elle, il est cette estime que nous avons de nous-mêmes, la considération au contraire est extérieure, elle vient du dehors et naît moins des mérites qu'on a que ceux qu'on paraît avoir ...»<sup>24</sup>

La réputation et l'honneur sont à leur tour influencés, car « l'image comme la voix, est un attribut physique de la personnalité; Lorsque son utilisation abusive entraîne un trouble à la tranquillité ou une atteinte à la dignité, toute personne peut obtenir la cessation en justice.»<sup>25</sup>

Le droit à la vie se rattache aussi à la qualité de vie, surtout que la Constitution considère « l'Homme en tant qu'être doué de dignité ... »<sup>26</sup>, sans oublier de parler du respect de la vie privée (l'intimité) ainsi que du droit d'être tranquille et seul sans l'interférence des autres. Ainsi, « le secret n'est que l'un des moyens d'assurer l'épanouissement personnel de chacun, franchissant ainsi d'un jet le chemin qui sépare le droit d'être laissé seul au droit à l'autodétermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance).»<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Voir : the concluding observations of the Committee against Torture on Egypt (CAT/C/CR/29/4), paras. 5 (e) and 6 (k). See also A/56/156, para. 24; A/HRC/4/33/Add.1, para. 317; A/HRC/10/44/Add.4, para. 61; A/HRC/16/52/Add.1, para. 131; and A/HRC/16/47/Add.1, opinion no. 25/2009 (Egypt), paras. 24, 28-29.

<sup>24</sup> FOURCAND (P) : de la diffamation, thèse Bordeaux, 1891, p 116.

<sup>25</sup> BEIGNIER (B) : *op.cit.* p. 91

<sup>26</sup> Alinéa 4 du préambule de la Constitution

<sup>27</sup> MEULDERS-KLEIN (M-T) : *vie privée, vie familiale et droits de l'Homme*. R.I.D.C.1992 p. 794 MEULDERS-KLEIN (M-T) : *Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public*. Mélanges Cornu, Paris 1994, p 317s. TRUDEL la protection de la vie privée et le droit à l'image aux Etats-Unis » in Actes du Colloque de l'I.F.C., 22, 23 mars 1991, suppl, G.P. 1994, p. 14.

**b/ Le corps-cadavre ou sans personne :**

Outre le corps-personne, le corps-inanimé (sans personne) se voit aussi protégé.

Pour affirmer la sacralité du corps sans personne ou cadavre, le législateur protège les sépultures et cadavres.

Cette protection est, en effet, garantie dans la section XIV du code pénal intitulée « aux infractions relatives aux sépultures » du chapitre 2 « attentats contre l'autorité publique commis par les particuliers ». D'une part, le législateur réprime tout acte portant atteinte aux sépultures, dans les articles 167 et 168. D'autre part, le cadavre est protégé en vertu de deux articles, l'article 169 qui prévoit que « celui qui contrairement aux règlements, exhume un cadavre, enlève, déplace ou transporte un cadavre exhumé, est puni ... » et l'article 170 qui ajoute « celui qui déplace, enterre clandestinement ou fait disparaître un cadavre avec l'intention de cacher le décès est puni ... »

En se basant sur l'emplacement des articles précités, on constate que le législateur, en voulant protéger les cadavres et sépultures, protège, en premier lieu, l'ordre public.

En réalité, l'être humain commence à être juridiquement considéré comme personne à partir de la date de sa naissance inscrite dans son acte de naissance jusqu'à ce que mort soit déclarée.

Durant la vie, le corps est assimilé à une personne par le courant personnaliste. Mais, une fois décédée, et que la personne disparaît, il ne reste que « le corps mort » ou le cadavre. Le corps n'est plus une personne.

Il s'agit ici d'une critique apportée par le courant opposé, le corps-chose ou choséifié, selon la théorie de la réification du corps humain. Après la mort, on n'évoque plus la personne mais on parle désormais d'une chose sacrée. Selon cette approche, on applique le droit de propriété sur le corps de la personne décédée.

A ce niveau, il faut distinguer entre « chose » et « bien ». Malgré l'interférence, « toutes choses ne sont pas des biens... tous les biens ne

sont pas des choses », fait remarquer le Doyen Carbonnier.<sup>28</sup> L'existence d'un bien suppose l'établissement nécessaire d'un lien juridique sur une chose<sup>29</sup>, d'où la confusion entre le droit qui porte sur une chose qui constitue un bien et la chose physique sur laquelle s'exerce ce droit, laquelle constitue également ce bien.

« En effet, si le corps humain ne fait pas partie de la personne et constitue uniquement une chose, on pourrait aboutir à reconnaître à la personne un droit de propriété sur une chose. Mieux encore, ce droit de propriété s'avèrerait, selon certains, le meilleur fondement à la protection du corps humain. »<sup>30</sup>.

D'après les auteurs « réificateurs » du corps humain, il faut partir de la situation juridique du corps mort pour critiquer l'opinion classique selon laquelle le corps est sacré parce qu'il est la personne, cette affirmation conduit à faire perdre sa sacralité au corps après la mort.

Toutefois, selon BAUD, le corps mort conserve sa sacralité après la mort, il demeure une chose sacrée, « le cadavre est une chose parce qu'il est sacré ».

Le corps humain est nécessairement une chose, car il peut faire l'objet d'un acte juridique. Mais, il s'agit d'une chose hors commerce.

Par conséquent, cette théorie ne permet pas de protéger le corps, auquel il faut assurer une protection particulièrement accrue. Celle-ci passe tout d'abord par l'interdiction de sa commercialisation sauvage et incontrôlée. M.GALLOUX, part du matériel génétique, il assimile le gène animal et végétal au gène humain, il reconnaît que le corps est le support de la personne. Il ne rejoint pas cependant l'idée de l'identification ou de l'assimilation.

Cependant, dire qu'il n'y a pas une différence entre l'Homme, les animaux et les plantes et que l'Homme est propriétaire de son corps, en ajoutant que le corps est à la fois un sujet et un objet de droit, c'est réifier le corps humain. Cette idée se contredit avec l'idée de la dignité humaine, car

---

<sup>28</sup> CARBONNIER (J) : *op.cit.* Tome 3 p. 7

<sup>29</sup> GALLOUX (J-C) : *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*. Thèse Bordeaux 1988, p.152 et p.156.

<sup>30</sup> BAUD (J-P) : *op.cit.* p. 25. Voir notamment JELASSI (R) : *op.cit.* p. 51.

réifier le corps vivant, c'est le faire tomber sous la bannière des choses, c'est nier la personnalité juridique et humaine qu'il matérialise.

Donc, la choséité du corps ne serait pas admise.

De même, l'existence d'un droit de propriété sur son corps ne peut non plus être retenue.

En dépit de la disparition de la personnalité, l'être humain existerait pour toujours. Cette idée a été consacrée par la célèbre affaire MILHAUD<sup>31</sup> qui a permis à la jurisprudence de rappeler que le médecin se doit de respecter les principes déontologiques même vis-à-vis du patient en état de mort cérébrale. En effet, « L'humanité demeure après la mort ».

La conception adoptée d'un cadavre-chose n'est pas contraire à la dignité humaine; Le cadavre a toujours une dignité en ce qu'il est l'enveloppe d'un être humain « la dignité humaine s'accorde avec le corps mort, alors même que celui-ci s'inscrit dans une logique de non sujet de droit parce que la dignité se réfère davantage à la qualité d'être humain qu'à la qualité de sujet de droit. Le sujet de droit disparaît avec la mort, mais la qualité d'être humain, l'appartenance à l'humanité ne disparaissent pas avec le décès d'où la survivance du principe de dignité appliqué au corps-chose. »<sup>32</sup>.

Donc, le cadavre représente une chose humaine digne de respect ; « est digne la personne juridique, est digne le cadavre-chose, car est digne l'être humain. »

Ceci ne se contredit pas avec le fait de considérer la protection des sépultures comme une protection d'ordre public, appelé ordre public corporel, imposé par un principe fondamental qui est la dignité humaine et qui permet le respect de l'espèce humaine.

La dignité permet donc de postuler l'identité du corps et de la personne (personnalité juridique) du moment que cette personne existe.

Quoique le corps ait perdu la personnalité juridique du fait de la mort de la personne physique, le corps-cadavre ne perd pas son humanité.

---

<sup>31</sup> C.E., ass, 2 juillet 1993, A.J.D.A. 1993, note CM AUGUF et L.TOUVET p. 530

<sup>32</sup> PRIEUR (S) : la disposition par l'individu de son corps. Thèse de droit privé. 9 octobre 1998.

Dès lors, la dignité étant liée à ce que fait l'humanité de la personne physique (ou l'individu), le cadavre demeure une chose humaine marquée du sceau de la dignité.

### **B. L'Obligation d'assurer une vie digne :**

L'article 21 de la Constitution du chapitre 2 relatif aux droits et libertés dispose que « l'Etat garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs, il leur assure les conditions d'une vie digne ».<sup>33</sup> Il s'agit dans cet article d'une obligation positive, à l'opposé de l'obligation négative, qui est le fait que l'Etat doit respecter les droits, c'est-à-dire ne pas intervenir. Or, garantir une vie digne nécessite l'intervention de l'Etat afin de protéger et de promouvoir les conditions appropriées pour l'exercice de tous les droits qui se rapportent à la dignité humaine. C'est une obligation et non pas un simple choix, d'assurer et de créer les conditions d'une vie digne qui permet le développement de la personne, d'où l'épanouissement de son corps à partir des conditions qui améliorent la qualité de la vie économique, sociale et culturelle.

Ceci a été prévu par l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui prévoit que « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires : elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ».<sup>34</sup>

De même, l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 garantit « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture suffisante ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence... et le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim ». Ce pacte dispose toutefois d'une force contraignante.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Réforme du 1<sup>er</sup> juin 2002 de la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959. Article 5 : « *la République Tunisienne a pour fondement les principes de l'Etat de droit et du pluralisme et œuvre pour la dignité de l'Homme et le développement de sa personnalité.* »

<sup>34</sup> La force de la déclaration universelle aux niveaux international et régional, voir FAO, Extraits des instruments et déclarations internationaux et continentaux et d'autre textes d'autorité concernant le droit à l'alimentation Etude législative n°68. 1999.

<sup>35</sup> Il est entré en vigueur le 3 janvier 1976 et a été à ce jour, signé ou ratifié par 151 Etats.

Au niveau régional, assurer une vie digne passe par la garantie d'un droit consacré par le protocole de San Salvador de 1988<sup>36</sup> qui est le droit à l'alimentation, prévu par l'article 12 du protocole. En effet, les Etats américains ont reconnu que « toute personne a droit à une alimentation adéquate qui lui assure la possibilité d'atteindre son plein développement physique et son plein épanouissement affectif et intellectuel ».

En ratifiant la charte sociale Européenne (1961), « les Etats s'engagent à reconnaître, le droit des travailleurs à une rémunération qui leur permet, à eux et à leurs familles, de mener une vie décente (partie II, article 4 .1), le droit à la sécurité sociale (article 12) et le droit à l'assistance sociale et médicale (article 13), y compris pour la mère et l'enfant (article 17 ) et pour les travailleurs migrants et leurs familles (article 19) ».<sup>37</sup>

En Droit comparé, le Droit suisse est innovateur, il fait le rapport d'une manière expresse entre le droit à l'alimentation et la protection de la dignité humaine car le premier est garanti à travers le second qui est un droit fondamental <sup>38</sup> en disposant que « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ».

Dans tous les pays, certains éléments du droit à l'alimentation sont au minimum reconnus dans la Constitution, comme par exemple le droit à la terre, le droit à l'eau, le droit à la sécurité sociale ou le droit à l'assistance, le droit à un revenu minimum qui permet d'assurer une vie digne.<sup>39</sup> En effet « le droit à une nourriture suffisante est indissociable de la dignité intrinsèque de la personne humaine et est indispensable à la réalisation des autres droits fondamentaux consacrés dans la charte internationale des droits de l'Homme ».<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Le Protocole additionnel de la Convention américaine des droits humains (Protocole de San Salvador) Adopté à San Salvador, El Salvador le 17 novembre 1988, à la dix-huitième Session ordinaire de l'Assemblée générale

<sup>37</sup> La charte sociale Européenne de 1961 a été révisée le 3 mai 1996 et est entrée en vigueur le 1er juillet 1999.

<sup>38</sup> Article 12 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.

<sup>39</sup> Voir la FAO, Reconnaissance du droit à l'alimentation à l'échelle nationale, 2004, Document de la FAO : IGWG RTG INF/2. Document de la FAO : IGWG RTF G/ INF 4/APP5 : [www.fao.org/righttofood/common/ecg/51G29\\_fr\\_Template\\_case\\_study\\_India.pdf](http://www.fao.org/righttofood/common/ecg/51G29_fr_Template_case_study_India.pdf).

<sup>40</sup> Cf. Observations générales N°12 le droit à une nourriture suffisante (article 11) 4, adoptées le 12 mai 1999.

Par conséquent, les Etats sont dans l'obligation de respecter, de protéger et de donner effet au droit à l'alimentation, c'est-à-dire à la fois de le faciliter et de le réaliser.<sup>41</sup> On parle ici du « droit de pouvoir s'alimenter par ses propres moyens, dans la dignité ». Cela signifie que « le droit à l'alimentation est le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante, correspondant aux traditions culturelles du peuple dont est issu le consommateur et qui assure une vie psychique et digne ».<sup>42</sup>

Le droit à l'alimentation dispose donc de deux composantes essentielles : la disponibilité de l'alimentation et l'accès à l'alimentation. D'où, « l'accès à un revenu suffisant pour assurer une vie digne, y compris pour les travailleurs ruraux et les ouvriers de l'industrie ainsi que l'accès à la sécurité sociale et à l'assistance pour les plus démunis ».<sup>43</sup>

Les obligations corrélatives des Etats ont été définies par les organes de contrôle tantôt au niveau international tel que le comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies,<sup>44</sup> tantôt au niveau régional.

Ces obligations ont été également définies par les Etats qui doivent mettre en œuvre le droit à l'alimentation au niveau national.<sup>45</sup>

Dans la plupart des pays, le droit à la vie est reconnu comme un droit fondamental dans la Constitution. Il est alors possible que ce droit soit largement interprété par les organes de contrôle pour y inclure la protection du droit à l'alimentation. C'est le cas par exemple en Inde et au Bangladesh. C'est également ce que recommande le comité des droits de l'Homme des Nations Unies.

---

<sup>41</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 12 mai 1999, observations générales N°12, le droit à une nourriture suffisante, articles 11 /15 p.68 du document HRI /GEN/1/Rev 7.

<sup>42</sup> Cf.E/CN.4/2001/53 14.

[http://www.droitshumains.org/alimentation/pdf/feur\\_01pdf](http://www.droitshumains.org/alimentation/pdf/feur_01pdf).

<sup>43</sup> ZIEGLER (M.J.) : Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, devant l'Assemblée générale des Nations Unies en novembre 2004, pour lire son rapport, voir Document des Nations Unies A/59/385.5.

<sup>44</sup> 12 mai 1999, observations générales N°12, le droit à une nourriture suffisante et la commission Africaine des droits de l'Homme et des peuples.

<sup>45</sup> The social and Economic Rights Action center for economic and social rights vs Nigeria 2001.

En Inde, le droit à la vie a été interprété très largement par la Cour suprême depuis 1980. Il inclut notamment la protection du droit à la santé, le droit à l'eau, le droit au logement et le droit à l'environnement.<sup>46</sup> Depuis 2001, il comprend également la protection du droit à l'alimentation.<sup>47</sup>

Il est aussi possible de saisir directement la Cour Suprême, en cas de violation de l'un des droits de l'Homme fondamentaux constitutionnellement reconnus.

C'est le cas d'une ONG pour la protection des droits de l'Homme (l'UNION POUR LES LIBERTES CIVILES) active dans l'Etat du Rajasthan, qui a porté plainte auprès de la Cour suprême indienne, au nom de plusieurs communautés locales. Ces dernières mouraient de faim, alors même qu'à quelques kilomètres de là des stocks de nourriture de la **Food Corporation of India**, l'organisme public de distribution d'alimentation, étaient en train d'être mangés par les rats. Les juges de la Cour suprême indienne se sont déplacés et ont rendu plusieurs jugements donnant raison aux communautés, au nom du droit à l'alimentation.

En Afrique du Sud, on protège le droit à la santé et au logement sur la base d'un droit fondamental qui est le droit à la vie. En l'an 2000, une municipalité de la province de Western Cape a été obligée de fournir des conditions de logement décentes et de l'eau potable à des communautés vivant dans des conditions déplorable.

Dans un autre cas en 2002, le gouvernement national a été forcé de produire et de distribuer à toutes les femmes porteuses du VIH, un médicament contre la transmission du VIH / SIDA de la mère à l'enfant.<sup>48</sup>

Le droit à l'alimentation peut être également protégé à travers d'autres droits fondamentaux comme le droit à la dignité humaine. C'est le cas en Tunisie, en vertu de l'article 21 de la Constitution. En Suisse, le tribunal

<sup>46</sup> Voir l'étude de cas de la F.A.O sur le droit à l'alimentation en Inde F.A.O. Etude de cas sur le droit à l'alimentation : Inde 2004.

<sup>47</sup> Cour suprême indienne civil original, jurisdiction, write petition N°196 (2001).

<sup>48</sup> Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud (2000) : The government of the republic of south Africa, the premier of the Province of the western cape, cape Metropolitan Council , Grootboom and others .

Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (2002): Minister of Health and others vs .Treatment Action Campaign and others. cas CCT 8/02 .( [http://www.Irc.org.20/judgements/judgements\\_constitutional.asp](http://www.Irc.org.20/judgements/judgements_constitutional.asp)).

fédéral a jugé que toute personne qui n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidée et assistée et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine.<sup>49</sup> En effet, en 1996 trois frères réfugiés et apatrides d'origine tchèque, qui se trouvaient en Suisse sans nourriture, ni argent, ont saisi le Tribunal Fédéral Suisse pour la violation de leur droit à l'assistance, y compris alimentaire. Ils ne pouvaient pas travailler faute de permis, et faute de papiers, ils ne pouvaient pas quitter le pays. Ils avaient demandé une aide aux autorités régionales (canton de Berne) mais cette aide leur avait été refusée. Ils ont alors saisi directement le tribunal fédéral, ce dernier a pour la première fois, reconnu le droit à des conditions minimales d'existence, y compris la garantie de tous les besoins humains élémentaires comme l'alimentation, l'habillement ou le logement, afin de prévenir un état de mendicité indigne de la condition humaine. Depuis cette décision des juges nationaux, le droit à des conditions minimales d'existence, y compris le logement, l'alimentation et l'habillement, ont été reconnus comme un droit fondamental dans la Constitution suisse.<sup>50</sup>

A côté des mécanismes juridictionnels, auxquels la mission de contrôle a été confiée afin de garantir le respect par l'Etat de son obligation à assurer une vie digne pour tous. Des mécanismes de contrôle extra-juridictionnels ont été créés au niveau national, comme le médiateur administratif,<sup>51</sup> dont la mission consiste en la médiation entre le citoyen et l'administration pour trouver des compromis aux problèmes survenant entre l'administration et les citoyens.

---

<sup>49</sup> Tribunal fédéral suisse, ATF121.I 367, 373 V : JT 1996. 389. A la suite de ce jugement, ce nouveau droit a été reconnu dans la Constitution nationale dans son article 12.

<sup>50</sup> Brochure élaborée par Christophe GOLAY, conseiller du Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit à l'alimentation et Melik OZDEN, Directeur du Programme « Droit Humain » du CETIM et représentant permanent auprès de l'ONU.

<sup>51</sup> Médiateur Administratif créé en vertu du Décret n° 1992-2143 du 10 Décembre 1992, relatif à la création de la fonction de Médiateur Administratif, fixant les attributions et les modalités d'action.

## **Partie II :** **La dignité encadre le droit de disposer de son propre corps**

La dignité protège le corps de toute atteinte extérieure, pour permettre à la personne de disposer de son corps, tout en restant unifiée et en harmonie avec elle-même. Pour veiller au maintien de cet équilibre, **la dignité encadre la liberté de la personne sur son corps (A)** et oriente **la législation sur la biomédecine (B)** pour éviter l'assimilation du corps humain à une chose.

### **A. La dignité encadre la liberté de la personne sur son corps :**

Encadrer la liberté de la personne sur son propre corps revient à consacrer le principe de l'indisponibilité de ce dernier. En réalité, l'existence du principe d'indisponibilité du corps humain est traduit par l'adoption du législateur d'une vision «personnificatrice» du corps, évitant de la sorte de le réduire à un gisement de ressources biologiques librement cessibles. Ce principe tient compte de l'unité du corps et de la personne en vertu de laquelle vendre son corps reviendrait à se vendre soi-même et donc à violer sa dignité humaine.

Ce qui fait de l'indisponibilité du corps humain un principe assorti de limites à la liberté de disposition de soi. Selon ce principe, le corps humain ne serait pas une chose pouvant faire l'objet d'un contrat pour le commercialiser ou le modifier.

#### **a/ L'interdiction de commercialiser son corps :**

L'indisponibilité de notre corps rejoint l'idée de l'extra-commercialité du corps. Cette théorie n'a pas été expressément consacrée par le législateur. Or, selon une lecture a contrario de l'article 62 COC<sup>52</sup>, l'objet illicite peut servir comme élément de l'indisponibilité du corps.

En effet, l'article 62 dispose que « les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce [sont] toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter ».<sup>53</sup>

La vente de son corps entier correspond à une disposition totale de son

---

<sup>52</sup> L'article 62 COC correspond à l'article 1128 du code civil Français.

<sup>53</sup> Voir : JELASSI (R) : *op.cit.*, p. 320.

corps. C'est une aliénation totale de son corps, un transfert de la totalité des droits que l'on a sur son propre corps. Une telle opération juridique pratiquée du vivant du sujet ne peut être qualifiée que de mise en esclavage. Il s'agit bien d'un acte de disposition, car c'est un acte grave, par lequel le sujet se dépouille de sa qualité de dignité humaine. Cette prohibition ne souffrant aucune exception, s'explique juridiquement par l'indissociabilité juridique de la personne et du corps vivant.

Ainsi que le relève REVET,<sup>54</sup> « la vente de soi-même comme esclave n'est .... pas seulement illicite, elle est surtout juridiquement impossible ».

En effet, être dans le commerce, pour une chose, c'est pouvoir circuler d'une personne à une autre, d'un patrimoine à un, autre par le biais d'actes juridiques.

Cette indisponibilité revient à rejeter toute propriété que l'on a sur notre corps.

Dans la conception anglo-américaine, à la suite de la philosophie de LOCKE<sup>55</sup>, l'Homme demeure le propriétaire de son corps : « ....l'Homme néanmoins, étant le propriétaire de sa propre personne, de toutes ses actions, de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété », alors qu'en Europe et particulièrement en France, on reste fidèle au principe du « nemo videtur dominus membrorum suorum », « nul n'est le maître de son corps ».<sup>56</sup>

D'abord, le principe juridique de l'indisponibilité du corps humain est celui qui écarte le corps humain des « choses qui sont dans le commerce ». Il signifie qu'on ne peut pas vendre tout ou partie de son propre corps. La jurisprudence a rajouté un autre principe, celui de non-patrimonialité du corps humain, qui s'étend à interdire les conventions ayant pour objet de conférer au corps une valeur patrimoniale, ce qui peut donner droit au don.

Ensuite, le Code pénal utilise ce principe pour sanctionner des infractions telles que la traite des êtres humains, le proxénétisme, le recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> REVET (T) : L'argent et la personne, Mélanges C.MOULY, Litec, 1998, p.153, note 62.

<sup>55</sup> Dans le traité du gouvernement civil au chapitre V N°44 LOCKE cité par BEIGNIER (B) : *op.cit.* p. 63

<sup>56</sup> BEIGNIER (B) : *op.cit.* p. 63.

<sup>57</sup> BARRY (J) : « Je peux me prostituer mais pas porter l'enfant d'une autre » Slate.fr 6 janvier 2011.

Enfin, ce principe est censé entraîner une conséquence sociale, celle d'exercer un travail décent (pour que la personne soit digne). Le Code pénal français qui est allé jusqu'à écarter la prostitution des incriminations, semble la considérer comme étant un travail décent, un métier<sup>58</sup> fiscalisé même, et ne punit que le proxénétisme.

Par contre, le code pénal tunisien dans son article 231 Nouveau dispose que « Hors les cas prévus par les règlements en vigueur, les femmes qui, par gestes ou par paroles, s'offrent aux passants ou se livrent à la prostitution même à titre occasionnel, sont punies de 6 mois à 2 ans d'emprisonnement et de 20 à 200 dinars d'amende. Est considérée comme complice et punie de la même peine, toute personne qui a eu des rapports sexuels avec l'une de ces femmes ».

Cette incrimination semble vaste, limitant le droit de disposer de son corps, d'une manière qui permet de contrôler la vie sexuelle des personnes.

**Comment savoir si cette femme s'offre aux passants par des paroles ou par gestes ? Céder son corps facilement peut-il constituer un acte contraire à la dignité ?**

En réalité, cela peut limiter gravement la liberté des personnes à choisir leur vie sexuelle.

Cependant, ce qui peut constituer un acte contraire à la dignité, c'est la commercialisation du corps. Cette interdiction, par contre, n'est pas absolue. Car, il faut vérifier les cas prévus par les dispositions législatives en vigueur, pour cerner le sens exact du principe de la libre disposition de son propre corps.

Pour les autres actes incriminés par les articles 232, 233, 234 et 235 du code pénal, ils témoignent d'une gravité qui va à l'encontre de la préservation de la dignité du corps et de son inviolabilité.<sup>59</sup>

Par ailleurs, et en se basant sur le principe de l'indisponibilité du corps qui veut dire rejeter l'idée d'un pouvoir exercé sur lui (usus, fructus et

<sup>58</sup> Les tenants de la liberté des prostitués souhaitant la reconnaissance d'un métier du sexe.

<sup>59</sup> Voir sous-section 3 « de l'excitation à la débauche » de la section 3 « Attentats aux mœurs » du chapitre 1 « Attentats contre les personnes » du code pénal.

abusus) pour en faire un objet de transaction, il est inapproprié d'accepter la prostitution en tant qu'acte de location de son corps, car cet acte va l'assimiler à une chose et l'instrumentaliser. Ce qui est contraire à la dignité humaine.

La liberté de la personne sur son corps peut aussi se manifester à travers le sentiment de rejet que l'on puisse éprouver envers son propre corps ainsi que la volonté de le changer. Pour minimiser la dangerosité d'un acte de changement de sexe, la dignité l'encadre en posant certaines conditions.

Etre digne, c'est non seulement être respecté par autrui, mais aussi se respecter en tant que personne et en tant qu'être humain.

**b/ Encadrer le rejet de son corps initial : ce rejet peut être partiel ou total**

#### **Le rejet partiel :**

la modification de sa propre apparence physique. Il s'agit de la chirurgie esthétique, la transsexualité et la stérilisation (destruction partielle ou mutilation).

#### **La chirurgie esthétique :**

« Nos sociétés modernes aiment à vanter l'image du corps parfait. »<sup>60</sup>

Le phénomène touche le corps des femmes ainsi que celui des hommes. Parmi les actes qui touchent le corps, on cite :

La méthode des greffons, les techniques des lambeaux, le lifting du visage, la correction chirurgicale des oreilles « décollées », la liposuccion, l'implantation de prothèses mammaires, etc.

Simplement, il faut noter que ces diverses interventions sont de véritables actes médicaux, et non pas de simples soins de beauté.

#### **La transsexualité ou le changement de son sexe :**

il y a un courant qui consacre le principe d'autonomie personnelle en se fondant sur le principe de la vie privé et l'autodétermination qui accompagne le droit de disposer de son corps consacré par la Cour Européenne des droits de l'Homme, il s'agit d'un courant individualiste qui

---

<sup>60</sup> La notion de disposition de son corps, op.cit. p. 185.

voit la dignité dans la liberté totale. Mais, ce libre choix à travers lequel on rejette son identité sexuelle initiale peut rapprocher le corps à un simple objet qu'on peut remplacer ou modeler facilement et librement.

Par sa décision du 10 mars 2015, rendue dans l'affaire Y. Y. c. la Turquie, la Cour européenne des droits de l'Homme traite du sujet du changement de sexe.

Y.Y. est une personne transsexuelle, ressortissante de la Turquie qui, à la date d'introduction de la requête, était civilement reconnue comme étant de sexe féminin.

Y.Y. est un homme transsexuel, né en 1981, auquel la justice de son pays a refusé d'accorder le droit à une opération chirurgicale de conversion sexuelle au motif qu'il n'était pas dans l'impossibilité définitive de procréer, comme exigé par l'article 40 du Code civil turc.<sup>61</sup>

La Cour a considéré que « la dignité et la liberté de l'Homme étant l'essence même de la Convention (européenne des droits de l'Homme), le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti », souligne la Cour, qui rappelle qu'« il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle ». Donc, le changement de sexe est encadré par des conditions ainsi que, selon des cas médicalement prouvés, il s'agit d'une nécessité et non pas d'un libre choix ni d'une liberté absolue de choisir son corps quand il veut et comme il veut.

Un autre type de rejet partiel produit la destruction d'une partie de son corps, il s'agit de la destruction par stérilisation et la destruction par Interruption volontaire de grossesse (I.V.G.).

S'agissant de la destruction par stérilisation, elle comprend la suppression définitive, intentionnelle et souvent irréversible des attributs physiques nécessaires à la reproduction. C'est la destruction de la capacité de procréer.

---

<sup>61</sup> L'article 40 du code civil turc subordonne l'autorisation des actes médicaux de conformation sexuée à cinq conditions : 1° être âgé de moins de 18 ans, 2° ne pas être marié, 3° être de manière définitive dans l'incapacité de procréer, 4° avoir une « prédisposition transsexuelle » et 5° avoir besoin d'un changement de sexe pour protéger sa santé psychologique. S'agissant de la preuve de ces conditions, il convient de préciser que les deux dernières doivent être attestées par un rapport établi par un établissement de santé et de recherches.

Par contre, la stérilisation doit être distinguée des mutilations sexuelles qui n'ont aucune incidence sur la faculté de procréation. C'est le cas de la circoncision et de l'infibulation (forme d'excision associant une suture presque complète de la vulve).

**La circoncision** religieuse ne pose pas de problèmes juridiques. En revanche, **l'excision** des filles reste interdite par le Droit et pénalement sanctionnée. Il a également été jugé qu'une telle pratique constituait un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.<sup>62</sup> Par conséquent, c'est un acte qui porte atteinte à la dignité humaine.

**La stérilisation** doit être également distinguée de **la castration**, qui, si elle entraîne la stérilisation, elle porte suppression intentionnelle des organes même de la reproduction, alors que la stérilisation vise à détruire l'efficacité reproductive de ces mêmes organes, sans impliquer nécessairement l'amputation de ceux-ci.

En principe, **la castration** est une atteinte illicite au corps humain, qualifiée pénalement, selon les cas, de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, ou en cas de violences, ayant entraîné la mort involontairement. La castration est en revanche licite lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre du traitement d'un syndrome transsexuel, dans lequel on peut déceler une finalité thérapeutique.

#### **La destruction par I.V.G :**

Dans le cadre de l'I.V.G., l'autorisation porte sur la destruction in utero du produit de la conception. A ce titre, l'I.V.G. est bien un acte de disposition de son corps pratiqué par la mère, et non pas un acte de disposition du corps d'autrui, qui est l'embryon.

La mère dispose de ce droit vu que l'embryon in utero n'est pas considéré comme autrui : c'est le corps de la mère, sa personne, qui est concernée par l'avortement. L'embryon in utero n'est pas séparé du corps de la mère.

En appliquant l'I.V.G., on autorise un acte d'atteinte grave à l'intégrité physique. Sauf que la mère ne dispose de son corps que sous certaines conditions.

---

<sup>62</sup> Voir C.A Paris, 12 février 1992, D.1993. Som. p.27, note J. Penneau.

Le Droit pénal reconnaît le droit à la vie au fœtus, « futur être humain », à partir de trois mois de sa conception. Par conséquent, il a tous les droits à condition de naître vivant et viable.

Sa destruction constitue une infraction pénalement sanctionnée. Sauf « lorsque la santé de la mère ou son équilibre psychique risquent d'être compromis par la continuation de la grossesse ou encore lorsque l'enfant à naître risquerait de souffrir d'une maladie ou d'une infirmité grave.»<sup>63</sup>

De ce fait, l'avortement demeure un acte autorisé mais conditionné. Il doit, par ailleurs, avoir lieu dans un établissement agréé à cet effet.

### **Le rejet total de son corps ou le suicide**

Il s'agit de mettre fin à l'existence de son corps, à l'existence de soi-même par un acte extrême de disposition. Un acte destructeur qui contredit et qui viole un droit sacré qui est le droit à la vie proclamé par l'article 22 de la Constitution selon lequel « Le droit à la vie est sacré. Il ne peut y être porté atteinte, sauf dans des cas extrêmes fixés par la loi ». Cet acte est également sanctionné par le code pénal dans son article 206 qui punit la personne souhaitant mettre fin à sa vie.

Donc, le fait de mettre fin à sa vie et détruire son corps est un acte de disposition qui met fin à l'unicité entre le corps et l'esprit. Cette idée permet d'assurer la dignité humaine qui va de pair avec l'idée de combattre la mort, d'assurer la vie et de maintenir l'espèce humaine. Cela se justifie par une explication religieuse, selon laquelle l'Homme ne possède que l'usus et le fructus sans l'abusus qui revient à dieu.

Ainsi, c'est le créateur qui décide de la mort de l'Homme.

Cependant, cette approche se base sur une comparaison du droit de disposer de son corps avec le pouvoir que l'on exerce sur une chose. De même, parler de cet acte extrême de disposition, c'est faire tomber son corps dans la chose, puisque c'est un acte dénué de toute humanité et de toute dignité.

### **C. La dignité oriente la législation sur la biomédecine : la bioéthique**

Les règles de la bioéthique se basent sur la dignité comme fondement,

---

<sup>63</sup> Article 214 (nouveau) du code pénal

permettant de concilier l'intérêt thérapeutique et la protection de la dignité humaine. Le non-respect de ces règles atteste d'une réification du corps humain. C'est la raison pour laquelle, la dignité doit orienter la **liberté de faire vivre (a)** ainsi que la **liberté de vivre (b)**.

a/ La dignité oriente la liberté de faire vivre :

La biomédecine permet de créer un être humain ainsi que de le faire vivre que ce soit en entier ou fragmenté et morcelé. D'où la nécessité d'insister sur la dignité comme valeur inhérente afin d'assurer le bien-être de l'humanité et de limiter la libre disposition de la biomédecine sur un corps donné à travers le respect de la bioéthique.

\* **Corps entier et conservation de l'intégrité** : Il s'agit ici de parler du « droit à l'enfant ». Ce « droit » s'exerce par des procédés de la biomédecine. Cette dernière évoque notamment la question du clonage.

- « **Le droit à l'enfant** » et la biomédecine : La dignité encadre le désir de l'individu d'avoir un enfant pour éviter la commercialisation du corps et sa choséité.

Ce procédé de la biomédecine est appelé : la gestation pour autrui (GPA) ou les mères porteuses et les mères de substitution. En effet, cette possibilité se heurte à l'interdiction d'inclure le corps humain dans le domaine de la circulation des biens.

Par conséquent, le corps humain n'est ni à louer ni à vendre, ni en partie ni en totalité. Bien que la personne soit libre de disposer de son corps, le « droit » de porter un enfant pour autrui se heurte au principe de la dignité humaine car le principe d'indisponibilité du corps ne le permet pas.

C'est la raison pour laquelle, la loi du 7 août 2001 relative à la médecine de la reproduction, réaffirme la volonté du législateur de protéger la sacralité du corps humain en interdisant sa commercialisation ou même d'en disposer à titre gratuit.

En effet, cette loi interdit l'utilisation à des fins commerciales, industrielles ou dans un but d'eugénisme l'embryon humain (article 7). Elle interdit également le recours à un tiers donneur de gamètes ou d'embryons (article 14).

Dans le cadre de la GPA, la Cour de cassation Française a décidé, le 31 mai 1991, « que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. »<sup>64</sup>

Or, selon Jarod BARRY,<sup>65</sup> « l'utilisation de son propre corps par soi-même, pour porter un enfant à naître ne doit pas être interdit. Elle doit être règlementée (comme on règlemente l'activité de testeurs de médicaments), et pour constituer une force de travail, doit absolument être rémunérée. Dans le cas de la GPA, la contrepartie financière est aussi la seule condition à l'équilibre psychologique de la porteuse, parce qu'elle est incompatible avec une possible idée de maternité. Parce qu'une mère ne monnaie pas le fait de porter son enfant. Donc le «portage d'enfant à naître» relèverait ainsi du travail, et non d'une demi-maternité. »

En réalité, l'indisponibilité du corps « s'appuie, se cache presque derrière l'indisponibilité des règles de l'état des personnes ». <sup>66</sup> C'est ce qui justifie aussi bien l'illicéité de la convention de gestation pour le compte d'autrui que le refus de modifier l'état civil d'un transsexuel comme on l'a déjà montré.

Deux procédés seulement permettent à une femme, avec ou sans une contrepartie financière, à accoucher pour le compte d'une autre femme.<sup>67</sup>

Le premier, peut être qualifié de classique ; une femme prête non seulement son utérus, mais elle donne aussi ses ovocytes. Elle sera à la fois la mère biologique et génétique de l'enfant dont elle a assuré la gestation, en s'engageant à l'abandonner au profit d'un couple.

Le deuxième procédé de gestation pour le compte d'autrui n'est devenu possible que depuis la découverte des techniques de la procréation médicalement assistée (PMA). Ces techniques permettent par exemple, la fécondation in vitro, puis la congélation de l'embryon, et son transfert dans l'utérus d'une femme qui en assurera la gestation.

---

<sup>64</sup> Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, pouvoir n° 90-20.105. Bull. civ. 1991.n°4, p. 5. Commentaire de Marie-France BUREAU et Edith GUILHERMONT « la gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt ? » MC GILL Journal of law and health, vol. 4, n°2, 2011. P. 45-47.

<sup>65</sup> BARRY (J) : article précité.

<sup>66</sup> BIOY (X) : Thèse précitée, n°1317.

<sup>67</sup> Voir : GOBERT (M) : Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ. 1992, p. 489.

Grâce au développement de la PMA, la méthode naturelle de la procréation a été dépassée par les techniques qualifiées d'«artificielles».

Appliquées en laboratoire, ces techniques nécessitent le recueillement à l'extérieur du corps du produit de la production de l'homme ou de l'homme et de la femme en même temps.<sup>68</sup>

C'est ainsi que la médecine de la reproduction n'est destinée qu'à répondre à la demande des deux membres d'un couple marié et qui a pour objet de remédier à l'infertilité du couple concerné.<sup>69</sup>

Les techniques de PMA peuvent nécessiter le recours à un tiers donneur de gamètes. Vecteur de la procréation, les gamètes ont pour fonction de donner la vie en même temps que de transmettre les caractères héréditaires ; ce qui se traduit, en termes juridiques, par la filiation.

Néanmoins, l'avis du Comité National d'Ethique Médicale (CNEM) va dans le sens du rejet du recours à un tiers donneur de gamètes. Il a jugé que ce recours était « en contradiction totale avec l'Islam, avec nos usages et avec la législation tunisienne. Juridiquement, il est assimilable à l'adultère. Il brouille les règles successorales et il ouvre la porte au viol de nos règles en matière de choix du partenaire au mariage.»<sup>70</sup>

L'avis du CNEM est étonnant. Car d'une part, le législateur tunisien reconnaît l'adoption, qui peut être aussi considérée « en contradiction totale avec l'Islam et brouillant les règles successorales ». Et d'autre part, l'assimilation du recours à un tiers donneur de gamètes avec l'adultère n'est pas bien fondée. En effet, selon le Droit musulman, l'adultère exige nécessairement l'accomplissement d'un acte sexuel complet et rigoureusement prouvé.

Le Tribunal de grande instance de Créteil a affirmé dans une décision, la sacralité des gamètes, en jugeant que « les règles du contrat de dépôt telles qu'elles sont définies dans le code civil ne peuvent s'appliquer au sperme qui concerne, non pas une chose tombant dans le commerce mais une sécrétion contenant le germe de la vie et destinée à la procréation

<sup>68</sup> Voir BAUDOIN (J-L) et LABRUSSE-RIOU (C) : Produire l'homme, de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, PUF, 1987.

<sup>69</sup> Article 3 de la loi du 7 août 2001 relative à la médecine de la reproduction.

<sup>70</sup> Avis du comité National d'Ethique Médicale n° 1 du 12 décembre 1996.

d'un être humain .»<sup>71</sup>

Il faut pourtant noter que l'accès à ces techniques est soumis à des conditions fixées par les règles qui tracent la bioéthique. Par exemple, la loi française sur la bioéthique de 1994 telle que modifiée en 2004, a subordonné l'accès à l'assistance médicale à la procréation à certaines conditions. En vertu de l'article L2141-2, il faut que le couple soit formé d'un homme et d'une femme mariés ou ayant une preuve d'une vie commune de plus de 2 ans, Il est aussi impératif de remplir la condition de l'âge de procréer et de donner son consentement préalable à l'insémination ou au transfert.

- **Le clonage** : La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme de l'UNESCO adoptée le 11 novembre 1997 et le Protocole additionnel à la Convention européenne sur les droits de l'Homme et la biomédecine interdisent toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort. Il s'agit ici de « l'interdiction de l'instrumentalisation de l'être humain .»<sup>72</sup>

Mais, si une partie a été enlevée du corps, la personne va-t-elle perdre son humanité pour être assimilé à une chose ? Du coup, comment peut-on protéger le corps morcelé ? D'où se pose la problématique du corps morcelé ou le « don » des tissus et du sang.

\* **Corps morcelé** : le don des organes et des tissus

Le principe qui doit toujours être respecté, afin de protéger et d'assurer la dignité du corps, c'est le principe de l'indisponibilité. Toutefois, il existe des exceptions pour certains produits de l'Homme.

Selon la philosophe Corine PELLUCHON, « le principe d'indisponibilité du corps humain qui suppose que je ne dispose pas de mon corps » a été suspendu dans le Droit Français puisque, le don des produits et éléments corporels est autorisé. Il a été remplacé « dans la loi du 29 Juillet 1994, par celui de non-patrimonialité, qui interdit de vendre son corps et s'inscrit dans la philosophie autorisant dans les limites fixées par la loi,

---

<sup>71</sup> T.G.I Créteil, 1er août 1984, JCP 1984, II, 20321, note S. CORONNE. RTD civ. 1984. P. 703.

<sup>72</sup> « La création de Dolly annonce la naissance prochaine de moutons humanisés » Le Monde, mars 1997.

le don gratuit de son sang,<sup>73</sup> de ses organes et de ses gamètes.»

En effet, la vente d'organes est interdite en France depuis la loi du 22 décembre 1976 dite CAILLAVET relative au prélèvement d'organes, alors qu'il est possible de donner du sang, de la moelle osseuse ou un rein hors de tout commerce. Donc, le sang circule à titre onéreux une fois qu'il est extrait du corps de l'intéressé. Cependant, l'établissement Français du sang (EFS) vend le produit des dons (sang, plaquettes...) aux cliniques et hôpitaux afin d'assurer le financement de leurs frais de fonctionnement, le tarif est donc fixé par l'Etat.

Par ailleurs, les donateurs ne sont pas rémunérés, conformément aux lois de la bioéthique de 1994 et de 2004.<sup>74</sup> En effet, l'article 16-6 de la loi française relative à la bioéthique, dispose qu' « aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête... au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». Ce principe est présenté comme étant le corollaire de celui de la non-patrimonialité du corps humain, inscrit dans l'article 16-1 du même code civil français.

Quoi que le principe de la non-rémunération du donneur ne soit pas expressément consacré en Droit tunisien, il est possible de le déceler dans divers textes spéciaux qui régissent des cas particuliers d'utilisation d'éléments et de produits du corps humain.

Le premier texte qui a posé la règle de la gratuité fut la loi n° 82-26 du 17 mars 1982 portant organisation du sang destiné à la transfusion. Cette loi dispose dans son article 2 que « le sang humain ne peut être prélevé qu'avec le consentement libre et conscient de la personne et sans contrepartie ... ». Cette règle a consacré le principe de la gratuité du don de sang en Tunisie. L'interdiction de toute rémunération a été également reprise par la loi n°91-22 du 22 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains, qui dispose dans son article 6 qu'il est « interdit de procéder aux prélèvements... moyennant une contrepartie pécuniaire ou toute autre forme de transaction... »

Il ressort de l'article 13 alinéa 2 de cette loi, que la règle de la gratuité s'applique également aux prélèvements de tissus. Le même raisonnement

<sup>73</sup> HERMITTE (M-A) : le sang et le droit, Paris, Seuil, 1996, p. 73. HERMITTE (M-A), le sang est-il une marchandise ? mai 1993, vol. 24, p. 628. Voir notamment : AUBY (S) : le droit de la santé, Paris, PUF, 1981. P. 484.

HARICHAUX (M) : le corps objet in Bioéthique et droit, p. 135.

<sup>74</sup> Etablissement Français du sang : organisme créé par la loi du 1er juillet 1998.

peut s'appliquer au produit de l'accouchement considéré comme un « déchet opératoire ». En effet, toute violation de la règle de la gratuité est pénalement sanctionnée.<sup>75</sup>

Cependant, certains produits du corps humain sont autorisés à la commercialisation. Il s'agit en fait, du commerce de cheveux, d'ongles, de poils, des dents.<sup>76</sup>

Cette exception de commercialiser certains produits du corps humain s'explique par le fait que, ces produits du corps humain ne sont pas vitaux, en plus, il est facile de les remplacer ou de les renouveler. Il faut bien évidemment que le changement ait lieu à titre volontaire, autrement, cela constituerait une violation du principe d'inviolabilité du corps humain.

#### **b/ La dignité oriente la liberté de vivre :**

La dignité oriente la liberté de vivre à travers la réglementation de l'interruption volontaire de grossesse (IVG), de la stérilisation et la mutilation, l'euthanasie, la brevetabilité du corps humain (ADN) et le prélèvement d'organes après le décès.

En effet, l'exercice du droit de disposer de son corps par l'individu est contrôlé et limité par le droit objectif. Ce contrôle et ces limitations à l'exercice du droit de disposition « corporelle » s'inscrivent dans un ordre public particulier : « l'ordre public corporel », protecteur de la personne en son corps, et garant de la sauvegarde de la dignité de cette personne.

Par ailleurs, la protection de la personne, à travers la protection du corps qui en est le support, constitue le but et la cause d'une disponibilité encadrée par la loi.<sup>77</sup>

En effet, le droit objectif exige un consentement du disposant : il ne peut y avoir disposition de son propre corps sans consentement réel et éclairé d'en disposer.

Un écrit est d'ailleurs exigé pour matérialiser le consentement. Il servira également à prouver que le médecin a rempli son obligation d'information, permettant ainsi au patient d'être informé de l'atteinte que son corps pourra subir. Il s'avère qu'« information et consentement sont étroitement liés : une bonne information conditionne un bon

<sup>75</sup> DURAND FONTANIER (S) : *le corps humain thérapeutique*, Gaz. pal .2006 II, doc., P. 3722.

<sup>76</sup> Article 1211-8 du code de la santé public. Article R1211-49

<sup>77</sup> PRIEUR (S) : *La disposition par l'individu de son corps*. Thèse 1998. P. 269.

consentement, c'est-à-dire un consentement éclairé .»<sup>78</sup>

D'abord, le « don » autorise de porter atteinte à son corps. Le véritable acte de disposition de son propre corps, c'est l'acte d'autorisation.

En plus, on peut parler du « prêt » de son corps. Il s'agit d'une autorisation donnée par le sujet qui contribue avec son corps pour servir une finalité bien déterminée. C'est le cas du « prêt » de son corps à l'expérimentation.

Après le décès d'une personne, il est possible de prélever ses organes. Sauf dans le cas où la personne n'est pas encore en état de mort cérébrale et à condition que la personne n'ait pas manifesté une opposition formelle.

En outre, la recherche scientifique et les interventions médicales ne doivent être mises en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée.

**Que se passe-t-il lorsque des recherches effectuées sur du matériel génétique prélevé sur le corps humain mènent à une invention biotechnologique qui est ensuite brevetée ?**

La réponse à cette question a été donnée dans l'affaire jugée devant la Cour d'appel de Californie, le 17 juillet 1988, l'affaire Moore, que l'on a surnommé « l'homme aux cellules d'or ».<sup>79</sup>

M. John Moore<sup>80</sup> souffre de leucémie à tricholeucocytes. En 1976, le Dr David Golde, du centre médical de l'Université de Californie, recommande l'ablation de sa rate, dans le but de ralentir la progression de la maladie. M. Moore signe un formulaire de consentement, et la splénectomie est réalisée. Le Dr Golde et ses assistants de recherche ont alors prélevé des cellules sur la rate de M. Moore, car ils ont découvert qu'elle présente des propriétés porteuses de grands espoirs pour le traitement du cancer. Ils s'en servent pour établir, au cours des trois années qui suivent, une lignée cellulaire à partir des lymphocytes T ainsi extraits. M. Moore n'a été informé ni des travaux de recherche ni du potentiel de la lignée cellulaire en question. En 1984, le Dr Golde obtient le brevet US 4438032 et passe des accords de commercialisation de sa lignée cellulaire qui vont s'avérer

<sup>78</sup> PRIEUR (S) : *op.cit.* P. 280.

<sup>79</sup> Voir EDELMAN (B) : *L'homme aux cellules d'or* Recueil Dalloz, 1989, chronique XXIV, p. 225

<sup>80</sup> Moore v. Regents of the University of California, 51 Cal. 3d 120, 271 Cal. Rptr. 146, 793 P.2d 479, cert. denied 499 U.S. 936 (1991). Voir notamment : MANAI-WEHRLI (D) : La personne et son corps : de la symbiose à la dissociation. In: Schmidli, Bruno (Dir.). Personne, société, nature : la titularité de droits, du rationalisme juridique du XVIIe siècle à l'écologie moderne. Fribourg : Editions universitaires, 1996. p. 29-43

particulièrement lucratifs, avec deux entreprises de biotechnologie.

John Moore l'a donc poursuivi en justice. Il a voulu obtenir une part de propriété du brevet et faire condamner le Dr Golde à lui payer des dommages et intérêts pour violation de ses obligations professionnelles. En appel, la Cour suprême de Californie déclare que M. Moore n'a aucun droit à la propriété du brevet parce qu'il n'est pas l'un des inventeurs. Elle considère en outre qu'un patient ne peut prétendre à aucun droit de propriété sur des tissus corporels qui étaient destinés à la destruction. En revanche, elle statuera que le médecin a, envers son patient, un devoir de loyauté en vertu duquel il doit informer celui-ci de tout intérêt économique ou personnel qu'il pourrait avoir à utiliser ou à étudier ses tissus, et que le patient peut le poursuivre s'il rompt le lien de confiance.

#### - L'euthanasie et la destruction post mortem : la crémation

##### **Comment qualifier la volonté de celui qui demande sa mort à autrui ?**

Certes, l'euthanasie ou la mort douce, est une forme de suicide. Il s'agit de l'ensemble des procédés utilisés pour donner volontairement la mort à un malade incurable. Ce malade a fait expressément la demande afin de mettre terme à ses souffrances devenues insurmontables.<sup>81</sup>

Classiquement, on oppose l'euthanasie active, consistant en l'accomplissement d'actes positifs destinés à accélérer le processus de mort, et l'euthanasie passive, ou orthothanasie, qui consiste en une abstention de soins, ou en l'arrêt de traitements destinés à retarder l'issue fatale. Mais, il s'agit d'une autorisation portant sur un acte définitivement destructeur sur son propre corps.

L'euthanasie trouve donc sa place dans la typologie des actes de disposition juridique « corporelle ». L'euthanasie reste un acte prohibé dans la plupart des pays étrangers. Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté un projet de résolution contre l'euthanasie en janvier 1999.<sup>82</sup> En France, la demande euthanasique est considérée comme un acte juridique illicite de disposition « corporelle ».

---

<sup>81</sup> Voir PUECH (M) : Droit pénal général, Litec, 1988, n°834 p.297; DESPORTES (F) et LE GUHENECH (F) : Le nouveau droit pénal, Tome 1, 2e édition, Economica, 1996, n°714 p.531; PRADEL (J) : *op.cit.* n°539 ; voir D.P.B.B., v° Euthanasie, acharnement thérapeutique et soins palliatifs, feuillet 8, p. 866-867.

<sup>82</sup> LA CROIX, 12 janvier 1999; D.P.B.B., Bull.précité, mars 1999, p.8153.

.....  
 Mais, l'individu peut-il de son vivant régler les conditions de ses funérailles, et notamment décider de la destination de son corps ?  
 .....  
 Peut-il ainsi prévoir que son corps sera inhumé ou incinéré ?

Il s'agit ici d'une destruction « post mortem » : la **crémation**. Du point de vue de la disposition juridique « corporelle », la crémation ressemble au « don » du fait qu'elle est effectuée par un acte juridique unilatéral, sous forme testamentaire ou sous une simple déclaration écrite.<sup>83</sup>



## Conclusion

La dignité conserve et encadre la liberté individuelle, et c'est à notre tour de rester dignes de cette liberté en tant qu'êtres humains.

En effet, la dignité n'est pas seulement la raison derrière l'attribution à l'Homme d'un droit de disposer de son corps, mais, elle est aussi la cause de la limitation apportée à l'exercice de ce droit.

Pour conclure, on peut mentionner que « la bioéthique, c'est la possibilité de répondre au démon de la genèse qui nous dit : vous serez des dieux, non, nous [nous ?] efforcerons d'être hommes, hommes meilleurs.»<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Voir en ce sens l'art.R.361-42 du code des communes qui subordonne la crémation à l'autorisation du maire, laquelle est accordée sur justification de l'expression écrite des dernières volontés du défunt.

<sup>84</sup> Bernard ACCOYER président de l'assemblée nationale, médecin et membre de l'académie nationale de chirurgie.



## Bibliographie

**Jarod Barry**, « Je peux me prostituer mais pas porter l'enfant d'une autre », Slate.fr, 6 janvier 2011 (lire en ligne)

**Florence Bellivier**, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », Revue des contrats, n° 2, 2008, p. 545-553 (ISSN 1763-5594)

**Daniel Borrillo**, Bioéthique, Paris, Dalloz, coll. « À savoir », 2011 (ISBN 978-2-247-08936-9, présentation en ligne)

**Marie-France Bureau et Édith Guilhermont**, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », McGill Journal of Law and Health, vol. 4, n° 2, 2011, p. 45-76 (lire en ligne)

**Marie-Xavière Catto**, « Constitutionnalité de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang de cordon dans un cadre intrafamilial », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 3 juin 2012 (lire en ligne)

**Marie-Xavière Catto**, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », La Revue des Droits de l'Homme, n° 3 « séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant », juin 2013 (lire en ligne)

**Aurel David**, Structure de la personne humaine : Limite actuelle entre la personne et la chose, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1955

**Mireille Delmas-Marty**, Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2001 (ISBN 978-2-7351-0900-5, présentation en ligne)

**Bernard Edelman**, Ni chose ni personne : le corps humain en question, Paris, Hermann, 2009 (ISBN 978-2-7056-6875-4, présentation en ligne)

**Église catholique en France**, « Indisponibilité du corps humain » (consulté le 13 janvier 2013)

**Gilles Genicot**, Droit médical et biomédical, Paris, Larcier, coll. « Faculté de droit de l'Université de Liège », 2010 (ISBN 978-2-8044-4032-9, présentation en ligne)

**Michelle Gobert**, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes : À propos des maternités de substitution », Revue trimestrielle de droit civil, vol. 91, n° 3, 1992, p. 489-528

**Stéphanie Hennette-Vauchez**, Disposer de soi ? : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, Paris, Éditions L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2004 (ISBN 978-2-296-35046-5, présentation en ligne)

**Marcela Iacub**, L'Empire du ventre : Pour une autre histoire de la maternité,

Paris, Fayard, coll. « Histoire de la pensée », 2004 (ISBN 978-2-213-62118-0, présentation en ligne)

**Henri Oberdorff**, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2013, 4<sup>e</sup> éd.(ISBN 978-2-275-03875-9)

**Corine Pelluchon**, « La maternité pour autrui : une exception, pas la règle ! », Le Monde, 25 mai 2009 (lire en ligne)

**Diane Roman**, « "À corps défendant" : La protection de l'individu contre lui-même », Recueil Dalloz, 2007, p. 1284

**Murray Rothbard**, L'Éthique de la liberté, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », 2011 (ISBN 978-2-251-39053-6, présentation en ligne)

**Alain Sériaux (dir.)**, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », dans Alain Sériaux, Le droit, la médecine et l'être humain : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du 21<sup>e</sup> siècle, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Laboratoire de théorie juridique » (n° 9), 1996 (ISBN 978-2-7314-0122-6)

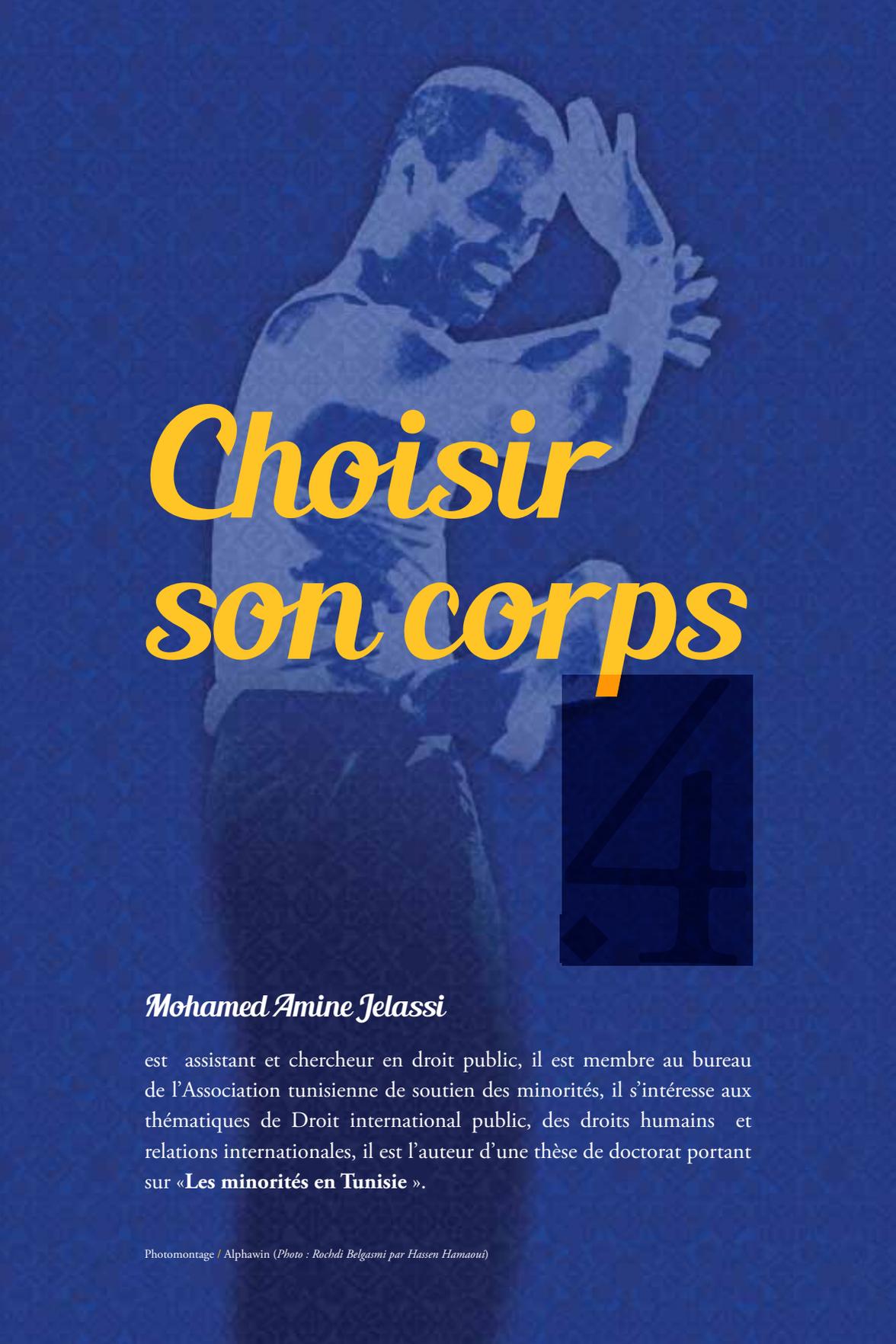
**Jean-Michel Poughon**, « L'individu, propriétaire de son corps ? Le jus disponendi de son propre corps : entre scolastique juridique et réalisme économique » (consulté le 25 décembre 2012)

**Yan Thomas**, « Res, chose et patrimoine : Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », Archives de Philosophie du Droit, n° 25, 1980, p. 413-426

## Notes et références

1. Article 16-1 du Code civil français sur Légifrance [archive]
2. Loi no 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés [archive], Loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain [archive], Loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal [archive].
3. Comité consultatif national d'éthique, « Avis no 21 sur la non-commercialisation du corps humain » [archive], sur CCNE, 13 décembre 1990 (bref historique de la notion telle que développée par le CCNE).
4. Edelman 2009.
5. Article 1128 du Code civil, sur Légifrance [archive]

6. Catto 2013, p. 116.
7. [archive]Cass. Ass.plén., 31 mai 1991, pourvoi no 90-20.105, Bull. civ. 1991, no 4, p. 5
8. Règlementé depuis la loi no 52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés [archive] et le décret no 54-65 du 16 janvier 1954 [archive], puis par le décret no 2003-462 du 21 mai 2003 [archive].
9. Loi no 76-1181 du 22 décembre 1976 dite [archive]Caillavet relative aux prélèvements d'organes.
10. Arrêté du 12 avril 2011 modifiant l'arrêté du 9 mars 2010 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles [archive].
11. Loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal [archive].
12. Loi no 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique [archive].
13. David 1955, p. 10.
14. Article L1211-8 du Code de la santé publique, sur Légifrance [archive]
15. Article R1211-49 du Code de la santé publique, sur Légifrance [archive]
16. Céline Fercot, « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 13 juillet 2012 [lire en ligne [archive]]
17. Loi no 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception [archive]
18. Article L2123-2 du Code de la santé publique, sur Légifrance [archive]
19. Édith Deleury, « Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet de droit », Les Cahiers de droit, vol. 13, no 4, 1972, p. 529-554 [lire en ligne [archive]]
20. Guillaume Ryckewaert, « Le droit face à l'euthanasie : Mémoire de DEA de Droit privé, Université Lille 2, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales, 2001 » [archive][consulté le 18 février 2013]
21. Raymond Martin, « Personne, corps et volonté », Recueil Dalloz Sirey, no 33, 2000, p. 505-508 (résumé [archive])
22. Oberdorff 2013, p. 401.



# Choisir son corps



*Mohamed Amine Jelassi*

est assistant et chercheur en droit public, il est membre au bureau de l'Association tunisienne de soutien des minorités, il s'intéresse aux thématiques de Droit international public, des droits humains et relations internationales, il est l'auteur d'une thèse de doctorat portant sur «**Les minorités en Tunisie** ».

*Le corps humain est, en principe, hors du commerce juridique, c'est ainsi que l'intégrité physique est garantie. Il ne peut donc pas faire l'objet de conventions puisqu'il est en symbiose avec la personne qui elle-même est inaliénable.<sup>85</sup> En tant qu'objet de droit, le corps humain est au carrefour de nombreuses disciplines juridiques comme celles du droit constitutionnel, du droit civil, du droit pénal, du droit de la santé, du droit de la famille. Toutes ces disciplines contribuent à la protection de l'intégrité physique de l'être humain.*



Sa principale protection s'inscrivant dans une disposition constitutionnelle, l'article 23 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 prévoit que : « l'État protège la dignité de l'être humain et son intégrité physique et interdit la torture morale ou physique ... »

C'est ainsi que « le corps humain fait la personne .»<sup>86</sup> D'où le principe de l'inviolabilité du corps humain a été consacré par la Constitution de 2014.

Or, aujourd'hui, suite aux avancées médicales, le corps humain devient objet de plusieurs interventions dans divers domaines : greffe d'organes, changement de sexe, insémination artificielle...

Toutes ces interventions sont par contre soumises à des conditions strictes. Sauf pour le changement de sexe, les textes sont muets. En effet, choisir son corps c'est aussi changer de sexe.

Cependant, choisir son corps est inconcevable. Dans notre société où la sexualité est un sujet tabou, les normes autour du corps sont violentes, on se conforme à un modèle qui dicte que l'homme doit être comme ça, la femme doit être comme ça, le corps doit être comme ça et on doit avoir une pratique comme ça.

**Devrons-nous accepter notre corps/sexe comme il a nous a été attribué dès la naissance ?** Car, « les individus ne peuvent pas disposer de leur sexe, de même, par exemple qu'ils ne peuvent disposer de leur filiation. Le sexe est lié à la personne comme l'ombre au corps .»<sup>87</sup>

<sup>85</sup> عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية 2 : الكتاب الثاني، الحق، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، القانون الخاص، 1970، ص. 190

<sup>86</sup> CARBONNIER (J) : Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur L.G.D.J, 2014. N°48

<sup>87</sup> HURTIG (M-C), KAIL (M), ROUCH (H) (sous la direction de) : Sexe et genre: de la hiérarchie entre les sexes, Paris CNRS Editions 2002. p. 82.

Néanmoins, au nom de la santé publique et loin de la normalisation des corps imposés, ce tabou peut être brisé quand le changement est dû à une ambiguïté chez l'individu, soit une ambiguïté identitaire soit une ambiguïté sexuelle.

Juridiquement, on ne peut avoir qu'un seul sexe. D'ailleurs, « le sexe ne fait l'objet d'aucune définition juridique. Les juges vont donc se tourner vers les médecins ... On ne reconnaît que deux sexes au niveau juridique, alors que la biologie connaît un entre-deux polymorphe<sup>88</sup>. »

L'ambiguïté sexuelle, c'est l'intersexualité<sup>89</sup> qui peut être définie comme la coexistence de caractères des deux sexes. L'enfant intersexuel naît avec des organes génitaux que les médecins qualifient généralement d'ambigus ou d'indéfinis<sup>90</sup>.

Pour désigner l'ambiguïté sexuelle, différents noms ont été proposés et sont aujourd'hui utilisés : hermaphrodite, intersexuel, inter-genre, personne ayant un DSD (désordre du développement sexuel) ou une VSD (variation du développement sexuel).<sup>91</sup>

Quant à l'ambiguïté identitaire<sup>92</sup>, 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. Ce choix est opéré suite au fait

<sup>88</sup> CHILAND (C): Changer de sexe. Illusion et réalité. Odile Jacob. 2011. p. 221.

<sup>89</sup> Les personnes intersexes sont nées avec des caractères sexuels (génitaux, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins. D'après les experts, entre 0,05 % et 1,7 % de la population mondiale naît avec des caractères intersexués. Note d'information Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme (O.H.C.H.R.)

[https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE\\_Intersex\\_Final\\_FRENCH.pdf](https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf)

<sup>90</sup> Intersexuel : « Sexe intermédiaire, par ses attributs psychiques et physiques, entre le sexe mâle et le sexe femelle ».

PRIME-STEVENS (E.I) : Du similitudisme dans les armées et de la prostitution homosexuelle, militaire et civile, à la Belle époque, Quintes-Feuilles, 2003, p. 10.

Voir notamment : THERY (I) : Distinction de sexe (La) : Une nouvelle approche de l'égalité, Odile Jacob, 2007, pp. 42-43.

<sup>91</sup> Sur ces différentes terminologies, PICQUART (J.) : Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation, La Musardine, 2009, pp. 109 et ss.

Le mot utilisé en arabe est *khantha* الخنثى ou *mukhannath* المختلط الجنس

Fواز صالح : جراحة الخنثوية وتغيير الجنس في القانون السوري. مجلة جامعة دمشق. المجلد 19 العدد الثاني 2003  
A ne pas confondre avec l' « efféminé » « mukhannath » qui veut dire, celui qui a l'allure d'une femme.

<sup>92</sup> SENGÈNES (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.

que cet individu se sent appartenir au sexe opposé. Selon le degré de son sentiment, on parle souvent d'un « conflit identitaire » qui pourrait être réduit suite aux opérations chirurgicales de réassignation sexuelle afin de remodeler le corps/sexe ambigu. Sauf qu'il peut ne pas être un conflit mais plutôt une évidence pour l'individu qu'il appartient à l'autre sexe. C'est le cas du transsexuel.

En effet, « le mouvement transgenre tente de rompre la binarité des catégories de genre et d'assumer pleinement la problématique « trans », c'est-à-dire l'ambiguïté identitaire fondamentale qui traverse la remise en question du modèle du dimorphisme sexuel... les trans n'entrent dans aucune des catégories (de sexes) de celui-ci ». <sup>93</sup>

En outre, « 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>94</sup>

Tandis que, l'intersexuel 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>95</sup>.

Le point de similarité entre les intersexuels et les transsexuels c'est que les deux se heurtent à la stigmatisation, à la discrimination et à la violence en raison de leur identité de genre réelle ou présumée, ou parce que leur corps diffère des définitions traditionnelles de femme ou d'homme <sup>96</sup>.

Pendant, pour les transsexuels la discrimination est liée au rôle basé sur le genre opposé au sexe qui leur a été assigné à la naissance et cherchent à vivre de manière permanente dans le rôle du genre de prédilection. Alors que, les intersexuels diffèrent des transgenres par le fait que leur statut n'est pas lié au genre, mais est plutôt associé à leur conformation

<sup>93</sup> BERENI (L), CHAUVIN (S): Introduction aux Gender Studies: Manuel des études sur le genre De Boeck Supérieur, 2008. p. 40

<sup>94</sup> ARNOUX (I): Les droits de l'être humain sur son corps. Presses Universitaires de Bordeaux, 1994. p. 204.

<sup>95</sup> MAREAU (C), SAHUC (C) : La sexualité chez l'enfant et l'adolescent, Studyrama, 2006, p. 218.

<sup>96</sup> MARTENS (V) (sous la direction) : Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle, Publications Fac St Louis, 2004.

biologique (caractéristiques génétiques, hormonales et physiques) qui n'est ni exclusivement mâle ni exclusivement femelle, mais est typique des deux à la fois ou non clairement définie comme l'un ou l'autre.<sup>97</sup>

Notons qu'aucun texte législatif tunisien n'interdit ni autorise le changement de sexe.

Par conséquent, en l'absence d'une solution en droit positif, la jurisprudence se réfère à la doctrine musulmane (*fiqh*)<sup>98</sup>, en citant par exemple l'avis des jurisconsultes musulmans pour savoir à quelle catégorie de sexe appartient l'intersexuel.

Selon M. REDISSI, « le droit classique a dû inventer un statut sui generis. Il a estimé que l'androgyné, doté, par nature, à la fois des parties génitales masculines et féminines ou asexué (degré zéro du sexe) « ne commet aucune faute ». »<sup>99</sup>

Il faut mentionner aussi que le juge procède au cas par cas. C'est ainsi qu'il passe par ces étapes pour décider le changement ou non de la mention sexe sur l'extrait de naissance.

D'abord, le moment du changement : soit il s'agit d'un changement peu après la naissance et c'est dans ce cas où le sexe est ambigu dès l'origine. Soit dans le cas contraire, le sexe est clair mais après la naissance l'individu décide de le changer.

Ensuite, le juge vérifie la nature du changement, qui est volontaire et « artificiel » lorsque le sexe est clair, par contre elle est involontaire lorsque le sexe est ambigu.

Enfin, s'agissant du fondement de la demande du changement, le juge décidera si elle est basée sur une anomalie physique ou un désordre

<sup>97</sup> Les personnes trans et intersexuées : La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination Silvan Agius et Christa Tobler Supervision: Migration Policy Group. p. 12.

<sup>98</sup> « و حيث اعتبر الفقه الإسلامي منذ نشأته مكان التبول عند الخنثى معياراً لتحديد الجنس... و قد أثرى الفقهاء فيما بعد

في ذلك فجعلوا علامة التمييز عند الولادة الآلة إلى أن تتبين سائر العلامات و تكتمل بمضي الزمان...»  
Jugement du Tribunal de première instance de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991, p.129.

<sup>99</sup> 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) : Islam et révolutions médicales : Le labyrinthe du corps KARTHALA Editions, 2013. p. 249.

psychologique<sup>100</sup>.

Car, le juge se réfère aux examens du médecin pour savoir la raison du changement. En effet, le transsexuel ne rencontre le psychiatre que parce qu'on l'y oblige pour obtenir le « feu vert » pour l'intervention. Il ne pense pas souffrir d'un trouble mental. Il veut une intervention de chirurgie réparatrice<sup>101</sup>.

Sauf que, les juges ne dressent pas une distinction claire entre intersexuel et transsexuel. Ils utilisent souvent une seule expression ambiguïté sexuelle مختلط الجنس pour désigner deux choses différentes.

Dans l'arrêt Sami, la Cour d'appel de Tunis confond entre intersexuel et transsexuel. En effet, le juge commence par affirmer que le requérant est né garçon, donc il appartient à une catégorie, il ne peut pas être intersexuel.<sup>102</sup>

Puis, il rajoute que la chirurgie faite sur la base du rapport de l'expertise résulte d'une anomalie psychique et non pas d'une anomalie congénitale. Par conséquent, Sami est un transsexuel en partant des critères distinctifs susmentionnés.

Or, 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 que Sami ne pourra appartenir à aucune catégorie. L'intersexuel n'appartient en fait à aucun des deux sexes.

Cependant, dans le jugement rendu par le Tribunal de Première Instance de Ben Arous<sup>103</sup> l'intersexuel الخنثى est défini en se référant à la doctrine musulmane.

<sup>100</sup> D'après le dictionnaire médical de L. et A. MANUILA et M. NICOULIN, « le transsexualisme signifie une constitution psychologique particulière, souvent confondue avec le travestissement et l'homosexualité, caractérisée par le sentiment éprouvé par un sujet d'appartenir au sexe opposé au sien et le désir intense, souvent obsédant, de changer de sexe ». Dictionnaire médical de MANUILA (A) et NICOULIN (M), Paris, édition MASSON, 1994.

<sup>101</sup> CHILAND (C) : Le transsexualisme, Que sais-je, Paris, PUF, 2003, p. 33 et p. 63.

<sup>102</sup> 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 « transsexuel » « 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>103</sup> Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991

L'intersexuel est tantôt traité mâle comme femelle, femelle comme mâle ou mixte, voire comme catégorie transitoire.<sup>104</sup>

Parallèlement, dans un jugement rendu par le Tribunal de première instance de Gafsa, le juge a explicitement employé le mot intersexuel en se basant sur le rapport d'expertise qui a établi que l'enfant du requérant souffrait d'une anomalie sexuelle مرض غموض الجنس et que sa demande de changement de la mention sexe n'était pas formulée suite à un changement volontaire de sexe.<sup>105</sup>

Cas de force majeure, cette situation est involontaire car permet de modifier le sexe suite à une maladie dès la naissance.

Selon cette décision l'intersexualité est une maladie, dès lors l'intersexuel n'est pas une catégorie sociale, mais un malade qui nécessite une intervention chirurgicale décidée par ses parents.

Or, le fait que l'enfant n'a aucun rôle dans une décision concernant le choix de son sexe suite aux interventions chirurgicales. C'est continuer à faire entrer de force les individus intersexuels dans l'un ou l'autre sexe, alors qu' « il ne s'agit pas d'une maladie mais de diversité sexuelle »<sup>106</sup>.

L'intersexuel appelé aussi hermaphrodite<sup>107</sup> qui selon **The Intersex**

<sup>104</sup> « الفقه الإسلامي ميز بين نوعين من الخنثى :

النوع الأول : الخنثى غير المشكل : وهو الشخص الذي يرجح فيه إما جانب الذكورة وإما جانب الأنوثة .  
النوع الثاني : الخنثى المشكل : وهو الشخص الذي لا يمكن أن ترجح فيه لأجانب الذكورة ولا جانب الأنوثة، بحيث يستوي فيه كلاهما معًا. ولا تثير حالة الخنثى غير المشكل أية مشكلة، حيث إنه يمكن أن يخضع للمعالجة، وأن استدعى الأمر، لإجراء عمليات جراحية تؤدي إلى ترجيح الجانب الغالب فيه بشكل نهائي، وتدخل هذه المعالجات الدوائية والجراحية في باب التداوي والتطبيب .

أما بالنسبة للخنثى المشكل، فالأمر ليس بهذه السهولة. من الرجوع إلى التعريف الذي أعطاه السادة الأحناف للخنثى يتبين لنا المعايير التي استند إليها هؤلاء العلماء لترجيح صفة الذكورة أو صفة الأنوثة لدى الخنثى . ولكن مع التقدم الطبي الهائل والثورة البيولوجية الجزيئية والهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين ، أجاز علماء الشريعة الرجوع إلى الخبرة الطبية لتحديد الصفة الغالبة لدى الخنثى. « فواز صالح : جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري. مجلة جامعة دمشق. المجلد 19 العدد الثاني 2003 ص.57

<sup>105</sup> « وحيث بالاطلاع على موضوع الطلب ومؤيداته وخاصة منها تقرير الاختبار الطبي المشار اليه تسرب خطأ بخصوص الحالة المدنية في خصوص جنسه إذ تم تسجيله على أنه يدعى سكيينة من جنس الاناث بناء على عدم ظهور ملامحها البدنية والجنسية كما ينبغي في البداية وبعد ذلك وبعد أن قام الأطباء باجراء عملية تجميلية عليه دون أن تكون تعلقت بتغيير جنسه تأكد بشكل تام أنه ذكر. « حكم ابتدائي مدني، المحكمة الابتدائية بقفصة عدد 54406 بتاريخ 12 فيفري 2007. غير منشور

<sup>106</sup> BORRILLO (D) : L'intersexualité et l'état des personnes : Le droit face à l'identité du genre, Gesellschaft, juin 2014, forum 341, pp.7-9.

<sup>107</sup> Expression à connotation négative car elle renvoie au mythe. « The mythological term "hermaphrodite" implies that a person is both fully male and fully female. This is a physiologic impossibility. The words "hermaphrodite" and "pseudo-hermaphrodite" are stigmatizing and misleading words ». ISNA: [http://www.isna.org/faq/what\\_is\\_intersex](http://www.isna.org/faq/what_is_intersex)

**Society of North America (ISNA)** renvoie à un terme signifiant que la personne est mâle et femelle au même temps alors que cela est impossible. Elle considère aussi, que c'est une expression stigmatisant cette catégorie de personnes.

Par conséquent, **ISNA** opte pour l'expression intersexuée et qui renvoie aux personnes ayant des caractéristiques sexuelles biologiques équivoques.

Ainsi, aborder le sujet de changer son corps permet de distinguer entre des termes qui sont proches mais ayant différents sens.

D'abord, le transsexualisme repose sur une discordance subie et donc pathologique. La personne est atteinte du désir obsessionnel d'appartenir à l'autre sexe.

Elle souffre d'une discordance radicale entre sa conformation physique et son identité sexuelle. Cela permet aussi de distinguer le transsexualisme des autres états, l'homosexualité et l'intersexualité.<sup>108</sup>

Ensuite, l'homosexuel n'a pas la volonté d'appartenir morphologiquement à l'autre sexe. L'intersexuel par contre, nécessite une intervention médicale afin de faire prédominer l'un ou l'autre sexe. L'intersexuel souhaite mettre fin à une ambiguïté sexuelle, alors que le transsexuel souhaite changer son corps car il ne se sent pas dans son corps. Il s'agit d'« une femme prisonnière dans un corps d'homme ou un homme prisonnier dans un corps de femme »<sup>109</sup>. Il ne souffre pas d'un trouble mental.

L'homosexuel n'a pas la volonté de changer, il revendique le respect de son identité sexuelle.

**En outre, changer son corps ramène à s'interroger si un droit à être différent existe ?**

Vu les discriminations, violences et menaces subies par les personnes qui changent leurs corps (intersexuel ou transsexuel), un cadre juridique de protection s'impose notamment au nom du respect de la dignité et de l'intégrité physique et morale telle que prévu par la Constitution et les instruments internationaux des droits de l'Homme.

La jurisprudence tunisienne semble adopter une attitude de repli

<sup>108</sup> VASSEUR-LAMBRY (F) : *La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme*. L'Harmattan, 2000, pp. 50-51.

<sup>109</sup> CHILAND (C) : *Le transsexualisme*, Que sais-je, Paris, PUF, 2003, p. 25.

conservateur. Par exemple, le juge a peur que la cellule familiale ne soit l'objet d'un doute car Sami ne pourra pas se marier et avoir d'enfants, même si le but du mariage, reconnaît-il, n'est pas la procréation.<sup>110</sup>

Procéder au cas par cas pour décider du changement du sexe est une affaire sensible qui nécessite non seulement la vérification de certains critères, mais, aussi de limiter la possibilité de changer son corps de peur des abus.

« Le corps balance ainsi continuellement entre disposition individuelle et indisposition sociale »<sup>111</sup>.

C'est la raison pour laquelle et même si la jurisprudence autorise le changement du sexe, cela est considéré comme une exception et non pas comme principe ni un droit. En plus, le refus est basé sur le droit musulman. Le juge ne s'intéresse pas autant aux valeurs universelles des droits de l'Homme telles que la dignité humaine ni au principe protégeant le corps humain qui est l'inviolabilité du corps humain.

En se référant au jugement du Tribunal de première instance de Ben Arous<sup>112</sup>, on remarque que le juge accepte le changement de sexe basé sur l'élément biologique, c'est-à-dire sur la base d'un rapport d'expertise dans lequel l'expert montre à quel sexe le requérant appartient. Par contre, l'élément psychologique a été rejeté par le Tribunal en tant qu'élément pour changer le sexe, au motif qu'il permet à l'individu de changer de sexe comme il veut, quand il veut.

**En étudiant ces décisions qui ne sont pas nombreuses, en ce qui concerne ce sujet de choisir son corps ou de changer de sexe. D'où se pose la question : est ce que l'individu est maître de son corps ?**

Choisir son corps sur la base d'une **anomalie/ambiguïté identitaire est interdit (I)**. Tandis que choisir son corps sur la base d'une **anomalie/ambiguïté sexuelle (II)** est permis selon des conditions et à titre d'exception.

<sup>110</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

<sup>111</sup> MOULIN (A.M): Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps, KARTHALA Editions, 2013, p. 253

<sup>112</sup> Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991, p. 127.

## Choisir son corps sur la base d'une anomalie / ambiguïté identitaire est interdit

Suite aux interventions chirurgicales sur le corps qui visent le changement du sexe, la personne en question demande le changement de la mention « sexe » sur l'acte de naissance. Le juge examine la demande de rectification si elle est bien fondée, peut refuser de rectifier l'acte de naissance selon certains critères.

Il importe de vérifier les critères de l'interdiction du changement du sexe (A), avant de passer à ses fondements (B).

### A. JUDICARISER ET MÉDICALISER LE CHANGEMENT DE L'ÉTAT CIVIL

L'indisposition sociale du corps relève du fait que l'individu ne peut pas faire ce qu'il veut de son corps. Alors que la demande du transsexuel est basée sur le refus de sa masculinité ou de sa féminité, en d'autres termes c'est d'échapper à la normalisation sociale et le désir de se constituer sa propre norme.

Il s'agit d'un désir intense d'appartenir au sexe opposé. Depuis l'enfance, le transsexuel dispose d'un sexe psychologique qui est opposé à son sexe génétique et social. Pour l'aider, il accède à des traitements hormonaux et chirurgicaux modifiant son appartenance social et afin de demander au juge le changement de la mention « sexe » sur l'acte de naissance. Le juge se réfère à des critères pour répondre à la demande du requérant. C'est ainsi qu'il rejette le critère psychosocial (1) au profit d'autres critères (2).

#### 1/ Le rejet du critère psychosocial

« Le corps ne peut être séparé de la personne dont il fait partie intégrante. Mais, l'Homme est en effet plus qu'un corps bénéficiant d'une relative liberté cultivant des valeurs et « maître » de sa destinée. »<sup>113</sup>

Le simple fait de se sentir mal dans son corps, et d'avoir le désir d'appartenir au sexe opposé ne donne pas automatiquement le droit de changer son sexe.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> SAADI (N) : Le corps humain : Interpénétration du sacré et du profane dans le droit positif Algérien. In Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2009, p.19.

<sup>114</sup> ALESSANDRIN (A) : « Du « transsexualisme » à la « dysphorie de genre » : ce que le DSM fait des variances de genre », Socio-logos [En ligne], 9 | 2014, mis en ligne le 29 avril 2014, consulté le 16 novembre 2015. URL : <http://socio-logos.revues.org/2837>. Ce syndrome a été défini en 1982 par le professeur KÜSS comme « le sentiment profond d'appartenir au sexe opposé » à celui qui est génétiquement, anatomiquement et juridiquement le sien, accompagné du « besoin intense et constant de changer de sexe ».

En effet, les personnes transsexuelles ne peuvent pas obtenir leur changement d'état civil à moins de se prêter à un examen psychiatrique 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.

Ceci veut dire que le recours à ces opérations doit venir en dernier ressort comme une solution ultime.<sup>115</sup>

En examinant les décisions rendues par les tribunaux, on note que le juge rejette la demande de changement de la mention sexe basée sur le critère psychosocial.

D'abord, le juge considère que le changement volontaire du sexe est artificiel.

Ensuite, la Cour a même estimé que le critère psychosocial encourage ce qu'elle qualifie d'effémination artificielle qui induit à disposer de son corps de telle sorte qu'il permettra à l'individu de changer son corps quand il veut et comme il le souhaite.<sup>116</sup>

La Cour rejette alors toute intervention chirurgicale ou prise de médicaments dans le but de changer de sexe.

Enfin, dans l'affaire du Tribunal de première instance de Ben Arous, le juge a également considéré que le fait que la fille soit née avec un sexe ambigu

---

<sup>115</sup> « *L'article 40 du code civil turc subordonne l'autorisation des actes médicaux de conformation sexuée à cinq conditions : 1° être âgé de moins de 18 ans, 2° ne pas être marié, 3° être de manière définitive dans l'incapacité de procréer, 4° avoir une « prédisposition transsexuelle » et 5° avoir besoin d'un changement de sexe pour protéger sa santé psychologique. S'agissant de la preuve de ces conditions, il convient de préciser que les deux dernières doivent être attestées par un rapport établi par un établissement de santé et de recherches. Ce n'est qu'une fois ces actes médicaux réalisés, que la rectification des registres d'état civil est ordonnée par le juge, à la vue toutefois d'une nouvelle attestation médicale, certifiant que les actes de conformation ont bien été réalisés en conformité avec l'autorisation judiciaire et les techniques médicales.* »

MORON-PUECH (B) : Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015. La Revue des droits de l'Homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 15 novembre 2015. URL : <http://revdh.revues.org/1076>

<sup>116</sup> « *وحيث أن المعيار النفساني الإجتماعي يشجع على التخث الاصطناعي... إضافة إلى أنه يسمح بالتصرف في الجسم البشري لكونه يمكن الشخص من تغيير جنسه كيف ومتى شاء و هو ما يتنافى والقانون الوضعي و الشريعة الإسلامية...» «غموض جنس المقام في حقها لم يكن بفعل فاعل و لا بصورة اصطناعية مثلما يحدث بالمجتمعات الغربية من عمليات جراحية أو تناول لمواد كيميائية بل أنه أمر طبيعي...»*

Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991, p. 127.

c'est un fait de la nature.<sup>117</sup>

En outre, la Cour de cassation 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>118</sup> en proposant au requérant de recourir à un examen psychique que de recourir à des opérations de réassignation sexuelle, simplement en se basant sur son désir d'appartenir au sexe opposé.<sup>119</sup>

**Or, cet argument est relatif et mal fondé puisque selon l'éthique médicale, l'individu doit consentir à toute intervention médicale. Puis, sur quel rapport d'expert le juge s'est basé pour décider qu'il fallait mieux que le requérant subisse un traitement psychologique ?**

Les transsexuels ont besoin d'une assistance « psychologique » à long terme pour optimiser le traitement par des hormones de l'autre sexe<sup>120</sup>.

Mais, il faut aussi rappeler que les principes de Yogyakarta prévoient que : Par contre, les caractères judiciairisés et médicalisés des procédures de changement du sexe attestent de la sévérité de la jurisprudence dans le traitement des cas de changement de sexe.

Dans le même sens de l'affaire de Sami, une affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme dans laquelle la Turquie était la partie

---

<sup>117</sup> Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991, p. 127. Il ne s'agit pas ici comme dans l'affaire Sami d'un transsexuel mais dans cette affaire le demandeur faisait état d'une erreur matérielle à propos de son sexe réel survenue en raison d'une ambiguïté pathologique de ses organes génitaux externes. Ce qui confirme que les juges rejettent la demande de changement de la mention sexe basée sur une ambiguïté identitaire.

<sup>118</sup> « وحيث أن الجنس المثبت بدفاتر الحالة المدنية للشخص لا يمكن أن يكون مجاريا لنزوات الشخص و رغباته الشخصية أو أمراضه النفسية ».

Arrêt cassation civil, n°2828 du 15 décembre 2005 cité par JELASSI (R) : Le corps humain en droit civil. CPU 2013, pp. 361-363.

<sup>119</sup> « و الحل الأنسب يكون في العلاج النفسي الذي يحقق تصالح الفرد مع ذاته كما خلقها الله و الرضا بوضعه الجسدي.»

<sup>120</sup> Le fait d'être convaincu qu'il ou qu'elle est en réalité un membre du sexe opposé, est associé à une impulsion irrésistible d'être adapté hormonalement et chirurgicalement à ce sexe.

« L'autodiagnostic est confirmé par le bilan psychologique, qui comprend une période d'essai, le test de la vie réelle. Cette période, qui débute avec le traitement hormonal et consiste à faire vivre socialement aux sujets la vie du sexe désiré ».

SCHILL (W-B), MIEUSSET (R), COMHAIRE (F.H.), HARGREAVE (T.B.): traité d'andrologie à l'usage des cliniciens, Springer Science & Business Media, 2008, p. 19.

défenderesse<sup>121</sup>, Y.Y. le requérant qui a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme, s'était toujours considéré appartenir au sexe masculin et avait vécu sa vie comme tel.

Lorsqu'il avait saisi le Tribunal de grande instance de Mersin (Turquie) dans le but d'obtenir l'autorisation de recourir à une opération de changement de sexe.

Le Tribunal avait refusé de lui accorder une telle autorisation, en se basant sur des rapports médicaux selon lesquels Y.Y n'était pas, de manière définitive, dans l'incapacité de procréer et ne répondait dès lors pas à l'une des exigences de l'article 40 du Code civil turc.

Le gouvernement turc a maintenu sa position devant la Cour européenne des droits de l'Homme en invoquant l'article 40 du code civil turc qui subordonne l'autorisation des actes médicaux de conformation sexuée à cinq conditions : « **1** : être âgé de moins de 18 ans, **2** : ne pas être marié, **3** : être de manière définitive dans l'incapacité de procréer, **4** : avoir une « prédisposition transsexuelle » et **5** : avoir besoin d'un changement de sexe pour protéger sa santé psychologique ».

Deux types d'arguments ont été avancés pour rejeter le changement de sexe basé sur le désir d'appartenir au sexe opposé. Ces arguments visent tantôt la protection d'intérêt général, tantôt la protection des intérêts de l'individu.

Un premier but, lié à l'intérêt général serait d'éviter la banalisation des interventions chirurgicales, lesquelles « seraient dangereuse eu égard tant à leur caractère irréversible qu'à un possible détournement des possibilités médicales à cet égard par certains milieux », dont la prostitution. Le même intérêt général impliquerait également, selon le Gouvernement turc, d'encadrer les actes médicaux de conformation sexuée afin d'« éviter les opérations inutiles ». Ensuite, le Gouvernement turc invoque la protection des intérêts de l'individu car, premièrement, les actes médicaux de conformation sexuée ne leur permettent pas d'acquérir tous les caractères du nouveau sexe ; deuxièmement, ces actes impliquent

---

<sup>121</sup> La Cour Européenne des Droits de l'Homme, Arrêt Y.Y. c. TURQUIE (Requête no 14793/08) du 10 mars 2015.

La Cour a appliqué l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme : le droit au respect de la vie privée et familiale.

la perte de la capacité de procréer et, troisièmement, le requérant risque de regretter de tels actes.<sup>122</sup>

A l'encontre de la Turquie, le juge tunisien ne semble être attaché ni à l'intérêt individuel ni à l'intérêt général. Mais plutôt à savoir si l'acte chirurgical de changer son sexe est contraire à la religion ou non.

Dans l'affaire Sami, le juge cite un verset du Coran « Dieu sait ce que porte chaque femelle et la durée de la gestation. Toute chose est mesurée par lui ». Selon le juge Sami aurait forcé la volonté divine qui fixe l'ordre immuable des choses.

L'arrêt reprend notamment un Dit du Prophète : « Dieu maudit les hommes qui se prennent pour des femmes et les femmes qui veulent ressembler aux hommes ».

En citant ces deux arguments, le juge conclut que « la malédiction ne frappe que le mécréant, l'hypocrite et l'hérétique », il pense ainsi assimiler Sami à l'une de ces trois catégories.

A l'instar de l'arrêt de la Cour de cassation de 2005 susmentionné<sup>123</sup>, dans l'affaire Sami, le juge rejette le critère psychosocial en invitant le requérant à consulter un psychiatre afin de regagner l'équilibre de sa personnalité. Il estime aussi que le changement subi sur le corps de Sami est artificiel.<sup>124</sup>

Selon M. REDISSI en commentant les arguments avancés par la Cour dans cette affaire, « Le juge s'acharne à invoquer des règles et un corpus qu'il applique abusivement à un cas dont il n'a pas la loi. C'est dire combien il est urgent pour le juge d'être à l'écoute du monde nouveau, celui de la percée de la génétique et d'une éthique qui tente de poser des limites à la science sans contrevenir au principe de la liberté ».<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Voir aussi : MORON-PUECH (B): Conditions du changement de sexe à l'état civil: le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015. La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 15 novembre 2015. URL : <http://revdh.revues.org/1076>

<sup>123</sup> Arrêt cassation civil, n°2828 du 15 décembre 2005 cité par JELASSI (R) : Le corps humain en droit civil. CPU 2013, pp. 361-363.

<sup>124</sup> « وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفسي لكسب توازن في شخصيته. بل تسرع لاجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جسده ». 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>125</sup> 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) : Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps KARTHALA Editions, 2013, pp. 247-248.

Rejeter le critère psychosocial semble éluder l'intention du juge à accepter qu'un individu choisisse son corps. Qu'en est-il des autres critères ?

## 2/ Les autres critères « retenus » pour le changement de l'état civil

Plusieurs auteurs soulignent la pluralité des critères employés pour déterminer le vrai sexe d'une personne. L'anatomie (pénis/vagin), les gonades (testicules/ovaires), les hormones (testostérone/œstrogène) et l'ADN (chromosomes XY/XX).<sup>126</sup>

Malgré ces critères, le sexe a été redéfini en prenant en compte des marqueurs chromosomiques et hormonaux, la présence de gonades, des organes génitaux externes et internes, mais aussi des caractéristiques physiques secondaires (poitrine, pilosité, forme des hanches...) et des capacités particulières (porter les enfants, pénétrer un orifice...). Mais, ces caractéristiques restent insuffisantes pour déterminer ou définir d'une manière décisive le sexe.<sup>127</sup>

Dans l'affaire de l'intersexuel examinée par le Tribunal de Première Instance de Ben Arous<sup>128</sup>, le juge se réfère aux critères de détermination du sexe tels que présentés par la doctrine en droit comparé. Il commence par éliminer comme on l'a mentionné, le critère psychosocial. Celui-ci se rapporte à ce qu'on appelle « le sexe psychosocial ou psychologique sous-entendu comportemental ».<sup>129</sup>

Lorsqu'il s'agit du transsexualisme, une discordance s'établit entre le sexe anatomique et le sexe psychologique. C'est lorsque la personne éprouve un sentiment irréversible et profond d'appartenance au sexe opposé. C'est le cas qui est exclu par les juges tunisiens lorsqu'ils sont sollicités pour changer la mention sexe sur l'acte de naissance.

<sup>126</sup> Voir FAUSTO-STERLING (A) : *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality* Basic Books, 2000, LOWY (I) : *Intersexe et transsexualité: les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique et du sexe social*. Cahier du genre, 34, 2003, DORLIN (E) : *Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique, raisons politiques*, 18, 2005.

<sup>127</sup> BERENI (L) et CHAUVIN (S) : *Introduction aux Gender Studies: Manuel des études sur le genre* De Boeck Supérieur, 7 nov. 2008, p. 33.

<sup>128</sup> Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991, p.127.

<sup>129</sup> DELMAS (G) (Sous la direction de) : *Le traitement juridique du sexe: actes de la Journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public (IEDP)*, 6 novembre 2009 Institut d'études de droit public. Journée d'Études, Harmattan, 2010, p.13.

Dans le même jugement, le juge cite le critère morphologique qui détermine le sexe apparent, celui qui dépend essentiellement des caractères sexuels secondaires.

Le juge retient enfin, le critère biologique qui détermine le sexe chromosomique, suivant un examen effectué dans des laboratoires de génétique médicale.<sup>130</sup>

Il rejoint un arrêt de la Cour de cassation française qui adopte l'idée selon laquelle, la réalité juridique est indissolublement liée à la réalité biologique.

« Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération la modification artificielle des attributs du sexe, consécutive à une intervention chirurgicale. Il s'ensuit qu'une telle modification ne saurait fonder une action d'état tendant à faire remplacer, dans un acte de naissance, la mention « sexe masculin » par celle de « sexe féminin » ». <sup>131</sup>

Or, cet arrêt a été dépassé par la Cour de cassation française réunie en Assemblée Plénière, qui décida 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 l'état civil indique désormais le sexe dont la personne a l'apparence ». <sup>132</sup>

En effet, la Cour de cassation française retient le critère morphologique en acceptant de changer la mention sexe sur l'acte de naissance du seul fait de l'apparence physique changée suite à une intervention médico-chirurgicale.

Il en est de même du juge libanais qui a rejoint cette démarche qui prend

---

<sup>130</sup> « و حيث يوفر المعيار البيولوجي لرجل القانون الحل الموضوعي و الدقيق فلا هو ضيقا كالمعيار المرفولوجي ولا واسعا

حد التمييز كالمعيار النفسي و الإجتماعي و بناء على ذلك ترى المحكمة من الوجيه الأخذ بالكشوف الطبية...»  
Jugement du T.P.I. de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991, p. 127.

<sup>131</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 décembre 1975 Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 n° 374, p. 312.

<sup>132</sup> AP 11/12/1992, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, 01/02/1993, n°13, p. 27.

en considération le critère morphologique et en acceptant la demande d'un(e) transsexuel(le) de changer la mention sexe sur son acte de naissance. Les juges libanaises, toutes des femmes dans cet arrêt rendu en 2015,<sup>133</sup> ont retenu l'ambiguïté identitaire comme fondement pour autoriser de changement de la mention sexe dans l'acte de naissance.

La juge a estimé que « la dualité entre la réalité issue d'une condition médicale et celle du registre civil est une erreur qui peut être corrigée » et que « la personne a droit au respect de sa vie personnelle ». Elle a également décidé : « le droit de la personne à recevoir les traitements nécessaires afin de pallier la souffrance résultant d'une maladie physique ou psychique est un droit fondamental et naturel que nul ne peut ôter ».<sup>134</sup>

La position du juge libanais dans cette affaire s'inscrit dans la logique de la protection du corps nonobstant que la souffrance est basée sur le physique ou sur le psychique.

Sauf que, le corps est non seulement protégé en lui apportant des soins mais aussi en interdisant certains traitements.

<sup>133</sup> Cour d'appel, civil, Beirut, 03/09/2015 arrêt n°2015/1123 publié à l'Agenda juridique du 11/01/2016

Les juges étaient : Jeannette HANNA, Nadine GERMANOS et Hela NAJA.

Les faits d'espèce : Le plaignant, un transsexuel, né femme, avait d'abord présenté un recours en première instance, réclamant un changement de sexe afin de passer du statut de « femme » à celui d'« homme », sur le registre d'état civil. Sa demande ayant été rejetée par le tribunal civil de première instance de Beyrouth, le 3 décembre 2014, l'individu avait interjeté appel. Le juge avait estimé que « les traitements hormonaux, chirurgicaux et psychiques suivis intentionnellement par la personne concernée n'avaient pas pour but de soigner un défaut ou une dualité sexuelle, mais avaient plutôt eu pour conséquence d'altérer son identité sexuelle et de provoquer cette dualité ».

<sup>134</sup> « و حيث يستفاد مما تقدم أن تحول المستأنفة إلى رجل تبعاً للعلاجات الهرمونية و العمليات الجراحية التي خضعت لها يعود بسببه إلى حالة مرضية نفسية لازمتها منذ طفولتها و لم يكن هناك من وسيلة لشفاؤها منها الا بالعلاج الهرموني و بالجراحة التي أدت بالنتيجة إلى تحولها إلى رجل. »

« و حيث أن تحول جنس المستأنفة يكون بالتالي ناتجا عن عمل طبي ضروري لشفاؤها و لتخليصها من المعاناة التي رافقتها طيلة حياتها. » « وأوراقها الثبوتية الرسمية تختلف في ظاهرها عن هويتها الفعلية... يشكل تعرضها غير مبرر لخصوصية حياتها الشخصية. »

## B. LES FONDEMENTS DE L'INTERDICTION

Interdire à l'individu de choisir son corps ou de changer de sexe vise la protection du corps contre toute atteinte à l'intégrité physique (1), car le corps est inviolable. Dès lors, il est inconcevable de d'attribuer un droit de choisir son corps. Cette interdiction découle notamment du principe de l'immutabilité de l'état civil (2).

### 1/ L'inviolabilité du corps humain

La multiplication des opérations de changement de sexe peut induire à la banalisation des chirurgies, qui sont dangereuses et irréversibles.

Pour insister sur le caractère dangereux de ces opérations, une partie de la jurisprudence française pose des conditions afin d'accepter le changement de la mention sexe sur l'acte de naissance.

Deux arrêts de la première chambre civile du 7 juin 2012. Cette chambre énonce dans les deux arrêts le même attendu de principe : « attendu que pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence »<sup>135</sup>. La Cour de cassation a en fait refusé dans ces deux arrêts le changement de sexe.

Cet argument est nuancé puisque, ce qui doit être irréversible est la transformation de l'apparence. Or, l'apparence fait référence dans le langage courant à ce qui est ostensible et visible. L'apparence renvoie en effet à l'aspect qui nous apparaît d'une personne, la manière dont elle se présente à nos yeux. On sait bien que l'opération a porté sur les organes sexuels qu'on ne va pas voir.

Dans une décision adoptée dans les affaires Goodwin et I. c. Royaume-Uni<sup>136</sup>, la Cour européenne des droits de l'Homme a établi que le refus du Royaume Uni de reconnaître le changement de sexe de l'intéressé et le droit

---

<sup>135</sup> Civ. 1ère, 7 juin 2012, 2 arrêts, D. 2012, p. 1648, note F. Vialla ; JCP 2012, 753, note Ph. Reigné.

<sup>136</sup> C.E.D.H., GOODWIN c. Royaume-Uni (Requête no 28957/95) 11 juillet 2002.

Ressortissante britannique née en 1937, la requérante est une transsexuelle opérée passée du sexe masculin au sexe féminin. Affaire disponible sur le site web de la Cour <http://hudoc.echr.coe.int/>

au mariage conformément au genre acquis constituaient respectivement une violation de l'article 8 et de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H.L.F.).

Les deux requérants se sont plaints de la non-reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle et du statut juridique des transsexuels au Royaume-Uni. Ils ont relevé en particulier leur impossibilité de se marier en raison du refus de l'État de modifier le registre des naissances. Dans son raisonnement, la Cour a souligné que, d'une part, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société et, d'autre part, que les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour n'était, par conséquent, pas convaincue que l'on puisse continuer d'admettre que les termes «un homme et une femme» à l'article 12 de la C.E.D.H.L.F. impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques et, partant, n'a vu aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier. Dans cette affaire, la Cour a également réduit la vaste marge d'appréciation dont disposaient auparavant les États à l'égard des transsexuels en attachant «moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques, qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés».<sup>137</sup>

Un autre argument qu'on trouve dans l'affaire Sami considère que telles opérations pourront interdire à l'individu de se marier ou de former une famille.

Cependant, le principe de l'inviolabilité de l'intégrité physique ne peut pas servir de base pour refuser à l'individu son droit aux soins ainsi que le droit à la santé tel que prévu par l'article 38 de la Constitution du 27 janvier 2014.

En plus, ce qui doit être interdit ce sont les abus médicaux et non pas l'accès aux soins.

---

<sup>137</sup> Point 85 de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, GOODWIN c. Royaume-Uni.

Conformément aux Principes de Yogyakarta préalablement dégagés par 25 pays :<sup>138</sup> « Nul ne peut être forcé de subir une quelconque forme de traitement, de protocole ou de test médical ou psychologique, ou d'être enfermé dans un établissement médical, en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre. En dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées ».

Notamment, l'exigence de réassignation sexuelle totale et le recours à une expertise sont condamnés, considérés comme violant l'intégrité physique de la personne, et en ce sens contraire à l'article 8 de la C.E.D.H.L.F.

En somme, Il faut concilier entre la protection de l'intégrité physique contre les abus médicaux, mais au même temps ouvrir l'accès aux soins aux individus sans porter atteinte à l'intégrité physique.

Les opérations médico-chirurgicales effectuées par des personnes en vue de changer leur sexe initial se voient par la suite revendiquer le changement du prénom initial ainsi que la mention sexe dans l'acte de naissance, ce qui fait que le principe de l'immutabilité de l'état civil est remis en question.

## 2/ L'immutabilité de l'état civil : entre rigidité et assouplissement

L'importance de la tenue de l'état civil ressort de la valeur essentielle reconnue pour la sincérité des actes de l'état civil, d'où la rigidité du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (a). Or, avec les avancées médicales il est devenu possible d'assouplir l'application de ce principe (b) en autorisant certaines atteintes au corps de la personne voire d'une suppression, du contrôle judiciaire de l'intérêt « légitime » à changer de sexe.

### a. Rigidité du principe de l'immutabilité de l'état civil

L'indisponibilité de l'état civil des personnes est un principe, car il est intimement lié à l'ordre public.

---

<sup>138</sup> Les Principes de Yogyakarta. Ces principes ont été dégagés au niveau mondial en 2006 et portent sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. V. not le principe 18. <http://www.yogyakartaprinciples.org/>

Sachant que « l'acte de naissance énoncera le sexe de l'enfant »,<sup>139</sup> l'affaire Sami dans laquelle le juge a refusé de changer la mention du sexe sur l'acte de naissance non pas en raison de ce principe, mais car Sami est considéré être en violation de l'héritage civilisationnel et qu'il menaçait l'institution de la famille.<sup>140</sup>

Le juge a également considéré que son rôle n'est pas de garantir le droit d'une façon absolue, mais tout en respectant la loi et l'ordre public. Il conclut que Sami en se faisant opérer pour changer de sexe a commis un acte contraire à l'ordre public.

Ce principe a été consacré dans un arrêt plus récent. En effet, la Cour de cassation a affirmé que « le principe de l'immutabilité et de l'indisponibilité de l'état civil est un principe fondamental du droit tunisien et (que) les exceptions par la loi relatif à l'état civil ont un caractère restrictif et ne font que confirmer la règle initiale ». <sup>141</sup> Néanmoins, cet arrêt n'a pas cité la notion de l'ordre public.

L'exception, c'est que toute modification de la mention du sexe sur les actes d'état civil est admise, sous certaines conditions.

C'est ainsi que « le droit des personnes est un domaine privilégié d'intervention de l'ordre public. Ici plus qu'ailleurs, l'ordre public est la règle. Il préserve la liberté et l'intégrité des personnes. Il fixe également les contours de leur condition juridique ». <sup>142</sup>

Cette exception apportée à l'indisponibilité et l'immutabilité de l'état civil des personnes est appliquée par la jurisprudence lorsqu'une erreur s'est produite lors de la déclaration du nouveau-né à l'état civil par ses parents. Par la suite, les parents demandent la rectification de cet acte auprès du juge.

<sup>139</sup> Article 26 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957, réglementant l'Etat civil. JORT n° 2 et 3 des 30 et 2 août 1957.

<sup>140</sup> « الخوف من رؤية أمهطة من التنظيم الاجتماعي مثل العائلة محل تساؤل. مما يشكك في توصل القواعد الثابتة التي تنظم المجتمعات والموروث الحضاري الذي تؤمن به الشعوب ».

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

<sup>141</sup> « و حيث أن مبدأ استقرار الحالة المدنية و عدم جواز المساس بها مبدأ أساسي في القانون التونسي كرسه و الاستثناءات التي نص عليها المشرع صلب قانون الحالة المدنية هي استثناءات حصرية تؤكد القاعدة الأصلية. »

Arrêt cassation civil, n°2828 du 15 décembre 2005 cité par JELASSI (R) : Le corps humain en droit civil. CPU 2013, p.361.

<sup>142</sup> Voir HAUSER (J) et LEMOULAND (J-J) : Répertoire de droit civil Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs, no 90, mars 2004.

En effet, « La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le Président du Tribunal de Première Instance de la circonscription dans laquelle l'acte a été dressé, ou par son suppléant ». <sup>143</sup> Simplement, il faut que le demandeur prouve l'erreur afin d'obtenir la rectification de la mention sexe sur l'acte de naissance. <sup>144</sup>

Dans un jugement rendu par le T.P.I. de Gafsa <sup>145</sup>, le requérant affirme d'abord, qu'il a donné naissance à un enfant à l'hôpital régional de Gafsa le 31 juillet 2007. Ensuite, il a fait la déclaration de naissance à la commune de Gafsa. Puis, un acte de naissance a été établi, dans lequel il a été mentionné qu'il s'agissait d'un enfant de sexe féminin.

Or, après peu de temps, il s'est avéré que l'enfant souffrait d'une dichotomie sexuelle (**les nouveau-nés présentant un sexe génital et gonadique ambivalent**). En effet, il était impossible de préciser au début qu'il était de sexe masculin ou féminin. L'enfant a été soumis à des tests médicaux à l'hôpital des enfants. Suite aux interventions chirurgicales, il s'est avéré que l'enfant est de sexe masculin et non pas de sexe féminin. Dès lors, le parent demande au juge de rectifier le sexe sur l'acte de naissance.

Le tribunal a considéré que suite à la chirurgie esthétique que l'enfant a subie, sans qu'elle ait pour but de changer le sexe. Il a été confirmé par l'expertise médicale qu'il s'agissait d'un garçon. Il a autorisé la rectification de l'acte de naissance.

Dans une affaire similaire, sauf que la seule différence est que le requérant a demandé le changement de sexe à un âge adulte. Il s'agit d'un cas entre l'ambiguïté identitaire et sexuelle. Car le requérant né fille, il commence à se sentir homme à la puberté.

Il relève des faits d'espèce, que Fatma est née avec l'apparence et les caractéristiques anatomiques d'un enfant de sexe féminin, le requérant va constater à sa puberté, les différences relativement visibles qui commencent à l'opposer à ses camarades filles. Souffrant de l'ambiguïté

---

<sup>143</sup> Article 63 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957 réglementant l'Etat civil. JORT n° 2 et 3 des 30 et 2 août 1957.

<sup>144</sup> Article 13 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957 réglementant l'Etat civil. JORT n° 2 et 3 des 30 et 2 août 1957 : « Toute personne pourra, sauf l'exception prévue à l'article 14 ci-dessous, se faire délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil des copies des actes inscrits sur les registres. Les copies, délivrées conforme aux registres, portant en toutes lettres la date de leur délivrance de leur délivrance et revêtues de la signature et du sceau de l'autorité qui les aura délivrées, feront foi jusqu'à inscription de faux ».

<sup>145</sup> Jugement, civil, T.P.I. Gafsa du 12 février 2007 n°54406 inédit.

de la situation, il finira par demander à subir des analyses génétiques, afin de déterminer son sexe réel. Le rapport d'expertise médicale établi à son sujet qualifie le cas de Fatma Mlaieh de « pseudo hermaphrodisme masculin ». C'est sur cette base qu'elle/il saisira le Tribunal de Première Instance de Tunis afin d'obtenir l'autorisation de modifier son acte de naissance en changeant de prénom, manifestation de son changement de sexe : de Fatma il veut désormais se dénommer Mohamed Ali. Le juge se basant sur le rapport médical, autorisa sur cette base Fatma à changer de prénom et de sexe sur l'acte de naissance.<sup>146</sup>

La Cour de cassation française va dans le même sens en considérant dans une affaire dont le motif est la rectification de la mention sexe sur l'acte de naissance, que le principe du respect dû à la vie privée justifie que l'état civil indique désormais le sexe dont la requérante a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification.<sup>147</sup>

#### b. Assouplissement du principe

Le principe de l'immutabilité de l'état civil a été largement assoupli dans certains pays tel que Malte qui a modifié depuis 2015 sa loi, afin de ne plus énoncer obligatoirement la mention sexe sur l'acte de naissance et de laisser à la personne le choix de le faire quand elle sera majeure. De cette manière, on n'attend plus du juge qu'il vérifie certaines conditions afin de décider sur la base d'un rapport d'expertise médicale de rectifier ou non la mention sexe. De même, la tendance est de plus en plus dirigée vers une déjudiciarisation et une démedicalisation du changement de l'état civil.

Ainsi, « toute personne citoyenne de Malte a droit à la reconnaissance de son identité de genre ; le développement libre de sa personne selon son identité de genre ; être traitée en accord avec son identité de genre et, en particulier, être identifiée de cette façon dans les documents établissant son identité ; et l'intégrité corporelle et l'autonomie physique. »<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Jugement civil T.P.I. Tunis du 24 juin 2013 n°88908, inédit.

<sup>147</sup> Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi no 91-11.900 et pourvoi no 91-12.373, Bull. 1992, Ass. plén., no 13, [2 arrêts].

<sup>148</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://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&Citimid=12312&l=1>

L'apport innovateur de cette loi est qu'elle s'applique à toutes les personnes transsexuelles et intersexuelles, en leur accordant un droit « absolu » à l'autodétermination de leur identité.

Cette loi supprime 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.

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.

Née, selon son médecin, avec un « vagin rudimentaire », un « micropénis », mais pas de testicules, cette personne souffre d'avoir été mise dans la case masculine dès sa naissance.

Le juge a décidé que, « le sexe qui a été assigné à sa naissance apparait comme une pure fiction, qui lui aura été imposée pendant toute son existence sans que jamais il ait pu exprimer son sentiment profond. »

C'est pourquoi conviendra-t-il d'ordonner que soit substitué dans son acte de naissance à la mention « de sexe masculin », la mention « sexe : neutre », qui peut se définir comme n'appartenant à aucun des genres masculin ou féminin, préférable à « intersexe » qui conduit à une catégorisation qu'il convient d'éviter et qui apparait plus stigmatisante. »<sup>149</sup>

Malgré les agressions, violences, meurtres et discriminations auxquelles sont exposés les intersexuels et les transsexuels, la modification de la loi maltaise et les deux décisions de la justice française et libanaise montrent que la situation de ces personnes est en train de s'améliorer sur le plan juridique. Cela a même ouvert l'accès à autoriser le choix de son corps.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Jugement, 2ème chambre civile, Tribunal de Grande Instance de Tours (Indre-et-Loire) 20 août 2015.

<sup>150</sup> Il faut par contre, mentionner l'adoption le jeudi 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 ».

## II. Choisir son corps sur la base d'une anomalie/ambiguïté sexuelle est autorisé

Lorsqu'on aborde le sujet du choix de son corps sur la base d'une ambiguïté sexuelle, on parle du changement du sexe involontaire. Ce cas qualifié par la jurisprudence comme naturel puisque le désir de changer n'est pas basé sur les caprices ni les décisions de la personne mais c'est le résultat d'une anomalie sexuelle dont le but est l'assignation d'un sexe. Alors que pour le transsexuel, le sexe est clair, du coup le changement est volontaire, basé sur sentiment plus qu'une réassignation. Choisir son corps dans le cas d'une ambiguïté sexuelle peut être opéré par la personne concernée afin de **protéger son corps (A)** et **d'être assistée lorsqu'il s'agit d'un enfant (B)**. Ces interventions chirurgicales exercées à la demande des parents de l'enfant et visant à modifier le sexe de l'enfant sont de plus en plus interprétées comme une attribution imposée du sexe de l'enfant.<sup>151</sup>

### A. CHOISIR SON CORPS SEUL POUR LE PROTÉGER

Protéger son corps dans le cas de nécessité [1] et car chaque individu a droit aux soins nécessaires [2].

#### 1/ Protéger le corps dans l'état de nécessité

Le changement de sexe se heurte à des principes fondamentaux du droit tels que l'indisponibilité du corps humain ou l'interdiction de la castration en l'absence de nécessité thérapeutique. Changer son sexe devient une nécessité lorsque la personne est en état de détresse et qu'elle n'a pas un autre moyen de surmonter sa souffrance psychique et physique qu'à travers une intervention médico-chirurgicale.

Le principe selon lequel la nécessité fait loi a été mise en œuvre par la jurisprudence dans les cas de changement de sexe. Le juge vérifie si les opérations médico-chirurgicales sont nécessaires ou non afin de décider à propos de la demande de l'individu de changer la mention sexe sur l'acte de naissance.

En effet, le juge tunisien en se référant au principe de la nécessité, reste fidèle à la jurisprudence musulmane qui n'accepte le changement de sexe qu'en cas de nécessité.

---

<sup>151</sup> Voir : KARKAZIS (K) : Fixing sex : Intersex, Medical authority, and lived experience, Durham : Duke University Press, 2008, pp. 3 et ss.

« La position théorique de l'Islam vis-à-vis de l'intégrité du corps... répugne à modifier l'œuvre du Créateur. Cependant, la médecine et en particulier la chirurgie sont appelées à intervenir dans l'intérêt du malade... sur la base du principe que la nécessité lève les interdits, la jurisprudence musulmane a ouvert le champ des interventions et aussi celui de la qualification bioéthique »<sup>152</sup>.

De même, le principe de la nécessité lève les interdits est constitué d'éléments qui doivent exister pour chaque personne qui change 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 étaler 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.

Ainsi, l'état de nécessité permet de contrevenir à ce que Dieu a interdit de faire. Par exemple, manger du porc ou la bête morte, consommer des boissons fermentées sont, non seulement des péchés moralement condamnés, mais en plus parfois assortis d'une sanction pénale. Néanmoins, en cas de nécessité (sécheresse, famine, maladie...) ces interdits, comme l'indique le Coran, deviennent licites. Pour le juge, Sami ne se trouve en aucun cas devant un danger imminent et grave et poussant à choisir un sexe plutôt qu'un autre.

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

En outre, la Cour considère qu'en dehors de l'état de nécessité, Sami souffrait d'un trouble psychique, dès lors il faut qu'il consulte un spécialiste et non pas changer son sexe.<sup>153</sup>

Par conséquent, choisir son corps pour le protéger « a été admis comme tel par la doctrine aux fins de protéger les intérêts matériels et moraux de la personne par rapport à son corps. Il trouve son fondement dans la

---

<sup>152</sup> MOULIN (A.M) : Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps KARTHALA Editions, 2013, p. 25.

<sup>153</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.»

liberté humaine... cette liberté ne se manifeste pas uniquement envers le monde extérieur, elle inclut toute la personne et même essentiellement son corps. »<sup>154</sup>

En effet, les opérations médico-chirurgicales de changement de sexe ne sont autorisées que dans le cadre des soins nécessaires qui assureront l'harmonisation entre les signes corporels apparents et le sexe assigné par le rapport de l'expert.<sup>155</sup>

En outre, ces interventions chirurgicales sont considérées dans l'arrêt Sami comme un acte artificiel dans le cas où l'objectif recherché est le changement volontaire de sexe.

Dans une affaire similaire, le Mufti de l'Egypte consulté sur le changement de sexe n'a pas considéré que l'acte subi par un « hermaphrodisme psychologique » comme artificiel, mais plutôt un acte de nécessité.

En 1982, un étudiant en médecine de l'université d'al-Azhar, Sayyid 'Abd Allâh, sollicite une psychologue auprès de laquelle il se plaint de dépression extrême. La psychologue l'examine et conclut à l'existence d'une perturbation de l'identité sexuelle du jeune homme. Après trois ans de traitement, elle décide, faute de pouvoir l'aider à stabiliser son identité masculine, de le renvoyer à un chirurgien pour subir une opération de changement de sexe.

Sayyid présenta à l'administration de l'état civil une requête en changement de nom.

Le Mufti de la République, rend une *fatwâ* (opinion juridique) sur la question. Celle-ci, délivrée le 8 juin 1988, conclut au fait que si le médecin a témoigné de ce qu'il s'agissait du seul remède possible à la maladie, ce traitement était autorisé.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> ARNOUX (I) : Les droits de l'être humain sur son corps. Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, p.191.

<sup>155</sup> « ولكن يجب أن لا يكون الهدف من إجراء مثل تلك العمليات هو تغيير الجنس، لأن العمليات الجراحية التي تؤدي إلى تغيير الجنس هي محرمة لأن فيها تعدياً على خلق الله وخروجاً على الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها . أما إذا كانت مثل تلك العمليات تشكل علاجاً ضرورياً كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة لدى المريض وبين الجنس الذي أثبتت الخبرة الطبية الموثوق بها أنه ينتمي إليها وفقاً لهذه المظاهر ولهذه التغيرات، فحكم مثل تلك العمليات أنها جائزة ولكن يجب وضع ضوابط لها .» . فواز صالح: جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري. مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003. ص.ص. 57-58.

<sup>156</sup> Voir l'affaire citée par DUPRET (B): Disposer de son corps Excision, virginité, transsexualisme et transplantation en droit égyptien. In MOULIN (A.M): Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps KARTHALA Editions, 2013, pp. 257-258.

Parallèlement, au Liban la Cour d'appel a autorisé le changement de sexe en cas de nécessité d'un individu souffrant d'un trouble psychique et identitaire.<sup>157</sup>

La juge avait 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 ». La juge a ajouté que « la dualité entre la réalité issue d'une condition médicale et celle du registre civil est une erreur qui peut être corrigée.»

Ces traitements qui sont nécessaires présentent non seulement le seul moyen pour protéger le corps de celui qui change de sexe, mais aussi tout individu a droit aux soins.

## 2/ Le droit aux soins pour protéger le corps, un droit limité

Ce droit est intimement lié au droit à la santé. En plus, il est constitutionnellement garanti. En effet, l'article 38 de la Constitution du 27 janvier 2014 dispose :

« Tout être humain a droit à la santé.

L'État garantit la prévention et les soins de santé à tout citoyen et assure les moyens nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de santé.

L'État garantit la gratuité des soins pour les personnes sans soutien ou ne disposant pas de ressources suffisantes. Il garantit le droit à une couverture sociale conformément à ce qui est prévu par la loi. »

Sachant que les soins effectués dans le cadre du changement de sexe ne sont pas ordinaires. Ce sont des soins qui touchent l'intégrité physique du corps, c'est la raison pour laquelle, tout acte exercé sur le corps qui menace son intégrité tel que la greffe d'organe, la procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui, don du sang, changer le sexe ... est soumis à des restrictions et à des conditions strictes.

---

<sup>157</sup> « و حيث يستفاد مما تقدم أن تحول المستأنفة إلى رجل تبعا 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 الي أدت إلى تحولها إلى رجل، و حيث أن تحول جنس المستأنفة يكون بالتالي ناتجا عن عمل طبي ضروري لشفائها ولتخليصها من المعاناة التي رافقتها طيلة حياتها...»

L'article susmentionné ne peut pas être interprété isolément, mais on doit l'interpréter dans le cadre des autres dispositions constitutionnelles qui évoquent la dignité, le respect de l'intégrité physique et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants<sup>158</sup>.

En effet, donner des soins à un patient est certes un droit. Or, dans le cadre de changer de sexe, ce droit ne s'opère pas d'une manière automatique. Il faut que le recours à ces soins soit uniquement pour une personne en état de nécessité, c'est-à-dire, que les soins représentent l'ultime moyen sans lequel, la personne ne pourra pas surmonter le danger imminent. Puis, la jurisprudence n'accepte le recours à ces soins « traitements hormonaux et chirurgicaux » qu'après avoir consulté un psychologue surtout lorsqu'il s'agit de trouble identitaire et psychique. Se précipiter de plein gré en premier lieu à ces soins est inapproprié et artificiel.

Dans l'affaire Sami, le juge a décidé que l'équilibre psychologique aurait été rétabli par un psychologue et non pas par le biais d'opérations chirurgicales qui ne relevaient pas de l'état de nécessité. Le juge libanais a également autorisé le changement de sexe en considérant que la loi n'interdit pas les soins médicaux qui ont pour but le changement de sexe à condition qu'ils soient justifiés par l'état de nécessité et l'état d'urgence.<sup>159</sup>

Protéger son corps atteste de l'interdépendance du droit aux soins et de l'état de nécessité. Choisir son corps seul dépend en effet de ces deux éléments indissociables.

Or, choisir son corps assisté par ses parents remet en cause le principe de l'autodétermination et nous met dans le paradoxe de choisir à la place de l'enfant en raison de sa minorité et de le laisser décider quand il sera adulte.

<sup>158</sup> L'article 146 de la Constitution du 27 janvier 2014 dispose :

« *Les dispositions de la présente Constitution sont comprises et interprétées les unes par rapport aux autres, comme une unité cohérente* ».

Il en est de même de l'article 7 du Code de Déontologie Médicale. Décret n° 93-1155 du 17 mai 1993, portant code de déontologie médicale. (J.O.R.T n° 40 des 28 mai et 1er juin 1993 p.764) qui dispose : « *un médecin sollicité ou requis pour examiner une personne privée de liberté ou pour lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement ne serait-ce que par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité.* »

<sup>159</sup> « و حيث أن القانون اللبناني لا يمنع الأعمال الطبية التي تؤدي إلى تغيير الجنس متى كانت مبررة بحالة من الضرورة

القصوى أو بحالة طارئة. »

## B. CHOISIR SON CORPS ASSISTÉ PAR SES PARENTS

Les décisions prises par les parents au nom de leurs enfants sont souvent vues indispensables. D'abord, on considère que les parents savent mieux l'intérêt de l'enfant. Ensuite, assister son enfant relève de la vie privée des personnes et du respect de la vie familiale ainsi que de l'autorité parentale.

Enfin, les parents décident à la place de leurs enfants en ce qui concerne les soins et les traitements qui leurs sont nécessaires.

Or, cette assistance concerne un sujet délicat, touchant deux aspects de la vie de l'enfant, un aspect moral et un aspect physique<sup>160</sup>.

Le premier se rattache à l'autonomie de la volonté ou ce qu'on appelle aussi « l'intérêt supérieur de l'enfant » (1). Le deuxième est considéré comme une intervention forcée sur le corps de l'enfant pouvant engendrer un traumatisme chez l'enfant quand il sera adulte (2).

### 1/ Assistance qui se heurte à « l'intérêt supérieur de l'enfant »

L'enfant né avec un sexe ambigu ne porte pas toujours des caractéristiques anatomiques des deux sexes.

En effet, cet enfant se voit imposer des opérations irréversibles ou parfois même inutiles, sans son consentement.

En général, les enfants qui souffrent d'une ambiguïté sexuelle n'ont pas eu le temps de décider s'ils veulent devenir un homme ou une femme. Car, les interventions médicales et chirurgicales effectuées sur ces enfants sans leur consentement et décidées en leurs noms par leurs parents, devraient se dérouler à un âge où les enfants peuvent exprimer

---

<sup>160</sup> Article 3.1 de la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Adoptée par l'A.G. dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

Ratifiée par la Tunisie en vertu de la loi n° 91-92 du 29 novembre 1991 portant ratification la C.D.E., J.O.R.T. n°82 du 03 décembre 1991. p. 1890.

Lors d'une prise de décision concernant un mineur, elle permet de préserver son bien-être et son droit de se développer dans un environnement favorable à sa santé mentale et physique.

Cependant, le Comité des droits de l'enfant n'a pas proposé de critères permettant de juger de ce qui relève de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'absence de définition ou de critère précis pour juger de "l'intérêt supérieur de l'enfant" permet son utilisation au cas par cas.

leur consentement libre et pleinement éclairé.<sup>161</sup>

D'ailleurs, les adhérents de la doctrine du consentement libre et éclairé<sup>162</sup> considèrent que le patient conserve son droit à la prise de décisions médicales se rattachant à lui. En effet, il faut avoir au préalable le consentement libre et éclairé du patient bénéficiant des soins.

Le consentement pour bénéficier des soins est un droit qui relève du patient ou de son tuteur légal, lorsqu'il est incapable ou jouissant d'une capacité limitée.<sup>163</sup>

Cette doctrine protège le droit de tout individu de disposer et de contrôler sa propre personne, afin qu'il soit libre de toute contrainte ou intervention des autres.<sup>164</sup>

Le consentement libre et éclairé comprend notamment, l'obligation de fournir les informations appropriées relatives aux alternatives des soins proposés, y compris les risques matériels dans le cas du refus des soins.

C'est ainsi que « dès son arrivée dans l'établissement, chaque patient hospitalisé a le droit de recevoir un imprimé contenant toutes les informations qui lui seront utiles tout au long de son séjour. Les patients hospitalisés doivent être informés également des noms des médecins traitants et des personnes chargées de leur procurer les soins ».<sup>165</sup>

L'assistance des parents peut par contre devenir utile en cas d'urgence, le médecin a le devoir aussi d'intervenir afin de sauver l'enfant en cas de détresse :

« Appelé d'urgence auprès d'un mineur ou d'un incapable et lorsqu'il est impossible de recueillir en temps utile le consentement légal, le

---

<sup>161</sup> Voir : FEINBERG (J) : *The Child's Right to an Open Future*, In Randall R. Curren (ed.), *Philosophy of Education : An Anthology*. Blackwell Pub (2007), p.202.

<sup>162</sup> BEH (H.G) DIAMOND (M) : *An emerging ethical and medical dilemma: Should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia?* Michigan Journal of Gender & Law, vol. 7 2000, p. 34.

<sup>163</sup> Ministère de la Santé, Charte du patient.

<sup>164</sup> *"The right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others, unless by clear and unquestionable authority of law."*

Cruzan v. Director, Mo. Dept of Health, 497 U.S. 261, 269 (1990) (quoting Union Pac. Ry. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250, 251 (1891).

<sup>165</sup> Ministère de la Santé, Charte du patient.

médecin doit donner les soins qui s'imposent ».<sup>166</sup>

Cependant, si les parents choisissent à la place de leur enfant son sexe du fait de l'absence de la capacité de discerner. **Peuvent-ils faire le choix aussi en ce qui concerne ses projets futurs ?** Études, travail et mariage...

Il semble toutefois, que le principe du respect de « l'intérêt supérieur de l'enfant » prévaut sur toute autre considération.

« L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération majeure dans toutes les mesures prises à l'égard de l'enfant par les tribunaux, les autorités administratives ou les institutions publiques ou privées de la protection sociale. Doivent être pris en considération, avec les besoins moraux affectifs et physiques de l'enfant, son âge, son état de santé, son milieu familial et les différents aspects relatifs à sa situation »<sup>167</sup>.

Il s'avère primordiale alors que l'avis de l'enfant soit pris en considération à un certain âge. Particulièrement, dans le cas de l'intersexuel, les parents pourront attendre l'écoulement d'un certain temps avant de lui imposer des interventions chirurgicales sur son sexe qu'il pourra regretter plus tard. Vu la dangerosité et l'irréversibilité de ces interventions, les parents doivent être avant tout informés de leurs avantages et risques à court et à long terme.<sup>168</sup>

Par ailleurs, la binarité des sexes est considérée comme une atteinte à la vie privée des intersexuels.

---

<sup>166</sup> Article 35 du code de déontologie médicale Décret n° 93-1155 du 17 mai 1993, portant code de déontologie médicale. J.O.R.T n° 40 des 28 mai et 1er juin 1993, p.764. La Charte de patient Tunisienne pose aussi des exceptions en ce qui concerne le consentement aux soins :

« - La non obtention du consentement est envisageable dans les cas suivants :

- cas d'urgence visant à sauver la vie de la personne incapable ou jouissant d'une capacité limitée.
- cas d'urgence nécessitant l'intervention rapide pour garantir la sécurité du patient et dans lesquels il est impossible d'obtenir son consentement. »

<sup>167</sup> Article 4 du Code de protection de l'enfant. Loi n° 95-92 du 9 novembre 1995, relative à la publication du Code de la protection de l'enfant.

<sup>168</sup> Voir notamment : H. G. BEH & M. DIAMOND, An emerging ethical and medical dilemma: should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia ? Michigan Journal of Gender and Law, 2000, p. 2. – S. A.

GOBERT (M.) : Le transsexualisme, fin ou commencement ? La Semaine Juridique Edition Générale - 23 Novembre 1988 - n° 47.

FAURE (G-M) : Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes, in : Revue de droit sanitaire et social 1989, pp. 1-15.

Dans l'arrêt *Pretty*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a déduit de l'article 8 de la C.E.D.H., un droit au développement personnel, entendu comme « le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain ». Parmi ces « détails », la Cour Européenne des Droits de l'Homme a inclus le sexe. En examinant le sort des intersexuels qui n'appartiennent ni biologiquement, ni psychologiquement à l'un des deux sexes, on s'aperçoit que le droit européen ne leur offre aucune possibilité d'affirmer réellement leur identité sexuelle.<sup>169</sup>

Autoriser l'enfant né avec un sexe ambigu de choisir son sexe sur l'acte de naissance quand il sera adulte relève aussi du respect de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Cette solution a été apportée par le droit maltais qui depuis 2015, permet à chacun(e) de décider de ne pas faire apparaître la mention sexe sur l'acte de naissance préférant être désigné(e) comme « X ».

Cette loi pose le droit de chaque individu au développement libre de sa personne selon son identité de genre.<sup>170</sup>

Non seulement l'assistance parentale se contredit avec l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi faire le choix à sa place de subir des interventions chirurgicales pourra être traumatisant.

## 2/ Assistance qui peut affecter la psychologie de l'enfant

Plusieurs études ont révélé la douleur et les traumatismes psychologiques vécus par les enfants réassignés. C'est ainsi que les parents des enfants intersexuels sont mal informés en ce qui concerne les effets néfastes de telles chirurgies.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61 : Defr. 2002, 1131 – RTD civ. 2002, p. 858. CEDH, 11 juill. 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni* §90 : M. LEVINET, GACEDH, 5e éd., Thémis, 2009, p. 465.

<sup>170</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.

<sup>171</sup> EHRENREICH (N) et BARR (M) : *Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of « Cultural Practices »* Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol. 40, n°1, Winter 2005, p. 74.

*“Infection, sexual and physical dysfunction, and permanent disfigurement”*

Les traumatismes liés aux interventions chirurgicales ont été consignés dans le rapport du Rapporteur Spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants :

« Les enfants qui présentent à la naissance des caractères sexuels atypiques subissent fréquemment, sans leur consentement éclairé ou celui de leurs parents et dans le but de rectifier leur sexe, une intervention d'assignation sexuelle irréversible, une stérilisation forcée ou une chirurgie normalisatrice de l'appareil génital, qui engendre une infertilité définitive et des souffrances psychologiques aiguës. »<sup>172</sup>

Ce rapport place les interventions chirurgicales d'assignation de sexe des enfants intersexuels dans la même lignée que la torture, ce qui pousse la réflexion sur les conséquences et les traumatismes liés aux chirurgies. On peut aussi qualifier ces interventions d'agression sexuelle commise sur l'enfant.

Vu la vulnérabilité de l'enfant, il faut lui donner le temps de grandir et de décider s'il veut devenir un homme ou une femme. Ou alors rester à mi-chemin. Car, ces opérations forcées conduiront à ce que la plupart des enfants souffrent de frustration et de regrets durant toute leur vie.

De même, ces interventions sont qualifiées d'« activité génitale forcée » perpétrées sur un enfant incapable de donner un consentement en raison de son âge, d'un handicap ou d'un « différentiel de pouvoir ». L'enfant aura aussi estimé qu'il a vécu une intrusion dans son intimité, il faut également considérer que les conséquences de ces interventions peuvent aussi être dommageables pour les enfants ayant vécu des attouchements dans le cadre du suivi médical, et ce, avec les conséquences qui en découlent.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Rapport Février 2013 : Rapporteur spécial sur la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez.

<sup>173</sup> WILCOX (A), COTE (I), PAGE (G) : *L'enfant intersexué : dysphorie entre le modèle médical et l'intérêt supérieur de l'enfant*. *Intervention*, 2015, n°142, p. 69.

## Conclusion

Disposer de son corps n'est pas un droit. Changer son corps l'est mais selon des conditions très strictes et rigides.

D'abord, le mutisme législatif a contribué à la complexité des situations examinées par le juge qui en dépit de la suprématie de la Constitution et de la supériorité des instruments internationaux des droits de l'Homme, se réfère au droit musulman.

Il faut rappeler à ce stade la loi maltaise qui fait évoluer les mentalités, sous le titre de « Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act » (Identité de Genre, Expression de Genre et Caractéristiques de Sexe), permet aux personnes de changer légalement leur identité de genre en remplissant une simple déclaration auprès d'un notaire. Qu'il s'agisse d'un cas d'ambiguïté sexuelle ou d'ambiguïté identitaire, les transsexuels ou les intersexués ne seront plus amenés à préciser la mention « sexe » sur l'acte de naissance.

La jurisprudence libanaise est également en train de suivre le même chemin que la loi maltaise en retenant l'ambiguïté identitaire comme fondement pour autoriser le changement de la mention sexe dans l'acte de naissance et en décidant que « le droit de la personne à recevoir les traitements nécessaires afin de pallier la souffrance résultant d'une maladie physique ou psychique est un droit fondamental et naturel que nul ne peut ôter ».<sup>174</sup>

Il faut aussi considérer qu'il n'existe pas un « droit de disposer de son corps mais une liberté corporelle »<sup>175</sup>, cette dernière permet comme on l'a abordé, de changer le sexe en cas d'anomalie sexuelle et non pas en cas d'anomalie identitaire.

.....  
<sup>174</sup> « و حيث يستفاد مما تقدم أن تحول المستأنفة إلى رجل تبعاً للعلاجات الهرمونية و العمليات الجراحية التي خضعت لها يعود بسببه إلى حالة مرضية نفسية لازمتها منذ طفولتها و لم يكن هناك من وسيلة لشفائها منها الا بالعلاج الهرموني و بالجراحة التي أدت بالنتيجة إلى تحولها إلى رجل. »  
 « و حيث أن تحول جنس المستأنفة يكون بالتالي ناتجا عن عمل طبي ضروري لشفائها و لتخليصها من المعاناة التي رافقتها طيلة حياتها. »

« أوراقها الثبوتية الرسمية تختلف في ظاهرها عن هويتها الفعلية... يشكل تعرضا غير مبرر لخصوصية حياتها الشخصية. »  
 Cour d'appel, civil, Beirut, 03/09/2015 arrêt n°2015/1123 publié à l'Agenda juridique du 11/01/2016  
<http://www.legal-agenda.com/uploads/1452859968-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1.pdf>

<sup>175</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S) : *Disposer de soi : Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. Editions L'Harmattan, 2004, p.13.



En outre, respecter l'intégrité physique ne veut pas dire forcément interdire à l'individu de changer son corps. Etre maître de son corps, c'est trouver l'équilibre entre les exigences de l'ordre public et les bonnes mœurs et la liberté de choix ainsi que l'autonomie de volonté.

Enfin, « la liberté corporelle » est encadrée dans « un ordre public corporel » c'est-à-dire l'ensemble des restrictions sous forme de normes d'ordre public. Ces restrictions vont déterminer le degré de disposition de l'individu de son corps. Quand est-ce que et dans quel cas il peut le changer. Par conséquent, dans cet ordre public corporel, on peut trouver cet équilibre.



## Bibliographie en langues française et anglaise

- ALESSANDRIN (A)** : « Du « transsexualisme » à la « dysphorie de genre » : ce que le DSM fait des variances de genre », Socio-logos [En ligne], 9 | 2014, mis en ligne le 29 avril 2014, consulté le 16 novembre 2015. URL : <http://socio-logos.revues.org/2837>
- ARNOUX (I)** : Les droits de l'être humain sur son corps. Presses Universitaires de Bordeaux, 1994.
- BEH (H.G) DIAMOND (M)** : An emerging ethical and medical dilemma: Should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia? Michigan Journal of Gender & Law, vol. 7 2000.
- BERENI (L) et CHAUVIN (S)** : Introduction aux Gender Studies: Manuel des études sur le genre DeBoeck Supérieur, 2008.
- BORRILLO (D)** : L'intersexualité et l'état des personnes : Le droit face à l'identité du genre, Gesellschaft, juin 2014, forum 341.
- CARBONNIER (J)** : Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur L.G.D.J., 2014. N°48.
- CHILAND (C)** : Le transsexualisme, Que sais-je, Paris, PUF, 2003.
- CHILAND (C)** : Changer de sexe. Illusion et réalité. Odite Jacob. 2011.
- DELMAS (G) (sous dir.)** : Le traitement juridique du sexe: actes de la Journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public (IEDP), 6 novembre 2009, Institut d'études de droit public. Journée d'Études, Harmattan, 2010.
- Dictionnaire médical de MANUILA (A) et NICOULIN (M), Paris, édition MASSON, 1994.
- DORLIN (E)** : Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique, raisons politiques, 18, 2005.
- DUPRET (B)** : Disposer de son corps Excision, virginité, transsexualisme et transplantation en droit égyptien. In MOULIN (A.M): Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps KARTHALA Editions, 2013.
- EHRENREICH (N) et BARR (M)** : Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of «Cultural Practices» Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Vol. 40, n°1, Winter 2005.
- FAURE (G-M)** : Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes, in : Revue de droit sanitaire et social 1989.
- FAUSTO-STERLING (A)** : Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality Basic Books, 2000.
- FEINBERG (J)** : The Child's Right to an Open Future, In Randall R. Curren (ed.), Philosophy of Education: An Anthology. Blackwell Pub 2007.

**GOBERT (M.)** : Le transsexualisme, fin ou commencement ? La Semaine Juridique Edition Générale - 23 Novembre 1988 - n° 47.

**HAUSER (J) et LEMOULAND (J-J)** : Répertoire de droit civil Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs, no 90, mars 2004.

**HENNETTE-VAUCHEZ (S)** : Disposer de soi: Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps. Editions L'Harmattan, 2004.

**HURTIG (M-C), KAIL (M), ROUCH (H) (dir.)** : Sexe et genre: de la hiérarchie entre les sexes, Paris CNRS Editions 2002.

**JELASSI (R)** : Le corps humain en droit civil. CPU 2013.

**KARKAZIS (K)** : Fixing sex : Intersex, Medical authority, and lived experience, Durham : Duke University Press, 2008.

**LOWY (I)** : Intersexe et transsexualité: les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique et du sexe social. Cahier du genre, 34, 2003.

**MAREAU (C), Caroline SAHUC (C)** : La sexualité chez l'enfant et l'adolescent, Studyrama, 2006.

**MARTENS (V) (sous dir.)** : Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle, Publications Fac St Louis, 2004.

**MORON-PUECH (B)** : Conditions du changement de sexe à l'état civil: le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015. La Revue des droits de l'Homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 15 novembre 2015. URL : <http://revdh.revues.org/1076>

**MOULIN (A.M)** : Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps, KARTHALA Editions, 2013.

**PICQUART (J.)** : Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation, La Musardine, 2009.

**PRIME-STEVENSON (E.I)** : Du similitisexualisme dans les armées et de la prostitution homosexuelle, militaire et civile, à la Belle époque, Quintes-Feuilles, 2003.

**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) : Islam et révolutions médicales: Le labyrinthe du corps KARTHALA Editions, 2013.

**SAADI (N)** : Le corps humain: Interpénétration du sacré et du profane dans le droit positif Algérien. In Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2009.

**SCHILL (W-B), MIEUSSET (R), COMHAIRE (F.H.), HARGREAVE (T.B.)** : traité d'androgynie à l'usage des cliniciens, Springer Science & Business Media, 2008.

**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.

**THERY (I)** : Distinction de sexe (La) : Une nouvelle approche de l'égalité, Odile Jacob, 2007.

**VASSEUR-LAMBRY (F)** : La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme. L'Harmattan, 2000.

**WILCOX (A), COTE (I), PAGE (G)** : L'enfant intersexué : dysphorie entre le modèle médical et l'intérêt supérieur de l'enfant. Intervention, 2015, n°142.



## Bibliographie en langue arabe

**رشيدة الجلاصي** : تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية، محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993، م. ق. ت. 1995. ص. 145.

**عبد الحي حجازي** : المدخل لدراسة العلوم القانونية 2 : الكتاب الثاني، الحق، جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، القانون الخاص، 1970.

**فواز صالح** : جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري. مجلة جامعة دمشق. المجلد 19 العدد الثاني 2003



## Jurisprudence

### *Tunisienne*

- Jugement du Tribunal de première instance de Ben Arous, n° 621 en date du 28 mars 1990, RJL, n° 2, février 1991.
- Arrêt de la Cour d'appel de Tunis n° 10298 du 22 décembre 1993.
- Arrêt cassation civile, n°2828 du 15 décembre 2005, inédit.

### *Américaine*

- Cruzan v. Director, Mo. Dep't of Health, 497 U.S. 261, 269 [1990] (quoting Union Pac. Ry. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250, 251 [1891]).

### *Européenne*

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, Arrêt Y.Y. c. TURQUIE (Requête no 14793/08) du 10 mars 2015.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, § 61 : Defr. 2002, 1131 – RTD civ. 2002, p. 858.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, 11 juill. 2002 Goodwin c/ Royaume-Uni §90 : M. LEVINET, GACEDH, 5e éd., Thémis, 2009, p. 465.



### *Française*

- Civ. 1ère, 7 juin 2012, 2 arrêts, D. 2012, p. 1648, note F. Violla ; JCP 2012, 753, note Ph. Reigné.
- Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi no 91-11.900 et pourvoi no 91-12.373, Bull. 1992, Ass. plén., no 13, [2 arrêts].

### *Libanaise*

- Cour d'appel, civil, Beirut, 03/09/2015 arrêt n°2015/1123 publié à l'Agenda juridique du 11/01/2016
- <http://www.legal-agenda.com/uploads/1452859968%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1.pdf>



## **Rapports**

- Note d'information O.H.C.H.R.
- [https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE\\_Intersex\\_Final\\_FRENCH.pdf](https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf)
- Rapport Février 2013: Rapporteur spécial sur la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez.
- Lien utile

ISNA: [http://www.isna.org/faq/what\\_is\\_intersex](http://www.isna.org/faq/what_is_intersex)

# Liberté du corps et ordre public



*Abdelkerim Laouiti*

est enseignant universitaire et chercheur en droit public à l'Institut Supérieur des Études Juridiques et Politiques de Kairouan, membre de l'Unité de recherche en droit administratif à la Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, il prépare sa thèse sur la démocratie locale. Ses travaux de recherches portent notamment sur le droit administratif, plus précisément le contentieux administratif.

*« Ce qui fait qu'un homme est un homme est cette noblesse qui constitue la dignité immanente à sa nature. Comme telle, elle impose le sentiment de respect par lequel l'homme doit reconnaître a priori, par sa raison pratique, la loi morale dont il est porteur »<sup>176</sup>.*



Il est pour le moins fouineur que nous devons prendre la défense du corps, parler en son nom, affirmer son existence alors que c'est la seule part de nous-mêmes qui soit ostensible, indubitable. Je ne sais pas si j'ai une âme, si ce mot a un sens et de quoi il parle exactement, or, un corps, cela oui je l'ai. D'une main, j'écris ces mots qui se forment dans ma partie « cerveau », et en même temps j'écoute le bruit qu'ils font dans ma tête à travers le crépitement de la machine, de l'autre main, je me frotte le nez pour concentrer mon attention. Après quoi, je vais sortir, humer l'air mêlé de « mazout » et de printemps, parler au voisin. Aussi, je pourrais décrire mon corps des pieds à la tête. Les autres corps ne sont pas loin, même au moment où on est seul, la population de la Tunisie est très dense. À cette idée, on sent la pression des corps sur soi, on ne peut vraiment pas en nier l'existence. **En ce moment, on sent que les corps se touchent sans cesse. Mais, peut-on vraiment parler de la liberté du corps ?**

Dans l'esprit des lois, édité à Genève en 1748, le philosophe Montesquieu écrit « Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manières, que celui de liberté »<sup>177</sup>. Terme classique, les libertés publiques se définissent comme celles qui sont reconnues, organisées et garanties par l'autorité publique. Elles se distinguent de la liberté individuelle, et sont à situer par rapport aux droits de l'Homme ; prérogatives que la nature humaine confère à l'individu face à tout pouvoir. Elles apparaissent de plus en plus comme une composante des libertés fondamentales ou des droits fondamentaux, droits d'importance majeure, protégés au niveau le plus élevé de l'ordonnement juridique et qui s'imposent à tous, voire même au législateur. L'originalité tunisienne

<sup>176</sup> Simone GOYARD-FABRE, Les droits de l'homme, exigence éthique ou catégorie juridique ?, Cahiers de philosophie et juridique, La politique et les droits, PUF, 1992, n°21, p. 17.

<sup>177</sup> Montesquieu, De l'esprit des lois I, Livre XI, Chapitre II, GF Flammarion, Paris, 1979, p. 291.

résulte de la diversité des sources historiques de ces libertés, dont certaines sont anciennes et dont l'énoncé est généralement plus vague que dans les démocraties dont les Constitutions, plus récentes, comprennent un catalogue précis de droits fondamentaux.

Il est vrai que le peuple paraît faire ce qu'il veut, or, la liberté ne consiste point à faire ce que l'on veut. Véridiquement, dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. « La liberté est le droit de tout ce que les lois permettent : et, si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir »<sup>178</sup>, ce qui met en évidence le rapport entre la liberté et l'ordre public.

Le législateur n'a jamais défini ce qu'il entendait par « ordre public ». Toutefois, il est possible de discerner ce à quoi il fait référence. Il s'agit, en fait, d'une notion que tout le monde comprend sans qu'il ait besoin de lui donner une définition précise.

Notion fondamentale, l'ordre public est volontiers polysémique. D'un point de vue procédural, le moyen d'ordre public est un moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte<sup>179</sup>. Il y a, également, un ordre public matériel qui recouvre les valeurs essentielles du consensus social et du système juridique, ce qui reflète sa variation aussi bien dans le temps que dans l'espace. Garantie de la sécurité des personnes et des biens, l'ordre public est regardé comme le bouclier de certaines des plus fondamentales de nos libertés. Différemment dit, la prévention des atteintes à l'ordre public est primordiale à la sauvegarde des droits et des objectifs de valeur

<sup>178</sup> Montesquieu, op. cit., Chapitre III, p. 292.

<sup>179</sup> « *Ce sont des moyens que le juge a ainsi qualifiés, en raison de la gravité des illégalités qu'ils traduisent, de façon que ces illégalités puissent être censurées en tout état de cause : la partie qui estime y avoir intérêt pourra les invoquer en tout état de la procédure, même pour la première fois en appel (ou en cassation) ; et, s'il y a lieu, le moyen sera d'office relevé par le juge, en tout état également de la procédure ; et en a l'obligation, même si la partie intéressée a déclaré renoncer à se prévaloir du moyen, même si toutes les parties sont d'accord pour qu'il ne soit pris en considération* », René CHAPUS, Droit administratif général, tome I, Montchrestien, 15ème éd., 2001, p. 1020. Cf. également : Paul BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, LGDJ, 1962.

constitutionnelle qui sont des impératifs liés à la vie en société qui doivent guider l'action normative, administrative et juridictionnelle. Ces derniers permettent, en outre, de prendre en compte des considérations d'intérêt général en vue d'atténuer la portée de certaines règles constitutionnelles, y compris des droits ou libertés. D'où, l'idée de conciliation entre les libertés publiques et l'ordre public qui « n'est plus ce qu'il était au début du 20ème siècle... La notion d'ordre s'étend à mesure que s'étend l'interventionnisme étatique. Et d'abord, il s'étend à l'ordre économique (contrôle des prix et des infractions économiques, contrôle du commerce etc...). Mais il s'étend également à des domaines aussi divers que l'urbanisme, l'esthétique, la moralité »<sup>180</sup>. L'ordre public est une notion large ; en incluant dans son champ d'application la dignité de la personne humaine, la jurisprudence administrative a souligné sa plasticité. Toutefois, ses extensions ne peuvent être indéfinies eu égard à l'imprécision des notions justifiant la restriction des libertés publiques<sup>181</sup> au détriment de ces dernières<sup>182</sup>.

Cette philosophie se retrouve dans l'article 49 de la Constitution du 27 janvier 2014<sup>183</sup>. En effet, certaines libertés qui y sont proclamées peuvent faire l'objet de restrictions lorsque ces dernières constituent des mesures nécessaires au maintien de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale ou de la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Il est à noter, par ailleurs, que l'article 49 susvisé a étendu les raisons de restreindre les libertés par rapport à l'ancien article

<sup>180</sup> Yadh BEN ACHOUR, Droit administratif, CPU, 3ème éd., 2010, p. 281.

<sup>181</sup> « موجبات التقييد ذاتها غير قابلة للتقييد ذلك أن طابعها المطاطي يسمح بإقامة أنواع وصيغ مختلفة للتوازن بين الحرية والسلطة كما أنه يسمح تحت غشاء التوازن بالشطط على حساب الحرية أو السلطة », عبد الفتاح عمر، مسألة التوازن بين الحرية والسلطة في الدستور التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1983، ص. 19.

<sup>182</sup> سلسبيل القليبي، خواطر حول الفصل السابع من دستور الجمهورية التونسية، في «Les dispositions générales de la Constitution»، أعمال ملتقى حول خمسينية الدستور التونسي لسنة 1959، تونس، 23-24 أفريل 2009، ص. 128.

<sup>183</sup> Ledit article dispose que : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte.

Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution ».

7 de la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959, et ce en y ajoutant la moralité publique. D'où on parle d'un ordre public moral qui « peut être exercé pour prévenir (ou faire cesser) le trouble de conscience susceptible d'être provoqué par des faits publics considérés comme contraires à la morale et aux bonnes mœurs »<sup>184</sup>.

En définitive, il n'est pas moins vrai que l'ordre public au nom duquel des restrictions peuvent être apportées aux libertés corporelles ne saurait néanmoins être confondu avec un quelconque « ordre moral ». Il revêt des aspects matériels, dépend des circonstances locales et surtout reflète un certain consensus social, en fonction duquel il évolue. Ce qui nous invite, dans la diversité des exemples, à une réflexion sur ces pratiques et comportements ayant le corps comme instrument et comme objet. Somme toute, et traditionnellement, si **la dignité du corps est protégée au nom de l'ordre public (I)**, ce dernier **circonscribit la liberté de disposer de son corps (II)**.

## PARTIE I : L'ORDRE PUBLIC PROTÈGE LA DIGNITÉ DU CORPS

Immanquablement, la notion de « dignité humaine » relève de l'essence même de la personne humaine. Elle résulte de cette exigence selon laquelle « quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain », exigence que Paul Ricœur présentait comme l'origine des droits de l'Homme<sup>185</sup>. Ainsi, « on peut affirmer qu'il est devenu impossible d'envisager la dignité sans le droit et le droit sans le nécessaire respect de la dignité de la personne humaine. La dignité n'est plus un simple objet de spéculations philosophiques et a définitivement délaissé les rôles juridiques de second plan »<sup>186</sup> ? Il semble donc naturel que la dignité humaine soit affirmée comme une valeur substantielle et primordiale de nos sociétés et, subséquemment, reçoive une protection juridique effective.

<sup>184</sup> René CHAPUS, op. cit., p. 707.

<sup>185</sup> Paul RICŒUR, Pour l'être humain, du seul fait qu'il est humain, in « Les enjeux des droits de l'homme », Larousse, Paris, 1988, p. 236.

<sup>186</sup> Hugues MOUTOUH, La dignité de l'homme en droit, RDP, 1999, p. 165.

Le caractère fondamental de la dignité humaine est illustré par son affirmation ou son inscription dans la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, qu'ils soient à vocation universelle ou régionale. Il est loisible de ne s'en tenir par exemple qu'à la première phrase du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui fait de la « reconnaissance de la dignité humaine inhérente à tous les membres de la famille humaine » l'un des fondements « de la liberté, de la justice, et de la paix dans le monde »<sup>187</sup>. La dignité humaine est mentionnée, également, dans l'article 10 du Pacte relatif aux droits civils et politiques<sup>188</sup>. Plus encore, cette notion figure dans une part non négligeable des textes constitutionnels<sup>189</sup>, du moins de ceux qui ont fait l'expérience du totalitarisme<sup>190</sup> dont la Tunisie. Constitutionnellement parlant, si la dignité humaine a fait l'objet de l'article 5 de la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959, la Constitution de 2014, dans son article 23, a mis à la charge de l'État l'obligation de protéger la dignité de l'être humain et son intégrité physique.

Le Conseil d'État français a tenu « le respect de la dignité de la personne humaine » pour composante de l'ordre public<sup>191</sup>. D'autre part, le Conseil constitutionnel français a considéré que l'ordre public est nécessaire pour protéger la dignité du corps par la prémunition d'une part, et, d'autre part, pour sanctionner les débiteurs ; d'où, « la recherche

<sup>187</sup> La notion de dignité figure également, notamment, dans l'article 1er de la Déclaration : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits », dans son article 22 : « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité (...) », ou encore dans son article 23 : « 3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de la sécurité sociale ».

<sup>188</sup> Adopté à New York par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966. Son article (n° 10 du Pacte relatif aux droits civils et politiques) dispose que : « 1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». Son Préambule fait, en outre, découler les droits civils et politiques de la « dignité inhérente à la personne humaine ».

<sup>189</sup> L'article 3 de la Constitution belge, l'article 1er de la Constitution finlandaise, l'article 30 de la Constitution polonaise, le Préambule et les articles 21 et 22 de la Constitution marocaine de 2011.

<sup>190</sup> L'article 3 de la Constitution italienne du 19 octobre 1947, l'article 10 de la Constitution espagnole du 31 octobre 1978.

<sup>191</sup> C.E., ass, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-orge, Rec. p. 372, avec les conclusions de P. Frydman, RFDA, 1995, p. 1204, chron. Jean-Henri STAHL et Didier CHAUVVAUX.

des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant une valeur constitutionnelle »<sup>192</sup>.

Traditionnellement, la notion de dignité humaine en Droit protège, d'abord et avant tout, l'Homme dans son corps. Ce respect de la dignité par le respect du corps permet de dégager un fondement commode et inéluctable au droit à la dignité, ce dernier ne protégeant dans l'individu que ce qu'il a en commun avec tous les Hommes, cette notion illustre donc la « qualité d'être humain »<sup>193</sup>.

Pendant longtemps, en Tunisie comme à l'étranger, respecter l'éminente dignité humaine s'est résumé à la prémunir contre toutes les attaques corporelles dégradantes, et qui peuvent affecter soit **le droit à la vie (A)**, soit **le droit à un corps sain (B)**.

## A. L'ORDRE PUBLIC GARANTIT LA CONTINUITÉ DE LA VIE HUMAINE.

La continuité de la vie humaine est primordiale aussi bien en Islam qu'en Droit, ce qui explique le souci du législateur quant à garantir la continuité de la vie. Ce souci consiste en la criminalisation des actes portant atteinte à la vie humaine. Si l'homicide volontaire<sup>194</sup> et involontaire<sup>195</sup> ne pose aucun problème quant à son incrimination, il paraît utile de s'intéresser à d'autres actes qui peuvent affecter le droit à la vie ; il s'agit de l'euthanasie (1) et de l'avortement (2).

### 1/ L'euthanasie

L'euthanasie est un acte par lequel on décide de mettre fin à la vie d'un malade qui souffre énormément ou dont le traitement est sans espoir.

<sup>192</sup> Cons., n°80-127 DC, 20 janvier 1981, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, Rec. p. 15, JORE, 22 janvier 1981, p. 308.

<sup>193</sup> Bernard EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D., Chr., 1997, p. 186.

<sup>194</sup> « Est puni de mort, quiconque aura, par quelque moyen que ce soit, commis volontairement et avec préméditation un homicide » (l'article 201 du Code pénal).

<sup>195</sup> « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de sept cent vingt dinars d'amende, l'auteur de l'homicide involontaire, commis ou causé par maladresse, imprudence, négligence, inattention ou inobservation des règlements » (l'article 217 du Code pénal).

Juridiquement, la législation tunisienne ne parle pas tacitement de l'euthanasie, or, à la lecture du Code de la déontologie médicale promulgué en vertu du décret n°93-1155 du 17 mai 1993<sup>196</sup>, on peut comprendre que le législateur impose au médecin de respecter incessamment le droit du malade à la vie. À cet effet, l'article 2 du Code dispose que « le respect de la vie et de la personne humaine constitue en toute circonstance le devoir primordial du médecin ». Aussi, l'article 38 du même Code ajoute que si le médecin peut se dégager de sa mission, son dégagement ne peut avoir lieu qu'à condition de ne jamais nuire de ce fait à son malade et de fournir les renseignements utiles à la continuité des soins, et donc, à la continuité de la vie du malade.

En Droit français, l'euthanasie est soumise aux dispositions de la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie<sup>197</sup> (modifiant le Code de la santé publique), dite loi « Leonetti ». Cette dernière impose aux médecins le respect des conditions à la fois substantielles et formelles. S'agissant du premier aspect, l'article L.1110-5 dudit Code pose un principe de proportionnalité des soins administrés aux patients, selon lequel les actes thérapeutiques pratiqués doivent être tout à la fois efficaces, appropriés et mesurés dans les risques présentés, au regard des bénéfices qui en sont attendus. Interprétant prudemment ce texte, le Conseil d'État a affirmé que l'identification d'un traitement médical constitutif d'une obstination déraisonnable ne pourra s'apprécier que casuellement, en fonction des particularismes de chaque affaire et en prenant en compte les différents éléments médicaux et non médicaux présentées par celle-ci. Deuxièmement, s'agissant des conditions formelles, la loi de 2002 reconnaît une importance indéniable au rôle de la volonté du patient. Ainsi, le patient conscient peut à tout moment retirer son consentement à un acte médical et demander l'interruption du traitement quand bien même cette interruption mettrait sa vie en danger. Toutefois, la situation est plus délicate lorsque le patient n'est pas en état d'exprimer sa volonté et qu'existe une interrogation sur la possibilité de poursuivre ou non un traitement qui paraît donner lieu à une obstination déraisonnable. De fait, le législateur français a voulu

---

<sup>196</sup> JORT, n°40, 28 mai-1er juin 1993, p. 764.

<sup>197</sup> JORE, n°95, 23 avril 2005, p. 7089.

redoubler les précautions et éviter de mettre en danger la vie d'un patient. C'est pourquoi il a imposé une procédure collégiale définie par l'article L.1111-4 du même Code. Collégiale, la procédure n'est pas sans intérêts. Celle-ci doit, à l'évidence, permettre d'éviter les abus auxquels pourraient conduire des décisions prises de manière isolée. Elle permet également d'éviter de laisser seul, face à une décision difficile à prendre du fait de ses conséquences probables, le médecin en charge du patient sur lequel pèserait une responsabilité morale bien lourde à porter<sup>198</sup>.

Pratiquement, dans une affaire aux multiples développements jurisprudentiels, M. Vincent Lambert était victime d'un accident de la circulation en 2008 lui causant un grave traumatisme crânien ; depuis lors tétraplégique, il s'est retrouvé dans un état de conscience minimale et devait être alimenté et hydraté artificiellement par voie entérale. En l'absence d'une évolution neurologique favorable du patient, le docteur Kariger engagea la procédure collégiale afin d'apprécier si la poursuite de l'alimentation et de l'hydratation artificielle était constitutive d'une obstination déraisonnable. Après sa décision de l'arrêt de l'alimentation artificielle et de diminution de l'hydratation, les parents ont saisi le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en référé-liberté. Les deux ordonnances rendues par le juge des référés<sup>199</sup> ont été en faveur de la famille Lambert, cependant, la deuxième a fait l'objet d'une contestation devant le Conseil d'État qui a rendu sa décision le 24 juin 2014<sup>200</sup>. Laquelle décision de principe du Palais-Royal, autorisant les médecins à poursuivre leur procédure collégiale, a été suspendue par la Cour européenne des droits de l'Homme en application de l'article 39 de son règlement. Notons enfin que, quant au fond du litige, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rendu son jugement le 26 mai 2016 dans le sens de préconiser de faire injonction d'entamer une nouvelle procédure collégiale et d'affirmer l'illégalité de sa suspension, lequel jugement a été affirmé en appel par la Cour administrative de Nancy dans son arrêt rendu le 16

---

<sup>198</sup> Marguerite CANEDO-PARIS, Le juge administratif et l'euthanasie : les apports de l'affaire *Vincent Lambert* (à propos de l'arrêt CE., Assemblée, 24 juin 2014, Mme *Rachel Lambert* et autres), RDP, 2015, n°1, p. 59.

<sup>199</sup> La première rendue le 11 mai 2013 en constatant l'irrégularité de la procédure collégiale, la deuxième rendue le 16 janvier 2014 sur la base de la mauvaise interprétation de la volonté du patient et sur le fait que la poursuite de l'alimentation artificielle ne constituait pas une obstination déraisonnable.

<sup>200</sup> CE., 24 juin 2014, Mme *Rachel Lambert* et autres, AJDA, 2014, p. 1672, note Didier TRUCHET, RFDA, 2014, p. 702, noter Pierre DEVOLVÉ.

juin 2016<sup>201</sup>. La famille de Lambert a exprimé son intention de se pourvoir en cassation, or, il est légitime de s'interroger sur l'utilité d'un tel pourvoi si on sait que la Haute juridiction administrative a déjà « transformé une procédure d'urgence en une procédure normale »<sup>202</sup>, d'où on peut comprendre que la même attitude sera adoptée en référé comme au fond.

Somme toute, il y a lieu de remarquer que l'euthanasie ne fait pas l'unanimité des intervenants en la matière, dans la mesure où, si elle est interdite implicitement dans notre législation compte tenu du principe de la continuité de la vie humaine, on remarque qu'en Droit français, elle est permise mais sous certaines conditions dont l'appréciation dépend du cas.

## 2/ L'avortement

Si la vie de l'Homme commence à la conception, la personnalité juridique ne commence qu'à la naissance, abstraction faite de la matière successorale<sup>203</sup>. Cependant, les autres intérêts de l'enfant à naître, notamment ceux qui sont relatifs aux composantes matérielles et morales de son corps, dépendent largement de la dignité du corps de la mère. Mais cela ne prédit pas que le législateur n'accorde aucune importance à l'enfant à naître dans le sens d'autoriser l'avortement à n'importe quelle étape de la grossesse ; par contre, la loi ne permet de procéder à l'avortement que seulement dans deux cas précis et sous certaines conditions. En premier lieu, l'avortement peut intervenir dans les trois premiers mois de la grossesse dans un établissement hospitalier ou sanitaire ou dans une clinique autorisée, par un médecin exerçant légalement sa profession. En second lieu, postérieurement à ce délai, l'interruption peut être pratiquée lorsque la santé de la mère ou son équilibre psychique risquent d'être compromis par la continuation de la grossesse ou, encore, lorsque l'enfant à naître risquerait de souffrir d'une maladie ou d'une infirmité grave. Hormis ces deux cas, la responsabilité pénale sera engagée bien que la femme enceinte ou supposée enceinte y ait consentie ou non. Juridiquement, sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de dix milles dinars (ou l'une des deux peines)

<sup>201</sup> Le Figaro, consulté le 16 juin 2016.

<sup>202</sup> Pierre DEVOLVÉ, Glissements, RFDA, 2014, p. 702, spéc. p. 705.

<sup>203</sup> L'article 147 du Code du statut personnel dispose qu'il sera prélevé sur la succession, en raison de l'existence parmi les héritiers, d'un enfant à naître, une part supérieure à celle devant revenir à un seul enfant du sexe masculin ou à celle revenant à un enfant du sexe féminin, s'il a vocation à la succession ou s'il couvre partiellement les autres héritiers. Mais s'il les couvre totalement, toute la succession devra être réservée et ne sera pas partagée. (Cf. également l'article 148 du même Code).

quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consentie ou non. En outre, la femme qui se serait procurée l'avortement ou aurait tenté de se le procurer, ou qui aurait consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de deux mille dinars ou de l'une de ces deux peines<sup>204</sup>. Néanmoins, il est répréhensible d'énoncer que la protection de l'enfant à naître n'est pas suffisamment consacrée dans la mesure où la violence dont la femme enceinte est la victime et de laquelle résulte l'interruption de la grossesse ne constitue pas un homicide en raison de l'absence de la qualité de l'être humain, et ce, contrairement à ce qui est affirmé par la jurisprudence française rendue en la matière<sup>205</sup>.

D'autre part, l'intimation des pouvoirs publics de tout crime affectant la dignité corporelle constitue un devoir pour toute personne qui l'a témoigné conformément aux dispositions de l'article 2 du décret beylical du 9 juillet 1942 relatif à l'infraction de la complicité passive<sup>206</sup>. Cela dit, et affirmant le rapport entre l'ordre public et le corps humain, le législateur a exempté les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens, les sages-femmes et toute autre personne de par leur état de profession, du secret professionnel qui, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, ont pu en avoir connaissance, car dans le cas contraire leur responsabilité pénale se voit immédiatement engagée<sup>207</sup>. De surplus, ces mêmes personnes précitées sont à même d'apporter leur témoignage devant la justice, sans s'exposer à nulle peine, si elles sont citées à témoigner dans une affaire d'avortement<sup>208</sup>.

Sur le plan international, dans sa décision historique rendue le 9 juin 2016, le Comité des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations-Unies considère que, les lois interdisant totalement l'avortement en

<sup>204</sup> L'article 214 (nouveau) du Code pénal, tel que modifié par la loi n°65-24 du 1er juillet 1965 et par le décret-loi n°73-2 du 26 septembre 1973 approuvé par la loi n°73-57 du 19 novembre 1973.

<sup>205</sup> Douai, 2 juin 1987, JCP, 1989, II, 21250, note Labbé.

<sup>206</sup> Abrogé partiellement (plus précisément son article 4) en vertu de la loi n°66-48 du 3 juin 1966 relative à l'abstention délictueuse, JORT, n°24, 3 juin 1966, p. 879.

<sup>207</sup> L'alinéa 2 de l'article 254 du Code pénal prévoit que lesdites personnes, sans être tenues de dénoncer les avortements jugés par elles criminels, dont elles ont eu connaissance, n'encourent pas la peine de six mois d'emprisonnement et de cent-vingt dinars d'amende.

<sup>208</sup> القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 2 ماي 1978، نشرية محكمة التعقيب، 1978، عدد 133، ص. 337.

Irlande violent les droits de l'Homme, suite à une plainte déposée par le Centre pour les droits reproductifs. En effet, le Comité déclare que les lois irlandaises qui interdisent et sanctionnent pénalement l'interruption volontaire de grossesse ont violé les droits d'une femme, Amanda Mellet, qui a pourtant la double nationalité irlandaise et américaine, sachant que le fœtus qu'elle portait présentait une malformation mortelle depuis 2011 et que l'intéressée a été soumise à d'intenses souffrances physiques et mentales à cause des lois de son pays<sup>209</sup>. Le Comité a estimé que les lois irlandaises sur l'avortement avaient soumis cette femme à un traitement cruel, inhumain et dégradant et à une discrimination. Il s'agit d'une violation des articles 7, 17 et 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

Au demeurant, en Droit comparé, la Cour suprême des États-Unis a rendu une décision majeure le 27 juin 2016, en réaffirmant avec force le droit des femmes à avorter<sup>210</sup>. Ainsi, les mesures prévues par la loi adoptée par le Sénat de l'État de Texas le 13 juillet 2013, sont illégales au regard du droit des femmes à avorter aux États-Unis légalisé par la même Cour dans la décision « Roe v. Wade » rendue en 1973.

« En général, on ne demande des conseils que pour ne pas les suivre ou, si on les a suivis, reprocher à quelqu'un de les avoir donnés ». Cette citation d'Alexandre Dumas semble spécialement juste dans le domaine de la médecine, où certains patients veulent à la fois être conseillés, décider en coopération avec leur médecin et, le cas échéant, pouvoir engager sa responsabilité s'ils estiment, à la suite, à tort ou à raison, qu'une autre option ait été préférable.

Somme toute, les médecins restent les maîtres de la décision sur l'état de santé de la mère ou de l'enfant et, également, sur ses effets sur la continuité de la grossesse. Or, la question qui s'impose est de savoir si la responsabilité pénale des médecins peut être engagée en raison d'une

<sup>209</sup><http://www.amnesty-tunisie.org/blogs/blog/2016/06/15/irlandelonu-declare-que-linterdiction-totale-de-lavortement-viole-les-droits-fondamentaux/>  
(Site officiel d'Amnesty International Tunisie).

<sup>210</sup> Ladite Cour statuait sur une loi adoptée en 2013 au Texas qui impose aux cliniques pratiquant des avortements de posséder un plateau chirurgical digne d'un milieu hospitalier, ce qui a entraîné la fermeture de plusieurs dizaines de centres d'interruption volontaire de grossesse en deux ans. Le texte obligeait les médecins pratiquant des avortements à disposer d'un droit d'admission de leurs patientes dans un hôpital local, mesure qui, appliquée à la lettre, obligeait la mise à disposition quasi impossible de dizaines de lits supplémentaires chaque jour dans les dispensaires.

telle décision. **En d'autres termes, si les médecins sont tenus d'informer les parents sur l'état sanitaire de l'enfant, des sanctions pénales peuvent-elles être infligées en raison de mauvaises informations ?**

Dans le même ordre d'idées, le parquet de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur le fait de savoir si des médecins pouvaient être sanctionnés pénalement pour avoir autorisé et pratiqué une interruption médicale de grossesse, alors que la maladie dont souffrait le fœtus était curable. Le problème posé devant le pôle santé publique du tribunal de grande instance de Paris était inédit : une pathologie grave, à savoir une hernie diaphragmatique congénitale, avait été décelée sur le fœtus lors d'une échographie. Les parents avaient alors été correctement informés de la nature des maux dont souffrait l'enfant à naître et des possibilités de recourir à une interruption médicale de grossesse. Un collège de médecins avait ensuite considéré que, compte tenu des conséquences graves induites par cette pathologie, ladite interruption pouvait être accordée, et les parents y avaient consenti. Les procédures avaient donc été respectées et les patients ne semblaient pas mécontents de la prise en charge dont ils avaient bénéficié d'autant qu'ils s'étaient adressés de nouveau aux médecins de cet hôpital (Necker) lors du suivi de la seconde grossesse. Toutefois, le père de l'enfant, dont l'avortement a été demandé, a engagé des poursuites contre ces médecins pour infanticide, au motif que la maladie dont était atteint le fœtus était curable, inversement aux exigences posées par la législation relative à l'interruption médicale de grossesse. Concrètement, aux termes de l'article L. 2213-1 du code de la santé publique, « l'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, [...] qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Le procureur de la République ne reconnaîtra, néanmoins, qu'une telle interruption abusive due au fait que « le critère d'incurabilité de la malformation n'était pas rempli car le traitement de cette pathologie a évolué ». Un simple rappel à la loi sera donc prononcé et l'affaire sera classée sans suite, notamment parce que « les médecins étaient face à une situation inhabituelle » et qu'il n'y

avait pas « d'infraction pénale caractérisée ». Corrélativement, les juges administratifs<sup>211</sup> et judiciaires<sup>212</sup> français acceptent de considérer qu'un patient pas ou mal informé des conséquences des investigations, soins ou opérations subis peut invoquer la perte de chance de n'avoir pas pu décider en toute connaissance de cause de se soumettre ou non à l'acte qui lui a été préjudiciable. Conséquemment, « la perte de chance pourrait être requise dans le cadre d'une interruption médicale de grossesse abusive pour mauvaise information sur l'ampleur des conséquences induites par la pathologie dont était atteint l'enfant », et du coup, « la solution réside sans doute dans une information précise, claire, facilement compréhensible, et sa transcription dans le dossier médical »<sup>213</sup>.

## B. L'ORDRE PUBLIC GARANTIT CONTINUËMENT LE DROIT À UN CORPS SAIN.

La dignité de la personne humaine va servir à protéger l'individu contre toute atteinte qui pourrait attenter à ce qui fait de lui un être humain, quelle que soit l'origine de cette atteinte. La recherche des débiteurs de cette obligation de respect constitue le meilleur moyen de rendre compte de l'application de cette notion de l'intégrité du corps humain.

Il s'agit de criminaliser les actes qui peuvent affecter la sainteté physique du corps humain. Cependant, il semble expédient de noter que si l'âme, symbole de la vie, s'est dissociée du corps humain, on parle d'un cadavre digne d'un traitement décent conformément au droit du respect des souvenirs.

Or, la dignité des cadavres en droit tunisien<sup>214</sup> ne peut jamais être assimilée à celle des corps des vivants<sup>215</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'intégrité du corps de tout être humain doit être protégée

<sup>211</sup> C.E., 9 juillet 1975, Grandclément, Lebon, p. 398.

<sup>212</sup> Cass., 1er civ. 5 novembre 1974, Lévy c/ Mériot, n°73-11.862, Bull. civ. I, n°292.

<sup>213</sup> Isabelle SOUPLET, Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance, AJDA, 2006, p. 603.

<sup>214</sup> « Est puni d'un an d'emprisonnement et de quarante-huit dinars d'amende, quiconque aura, au mépris des lois, exhumé un cadavre, enlevé, déplacé ou transporté un cadavre exhumé » (L'article 169 du Code pénal). L'article 170 du même Code ajoute qu'il est puni de six mois d'emprisonnement et de soixante-douze dinars d'amende, quiconque aura déplacé, enterré clandestinement ou fait disparaître un cadavre avec l'intention de cacher le décès. Encore, cette peine est portée à deux ans si le cadavre est celui de la victime d'un homicide, sans préjudice de l'application des règles de complicité.

<sup>215</sup> محمد اللجمي، نطاق الحماية القانونية للحرمة الجسدية، الأحداث القانونية التونسية، عدد 9، 1995، ص. 5.

contre tout acte pouvant y porter atteinte, qu'il s'agisse de la torture (1), de l'esclavage (2), de la violation de la intégrité physique (3), ou de faire l'objet d'une consommation marchande (4).

### 1/ La torture

La torture est un acte immoral avant d'être illégal qui contredit le droit naturel à un corps sain, et ne peut aucunement être justifiée ou expliquée. Seulement, ce phénomène n'a pas été étranger à la Tunisie (qui n'en fait pas l'exception aussi), que ce soit pendant le Protectorat français à l'encontre des militants nationalistes, ou même après l'indépendance à l'encontre de ceux dont l'opinion politique ou autre ne correspondait pas à celle du pouvoir hégémonique. De fait, si la torture était bien systématique en vue de réprimer les opposants du régime, elle devenait, avec le temps, une pratique, le moins qu'on puisse dire, habituelle à l'encontre des personnes privées de leur liberté.

Après janvier 2011, les pouvoirs publics ont pris conscience de la nécessité d'escrimer la torture aussi bien textuellement qu'institutionnellement. Textuellement, l'article 101 bis (nouveau) du Code pénal tel que modifié par le décret-loi du 22 octobre 2011<sup>216</sup>, en définissant la torture, a adopté la définition prévue par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984<sup>217</sup>. Si la révision issue dudit décret-loi a étendu la définition de la torture et a durci les délais de la prescription de l'action publique (quinze ans), ce durcissement est, actuellement, incompatible avec la Constitution de 2014 dont l'article 23 énonce, sans équivoque, l'imprescriptibilité du crime de torture<sup>218</sup>. Institutionnellement, après la création du ministère des droits de l'Homme et de la Justice transitionnelle, l'Instance nationale pour la

<sup>216</sup> Décret-loi n°2011-106 du 22 octobre 2011 modifiant et complétant le Code pénal et le Code de procédure pénales, JORT, n°82, 28 octobre 2011, p. 2326.

<sup>217</sup> Ratifiée par la Tunisie en vertu de la loi n°88-79 du 11 juillet 1988, JORT, n°48, 12-15 juillet 1988, p. 1035.

<sup>218</sup> Il faut également noter que la loi n°2013-53 du 24 décembre 2013 relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation (JORT, n°105, 31 décembre 2013, p. 3655) énonce que les actions en justice relatives à l'homicide volontaire, la violation sexuelle, la torture, la disparition forcée et la peine de mort sans garantie de procès équitable, sont imprescriptibles. Mais puisque la justice transitionnelle a une compétence temporelle (du 1er juillet 1955 jusqu'à la date de la promulgation de cette loi), on doit appliquer les autres textes en 2014, c'est-à-dire le Code pénal qui doit être mis en conformité avec le texte constitutionnel supérieur.

prévention de la torture<sup>219</sup> fut créée par la loi n°2013-43 du 23 octobre 2013<sup>220</sup> et, également la Constitution de 2014 a créé l'Instance des droits de l'Homme qui n'a pas encore vu le jour.

Toutefois, il est frappant de constater que, malgré la diversité des textes et des institutions, l'effectivité de la prévention de la torture est plus épineuse en Tunisie où la responsabilité des débiteurs n'a pas encore pénétré la mentalité des dirigeants, car on entend parfois, grâce à la société civile, qu'une telle violation a été commise, sans pour autant en connaître les suites. Ceci est affirmé, le changement vers ce sens dépend largement du succès de la justice transitionnelle en vue de responsabiliser les débiteurs de ces crimes inhumains car « il ne s'agit pas seulement du droit à la vérité pour les victimes mais du droit de savoir de tout un peuple opprimé par la dictature et de la mise en place des garanties pour faire obstacle à tout retour de la dictature »<sup>221</sup>.

## 2/ L'esclavage

L'esclavage était pratiqué depuis l'aube des temps antiques, sur tous les continents. Si l'on s'en tient au discours aristotélien, qui a d'ailleurs connu « une fortune encombrante durant vingt-quatre siècles »<sup>222</sup>, l'esclave n'appartient pas de plein droit à l'humanité dans la mesure où « tout en possédant des traits humains, (il) participe à l'univers animal et à celui de l'ustensibilité »<sup>223</sup>. Mi-animal, mi-homme, l'esclave est un être privé d'humanité mais utile pour l'humanité, en tant que force corporelle du travail et de labeur. Au XVI<sup>e</sup> siècle, durant cette célèbre « civilisation de la Renaissance », l'Homme occidental découvre l'autre. Au moment même où prend forme l'idée d'humanité, le nouveau mode est asservi. L'appui des grands théologiens à la population indienne, qui s'illustre essentiellement lors de la controverse de Valladolid par la voix du dominicain Barthélemy de Las Casas, n'empêchera pas l'empereur Charles Quint de dénier à toute une population le droit d'appartenir à cette

<sup>219</sup> Dont les membres ont été élus le 16 mars 2016 par le Parlement, c'est-à-dire, il a fallu attendre plus de deux ans pour que cette Instance soit constituée au moins organiquement.

<sup>220</sup> JORT, n°85, 25 octobre 2013, p. 3075.

<sup>221</sup> « Révolution tunisienne et défis sécuritaires », tome I, « Les archives de la dictature », Farah HACHED et Wahid FERCHICHI (dir.), Med Ali Édition, 2014, p. 31.

<sup>222</sup> Jacques RICOT, Étude sur l'humain et l'inhumain, Pleins feux, 1998, p. 58.

<sup>223</sup> Ibid, p. 57.

célèbre communauté universelle où chaque être humain est doté de droits naturels, préexistants à toute organisation sociale.

En Tunisie, il paraît utile de rappeler que notre pays a été le premier pays arabo-musulman qui a abrogé expressément l'esclavage en vertu du décret beylical scellé par Ahmed Bey le 23 janvier 1846. Ce décret a été suivi de celui du 29 mai 1890 qui a prévu expressément la condamnation de toute personne qui y dérive<sup>224</sup>. Ces textes ne constituent pas les seuls fondements de l'interdiction de l'esclavage en Tunisie<sup>225</sup>. En effet, l'État tunisien a adhéré à la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 25 septembre 1926 (telle qu'amendée par le Protocole du 7 décembre 1953 signé au siège de l'Organisation des Nations-Unies, et également à la Convention relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage signée au siège de l'Office Européen des Nations-Unies à Genève le 7 septembre 1956, et ce, en vertu de la loi n°66-32 du 3 mai 1966<sup>226</sup>.

### 3/ La violation de l'intégrité physique

Le droit au respect de sa dignité est un droit reconnu à l'être humain. Ce droit lui est d'abord reconnu face à l'État qui, du fait de sa puissance, est à la fois le plus susceptible d'y porter atteinte et aussi le mieux à même de le sauvegarder (3-1). Or, l'étendue de ce droit ne s'arrête pas à une conception purement subjective. Concrètement, la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit d'application verticale qui régit les seuls rapports entre la puissance publique et les individus, c'est également un droit objectif d'application horizontale constituant, de fait, une obligation pour les individus <sup>227</sup>(3-2).

#### 3.1/ Obligation mise à la charge de l'État

« La protection de la sécurité des personnes et des biens est, dans un État de droit, une préoccupation fondamentale et légitime des citoyens :

<sup>224</sup> ينص الفصل الأول من أمر 1890 أنه «لا عبودية مملكتنا ولا يجوز وقوعها فيها، فكل إنسان حر مهما كان جنسه أو لونه، ومن يقع عليه ما يمنع حريته أو يخالفها فله أن يرفع أمره للمحاكم». <sup>225</sup> أنظر: صبرية السخيري زروق، دولة القانون والحرمة الجسدية، في «les droits constitutionnels»، أعمال ملتقى حول خمسينية الدستور التونسي لسنة 1959، عين دراهم، 8 أبريل 2009، ص. 236.

<sup>226</sup> JORT, n°20, 3-6 mai 1966, p. 723.

<sup>227</sup> Benoît JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le Droit positif, RDP, 1999, p. 201.

elle est une des missions majeures de la puissance publique »<sup>228</sup>. Or, on peut légitimement craindre que l'État n'abuse de son pouvoir en portant atteinte à la dignité des individus. Ce péril est d'autant plus grave lorsque ces individus sont des usagers involontaires des services publics : les commissariats, les prisons, les établissements scolaires, les établissements hospitaliers, sont des institutions où l'individu est en position de faiblesse, incapable de se soustraire à une atteinte à sa dignité. Ceci est affirmé, c'est ce type d'atteinte à la dignité humaine qui est le plus fatal et pénible.

À cet égard, il ne demeure pas moins vrai que le Code pénal protège la dignité humaine contre toute violation dont l'auteur ait la qualité d'un fonctionnaire public<sup>229</sup>. L'article 101 du Code pénal punit d'une peine d'emprisonnement et d'une amende, tout fonctionnaire public ou assimilé qui, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions aura, sans motifs légitimes, usé ou fait user de violence envers autrui. Par ailleurs, l'article 103 (nouveau) du même Code est plus précis quant aux personnes victimes de violence, il dispose qu'est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende, tout fonctionnaire public ou assimilé qui, sans motif légitime, aura porté atteinte à la liberté individuelle d'autrui, ou use ou fait user de mauvais traitements envers un accusé, un témoin ou un expert à cause d'une déclaration faite ou pour en obtenir des aveux ou déclarations. Ajoutons que sont considérés nuls les aveux et les dires de l'inculpé ou les déclarations des témoins s'il est établi qu'ils ont été obtenus sous la torture ou la contrainte. Il s'agit de la protection des personnes lors de l'interrogatoire par la police judiciaire<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> Cour des comptes française, Le service public pénitentiaire : prévenir la récidive, gérer la vie carcérale, Rapport public, La Documentation française, juillet 2010, p. 1.

<sup>229</sup> Il est à affirmer que la définition du fonctionnaire public prévue par l'article 82 du Code pénal est plus large que celle adoptée par le Juge administratif ou celle prévue par le Statut général de la fonction publique.

آنظر: صبرية السخيري زروق، مقال مذکور، ص. 241.

<sup>230</sup> Ladite police est exercée par les Procureurs de la République et leurs substituts, les juges cantonaux, les commissaires de police, officiers de police et chefs de poste de police, les officiers, sous-officiers et chefs de poste de la garde nationale, les cheikhs, les agents des administrations ayant reçu des lois spéciales le pouvoir de rechercher et de constater par des procès-verbaux certaines infractions, les juges d'instruction dans les cas prévus par le Code de procédure pénale.

Les sanctions qui prennent la forme d'une peine privative de liberté et qui prononcées par la justice à l'encontre des auteurs des crimes et délits sont exécutées par le service public pénitentiaire. Cette privation de liberté, tout aussi légitime qu'elle puisse être, et qui porte essentiellement sur la liberté d'aller et de venir, « ne saurait prétexter une restriction supplémentaire de droits de tout individu, fût-il incarcéré, doit conserver la jouissance »<sup>231</sup>. Les personnes privées de liberté, peuvent, pendant l'exécution de leurs peines, être confrontées à de nombreux problèmes, entre autres, celui de leur dignité du corps. En effet, « s'il est incontestable que toute privation de liberté comporte l'infliction d'une souffrance, il est désormais acquis que celle-ci ne doit pas dépasser un certain seuil, qui signifierait le non-respect de la personne détenue et s'apparenterait donc un traitement humain »<sup>232</sup>. Même privé de sa liberté, le détenu doit être respecté dans sa dignité et, par ailleurs, quels que soient les motifs de sa condamnation, il ne peut être privé des droits inhérents à sa dignité<sup>233</sup>. De ce fait, les établissements pénitentiaires sont tenus d'administrer les soins à tous les détenus dont l'état de santé le nécessite.

De la sorte, si tout suspect peut être arrêté provisoirement, cette arrestation provisoire n'est pas sans garanties dans la mesure où, la personne gardée à vue, peut demander au cours du délai de garde à vue ou à son expiration d'être soumise à un examen médical. En plus, les officiers de police judiciaire doivent tenir dans les postes où s'opère la garde à vue un registre spécial côté et signé par le procureur de la République ou son substitut et portant obligatoirement, entre autres, la demande d'être soumis à l'examen médical si elle a été présentée par le gardé à vue ou par l'un de ses ascendants ou descendants ou frères ou sœurs ou par le conjoint<sup>234</sup>.

Dans le même ordre d'idées, et après avoir été sanctionné pénalement, le Droit tunisien affirme l'intégrité physique du détenu conformément aux dispositions de la loi n°2001-52 du 14 mai 2001 relative à l'organisation

.....  
<sup>231</sup> Jean-Paul CÉRÉ, Les droits des détenus sous la Cinquième République : de réels progrès ?, RFAP, 2001, n°99, p. 417.

<sup>232</sup> Jean-Manuel LARRALDE, Vers des prisons françaises plus humaines ?, in « Humanisme et droit », mélanges Jean Dhommeaux, Pedone, 2013, p. 321.

<sup>233</sup> Jean MORANGE, Introduction générale, in « La prison : quel(s) droit(s) ? », PULIM, 2013, p. 20.

<sup>234</sup> L'article 13 bis du Code de procédure pénale, ajouté par la loi n°87-70 du 26 novembre 1987 et modifié par celle n°99-90 du 2 août 1999.

des prisons<sup>235</sup>. En effet, les conditions de détention doivent assurer l'intégrité physique et morale du détenu qui bénéficie, entre autres, de l'assistance médicale et psychologique<sup>236</sup>. Plus particulièrement, l'article 17 de ladite loi prévoit certains droits du détenu, parmi lesquels, la gratuité des subsides, la gratuité des soins et des médicaments à l'intérieur des prisons ou des établissements hospitaliers. Derechef, la spécificité de la situation de certains détenus exige, bel et bien, d'être prise en considération ; il s'agit en l'occurrence des femmes détenues enceintes ou allaitantes. En effet, pendant la période de grossesse ou d'allaitement, les femmes concernées sont incarcérées dans un pavillon approprié, aménagé à cet effet offrant l'assistance médicale, psychologique et sociale à la mère et l'enfant<sup>237</sup>.

Le tribunal d'Oslo a estimé, le 20 avril 2016, que la Norvège soumettait l'extrémiste de droite Anders Behring Breivik, détenu à l'écart des autres prisonniers depuis qu'il a tué soixante-dix-sept personnes en 2011, à un traitement « inhumain » et « dégradant » en contravention à la Convention européenne des droits de l'Homme. En novembre 2015, le défenseur des droits norvégien a estimé que le régime carcéral de Breivik comportait « un risque accru de traitement inhumain »<sup>238</sup>.

Pendant le procès civil, ayant été tenu dans la prison de Skien où il est détenu sous un régime de très haute sécurité, Breivik avait affirmé que l'isolement carcéral nuisait à sa santé, évoquant notamment des maux de tête et des troubles de la concentration. Le tribunal a débouté Breivik d'une demande concernant le second aspect de sa plainte, concernant ses échanges avec l'extérieur, un domaine couvert par une autre disposition de la Convention. Le détenu demandait la levée des restrictions sur son courrier et sur ses visites pour pouvoir correspondre avec des sympathisants. En revanche, les autorités s'y opposent, faisant

---

<sup>235</sup> JORT, n°40, 18 mai 2001, p. 1132.

<sup>236</sup> L'article 1er de la loi de 2001.

<sup>237</sup> L'article 7 bis de la loi de 2001 susvisée, ajouté par celle n°2008-58 du 4 août 2008, JORT, n°64, 8 août 2008, p. 2413.

<sup>238</sup> Bien qu'aucun des professionnels – médecins, psychiatres, personnels pénitentiaires – qui l'ont observé en prison n'a dit relever d'altération grave de sa condition physique ou mentale. Les différents témoignages avaient fait apparaître que Breivik bénéficiait de conditions nettement plus confortables que les autres prisonniers. À Skien, il dispose d'une télévision avec lecteur DVD, d'une PlayStation, d'une machine à écrire, d'appareils de musculation, de livres et de journaux répartis dans trois cellules de vie, d'études et d'exercices physiques. Le Monde, consulté le 20 avril 2016.

valoir qu'il est « extrêmement dangereux » et que ces contrôles visent à empêcher de nouvelles attaques. La censure de ses échanges postaux est notamment justifiée par la nécessité de l'empêcher de former un « réseau extrémiste ».

Concernant les terroristes, au lendemain de nombreux attentats qui ont saccagé notre Pays et avec la gravité des menaces continues, plusieurs interrogations sont notamment imposées et mises à l'ordre du jour. Au centre de ces interrogations, celle du traitement à réserver aux terroristes a hanté le Pays. Comment répondre à la barbarie ? Comment est-ce qu'un État de Droit épris de valeurs humanistes devrait juger ceux qui ont perpétré des massacres tout en sachant que, s'ils s'en sortent vivants, leurs procès leur offrirait la plus spectaculaire des tribunes pour répandre leur propagande haineuse et assurer la publicité de leur manifeste ? Dans ce même ordre d'idées, si on prend en considération le fait que les aveux des inculpés peuvent sauver des vies, est-ce que l'Etat serait obligé d'accorder un traitement humain à un terroriste qui ne reconnaît cependant ni la notion de dignité humaine ni celles de droits de l'homme ou de libertés<sup>239</sup>.

### 3.2/ Obligation mise à la charge des personnes privées

Assurément, avec cette obligation de respecter la dignité humaine, on s'aperçoit que l'État ne peut rester indifférent comme le notait Jean Rivero : « C'est donc une attitude d'intervention active et efficace dans les relations privées qui s'impose aujourd'hui plus que jamais à l'État soucieux de promouvoir les libertés »<sup>240</sup>. Pratiquement, il s'agit de la criminalisation des comportements considérés comme portant atteinte à la dignité humaine. La section II du chapitre premier (Attentats contre

<sup>239</sup> À ce stade, il est à rappeler que les États-Unis, dans sa guerre contre le terrorisme qui s'est déclenchée depuis les attentats du 11 septembre 2001, a précisé que les Conventions de Genève sur le statut des prisonniers de guerre ne sont pas applicables à tous les prisonniers de la guerre en Afghanistan ou en Irak. De fait, les prisonniers de Taliban sont soumis aux dites Conventions, cependant, les prisonniers des organisations illégales (notamment Al-Qaïda) en sont exclus. En Droit tunisien, l'article 2 de la loi n°2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent (JORT, n°63, 7 août 2015, p. 2136, en arabe), prévoit que les pouvoirs publics chargés d'appliquer ladite loi doivent respecter les garanties constitutionnelles et les engagements internationaux de la Tunisie en matière de droits de l'Homme, de la protection des réfugiés et du Droit international humanitaire.

<sup>240</sup> Jean RIVERO, La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées, in mélanges offertes à René CASSIN, vol. III, Pedone, 1971, p. 315.

les personnes) du deuxième titre (Attentats aux particuliers) du Code pénal est consacrée aux violences et aux menaces. S'il est à noter que les tentatives sont punissables, il est à noter, également, que les poursuites, les procès et les exécutions ne peuvent être arrêtées que suite au désistement de la victime lorsqu'elle est descendante ou conjointe de l'auteur de l'agression.

En Droit français, l'article L.227-24 du Code pénal incrimine « un message à caractère violent ou pornographique, de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ». C'est aussi sur cette notion que le législateur s'est fondé pour incriminer le bizutage (loi du 17 juin 1998), ou envisage de le faire pour lutter contre les messages racistes ou pour protéger la présomption d'innocence. Seules ces atteintes à la dignité de la personne humaine peuvent être pénalement sanctionnées.

#### 4/ Le corps : objet de consommation marchande ou le statut juridique de l'Homme biologique ?

Le statut de l'Homme biologique pose deux questions essentielles, à savoir les prélèvements et greffes d'organes d'une part (4-1), et les recherches médicales d'autre part (4-2).

##### 4.1/ Les prélèvements et les greffes d'organes

Il est patent de constater que les lois bioéthiques énoncent « un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; [ces principes]... tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »<sup>241</sup>. En Droit tunisien, c'est à travers la loi n°91-22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains<sup>242</sup> (abrogeant l'ancien décret beylical du 19 juillet 1951 portant autorisation, dans les hôpitaux, le prélèvement sur les personnes décédées) que le législateur a introduit un véritable statut juridique de l'Homme biologique, gouverné par le principe de l'éminente

<sup>241</sup> Cons. Cons., n°94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic, Rec. p. 100, JORF, n°174, 29 juillet 1994, p. 11024.

<sup>242</sup> JORT, n°22, 29 mars 1991, p. 468.

dignité humaine. Devant l'extension du pouvoir sur la vie sous toutes ses formes, seule, en effet, une référence à cette impérative sauvegarde de la dignité de l'humain, peut délimiter l'espace des recherches moralement non condamnables<sup>243</sup>.

En conséquence, la loi de 1991 est parfaitement exigeante quant aux conditions devant être requises, et qui sont relatives au donneur et à son consentement et aux conditions procédurales. Primo, le prélèvement ne peut être effectué que sur une personne vivante et à condition que le donneur soit majeur, jouissant de toutes ses facultés mentales, de sa capacité juridique et ayant librement exprimé son consentement. En second lieu, à la lecture de l'article 3 de la loi de 1991, il est loisible de constater que le législateur présume que toute personne est donatrice à moins qu'une opposition n'y soit faite. Plus précisément, ledit article 3 a autorisé les prélèvements qui peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne, et ce, à condition qu'elle n'ait pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement et qu'après son décès, le refus d'un tel prélèvement n'ait pas été opposé, sous réserve de la pleine capacité juridique, par les enfants, les parents, le conjoint, les frères et sœurs ou le tuteur légal (lorsqu'il s'agit d'un mineur ou d'un incapable)<sup>244</sup>. Il reste à énoncer que le manquement à ces conditions est susceptible d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de mille à deux milles dinars.

En outre, le donneur n'a pas la totale liberté de donner n'importe quel organe. En effet, il est strictement interdit de prélever la totalité d'un organe vital<sup>245</sup>. Le législateur est, sans doute, sévère par rapport à cette condition dans la mesure où, l'infraction est réputée un homicide volontaire en cas de décès de la victime, et réputée un acte de violence suivi de mutilation, de perte de l'usage d'un membre, de défiguration, infirmité ou incapacité (l'article 219 du Code pénal). Aussi, il est interdit de prélever sur des personnes vivantes ou décédées des organes de reproduction porteurs

---

<sup>243</sup> Catherine LABRUSSE-RIOU, *Éthique biomédicale et droit des sciences de la vie*, Cahiers français, n°288, 1998, p. 94.

<sup>244</sup> Il est à signaler que la liste de ces personnes n'est pas aléatoire dans la mesure où le législateur a accordé l'accord prioritaire aux personnes classées par ordre.

<sup>245</sup> L'alinéa 2 de l'article 4 de la loi de 1991 définit l'organe vital comme étant celui « dont le prélèvement entraîne inéluctablement la mort de la personne sur laquelle il a été prélevé ».

de gênes d'hérédité<sup>246</sup> ou moyennant une contrepartie pécuniaire ou toute autre forme de transaction<sup>247</sup>.

D'un côté procédural, le consentement du donneur, qui peut être retiré à tout moment, est exprimé devant le président du tribunal de première instance territorialement compétent qui s'assure du respect des conditions requises. Après quoi, l'autorité judiciaire en dresse un procès-verbal signé par elle, par le donneur et par le greffier qui en transmet une copie aux établissements hospitaliers autorisés. À cet effet, force est de constater que les prélèvements ou les greffes d'organes ne peuvent être effectués que dans les établissements publics hospitaliers autorisés à cette fin par l'arrêté du ministre de la Santé publique du 19 septembre 2002<sup>248</sup>, tel que modifié par l'arrêté du 18 septembre 2015<sup>249</sup> et celui du 5 avril 2016<sup>250</sup>. L'infraction à cette règle est punie d'une amende de deux à cinq milles dinars, abstraction faite des mesures administratives dont notamment la fermeture de l'établissement sanitaire privé pour une période d'un à six mois<sup>251</sup>.

#### 4.2/ Le corps humain et les recherches médicales

Le besoin de normativité éthique continue, plus que jamais, à se faire sentir. En quelques années, le débat est même devenu un sujet de préoccupation internationale, avec notamment la signature, sous l'égide de l'UNESCO, de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, adoptée à l'unanimité des États membres le 11 novembre 1997. Toutefois, dépourvue de toute valeur juridique contraignante, on voit mal, à l'heure où la recherche s'interroge sur le champ du possible ouvert par le clonage humain et les recherches scientifiques, quelles limites sérieuses pouvant être concrètement apportées aux activités médicales à risque éthique susceptibles de mettre en question l'inviolabilité du corps humain.

---

<sup>246</sup> L'outrage à cette condition est considéré comme une castration qui est, hors le cas prévu par l'article 221 du Code pénal, sanctionnée d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de deux à cinq milles dinars.

<sup>247</sup> L'article 18 de la loi de 1991.

<sup>248</sup> JORT, n°79, 27 septembre 2002, p. 2289.

<sup>249</sup> JORT, n°79, 2 octobre 2015, p. 2822 (en arabe).

<sup>250</sup> JORT, n°31, 15 avril 2016, p. 1392 (en arabe).

<sup>251</sup> L'article 20 de la loi de 1991.

Pourtant, nul ne peut nier le fait que la recherche scientifique est, inéluctablement, une pratique qui touche la personne dans son corps, qui rabaisse l'Homme à n'être que substance physique, support corporel. D'une part, parce qu'elle nie la singularité de l'être humain qu'elle s'emploie à reproduire, d'autre part parce qu'elle réifie un être humain en le transformant en un simple moyen au service d'une fin : « disposer d'une personne particulièrement douée par telle ou telle fonction ; consoler les proches affectés par la perte d'un être cher, en faisant naître son double génétique ; assouvir le désir d'éternité ; constituer un réservoir d'organes »<sup>252</sup>.

Quant à l'assistance médicale à la procréation, elle est pratiquée depuis plusieurs années en Tunisie, mais elle n'a reçu de cadre juridique qu'en 2001, avec la promulgation de la loi n°2001-93 du 7 août 2001<sup>253</sup>. Or, il s'agit bien d'un retard condamnable dans la mesure où le Comité national d'éthique tunisien<sup>254</sup> avait appelé depuis 1996 à l'élaboration d'une loi-cadre afin d'empêcher les abus et les dérives de cette pratique médicale<sup>255</sup>. Quoi qu'il en soit, cette technique consiste à contourner les obstacles à l'infécondité féminine ou masculine, elle peut leur permettre de satisfaire le désir d'avoir un enfant, généralement si cher chez un couple, lorsque le processus naturel ne le permet pas<sup>256</sup>. Si la religion musulmane ne l'interdit pas, la lecture de certains articles de la loi de 2001 ne laisse aucune équivoque sur l'influence de l'Islam dans leur rédaction. « Cette influence peut être directe ou masquée dans les usages, les traditions de la société tunisienne et certaines règles du Droit positif, mais dans tous les cas, elle est réelle »<sup>257</sup>. Tout d'abord, l'accès à la procréation médicalement assistée est conditionné par un principe clé lié à la famille ; le mariage (l'article 3 de la loi). Ensuite, l'article 4 a exclu la fécondation

---

<sup>252</sup> Dominique FENOUILLET, *Respect et protection du corps humain*, Jurisclasseur civil, Fascicule X, p. 12, n°50.

<sup>253</sup> JORT, n°63, 7 août 2001, p. 2025.

<sup>254</sup> Ledit Comité a été créé en vertu de l'article 8 de la loi n°91-63 du 29 juillet 1991 relative à l'organisation sanitaire (JORT, n°55, 6 août 1991, p. 1390), et dont les attributions, la composition et les modalités de fonctionnement ont été fixées par le décret n°2001-2133 du 1er septembre 2001 (JORT, n°74, 14 septembre 2001, p. 3015).

<sup>255</sup> Cf. Avis n°1 du 12 décembre 1996 sur la procréation médicalement assistée.

<sup>256</sup> Sophie DABBOU-BEN-AYED, *Le rôle de la religion dans l'élaboration de la loi de 2001 sur l'assistance médicale à la procréation*, in « Droit, éthique, religion : quelles normes pour l'assistance médicale à la procréation ? Étude tuniso-française », Amel AOUIJ-MRAD, Brigitte FEUILLET-LIGIER et Philippe PORTIER (dir.), 2011, p. 73.

<sup>257</sup> *Ibidem*.

post mortem en exigeant que les membres du couple soient vivants ; l'exigence de cette condition vient ainsi exclure certaines pratiques liées à la cryoconservation permise par la possibilité de congélation des gamètes. Enfin, l'article 5 de la même loi précise que la fécondation des gamètes et l'implantation des embryons dans le cadre de la médecine de reproduction ne peuvent être effectuées qu'après avoir recueilli le consentement des parents par écrit.

Bien entendu, le manquement à ces exigences est, à l'évidence, sanctionné aussi bien administrativement que pénalement pour les établissements hospitaliers, les médecins et pour toute personne ayant bénéficié des prestations en fournissant des informations inexactes visant à faire croire que les conditions sont parfaitement réunies<sup>258</sup>.



## DEUXIÈME II :

### L'ORDRE PUBLIC CIRCONSCRIT LA LIBERTÉ DE DISPOSER DE SON CORPS

Décidemment, le maintien de l'ordre public, étant une nécessité pour l'exercice des libertés, il en découle que, dans certaines circonstances, les libertés peuvent être limitées pour sauvegarder l'ordre public. Dans certains cas, le respect de sa propre dignité s'impose à l'individu, qui n'est pas alors libre d'y porter atteinte.

Ayant égard à la définition de la faute aux termes de l'article 83-3 du Code des obligations et des contrats, cette dernière consiste, « soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir... ». De ce fait, au nom de l'ordre public, la liberté de disposer de son corps peut être atteinte, et ce, soit par l'interdiction de certaines pratiques corporelles (A), soit par l'assujettissement de certaines personnes à quelques obligations concernant leurs corps (B).

<sup>258</sup> Cf. le Chapitre III de la loi de 2001, intitulé « Des modalités de contrôle et de constatation des infractions et des sanctions ».

## A. L'ORDRE PUBLIC INTERDIT CERTAINES PRATIQUES CORPORELLES OU LE « BON ORDRE MORAL »<sup>259</sup>

Le principe de dignité humaine pose, face aux autres principes juridiques, la question de sa potentielle conciliation ou de son précellence. Dominique Rousseau a, à cet égard, résumé la difficulté particulière que le principe de dignité de la personne humaine peut poser au juge constitutionnel et, au-delà, à toute juridiction. Si « le Conseil a pris l'habitude de juger la loi par un contrôle de conciliation raisonnable des principes constitutionnels différents qui la fondent, la dignité humaine n'est-elle pas un principe qui, par définition, ne peut souffrir ni atteinte, ni dégradation, ni restriction ? Peut-elle être un principe relatif, dépendant, conditionné ? »<sup>260</sup>. Tout comme la matière civile<sup>261</sup>, la matière pénale incrimine l'attentat aux mœurs, ce qui met en axiome la corrélation inévitable entre l'ordre public et les bonnes mœurs. L'inviolabilité, comme l'indisponibilité, répondent à l'objectif d'interdire toute atteinte au corps et donc d'empêcher l'individu de consentir à ce qu'il soit porté atteinte à sa propre dignité. L'inviolabilité permet de la sanctionner pénalement, tandis que l'indisponibilité limite le pouvoir de disposition de soi de l'individu<sup>262</sup>.

Or, il est admis que la dignité humaine ne peut pourtant être confondue avec les bonnes mœurs. Par conséquent, il est dangereux d'assimiler les notions d'ordre moral et d'ordre public. Ce dernier n'a recours à la contrainte étatique que « pour protéger l'égalité liberté d'autrui, c'est-à-dire finalement en l'absence de son consentement. Au contraire l'ordre moral n'admet pas que par son consentement, l'individu puisse disposer totalement de sa liberté »<sup>263</sup>. Plus foncièrement, l'ordre public demeure une notion juridique, qui n'entend pas pénétrer sur le terrain moral. Dans son précis de droit administratif, Maurice Hauriou relevait déjà que l'ordre public revêtait un élément « matériel et extérieur ». Il ajoutait que « la police [...] n'essaie pas d'atteindre les causes profondes du mal social,

<sup>259</sup> René CHAPUS, *op. cit.*, p. 707.

<sup>260</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1995, p. 335.

<sup>261</sup> À titre d'exemple, concernant la cause du contrat, l'article 67, alinéa 2, du Code des obligations et des contrats précise que « La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi ». De même, l'article 6 du Code civil français interdit de déroger « par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>262</sup> Michelle GOBERT, *Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD Civ., 1992, p. 511 et ss.

<sup>263</sup> Note Patrice ROLLAND sous TGI Paris, 8 novembre 1977, D., 1978, p. 326.

elle se contente de rétablir l'ordre matériel [...]. En d'autres termes, elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées ». Le doyen Hauriou s'en réjouit car reconnaître un ordre public moral reviendrait à verser dans « l'inquisition et l'oppression des consciences »<sup>264</sup>.

Il est donc nocif d'assimiler les bonnes mœurs et la dignité humaine et d'en conclure à l'illicéité de sa transgression ; c'est instituer « dans le régime juridique éminemment relatif de la police administrative l'absolutisme intransigeant d'une norme morale à l'état brut »<sup>265</sup>. En outre, la dignité humaine dépasse ces notions éminemment relatives et variables comme le souligne Jean Carbonnier<sup>266</sup>, « elles ne sont au fond, que les coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle, pour un lieu et un temps donnés. Rien de comparable à une éthique transcendante et éternelle. D'où la variabilité de la notion ».

Concernant la liberté sexuelle, si elle consiste en ce qu'un certain nombre d'hommes s'emparent ou font la conquête d'un certain nombre de femmes plus ou moins consentantes, ceci n'a rien de nouveau. Simplement, ce système a aujourd'hui l'occasion de s'étendre davantage grâce aux possibilités contraceptives qui écartent la crainte de grossesses et diminuent dans la même mesure les interdits<sup>267</sup>. On dit souvent que la liberté est la possibilité de choix. La liberté sexuelle, ce serait donc de pouvoir choisir son partenaire, de pouvoir choisir ce qu'on va faire ensemble (ou du moins d'y avoir son mot à dire à parts égales), de pouvoir choisir de ne pas lier son sort humain à cause de relations sexuelles, de pouvoir renoncer aux relations sexuelles sans pour autant être taxé de « pas gentil » ou d'anormal. Il s'agit, essentiellement, de traiter deux questions primordiales, à savoir **le plaisir non reproductif (1) et la prostitution (2)**.

#### 1/ Le plaisir non reproductif :

Si les rapports sexuels sont conçus en principe entre un homme et une femme aux fins de prolifération, le plaisir non reproductif est-il une expérience du corps étrangère aux personnes hétérosexuelles ?

Si l'on s'en tient à une vue superficielle des choses, on pourrait dire qu'évidemment ce plaisir existe, dans le silence et l'oppression, et qu'il n'y

<sup>264</sup> Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, 12ème éd., 2002.

<sup>265</sup> Olivier CAYLA, Le coup d'État de droit ? Le débat, 1998, n°2, p. 128.

<sup>266</sup> Jean CARBONNIER, Droit civil, tome IV, 16 éd., PUF, 1992, p. 147.

<sup>267</sup> Marie DENIS et Denise LOUTE, Le corps restitué, Les Cahiers du GRIF, n°30, 1974, p. 30.

a aucune raison de privilégier telle expérience sur une autre. Cet isolement n'apparaît cependant pas artificiel. Car nous ne pouvons plus penser le corps autrement que comme le « corps vécu » de Merleau-Ponty, même si la présence parfaite de soi-même à son corps et à l'univers n'est réalisable qu'en de brefs moments comme l'éveil, l'extase ou l'orgasme<sup>268</sup>.

Évidemment, Freud a démontré que tout être humain est bisexuel, et que les catégories étanches entre hétéro et homosexualité épousent bien peu la réalité des désirs et aboutissent à des comportements compulsionnels. Or, les situations existentielles actuelles obligent à constater que la prétendue « libération sexuelle » ne consiste en réalité qu'en une hétérosexualité aménagée. Ici, l'expérience du corps ne passe pas par le regard de l'autre sexe, par sa mise en forme. Elle est vécue pour elle-même, dans l'indépendance. On ne peut souscrire à l'idée du miroir, chacun ou chacune renvoyant à l'autre sa propre image, car chaque être humain reste mystère dans son altérité fondamentale. Cependant, il est vrai que la découverte de son propre corps et de ses possibilités érotiques se fait plus facilement face à l'autre mais semblable.

En Tunisie, l'homosexualité est un acte pénalement sanctionné sur la base du fameux article 230 du Code pénal qui prévoit que la sodomie est punie de l'emprisonnement pendant trois ans. Pourtant, compte tenu du climat des libertés qu'a connu la Tunisie depuis 2011, il ne reste pas moins vrai que plusieurs demandes ont eu lieu en faveur de l'abolition dudit article d'autant qu'il touche à la vie privée. Or, la revalorisation de la famille dans l'article 7 de la Constitution de 2014 en la considérant comme la cellule de base de la société que l'État a l'obligation de protéger, est une reprise lacunaire de l'article 23 du Pacte des droits civils et politiques et l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Cette formule de la revalorisation n'est pas sans raison d'être. En effet, elle résulte des concessions entre les modernistes et les conservateurs dans l'Assemblée Nationale Constituante, dont le résultat est la dénégation du libre choix du conjoint et du fondement d'une famille. L'objection face à une telle liberté trouve ses racines dans le fait que le libre choix impliquera, bel et bien, des suites en ce qui concerne les droits des homosexuels ou des personnes à sexe variable, ayant fait l'objet d'un grand et épineux débat depuis

---

<sup>268</sup> Brigitte GALLETZ, *L'un et l'autre corps*, Les Cahiers du GRIF, n°3, 1974, p. 46.

l'éruption du volcan des libertés en Tunisie depuis 2011 pour en finir par s'y opposer durant la campagne électorale en 2011, et ce, en accusant les modernistes d'essayer de légaliser le mariage des homosexuels et la destruction de la famille-substance de la vie en société.

Récemment, s'est imposée cette problématique dans une affaire bien connue dans laquelle le Tribunal de Kairouan a condamné six jeunes étudiants accusés de sodomie à 3 ans de prison le 10 décembre 2015 après leur soumission à un test anal comme élément de preuve. Et ce, bien que le test ne mentionne pas expressément que l'intéressé avait pratiqué un rapport de sodomie, mais uniquement mentionne que l'objet anal de la personne intéressée ait fait l'objet d'une pénétration, cette dernière peut résulter aussi bien d'un rapport sexuel, que d'un acte de plaisir individuel ou personnel. En outre, les accusés ont été bannis de la ville pendant cinq ans. Ce jugement a été allégé en appel pour ne sanctionner les coupables que de deux mois d'emprisonnement. À cet égard, il y a lieu de remarquer que cette question de l'homosexualité dépend du juge qui va en dire le droit ; autrement dit, elle dépend du niveau de conservatisme du juge, au point qu'il nous est permis de faire la cartographie des tribunaux tunisiens en la matière. Cette affaire a entraîné une levée des boucliers, dans la mesure où, plusieurs associations de défense de droits humains, aussi bien nationales qu'internationales, ont contesté le test anal dégradant et l'ont considéré comme un acte de torture<sup>269</sup>.

En Droit comparé, le gouverneur de l'État américain du Mississippi Phil Brayant a ratifié le 5 avril 2016 une loi qui autorise les commerces, organisations religieuses ou les fonctionnaires à refuser de servir des couples homosexuels pour des raisons religieuses. Le projet de la susdite loi, voté le 1<sup>er</sup> avril de la même année par les parlementaires dudit État nonobstant les chicanes de la société civile<sup>270</sup>, a un but de protection des

---

<sup>269</sup> « Alors que les Tunisiens célébraient le prix Nobel de la Paix pour le Quartet au dialogue national tunisien lors de la Journée mondiale des droits de l'Homme, un tribunal tunisien condamnait six étudiants à une peine digne du Moyen-Âge, avec une atteinte flagrante à leur vie privée et à leur intégrité corporelle », déclarations d'Amna Guellali, directrice Tunisie à Human Rights Watch, publiées sur le site officiel de Human Rights Watch : <https://www.hrw.org/fr/news/2015/12/16/tunisie-trois-ans-de-prison-pour-homosexualite>.

<sup>270</sup> Jennifer Riley-Collins, directrice exécutive de l'« American Civil Liberties Union of Mississippi », a pu affirmer : « This is a sad day for the state of Mississippi and for the thousands of Mississippians who can now be turned away from businesses, refused marriage licenses, or denied housing, essential services and needed care based on who they are... This bill flies in the face of the basic American principles of fairness, justice and equality and will not protect anyone's religious liberty », The Washington Post, consulté le 5 avril 2016.

« libertés religieuses et des convictions sincères » de chacun, ce qui inclut la croyance qu'un mariage ne doit avoir lieu qu'entre un homme et une femme<sup>271</sup>. Fondamentalement, ce texte prévoit la protection des fonctionnaires, des organisations religieuses ou encore de certaines entreprises qui invoquent leurs croyances religieuses pour refuser de livrer certains services aux couples homosexuels souhaitant s'unir. Dans le même ordre d'idées, plusieurs États conservateurs des États-Unis ont présenté de semblables projets de lois dans le but d'harmoniser leurs législations dans le sens de permettre à leurs administrés de contourner l'arrêt historique rendu par la Cour suprême américaine le 26 juin 2015, ayant légalisé le mariage homosexuel dans l'ensemble du pays. Derechef, deux ans après avoir décrété que le mariage n'était pas réservé aux couples hétérosexuels, la Cour américaine a légalisé le mariage homosexuel partout aux États-Unis, jugeant que quatorze États américains qui refusent d'unir deux personnes de même sexe, devront dorénavant célébrer ces unions et, également, reconnaître les mariages de personnes de même sexe lorsqu'ils ont été célébrés dans d'autres États<sup>272</sup>.

Le massacre d'Orlando traîne à être reconnu comme un acte homophobe. Même si la législation de certains pays, notamment occidentaux a évolué, la haine des gays, lesbiennes, bi et transsexuels reste un phénomène largement répandu, dans les trois religions monothéistes et bien au-delà.

---

<sup>271</sup> « This bill does not limit any constitutionally protected rights or actions of any citizens of this state under federal or state laws... The legislation is designed in the most targeted manner possible to prevent government interference in the lives of the people from which all power to the state is derived », déclarations de Phil Bryant, *The Washington Post*, consulté le 5 avril 2016.

<sup>272</sup> Exprimant son opinion, le juge Anthony Kennedy a affirmé : « No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. A some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. I would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. The judgment of the Court of Appeals for the sixth Circuit is reserved ».

Du retour à l'histoire, au procès de Nuremberg, aucune mention ne fut faite du meurtre de masse des « triangles roses »<sup>273</sup>, les homosexuels. Et pour cause, les vainqueurs qui organisaient le procès des Nazis poursuivaient dans leur propre pays des politiques hautement homophobes. Le sujet fut passé sous silence et n'apparut dans aucun mémorial ni sur aucun monument des morts. Ce silence de Nuremberg sur le massacre des homosexuels n'était que le prélude à l'actuelle hypocrisie dans laquelle baignent toujours tout le monde. **Et donc, les homos, bis et transsexuels, doivent-ils se cacher parce que leur milieu familial, social ou professionnel ne permet pas un coming-out ?**

Qu'un intégriste religieux ait perpétré la tuerie d'Orlando n'est donc pas une surprise. Juifs, Chrétiens et Musulmans comptent dans leurs rangs des propagandistes de la haine homophobe radicale<sup>274</sup>. Du côté de l'Islam, la plupart des pays à majorité musulmane continuent de condamner l'homosexualité dans leur code pénal (parfois de mort)<sup>275</sup>.

Quoi qu'il en soit, des voix contradictoires se font entendre depuis longtemps. Des intellectuels de toutes ces confessions ont signé des appels contre l'homophobie et la transphobie, comme celui rassemblant le philosophe protestant Olivier Abel, l'essayiste catholique Jean-Claude Guillebaud, le théologien musulman Tareq Oubrou et le Rabbin Rivon Krygier, « inquiets des discriminations, des violences et des humiliations dont les homosexuels et transsexuels continuent à faire l'objet ». Ils précisait, « nous avons le sentiment que dans chaque famille

---

<sup>273</sup> En allemand « Rosa Winkel », le triangle rose était le symbole utilisé par les Nazis en vue de marquer les homosexuels masculins. Ces derniers ont été déportés dans les camps de concentration sous le Troisième Reich, dans une logique de répression des indésirables ou ceux condamnés pénalement deux fois dont une au titre de l'article 175 du code pénal allemand qui criminalisait l'homosexualité masculine de 1871 jusqu'à 1994. La commémoration de la déportation homosexuelle est le fait d'associations identitaires en France : les Flamands roses. Ailleurs, dans le monde, des monuments reconnaissent la déportation dans plusieurs pays, tels que Berlin, Amsterdam, Tel Aviv, Bologne, La Haye, Francfort, Anchorage, San Francisco, Montevideo et Sydney.

<sup>274</sup> Récemment, en France, le Grand Rabbin Sitruk affirmait : « La Torah considère l'homosexualité comme une abomination et un échec de l'Humanité » et considérait la Gay Pride de Tel Aviv comme une « tentative d'extermination morale » des Juifs. Invitant au passage à l'acte, il complétait façon Daech : « J'espère que les auditeurs écouteront mon appel à un secours et réagiront de façon radicale à une telle abomination ». Le Huffington Post, consulté le 17 juin 2016.

<sup>275</sup> Cf., Wahid FERCHICHI et Nizar SAGHEIH, L'homosexualité dans les législations pénales arabes, Helm et Ford Foundation, Beyrouth, 2009.

religieuse se trouvent des expressions qui appellent au refus de ces violences et de ces humiliations », et d'autres au contraire qui y incitent. Que Daech s'empare de cette haine ne peut donc surprendre. Or, il serait dramatique que l'organisation terroriste serve l'arbre qui dissimule la forêt homophobe. De la très catholique Pologne, il ne fait pas bon être homosexuel et des représentants de l'église n'hésitent pas à appeler à la ségrégation à l'emploi contre les homosexuels considérés comme déviants. En Russie, le président Poutine a fait voter une loi interdisant toute propagande homosexuelle et de nombreux témoignages démontrent qu'il est extrêmement dangereux de s'afficher publiquement dans ce pays<sup>276</sup>.

## 2/ La prostitution.

Il s'agit de répondre à la question suivante : **comment considérer un acte comme une prostitution ?** Juridiquement, la Tunisie a légalisé les maisons closes depuis le Protectorat français, plus précisément depuis la promulgation de l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 30 avril 1942, encore en vigueur.

Les rapports sexuels qui sont exercés hors de ce cadre légal sont considérés comme des actes de prostitution sanctionnés pénalement. À cet effet, l'article 231 du Code pénal dispose que « hors les cas prévus par les règlements en vigueur, les femmes qui, par gestes ou par paroles, s'offrent aux passantes ou se livrent à la prostitution même à titre occasionnel, sont punies de six mois à deux ans d'emprisonnement et de vingt à deux cents dinars d'amende ». Ajoutons que la complicité est également sanctionnée de la même peine.

Or, les maisons closes ne peuvent être sans nocivité dans la mesure où elles pourraient connaître l'esclavage sexuel par des patronnes qui exploitent les autres prostituées en déduisant la moitié ou plus de la contrepartie du rapport sexuel. Et c'est dans cette perspective que, actuellement, la

---

<sup>276</sup> Les militants homosexuels sont mal vus en Russie, où l'homosexualité a été considérée comme un crime jusqu'en 1993, et comme une maladie mentale jusqu'en 1999, bien après la chute du régime soviétique en 1991. En l'état actuel du Droit de ce pays, la loi fédérale no 135-ΩΩ a été votée à l'unanimité par le Douma russe le 15 juin 2013, contresignée par Vladimir Poutine le 30 juin suivant, interdit « la promotion de relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs et toute forme de propagande homosexuelle en direction des mineurs ».

législation desdites maisons pourra, éventuellement, être mise en cause après la promulgation de la loi organique n°2016-61 du 3 août 2016 relative à l'interdiction et la lutte contre le trafic des personnes<sup>277</sup>.

En France, soixante-dix ans après la loi de 1946 sur la fermeture des maisons closes, le pouvoir fait un pas supplémentaire vers l'abolitionnisme. La principale mesure de la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées<sup>278</sup>, qualifiée de « réforme sociétale majeure » par ses partisans, a enflammé le débat. L'achat d'actes sexuels sera, désormais, sanctionné par une amende de 1500 euros<sup>279</sup>, portée à 3750 euros en cas de récidive, ce qui transforme les clients de prostitués en délinquants. La France suit ainsi l'exemple de la Suède qui pénalise les clients de prostitués depuis 1999.

## B. L'ORDRE PUBLIC ET L'ASSUJETISSEMENT À CERTAINES OBLIGATIONS CORPORELLES.

Il s'agit, bel et bien, d'un ensemble de mesures prises par les autorités publiques afin de prévenir les maladies pestilentielles. En effet, les épidémies et les troubles mentaux sont largement nocifs, dans la mesure où, leur propagation constitue un danger, non pas seulement pour l'intéressé, mais également pour la société ; ce qui justifie la prise des mesures pour s'en prémunir. Ces mesures consistent soit à l'**obligation d'information (1)**, soit à l'**obligation d'hospitalisation d'office (2)**.

### 1/ L'obligation d'information.

Étant donné que le mieux est parfois l'ennemi du bien, telle est parfois la sourde impression laissée par l'évolution jurisprudentielle ayant marqué le domaine de l'obligation de l'information médicale, au risque

.....  
<sup>277</sup> الفصل 2، الفقرة 7، من القانون يعرف الاستغلال الجنسي بأنه « الحصول على منافع أيا كانت طبيعتها من خلال توريث شخص في أعمال دعارة أو بغناء أو في تقديم أي أنواع أخرى من الخدمات الجنسية بما في ذلك استغلاله في المشاهد الإباحية بإنتاج مشاهد ومواد إباحية أو مسكها أو ترويجها بأي وسيلة كانت »، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 12، أوت 2016، ص. 2852.

<sup>278</sup> JORF, n°88, 14 avril 2016.

<sup>279</sup> L'article 611-1, tel que modifié en 2016, du Code pénal français dispose que : « Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe... ».

d'accroître, au-delà du raisonnable, les responsabilités déjà lourdes pesant sur le corps médical. La progression de l'obligation d'information médicale est le reflet des transformations qui ont marqué la relation entre le patient et le médecin. Celui-ci « a cessé d'être un devin pour devenir un ingénieur. Et tout naturellement (...), les hommes ont rapidement cessé de s'étonner de ses pouvoirs pour seulement se plaindre qu'ils soient encore trop peu étendus, trop imparfaits »<sup>280</sup>. Cette quête d'une médecine irréprochable, et la tendance à judiciaireiser le débat lorsqu'elle révèle des défaillances impondérables, se sont logiquement prolongées sur le terrain de l'information dû à ceux qui placent leur santé, et parfois leur vie, entre les mains des praticiens.

Historiquement, il paraît utile de rappeler que, avant l'indépendance, la Régence de Tunis avait été caractérisée par la propagation des pandémies et des épizooties compte tenu de l'état funeste de l'hygiène, de l'incivisme et, notamment, de l'hégémonie des modes traditionnels de guérison. Cependant, cela n'a pas empêché l'autorité beylicale à sceller plusieurs décrets beylicaux, parmi lesquels on peut citer le décret du 8 mars 1922 relatif à la prise de mesures prophylactiques en vue d'éviter l'importation et la propagation de la lèpre en Tunisie et le décret du 15 mai 1922 relatif aux maladies épidémiques et contagieuses dont la divulgation n'engage pas le secret professionnel.

En l'état actuel des choses, l'exemple le plus pertinent à ce sujet est celui des maladies transmissibles dont le régime juridique est réglementé par la loi n°92-71 du 27 juillet 1992<sup>281</sup>, telle que modifiée et complétée par la loi n°2007-12 du 12 février 2007<sup>282</sup>. Le législateur définit la maladie transmissible comme étant celle « attribuable à un agent infectieux spécifique ou à ses produits toxiques et qui survient par la transmission de cet agent ou de ces produits d'un réservoir à un hôte réceptif, directement par une personne ou un animal infecté, ou indirectement par l'entremise d'un hôte animal ou végétal intermédiaire, d'un vecteur ou du milieu extérieur ».

À cet égard, il ne reste pas moins vrai que le Conseil Constitutionnel

---

<sup>280</sup> Lucien ISRAËL, *La décision médicale*, Calmann-Lévy, 1980, p. 14.

<sup>281</sup> JORT, n°50, 31 juillet 1992, p. 939.

<sup>282</sup> JORT, n°14, 16 février 2007, p. 484.

tunisien a parlé expressément d'un « ordre public de santé ». Dans son avis n°27-2006 sur le projet de loi modifiant et complétant la loi de 1992, le Conseil a énoncé que « le droit à la santé intéresse, d'une part, l'individu quant à la nécessité de créer les conditions qui sont à même d'assurer les soins et les prestations médicaux en cas de maladie et, d'autre part, la collectivité quant à son droit à prévenir, traiter et combattre les maladies graves et épidémiques comme les maladies transmissibles. [...] Le droit de la personne humaine à la protection des informations relatives à sa santé n'est pas un droit absolu ; il peut être limité eu égard aux exigences de l'ordre public de la santé, dans les proportions qu'exige ledit ordre public et de telle sorte que la garantie de l'inviolabilité de la personne humaine ne soit pas vidée de son contenu »<sup>283</sup>. Par conséquent, la prévention, le traitement et la lutte contre les maladies transmissibles impliquent que les autorités sanitaires aient connaissance de ces maladies et, le cas échéant, du degré de leur propagation. Il est donc loisible au pouvoir normatif d'imposer à certains professionnels de déclarer ces maladies et de ne pas se prévaloir du secret professionnel. Cette obligation trouve son fondement dans l'article 3 (nouveau) de la loi de 1992, qui renvoie au pouvoir réglementaire du ministre de la Santé publique pour déterminer la liste des maladies transmissibles à déclaration obligatoire et qui a été fixée par l'arrêté dudit ministre du 1<sup>er</sup> décembre 2015<sup>284</sup>. La déclaration, dont les conditions et les formes sont fixées par le décret n°93-2451 du 13 décembre 1993<sup>285</sup>, est faite aux autorités sanitaires par tout médecin ou biologiste qui diagnostiquent les maladies transmissibles ou qui en ont pris connaissance. L'inobservation de cette obligation entraîne la responsabilité pénale du médecin ou du biologiste d'autant qu'il sera puni d'une amende entre cent et cinq cents dinars, les poursuites sont engagées sur la plainte du ministre de la Santé publique ou de son représentant.

## 2/ L'hospitalisation d'office.

L'hospitalisation d'office signifie l'obligation de mettre le malade dans un établissement hospitalier afin de le soumettre aux traitements nécessaires en raison du péril éventuel. En Droit tunisien, la loi impose

---

<sup>283</sup> JORT, n°14, 16 fév. 2007, p. 485.

<sup>284</sup> JORT, n°97, 4 décembre 2015, p. 2912.

<sup>285</sup> JORT, n°97, 21 décembre 1993, p. 2140.

l'hospitalisation d'office lorsqu'il s'agit d'une maladie transmissible ou d'un trouble mental.

Tout d'abord, s'agissant des maladies transmissibles, l'hospitalisation d'office gratuite en vue de l'isolement prophylactique peut être décidée à l'encontre des malades lorsque ces derniers se refusent à entreprendre ou à poursuivre les traitements prescrits ou concourent délibérément par leur comportement à la transmission de la maladie dont ils sont atteints à d'autres personnes (l'article 11 de la loi de 1992). L'hospitalisation d'office est prononcée, en référé, par le tribunal de première instance à la requête du ministre de la Santé publique ou de son représentant et après avoir entendu le malade ou, le cas échéant, son représentant<sup>286</sup>. Enfin, la levée d'hospitalisation d'office peut être demandée par l'intéressé auprès de l'autorité sanitaire qui peut soit accepter, soit refuser, auquel cas, le malade peut recourir à l'autorité juridictionnelle qui statue définitivement sur ladite requête. Il est à noter, par ailleurs, que la responsabilité pénale des malades qui concourent délibérément par leur comportement à la transmission de la maladie dont ils sont atteints à d'autres personnes, est infligée (emprisonnement de un à trois ans). En outre, une fois hospitalisé, le malade qui quitte de son propre chef l'établissement où il a été admis, est passible d'une peine d'emprisonnement de un à six mois<sup>287</sup>.

En second lieu, concernant les troubles mentaux, ils sont soumis aux dispositions de la loi n°92-83 du 3 août 1992 relative à la santé mentale et aux conditions d'hospitalisation en raison de troubles mentaux<sup>288</sup>, telle que modifiée par la loi n°2004-40 du 3 mai 2004<sup>289</sup>. À ce sujet, il convient de noter que l'hospitalisation de personnes en troubles mentaux « s'effectue au regard du respect des libertés individuelles et dans des conditions qui garantissent la dignité humaine »<sup>290</sup>.

Outre l'hospitalisation libre des personnes atteintes desdits troubles, l'hospitalisation peut être soit d'office sans leur consentement, soit à la demande du tiers. Concernant, tout d'abord, l'hospitalisation d'office, la

---

<sup>286</sup> L'article 12 de la loi de 1992.

<sup>287</sup> L'article 19 de la même loi.

<sup>288</sup> JORT, n°52, 7 août 1992, p. 1007.

<sup>289</sup> JORT, n°37, 7 mai 2004, p. 1219.

<sup>290</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1992.

loi détermine les cas dans lesquels les pouvoirs publics peuvent procéder à une telle hospitalisation ; il s'agit du trouble rendant impossible son consentement, de son état qui impose des soins urgents ou, enfin, lorsque l'état de santé du malade représente une menace pour sa sécurité ou pour celle d'autrui. Outre le fait d'être demandée par les parents ou le tuteur légal en cas d'un mineur, l'hospitalisation d'office est ordonnée, après audition, par le président du tribunal de première instance territorialement compétent dans l'établissement public hospitalier le plus proche du domicile de l'intéressé. Après avoir été hospitalisé et examiné régulièrement par un psychiatre de l'établissement, la sortie du malade ne peut être décidée que par ce dernier par un certificat médical et conformément à un avis d'une commission formée de trois médecins psychiatres nommés par l'autorité juridictionnelle qui doit en être informée. Au demeurant, cette dernière peut, après la levée de l'hospitalisation d'office, ordonner au malade d'être soumis aux examens de contrôle périodiques à des intervalles de temps fixées par le médecin ; auquel cas, la force publique peut être requise pour y soumettre le malade en vertu d'une ordonnance émise par le procureur de la République<sup>291</sup>.

En second lieu, s'agissant de l'hospitalisation à la demande d'un tiers qui peut être l'un des ascendants ou descendants, le conjoint, les collatéraux ou le tuteur légal du malade.

En définitive, on peut affirmer que, au nom de l'ordre public, le malade de troubles mentaux ou de maladies transmissibles n'a pas la liberté de choisir de ou de ne pas se soumettre aux soins médicaux, mais c'est l'autorité publique qui décide son hospitalisation, sa durée et encore sa levée.

---

<sup>291</sup> L'article 30 (nouveau) de la loi de 1992, tel que modifié par la loi de 2004.



## Conclusion

Ordre public et liberté du corps sont deux notions qui se comprennent mieux ensemble que séparément. Si l'on regarde chacune d'elles, il n'est, en effet, pas aisé d'en cerner les contours. Si l'ordre public est le moyen ne pouvant être méconnu ni par les pouvoirs publics, ni par le juge ni par les privés, il est à la fois procédural et matériel. Il s'agit d'une notion large et fluctuante qui varie dans le temps et dans l'espace.

Les libertés publiques sont, par ailleurs, celles réglementées et garanties par l'autorité publique. Or, la liberté ne peut être absolue dans la mesure où elle peut être restreinte par le pouvoir législatif afin de protéger les citoyens contre tout abus des autorités publiques. Ces limites doivent être proportionnelles et nécessaires pour la sauvegarde des droits d'autrui, les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique et de la moralité publique, cette dernière est une exigence ajoutée par l'article 49 de la Constitution de 2014 par rapport à l'ancien article 7 de la Constitution de 1959.

Généralement, si la dignité du corps humain est protégée au nom de l'ordre public, il ne reste pas moins vrai qu'au nom de ce dernier également est protégée la liberté de disposer de son corps.

Tout d'abord, qualifiée de principe de valeur constitutionnelle et fondamentale en Droit international, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine a été incluse dans l'ordre public. Autrement dit, la dignité humaine est protégée au nom de l'ordre public.

Le respect de l'éminente dignité humaine s'est résumé à la prémunir contre toutes les attaques corporelles dégradantes, et qui peuvent affecter, tout d'abord, le droit sacré à la vie. Il s'agit d'incriminer tous les actes affectant le droit à la vie, en l'occurrence, l'homicide volontaire et involontaire, l'euthanasie et l'avortement qui est soumis à certaines conditions dont la négligence entraîne la responsabilité pénale des débiteurs.

D'autre part, il s'agit de prémunir le corps contre les atteintes à l'intégrité physique. Plus fondamentalement, l'ordre public interdit toute atteinte à l'intégrité, qu'il s'agisse de la torture, de l'esclavage, de la violence affectant

la sainteté du corps et, enfin, le fait que le corps humain soit l'objet de la consommation marchande en matière médicale.

En second lieu, l'ordre public n'est pas seulement un moyen de protéger la dignité humaine, mais également, il circonscrit la liberté de disposer de son corps ; et ce, soit par l'interdiction de certaines pratiques corporelles, soit par l'assujettissement à certaines obligations corporelles.

Concernant, primo, l'interdiction de certains comportements corporels, il est patent de constater que, nonobstant les controverses doctrinales à ce sujet, l'ordre public est confondu avec les bonnes mœurs. Cette confusion pose la problématique de la liberté sexuelle qui, compte tenu du contexte tunisien, ne peut être totalement exercée. Conséquemment, certains comportements sont sanctionnés pénalement, notamment, le plaisir non reproductif et la prostitution.

Ensuite, certaines personnes sont assujetties à certaines obligations corporelles en cas de maladies transmissibles et de troubles mentaux. Auquel cas, si les médecins sont tenus d'informer les autorités publiques de l'état d'une maladie transmissible sans affecter leur devoir de secret professionnel, la loi impose l'hospitalisation d'office. Cette dernière ne doit pas être abusive, mais elle est encadrée juridiquement dans la mesure où elle est motivée par les médecins et décidée par l'autorité juridictionnelle garante des libertés publiques.



## Indications bibliographiques

### *En langue française*

#### **OUVRAGES /**

**BEN ACHOUR** Yadh, Droit administratif, CPU, 2010.

**BERNARD** Paul, La notion d'ordre public en Droit administratif, LGDJ, 1962.

**CARBONNIER** Jean, Droit civil, tome IV, PUF, 16ème éd., 1992.

**CHAPUS** René, Droit administratif général, tome I, Montchrestien, 15ème éd., 2001.

**FERCHICHI** Wahid et **SAGHEIH** Nizar, L'homosexualité dans les législations pénales arabes, Helm et Ford Foundation, Beyrouth, 2009.

**HAURIOU** Maurice, Précis de Droit administratif et de droit public, Dalloz, 12ème éd., 2002.

**HACHED** Farah et **FERCHICHI** Wahid (dir.), Révolution tunisienne et défis sécuritaires, tome I : Les archives de la dictature, Med Ali Édition, 2014.

**ISRAËL** Lucien, La décision médicale, Calmann-Lévy, 1980.

**MAURER** Béatrice, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'Homme, La Documentation Française, 1999.

**MONTESQUIEU**, De l'esprit des lois I, GF Flammarion, Paris, 1979.

**PICARD** Étienne, La notion de police administrative (préface Roland DRAGO), vol. 2, LGDJ, 1984.

**ROUSSEAU** Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 1995.

#### **ARTICLES /**

**ALBERT** Nathalie, Obligation d'information médicale et responsabilité, RFDA, 2003, p. 353.

**CANEDO-PARIS** Marguerite, Le juge administratif et l'euthanasie, les apports de l'affaire Vincent Lambert (à propos de l'arrêt CE, Assemblée, 24 juin 2014, Mme Rachel Lambert et autres), RDP, 2015, n°1, p. 41.

**CAYLA** Olivier, Le coup d'État de Droit ?, Le débat, 1998, n°2, p. 128.

**CÉRÉ** Jean-Paul, Les droits des détenus sous la cinquième République : de réels progrès ?, RFAP, 2001, n°99, p. 417.

**DABBOU-BEN-AYED** Sophie, Le rôle de la religion dans l'élaboration de la loi de 2001 sur l'assistance médicale à la procréation, « Droit, éthique, religion : quelles normes pour l'assistance médicale à la procréation ? Étude tuniso-française », Amel Aouij-

- Mrad, Brigitte Feuillet-Ligier et Philippe Portier (dir.), 2011, p. 69.
- DENIS** Marie et **LOUTE** Denise, Le corps restitué, Les cahiers du GRIF, n°3, 1974, p. 22.
- DEVOLVÉ** Pierre, Glissements, RFDA, 2014, p. 702.
- DOURAKI** Thomais, Principes des droits des patients en Europe, RTDH, 1996, p. 157.
- EDELMAN** Bernard, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. chron. 1997, p. 186.
- FENOUILLET** Dominique, Respect et protection du corps humain, Juris-Classeur civil, Fascicule X.
- GALLEZ** Brigitte, L'un et l'autre corps, Les cahiers du GRIF, n°3, 1974, p. 46.
- GAYARD-FABRE** Simone, Les droits de l'homme, exigence éthique ou catégorie juridique ?, Cahiers de philosophie et juridique, la politique et les droits, PUF, 1992, n°21, p. 17.
- GOBERT** Michelle, Réflexions sur les sources du Droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ., 1992, p. 511.
- JORION** Benoît, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, RDP, 1999, p. 197.
- LABRUSSE-RIOU** Catherine, Éthique biomédicale et Droit des sciences de la vie, Cahiers Français, n°288, 1998, p. 94.
- LARRALDE** Jean-Manuel, Vers des prisons françaises plus humaines ?, in « Humanisme et droit », mélanges Jean Dhommeaux, Pédone, 2013, p. 321.
- LEBRETON** GILLES, Le juge administratif face à l'ordre moral, Mélanges Peiser, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 363.
- MORANGE** Jean, Introduction générale, in « la prison : quel(s) droit(s) ? », PULIM, 2013, p. 20.
- MOURGEON** Jacques, De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques, D. 1974, chron. p. 247.
- MOUTOUH** Hugues, La dignité de l'homme en droit, RDP, 1999, p. 159.
- RICŒUR** Paul, Pour l'être humain, du seul fait qu'il est humain, in « Les enjeux de droit », Larousse, Paris, 1988, p. 236.
- RICOT** Jacques, Étude sur l'humain et l'inhumain, Pleins feux, 1998, p. 58.
- RIVERO** Jean, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre les personnes privées, mélanges René Kassin, vol. 2, Pédone, 1971, p. 315.
- ROLLAND** Patrice, note sous TGI Paris, 8 novembre 1977, D. 1978, chron. p. 326.

SOUPLET Isabelle, Interruption médicale de grossesse abusive et perte de chance, AJDA, 2006, p. 602.

VIMBERT Christophe, L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP, 1994, p. 693.

### *En langue arabe :*

سلسيل القليبي، خواطر حول الفصل السابع من دستور الجمهورية التونسية، في «Les droits constitutionnels»، أعمال ملتقى حول خمسينية الدستور التونسي لسنة 1959، تونس، 23-24 أبريل 2009، ص. 115.

سلوى الحمروني، دولة القانون والكرامة الإنسانية، في «Constitution et État de droit»، أعمال ملتقى حول خمسينية الدستور التونسي لسنة 1959، صفاقس، 6-7 فيفري 2009، 101. صيرية السخيري زروق، دولة القانون والحرمة الجسدية، في «Les droits constitutionnels»، أعمال ملتقى حول خمسينية الدستور التونسي لسنة 1959، عين دراهم، 8 أبريل 2009، ص. 233.

عبد الفتاح عمر، مسألة التوازن بين الحرية والسلطة في الدستور التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1983، ص. 17.

محمد اللجمي، نطاق الحماية القانونية للحرمة الجسدية، الأحداث القانونية التونسية، 1995، عدد 9، ص. 5.

حياتي الشخصية  
مش ملك الدولة  
التونسية  
230. لوقتاش



# *Liberté du corps dans les Médias*

*Wahid Chehed*

Journaliste. Maîtrise en études sociales de l'institut national du travail et des études sociales Tunis. Membre actif avec l'association tunisienne de défense des libertés individuelles (ADLI). Ayant participé à des cycles de formation en droits de l'homme.



*« Nous ne pouvons pas penser, exister, être libre, sans corps. Nous n'avons pas un corps, nous sommes corps<sup>292</sup> ». En effet, Commencer par définir ce qu'est et comment se manifeste un corps libre nous facilitera la tâche par la suite? Nous creuserons ensuite davantage afin de toucher à notre problématique de base et de réfléchir à la nature d'une relation à triple variables à savoir celle de la liberté du corps dans les médias : corps-liberté-médias. Que voulons-nous dire par liberté du corps dans les médias ? Jusqu'à quel degré cette liberté du corps est respectée par les médias? Comment les médias traitent du corps ? Des points d'interrogation auxquels on va essayer de trouver des explications, car y répondre serait impossible vu la complexité de cette relation. Avant tout, qu'est ce qu'un corps libre ?*



Selon Henri Bergson, « Nous sommes libres quand nos actes émanent de notre personnalité entière, quand ils l'expriment, quand ils ont avec elle cette indéfinissable ressemblance qu'on trouve parfois entre l'œuvre et l'artiste »<sup>293</sup>

La liberté peut aussi être définie comme étant « l'état d'une personne ou d'un peuple qui ne subit pas de contraintes, de soumissions, de servitudes exercées par une autre personne, par un pouvoir tyrannique ou par une puissance étrangère. C'est aussi l'état d'une personne qui n'est ni prisonnière ni sous la dépendance de quelqu'un.

La liberté peut être définie de manière positive comme l'autonomie et la spontanéité d'une personne douée de raison. La liberté est la possibilité de pouvoir agir selon sa propre volonté, dans le cadre d'un système politique ou social, dans la mesure où l'on ne porte pas atteinte aux droits des autres et à la sécurité publique ».<sup>294</sup>

Dans le même sens, le dictionnaire Larousse définit la liberté comme étant la « Possibilité d'agir selon ses propres choix, sans avoir à en référer

<sup>292</sup> Le Prof de Philo, 15 juin 2008, Bac philo 2008 corrigés problématiques, Voir <http://philo.alcimia.fr/22/mon-corps-fait-il-un-obstacle-a-ma-liberte/>

<sup>293</sup> <http://philosophie.initiation.cours.over-blog.com/article-la-liberte-selon-henri-bergson-ou-une-alternative-au-libre-arbitre-et-au-determinisme-55249683.html>

<sup>294</sup> <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm>

à une autorité quelconque »<sup>295</sup>

Cela nous renvoie à la définition de la liberté du corps selon laquelle « la libre disposition de soi est l'un des principes majeurs des droits fondamentaux juridiquement défendus par la démocratie et l'État de droit. Cette liberté renvoie au respect de la personne humaine et de son droit inaliénable de disposer de son corps. En la matière, le droit régissant la libre disposition de soi est vaste puisqu'il s'étend du droit à la maîtrise et au don de son corps au droit des sexualités. Le respect de l'intégrité physique constitue également un paramètre important de la libre disposition de soi puisqu'il englobe le droit à la vie et le droit au respect du corps »<sup>296</sup>.

La liberté du corps se base essentiellement sur le principe de la libre disposition de l'être humain de son corps dans le cadre du respect de sa propre dignité et de son intégrité physique. **Cependant, la question qui se pose consiste à savoir si on peut toujours parler de ces mêmes principes quand il s'agit d'un corps dans les médias (journaux, tv...) ?**

En effet, on se retrouve ici devant trois composantes essentielles: corps, émotions et communication, bien que l'articulation entre elles, n'ait pas été réellement établie, vu les résultats donnés par l'enquête réalisée ci-dessous. Dans le domaine de la communication interpersonnelle, le corps est entendu comme un système de codes à déchiffrer en vue d'une meilleure compréhension des messages verbaux. Par contre, dans le domaine de la communication de masse, seuls les discours verbaux et iconiques sont analysés dans leur dimension émotionnelle, sans qu'il n'y ait une relation réelle avec le corps qui reçoit le discours. Corps, réactions et communication ont été traités séparément, ce qui ne permet pas d'analyser la manière avec laquelle les corps représentés réussissent à toucher ceux des récepteurs. « Pourtant, en guise d'exemple, la publicité ne sert plus à vendre mais bien à transmettre des modèles de comportement et de pensée par l'intermédiaire de représentations de corps ». Il importe donc d'en analyser les modalités<sup>297</sup>.

Dans un premier lieu, on va voir comment les sciences humaines traitent de ce sujet (toujours en tenant compte de la variable médias et communication), alors que dans un deuxième lieu, on traitera de manière

<sup>295</sup> <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/libert%C3%A9/46994>

<sup>296</sup> <http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/faq/49292-libre-disposition-de-soi-definition>

<sup>297</sup> Fabienne Martin-Juchat, Introduction générale, De Boeck Supérieur « Le corps et les médias », 2008, p. 13



plus spécifique cette relation « médias et liberté du corps », selon une analyse de contenu, partant d'un tri d'articles des journaux tunisiens, sur une période déterminée. Il est important d'indiquer que cette recherche n'obéit pas au principe de l'échantillon représentatif, il s'agit simplement d'un tri qu'on ne peut qualifier que d'arbitraire, tant bien au niveau du choix des journaux qu'au niveau du choix des articles traités. La période qui a fait l'objet de l'observation s'étend du 21 au 25 mars 2016<sup>298</sup> et les journaux sont les suivants: Businessnews, Kapitalis, Shems fm, Mosaïque fm, la presse, Huffpostmaghreb, Alchourourk, Attounssia, El maghreb, Assabah. On a donc affaire à 15 articles en arabe et 15 articles en français.

## I. LE CORPS ET SES AFFECTS, PENSÉS PAR LES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES

De la psychanalyse, en passant par les sciences cognitives et la psychologie sociale, on souligne les limites d'une approche centrée sur l'analyse des expressions du corps et la nécessité d'une étude des réactions émotionnelles qui devrait prendre en compte une nouvelle épistémologie du corps. Passion et émotion sont alors envisagées comme modalités de perception des informations extérieures dépendant de l'éducation et de la culture.

Dans une approche psychanalytique et selon J.D. Nasio, «...le corps qui nous intéresse est notre corps vivant, certes, mais tel que nous l'aimons ou le rejetons, tel qu'il est inscrit dans notre histoire et tel qu'il est impliqué dans l'échange affectif, sensuel et inconscient avec nos partenaires privilégiés »<sup>299</sup>

Dans cette définition du corps, Nasio souligne les caractéristiques du corps vivant, aimé et rejeté, inscrit et impliqué. Un corps qui nous permet un échange affectif et sensuel avec autrui mais qui dépend de la perception et des différentes représentations que l'on a sur ce corps.

D'un autre côté, Fabienne Martin-Juchât, nous présente une autre dimension du corps en évoquant la notion de « chair » voire même de « chair mise en mouvement par l'émotion »<sup>300</sup>, devenue prisée par les stratégies de communication: la manière dont le corps est perçu par son environnement

<sup>298</sup> [http://www.adlitn.org/sites/default/files/revue\\_de\\_presse\\_hebdomadaire\\_adli\\_du\\_21\\_au\\_25\\_mars\\_2016.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/revue_de_presse_hebdomadaire_adli_du_21_au_25_mars_2016.pdf)

<sup>299</sup> J.D. Nasio, *Mon Corps et ses Images*, Paris : Payot, 2007, p.112

<sup>300</sup> Fabienne Martin-Juchât : *Le corps et les médias. La chair éprouvée par les médias et les espaces sociaux*, De Boeck, 2008. p. 205-206



dévoile la logique derrière les stratégies commerciales et médiatiques, de plus en plus basées sur les réactions émotionnelles. Trois terrains d'observation visent alors à cerner ces usages : le corps médiatisé, dont la représentation est codifiée par les publicitaires ; les interactions sociales, qui montrent la place de l'émotion dans le monde du travail ou encore celle des mises en scène d'un corps devenu produit et support d'idéologies ; enfin, les espaces sociaux, où le culte de l'émotion guide la consommation. La surexploitation commerciale de l'affectivité ne peut toutefois être pointée du doigt sans tenir compte de la dimension sociale des affects<sup>301</sup>.

Pour, P. Schilder qui emploie l'expression d'« image du corps », et qui l'équivaut à celle de « schéma corporel », « Le schéma corporel est l'image tridimensionnelle que chacun a de soi-même. Nous pouvons aussi l'appeler « image du corps », terme bien fait pour montrer qu'il y a ici autre chose que la sensation pure et simple, et autre chose qu'imagination »<sup>302</sup>

Selon P. Schilder, l'image du corps est semblable à ce modèle postural en constante transformation et en continuelle élaboration à partir des changements de position du corps dans l'espace et des autres perceptions. Toutefois, l'image du corps se forge à travers l'échange avec autrui, d'où notre incapacité à avoir une image de nos propres corps sans avoir de contacts sociaux. L'image de ce corps en continuelle mutation, avancé par P. Schilder, ainsi que cette perception qui dévoile un corps social étroitement lié à son espace, nous embarquent dans le mille du sujet de notre étude et suscite en nous des interrogations plus au moins actuelles qui sont liées à notre contexte ; qu'est-ce que concernant ce corps qui se manifeste dans les médias sur les écrans et sur les unes des journaux, C'est ce que Sylvette Giet va essayer de nous clarifier.

**Toutefois, il est important de savoir comment est perçu le corps dans la presse féminine et dans la presse masculine ? S'agit-il d'un simple objet de consommation marchande ou bien peut-on trouver, au-delà des apparences, un discours plus affiné, si ce n'est moins commercial ? La réponse est évidente : si la presse féminine poursuit avec brio une carrière déjà bien longue, c'est qu'elle sait coller aux souhaits des lectrices tout en**

---

<sup>301</sup> Fabienne Martin-Juchat : Le corps et les médias. La chair éprouvée par les médias et les espaces sociaux, De Boeck, 2008. p. 205-206

<sup>302</sup> E.W. Pireyre, Clinique de l'image du corps, Paris : Dunod, 2011, p.32



renouvelant ses thématiques et sa présentation. Certes, ces magazines livrent à leurs lectrices les images d'un corps érotisé et font valoir des produits de consommation mis en scène par les journaux et surtout par les annonceurs. La consommation marchande, au premier regard, est l'objet et le sujet de cette presse. Cependant, à travers une fine analyse, Sylvette Giet<sup>303</sup> nous montre que ces magazines ne cessent de mettre en valeur le sentimental et l'amour. Finalement, si la presse féminine place le corps au cœur de ses préoccupations, c'est pour mieux parler au cœur. La presse de cœur n'est pas morte, elle a simplement changé d'apparence; elle conserve son côté « fleur bleue », en dépit de ses provocations quasi pornographiques et d'un marketing envahissant<sup>304</sup>.

## II. CORPS ABSENT - PRÉSENT

En partant de notre échantillon de recherche (30 articles), on a pu repérer 12 articles qui traitent du corps de façon directe en abordant le sujet du niqab ou indirecte en parlant d'actes d'agression sexuelle, de viol, etc. Il est toutefois nécessaire de rappeler que ces analyses ne sont ni de nature catégorique ni généralistes, il s'agit simplement d'un ensemble de remarques avancées suite à une analyse de contenu.

Par conséquent, l'absence totale de l'utilisation explicite par les journalistes du mot « corps » a été remarquée. En effet, les actes que subissent le corps sont souvent assimilés à des personnes telles que : femmes, Niqabée, violée, etc. D'un autre côté, le journaliste, rongé par l'envie de vendre et, dans sa course interminable vers le scoop, cherche à être le premier à diffuser les informations en dépit de toute autre considération.

Dans un article, loin d'obéir aux normes scientifiques voire même à la déontologique du métier<sup>305 306</sup>, paru dans le journal arabophone

<sup>303</sup> Née en 1954, Sylvette Giet a mené des études de lettres modernes, et a d'abord consacré ses recherches au roman-photo. Dans le cadre des sciences de la communication, elle a soutenu en 1997 une thèse sur le magazine « Nous Deux, parangon de la presse du cœur » (université de Strasbourg). Elle a ensuite étendu ses recherches à la narration sentimentale populaire et à la presse féminine dans leur ensemble, mais aussi à la problématique de la légitimité et de l'illégitimité culturelles, avant de s'intéresser également à diverses formes de narration télévisuelle feuilletonnesque.

<sup>304</sup> Le Temps des médias, n° 6, printemps 2006, p. 238-239.

<sup>305</sup> Charte de conduite des journalistes

<sup>306</sup> unesco.org

« Attounissia », le journaliste décrit une affaire dans laquelle un ensemble de jeunes hommes et femmes ont été surpris en « flagrant délit ». Afin de mettre l'accent sur le caractère, selon lui choquant, de la situation, il écrit « 8 hommes et 2 femmes ont été surpris en plein acte sexuel, une situation qu'on peut qualifier de honteuse, en plus de la consommation du cannabis... »<sup>307</sup>.

De l'autre côté, la question du « niqab » semble être une thématique très abordée. En effet, cinq articles sur trente, traitent de ce sujet, entre celui qui a présenté un sondage d'opinion concernant le port ou non du « Niqab » et du « Qamis » et celui qui démontrait, preuves à l'appui, que l'interdiction du Niqab est anticonstitutionnelle. Prenons un peu de recul pour clarifier quelques éléments qui s'avèrent importants. Le « Niqab », loin d'être un simple habit, est avant tout un choix fait par une personne (x) qui voulait se porter loin du monde de la nudité en couvrant tout son corps, ajoutant à cela l'aspect religieux et dogmatique de ses convictions et croyances.

Et d'ailleurs, ce thème est en étroite liaison avec le corps, la liberté du corps et le droit de disposer de son corps. Le journal « Business news » dans un article paru le 25 mars 2016 avance le titre suivant « Sondage Sigma Conseil : Les Tunisiens se prononcent contre le Niqab et le Qamis » ; A travers une lecture en diagonal, le titre paraît assez révélateur en matière d'information. Toutefois, procéder à une analyse qui prend en considération les expressions utilisées et la formulation des phrases, s'avère être fructueux en matière de profondeur et d'explicité.

Utiliser l'expression « se prononce contre » est déjà tranchant et fait naître chez le lecteur un refus implicite envers ces personnes, or, le journaliste est dans l'obligation de rester impartial et neutre. L'histoire du « Niqab » est en effet très mitigée ; bien que la liberté de se vêtir à sa guise soit une liberté individuelle garantie par la constitution, l'enjeu reste clair devant un terrorisme ascendant. **Il est donc permis de se demander où se trouve l'individu dans tout ça ? Où est le respect du droit de disposer de son corps ?** Une absence totale surtout lorsque c'est l'intérêt de la communauté qui est en jeu.

D'un autre côté, le journal « Kapitalis » nous présente un article intitulé « Parole de Niqabées: « L'interdiction du Niqab est anticonstitutionnelle » ».<sup>308</sup>

<sup>307</sup> تونسسين وليبيان في وكر للبعاء : 10 attounissia 25-03-2016

<sup>308</sup> 24-03-2016 kapitalis, Parole de niqabées : «L'interdiction du niqab est anticonstitutionnelle



Cet article a creusé en profondeur, abordant le droit de disposer de son corps et la garantie des libertés individuelles par la constitution. Donner la parole aux « Niqabées » est une manière de défendre les valeurs humaines et de donner implicitement droit à ces femmes de s'exprimer et de défendre leurs choix, c'est permettre à leurs corps de se manifester de façon libre.

Selon ces deux modèles qui présentent d'ailleurs deux point de vue extrêmes, on tire diverses remarques :

- le corps n'existe pas dans le registre du journaliste, il ne prononce presque jamais le mot corps qui est souvent assimilé aux personnes (Niqabées, femmes violées, hommes en Qamis)

- Les affaires relatives au corps sont souvent traitées de manière très superficielle et manquent de profondeur et de professionnalisme. L'absence de connaissances en matière de droits humains et de libertés individuelles a aussi été décelée<sup>309</sup>.

- Certains sujets sont traités de manière subjective tels que la prostitution, l'homosexualité ou le « Niqab ». Face à ces affaires, le journaliste se laisse parfois emporter par le sens commun en émettant des jugements personnels en contradiction avec les droits humains et la déontologie du métier journalistique<sup>310</sup>.

- Quant à l'utilisation des images, on rencontre souvent des images de femmes voilées, de Niqabées, de jeunes femmes presque nues, de jeunes hommes qui se tiennent par la main .. Ce sont les différents types d'images diffusées. On considère cela comme un argument en faveur de la liberté du corps, partant du principe de la vulgarisation des choses en se référant au principe du « Normal » chez Durkheim selon qui, tout phénomène noté anormal vue sa fréquence limitée, atteint le seuil de l'abondance, devient habitué donc devient normal.<sup>311</sup> Certes, le seuil du « Normal » chez Durkheim ne veut pas dire l'acceptation des faits, mais dans notre cas, on peut le considérer de la sorte comme une première étape vers

<sup>309</sup> Des dépêches qui ne dépassent pas 3 à 4 lignes contenant des informations très vagues, voire « Revue de presse du 21 au 25 mars 2016 » sur le site ADLI. [www.adlitn.org](http://www.adlitn.org)

<sup>310</sup> Un style d'écriture affirmatif qui confirme ce qui a été avancé « 10 tunisiens et libyens dans un lieu de prostitution » 25-03-2016 attounissia. « 8 hommes et 2 femmes ont été surpris en plein acte sexuel, une situation qu'on peut qualifier de honteuse en plus de la consommation du cannabis.. » Sfax : Arrestation d'un takfiriste appelant au Djihad et décrivant les agents de Taouaghit » 24-03-2016 mosaïquefm . voir « Revue de presse du 21 au 25 mars 2016 » sur le site ADLI. [www.adlitn.org](http://www.adlitn.org)

<sup>311</sup> Émile Durkheim (1897), « Le suicide. Étude de sociologie ». Paris: Les Presses universitaires de France, 2e édition, 1967, 462 pages. Collection: Bibliothèque de philosophie contemporaine.

une coexistence et une éventuelle acceptation ; publier des photos avec une fréquence bien déterminée permettra d'accepter le « Niqab », du « Hijab »... Toutefois le problème avec l'image est situé à un autre niveau. En s'appuyant sur une image dans un article, cette dernière ne se suffira plus à elle-même du moment où elle est accompagnée d'un texte qui n'est autre que l'article, et qu'en fonction de lui, elle sera interprétée de manière différente.

Notons que, dans pas mal d'occasions, les autorités régulatrices ont dû intervenir suite à la publication d'une photo qui a entraîné la polémique, cependant, on pourra se demander à ce niveau comment se positionnent ces autorités face aux aberrations journalistiques en ce qui concerne le droit à l'image, le respect de la vie privé, la diffamation ? C'est dans ce sens et toujours sur le thème de notre recherche qu'on va présenter une charte déontologique qui démontre comment le journaliste doit se comporter lors des incidents terroristes à savoir avec les images diffusées, images de cadavres ou de terroristes. C'est ce qu'on va voir dans le chapitre suivant.

### III. CHARTE DÉONTOLOGIQUE : COMMENT ASSURER UNE COUVERTURE MÉDIATIQUE LORS DES INCIDENTS « TERRORISTES »

C'est une initiative du syndicat des journalistes tunisiens, qui a essayé de déterminer le comment d'une couverture médiatique lors des incidents « terroristes » et c'est important de la consulter vu qu'on évoque dans ce document la manière avec laquelle un journaliste devrait se comporter avec les cadavres des « terroristes » et des blessés, **est-ce qu'on a le droit de publier leurs photos ou non ?** Des questions qui ont trouvées des réponses dans cette charte.

On remarque à ce niveau qu'on parle de cadavres<sup>312</sup>. Un corps sans vie, et selon cette charte, le cadavre a droit d'être traité avec dignité par respect à l'être humain et c'est une autre dimension du corps.

Dans ce sens, la charte interdit strictement la publication de tout ce qui se rapporte aux photos de cadavres des présumés « terroristes » et des blessés dans le but de préserver la dignité humaine et pour ne pas

<sup>312</sup> Corps d'un homme ou d'un animal privé de vie, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cadavre/12016>

heurter la sensibilité des lecteurs et/ou choquer leurs familles ou leurs proches (les familles et proches des présumés « terroristes »). Aussi, cette interdiction vise à empêcher les journalistes d'alimenter leurs Buzz ou Shows médiatiques à travers la publication de ces photos. Toutefois, la charte déontologique<sup>313</sup> préserve strictement le droit de ce corps, même étant cadavre, d'être traité dignement sous la bannière du respect du corps et de la dignité humaine<sup>314</sup>.

Cette charte s'applique aussi sur les médias audiovisuels qui sont interdits de passer des reportages et des enquêtes montrant à l'écran des cadavres. Ces instructions déontologiques présentent, certes, un acquis, mais il faut toutefois que ces normes et valeurs soient respectées et pratiquées réellement bien que tout dépende de la sensibilité des journalistes aux affaires à vocation humaine et sociale et aux normes de droits humains en général.

## Conclusion

Certes, le corps occupe une place importante dans les médias, mais c'est surtout la façon de le présenter et de traiter les sujets qui l'entourent qui représente une affaire qui diffère d'un support médiatique à un autre, voire aussi d'un journaliste à un autre. Respecter le corps, c'est une expression absolue, voire même absurde, vu que la manifestation humaine dans l'espace n'est pas uniquement corporelle et physique mais aussi idéologique, sociologique et psychique. Un corps dans un espace sera toujours interprété selon les circonstances qui ont fait de lui un objet d'intérêt. Toutefois, respecter les libertés en général et la liberté du corps en particulier dépend du degré d'engagement du journaliste dans un processus de droits humains et de libertés individuelles. Respecter un corps en « Niqab » dans les propos médiatiques ne veut pas dire que le journaliste est pour le port du « Niqab », respecter un corps en « bikini » ne veut pas dire non plus qu'il est pour la nudité, il faut faire la part des choses et surtout respecter l'un des principes fondamentaux du métier journalistique à savoir la neutralité.

Ecrire des articles de presse en respectant le libre choix des autres, est l'une des éthiques du métier journalistique qu'il faut respecter, mais cela

<sup>313</sup> La charte deontologique

<sup>314</sup> <http://www.deontologie-terrorisme.com/2016/02/23/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%B1%D9%8A%D8%A9/#more-9>

n'empêche pas de critiquer les phénomènes sociaux. Dans ce cas, il faut situer le phénomène dans son contexte en démontrant ses effets sur les divers niveaux que sociétal, économique, religieux, etc. Dans ce sens, on sollicite auprès des journalistes une ouverture sur les valeurs et principes des droits humains et des libertés individuelles. Qu'ils soient distants de toute idéologie et tout préjugé. Qu'ils soient conformes à la déontologie du métier, et qu'ils élargissent leurs visions vis-à-vis des libertés en vue d'avoir une vue d'ensemble capable de les doter de mécanismes et de moyens pour mieux traiter les affaires relatives aux droits humains et aux libertés individuelles.

## Bibliographie

Philosophie.initiation.cours.over-blog.com

<http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm>

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/libert%C3%A9/46994>

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cadavre/12016>

<http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/faq/49292-libre-disposition-de-soi-definition>

**Fabienne Martin-Juchat**, Introduction générale, De Boeck Supérieur « Le corps et les médias », 2008, p. 13

### **adltn.org**

J.D. Nasio, *Mon Corps et ses Images*, Paris : Payot, 2007, p.112

**Fabienne Martin-Juchat** : *Le corps et les médias. La chair éprouvée par les médias et les espaces sociaux*, De Boeck, 2008. p. 205-206

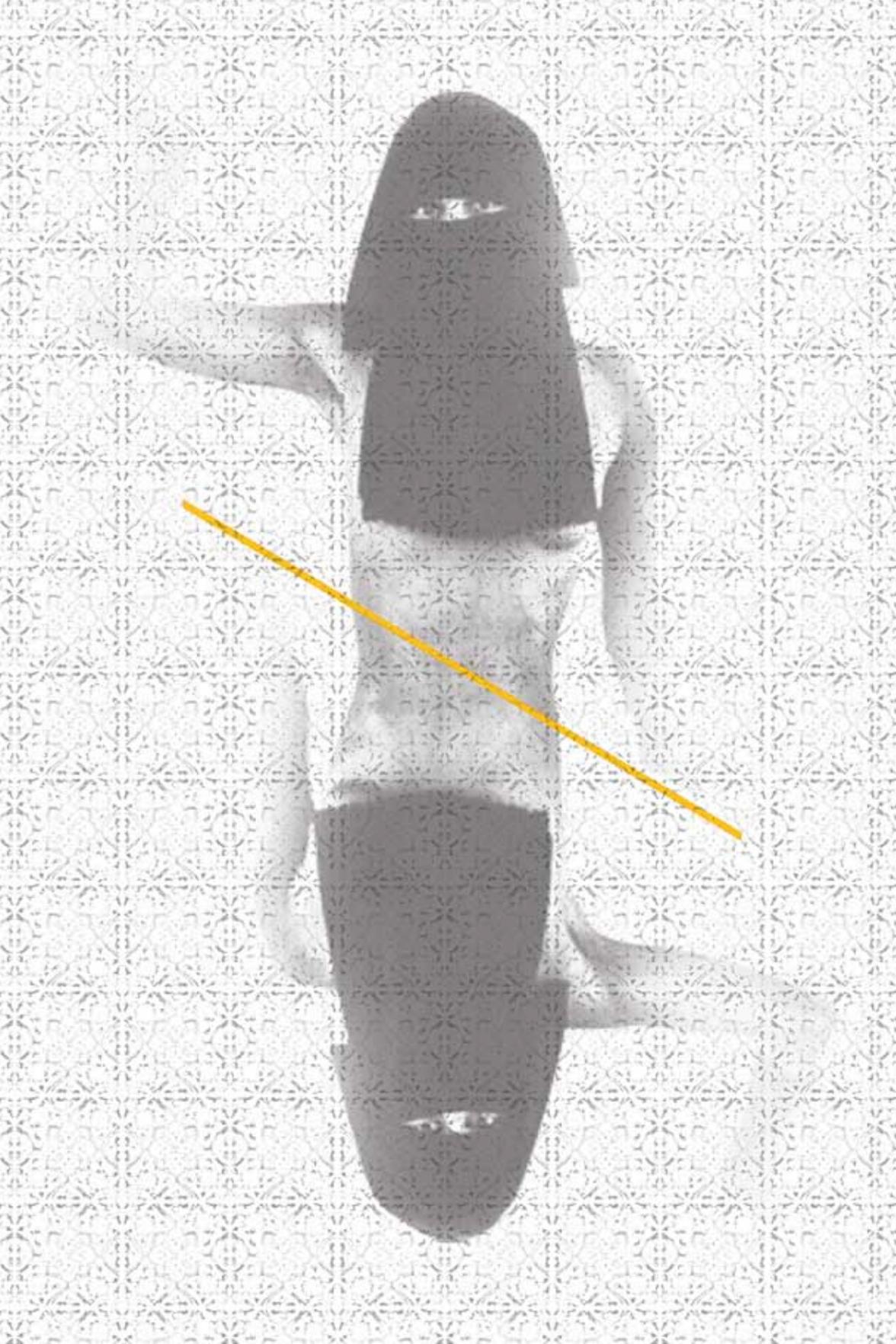
**E.W. Pireyre**, *Clinique de l'image du corps*, Paris : Dunod, 2011, p.32

*Le Temps des médias*, n° 6, printemps 2006, p. 238-239.

Charte de conduite des journalistes (<http://www.deontologie-terrorisme.com/2016/02/23/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%B1%D9%8A%D8%A9/#more-9>)

### **unesco.org**

Émile **Durkheim** (1897), « Le suicide. Étude de sociologie ». Paris: Les Presses universitaires de France, 2e édition, 1967, 462 pages. Collection : Bibliothèque de philosophie contemporaine.





# *L'orientation sexuelle en droit international*

*Salwa Hamrouni*

Maitre de conférences agrégée en droit public. Elle enseigne à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. Elle est membre du bureau de l'association tunisienne de droit constitutionnel et secrétaire exécutive de l'académie internationale du droit constitutionnel.

*La protection internationale des droits humains est liée à trois principes fondateurs : la liberté, la dignité et l'égalité.*

*Si nous essayons de passer en revue l'ensemble des droits humains, nous réaliserons qu'ils se rattachent tous à l'un de ces trois principes. Comme tout système normatif, le droit ne peut être statique, son rôle est de répondre au besoin d'une vie sociale et paisible sans laquelle il perd toute raison d'être.*

*Conséquemment, et en matière de protection des droits humains, on voit les textes juridiques sinon leur interprétation par le juge évoluer.*



Le débat fondamental en matière de droits et libertés se rapporte principalement à l'universalité de l'humain qui se trouve confrontée à ce que l'on appelle les spécificités culturelles.

Nous avons vu cela lors de l'élaboration de la constitution tunisienne à travers deux questionnements fondamentaux : le référentiel du pouvoir constituant et sa position vis-à-vis du Droit international.

C'est aussi au nom de préceptes culturels que « dans quelque 76 pays, des lois discriminatoires érigent en infractions pénales des relations privées, consensuelles entre personnes de même sexe, exposant ainsi certaines personnes au risque d'arrestation, de poursuites et d'emprisonnement »<sup>315</sup>.

Selon le rapport du haut-commissariat aux droits de l'Homme, « il existe une tendance à la violence et à la discrimination systématiques dans toutes les régions à l'égard de certaines personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre : de la discrimination dans l'emploi, les soins de santé et l'éducation, à la criminalisation et des attaques physiques ciblées, voire des assassinats ».

Le Conseil de l'Europe a émis le même constat : « Les personnes lesbiennes, gays, bissexuelles et transgenres (LGBT) sont présentes dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. Ces personnes, qui forment un groupe hétérogène, sont souvent montrées du doigt et confrontées à

---

<sup>315</sup> Voir le rapport du haut-commissariat aux droits de l'Homme, « nés libres et égaux », Nations Unies, 2013. [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes\\_FR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_FR.pdf)

l'homophobie, à la transphobie, à la discrimination et à la crainte d'être rejetées par la famille, les proches, les amis et la société en général en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre »<sup>316</sup>

De là naît la conscience de l'ampleur des violations liées à l'orientation sexuelle qui a du moins le mérite de pousser vers la délibération concernant un sujet considéré par plusieurs comme tabou.

**Du point de vue du Droit international, la question qui se pose est celle de savoir si ce dernier offre une protection suffisante aux personnes ayant une orientation sexuelle notamment les LGBT ?**

L'ONU a partiellement répondu à cette question en rappelant les obligations des Etats à l'égard des personnes LGBT.

Il s'agit de cinq obligations fondamentales :

- Protéger les personnes contre la violence homophobe et transphobe.
- Prévenir la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants.
- Abroger les lois qui criminalisent l'homosexualité et les personnes transgenres.
- Interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.
- Protéger la liberté d'expression, d'association et de réunion pacifique pour toutes les personnes LGBT.

Nous estimons que toutes ces obligations peuvent se ramener au principe de la protection qui peut être garanti à travers trois droits : la non-discrimination, La vie privée et le respect de l'intégrité physique.

## **I. LA PROTECTION DES PERSONNES À TRAVERS LE PRINCIPE DE LA NON-DISCRIMINATION**

Selon les termes de l'article 2 de la déclaration Universelle des droits de l'Homme : « chacun peut se prévaloir de tous les droits et toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration sans distinction aucune,

<sup>316</sup> Conseil de l'Europe, Rapport sur « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », 2011. Disponible sur [https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011\\_fr.pdf](https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_fr.pdf).

notamment de race, de couleur, de langue, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou toute autre situation ».

De même, l'article 7 de la même déclaration prévoit que « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. ».

Le principe de la non-discrimination est aussi affirmé par les deux pactes internationaux relatifs successivement aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels.

En effet, selon le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Etats parties s'engagent à « respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation... ».

Cet article a une portée transversale puisqu'il traite de la non-discrimination dans tous les droits ultérieurement annoncés<sup>317</sup>.

D'autres articles du même pacte traitent de la non-discrimination dans un cadre plus spécifié. Il en est ainsi pour l'article 3 qui traite de l'égalité homme/femme, de l'article 24 traitant de l'enfance ou encore de l'article 20 traitant de l'incitation à la discrimination.

Ailleurs et dans l'article 26, « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

---

<sup>317</sup> Voir Decaux (E.), Pacte international des droits civils et politiques, commentaire article par article, Paris, Economica, 2011, p. 110.

Dans son observation générale numéro 18 relative à la non-discrimination, le comité des droits de l'Homme a bien noté l'absence de définition de la discrimination dans le pacte. Il a donc fait référence à la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Il définit la discrimination comme 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 tout 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.

Si le Pacte reste silencieux sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il est évident que l'expression « de toute autre situation » aurait pu être utilisée pour intégrer toutes les nouvelles formes de discrimination ».

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcé le comité international des droits économiques et sociaux dans son observation générale numéro 14 (2000) relative au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte). La même démarche a été rappelée dans son observation générale numéro 20. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies explique que « [L]es Etats parties devraient veiller à ce que l'orientation sexuelle d'une personne ne soit pas un obstacle à la réalisation des droits consacrés par le pacte, par exemple s'agissant de l'accès au droit à la pension de réversion. En outre, l'identité sexuelle est reconnue parmi les motifs de discrimination interdits ; par exemple, les personnes transgenres, transsexuelles ou intersexes sont souvent exposées à de graves atteintes à leurs droits fondamentaux, notamment à du harcèlement dans les établissements d'enseignement ou sur le lieu de travail ».<sup>318</sup>

Telle n'était pas tout à fait l'approche du comité des droits de l'Homme pour protéger les personnes concernées par des pratiques discriminatoires. En effet, dans l'affaire *Toonen c. Australie*, le comité des droits de l'Homme a eu l'occasion de déterminer sa position concernant l'orientation sexuelle. Dans cette affaire, le comité devait se prononcer sur la criminalisation

<sup>318</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, observation générale no 20 relative à la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2009, paragraphe 32.

d'actes homosexuels entre adultes consentants en Tasmanie.

Selon le comité « l'Etat parti a demandé l'avis du Comité sur le point de savoir si les préférences sexuelles pouvaient être considérées comme une « autre situation » au sens de l'article 26 ? La même question pourrait se poser au regard du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte.

Le Comité se borne toutefois à observer qu'à son avis, la référence au « sexe » au paragraphe 1 de l'article 2 et à l'article 26 doit être considérée comme recouvrant les préférences sexuelles »<sup>319</sup>.

Sur ce point, il est à noter que le Droit européen a fait de grands pas à ce propos. En effet, la Charte européenne des droit fondamentaux prévoit dans son article 21 qu'est interdite, « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Les caractéristiques génétiques, le handicap ainsi que l'orientation sexuelle sont donc couverts par le principe.

La charte africaine des droits de l'Homme et des peuples reprend quant à elle l'expression « ou de toute autre situation » et sans citer l'orientation sexuelle.

## II. LA PROTECTION DES PERSONNES EN VERTU DU PRINCIPE DU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Le droit à la vie privée est défini comme un droit de vivre à l'abri des regards étrangers.

Ainsi, selon le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 17Du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

---

<sup>319</sup> C n°488/1992, affaire Toonen c. Australie, 31 mars 1994, §8 (7).

La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples reste silencieuse sur cette question : un silence qui s'explique par le peu d'intérêt qu'a l'individu en soi dans les sociétés africaines et de la prépondérance du groupe sur l'individu.

Dans l'affaire Toonen C. Australie, M. Toonen affirme que le fait que les relations entre homosexuels en privé soient considérées comme un délit l'a empêché d'assumer ouvertement sa sexualité et de faire connaître ses opinions.

Le Comité a d'abord considéré qu'il « est incontestable que la sexualité consentante, en privé, est couverte par la notion de “ vie privée ” ».

Sur la question des immixtions arbitraires, le comité rappelle que l'immixtion prévue par la loi doit être conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières.

Plusieurs arguments étatiques ont donc été rejetés dans cette affaire car n'ayant pas convaincu le comité. Il importe notamment de souligner la position du comité sur la question des sanctions prévues pour protéger « le tissu moral de la société ». Le comité considère à ce propos « qu'il ne peut pas davantage accepter l'idée que, ... les questions de morale [soient] exclusivement du ressort interne car ce serait retirer au Comité son droit de regard sur un grand nombre de textes qui peuvent représenter une immixtion dans la vie privée »<sup>320</sup>.

Le comité conclut donc qu'il n'y a aucun motif raisonnable permettant de valider cette ingérence dans la vie privée des personnes.

Par ailleurs, nous pouvons remarquer la même tendance auprès de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a largement interprété la protection de la vie privée pour y inclure toutes sortes de relations sexuelles y compris les pratiques sadomasochistes pourvu que ça soit entre adultes consentants<sup>321</sup>.

La question de la non-discrimination pour des motifs liés à l'orientation sexuelle a également été posée pour ce qui est du mariage : selon le

<sup>320</sup> Affaire Toonen c. Australie, op.cit. § 8-6

<sup>321</sup> CEDH, affaire K.A et A. D. contre Belgique, 17 février 2005.

comité des droits de l'Homme, l'article 23 s'applique aux époux de sexes biologiquement opposés, dans l'affaire *Joslin c. Nouvelle Zélande*. Pour le comité, l'obligation de l'Etat en vertu de l'article 32 (2), « se limite à reconnaître comme constituant un mariage l'union entre un homme et une femme qui souhaitent se marier ». Le droit au mariage est pour le comité strictement lié à la capacité de procréation<sup>322</sup>.

La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est sensiblement différente sur ce point : elle estime que « l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause »<sup>323</sup>. La cour a un doute sur le fait que, homme et femme impliquent que « le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques »<sup>324</sup>.

La cour s'est également basée sur une lecture combinée des articles 8 et 14 de la convention pour considérer que « la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation »<sup>325</sup>.

### III. LA PROTECTION DES PERSONNES EN VERTU DU PRINCIPE DE LA DIGNITÉ HUMAINE ET DU RESPECT DE L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE

Après plusieurs années de silence, le 19 décembre 2008, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la déclaration sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre<sup>326</sup>.

Cette déclaration lue à l'époque par l'Argentine a été neutralisée par une contre déclaration présentée par la Syrie.

---

<sup>322</sup> Weng (V.), commentaire de l'article 23, in. Decaux (E.), Pacte international des droits civils et politiques, commentaire article par article, Paris, Economica, 2011, p. 507.

<sup>323</sup> CEDH, affaire Goodvin. C. Royaume Uni du 30 juillet 2002, § 98.

<sup>324</sup> Idem, § 100.

<sup>325</sup> CEDH, Affaire X et autres c. Autriche, du 19 février 2013, § 95.

<sup>326</sup> Présentée par l'Argentine, la Déclaration a été adoptée par : l'Albanie, Andorre, l'Arménie, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Canada, Cap Vert, la République Centre Africaine, le Chili, la Colombie, Cuba, Chypre, la République Tchèque, le Danemark, l'Equateur, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, l'Allemagne, la Grèce, la Guinée-Bissau, la Hongrie, l'Islande, l'Irlande, Israël, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, Maurice, le Mexique, le Monténégro, le Népal, la Nouvelle Zélande, le Nicaragua, le Paraguay, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, San Marin, Sao Tome et Principe, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, la Suède, la Suisse, l'ancienne République Yougoslave de Macédoine, l'Uruguay et le Venezuela

Les Etats signataires de la Déclaration ont exprimé leur inquiétude « au sujet de la violence, du harcèlement, de la discrimination, de l'exclusion, de la stigmatisation et des préjugés dont sont victimes des personnes, dans tous les pays du monde, en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, et du fait que ces pratiques puissent porter atteinte à l'intégrité et à la dignité des personnes subissant ces abus ».

La division des Etats à propos de cette question est évidente. A lire la liste des pays signataires on ne voit aucun pays arabe ou musulman. L'Afrique reste également à l'écart de ce mouvement à part la République centrafricaine et le Cap vert.

La Déclaration n'étant pas adoptée par un nombre important d'Etats, et n'ayant de toutes-façons pas un caractère obligatoire, son influence reste limitée aux Etats qui ont déjà des législations respectueuses du principe de la non-discrimination.

Les violations des droits des personnes, continue dans la plupart des pays et notamment dans ceux où cette question reste délibérément à l'écart de tout débat public.

Après cette première tentative et en juin 2011, le Conseil des droits de l'Homme a adopté la première résolution onusienne sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la résolution 17/19. La résolution a également été approuvée par une faible majorité, mais, ce qui est significatif, c'est qu'elle a bénéficié de l'appui des membres du Conseil de toutes les régions.

Dans cette résolution, le conseil se dit d'abord « gravement préoccupé par les actes de violence et de discrimination, dans toutes les régions du monde, commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre ». Il demande ensuite au haut-commissariat aux droits de l'homme une étude qui rende compte des lois et pratiques discriminatoires ainsi que des actes de violence commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre, dans toutes les régions du monde.

Le rapport fait par le haut-commissariat a ultérieurement montré l'ampleur des pratiques discriminatoires et des violences exercées à l'égard des personnes ayant une orientation sexuelle différente.

Le rapport note également que les violations ne sont pas toujours fondées sur des lois (même si ces lois existent dans la plupart des pays) mais émanent également de pratiques sociales très violentes. Le rapport fait référence à une violence excessive, à la brutalité, aux mutilations et à toutes sortes d'atteintes graves aux droits humains<sup>327</sup>.

Les Etats qui ont voté contre cette résolution sont pour la plupart des Etats où existent ces pratiques et cette violence. Angola, Arabie saoudite, Bahreïn, Bangladesh, Cameroun, Djibouti, Fédération de Russie, Gabon, Ghana, Jordanie, Malaisie, Maldives, Mauritanie, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Qatar, République de Moldova, Sénégal.

Malgré cela l'idée semble faire du chemin dans le cadre de l'Union Africaine.

En 2014, la commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a adopté une résolution sur la protection contre la violence et d'autres violations des droits humains de personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée<sup>328</sup>.

Il faut dire que les violences à l'encontre des personnes pour leur orientation sexuelle sont très courantes en Afrique. Certaines législations prévoient même la peine capitale pour les sanctionner (Ouganda, Soudan, Somalie, Nigeria...)

La commission africaine note que les violences « comprennent le « viol correctif », les agressions physiques, la torture, le meurtre, les arrestations arbitraires, les détentions, les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, l'extorsion et le chantage ».

Elle exprime donc sa préoccupation « par les actes de violence et autres violations des droits humains qui continuent d'être commis contre des personnes dans plusieurs parties de l'Afrique du fait de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée ».

Ce qui fait la spécificité de ces violences c'est qu'elles sont à la fois l'œuvre d'acteurs étatiques et non étatiques ce qui fait que la personne se trouve devant des agressions non seulement étatiques mais aussi socialement organisées.

---

<sup>327</sup> Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

<sup>328</sup> Résolution 275 adoptée à sa 55ème Session ordinaire tenue du 28 avril au 12 mai 2014, (à Luanda, Angola).

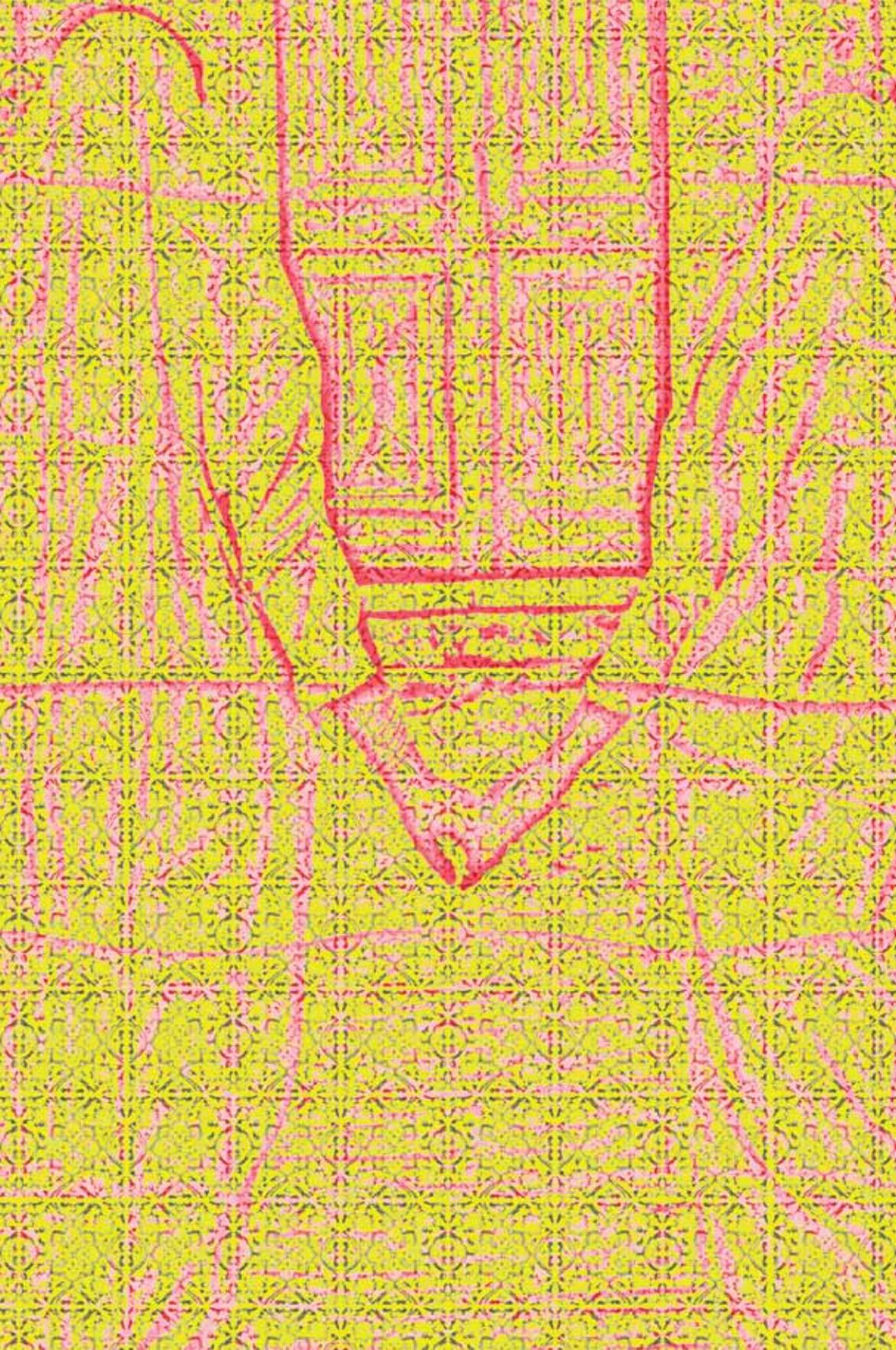
Pourtant, la commission se limite à condamner ces pratiques tout en priant les Etats « de mettre un terme aux actes de violation et d'abus, qu'ils soient commis par des acteurs étatiques ou non étatiques, notamment en promulguant et en appliquant effectivement des lois appropriées interdisant et sanctionnant toutes les formes de violence, y compris celles ciblant des personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée, en garantissant une enquête appropriée et la poursuite diligente des auteurs, ainsi que des procédures judiciaires adaptées aux besoins des victimes ».

## CONCLUSION

Au total, l'ensemble des mécanismes de garantie des droits humains nous semble pouvoir offrir la protection nécessaire des personnes quelle que soit leur orientation sexuelle. Le Droit international des droits humains n'a pas besoin de nouveaux droits, il a seulement besoin de mécanismes de sanctions contre les Etats qui ne respectent pas ces droits. Or, ce même Droit international est le produit de la volonté des Etats.

Comme beaucoup d'autres questions relatives aux droits, les Etats restent traversés par deux manières de voir l'être humain : un être universel et abstrait ou un être situé dans une société, une culture et un espace géographique.

Nous partageons, pour notre part, l'avis du SG de l'ONU lorsqu'il affirme : « En tant qu'hommes et femmes de conscience, nous rejetons la discrimination en général, et en particulier la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Là où il y a une tension entre les attitudes culturelles et les droits universels, les droits doivent l'emporter ».



Baisse  
10%

# Les travailleuses du sexe en droit tunisien

Wahid Ferchichi



Professeur de Droit public, à l'Université de Carthage, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. Il consacre ses études et recherches à **trois thématiques fondamentales** : *les droits humains, la transition et le droit de l'environnement*. Ancien membre de la Commission nationale d'investigation sur la corruption et la malversation il est actuellement membre de l'Instance nationale de protection des données à caractère personnel et président de l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles.

Photomontage composé avec une source photographique issue du livre : «*Tunis, le quartier réservé, in* » Denise Bellon, Tunisie, photographies 1947-1960, Tunis Cérès éditions 2009, p. 93.

LES TRAVAILLEUSES DU SEXE EN DROIT TUNISIEN <sup>329</sup>

*Le Droit tunisien distingue entre deux situations différentes en matière de travail sexuel : il criminalise le travail du sexe clandestin d'une part et autorise et régleme le travail du sexe étatisé; légal et juridiquement reconnu d'autre part.*



En effet, ce qui caractérise l'arsenal juridique tunisien est la criminalisation de toutes les formes de travail sexuel chez les femmes, menant au renchérissement de la liste des actes pénalement sanctionnés en la matière. La notion de prostitution est effectivement dépourvue de définition légale. Par ailleurs, la terminologie nébuleuse et vague qui s'y rapporte ainsi que la complexité de son régime juridique en Droit tunisien et précisément dans le Code pénal représentent un obstacle devant la compréhensibilité de la nature des phénomènes et actes criminalisés et laissent le champ libre à de nombreuses interprétations, menaçant de la sorte d'empiéter sur les droits et libertés des travailleuses du sexe et de toucher à certains principes fondamentaux du Droit tels que celui de la protection de la vie privée.

Les dispositions de l'article 231 du code pénal, abritées sous la sous-section III intitulée : « de l'excitation à la débauche » de la section III : « Attentats aux mœurs » du chapitre I<sup>er</sup> du Code : « Attentats contre les personnes », et selon lesquelles : « [...] les femmes qui, par gestes ou par paroles, s'offrent aux passants ou se livrent à la prostitution, même à titre occasionnel, sont punies de 6 mois à 2 ans d'emprisonnement, et de 20 à 200 dinars d'amende », omettent de citer les éléments constitutifs du délit de prostitution, ouvrant ainsi la voie à la criminalisation de nombreux actes qui relèvent de la sexualité humaine à travers une interprétation large de la notion de prostitution. Le législateur a, en effet, laissé ce soin à la jurisprudence. La Cour de cassation a donc eu, après coup, son mot à dire pour reconnaître l'existence de deux conditions fondamentales nécessaires à la qualification du délit de prostitution, qui sont : la nature répétée ou

<sup>329</sup> Il s'agit de la synthèse en langue française de la contribution de M. Wahid Ferchichi que vous pourriez consulter dans la partie en langue arabe du présent ouvrage.

habituelle de l'activité et la vénalité du comportement, au sujet desquelles l'article 231 est resté muet. La vénalité du comportement qui renvoie à la notion de « rémunération » peut aussi être prise au sens large pour inclure, en plus de l'argent, les objets à valeur marchande et même les services, puisque le juge a assimilé la prostitution à la réalisation d'un gain matériel ; pécuniaire ou autre. Toutefois, la Cour a tenté à maintes reprises de rajouter « la multiplicité des partenaires » comme condition supplémentaire nécessaire à la qualification du délit de prostitution, ce qui est en mesure de compliquer l'accusation pour prostitution, faute de preuves.

Quant aux sanctions qui s'appliquent au délit de prostitution, elles sont assez spéciales. L'alinéa dernier de l'article 231 du code pénal ne considère comme auteur principal de ce délit que la femme qui se livre à la prostitution ; la prostitution masculine n'y étant pas abordée, l'homme ne peut être considéré que comme complice de ce délit et seules les femmes sont réprimées. D'ailleurs, les hommes qui s'y livrent sont généralement poursuivis pour d'autres incriminations relatives aux mœurs. Cette approche s'applique même sur les personnes prostituées mineures de sexe féminin. En effet, l'homme qui recourt aux services d'une prostituée mineure ne se voit réprimé que pour avoir été complice du délit de prostitution clandestine sans courir le risque d'être poursuivi pour détournement de mineur. Cette tendance étrange est influencée par une morale d'inspiration religieuse. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a considéré que le repentir de la femme prostituée et son mariage avec son complice ou l'abandon de son mari de son droit de la poursuivre pour adultère n'arrêtent pas les poursuites établies contre elle.

En Tunisie, les sanctions pénales répriment aussi le racolage et le proxénétisme. Et bien que le racolage est normalement passible de peines légères puisqu'il ne s'agit que d'une tentative de prostitution, les condamnations qui y sont prévues sont plutôt celles appliquées au délit de prostitution et ce, pour punir les femmes dont l'attitude sur la voie publique est « de nature à provoquer la débauche ». La seule présence de la personne prostituée dans la rue peut donc causer son arrestation.

La notion de racolage est, en effet, une notion très vague dont les éléments constitutifs sont l'exhibition sexuelle en public et la conscience d'offenser

volontairement ou par négligence la pudeur publique. Le racolage peut être actif<sup>330</sup> comme il peut être passif. Il est donc possible pour la police de juger le racolage sur les apparences de la femme (tenue vestimentaire, maquillage, marche, paroles, etc.) et conduire à des pratiques d'abus du pouvoir, ce qui pourrait menacer la liberté de circulation ainsi que la liberté vestimentaire des femmes. Il s'agit donc d'une disposition redoutable mise entre les mains des appareils répressifs judiciaire et policier.

En ce qui concerne le proxénétisme, la Tunisie dispose d'un arsenal répressif complet en la matière. Toutes les formes de proxénétisme sont réprimées. En effet, le Code pénal criminalise Le proxénétisme par aide, protection ou assistance, par partage des produits de la prostitution ou réception des subsides ainsi que le recrutement, l'entraînement et l'entretien de personnes en vue de la prostitution, afin de protéger les femmes de toute exploitation. Il réprime aussi le proxénétisme par cohabitation avec une personne prostituée si le ménage n'a pas d'autres revenus que ceux issus de la prostitution ou si son train de vie ne correspond pas aux revenus non issus de la prostitution, interdisant aux personnes prostituées d'avoir une vie privée normale et contredisant de la sorte le principe du respect de la vie privée.

Il est donc loisible de noter que le Droit tunisien aujourd'hui applicable distingue mal la différence entre la prostitution volontaire pratiquée par une femme en échange d'une contrepartie et la prostitution contrainte ; donc son exploitation par un tiers, pour sanctionner sévèrement les relations sexuelles en échange d'une contrepartie en dehors du cadre régissant ce métier.

Toutefois, la circulaire N°399 de 1977 du Ministère de l'Intérieur a reconnu aux femmes le droit d'exercer la prostitution légale. Conformément à cette circulaire, les personnes prostituées doivent se plier à des obligations dérogatoires du Droit commun. En effet, les femmes désirant exercer le commerce du sexe doivent s'inscrire sur les registres du Ministère de l'Intérieur où l'on classe les travailleuses du sexe suivant leurs lieux d'activité, subir des examens médicaux et biologiques périodiquement et se conformer à des conditions exceptionnelles de surveillance ou de déclaration, exercer leur activité uniquement à l'intérieur d'un local dont

---

<sup>330</sup> « Le fait par tout moyen de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles ».

les caractéristiques sont définies par la circulaire à ne quitter que sur autorisation du poste de police du quartier. La circulaire a également souligné que la qualification « légale » ne justifie pas l'exhibition sexuelle sur la voie publique qui demeure toutefois interdite. Néanmoins, le jugement de valeur chargé de stigma que porte la circulaire de 1977 sur cette activité demeure palpable ; elle définit les travailleuses de sexe comme étant les femmes qui se prêtent « moyennant rémunération » à des contacts physiques « afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui ». De surcroît, il faut démontrer avoir une manière « honnête » de gagner sa vie et obtenir l'accord de la police et du personnel médical chargé du contrôle sanitaire pour sortir du registre de la prostitution.

Quant aux critères d'adhésion au métier que doivent remplir les travailleuses du sexe, la circulaire a exigé deux types de conditions. elle dispose que les femmes intéressées à rejoindre le métier doivent être majeures, célibataires et n'ayant pas dépassé les 50 ans d'une part, et d'autre part, elles sont appelées à fournir un certificat médical de bonne santé provenant d'un médecin de la santé publique ou d'un médecin chargé d'examiner la santé des prostituées prouvant leur intégrité des maladies contagieuses, des maladies infectieuses, et surtout des maladies neurologiques, gynécologiques, pulmonaires, cancéreuses ainsi que des myélopathies. Elles doivent aussi jouir de leur pleine intégrité mentale.

La loi a également soumis les lieux de prostitution légaux, dont le fonctionnement découle d'une organisation voulue et gérée par l'Etat, à une réglementation précise. En effet, les maisons closes doivent être recluses dans des zones réservées de la ville, desquelles les prostituées ne peuvent sortir sans autorisation de la police. Elles doivent être à l'écart de tout établissement pénitentiaire ou sanitaire, des casernes et des mosquées, et ne doivent porter aucune indication sur la nature des activités qui s'y déroulent comme elles doivent respecter les règles de salubrité, d'hygiène et de sécurité. Les maisons closes sont dirigées par des proxénètes légaux, qui doivent être des femmes de plus de 35 ans et avec permission de leurs maris.



Photomontage composé avec une source photographique issue du livre : « *Tunis, le quartier réservé, in* » Denise Bellon, Tunisie, photographies 1947-1960, Tunis Cérés éditions 2009, p. 95.

# *Au delà des clichés : Amour du même, corps problématique et construction identitaire.*

*Saloua Ghrissa*

Universitaire tunisienne, présidente de l'association pour la promotion du droit à la différence (ADD) 2011-2014 ; puis directrice exécutive. Après s'être spécialisée en philologie et histoire comparée des religions du Proche Orient ancien à Paris, elle enseigne, depuis 1997 à l'Institut Supérieur de Théologie de Tunis. Elle est l'auteur de trois ouvrages portant sur la langue hébraïque ancienne et son histoire et de plusieurs articles publiés dans diverses revues scientifiques en Tunisie et à l'étranger sur le fonctionnement du fait socio-culturel et religieux dans les sociétés aussi bien juives, chrétiennes que musulmanes.

*Certes penser le corps varie d'une société à une autre et d'une époque à une autre : Aussi, faut-il savoir que la perception du corps est difficile à cerner dans la mesure où elle fait appel à un domaine sémantique polysémique, tel que la biologie, l'art, la médecine, la culture, la spiritualité, la morale, la justice ou encore le culte funéraire. Le corps est omniprésent tout au long de l'histoire humaine, et ce depuis l'Antiquité : les représentations figurées, telles que les sculptures, les toiles et autres figurines attestent toute l'importance accordée au corps. Parce que le corps délimite l'individu et dévoile son identité externe, il s'affirme comme le dépôt de l'âme et de l'esprit en tant que sa couverture corporelle et charnelle.*



Aussi, une relation particulière et équivoque qu'éprouvent les humains quant à l'immortalité, la résurrection de la chair et la sainteté rend compte des représentations multiples du corps dans la construction de l'identité, et donc de l'ipséité. L'immortalité de l'âme, d'un côté et la déchéance du corps, de l'autre tels qu'elles sont enseignées par les savants, les religieux ou les philosophes posent problème à plus d'un titre. En effet, le corps et l'âme vacillent entre dualité, distinction et opposition dans la mesure où ces deux entités s'opposent par leurs caractères inhérents respectifs, à savoir la divinité de l'âme et la mortalité du corps. Cette unité problématique du divin et profane, immortel et périssant, pur et souillé, béni et maudit, va imposer, au fur et à mesure, tout au long de l'histoire des règles strictes allant de la pureté du corps, passant par la circoncision<sup>331</sup>, l'excision<sup>332</sup>, la virginité<sup>333</sup> et la séparation jusqu'aux restrictions alimentaires.

<sup>331</sup> La circoncision, ablation partielle ou totale du prépuce est une pratique très ancienne. Elle est attestée depuis le III<sup>e</sup> millénaire dans des textes égyptiens. Le judaïsme atteste cette pratique, appelée *מילה* (alliance par la circoncision), un acte hautement symbolique qui scelle l'alliance entre Dieu et les israélites, contrairement au christianisme qui proscribit cette pratique à l'exception du protestantisme. En islam, la circoncision et, bien qu'elle n'est mentionnée nulle part dans le texte coranique est considérée comme un trait identitaire entre les hommes musulmans.

<sup>332</sup> L'excision est une mutilation génitale féminine, considérée comme un rite de passage entre l'enfance et l'âge adulte ou encore effacement d'une caractéristique masculine du corps féminin, mais l'explication la plus probable est le contrôle du désir féminin. Cette pratique était présente en Egypte, en Arabie, au Soudan, en Afrique sub-saharienne et même en Asie du Sud Est.

<sup>333</sup> La virginité est représentée, dans plusieurs sociétés comme un idéal pour toute jeune fille non mariée et une forme de la plus haute pureté. Dans plusieurs traditions religieuses, les déesses vierges ont occupé une place importante et privilégiée détenant un pouvoir quasi magique. La vierge Marie, mère de Jésus tient une place centrale dans la christologie et les Pères de l'Eglise vont jusqu'à fonder un culte marial.

Toutes les sociétés, quelles soient anciennes, modernes ou contemporaines ont élaboré des visions distinctes autour du corps en tant que lieu de vitalité ; mais se sont accordées sur l'aspect fondamental qui relie corps, individu et société. Le corps, tour à tour considéré dans un constant balancement avec l'âme ou l'esprit. Dans l'Égypte ancienne, par exemple il n'existe pas de dichotomie entre matière et esprit, étant donné que l'humain est créé par le Démiurge lui-même à partir de sa propre substance, aussi bien matérielle qu'immatérielle<sup>334</sup>. Il s'agit en effet d'une vision dépendante de la cosmogonie et de l'ontologie propre à l'Égypte ancienne. Aussi, le nom attribué à la naissance fait partie intégrante du corps et l'élément essentiel qui le caractérise. En effet, le nom donne aux humains leur essence, les rattache à une communauté, leur acquièrent une identité et, par conséquent un destin. Effacer le nom de quelqu'un sur un monument ou autre support signifie le priver de toute chance de survivre, dans l'au-delà, en retirant sa substance. De même priver quelqu'un d'une sépulture est considéré comme la punition la plus grave qui soit chez les égyptiens anciens. Cette conception de l'humain et du corps dans l'Égypte ancienne a influencé, à des degrés différents d'autres cultures et civilisations. Tandis que pour les égyptiens anciens, le corps est considéré comme une bénédiction, les philosophes grecs, surtout à partir de Socrate, Platon et Plotin<sup>335</sup> vont considérer le monde matériel comme irréel et illusoire. Platon<sup>336</sup> distingue deux mondes : le premier un monde réel et divin, celui du *noûs* (νοῦς)<sup>337</sup>, le second un monde matériel profane, synonyme de déchéance<sup>338</sup>. Les Romains, quant à eux portent une grande attention au corps en donnant une attention particulière à l'éducation et à

<sup>334</sup> La conception que s'en faisaient les égyptiens de l'humain et du corps est attestée dès le VI<sup>e</sup> millénaire avant notre ère (B. Midant-Reynes, *Recherches sur l'Égypte prédynastique*, BSFE n.117, mars 1990).

<sup>335</sup> La question de la matière et le corps ne constituaient pas une place centrale dans la pensée présocratique. En effet, des philosophes tels que Thalès ou Anaximandre se sont plutôt préoccupés de questions relatives aux premiers principes à l'origine du cosmos.

<sup>336</sup> Timée. Dans la République, livre IV, Platon fait la distinction entre *noûs* et âme et divise l'âme en trois parties : *épithumia* (son siège le bas ventre), *noûs* (son siège la tête) et *thumos* (son siège la poitrine). L'enseignement néoplatonicien place l'âme entre le corps et le *noûs*, faisant d'elle le siège du libre arbitre.

<sup>337</sup> Le *noûs* désigne selon Platon l'esprit, l'intellect et la raison, la partie divine de l'âme.

<sup>338</sup> A partir de là, Plotin et ses successeurs vont élaborer des courants d'ascèse, de gnose et, plus tard des hérésies autour de la déchéance de l'esprit dans le corps et le mépris de ce dernier allant jusqu'à l'encouragement au suicide.

l'effort. Le terme qui désigne les soins du corps est *cultus* qui signifie aussi la culture. Celui qui ne cultive pas son corps et son apparence est considéré comme inculte et répugnant.

Il va sans dire que les religions monothéistes ont accordé, chacune à sa manière une place non négligeable au corps en tant que support indispensable de la réalisation spirituelle et à la connaissance de l'humain dans sa totalité. Au moment où le judaïsme traite le corps en rapport à la sexualité<sup>339</sup>, le *shabbat*<sup>340</sup> et les règles alimentaires<sup>341</sup>, le christianisme fonde sa théologie sur l'incarnation du Verbe dans la chair<sup>342</sup>. Sans doute, l'Homme créé à l'image de Dieu tire toute sa noblesse dans l'acte de la création, mais demeure limité par sa finitude (le corps). La foi chrétienne a un dessein bien défini pour l'humain : le libérer du péché et le hisser à l'image de son créateur. Amour, justice, équité et liberté deviennent des thèmes centraux. L'islam, quant à lui a développé une vision de l'homme et du corps au cœur de la foi et l'unicité de Dieu, le corps étant point de jonction entre le profane et le sacré<sup>343</sup>. En islam, l'humain acquiert son

<sup>339</sup> La sexualité dans le judaïsme n'est acceptée que dans le cadre du mariage entre un homme et une femme dans le but de procréer et de tenir compagnie à son conjoint. L'éthique juive considère la sexualité comme un aspect incontournable pour que l'homme et la femme trouvent accomplissement à leurs êtres dans un cadre normatif.

<sup>340</sup> Le terme tire son origine, selon certains auteurs, du verbe hébreu *shabat*, 'cesser/ se reposer' et aussi du chiffre sept, *sheba*. Mais cette étymologie ne signifie pas 'observer' ou 'garder'. Certains autres auteurs mettent le terme 'shabbat' en relation avec le terme accadien '*shappatu*', qui en Assyrie et en Babylonie, désigne le 15<sup>e</sup> jour du mois lunaire, le jour d'expiation et de repos, jour de pleine lune. Ce n'est que plus tard que les deux fêtes sont confondues. Cela nous renvoie à l'époque pré-exilique où le *shabbat* et la prescription relative au septième jour constituaient deux réalités distinctes. Le premier était fêté une fois par mois, en coïncidence avec la pleine lune. Le second une fois par semaine. Le fidèle doit de s'abstenir de tout travail le jour du *shabbat* puisque Dieu lui-même qui l'a ordonné. Le repos du *shabbat* est le *temps* de rencontre avec YHVH, de la même façon qu'il est une participation au repos divin.

<sup>341</sup> Les lois de la *casherout* sont des règles autorisant à la consommation de nourriture. Ces lois ont désormais distingué entre Israélites et non Israélites en termes de pureté et impureté alimentaire.

<sup>342</sup> L'incarnation est un dogme chrétien selon lequel le Verbe s'est fait chair en la personne du Christ. La christologie traite en effet de la nature du christ et la nature de son rapport avec Dieu. Le Christ étant de nature divine et humaine en une seule personne incarne une nouvelle création après celle d'Adam et relève l'humanité après la Chute.

<sup>343</sup> Le discours religieux dans les corpus fondateurs de l'islam a instauré des règles délimitant les espaces du masculin et du féminin en utilisant un vocabulaire, à la fois précis et révélateur, tel que *Haram* ou *Aawra*. Les us et coutumes du prophète et des gens de sa maisonnée sont élevés au rang de modèle d'imitation. Aussi, l'apparence du prophète (gestuelle, costume, posture, etc), considérée comme un parangon de vertu et de virilité contribue à modeler l'image du musulman et à en définir son identité.

accomplissement dans l'équilibre entre corps, âme et esprit. l'ikhwan es-Safa' ont joliment décrit le corps : « **الجسد كالسفينة و النفس كالملاح** » (le corps est un navire, l'âme est son navigateur). Et même si, en islam le dogme de l'incarnation n'existe pas, le corps est considéré comme instrument de salut : la création d'Adam à l'image de Dieu et la proposition du prophète comme exemple à suivre par tous les croyants en sont l'expression du charnel et du sensible à la fois.

Deux conceptions antagonistes mais significatives des différentes approche de l'humain et son corps sont avancées : la première concerne la reconnaissance d'une personne par son âme et son corps, il s'agit donc d'une identification complète de l'individu ; une thèse chère à Descartes. La seconde marque une altérité entre le corps et l'identité où le corps revêt un caractère matériel, donc un objet ou encore un instrument pour pouvoir vivre dans le monde physique, étant donné que c'est par le corps et le corps uniquement que nous sommes en relation avec le monde extérieur et avec les autres.

En somme, le corps en tant qu'objet de désir, instrument de salut ou dépôt de Satan reflète d'une manière indélébile les codes, les discours et les pratiques socioculturelles et religieuses pour juguler son animalité. C'est un lieu de conflits entre les instincts à polir, d'une part pour en faire un être soumis à Dieu et les vertus, d'autre part qui le rapprochent et l'unissent au divin.

Le corps, du latin « corpus » désigne l'élément matériel animé reçu à la naissance doté de mouvements, assurant les fonctions nécessaires à la vie,

ce qui le distingue, ipso facto, de l'âme<sup>344</sup> ou de l'esprit<sup>345</sup>. Le גוף<sup>346</sup> (gouf) en hébreu tardif<sup>347</sup> renvoi à des représentations sémites dans la mesure où parler du corps d'un vivant est considéré comme une aberration. Le terme גֶּשֶׁם־בָּסָר<sup>348</sup> (bassar), quant à lui signifie 'chair' autour duquel la littérature rabbinique a développé toute une réflexion relative à l'être humain en tant que 'bassar va dam' (chair et sang). Les rabbins ont interdit toute pratique portant atteinte au corps, tels que le tatouage<sup>349</sup> et la mutilation. Aussi, aucun passage de la Bible ne sépare le corps de l'âme : la célébration des fêtes religieuses, par exemple conjugue un moment de jouissance entre le corps et l'âme. En créant l'homme, Dieu l'a doté d'une nature charnelle et lui a révélé une législation à respecter afin de se montrer digne de son Créateur. L'accomplissement des six cent treize préceptes<sup>350</sup>, positifs et négatifs, de la Torah présuppose des conduites et des règles édictées et consignées selon des normes strictes et précises.

<sup>344</sup> L'âme, du latin anima, souffle et principe vital qui anime le corps de l'être vivant. En hébreu, les termes néphés (נפש), synonyme de respiration, nešama (נשמה), souffle de vie et ru'ah (רוח), aya (איה), et yeida (יחידה) désignent les cinq niveaux de l'âme. En arabe, روح et نفس expriment le souffle divin qui anime le corps dès sa conception. La question de l'âme a préoccupé, depuis l'Antiquité, aussi bien les égyptiens, les hindous, les Pères grecs, les druides, les chamans que les différents courants philosophiques et religieux. Différentes théories expliquant le processus de la venue de l'âme à l'embryon, mais aussi, et par là-même, l'origine de l'âme et le moment de sa venue, ainsi que sa nature ont été développées des siècles durant. Des courants de pensée ont alors avancé, tour à tour la préexistence de l'âme par rapport au corps (le platonisme et le néo-platonisme, le judaïsme hellénistique, les gnostiques, ainsi que quelques Pères grecs, tels que Clément d'Alexandrie et Origène). D'autres courants, opposés à la théorie de la préexistence soutiennent la thèse selon laquelle l'âme n'est pas séparable du corps et qu'elle est créée chaque fois qu'un être humain est conçu (Aristote, les stoïciens, la tradition biblique, des auteurs chrétiens et les musulmans). Dans tous les cas, l'âme est considérée comme immortelle et ne disparaît pas après la mort.

<sup>345</sup> Esprit, du latin spiritus signifie 'souffle/vent'. Ce terme a été souvent identifié l'esprit à l'âme (Descartes) bien qu'ils n'aient pas, dans les Ecritures le même sens. En effet, les anciens font la distinction entre les deux : en hébreu, le terme ru'ah correspond au pneuma grec et, est souvent traduit par 'force', c'est-à-dire la force vitale. A la différence de l'âme, laquelle est la partie divine en nous, l'esprit, quant à lui est le siège de la conscience. En effet, l'esprit pense, apprend, raisonne et décide en toute liberté. Selon les docteurs de la Loi, Dieu a créé l'esprit en le laissant volontairement inachevé, au contraire de l'âme, et ce pour accomplir sa création.

<sup>346</sup> Le mot gouf est utilisé 3 fois uniquement dans la Torah : Exode, 21, 2-3.

<sup>347</sup> Aucun mot ne désigne le corps des personnes vivantes en hébreu classique. Le terme גוף, dérivé du mot 'goufah' signifie 'cadavre', جيفة en arabe et désigne le corps après la mort. En règle générale, on parle de l'homme dans sa totalité האדם.

<sup>348</sup> Le terme bassar est très fréquent dans la Bible, contrairement au terme gouf.

<sup>349</sup> L'interdiction du tatouage et autres incisions dans le corps prend le contre-pied de pratiques cananéennes dans certaines circonstances comme la célébration des fêtes ou le deuil.

<sup>350</sup> Il s'agit des préceptes mosaïques figurant dans la Bible et faisant force de lois. Deux cent quarante huit sont affirmatifs et trois cent soixante cinq négatifs.

Le corps, σῶμα (sôma) est un thème central pour le christianisme en rapport avec le thème de l'incarnation qui affirme qu'en Jésus-Christ Dieu s'est fait pleinement homme, c'est-à-dire que l'humanité en son état le plus accompli comprend une dimension corporelle<sup>351</sup>. Le Dieu chrétien, révélé par le Christ, est éminemment personne dans le mystère de la Trinité : le fils étant la personne faite chair, incarne la ressemblance de l'homme à Dieu, et tire par là même sa dignité irréductible. Une dignité vécue comme étant supérieure à celles des autres créatures animées.

Les termes جسد (jasad), جسم (jism)<sup>352</sup>, بشر et بدن (badan) en arabe signifient 'corps'. جسد désigne l'homme uniquement car il est éveillé par l'âme, le corps humain animé. الجسد signifie aussi la couleur rouge<sup>353</sup>, une forte connotation en rapport avec le sang considéré comme source de vie et de mort et dont la consommation est prohibée dans plusieurs sociétés. Ibn Ishaq donne la même définition du جسد et du جرم<sup>354</sup>. جسم renvoie au corps extérieur et à une conception cosmologique, d'où son utilisation par les philosophes. بدن désigne le corps volumineux. C'est le terme بشر (chair) qui est le plus souvent désigné pour l'humain créé par Dieu à partir de la terre et du نفس (souffle), entendu par souffle divin.

.....  
**Mais sommes-nous propriétaires de notre propre corps et dans quelle mesure en disposons-nous librement ?**  
 .....

Cela interroge en premier lieu le statut du corps qui a animé et divisé les juristes et autres philosophes du droit. Le droit romain réfutait déjà l'idée de disposer de son corps en s'appuyant sur l'adage Dominus membrorum suorum nemo videtur (Ulpien, Digeste, 9, 2, 13), ce qui signifie que le sujet ne dispose pas de son corps comme il disposerait d'un bien extérieur à lui.

Deux distinctions s'imposent d'emblée : La personne, sujet de droit n'a pas de droit sur elle-même, et ce pour des raisons, aussi bien éthique<sup>355</sup> que naturelle. La personne juridique ne représente pas le tout de la personne, car

.....  
<sup>351</sup> Dictionnaire des monothéistes, sous direction Cyrille Michon et Denis Moreau, Paris, Seuil, p. 227.

<sup>352</sup> Les termes jasad et jism ont de rares occurrences dans le texte coranique.

<sup>353</sup> Le sang coagulé est appelé جسد et جاسد d'où la référence à la couleur rouge (Ibn Manzour, Lisân al 'Arab, Tome I, p. 622-623). Dans ce cas de figure, la symbolique du جسد nous renvoie aux liens familiaux et aux sacrifices.

<sup>354</sup> Paragraphe précédent.

<sup>355</sup> L'interdiction de se suicider ou d'avorter par exemple.

elle répond à des normes d'ordre moral, religieux ou encore économique. En effet, l'humain est pris, comme l'a très bien rappelé Savigny au XIXe siècle, dans trois cercles concentriques : le premier, cercle extérieur relatif à la sphère publique qui relève du droit où on édicte au corps ce qu'il doit être ; le deuxième, cercle médian qui relève de l'entourage immédiat, à savoir la famille avec un partage de normativité se situant entre droit, éthique et pratiques sociales ; le troisième, cercle intime qui échappe du droit dans la mesure où, comme l'a dit Hannah Arendt, 'l'intimité et le corps nous protège du domaine public'<sup>356</sup>.

Si dans l'Antiquité le droit gère les rapports entre individus, dans la société ou la cité en tant que res relevant du droit public, le droit moderne étend la normativité à la sphère du privé jusqu'à le rapport de la personne à son corps dans son intimité.

En définitif, le corps, tantôt réprimé, tantôt exalté et, est tenaillé entre normes et pratiques, pose un problème épistémologique d'appréhension qui a de lourdes conséquences : Le corps n'est pas en fait un objet d'étude en tant que tel, mais est toujours disséminé dans des tissus de relations qui le dépassent ou le sous-tendent. Dès lors, les sociétés humaines, en codifiant les comportements considérés comme déviants par rapport à la norme, ont introduit une dichotomie au sein d'elles même et sein des personnes transgressant « l'ordre établi ». Le corps devient, désormais un lieu de marquage et de conflit entre éthique et droit: l'androgynie, l'homosexualité ou l'amour du même sont des exemples frappants pour illustrer ce cas de figure. Les actes supposés être 'contre nature' renvoient à une interversion des normes en vigueur et des rôles répartis dans 'un régime binaire : licite et illicite, permis et défendu'<sup>357</sup>.

Androgynie et homosexualité ont été longtemps considérées, dans plusieurs sociétés<sup>358</sup> comme source de désordre, de peur et d'angoisse, et ce en raison de l'ambiguïté de leurs statuts respectifs, aussi bien sexuel que corporel. En effet, l'androgynie pose un problème de statut fondamental de no man's land entre le féminin et le masculin et suscite des rejets face à cette dualité de genres . Cette crainte à l'ambivalence sexuelle et corporelle

<sup>356</sup> Hannah Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calman-Lévy, 1961.

<sup>357</sup> Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1984.

<sup>358</sup> Si l'androgynie et l'homosexualité sont perçues comme un facteur de désordre social, notamment dans les sociétés monothéistes, d'autres sociétés, telle que Rome et la Grèce antiques les considèrent au contraire comme un moyen de parachever la différenciation sociale.

est due, dans le cas des hermaphrodites à la dualité sexuelle qui remet en cause la différenciation de l'ordre social basée sur une hiérarchie instaurée entre les deux sexes. L'homosexualité, quant à elle n'échappe pas, à son tour à ce type de représentation de remise en cause de la différenciation sociale, d'où les manifestations homophobes, qu'elles soient individuelles, collectives, sociale ou encore cosmologique. Dans un tel contexte, l'androgynie et l'homosexualité deviennent désormais un cas de 'désordre' et de « danger » à l'égard de l'identité sexuelle institutionnelle.

Dans une perspective de genre, il importe de lever les confusions et réformer les préjugés homophobes et anti-androgynes, lesquels sont corrélés au degré de rigidité des représentations des rôles de genre : cela tient au fait que lorsque le rôle de genre est vécu comme un impératif absolu, la remise en cause du modèle par un tiers est d'avantage ressentie par le sujet homophobe comme une agression angoissante à l'encontre de son système de représentations.

Au regard des discriminations qui ont sévi et qui sévissent encore à l'encontre des personnes homosexuelles, ce modeste travail de recherche aura pour ambition de dépasser les clichés autour de la question de l'homosexualité, poser de nouveaux questionnements, désacraliser et décriper des sujets qui demeurent tabous, repenser les relations réciproques de l'homosexualité et de l'interdit qui la frappe. Aujourd'hui encore, dans les domaines aussi bien religieux que socioculturels, les textes révélés servent d'appui pour légitimer les discrédits et les rejets à l'égard des homosexuels comme le montrent les débats et les polémiques autour du 'mariage pour tous' ou encore l'adoption pour les couples du même sexe. La question de l'homosexualité renvoie en effet à la question de la différence et de l'altérité

Paradoxalement, les lectures philologiques et anthropologiques montrent que l'interdiction dans les livres révélés de l'homosexualité découle essentiellement de la volonté de rompre avec certaines pratiques païennes relatives aux sociétés environnantes auxquelles orgies et pratiques homosexuelles des deux sexes étaient liées.

La première tâche de ce travail de recherche est de donner les

définitions philologiques des termes relatifs à l'homosexualité tels qu'ils sont répertoriés aussi bien dans les textes du Proche Orient ancien<sup>359</sup> que dans les textes révélés dont le message est dit intemporel. Il s'agit de faire l'inventaire dans ces sources des qualifications légales, c'est-à-dire des sanctions administrées aux personnes accusées d'homosexualité. Développer et analyser ces qualifications légales à la lumière de leurs contextes socio- culturels fera l'objet aussi du développement de cette recherche.

Quatre périodes de l'histoire de l'homosexualité se dégagent. Dans la première, antérieure au judaïsme, l'homosexualité est acceptée sous certaines conditions et intégrée dans la société. Dans la deuxième, commence son interdiction par la Loi mosaïque, elle est incriminée et fortement réprouvée. La troisième période contemporaine du développement du christianisme, garde la même exigence morale mais ne réagit pas immédiatement en termes de sanctions. Avec l'islam, qui constitue la quatrième période, un regain de l'incrimination se manifeste, non dans le texte coranique lui-même, mais surtout dans les ouvrages tardifs de la Tradition prophétique.

Je tâcherai de me limiter autant que faire se peut à l'homosexualité bien que ce sujet relève de deux domaines beaucoup plus vastes, à savoir, celui de la sexualité dans son ensemble considérée dans les textes monothéistes comme une fonction sacrée basée sur ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. En effet, le champ de recherche sur l'homosexualité n'est pertinent que dans le cadre d'une prise en compte de la sexualité de manière générale. Dès qu'on appréhende la question de la sexualité, on touche à l'essence même de l'humanité en raison de la place importante qu'elle occupe dans toutes les sociétés. Certains pensent que la sexualité est notre force intérieure, et c'est pour cela qu'elle nous effraie tant, que l'on s'emploie

---

<sup>359</sup> Le terme « Proche Orient » est inventé en 1890 pour préciser le domaine spécifique de la question d'Orient. Voir à ce sujet Henry laurins, Paix et guerre au Moyen-Orient, Paris, Armand Colin, 1999. Mais par Proche Orient ancien, on entend le « croissant fertile ». Il s'agit d'un vaste territoire qui comprend la Babylonie, l'Assyrie, la Syrie, Israël et les royaumes situés à l'est du Jourdain. Ce territoire présentait un contraste frappant avec les zones désertiques qui l'entouraient. En Babylonie et en Assyrie, la fertilité du sol dépendait du Tigre et de l'Euphrate et de leurs affluents. En Israël et en Syrie, elle était tributaire des régimes de pluies et de la présence des sources ( J.Rogerson, Nouvel Atlas de la Bible, Brepols, 1987).

à la soumettre, et à la dompter. Elle touche les dimensions cosmiques, éthiques, psychologiques, sociologiques, etc<sup>360</sup>. Une sexualité 'incontrôlée' est souvent liée à la déchéance et à l'égarément. A. Bouhdiba a écrit : 'la sexualité est le divers unifié...et est recherche de l'immortalité'<sup>361</sup>.

Le second domaine est celui de l'histoire relative à la constitution des corpus juridiques des religions monothéistes liée au problème général du passage de cultures orales aux cultures scripturaires.

Bien que les traditions, aussi bien juives, chrétiennes que musulmanes, insistent sur le fait que la fixation par écrit de ces corpus s'est faite très tôt, il reste néanmoins que ces corpus ont été écrits peu à peu pour répondre aux besoins des nouvelles communautés<sup>362</sup>.

Du temps des premiers chrétiens, outre ce qui est reconnu comme canon, il faut prendre en compte d'autres textes qui ont eu une grande notoriété et une grande influence, tel que l'Épître de Barnabé, circulaient parmi eux. Le Canon des Évangiles n'a en effet été officiellement établi qu'au VIII<sup>e</sup> siècle dans l'Église Latine ; puis lors du concile de Trente en 1546.

En Islam, on fait remonter la consignation du texte coranique à l'époque de Uthman, le troisième calife. Or, la récitation et l'utilisation orale du Coran a continué à s'imposer dans les milieux musulmans jusqu'au X<sup>e</sup> siècle. C'est ce que J. Wansbrough a montré dans son ouvrage 'Quranic Studies'<sup>363</sup>. La même question s'est posée pour les corpus de la tradition musulmane (Hadith)<sup>364</sup>. En effet, le problème du passage de l'oral à l'écrit s'est posé d'une façon lancinante, et ceci jusqu'au IX<sup>e</sup> siècle avec Bukhârî (m. 870), Muslim (m. 875), Kulaynî (m. 940) et Ibn Bâbûyâ' (m. 991), et Tûsî

<sup>360</sup> Colin Spencer, Histoire de l'homosexualité de l'Antiquité à nos jours, Paris, Le Pré aux Clercs, 1998, p. 9.

<sup>361</sup> A. Bouhdiba, La sexualité en Islam, Paris, PUF, 1975, p. 21.

<sup>362</sup> Voir à ce propos Marie-Françoise Baslez, Bible et Histoire, Paris, Fayard, 1998; C.B. Amphoux, La parole qui devint Évangile, Paris : Seuil, 1993 ; J.Wansbrough, Quranic studies, Oxford University Press, 1977 ; The sectarian milieu, 1978

<sup>363</sup> John Wansbrough, Quranic Studies : Sources and Methods of Scriptural Interpretation (Oxford, 1977).

<sup>364</sup> Hadith : tradition islamique. Terme technique relatif aux recueils où sont consignés les traditions du prophète Muhammad, c'est à dire, l'ensemble de ses enseignements pendant une vingtaine d'années (610-32) : ses actes, ses paroles, ses commentaires du coran, ainsi que ses jugements sur des affaires qu'on lui soumettait et l'assentiment tacite qu'il donnait à des actes accomplis en sa présence.

(m. 1067). Deux grandes écoles vont alors voir le jour : les tenants de la tradition qui optaient pour la consignation par écrit du Hadîth et ceux qui s'y opposaient. La question était donc de savoir si oui ou non le Hadîth devait être consigné par écrit. Toute cette problématique se passait sur fond de luttes et de discussions lors des deux premiers siècles de l'hégire (VII<sup>e</sup>/ VIII<sup>e</sup>) pour imposer ce qu'on appelle la Tradition prophétique (sunnat an- nabî') contre les traditions locales. Le mouvement des traditionnistes finira par l'emporter après les interventions de Šâfiî<sup>365</sup> (m. 820) et d'Ibn Hanbal<sup>366</sup> (m. 855). Tous deux ont, en effet, remis en question le fondement du raisonnement juridique, basé jusque là sur quatre sources (usûl) dont le texte coranique, les paroles du Prophète et ses compagnons, les concepts de jugement personnel et le jugement par analogie, pour s'en tenir strictement, en matière juridique, au Coran et Hadîth dit authentique.

À partir de cette intervention, l'exercice de libre opinion et les traditions vivantes des écoles juridiques vont être écartés et la pensée musulmane va cesser d'exercer un regard critique sur les textes.

Dans cet ordre d'idées, il serait intéressant de se servir de ce phénomène pour cerner les processus d'articulation d'idées et de thèmes qui ont constitué les centres d'intérêt de ces sociétés et essayer d'atteindre comme l'a bien dit G. Bachelard 'l'imaginaire même de ces sociétés, entendu comme la façon de se voir et de se donner à voir aux autres'<sup>367</sup>.

Le sujet auquel je compte m'atteler pour ce travail n'est pas entièrement nouveau pour moi<sup>368</sup>, et nécessite le recours à plusieurs disciplines, comme l'a bien dit A. Bouhdiba dans son ouvrage sur 'la sexualité en Islam' : 'la compréhension du sexuel et du religieux renvoie à un au-delà du phénomène que seule l'approche interdisciplinaire peut saisir. L'investigation est alors mobilisation de toutes les ressources du savoir et de la recherche.

<sup>365</sup> Šâfiî : juriconsulte, fondateur de l'école šafiïte. Il fut le disciple de Mâlik ibn Anas. Ses ouvrages les plus connus sont : la Risâla (l'Épître) et un traité connu sous le nom de Kitâb al- Umm.

<sup>366</sup> Ibn Hanbal : traditionniste, juriste et théologien ; fondateur du mouvement hanbalite, une des quatre grandes écoles des Sunnites. Ce mouvement est considéré comme le plus radical des autres.

<sup>367</sup> G. Bachelard cité dans C. Gilliot, Portrait mythique d'Ibn Abbâs, dans *Arabica*, 1985, t. XXXII- fasc. 2.

<sup>368</sup> Dans mon mémoire de maîtrise sur « le Zina dans le Hadith » soutenu en 1990 sous la direction de M. Cheikh Moussa à la Sorbonne nouvelle (Paris III), j'ai traité du problème de la sexualité dans le Coran et les ouvrages du Hadith (tradition islamique).

Programme ambitieux qui sollicite l'indulgence. Et force à la modestie<sup>369</sup>

Précisons- le d'emblée : ce travail ne vise pas l'originalité. Il se contente de reprendre et repenser ce que d'autres auteurs ont déjà écrit, principalement sur la réflexion menée par Michel Foucault dans son Histoire de la sexualité, celle de John Boswell dans Christianisme, tolérance sociale et homosexualité<sup>370</sup>, et celle de Colin Spencer dans Histoire de l'homosexualité : de l'Antiquité à nos jours<sup>371</sup>.

Qu'il me soit d'abord permis d'exprimer des réserves à propos du terme 'homosexualité'. Il s'agit en effet d'un terme forgé à partir du Grec et du Latin à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui rassemble en un seul concept des acceptions diverses : amour du même, attirance, désir, gestes, affections, etc<sup>372</sup>. En somme c'est un terme propice aux amalgames. **Peut-on parler d'une homosexualité masculine et d'une homosexualité féminine, foncièrement différente l'une de l'autre ? Ou d'une homo- affectivité ou d'un homo-érotisme de la même manière ?** Certains auteurs appellent même à une « déconstruction » de cette notion<sup>373</sup>.

---

<sup>369</sup> Abdelwaheb Bouhdiba, La sexualité en Islam, Paris, P.U.F 1975, p 8.

<sup>370</sup> J. Boswell, Christianisme, tolérance sociale et homosexualité, trad. Française, Paris, Gallimard, 1985.

<sup>371</sup> C. Spencer, Histoire de l'homosexualité : de l'Antiquité jusqu'à nos jours, trad. Française, Paris, Le Pré aux Clercs, 1998.

<sup>372</sup> Le terme « homosexuel » n'est pas approprié pour la période de cette recherche. En effet, il s'agit d'un terme forgé à partir du grec, qui signifie « l'amour du même », par opposition à « hétérosexuel », l'amour de l'autre. L'Antiquité ne distingue pas l'activité sexuelle entre personnes du même sexe de celle entre personnes de sexes opposés ; et le concept « homosexuel » lui-même n'existait pas. La Bible hébraïque fait mention de l'homosexualité masculine sans toutefois lui donner de terme spécifique. Le Coran désigne l'acte homosexuel comme « les méfaits des gens de Loth », entendant par là les habitants de Sodome. Ce n'est que plus tard, dans les textes d'exégèse, de droit, etc. que la notion d'homosexualité va devoir être précisée et définie. Je me suis permise, toutefois, d'employer ce terme malgré son anachronisme par extension de langage. Le lecteur saura, selon le contexte, dans quel sens il est utilisé.

Le terme « homosexuel » est apparu pour la première fois en Anglais vers 1890 sous la plume de Charles Gilbert Chaddock, traducteur du Psychopathia Sexualis de R.VON Krafft- Ebing ; il avait paru en Allemand en 1869 dans un texte anonyme. Havelock Ellis disait qu'il s'agissait d'un mélange monstrueux de racines grecques et latines. Bien que J.A. Symonds l'ait employé en 1892 dans une lettre, ce n'est que l'un des nombreux termes employés et en usage pour décrire la sexualité entre deux personnes du même sexe. On utilisait au XIX<sup>e</sup> siècle, avant 1892, le terme « inversion », qui recouvrait tout ce qui, à l'époque, était considéré comme déviant. Le terme « hétérosexuel » date de 1888 lorsque Krafft et Ellis utilisaient pour mieux comprendre la sexualité humaine (Colin Spencer, Histoire de l'homosexualité : de l'Antiquité à nos jours, p.10- 11).

<sup>373</sup> Consulter à ce sujet un ouvrage collectif L'amour du semblable : questions sur l'homosexualité, sous la direction de Xavier Lacroix, Paris, Cerf, 1995.

La Bible fait mention de l'homosexualité sans toutefois lui donner de terme spécifique. Le Coran désigne l'acte homosexuel comme 'les méfaits des gens de Loth', entendant par là les gens de Sodome. Ce n'est que beaucoup plus tard, dans les textes d'exégèse, de droit, etc que la notion de l'homosexualité va devoir être précisée. Dans cet article, je me suis permise, toutefois, d'employer ce terme malgré par commodité, malgré son polysémisme. Le lecteur saura, selon le contexte, dans quel sens il est utilisé. Notons également qu'il s'agit dans ces textes d'homosexualité masculine et non d'homosexualité féminine rarement désignée et beaucoup plus mal connue.

Les sources qui seront consultées pour ce travail de recherches sont essentiellement les textes des lois du Proche Orient ancien<sup>374</sup> ; les textes normatifs des trois monothéistes : la Bible hébraïque<sup>375</sup>, le Talmud de Babylone<sup>376</sup>, pour le judaïsme; le Nouveau Testament et la littérature canonique pour le christianisme ; le Coran<sup>377</sup> et les ouvrages de tradition relatifs aux trois familles de l'islam (Sunnites, Šiites et Khâriğites). On s'aidera aussi des traités d'exégèse : tels que ceux de Rachi<sup>378</sup> ou

---

<sup>374</sup> Les ouvrages consultés sont essentiellement des ouvrages d'histoire et d'archéologie relatifs au Proche-Orient ancien, tels que : Sylvie Lacckenbacher, *Textes akkadiens d'Ugarit*, Paris, Cerf, 2002 ; Guillaume Cardascia, *Les Lois assyriennes*, Paris, Cerf, 1969 ; L.Epszstein, *La justice sociale dans le Proche Orient et le peuple de la Bible*, Paris, Cerf, 1983.

<sup>375</sup> *Biblia Hebrica*, Stuttgart, Deutsche Bibelgesellschaft, 1984. Pour la traduction française, j'ai opté pour la TOB, Traduction oecuménique, Paris, Cerf, 1992.

<sup>376</sup> Talmud : terme forgé de la racine « l.m.d » qui signifie « étudier ». Talmud signifie, en règle générale, le corpus des enseignements comprenant les commentaires et les discussions des savants juifs sur la Mishna

(loi orale) et la Gemara (discussions des amoraïm, interprètes). L'étude de la Mishna, qui s'est consacrée exclusivement à la Halakha (ensemble de la loi juive), s'est poursuivie assidûment dans les deux centres de Palestine et de Babylone conduisant à l'émergence de deux Talmuds : celui de Jérusalem et celui de Babylone. Ces corpus furent rédigés sur une période de sept siècles, depuis environ 200 av. è.c. jusqu'à 500. Le Talmud de Babylone va devenir prééminent sur celui de Jérusalem- car il va servir comme base de décisions juridiques utilisé par des savants de grande renommée tel que Maïmonide (*Dictionnaire encyclopédique du Judaïsme*, Paris, Cerf, 1993).

<sup>377</sup> *Le Coran*, Arabie Saoudite, Magma al- malak Fahd littibâat al- Mushaf aššarîf, 1980.

<sup>378</sup> Rachi : Salomon ben Isaac Rachi (1040-1105), né à Troyes, en Champagne. Commentateur juif de la Bible et du Talmud. Le travail de Rachi sur le Talmud fut poursuivi par une école de commentateurs, fondée par ses petits fils et ses disciples, connus sous le nom de tassaïstes (de tasafot: ajouts, compléments) dont la tâche principale est d'approfondir et d'étendre les commentaires talmudiques. Cette école était encore en activité deux siècles après (*Dictionnaire encyclopédique du Judaïsme*, Paris, Cerf, 1993).

Maïmonide<sup>379</sup>, l'histoire des conciles<sup>380</sup>, et Tabarî<sup>381</sup>, et d'autres.

La dernière partie de ce travail de recherche comprendra les versets relatifs à l'homosexualité dans les textes révélés, à savoir, la Bible hébraïque, les Évangiles et le Coran dans leurs langues originelles avec une traduction en Français.

Ce travail de recherche est loin de constituer un exposé exhaustif sur la question de l'homosexualité dans les textes antiques du Proche Orient et dans les textes révélés. Plusieurs études dans diverses disciplines ont été menées dans ce domaine. Certaines d'entre elles sont mentionnées dans la bibliographie et les notes de bas de pages.

### *Remarques sur la traduction*

Les difficultés auxquelles je me suis heurté pendant la traduction sont dues au style archaïque des textes qui rend souvent impossible la traduction du vocabulaire technique. Le passage d'une langue sémitique telle que l'hébreu ou l'arabe à une langue indo-européenne telle que le Français ne rend pas l'exactitude du sens donné aux termes techniques. Je tenterai donc de donner les acceptions des différents auteurs classiques concernant la terminologie afin de cerner le mieux possible les principes qui président à la définition de ces termes.

### *Translittération de l'hébreu et de l'arabe*

א א	ב B	ג G	ד D
ה h	ו w	ז z	ח h
ט t	י y	כ k	מ m
נ n	ל L	ס s	ע 'e
פ p	צ ts	ק q	ר r
ש S	ש s	ת t	ث th
ז dh	ف F	ض Dh	ص S
ז Z	غ ğ		

<sup>379</sup> Maïmonide : Rabbi Moïse ben Maïmon, connu sous le nom de Rambam (1135- 1204 ), né à Cordoue, en Espagne, mort à Fostat, en Egypte, et enterré à Tibériade. Penseur éminent du judaïsme médiéval, médecin et astronome. Sa contribution à la littérature religieuse du Judaïsme, et à la pensée juive est immense, tant dans le domaine de la Halakha que celui de la philosophie. Ses œuvres les plus connues sont: la Seconde Torah, la plus considérable compilation de la Loi juive, et le Guide des égarés.

<sup>380</sup> C.J.Heefelle, Histoire des conciles, trad. De l'allemand par D.H.Leclerc, Paris, Petouzey & Ané, 1907 ; Église et homosexualité, Paris, éd. Pierre Téqui, 1995.

<sup>381</sup> Tabarî : Juriste et historien (m. 923). Il est surtout connu par deux ouvrages monumentaux, son Commentaire coranique et son Histoire universelle.

## Questions de vocabulaire

Il est important dans le cas de cette recherche de donner les acceptions sémantiques relatives aux termes utilisés dans les textes étudiés afin de mieux cerner leurs significations respectives en rapport avec leur époque et aire géographique.

Dans les textes de la Bible hébraïque, les termes usités pour désigner l'acte homosexuel entre hommes<sup>382</sup> sont : "comportement abject", "infâme", "abomination", et l'expression "connaître un homme", sous-entendu "coucher avec un homme". Je m'attarderai sur les deux derniers termes, étant donné qu'outre le fait qu'ils sont les plus cités pour désigner l'acte homosexuel, ils sont dépassés par leur signification première et renvoient à des significations socio- culturelles et politiques plus larges.

Le terme תועבה (touava) est un substantif féminin dont le pluriel est תועבות, que l'on traduit généralement par "abomination". La racine תעב existe sous trois formes du verbe : le nif'al (passif de la forme simple : "répugner à/ être répugnant"), le pi'el (forme intensive active : "considérer comme abominable") et le hif'il (forme factive active : "commettre une abomination").

Le terme תועבה, abomination désigne surtout le culte voué aux dieux païens<sup>383</sup> pendant les fêtes de fertilité. Le livre de Daniel<sup>384</sup> parle aussi en ces termes de l'idole dressée dans le Temple de Jérusalem par le roi séleucide Antiochus Épiphane (175- 164 av. è.c.) et qui provoquera, plus tard, la révolte des Maccabées (167 av.è.c). Les légions de Titus dressent aussi dans les années 60-70, leurs idoles et signes païens sur les ruines du Temple.

En fait, si le terme תועבה désigne le culte rendu aux idoles, il renvoie aussi à la "sodomie", acte réprouvé et châtié au même titre que l'idolâtrie. En effet, les cultes païens sont fortement condamnés dans la Bible : les Dix Commandements interdisent formellement d'associer ou de servir d'autres divinités que Dieu<sup>385</sup>. Dans les livres prophétiques de la Bible, l'idolâtrie est assimilée à la "fornication", "adultère", "prostitution", etc. Cela montre à

<sup>382</sup> L'homosexualité féminine n'est pas évoquée dans la Bible.

<sup>383</sup> Ce terme est employé fréquemment dans les livres bibliques. Je cite, à titre d'exemple, Deutéronome, 7, 25-26 ; 32, 16 ; Isaïe 44, 19 ; Jérémie 16, 18 ; Daniel 9, 27 ; etc.

<sup>384</sup> Daniel 3, 1- 3.

<sup>385</sup> Exode 20, 3- 4 ; 34, 14 ; Deutéronome 4, 15- 19.

quel point le désir des rédacteurs bibliques est insistant à vouloir rompre définitivement avec les cultures païennes qui les entouraient et ses pratiques dont les rapports intimes entre hommes ou entre femmes.

Dans ce contexte, le terme תועבה renvoie plutôt à un acte impur aux regards des Juifs, lié à l'idolâtrie. Il est cité fréquemment dans la Bible dans l'expression "תועבת הגוים"<sup>386</sup> pour désigner les "coutumes abominables des peuples étrangers". L'interdiction de l'homosexualité dans le Lévitique relève des atteintes à la pureté rituelle du culte monothéiste, et non d'une impureté intrinsèque.

Le Talmud<sup>387</sup> rapporte que chez les Cananéens et les Égyptiens, l'homosexualité était une pratique courante. Le chapitre 19 des Juges relate la mésaventure de la tribu de Benjamin qui fut décimée en raison de ses pratiques homosexuelles.

Ce chapitre reprend, à quelques différences près, le récit de Genèse XIX : Éphraïm, le Lévite, se rendit avec sa concubine à Gibéa, mais ne put trouver pour les loger qu'un vieillard qui les invita chez lui. Comme dans le récit de Sodome, les gens de la ville se rassemblèrent autour de la maison du vieillard demandant à connaître qui était chez lui. Pour les apaiser, le maître de maison leur proposa sa fille en échange.

Le verbe ידע (yada'), connaître, est employé, quelquefois dans la Bible pour désigner l'acte de l'union sexuelle. La première mention du verbe connaître dans ce sens-là est dans le livre de la Genèse<sup>388</sup> : lorsque Dieu chassa Adam et Ève du paradis, "l'homme connut Ève, sa femme". Selon Rachi, la racine ידע est employée dans ce sens-là parce que la connaissance est le médium de l'amour, l'amour étant le fruit du savoir דעת. Aussi, l'amour se base, toujours selon Rachi, sur un fond de spiritualité qui le soustrait à son caractère purement sexuel.

Maïmonide pense, tout comme Rachi, que l'homme en augmentant ses connaissances des merveilles de la Création et de ses vérités, l'amour de Dieu grandit en lui.

Or, le verbe "connaître" est utilisé, dans la Bible, pour désigner aussi bien

<sup>386</sup> Par ex., I Rois 14, 24 ; II Rois 16, 3, etc.

<sup>387</sup> Talmud, Sifra, 9, 8.

<sup>388</sup> Genèse 4, 1.

les rapports intimes entre époux qu'entre hommes. Dans ce dernier cas, l'acte est qualifié d'"immoral", d'"abject" et de "sodomie", en référence aux gens de Sodome<sup>389</sup>. À travers le cantique de Moïse<sup>390</sup> et les textes prophétiques, le nom de Sodome est décrit comme le symbole même de la perversion et dont le châtement devrait servir d'avertissement aux impies.

Sur les habitants de Sodome, le Talmud<sup>391</sup> rapporte de nombreux exemples de leurs mœurs "abominables" et "perverses" : "une fois par an, les gens de Sodome organisent une fête près d'une source d'eau. Quand ils se sont enivrés, ils se livrent à des orgies qui durent plusieurs jours". En effet, certains textes du Proche-Orient ancien en attestent l'existence. Les historiens bibliques supposent que de telles pratiques auraient également existé dans le Temple de Jérusalem : c'est ce que suggèrent les réformes du roi Josias<sup>392</sup> dans le livre du Deutéronome<sup>393</sup> et des Rois<sup>394</sup> : "interdiction pour les hommes de porter des vêtements de femmes, ainsi que d'introduire dans le trésor du Temple le salaire d'une prostituée ou le prix d'un chien", entendu ici par "prêtre-chien"<sup>395</sup>.

Or, le verbe *עָדָה* n'a pas toujours une connotation sexuelle dans la Bible : il est employé dix fois avec le sens de "coucher avec" sur un total de neuf cent quarante-trois emplois<sup>396</sup>. Il est fort probable, qu'en ce qui concerne

<sup>389</sup> Sodome : une des villes de la Pentapole de la mer Morte, célèbre pour ses péchés et par le châtement divin sans merci qui s'en suivit. Dieu fit pleuvoir du soufre et du feu sur la ville, et toutes les cités de la plaine furent ainsi détruites exceptée Soar. Loth et les siens, exceptée sa femme qui transformée par sa curiosité en statue de sel, furent épargnés, en raison de leur générosité et de leur hospitalité.

<sup>390</sup> Deutéronome 32, 32.

<sup>391</sup> Talmud, Sanhédrin, 109 a.

<sup>392</sup> Josias : fils d'Amon et Yedida. Il a huit ans quand il monte sur le trône (environ 640 av.è.c). À l'âge de vingt ans, il entreprend une série de réformes religieuses dans Jérusalem et l'ensemble du royaume. Les livres des Rois et Chroniques relatent le zèle avec lequel Josias entreprit sa mission : hauts lieux, autels païens, idoles, leurs serviteurs, prêtres et prostitués sacrés des deux sexes, tolérés par ses prédécesseurs, Manassé et Amon, sont détruits. Il fait restaurer le Temple de Jérusalem (622 av.è.c). Une découverte bouleversante survint lors des travaux : le grand prêtre Hilqiyahou trouva un manuscrit précieux, le Deutéronome ! Plus tard, sur le parvis du Temple, Josias en fera lui-même la lecture. Le roi Josias figure, dans la Bible, parmi les rois pieux. Matthieu, dans son Évangile, fera de lui un ascendant du Christ ( 1, 10- 11).

<sup>393</sup> Deutéronome 22 & 23.

<sup>394</sup> 2 Rois 23, 7.

<sup>395</sup> Le qualificatif « chien » désigne un prêtre voué à une divinité et renvoie au caractère de dévouement liant un fidèle à son dieu.

<sup>396</sup> D.S.Bailey, *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, Londres, 1955, p. 2 et 3.

l'histoire de Sodome, le verbe "connaître" devrait être interprété dans son acception la plus simple, à savoir, "faire connaissance".

Quand les gens de Sodome se sont rassemblés autour de la maison de Loth, leur intention était que les étrangers leur soient présentés. La thèse de Bailey est que Loth violait la coutume de la ville en abritant sous son toit des inconnus. Sodome aurait donc été détruite non en raison de délit d'homosexualité, mais d'un accueil peu hospitalier vis-à-vis des étrangers.

La thèse de Bailey paraît assez crédible puisque dans les Évangiles, Jésus lui-même reprend l'idée de l'inhospitalité des habitants de Sodome<sup>397</sup>: "si l'on ne vous accueille pas et si l'on n'écoute pas vos paroles... le pays de Sodome et de Gomorrhe sera traité avec moins de rigueur que cette ville".

En arabe aussi, le terme فاحشة, traditionnellement traduit par 'abomination', signifie aussi bien "commettre un délit hors normes" souvent lié aux délits sexuels, et "être avare, peu hospitalier"<sup>398</sup>. L'hospitalité chez les Arabes est un thème récurrent dans leur littérature étant donné la place importante qu'occupe la générosité envers les invités dans les us et coutumes arabes.

Il s'agit donc là d'une idée commune aux peuples du Proche Orient, et reprise dans les trois textes révélés.

Quatre passages dans le Nouveau Testament sont interprétés comme évoquant l'homosexualité<sup>399</sup>. Dans le premier passage, le terme "πορνεϊας" signifie "fornication", et est bien distinct de βδῶλυγμα, employé dans le Lévitique de la Septante pour les rapports homosexuels. Dans l'Épître aux Romains, παρὰ φύσιν traduite généralement par "contre-nature", a fait l'objet de plusieurs interprétations. La préposition παρὰ traduit plutôt l'idée de "auprès, à côté de, outre"<sup>400</sup> et non d'une quelconque opposition. D'autant plus que le terme "nature" n'a rien à avoir avec la notion du "droit naturel", inconnue jusque là et élaborée plusieurs siècles après la rédaction des Évangiles. Aussi, l'idée à retenir est que le terme "nature", à l'époque où Paul a rédigé ses écrits, renvoie plutôt au caractère intrinsèque des hommes

<sup>397</sup> Matthieu 10, 14- 15 ; Luc 10, 10- 12.

<sup>398</sup> Ibn Manzour, Lisân l'Arab, Le Caire : Dâr al maârif, 1984, vol. 5, p. 3355.

<sup>399</sup> Actes des Apôtres 15, 19- 29 ; Épître aux Romains 1, 26- 28 ; I Corinthiens 6, 9 ; et I Timothée 1, 9- 10.

<sup>400</sup> E. Ragon, Grammaire grecque, Paris : Nathan, 1992 ; Dictionnaire Grec- Français du Nouveau Testament, Genève, Labor & Fides, 1989.

ou de groupes d'hommes. Dans l'Épître aux Galates<sup>401</sup>, Paul s'adresse aux Galates en ces termes : "Jadis, quand vous ne connaissiez pas Dieu, vous étiez asservis à des dieux qui, de leur nature, ne le sont pas". Il s'agit de la nature des dieux païens jugée fausse. Aussi faut-il comprendre par παπά φύσιν, dans Romains, la "nature individuelle des païens dépassant les coutumes établies". Pour Paul, une transgression de l'ordre établi provoque déséquilibre et désordre. Aussi le terme "échanger" signifie-t-il, dans le verset 24 l'égarement de ceux qui ont renoncé au culte du vrai Dieu pour un culte idolâtre<sup>402</sup>. Les versets 26 et 27 s'inscrivent dans une liste dressée, et qui se prolonge jusqu'au quatrième chapitre, des péchés commis par les hommes dont l'homosexualité.

Dans I Corinthiens, le terme μαλακός, courant dans la langue grecque et ayant plusieurs significations dont "malade, faible, mou, subtil, etc" sans avoir toutefois, comme on a voulu le faire croire, de connotation sexuelle ; et ne renvoie donc nullement à l'homosexualité. L'Église chrétienne a employé ce terme pour désigner la masturbation ; à la différence du terme ἀρσευκοίται, dans I Timothée, qui a une forte connotation sexuelle et renvoie à un acte sexuel jugé inacceptable.

En islam, le terme relatif à l'homosexualité masculine est لواط (liwat). Le verbe لوط<sup>403</sup>, dans le sens de pratiques homosexuelles entre hommes, selon les dictionnaires arabes<sup>404</sup>, est forgé à partir du nom propre de Loth, entendant par là les 'méfaits des habitants de Sodome'.

Loth est représenté dans le Coran et la Tradition prophétique comme étant un homme sage et pieux ; et contrairement à la Bible, le texte coranique n'évoque pas l'inceste de Loth avec ses deux filles. Ceci relève de l'impensable : Loth étant l'homme que Dieu a épargné parmi tous les habitants de la ville de Sodome; il n'est pas donc possible qu'il ait commis un acte aussi réprouvé. Ainsi, l'inceste de Loth change de registre, en Islam, pour désigner l'acte homosexuel.

Pour l'homosexualité féminine, c'est le terme مساحقة (musahaqa), de la racine سحق dont la signification première est "écraser avec les doigts, adoucir, assouplir à force de frotter"<sup>405</sup>.

<sup>401</sup> Galates 4, 8.

<sup>402</sup> Épître aux Romains 1, 24.

<sup>403</sup> Ce verbe signifie aussi "enduire quelque chose de boue".

<sup>404</sup> Ibn Manzour, op. cit., vol. 5, p. 4098.

<sup>405</sup> Ibn Manzour, op.cit., t.3, p. 1955.

## I. MYTHOLOGIE ET TEXTES DES LOIS RELEVANT DE L'HOMOSEXUALITÉ

Il apparaît dans les lois de l'Orient ancien que l'homosexualité n'est pas toujours considérée comme un objet de délit, sauf si elle implique un acte de viol ou de violence. En effet, elle n'est mentionnée nulle part dans le code de Hammurabi <sup>406</sup>. Elle l'est, en revanche, dans les lois hittites<sup>407</sup> où il est dit : « si un homme pêche avec son fils, c'est un méfait »<sup>408</sup>. Reste à savoir si la condamnation s'applique plutôt à l'aspect incestueux ou homosexuel de ces pratiques. En effet, l'inceste est considéré comme objet de délit dans les lois hittites : « si un homme couche avec sa fille, il sera chassé de la ville. Si un homme couche avec sa bru, on le jettera à l'eau. Si un homme couche avec sa mère après la mort de son père, on les brûlera tous les deux. Si un homme couche avec sa belle- mère, il sera chassé de la maison paternelle »<sup>409</sup>. Dans le mythe de Gilgamesh<sup>410</sup>, par contre, l' 'amitié' qui lie ce dernier à Enkidu paraît assez acceptée et pourtant assez troublante.

Des lois sumériennes, les textes font défaut. Les Sumériens, peuple du Proche-Orient ancien, et d'origine aujourd'hui encore inconnue, ont vécu à Sumer<sup>411</sup> aux alentours du IV<sup>e</sup> millénaire. Mais nous savons, par ailleurs,

<sup>406</sup> Le code de Hammurabi est le plus vieux code juridique découvert jusqu'à lors. Il est découvert en 1901/2 à Suze dans sa version intégrale sur la stèle dite de Hammurabi ( au Louvre ). Ce dernier est un roi babylonien qui a régné au XVIII<sup>e</sup> siècle av. l'ère commune (1792-1750 av. è. c.).

<sup>407</sup> Hittite : peuple de l'Asie mineure dont la langue fait partie de la famille indo-européenne. Hattousa, capitale de l'empire hittite a été découverte en Anatolie lors des fouilles archéologiques de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Les Hittites ont étendu leur hégémonie sur la Mésopotamie et le Syrie. Ils sont considérés, à l'époque, comme une force militaire importante, puisqu'en 1300 av. è.c. ils ont mené une guerre contre le pharaon Séthi Ier à Qadêš sur l'Oronte pour tenter de lever la mainmise de l'Égypte sur les marches de l'Asie. Une deuxième guerre opposa les deux adversaires, quelques années plus tard, suite à laquelle une conclusion d'alliance fut signée en 1278 av.è.c. face à la menace montante des Assyriens (Dictionnaire de la Bible, Paris, Robert Lafont, 1989).

<sup>408</sup> A. Goetze, The hittite laws, in. J. B. Brill, Pritchard, Princeton University Press.

<sup>409</sup> Lois de l'ancien Orient, dans supplément au Cahier Evangile, 56, Paris, Cerf, 1986, p. 49, §154- 158.

<sup>410</sup> Gilgamesh, roi d'Uruk (III millénaire av. è.c) et personnage légendaire dans l'histoire de Sumer, est immortalisé dans plusieurs textes exaltant son courage et sa notoriété.

<sup>411</sup> Sumer : recouvrait la partie méridionale de l'Iraq contemporain, de Bagdad au Golfe persique. On impute aux Sumériens l'apparition des premiers centres urbains avec une société politiquement ordonnée ; ainsi que les premiers grands temples, telles que les « ziggourats », et un système d'écriture élaboré révolutionnant vie intellectuelle et voies habituelles des communications. Les Sumériens s'exprimaient en un idiome agglutinant qui n'est apparenté ni aux langues sémitiques, ni indo-européennes (Dictionnaire de la Bible, Paris, Robert Lafont, 1989).

que lorsque la puissance de Sumer commença à décliner, des ethnies d'origine sémites venues du Nord et de l'Ouest<sup>412</sup> conduites par Sargon (2340- 2284) ont étendu leur hégémonie sur Sumer et fondé une dynastie sémite, celle des Akkadiens. Une « symbiose » s'est mise alors en place entre Sumériens et Akkadiens. Ces derniers adoptent alors aux Sumériens leurs technologies, leur système d'écriture<sup>413</sup>, et probablement leur système de penser. Plusieurs mythes et légendes sumériens sont traduits et passés dans la culture akkadienne et devenus populaires, tels que le mythe de Gilgamèš ou le chant de la descente de la déesse Inana aux Enfers<sup>414</sup>.

Religions et lois mésopotamiennes, babyloniennes et assyriennes<sup>415</sup>, portent à ce titre la griffe sumérienne. En effet, nombre de divinités sémites ont intégré, par syncrétisme, certains traits et attributs des divinités sumériennes : une figure marquante est la déesse sémitique de la guerre et de l'amour, Ištar, qui a absorbé les traits de la déesse sumérienne Inana. Ištar apparaît, selon les occasions, tantôt en guerrier belliqueux et viril<sup>416</sup>, tantôt en femme dans toute sa splendeur dans les chants d'amour qui lui sont consacrés : "elle danse de toute sa virilité", "on l'a doté de mâle courage", etc. Les textes sur Ištar lui imputent nombre d'appellations : elle est la "Femme", la "prostituée", la "maîtresse", etc. Il semble que la déesse Ištar fut entourée par un clergé rattaché à sa personne : une foule d'hommes et de femmes liés à la "prostitution sacrée" aussi bien féminine que masculine. La fonction de "prostitution sacrée" masculine était intégrée dans la société, mais figure en bas de la hiérarchie sociale.

Dans les sociétés mésopotamiennes, la sexualité et l'homosexualité n'étaient considérées ni comme un péché, ni comme une transgression contre les dieux. Aussi l'homosexualité était-elle intégrée et acceptée comme un comportement social parmi d'autres, où les rôles sont définis

412 Les Sumériens les appellent « Martu/ Maedu », « les occidentaux », Amurrû en Akkadien.

413 Sous la domination akkadienne, le Sumérien demeure pendant longtemps la seule langue employée dans les documents qui nous sont parvenus. Les plus vieux témoignages du sémitique mésopotamien, avant la fin du troisième millénaire sont rares et constituent, pour la plupart, des anthroponymes.

414 J. Bottéro & S.N. Kramer, Lorsque les dieux faisaient l'homme, Paris, Gallimard, 1989.

415 La seconde moitié du deuxième millénaire a assisté au partage du territoire mésopotamien : l'Assyrie au nord, et la Babylonie au sud. Ce partage cause des échanges d'hostilités entre les deux États, et favorise la poussée des Araméens, venus également du Nord-Ouest, dans la région.

416 J. Bottéro & S.N. Kramer, op.cit., p. 206 & suiv.

et répartis en "actif/ passif" selon le statut social des partenaires. Un homme de condition sociale supérieure ou privilégiée ne peut jouer le rôle du « passif » dans des rapports intimes avec un autre homme, autrement il est amoindri dans son rang.

Dans les lois assyriennes, il est écrit : "si un homme couche avec son prochain, et qu'on prouve les charges portées contre lui, et qu'il apparaisse coupable, on couchera avec lui et on le rendra eunuque"<sup>417</sup>. Dans ce cas, la condamnation ne concerne pas l'acte homosexuel, mais la violence subie par une victime. Le châtiment qui paraît, à première vue, excessif, ne fait que rendre justice, selon les critères de l'époque, à un homme subissant un affront social à cause du viol subi. Aussi, la fausse accusation de sodomie entraîne pour le calomniateur « cinquante coups de bâton, un mois entier de corvée royale, et il donnera un talon d'étain » à la victime de calomnie.<sup>418</sup>

L'épopée de Gilgameš et l'« amitié/ amour » qui le lie à Enkidu est des plus significatives. L'aventure de ce roi-héros nous enseigne que depuis les temps reculés, l'homme tend vers l'amour et l'immortalité<sup>419</sup>. Certains épisodes de ce récit haut en couleurs s'articulent autour d'un thème qui nous intéresse : l'amour que porte un homme à un autre. En effet, le héros Gilgameš se lie d'une amitié et un amour tellement fort pour Enkidu qu'ils deviennent inséparables. Mais ce dernier tombe malade et meurt laissant Gilgameš dans un état de tristesse telle qu'il décide de partir à la recherche d'un remède susceptible de ramener son ami à la vie. Suite à de longs périples, Gilgameš se voit ravir la plante de la longévité de la vie par un serpent se rendant ainsi à l'évidence de la condition humaine.

Tout le long du récit glorifiant l'amitié entre les deux personnages, le verbe 'aimer' est omniprésent. Il semble même que la propre mère de Gilgameš, la déesse Ninsun ait accepté cette union entre son fils et son ami. Certains auteurs vont jusqu'à penser qu'il s'agit d'un acte de mariage.

Qu'il s'agisse d'un mariage ou pas, les dimensions amoureuses et érotiques sont sans équivoque dans le récit. Et force est de penser que les amours de Gilgameš et Enkidu sont restées dans la mémoire collective des

<sup>417</sup> Lois de l'ancien Orient, op.cit., p. 79, §20.

<sup>418</sup> Lois de l'ancien Orient, op.cit., p. 79, §19.

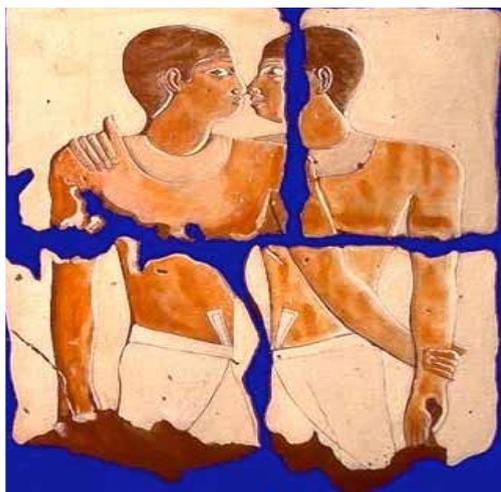
<sup>419</sup> L'épopée de Gilgameš porte, en Sumérien, un titre pour le moins original : « Vie- de- jours- longs », en raison de la quête de son héros à la vie éternelle.

peuples du Proche-Orient et qu'elles sont passées, chose curieuse, dans le récit biblique célèbre relatif à l' « amour » qui a lié David et Jonathan<sup>420</sup>.

Les deux textes comportent deux récits presque identiques sur l'amitié et l'amour entre deux hommes, dont l'un des deux partenaires meurt : Enkidu et Jonathan. Ce sont en fait, les partenaires "passifs" qui se retirent du récit. Le choix n'est guère arbitraire, étant donné que le rôle du "passif" dans une relation charnelle entre deux hommes est considéré comme dégradant dans la mesure où il s'agit d'un rôle de soumission qui échoît, en règle générale, aux femmes, aux eunuques et aux prostitués sacrés.

Dans l'Égypte ancienne, les premières traces de rapports « intimes » entre hommes remontent à 2350 av.è.c. Il s'agit de deux hauts dignitaires du nom de Khnumhotep et Niankhkhnum qui sont représentés sur une tombe<sup>421</sup>, à Saqqarah, abritant leurs sarcophages<sup>422</sup>.

L'image ci-contre représente les deux hommes : **Niankhkhnum** à droite et **Khnumhotep** à gauche dans une étreinte intime et révélatrice de l'union qui les lie ; mais faute de textes, on ignore s'il s'agit de relation homosexuelle ou d'amitié tout court. Toujours est-il que cette image est le



seul témoignage, jusqu'à présent, sur l'existence d'un rapport intime entre deux hommes dans l'Égypte ancienne—étant donné que les textes officiels ne font, nulle part, mention des relations homosexuelles entre hommes et entre femmes. Mais on dispose, par ailleurs, de quelques légende et récits faisant allusion à des rapports intimes entre dieux et entre hommes. La légende la plus connue est celle du dieu Seth et de son amour pour Horus, son neveu. Seth, convoite le trône de Horus et tente de le violer dans le but de le discréditer aux yeux de l'Énéade; mais son action est déjouée, et

<sup>420</sup> Le récit de l'amitié/ amour entre David et Jonathan est dans I Samuel, 18- 20.

<sup>421</sup> Il s'agit d'une découverte datant de 1964 dans la nécropole de Saqqarah par l'archéologue Ahmad Moussa.

<sup>422</sup> [www.google.com](http://www.google.com), rubrique : khnumhotep et niankhkhnum.

Horus peut garder son trône. Amenhotep III, père d'Akhénaton, s'est fait représenter sur des portraits vêtu en femme, et entouré de jeunes favoris. De même, Akhénaton apparaît sur des reliefs en compagnie de Smenkhare, tous deux nus, et manifestant l'un envers l'autre une tendre affection.

Dans la Grèce antique, il n'y a pas de terme spécifique pour désigner l'acte homosexuel. On emploie les termes signifiant "deshonorer", "outrager", "conduite infâme", "impureté", etc ; ni de lois incriminant l'homosexualité des adultes<sup>423</sup>. Pourtant, les relations entre un homme et un garçon revêtent une dimension initiatique ou éducative. Il s'agit en fait d'une éminente valeur pédagogique aidant le passage du plus jeune vers le monde des adultes<sup>424</sup>. Reste à savoir si cette relation doit être chaste ou pas. Les auteurs grecs restent généralement discrets sur le sujet, ou manifestent des attitudes floues ou contradictoires. Socrate et Platon soutiennent la théorie de la chasteté- sachant que la littérature grecque leur attribue de nombreux amants. Force est de penser que si les relations charnelles entre l'aîné et le cadet posent problème, c'est qu'elles doivent constituer une gêne quelconque pour l'aimé. La passivité d'un homme étant considérée comme honteuse, et assimilée au rôle de la femme ou de l'esclave.

Aussi, à travers les mythes grecs, les rapports homosexuels étaient ritualisés<sup>425</sup>. Le schéma est commun : le garçon ou le jeune homme est élève, disciple ou apprenti ; tandis que l'aîné est un maître, un guerrier ou un modèle. Il s'agit en fait de pédérastie<sup>426</sup>, réglementée par des lois strictes :

<sup>423</sup> On dispose uniquement du témoignage d'Eshine, dans le Contre Timarque (347- 346), affirmant que les Lois de Solon (début VI<sup>e</sup> siècle) interdisent à un prostitué toute charge publique.

<sup>424</sup> Non par la pédérastie (litt. L'amour- éros- pour les enfants- paida-), comme le souligne assez bien Yves Krumenacker (L'amour du semblable, p. 64- 65) ; mais plutôt par une relation privilégiée, avec une différence d'âge, entre un homme qui a achevé sa formation, et un autre qui ne l'a pas encore fait. Il s'agit d'un amour libre, où il faut gagner, par toute une stratégie, les faveurs de l'aimé, et suppose une sensibilité à l'adolescence, au corps de l'adolescent, non pour sa féminité, mais pour la promesse de virilité qu'il recèle. Aussi l'aimé progresse dans la connaissance et la sagesse. La pédérastie se justifie ainsi par la fin recherchée.

<sup>425</sup> Les couples les plus connus de la mythologie grecque sont ceux de Ganymède et Zeus, Héraclès et Philoctète, Dionysos et Adonis, etc. Dans les sagas homériques, aussi bien que dans la poésie lyrique, la beauté, la valeur de formation pour le plus jeune sont mises en avant. La dimension sexuelle de la relation n'est pas la seule prise en compte, les sentiments et la raison sont aussi sollicités.

<sup>426</sup> D'après Xénophon et d'autres auteurs, cette pédérastie était chaste. Platon n'en croyait rien. Dans La République, Platon explique que les relations entre amant et aimé ne doivent pas dépasser les caresses et les baisers, et que l'abus du plaisir trouble l'âme. Le stoïcisme ( II<sup>e</sup> siècle) reprend cette idée insistant sur l'amour des âmes, non des corps.

condamnation de ceux qui prostituent un enfant de moins de dix huit ans, des entremetteurs, de ceux qui violent ou violentent un enfant. Un prostitué, c'est-à-dire quelqu'un qui se fait payer, soit se donne à tous, ne peut exercer de charge publique. Dans la Grèce antique, on méprise les jeunes gens trop faciles ou intéressés, les hommes efféminés et les débauchés<sup>427</sup>.

Or la sexualité n'est pas uniquement considérée sous un angle dominant-dominé ; mais aussi selon le concept de nature. Platon explique dans *Les Lois* que l'homosexualité n'est pas conforme à l'ordre naturel, lequel serait l'accouplement entre un homme et une femme. De son côté, Aristote évoque la question de la procréation et du plaisir, et admet dans ses *Problèmes* et la *Génération des animaux* que l'homosexualité ou une pratique prolongée de la pédérastie constituent une anomalie.

Le pseudo-Lucien (vers 180 è.c) et le stoïcisme de l'époque romaine reprennent et diffusent l'idée d'une homosexualité contre nature. Une distinction entre sexualité naturelle et une autre contre nature fait son apparition et trouve un écho assez favorable.

C'est cette idée qui sera reprise et interprétée, à tort<sup>428</sup>, dans les textes monothéistes ; mais avec des condamnations sévère allant jusqu'à la peine capitale, la peine de feu ou encore la lapidation<sup>429</sup>.

Quant aux Romains, du moins ceux des centres urbains, ne classait pas les homosexuels dans une catégorie distincte et regardaient la préférence et les activités homosexuelles comme une manifestation normale de l'érotisme humain. Homosexualité et hétérosexualité étaient regardées en général comme des choix également acceptables. Il n'y avait pas dans

<sup>427</sup> Plusieurs textes, comme ceux d'Aristophane, Cratinos ou encore Eupolis, montrent le discrédit qui entourent les homosexuels passifs ou débauchés.

<sup>428</sup> L'application de sanctions aussi sévères à l'encontre des homosexuels démontre que la réflexion des philosophes grecs n'a pas été comprise à bon escient. Seule la pensée chrétienne saura évoluer à ce sujet.

Notons que l'Église primitive ne semble pas avoir fait d'objection à l'homosexualité, mais l'hostilité envers les homosexuels a commencé à se manifester en Occident durant la période de dissolution de l'Empire (III au VI<sup>e</sup> siècle).

<sup>429</sup> Notons que les textes révélés ne sont pas unanimes ni sur les termes désignant l'acte homosexuel, ni sur le type de condamnation qui doit le sanctionner. En effet, contrairement à la Bible hébraïque, où la condamnation est explicite, la Bible chrétienne et le Coran affichent une attitude plus adoucie et nuancée par rapport aux prescriptions de la Loi juive. Ni dans un texte, ni dans l'autre, l'homosexualité n'est passible d'un châtiment quelconque ou précés.

le droit romain une loi interdisant ou sanctionnant l'homosexualité. Les poursuites criminelles intentées pour délits sexuels concernent le viol des mineurs et le dommage infligé à un citoyen romain de naissance libre. Vers l'an 226 av. è. c., une loi, appelée "Scantinia", est érigée pour réglementer les pratiques homosexuelles. Cette loi aurait été adoptée suite à un incident mettant en scène un certain Scantinius Capitolinus, qui avait fait des avances au fils de Claudius Marcellus.

## II. BIBLE ET HOMOSEXUALITÉ

Dans la loi mosaïque, la fornication, adultère, homosexualité, et autres pratiques hors mariage sont considérés comme une rébellion contre Dieu, dans la mesure où celui qui commet cet acte désobéit et ne respecte pas l'Alliance (berit) conclu entre dieu et son peuple. L'éthique juive considère la sexualité comme un aspect incontournable et coextensif à la vie même. Elle est le moyen qui permet à l'homme et à la femme de trouver accomplissement et plénitude dans un cadre normatif: le mariage.

Selon la Bible, la femme a été créée parce qu' « il n'est pas bon pour l'homme de rester seul »<sup>430</sup>; c'est pourquoi « l'homme laisse son père et sa mère pour s'attacher à sa femme, et ils deviennent une seule chair »<sup>431</sup>.

Dès les premiers versets de la Bible, la notion du couple, un homme et une femme, a été évoquée, et ce dans un but bien précis, à savoir la compagnie et la procréation<sup>432</sup>. Aussi sont frappées d'interdiction toutes les pratiques sexuelles hors de ce cadre : les rapports avant le mariage<sup>433</sup>, les relations sexuelles avec une femme non juive, la masturbation masculine<sup>434</sup> qualifiée dans le Talmud d' « adultère de la main »<sup>435</sup>, l'adultère proprement dite est passible du châtement de la lapidation<sup>436</sup>, le viol dont le coupable encourt la peine capitale<sup>437</sup> et l'homosexualité masculine, qualifiée d' « acte abominable »<sup>438</sup> entraînant la mise à mort. L'homosexualité féminine n'est prohibée, quant à elle, que dans la tradition rabbinique sans pour autant être punie.<sup>439</sup>

.....  
<sup>430</sup> Genèse 2, 18.

<sup>431</sup> Genèse 2, 24.

<sup>432</sup> Genèse 1, 28.

<sup>433</sup> Deutéronome 22, 23- 24.

<sup>434</sup> Genèse 38, 8- 10.

<sup>435</sup> Talmud, Niddahh 13 b.

<sup>436</sup> Exode 20, 14; Lévitique 18, 20 & 20, 10; Deutéronome 5, 18 & 22, 22; Ez 16, 38- 42.

<sup>437</sup> Deutéronome 22, 25- 29.

<sup>438</sup> Lévitique 20, 13.

<sup>439</sup> Maïmonide, Yadayim, Issouré biyah, 21, 8.

Dans le cas de l'homosexualité, il est dit clairement dans le Lévitique, le troisième livre du Pentateuque : "Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme, ce serait une abomination" (20, 22). Et plus loin, dans le chapitre 20, 13 il est dit : "Quand un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ce qu'ils ont fait tous les deux est une abomination ; ils seront mis à mort, leur sang retombe sur eux".

Mais un problème de lecture se pose pour le livre du Lévitique ainsi que l'ensemble du Pentateuque. En effet, il n'y a nul doute aujourd'hui que ces livres ont fait l'objet de relectures aussi bien à l'époque de l'Exil qu'après. Les nouvelles approches scientifiques mettent en évidence que le Pentateuque, même s'il inclut des fragments anciens, n'est que le produit d'une rédaction postexilique, c'est-à-dire à l'époque perse et après.

D'une façon générale, on admet que les cinq premiers livres de la Bible sont clos pour l'essentiel aux environs du V<sup>e</sup> siècle avant l'ère commune. La Loi de la sainteté (Lévitique 17- 26) est rédigée sur fond de conflits culturels et sociaux à Juda entre prêtres et Lévités d'un côté, et laïcs de l'autre<sup>440</sup>. Les deux chapitres 18 et 20 du Lévitique contiennent les interdits touchant à la sexualité, dont les relations homosexuelles entre hommes.

Les deux versets 18, 22 et 20, 13 donnent une interdiction formelle et directe et à la différence des lois anciennes du Proche Orient, le statut des deux partenaires n'est pas mentionné. Aussi, quiconque commet l'acte homosexuel, qu'il soit « actif » ou « passif », est passible de la peine capitale. Cette radicalisation de la condamnation peut s'expliquer, en grande partie, par le contexte socio-historique relatif à la rédaction des lois de sainteté.

Les rédacteurs se sont fixés pour objectif principal de bannir toute trace du paganisme.

Dans la Mišna, l'homosexualité est punie de lapidation uniquement à l'encontre du partenaire actif. Par la suite, le Talmud étend la condamnation aux deux partenaires où il est dit par exemple, que les « gens commettant la sodomie n'ont pas de part au monde futur » quoiqu'ils ressuscitent pour le dernier jugement. Au II<sup>e</sup> siècle av.è.c. le Testament des douze Patriarches conseille d'éviter de commettre le péché de Sodome.

<sup>440</sup> Voir à ce propos La Palestine à l'époque perse, dans Collectif sous la direction de E. M. Laperrousaz, Paris, Cerf, 1994.

C'est la première fois qu'on établit un lien entre Sodome et l'homosexualité.

Dans l'ouvrage de Maimonide (XII<sup>e</sup> siècle) relatif aux commandements (sèfer hamitsvot), lesquels sont au nombre de 613 et divisés en commandements positifs (248) et négatifs (365), l'homosexualité fait partie de la seconde catégorie (n° 350 et 352) : "interdiction de relations homosexuelles", "interdiction de rapports charnels avec le frère de son père". Dans ce dernier cas, l'homosexualité n'est pas envisagée dans sa dimension incestueuse.

### III. NOUVEAU TESTAMENT ET HOMOSEXUALITÉ

Le Nouveau Testament ne contient pas de condamnation explicite de l'homosexualité<sup>441</sup>. L'adultère et la fornication sont fermement condamnés mais sans que ces pratiques sexuelles soient directement évoquées<sup>442</sup>. L'attitude vis-à-vis de l'adultère est d'ailleurs adoucie par rapport aux prescriptions de la Loi juive puisque Jésus, s'il demande à la femme adultère de ne plus pécher, dit aussi à ceux qui s'apprêtent à la lapider : " que celui qui n'a point péché lui lance la première pierre"<sup>443</sup>, décourageant ainsi toute intervention. Dans les actes des Apôtres<sup>444</sup>, il est seulement dit " ... Écrivons-leur simplement de s'abstenir des souillures de l'idolâtrie, de l'immoralité ...". Et plus loin<sup>445</sup> "Vous abstenir des viandes de sacrifices païens, du sang... et de l'immoralité. Si vous évitez tout cela avec soin, vous aurez bien agi Adieu !".

Les pratiques homosexuelles ne présentent en aucun cas une préoccupation centrale des rédacteurs des Évangiles. Paul, tout comme Jésus ne se sont focalisés sur le sujet, mais se sont, plutôt penchés sur les questions de la foi et du salut. Dans l'Épître aux Romains, qui vise à établir l'universalité du péché pour légitimer l'affirmation fondamentale du salut, Paul met en garde contre la colère divine causée par l'égarément des hommes, devenus esclaves de leurs péchés ; mais avance, au même

<sup>441</sup> Dans l'Épître aux Romains 1, 26- 28, il y a une évocation des rapports qualifiés de « contre nature et d'infâme » entre les femmes elles-mêmes et entre les hommes ; mais ces termes demeurent flous et ne signifient pas nécessairement une condamnation à l'encontre des homosexuels, dans la mesure où la traduction de ces termes ne tient pas toujours compte du contexte historique et socio-culturel.

<sup>442</sup> Sauf dans un verset où il est dit que celui qui commet l'adultère n'héritera pas du Royaume de Dieu. I. Corinthiens, *ibid.*

<sup>443</sup> Jean 8, 7.

<sup>444</sup> Actes 15, 19-20.

<sup>445</sup> Actes 15, 29.

temps, la possibilité de rédemption pour ceux ayant la foi en Jésus-Christ. Les versets où il est fait allusion à l'homosexualité doivent être lus dans ce contexte.

Paul, inspiré, d'un côté, par les textes bibliques (étant lui-même Juif d'origine) et par le mouvement stoïque<sup>446</sup>, de l'autre, conseille aux hommes et aux femmes de s'abstenir des péchés et des rapports sexuels<sup>447</sup> appartenant à un monde appelé à disparaître. Il ne crée pas une éthique sexuelle nouvelle, mais s'inspire tout simplement du texte biblique qu'il connaît bien. De même, l'auteur de I Timothée suit le raisonnement de Paul sur la question à traiter de l'homosexualité.

À la même époque, Philon, Juif hellénisé et contemporain de Jésus, soutient que la destruction de Sodome est le résultat des mœurs dissolues de ses habitants<sup>448</sup>.

Les versets du Nouveau Testament ne contiennent pas de condamnation nette des actes homosexuels, et l'expression « *παρά Φύσιν* », employée par Paul, n'est qu'une expression empruntée à Platon. Ce dernier fut le premier à l'utiliser dans ses dialogues où il admet que l'élan érotique d'un homme pour un autre est chose courante<sup>449</sup> ; et en référence à la notion de « nature » évoquée dans Les Lois, que la condamnation de l'homosexualité, en tant qu'acte contre-nature, trouve sa justification.

Les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> siècles assistent à des débats entre auteurs chrétiens pour définir quelle est la nature à l'encontre de laquelle va l'homosexualité. Saint Augustin (354- 430)<sup>450</sup>, dont l'éducation est platonico-chrétienne, et dont le raisonnement a longtemps influencé la pensée chrétienne, a repris dans ses Confessions<sup>451</sup> les condamnations formulées dans le Lévitique pour

<sup>446</sup> Dans l'Antiquité, les stoïciens considéraient les droits existants comme d'intérêt mineur, ils ont conçu un monde où tous seraient égaux suivant la Loi du *Logos* (la raison). Aussi, le *ius gentium* n'est que le droit d'une humanité dégénérée. La Loi naturelle stoïcienne ne tend pas à une construction juridique, mais à une attitude morale et un respect de la nature. Dans le même ordre d'idée, Gratien, dans l'idée qu'il se fait du droit naturel, pense que c'est la Loi qui mène l'homme au salut.

<sup>447</sup> I Corinthiens 7, 1- 11.

<sup>448</sup> Mireille Hadas- Lebel, *Philon d'Alexandrie : un penseur en diaspora*, Paris, Fayard, 2003.

<sup>449</sup> Voir à ce propos Platon, *Phèdre* ; le *Banquet*, *Les Lois de la République*.

<sup>450</sup> Saint Augustin : Évêque d'Hippone et docteur de l'Église. Il fut le premier auteur chrétien à qualifier l'amour du même par le terme « turpitude ».

<sup>451</sup> Les *Confessions*, Paris, éd. « Les Belles Lettres », 1950, livre III, ch. 8.

expliquer l'expression « contre- nature » visant l'acte homosexuel.

De Saint Jean Chrysostome<sup>452</sup> (344- 407) et Saint Grégoire Ier<sup>453</sup> (540- 604), en passant par Saint Thomas d'Aquin (1224- 1274) et Jean Paul II, jusqu'en 1994<sup>454</sup>, l'homosexualité demeure la « turpitude » par excellence et le péché « contre-nature » condamnable aux yeux de Dieu et de tous.

À la condamnation des Pères de l'Église, s'ajoute celle des conciles : concile d'Elvire (305), concile de Tolède (693), concile de Naplouse (1120), troisième concile œcuménique de Latran (1179), cinquième concile de Latran (1512- 1517), et jusqu'au nouveau catéchisme de J. Paul II (1992). Tous, s'appuyant sur les Écritures, ont condamné et réaffirmé l'aspect « contre-nature » de l'acte homosexuel.

Le sens initial de l'expression « παρά Φύσιν » repris et développé, connaît des modifications profondes, et en raison d'association d'idées greffées la dessus par l'Église primitive et, plus tard, la Réforme, devient un terme technique (au sens péjoratif) désignant tout rapport sexuel ultra- rapport hétérosexuel.

---

<sup>452</sup> St J. Chrysostome : Patriarche de Constantinople et docteur de l'Église.

<sup>453</sup> St Grégoire Ier : dit le Grand, Pape et docteur de l'Église.

<sup>454</sup> Il s'agit de la résolution A3- 0028/ 94 approuvée le 18 février 1994 par le Parlement Européen, et par laquelle l'homosexualité cesse d'être un objet de délit.

#### IV. Islam et homosexualité

En Islam, l'étude de l'homosexualité a peu bénéficié encore des apports des recherches scientifiques. On a certes évoqué le sujet, dans les ouvrages du *figh*<sup>455</sup> et du Hadith, mais dans un ensemble beaucoup plus large, qui est celui de la fornication (*zina*)<sup>456</sup>.

On notera, par ailleurs, les influences des Écritures juives et chrétiennes sur le Coran, l'exégèse et la Tradition. Il reste cependant à prospecter de façon systématique un patrimoine culturel commun à l'ensemble du Proche-Orient sans limiter la comparaison aux données coraniques ni à la période de formation du droit (*shaïa*)<sup>457</sup>

L'intérêt porté aux langues et aux civilisations de Proche-Orient ancien, m'a permis de relire la littérature du coran et du Hadith à la lumière de la riche littérature des "milieux sectaires" dont J. Wansbrough a montré l'importance dans ses études<sup>458</sup>.

Dans le Coran, un grand nombre de versets font état de la fornication et de l'homosexualité. La vision de l'Islam est en effet fondée sur une harmonie basée sur la notion du couple (*zawj*)<sup>459</sup> : un homme et une femme unis dans

<sup>455</sup> *Figħ* : science de droit

<sup>456</sup> *Zinā* : substantif de la racine « z.n.a » qui a un équivalent dans la langue hébraïque. Le *zinā* signifie tout rapport sexuel en dehors du cadre du mariage dont les auteurs sont passibles de la peine légale (*hadd*). Le verbe « *zanā* » a deux équivalents en français, il peut en effet, être traduit par « fornicier » quand il s'agit de célibataires ayant eu des rapports sexuels ou par « commettre l'adultère » pour les personnes mariées. En fait, il n'y a que le contexte qui permet de déterminer en français s'il s'agit de fornication ou d'adultère et de choisir en conséquence le terme adéquat puisque ces deux nuances sont contenues dans un seul et même mot en arabe. En Islam, le *zinā*, est classé parmi les péchés graves (*kabā'ir*) et est sévèrement puni.

Dans l'Arabie pré-islamique, outre le mariage légal « *nikāh* », il existe d'autres formes de mariages dont deux principales. D'une part, l'*istibdāh* consiste pour un mari à autoriser sa femme légitime à avoir des rapports sexuels avec un autre homme, qui est, en général, jeune, beau, intelligent, fort, etc. Le mari lui-même s'abstient de tout rapport avec sa femme tant que la fécondité n'est pas établie. Le *nikāh rābt*, consiste d'autre part en un mariage contracté entre un groupe d'hommes dont le nombre ne dépasse pas dix (*rābt*) et une femme pour une période déterminée à l'avance. Le *zinā'*, quand à lui ne constituait pas un délit et était toléré. La prostitution (*bghā'*), par exemple, était répandue, multiforme et légitimée et on reconnaissait les prostituées aux drapeaux qu'elles plaçaient à leurs portes ; ce sont les « *sāhibāt ar-rīyāt* ».

Le substantif *zinā'* ainsi que le verbe et dérivés ( participes actifs fém./ masc. ) sont cités dans cinq sourates ( six versets ) : XVII, 32; XXIV, 2- 3; XXV, 68; LX, 12; LXVIII, 13.

<sup>457</sup> *Shā'ia* : droit musulman.

<sup>458</sup> J ; Wansbrough, op. cit.

<sup>459</sup> La notion du couple est évoquée dans plusieurs sourates du Coran : II, 187 ; IV, 1 ; VII, 189 ; XIII,38 ; XVI, 72 ; XXX, 21 ; XXXIV, 6 ; XXXVI, 6 ; LIII, 45.

le cadre du mariage ( *nikâh* ). Toute violation de cet ordre entraîne désordre et anarchie. Aussi le *zinâ* est-il condamné dans le Coran de la façon la plus sévère ( *al- hadd* ).<sup>460</sup>

Tout comme le judaïsme et le christianisme, l'islam se montre hostile à tout rapport sexuel en dehors du cadre du mariage contracté entre un homme et une femme. Tous les rapports différents de celui-ci sont qualifiés de « dénaturants » dans la mesure où ils violent l'ordre cosmique basé sur la bipolarité. Aussi le malheur et le courroux divin frappent-ils ceux qui franchissent les limites du cadre établi.

L'homosexualité masculine ( *liwât* ) fait partie des déviations sexuelles citées dans le Coran<sup>461</sup>, dont le châtement n'est pas très précis. L'homosexualité féminine ( *sihâq* ), quant à elle n'est pas explicitement évoquée dans le Coran.

Dans les ouvrages du Hadith <sup>462</sup>, consignés trois siècles après le Coran, les sodomites sont passibles de la peine capitale. Et bien que la lapidation ne soit nulle part énoncée dans le Coran, ni pour l'adultère, ni la sodomie, elle figure pour ces délits dans les ouvrages de Tradition. Les traditionnistes se basent pour ce faire sur le deuxième calife, Umar, qui aurait prétendu qu'il existait bel et bien un verset coranique évoquant la lapidation pour les personnes adultères ; mais que ce verset a été abrogé par le verset 2 de la Sourate XIV<sup>463</sup>. Nawawî, commentateur du Coran, affirme que le verset en

---

<sup>460</sup> *Hadd* : pl. *hudûd*. Ce sont les peines envisagées par le droit musulman pour les délits majeurs ( *kabâir* ), par opposition aux délits mineurs ( *sagâir* ). Les délits majeurs sont les crimes contre la religion dont : l'associationnisme, la rébellion contre les parents, le meurtre volontaire, l'adultère, la fornication, la calomnie, la consommation du vin, le vol, et le brigandage. Les châtements qui en découlent sont la peine de mort, soit par lapidation (pour l'adultère), soit par crucifixion, soit par l'épée (pour brigandage avec homicide) ; la mutilation de la main (pour vol) ; et la flagellation avec un nombre variable de coups de fouet.

Le *hadd* est un droit réservé à Dieu ( *haqq Allah* ) ; il n'ya donc aucune possibilité de pardon pour certains châtements, tels que l'associationnisme ou l'adultère. Par contre, les poursuites relevant du droit humain ( *haqq âdamî* ) peuvent être atténuées par le repentir ( *taûba* ), comme dans le cas du vol, par exemple, si le voleur restitue l'objet volé avant engagement de poursuites, le *hadd* tombe.

<sup>461</sup> VII, 80- 81 ; XI, 79 ; XXI, 74 ; XXVI, 165- 168 ; XXVII, 54- 55 ; XIX, 28-29.

<sup>462</sup> J'ai choisi pour cette étude quatre auteurs représentatifs des trois grandes familles de l'islam, les sunnites (Buhari (m870) et Muslim (m.875)), les shi'ites (Kulayni (m. 940)) et les harigites (Ibn Habib (m. 786)).

<sup>463</sup> Le verset qui serait abrogé est « le vieillard et la vieille femme, lapidez-les dans tous les cas », entendu par là les personnes âgées ayant commis l'adultère ( Qastallâni, *Irşâd as-sâri li şarh Sahîh al- Bukhârî*, t. X, p. 9).

question a été abrogé littéralement (لفظيا), mais qu'il a continué à être de règle<sup>464</sup>. Et Umar aurait dit : « si les fidèles ne pensaient pas que ce serait un ajout, j'incorporerai ce verset dans le Mushaf »<sup>465</sup>.

D'après Abdallah ibn Abbâs<sup>466</sup>, célèbre traditionniste, le quatrième calife Alî a fait brûler vifs deux hommes qui se sont livrés à la sodomie ; et le premier calife Abû Bakr a fait démolir un mur sur deux sodomites.

Pour le cas de l'homosexualité féminine, traditionnistes et exégètes ne sont pas unanimes sur le sujet. Pendant qu'al-Ašarî<sup>467</sup>, par exemple, soutient que la peine appliquée au saphisme est analogue à celle de la fornication<sup>468</sup>, d'autres, comme Bukhârî, pensent que la peine ne doit pas dépasser le simple blâme ou peine discrétionnaire, et ce pour absence de pénétration. Kulaynî stipule, quant à lui, cent coups de fouet ; mais en cas de récidive répétée, il prescrit l'exécution. Il dit à ce propos : « Il n'est pas permis aux femmes de passer la nuit dans le même lit sauf s'il y a une séparation entre elles. Si elles le font, on le leur interdit. Si, en dépit de l'interdiction, elles sont trouvées à nouveau ensemble, à chacune d'elles on appliquera la flagellation. Mais si elles recommencent une troisième fois, alors elles seront exécutées »<sup>469</sup>.

Or, il n'y a pas que l'acte homosexuel qui soit condamné, mais aussi le comportement jugé efféminé pour un homme et viril pour une femme<sup>470</sup>. Bukhârî rapporte que « le Prophète a maudit les (hommes) efféminés et les hommages ; et dit à leur sujet : « chassez-les de chez vous ! » ; et il a expulsé un tel et un tel »<sup>471</sup>. Aussi, les frontières du sexe sont-elles établies par la Tradition. Un bon musulman doit se garder de regarder

<sup>464</sup> Qastallânî, op. cit., t. X, p. 18.

<sup>465</sup> Asqallânî, *Fath al- bâri bi šarh Sahîb al- Bukhârî*, Beyrouth, Dâr al- maârifa ( pas de datation), t. 12, P.143.

<sup>466</sup> Il s'agit de Abdallah ibn Abbâs, surnommé le « *hibr* » (savant) de la communauté. Cousin du Prophète et transmetteur de ses traditions. Il est, à ce titre, un des rares transmetteurs dont la fiabilité ne fait aucun doute aux yeux des Musulmans.

<sup>467</sup> Al- Ašarî : théologien (873- 935) qui fut à l'origine de l'école dite ašarite se basant sur la théologie dogmatique ou *kalâm*. Ce fut l'une des écoles les plus répandues dans le monde musulman médiéval.

<sup>468</sup> La peine stipulée pour la fornication est la lapidation jusque mort s'en suive pour les gens mariés, divorcés ou veufs ; et cent coups de fouet et le bannissement d'un an pour les célibataires.

<sup>469</sup> Kulaynî, *al- Usûl min al- Kâfi*, Téhéran, 1955, 2t.

<sup>470</sup> Qastallânî, op. cit., t.X, p. 26.

<sup>471</sup> Bukhârî, *as-Sahîb*, Beyrouth, al- maktaba ath- thaqâfiyya, vol.7, p. 67.

avec insistance ou de toucher un jeune garçon imberbe, de peur que cela ne provoque en lui une quelconque tentation. Des listes de bon usage en matière de vêtement voit le jour dans les recueils de Tradition. Les vêtements ne doivent donc pas mouler le corps ou laisser transparaître certaines parties développées, telles que la poitrine, les hanches, etc. La tenue vestimentaire coquette devient alors un objet de tabou, et un élément de séparation des sexes. C'est la conception de la awra, à savoir les parties du corps, d'un homme ou d'une femme, à ne pas montrer aux autres afin de ne pas susciter des phantasmes ou des regards illicites (zinâ' al-ayn), littéralement : la fornication de l'œil.

Bien que le Hadîth ait incorporé la peine capitale pour certains délits sexuels dont l'homosexualité, les traditions relatives à la sodomie et au saphisme demeurent très minoritaires par rapport aux traditions relevant de la fornication, l'adultère ou encore l'inceste. Le tableau qui suit récapitule d'une façon claire le nombre de traditions relevant de l'homosexualité :

Nombre de traditions <i>Sujet</i>	Auteurs sunnites		Auteur shiite	Auteur khârigite
	<i>Bukhâri</i>	<i>Muslim</i>	<i>Kulaynî</i>	<i>Ibn Habib</i>
Adultère	11	17	3	3
Fornication	9	10	3	2
Inceste	1	Néant	1	Néant
Fornication des mineurs	Néant	Néant	3	Néant
Viol	2	Néant	5	Néant
Les efféminés	2	2	Néant	1
Les hommages	1	Néant	Néant	1
Sodomie	Néant	Néant	3	1
Saphisme	Néant	Néant	6	Néant
Conditions requises de la peine de la lapidation	4	4	2	Néant
Comment s'effectue la lapidation	Néant	Néant	5	Néant



## CONCLUSION

Les pratiques homosexuelles étaient, non seulement tolérées dans les sociétés anciennes du Proche-Orient mais ne faisaient l'objet d'aucun traitement spécifique. Certains textes comme l'épopée de Gilgameš accordent même une place particulière à l'amitié/amour qui peut lier deux hommes : la beauté, la valeur de formation pour le plus jeune sont mises en avant et ne vont pas sans rappeler la manière dont était considérée et valorisée l'homosexualité dans le monde grec classique où elle avait une éminente valeur pédagogique.

La dimension sexuelle de la relation n'est pas la seule prise en compte, les sentiments et la raison sont aussi sollicités. C'est avec l'introduction du monothéisme que la condamnation apparaît, l'homosexualité et plus généralement la sexualité débridée étant assimilée aux pratiques des païens. Seule la sexualité régulée par les lois du mariage est justifiée dans les trois monothéismes. La sexualité est en effet un des aspects des relations des hommes entre eux et à Dieu.

Pour la religion juive fondée sur la notion de différence et de séparation formulée dans les règles de cashrout (ensemble de règles qui gouvernent la nourriture autorisée à la consommation) notamment, l'union du même avec le même ne pouvait apparaître que comme condamnable. C'est par ailleurs l'idée d'une union 'contre-nature' qui est désormais mise en avant, forcément impie puisqu'elle va à l'encontre de la loi naturelle établie par Dieu.

Mais c'est surtout au regard de la codification du mariage que l'homosexualité apparaît comme une transgression. Dans la religion chrétienne, aussi nettement que dans le judaïsme rabbinique, seul le mariage tourné vers la procréation légitime la sexualité. Toute pratique sexuelle est donc en dehors de ce cadre condamnée. En Islam c'est aussi le rapport au mariage qui est en jeu.

Dès lors, lire le corps en tant que signifiant de l'orientation sexuelle fausse les pistes, et souligne, le désir de l'idéologie hétéro-sexiste d'assurer son statut d'autorité dominant pour assigner à l'homosexualité une représentation dénaturée qui trahit les stéréotypes des genres sexués.



## Textes relatifs à l'homosexualité

### *Judaïsme*

**GENÈSE 19, 5 :** 'Ils appelèrent Lot et lui dirent : où sont les hommes qui sont venus chez toi cette nuit ? Fais-les sortir vers nous pour que nous les connaissions.'

**LÉVITIQUE 18, 22 :** 'Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme; ce serait une abomination.'

**LÉVITIQUE 18, 29 :** 'Mais quiconque pratiquera l'une ou l'autre de ces abominations, sera retranché de son peuple.'

**LÉVITIQUE 20, 13 :** 'Quand un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ce qu'ils ont fait tous les deux est une abomination ; ils seront mis à mort leur sang retombe sur eux.'

**JUGES 19, 22 :** 'Pendant qu'ils se réconfortaient, voici que les hommes de la ville, des vauriens, cernèrent la maison, frappèrent violemment contre la porte et dirent au vieillard, maître de la maison : " Fais sortir cet homme qui est entré chez toi, afin nous le connaissions.'

### *Christianisme*

**ACTES DES APÔTRES 15, 19- 20 :** 'Je suis donc d'avis de ne pas accumuler les obstacles devant ceux des païens qui se tournent vers Dieu. Écrivons-leur seulement de s'abstenir des souillures de l'idolâtrie, de l'immoralité, de la viande étouffée et du sang.'

**ÉPÎTRE AUX ROMAINS 1, 26- 28 :** 'C'est pourquoi Dieu les a-t-il livrés à des passions avilissantes : leurs femmes ont échangé les rapports naturels pour des rapports contre-nature; les hommes de même, abandonnant les rapports naturels avec la femme, se sont enflammés de désir les uns pour les autres, commettant l'infamie d'homme à homme et recevant en leurs personnes le juste salaire de leur égarement. Et comme ils n'ont pas jugé bon de garder la connaissance de Dieu, Dieu les a livrés à leur intelligence sans jugement : ainsi font-ils ce qu'ils ne devraient Pas.'

**I CORINTHIENS 6, 9 :** 'Ne savez-vous donc pas que les injustes n'hériteront pas du Royaume de Dieu? Ne vous y trompez pas ! Ni les débauchés, ni idolâtres, ni adultères, ni les efféminés, ni les pédérastes'

**I TIMOTHÉE 1, 9-10 :** 'En effet, comprenons bien ceci : la loi n'est pas là pour le juste, mais pour les gens insoumis et rebelles, impies pécheurs, sacrilèges et profanateurs, parricides et matricides, meurtriers, débauchés, pédérastes, marchands d'esclaves, menteurs, et pour tout ce qui s'oppose à la saine doctrine.'

*Islam***SOURATE AL- ARÂF (Les Murailles), 80- 81**

و لوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم منها من أحد من العالمين إنكم تأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون.

Et Loth, quand il dit à son peuple : « Vous vous livrez à une abomination à laquelle personne de par le monde ne s'est livré avant vous. Certes, vous assouvissez vos désirs charnels sur les hommes au lieu des femmes. Vous êtes vraiment des gens outranciers !

**SOURATE HOUD (Hûd), 79**

قالوا لقد علمت ما لنا من بناتك من حق و إنك تعلم ما نريد

Tu sais bien lui dirent- ils, que nous n'avons aucun droit sur tes filles<sup>472</sup> et tu sais aussi ce que nous voulons.

**SOURATE AL- ANBIYA' ( les Prophètes ), 74**

و لوطا أتيناها حكما و علما و نجيناها من القرية التي كانت تعمل الخبائث إنهم كانوا قوم سوء فاسقين.

A Loth nous donnâmes le pouvoir, la capacité de juger, le savoir et nous le sauvâmes de la cité qui se livrait au vice, parce qu'ils (ses habitants) en vérité étaient des gens malfaisants et pervers.

**SOURATE AŞ- ŞUARÂ' (les poètes), 165- 168**

أتأتون الذكران من العالمين و تذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم بل أنتم قوم عادون. قالوا لئن لم تنته يا لوط لتكونن من المخرجين. قال إني لعملكم من القالين.

Dans l'univers, serez-vous les seuls à vous livrer à des mâles, à des actes contre nature ; et délaissez- vous vos épouses que Dieu a créées pour vous ? Assurément vous êtes un peuple transgresseur. Ils lui répondirent : « Ô Loth, si tu ne cesses pas (tes admonitions), tu seras sûrement expulsé. J'exècre, dit- il, ce que vous faites.

**SOURATE AN-NAML ( les fourmis ), 54- 55**

و لوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة و أنتم تبصرون. أبينكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم تجهلون.

(Nous envoyâmes de même) Loth. Lorsqu'il dit à son peuple : « Vous livrez- vous à la turpitude tout voyant clair ? Certes, vous vous livrez par concupiscence à des rapports charnels avec les hommes au lieu des femmes. Vous êtes des païens !

<sup>472</sup> Selon le chroniqueur musulman Tabarî (V<sup>e</sup> s. ), les gens de Sodome estimaient que n'étant pas mariés avec les filles de Loth, ils n'avaient pas le droit de coucher avec elles. Par contre, la sodomie était chez eux chose courante ( Tabarî, XII, 86 ).

SOURATE AL-ANKABOUT (l'araignée ), 28- 29.

و لوطا إذ قال لقومه إنكم لتأتون الفاحشة ما سبقكم منها من أحد من العالمين. إنكم لتأتون الرجال و تقطعون السبيل و تأتون في ناديكُم المنكر فما كان جواب قومه إلا أن قالوا آتينا بعذاب الله إن كنت من الصادقين.

Souviens- toi de Loth lorsqu'il dit à son peuple : « Vous vous livrez à une turpitude sans précédant dans l'univers. Eh quoi ! Vous pratiquez l'homosexualité, le brigandage et commettez entre vous des abominations ». Pour toute réponse, son peuple dit : « Fais donc venir le châtement de (ton) Dieu si tu es véridique ! ».



## Orientations bibliographiques

A. BOUHDIBA, La sexualité en Islam, Paris, P.U.F, 1975.

A. COHEN, Le Talmud, Paris, Petite bibliothèque Payot, 2002.

AL-KULAYNÎ, al- Usûl min al- Kâfi, Téhéran, 1955, 2t.

AR-RABÎ IBN HABÎB, Al- Ğâmi aŞahîh, Beyrouth, Dâr al- fath lit- tibâa wan- naşr, 1967.

ABÛ HÂTIM AR-RÂZÎ, Kitâb al- Ğarh wat- tadîl, Haydar Abâd, Dâ'irât al- maârif al uthmâniyya, 4 t. en 8 vol., 1953.

AL MÂWARDÎ, Les statuts gouvernementaux, traduction annotée par E. Fagnan, Beyrouth, Editions de Patrimoine arabe et islamique, 1982.

BUKHÂRÎ, as-Sahîh, Beyrouth, al-maktaba ath-thaqâfiyya, 4 t. en 9 vol.

C.B.AMPHOUX, La parole qui devient Évangile, Paris, Seuil, 1993.

C. CAHEN, Introduction à l'histoire du monde musulman médiéval : VII- XV ; méthodologie et éléments de bibliographie, Paris, Maisonneuve, 1982.

C. J. HEFELLE, Histoire des conciles, trad. De l'Allemand par D.H. Leclerc, Paris, Petouzey & Ané, 1907.

CODE DE DROIT CANONIQUE, édition bilingue et annotée, Montréal, Wilson & Lafleur limitée, 1990.

COLIN SPENCER, Histoire de l'homosexualité de l'Antiquité à nos jours, trad. De l'Anglais par Olivier Sulman, Paris, Le Pré aux Clercs, 1998.

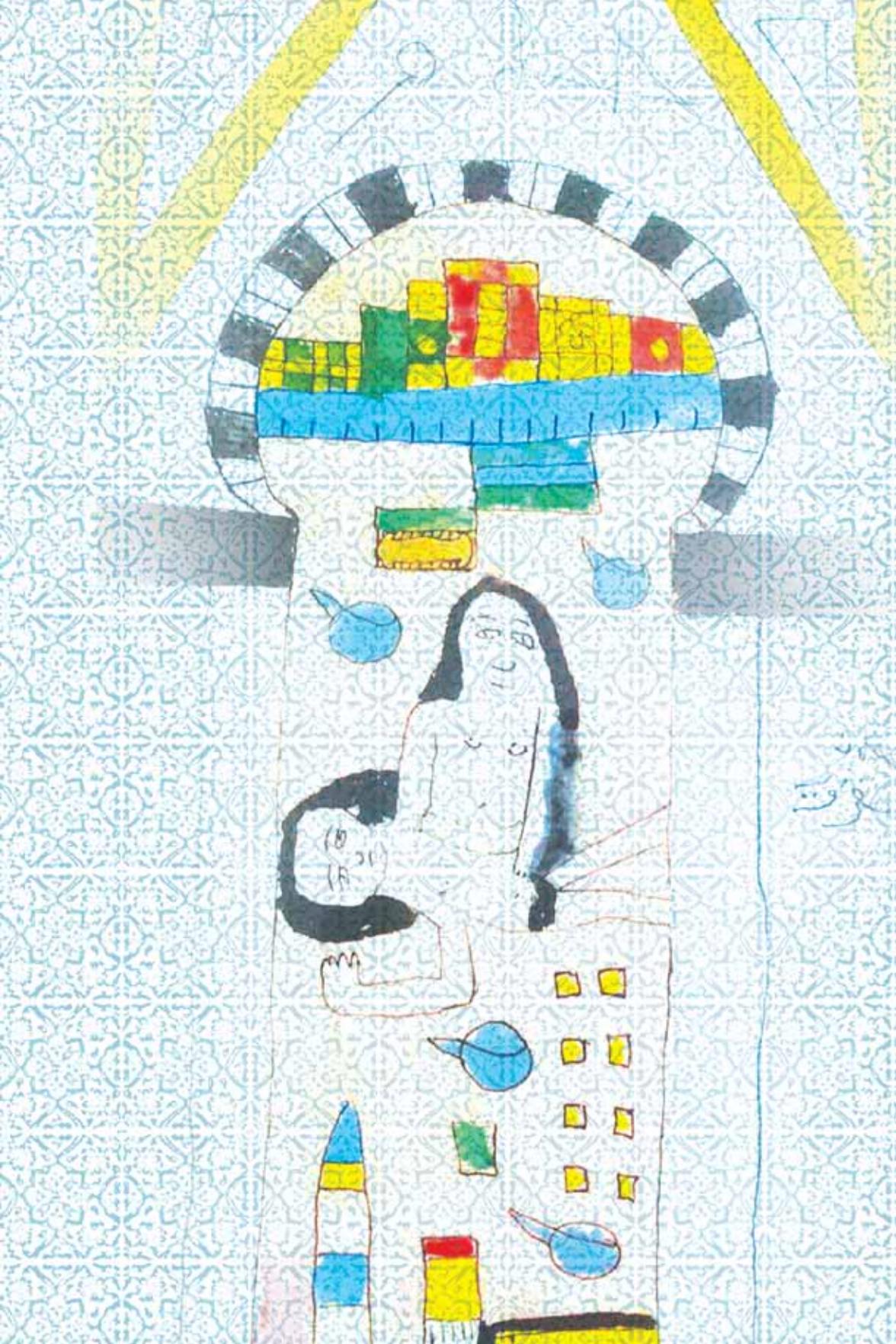
DICTIONNAIRE HEBREW AND ENGLISH LEXICON OF OLD TESTAMENT, Oxford University Press, 1951.

DICTIONNAIRE ENCYCLOPÉDIQUE DU JUDAÏSME, Cerf, 1993

D. ET J. SOURDEL, La civilisation de l'Islam classique, Paris, Arthaud, 1983.

- EMILE SZLECHTER**, Codex Hammurapi, Rome, Pontificia universit- as Lateranensis, 1977.
- FIRÂS SAWEH**, Mughamarat al-aql al-ulâ, Damas, 1987.
- FLAVIUS JOSËPHE**, La guerre des Juifs, trad. Du Grec par Pierre Savinel, Paris, Éditions de Minuit, 1977.
- FLORA LEROY- FORGEOT**, Histoire juridique de l'homosexualité en Europe, Paris, P.U.F, 1997.
- FRÉDÉRIC LAGRANGE**, Islam d'interdits, Islam de jouissance, Tunis, éd. CERES, 2008.
- GASTON WAGNER**, La justice dans l'ancien testament et le Coran, Paris, Payot, 1977.
- G.H.A.YUNBOLL**, Muslim tradition, Cambridge University Press, 1983.
- HANNAH ARENDT**, Condition de l'homme moderne, Paris, Calman-Lévy, 1961.
- HÉLÈNE BUISSON-FENET**, Un sexe problématique, Presses Universitaires de Vincennes, 2004.
- IBN SAD**, AT- Tabaqât al- kubrà, Beyrouth, Dâr as- sâdir, 8t., 1957.
- I.GOLDZIHÉ**, Etudes sur la tradition islamique, Paris, Maisonneuve, 1984.
- JACK GOODY**, Entre l'oralité et l'écriture, Paris, PUF, 1994.
- JEAN BOTTÉRO & S.N. KRAMER**, Lorsque les dieux faisaient l'homme, Paris, Gallimard, 1989.
- J.C.VADET**, Les idées morales dans l'Islam, Paris, P.U.F., 1995.
- J.JACQUES GLASSNER**, Chroniques mésopotamiennes, Paris, les belles lettres, 1993.
- J. SHACHT**, The origins of Muhammadan jurisprudence, Oxford, 1950; Introduction au droit musulman, Paris, Maisonneuve & Larose, 1983.
- JOHN WANSBROUGH**, Quranic Studies : Sources and Methods of Scriptural Interpretation (Oxford, 1977)
- JOSEF ŠELHOD**, Les structures du sacré chez les Arabes, Paris, Maisonneuve & Larose, 1986.
- LOIS DE L'ANCIEN ORIENT**, supplément aux cahiers Evangile n°56, Paris, Cerf, 1986.
- L. GINZBERG**, Les légendes des Juifs, Paris, Cerf, 1998, 3 vol.
- MIREILLE HADAS- LEBEL**, Flavius Josèphe : le Juif de Rome, Paris, Fayard, 1989 ; Philon d'Alexandrie : un penseur en diaspora, Paris, Fayard, 2003.
- M. ELIADE**, Traité d'histoire des religions, Paris, Payot, 1981.
- M.R. HAYOUN**, Le Zohar : aux origines de la mystique juive, Paris, éd. Noësis, 1999.

- M.ARKOUN**, Miskawayh : traité d'éthique, Damas, 1988.
- M. AȘ- ȘĂFÎ**, Ar- Risâla, Beyrouth, dâr al- kutub al-ilmîyya, 1939.
- MONIA LACHHEB**, Penser le corps au Maghreb, Paris IRMC-KARTHALA, 2012.
- N. ABBOTT**, Studies in Arabic literary Papyri, vol. I: Historical texts, Chicago, 1957; vol. II: Quranic commentary and tradition, Chicago, 1967.
- N.J.COULSON**, Histoire du droit islamique, Paris, P.U.F, 1995.
- R. GRAVES**, Les mythes grecs, Paris, Fayard, 1967, 2 vol.
- R. GRAVES ET R. PATAI**, Les mythes hébreux, Paris, Fayard, 1987
- QASTALLÂNÎ**, Irșâd as- sârî li šarh al- Bukhârî, Bulâq, 10 t. en 5 vol., 1860.
- S.N. KRAMER**, Le mariage sacré, Paris, Berg International, 1983
- SAGESSES DE MÉSOPOTAMIE**, supplément aux cahiers Evangile n°85, Paris, Cerf.
- XAVIER LACROIX**, L'amour du semblable, Paris, Cerf, 1995.
- Y. KAUFMANN**, Connaître la Bible, Paris, P.U.F., 1970.



عبدالله



*Facteurs  
Psychosociaux  
et prévention du vih/  
Sida chez les hommes  
ayant des relations  
sexuelles avec des  
hommes*

*Dorra Ben Alaya*

Maître de conférences en psychologie sociale à l'Université de Tunis El Manar. Elle est diplômée de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris et de l'Université de Provence.

Elle est membre du réseau mondial REMOSCO (Fondation Maison des Sciences de l'Homme) et est spécialisée dans le domaine des représentations sociales.

Photomontage / Alphawin (Photo : Pinterest)

*Il existe un fort risque d'augmentation d'ici quelques années de la proportion des personnes contaminées par le VIH/sida parmi les populations du Moyen-Orient et de l'Afrique du nord, d'après un document de l'International HIV/AIDS Alliance (2005). Certaines catégories de personnes y sont aujourd'hui plus exposées que les autres du fait qu'il n'existe pas de programmes de prévention et encore moins de services de dépistage et de prise en charge qui leur soient spécifiquement adaptés. C'est le cas des HSH<sup>473</sup>. Cette absence de prise en compte de leurs spécificités de façon générale, pourrait être en cause dans le fait que beaucoup d'entre eux aient des conduites sexuelles à risque. S'ajoute à cela le fait que, généralement, les connaissances acquises ou l'information obtenue ne constituent pas des facteurs suffisants pour une meilleure protection contre le virus.*



L'élaboration de stratégies plus adaptées exige de tenir compte d'une multitude d'autres facteurs susceptibles de contribuer, en l'occurrence chez les HSH, à déterminer la conduite en matière de prise de risque ou de prévention par rapport au VIH/sida.

Afin d'explicitier ces facteurs, il est nécessaire d'explorer les conditions dans lesquelles évoluent les HSH et qui constituent autant de déterminants de la conduite face au risque de contracter le VIH/sida lors d'un rapport sexuel. Ces conditions sont de nature sociale (statut social, stigmatisation, discrimination), socio-affectives (les modèles relationnels amoureux et sexuels), psychiques (les processus cognitifs et affectifs individuels), culturelles (les représentations, les croyances, les valeurs), situationnelles (les caractéristiques du partenaire sexuel, le lieu, le moment...), contextuelles (la répression, le caractère illégal des pratiques) et matérielles (la faiblesse des moyens financiers, l'absence d'espaces d'expression), etc. Mais préalablement, une compréhension de la sexualité entre hommes est nécessaire à une analyse dont l'unique finalité serait l'efficacité face à une situation qui risque de devenir critique " en matière de prévention du VIH " dans de nombreux pays de la région MENA d'ici quelques années.

<sup>473</sup> Hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes.

Il est urgent que les actions de prévention du VIH/sida ciblent dorénavant les HSH en tant qu'individus interagissant et en interdépendance avec tous les membres de la communauté. Les HSH ne constituent pas un groupe bien défini et isolé du reste d'une communauté illusoirement homogène du point de vue des pratiques sexuelles.

Agir en faveur de la prévention du VIH/sida chez les HSH, c'est agir en faveur des communautés toutes entières. Or les stratégies de communication en vue de faire changer les comportements de prévention ne font que trop souvent reproduire ce qui justement empêche le changement chez les HSH, à savoir le rappel du caractère marginalisé et stigmatisé de leurs pratiques.

De ce fait, éviter les facteurs de résistance au changement face aux actions en faveur de la prévention du VIH/sida passe par un réexamen des points de vue à partir desquels sont élaborées ces actions. Par ailleurs, ces actions sont généralement de nature informationnelle. Or les conduites sexuelles face au risque ne sont pas directement et simplement déterminées par la connaissance des modes de contamination par le VIH/sida. En vue d'une action ciblée en faveur de la prévention, la sexualité doit être appréhendée non pas en tant qu'ensemble de conduites rationnellement déterminées mais en tant que rapport complexe à l'autre, mettant en jeu des valeurs, des représentations et des attitudes, et situé dans un contexte et une situation particuliers.

Serons abordés dans le présent chapitre, certains aspects théoriques dans l'explication de l'appartenance et de l'orientation sexuelle et un aperçu de quelques facteurs psychosociaux relatifs à la condition, aux pratiques et au vécu des MSH et susceptibles d'avoir un effet sur leurs conduites en matière de prise de risque ou de prévention. Les éléments en jeu dans le processus de communication en général et en matière de persuasion en particulier constitueront enfin un point à partir duquel seront développées des indications quant à la démarche à adopter en vue d'une communication appropriée en matière de changement d'attitude et de comportement face au risque du VIH/sida.

## I. L'APPARTENANCE ET L'ORIENTATION SEXUELLES

### 1. Historique de la notion d'homosexualité dans le domaine des sciences médicales

En Occident, l'homosexualité est un terme créée en 1860 par Benkert. A partir du 18<sup>e</sup> s., le sens de la notion a initié un glissement de la sphère morale à la sphère médicale. Du 18<sup>e</sup> au 19<sup>e</sup> siècle, de « vice » elle devient « maladie » [Zacchias, 1726, 2000, p.7]. Plus tard Freud (1905, 2000, p.8) en fera un problème de nature psychologique. Freud a été parmi les premiers en Europe à considérer l'homosexualité sous un autre œil que celui de la pathologie. Selon lui « on ne saurais la qualifier de maladie » (lettre du 9 avril, 1935, 2000). Dans les années 1970, l'American Psychiatry Association décide de ne plus faire figurer l'homosexualité dans le DSM (manuel de diagnostic et statistique des troubles mentaux). A ce moment là, l'homosexualité devient pour les scientifiques, une forme de sexualité parmi d'autres.

### 2. La conception psychanalytique

Selon la conception psychanalytique (Freud, 1911), l'homosexualité est le résultat d'un parcours que peut prendre l'évolution du développement psychosexuel chez l'enfant. Elle apparaît dans la conception freudienne comme faisant partie du développement de la personnalité. Selon Freud (1910), c'est à la pré-puberté que l'enfant aura son orientation définitive hétéro ou homosexuelle.

### 3. La notion de bisexualité psychique

La notion d'homosexualité est intimement liée chez les tenants de la psychanalyse à la notion de bisexualité. Dans la théorie psychanalytique celle-ci est fondée sur l'idée qu'il existe dans la sexualité naturelle humaine et animale, les deux composantes, mâle et femelle (Roudinesco, 1997). Cette idée est issue des découvertes faites en embryologie qui ont montré que l'embryon humain était doté des deux potentialités, masculine et féminine. C'est ainsi que chez tout individu mâle ou femelle, on trouve des traces de l'appareil génital du sexe opposé. La bisexualité désigne également une disposition psychique inconsciente comme corollaire à la composante biologique mais sans qu'il n'y ait

pour autant une correspondance parfaite entre le niveau biologique et le niveau psychique. De façon générale, la bisexualité a des conséquences psychologiques essentielles résultant d'un conflit chez l'individu entre les deux composantes « masculine et féminine » (Freud, 1905).

Dans cette perspective, l'identité sexuelle de l'individu est construite à partir de la nécessité de faire l'un des trois choix sexuels possibles :

- Soit en refoulant l'une des composantes de la sexualité (ce qui a pour résultat l'hétérosexualité ou l'homosexualité)
- Soit en acceptant les deux composantes (bisexualité)
- Soit en faisant un déni de la réalité de la différence des sexes.

## II. LES SIGNIFICATIONS CULTURELLES DE L'HOMOSEXUALITE

Au niveau culturel, il existe une variation selon les époques et les lieux de la conception de l'homosexualité. Dans certaines sociétés, elle est tolérée voire institutionnalisée et possède des fonctions sociales précises. Dans la Grèce antique, elle était institutionnalisée en tant que pratique liant le maître et son disciple (Moatemri, 2000). Elle avait une fonction pédagogique et initiatique. De même dans la Rome antique, l'homosexualité était tolérée comme relation liant le noble et son sujet, à la condition que le partenaire soit un esclave ou un éphebe parmi ceux qui exerçaient aux bains publics (Bonnet, 1983).

Actuellement, les sociétés islamisées connaissent une forte dichotomie des univers masculins/féminins. Au Maghreb, l'appartenance sexuelle doit être exprimée par un ensemble de signes univoques (Chebel, 1995). Taxer un homme de manque de virilité est le pire des affronts. Dans ce contexte, les personnes à orientation homosexuelle sont elles-mêmes sujettes à des questionnements par rapport à leur propre « moralité » et à leur propre « normalité ». L'homosexualité est de ce fait conçue comme une remise en cause d'un ordre intériorisé (Bouhdiba, 1986). On parle alors au Maghreb de « balia »<sup>474</sup> (Moatemri, 2000). Les familles préféreraient que leur fils soit violeur plutôt qu'homosexuel. Celui-ci est conçu comme un être « inférieur », « immature » et « imparfait » (Chebel, 1995, p.19). Il aurait

---

<sup>474</sup> Terme qui renvoie à la notion d'« habitude » sémantiquement proche de la notion d'accoutumance (Moatemri, 2000).

une constitution physique et morale particulière.

Une dichotomie est également opérée dans l'univers maghrébin entre le caractère actif/passif de l'homosexuel, l'« homosexuel actif » bénéficiant d'une image plus favorable que l'« homosexuel passif » (Moatemri, 2000). Il existe par ailleurs une assimilation de l'homosexuel passif de sexe masculin, à l'absence de masculinité (« mouch rajel ») et de la femme homosexuelle ayant un rôle actif, à un homme (« Aïcha rajel »). D'après Chebel (1995), il existe au Maghreb un très fort refoulement de l'homosexualité franche (« liwât ») ainsi que de l'homophilie.

Un autre point doit être signalé quant aux caractéristiques de la condition homosexuelle au Maghreb : le déni qui en est fait (Chebel, 1995). Tout se passe comme si elle n'existait pas. Lorsqu'elle est visible, elle est attribuée à l'extérieur ou à la décadence (l'Occident, la télévision et la « parabole », le « recul des mœurs », etc.).

Un environnement comme le contexte socio-culturel tunisien par exemple, est à mettre en relation avec un vécu pénible chez certains homosexuels, de leur condition. Cet état de fait est parfaitement résumé par Chebel (1995) parlant du Maghreb : « l'alternance est simple : mariage ou détresse », le mariage n'étant « qu'un aboutissement du refoulement systématique imposé aux tendances homosexuelles du maghrébin ». Dans une étude menée par Moatemri (2000), il apparaît que sur 8 cas étudiés par entretiens, tous manifestent une souffrance psychique qui, à notre sens, est déterminée par les facteurs sociaux et culturels relatifs au statut et aux attitudes hostiles à l'égard de l'homosexualité.

### III. LA POSITION SOCIALE DES HSH

Il est très difficile de définir une supposée « communauté » de HSH. Elle pourrait aussi bien se définir par un type de pratiques sexuelles que par la fréquentation de certains lieux ou un certain style de vie (Bourdieu, 1998). Les HSH sont face à un dilemme qui peut se résumer ainsi : se rendre visible et revendiquer une reconnaissance ou se cacher et demeurer dans la clandestinité. Or se distinguer en tant que groupe particulier, c'est se cantonner à une catégorie artificiellement construite (les HSH appartiennent tout comme un chacun à une multitude d'autres catégories

comme « hommes », « étudiants », etc.) et potentiellement sujette aux agressions. En revanche, ne pas se rendre visible, c'est conforter le déni de leur existence par la majorité. Or, ce déni de l'existence correspond à une forme de racisme qui prend la forme d'une « invisibilisation » (Bourdieu, 1998).

Malgré une reconnaissance dans le domaine des sciences humaines et médicales de l'homosexualité, les HSH continuent à avoir une position stigmatisante sur le plan social. Bien que le phénomène soit universel et considéré en psychologie et en psychiatrie comme un ensemble de tendances et de pratiques parmi d'autres, l'homosexualité est l'objet de théories du sens commun. Les HSH sont perçus par la majorité comme faisant partie d'un ensemble d'individus homogène et isolé, d'une minorité. La perception qu'on en a est telle qu'on les considère souvent comme des cas isolés et semblables entre eux du point de vue des caractéristiques et de la conduite. Il y a par ailleurs un déni de l'importance de leur nombre dans les communautés. Cela conduit à en avoir une perception stéréotypée. Les HSH sont l'objet d'un ensemble de processus en œuvre dans la perception et la réaction à un « autrui différent » par excellence. De ce fait, la position sociale des HSH en fait un objet de discrimination. Les processus en œuvre sont :

- La perception stéréotypée de leurs caractéristiques supposées
- La marginalisation en tant que groupe perçu comme différent
- Les relations entre groupe majoritaire dominant et groupe minoritaire dominé

### 1. Stéréotypes, préjugés et discrimination

Comportement de discrimination, stéréotypes et préjugés sont intimement liés. Le comportement de discrimination est le produit d'un préjugé. Quant au stéréotype, il est une composante du préjugé. Celui-ci est une prédisposition à agir favorablement ou défavorablement à l'égard d'une personne sur la base de son appartenance à une catégorie donnée (Gergen et Jutras, 1981). Le préjugé comporte une dimension évaluative. Cette évaluation faite sur autrui prend comme critère de

jugement son appartenance sociale (être homosexuel) ou certaines de ses caractéristiques réelles ou imaginaires (la façon de s'habiller, de marcher...). Le préjugé a pour effet la différenciation sociale en général et plus particulièrement la discrimination lorsqu'on a affaire à un préjugé négatif.

On trouve 3 composantes dans le préjugé :

- Une composante située au niveau de la pensée : **les stéréotypes**
- Une composante située au niveau des émotions : **les sentiments généralement négatifs**
- Une composante située au niveau du comportement : **la discrimination**

Les stéréotypes (Lippman, 1922) sont des catégories (des classes) mentales qui servent à ordonner et à décrire d'autres personnes ou d'autres groupes de façon simplifiée (par exemple : les bons/les mauvais, les normaux/les anormaux...). Les catégories ainsi utilisées pour classer les autres ne correspondent pas à une réalité absolue, elles sont en grande partie produites par la pensée. Cependant, ces catégories produisent une impression de réalité car elles s'interposent entre la réalité et la perception qu'en ont les individus qui les émettent. Ainsi, lorsqu'on a une perception stéréotypée, on ne peut pas en avoir conscience. Le stéréotype a pour effet la schématisation et la généralisation des traits sensés caractériser un type de personnes. Pour illustrer cela, il suffit de penser aux traits que les individus attribuent de façon automatique aux HSH (« efféminés », « vicieux », etc.) ou aux personnes d'une autre couleur de peau ou d'une autre culture.

La force d'un stéréotype dépend de la situation. Le stéréotype est plus fort lorsqu'on induit chez les personnes leur appartenance à un groupe donné sensé être différent d'un autre groupe. Pour illustrer cette idée, dire par exemple « nous les africains » induit automatiquement l'idée de « eux les non africains »...

Les stéréotypes s'expriment dans des conduites verbales par la stigmatisation alors que les préjugés donnent lieu à des actions de discrimination. Stéréotypes et préjugés sont appris au cours de la

socialisation à travers l'éducation familiale mais aussi par les différents groupes auxquels on appartient. Dès leur plus jeune âge, les enfants acquièrent des modèles de pensée, de perception et d'évaluation provenant de leur entourage le plus proche. Ce sont les parents qui à travers des modèles de comportement et le discours, apprennent aux enfants les attitudes de base, en particulier vis-à-vis de l'autorité et des groupes minoritaires.

## 2. L'effet des préjugés et des stéréotypes sur la victime

Hormis l'effet direct de la discrimination en elle-même, les personnes victimes de préjugés subissent d'autres effets indirects, insidieux et durables de cette discrimination. Deux types d'effets sont observables : un effet sur l'image que la victime a d'elle-même et un effet sur sa conduite. Une personne discriminée intériorise l'image négative que l'autre lui renvoie d'elle-même. Cela a à son tour pour effet une baisse de l'estime de soi, un mépris de soi (Clark, Clark, 1947). L'autre type d'effet est encore plus spectaculaire : la victime du préjugé a tendance à se comporter de sorte à confirmer le préjugé (Rosenthal & Jacobson, 1968). Ce phénomène s'explique par l'émission par l'émetteur du préjugé, de comportements qui génèrent eux-mêmes chez l'autre, le comportement anticipé. Le fait d'avoir une attitude négative envers une personne, détermine la manière avec laquelle on l'aborde. Cette manière de l'aborder induit à son tour chez l'autre, des réactions qui ne feront que confirmer le préjugé de départ. Par exemple : lorsqu'on croit qu'une personne est agressive (préjugé) on l'aborde de manière défensive, ce qui a pour effet à son tour une réaction défensive de la part de l'autre, ce qui en définitive confirme aux yeux de l'émetteur du préjugé, l'idée que l'autre est agressif, et la boucle est bouclée. Il s'agit d'un « cercle vicieux ». Sur le plan social, les préjugés et les stéréotypes ont une fonction de justification et d'anticipation des conflits avec les autres groupes. C'est le fait de dire par exemple « je les agresse parce qu'ils sont agressifs », ce qui a pour effet de provoquer un conflit réel qui aura été justifié avant même qu'il ne se soit déclenché, par le préjugé de départ...

De façon générale, stéréotypes et préjugés sont partagés par les membres d'un groupe social. Cela donne l'impression à ses membres de

vivre une réalité collectivement partagée donnant ainsi lieu à une illusion de vérité. Il s'agit d'une illusion du fait que les stéréotypes et les préjugés agissent comme des prismes déformants. Par exemple, ils donnent de l'importance aux traits inhabituels (non respect de certaines normes par exemple) observés chez les membres d'un groupe minoritaire et minimisent l'importance de ces mêmes traits chez la majorité.

Préjugés et stéréotypes sont acquis et peuvent donc être désappris. Ce sont les stéréotypes qui entretiennent les préjugés. Agir en faveur de personnes victimes de stigmatisation et/ou de discrimination doit combiner un travail sur la façon dont les informations sont traitées par les émetteurs du stéréotype à propos de ces victimes mais aussi un travail de re-catégorisation et de rapprochement avec ces victimes qui peut mener dans certaines conditions à un affaiblissement du stéréotype et à l'humanisation de l'autre.

### 3. Le caractère minoritaire et les relations entre groupes

On ne parle plus aujourd'hui de minorité seulement d'un point de vue quantitatif mais aussi d'un point de vue qualitatif. On considère également minoritaires, ceux qui n'ont pas beaucoup de ressources, de pouvoir, de compétence, de légitimité, de prestige, etc. La minorité l'est par rapport à un groupe dominant qui ne comporte pas nécessairement un nombre plus élevé de membres. En ce qui concerne la population des HSH, elle est perçue comme étant très minoritaire et est de fait une minorité qualitative. Cette minorité est également perçue comme étant isolée par rapport au reste de la communauté. Cela a pour effet l'apparition de mécanismes actifs lorsqu'on a affaire à une relation entre groupes de façon générale. Plus précisément, on a affaire à une relation entre groupe dominé (la minorité) et groupe dominant (la majorité).

De façon générale, l'appartenance au groupe constitue un besoin qui détermine les modes de pensée mais aussi les rapports entretenus avec autrui et plus précisément avec les membres d'autres groupes. Cette appartenance a des conséquences psychologiques. Elle donne lieu à un certain nombre de biais cognitifs (relatifs au traitement des informations) dans la définition de soi et d'autrui. Parmi ces biais, on observe un

défavoritisme à l'égard de l'autre groupe, un favoritisme à l'égard de son propre groupe ainsi qu'une perception accentuée de la ressemblance entre les membres d'un même groupe (c'est le fait de penser « ils sont tous pareils » ou « on ne peut pas les distinguer les uns des autres ») et de la différence entre les individus appartenant à des groupes différents.

Or les groupes correspondent avant tout à une construction mentale (Tajfel et al., 1971). Le simple fait de catégoriser les individus dans des groupes différents, peut constituer un déterminant suffisant à l'apparition des phénomènes de discrimination du hors-groupe et de favoritisme à l'égard de son groupe d'appartenance. Ce processus peut opérer autant en fonction de réalités matérielles que symboliques. Les biais qui en résultent peuvent donc exister en dehors de conflits réels d'intérêt entre les groupes.

#### 4. Le contexte normatif et l'effet des minorités

La position des minorités dans un contexte social donné dépend aussi des normes sociales présentes dans ce contexte. On peut avoir affaire à des normes plus ou moins favorables aux minorités quel qu'elles soient. Certains contextes sont caractérisés par une norme qui privilégie l'uniformité et le consensus à n'importe quel prix. Dans ce type de contexte les minorités sont considérées comme déviantes. D'autres contextes possèdent une norme dite d'« innovation ». Dans ce type de contexte, les minorités sont considérées plus positivement. Les contextes qui possèdent une norme d'innovation sont enclins au changement non pas parce qu'il y a une influence directe des minorités sur la majorité mais parce que la confrontation à des idées différentes provoque l'apparition d'idées totalement nouvelles (différentes à la fois de celles de la majorité et de la minorité).

## VI. PRATIQUES ET VECU DE L'HOMOSEXUALITE

Il y a dans la réalité, une grande perméabilité des groupes et une circulation des personnes telles, que l'isolement des catégories sociales constitue une illusion bien commode face à un fantasme de menace. L'observation montre par exemple qu'il existe des hommes mariés ayant des relations extra conjugales avec des hommes et que certains autres

passent d'une orientation sexuelle (homosexuelle/hétérosexuelle) à une autre selon les circonstances (International HIV/AIDS Alliance, 2005). Par ailleurs, les pratiques sexuelles entre hommes sont plus fréquentes que le sens commun veut bien le croire d'une part et elles ne sont pas réservées aux « homosexuels » d'autre part. De façon générale, les expériences homosexuelles sont plus fréquentes et généralisées que ne l'est l'homosexualité en tant qu'état et en tant que statut. Les pratiques sexuelles entre hommes s'observent dans certains contextes comme initiation à la sexualité (à l'adolescence...) ou en tant que substitut à une relation hétérosexuelle (dans les prisons...).

Il existe généralement une reconnaissance chez de nombreux HSH de l'idée de domination du principe masculin sur le principe féminin, ce qui les conduit à s'appliquer eux-mêmes ces principes de domination. Ainsi, ils reproduisent souvent dans les couples, une division des rôles selon le genre masculin/féminin (Bourdieu, 1998).

Il semblerait qu'il existe une diversité de vécus de l'homosexualité comme on l'observe en Afrique du Nord et au Liban (International HIV/AIDS Alliance, 2005). Certains HSH mènent une double vie. C'est le cas de ceux qui ne se déclarent pas en tant qu'homosexuels. Parmi eux, certains sont amenés à se marier afin d'éviter le rejet et d'être en conformité avec les prescriptions sociales et familiales. D'autres encore s'inventent une partenaire féminine fictive. Certains autres se déclarent ouvertement. D'autres encore passent d'une orientation sexuelle à une autre. L'âge du premier rapport sexuel chez les HSH se situe approximativement entre 9 et 13 ans. Il est dans la majorité des cas, consenti.

Dans un contexte tel que celui de l'Afrique du Nord et du Proche Orient, la construction de l'identité sexuelle se fait souvent dans l'isolement, l'angoisse et la confusion même par rapport à d'autres HSH (International HIV/AIDS Alliance, 2005).

De façon générale, il y a chez les HSH du Maghreb et du Proche Orient, une difficulté à maîtriser sa sexualité vu l'hostilité du contexte et le déni par rapport à l'idée même de leur existence. Les HSH sont confrontés dans ces pays à des problèmes spécifiques. Ceux évoqués dans le rapport de

l'International HIV/AIDS Alliance (2005) par les HSH en Afrique du Nord et au Liban sont :

- Une faible acceptation et une sous-estimation de soi
- Le statut illégal des pratiques homosexuelles
- La stigmatisation, la discrimination et l'homophobie
- L'absence de programmes et de services de prévention spécifiques aux HSH
- L'agression physique et psychologique de la part de l'entourage
- L'alcoolisme et la toxicomanie
- L'absence d'espaces d'expression
- Le risque de contamination par le VIH/sida

## **V. LES FACTEURS DETERMINANTS DES CONDUITES SEXUELLES PREVENTIVES OU A RISQUE**

### **1. Les limites de l'efficacité de la simple information préventive**

Avoir des connaissances à propos des modes de transmission du virus n'est pas systématiquement corrélé avec une meilleure protection. Dans la plupart des pays où l'on effectue des observations systématiques sur le sujet, les jeunes sont peu nombreux à adopter des comportements de protection recommandés à partir du savoir médical (Morin, 1994). Par ailleurs, parmi ceux qui ont des pratiques de prévention, ils ne les ont pas de façon stable. Les connaissances acquises sur le mode de transmission du VIH ne suffisent donc pas à promouvoir l'utilisation du préservatif (Morin, 1994).

Par ailleurs, la relation entre information et conduite n'est pas toujours concordante. Certains individus adoptent les comportements préconisés par les campagnes d'information et de sensibilisation au risque, tout en ayant des croyances erronées, alors que d'autres peuvent avoir des connaissances adaptées et ne pas adopter le comportement adéquat de précaution (Morin, 1994). Cela explique l'apparition au Maghreb et au Liban d'autres stratégies que celles préconisées par le discours préventif

(International HIV/AIDS Alliance, 2005). Parmi ces stratégies, on trouve la sélection des partenaires sexuels selon des critères affectifs (avoir des relations sexuelles « avec des personnes qu'on aime »), sociaux (avoir des relations sexuelles « avec des personnes issues de bonne famille ») ou physiques (avoir des relations sexuelles « avec des personnes qui semblent en bonne santé »).

Les personnes interrogées possèdent des informations sur les modes sexuels de transmission du VIH/sida. Cependant, la perception du risque n'est pas toujours en rapport avec le risque réel de contamination. On évoque par exemple le fait que le partenaire paraisse en bonne santé soit un critère d'évaluation du risque alors que la promiscuité, le baiser ou la partage d'une cigarette sont considérés par certains comme pouvant être à risque. Il existe une dimension subjective dans la perception et l'évaluation des risques encourus. Le changement des conduites préventives n'est donc pas lié de façon directe et linéaire au degré d'information ou de connaissances.

De façon générale, la moitié des hommes interrogés dans le cadre de l'étude de l'International HIV/AIDS Alliance (2005), dans les pays du Maghreb et au Liban, n'utilisent qu'occasionnellement ou très rarement un préservatif. Les raisons invoquées sont :

- Un plaisir moindre et la priorité donnée au plaisir
- L'élimination de certaines sensations
- Le refus par le partenaire
- La mauvaise qualité des préservatifs
- Le coût élevé des préservatifs
- L'état d'ébriété
- L'omission
- Le recours au coït interrompu
- La confiance en l'autre (« il paraît en bonne santé »)
- La séropositivité préexistante

- La préoccupation de l'image de soi
- Le manque d'informations

La relation entre information et conduite en matière de prévention du sida est également modulée par un certain nombre d'autres facteurs (Pollack, 1989) :

- Le comportement de précaution est adopté lorsqu'un haut niveau d'information est accompagné de normes de groupe concordantes avec le sens des messages transmis.
- L'information doit être également accompagnée d'un sentiment de danger réel chez les récepteurs du message.
- La crédibilité et la confiance accordée à la source d'information déterminent les effets de l'information. Le manque de confiance par rapport à la source peut donner lieu à un effet inverse à celui visé par les campagnes d'information.

S'ajoute à cela, le fait que l'information transmise par les campagnes d'information est perçue et mémorisée selon des mécanismes de sélection qui se fait à travers des idées qui existent préalablement chez les individus. A titre d'illustration, les enquêtes d'évaluation d'impact des campagnes d'information sur le sida menées dans de nombreux pays, montrent que des croyances et des doutes continuent de coexister avec des connaissances objectives sur le sujet (Morin, 1994) ces croyances et doutes concernent plus particulièrement l'efficacité perçue des moyens de protection contre la contamination. Le préservatif par exemple n'est considéré par les jeunes français que comme un moyen de protection parmi d'autres. Le choix du partenaire peut constituer selon eux un autre moyen de protection. Persiste une idée selon laquelle la sélection des partenaires sur la base d'une bonne santé apparente, etc. permet d'éviter les dangers de la contamination. Cette « fausse croyance » correspond en fait à une appropriation détournée de l'information bien reçue concernant le risque de contamination lors des rapports sexuels (Morin, 1994).

Par ailleurs, il existe une croyance stéréotypée selon laquelle, ce qui est grave, en l'occurrence la contamination par le VIH, n'« arrive qu'aux

autres » (Morin, 1994). Ainsi, on observe chez certains adolescents un sentiment d'invulnérabilité (Abrams et al., 1990). Il peut également y avoir un mécanisme d'évitement de l'information préventive à cause de la « dissonance cognitive » (Festinger, 1957) que cela peut provoquer. La notion de « dissonance cognitive » correspond au fait que les informations que possède l'individu sont interdépendantes. Ces informations peuvent avoir plusieurs types de relations : elles peuvent être en contradiction (« je n'utilise pas de préservatifs et je pense qu'on risque le sida si on ne les utilise pas ») ou concordantes (« je pense qu'utiliser les préservatifs évite d'attraper le sida et j'en utilise »). Il y a une dissonance cognitive lorsque deux idées se contredisent comme par exemple lorsque un comportement de l'individu est incohérent avec son attitude (exemple : ne pas utiliser le préservatif tout en connaissant les risques de contracter le VIH/sida). La prise de conscience de cette contradiction provoque un conflit psychique interne qui à son tour, provoque une tension, un malaise psychologique et physiologique. Cet état de tension peut varier en intensité. Etant source de déplaisir, la dissonance provoque chez l'individu une recherche de la consonance entre les informations qu'il possède. Il y a trois façons de réduire la dissonance face à une information en contradiction avec une autre :

- Modifier l'une des informations ou l'une des conduites qu'on possède de sorte à la rendre cohérente avec les autres (« ne pas utiliser le préservatif m'expose au risque du sida, alors je vais en utiliser »)
- Ajouter des informations cohérentes de façon à ce que l'idée contradictoire ait moins de poids (« avoir des relations sexuelles sans préservatif me procure tellement de plaisir que cela vaut la peine de prendre des risques », ou « mon partenaire a l'air en bonne santé, inutile de s'inquiéter et d'utiliser un préservatif »)
- Diminuer le poids de l'information dissonante (sous-estimer la crédibilité du message préventif et de sa source : « ils exagèrent le risque », « ils veulent faire peur aux gens », « ils font de la manipulation », « ce ne sont pas des experts en la matière, ils ne savent pas »...)

Plusieurs conditions doivent être réunies pour qu'il y ait survenue

d'un changement de comportement dans une situation de dissonance cognitive. Parmi ces conditions on trouve :

- L'impression d'être responsable de ses actes et de pouvoir agir librement. A l'inverse, avoir l'impression d'être contraint élimine le sentiment de responsabilité à l'égard de la conduite à risque.
- L'impression de pouvoir réellement contrôler les conséquences de la conduite. Le sentiment d'imprévisibilité des conséquences fâcheuses de l'action, élimine le sentiment de responsabilité personnelle.

S'ajoute à cela le fait que la prise de conscience des risques de contracter le VIH/sida au cours de relations sexuelles est encore plus difficile à réaliser lorsqu'on a affaire à une population victime de préjugés et par conséquent de discrimination. Les contraintes liées au contexte socioculturel interdisant certains types de relations sexuelles, conduit les individus à mener leur vie sexuelle dans le secret. Dans de telles conditions, la priorité n'est pas à la prévention des risque de contamination mais à la réalisation d'un désir de vivre sa sexualité (International HIV/AIDS Alliance, 2005).

## 2. Le rôle déterminant des modèles socio-affectifs et relationnels de l'activité sexuelle

Le caractère multidimensionnel (socio-affectif et relationnel) de l'échange sexuel, les caractéristiques des situations dans lesquelles il se produit ainsi que les facteurs psychosociaux (attitudes, représentations, valeurs et croyances) qui le régissent sont déterminants dans le changement des conduites à risque.

La sexualité comporte plusieurs dimensions. L'activité sexuelle se situe dans un cadre relationnel et s'inscrit dans une histoire individuelle (Apostolidis, 1994). Elle ne se limite pas à un ensemble d'actes purement rationnels et perçus comme étant plus ou moins risqués. De ce fait, elle ne peut pas être modifiée par le simple biais de l'information. Elle possède une dimension sociale, affective et relationnelle et les situations où elle s'exerce sont variables et évoluent dans un contexte social ayant lui-même ses particularités.

L'information sur le sida n'est pas intégrée telle qu'elle mais à travers des modèles qui régissent les pratiques sexuelles. Pour cela, il faut comprendre le sens donné par les individus à l'échange sexuel plutôt que leurs connaissances quant aux modes de contamination par le VIH/sida. Les individus évaluent le risque qu'ils ont de contracter le sida en fonction (Apostolidis, 1994) :

- Du type de pratique sexuelle
- Du type de relation établie avec l'autre
- Du type de situation associé à chaque type de pratique sexuelle
- Les attentes à l'égard du partenaire sexuel
- Les investissements (affectifs et autres) placés dans le partenaire.

Ainsi, la prévention ne doit pas passer uniquement par l'information sur le sida mais par la modification des pratiques sexuelles.

A titre d'exemple, parmi les modèles qui régissent les relations sexuelles chez les jeunes en France et en Grèce (Apostolidis, 1994), on trouve la distinction entre « relations sexuelles » et « relations amoureuses » entre partenaires sexuels. Les deux types de relation se présentent chez eux comme deux formes distinctes de lien social avec le partenaire (Apostolidis, 1993). Cette distinction se traduit au niveau de la perception des risques du sida, par une différenciation entre des pratiques sexuelles considérées comme risquées et des pratiques amoureuses considérées sans risque. C'est comme si être amoureux de son partenaire sexuel constituait aux yeux de ces personnes, une protection contre la contamination. Ainsi, aux yeux des individus, une relation considérée comme protégée n'est pas forcément une relation avec préservatif. Plus important encore, utiliser le préservatif signifie dans la relation amoureuse, dégrader le lien amoureux établi avec le partenaire (Apostolidis, 1994). Donc, l'utilisation du préservatif donne parfois à la relation une signification qui n'est pas compatible avec la signification que l'individu souhaite lui donner.

En fait, les représentations de la relation entre partenaires sexuels correspondent à une distinction qu'on observe dans toutes les cultures entre un « plaisir de bas étage » et un « amour noble » (Schelsky, 1966,

citée par Apostolidis, 1994, p.80) Parmi les facteurs déterminants de l'idée que se fait l'individu de sa relation au partenaire sexuel, on trouve (Apostolidis, 1994) :

- Les caractéristiques de ce partenaire
- Le lieu de la rencontre
- Le temps de passage à l'acte
- L'implication émotionnelle recherchée, etc.

Ces facteurs ont un effet sur la perception plus ou moins valorisée du partenaire et par conséquent, sur le caractère perçu comme étant plus ou moins risqué de l'échange sexuel. Par exemple, selon le temps mis avant le passage à l'acte sexuel, la relation est perçue plus ou moins à risque et le sentiment de responsabilité individuelle dans la contraction du VIH plus ou moins important.

### 3. Le pouvoir des situations dans la perception du risque de contamination

Les conduites de précaution dans l'activité sexuelle ne sont pas isolées. Elles font partie d'un ensemble d'autres activités. Ces activités ont elles-mêmes un but et se situent dans un contexte. Il s'agit également d'activités où sont impliqués des partenaires ayant certaines caractéristiques (Morin, 1994). Objectifs poursuivis, contexte et caractéristiques des partenaires dans une situation donnée, déterminent également l'idée que se font les individus de la menace du sida par rapport à cette situation particulière (Morin, 1994).

### 4. Le rôle d'autres facteurs sociologiques et psychosociaux

Les valeurs et les systèmes de représentation qui règlent les conduites amoureuses et/ou sexuelles, sont elles-mêmes déterminées par des variables sociologiques fondamentales comme les habitudes culturelles, le statut social, les possibilités objectives d'échange et de communication, etc. Le sens donné à la composante affective elle-même n'est pas le même selon les milieux (favorisé/défavorisé, etc.), ou les trajectoires individuelles (Apostolidis, 1994). Par ailleurs, les conduites face au risque du sida correspondent à un ensemble de valeurs hiérarchisées comme par exemple la responsabilité, la liberté, le plaisir, la confiance, l'amour, etc.

(Morin, 1994). Le changement de comportement de prévention nécessite donc aussi une recomposition de l'échelle des valeurs existantes chez les individus. De façon générale, une action en faveur de la prévention du VIH/sida doit également tenir compte des représentations sociales (Apostolidis, 1994, 2001), des prises de position, des croyances et des attitudes.

## **VI. LE VIH/SIDA, OBJET D'ATTITUDES ET DE REPRESENTATIONS**

Le VIH/sida est en soi un objet privilégié de la cristallisation des attitudes et des représentations sociales. Cette caractéristique des objets dits « sociaux »<sup>475</sup> est le fait des communications qu'ils engendrent dont les cadres de référence sont hétéroclites : la science, les croyances, les idéologies, les mythes, etc. Le cadre de référence scientifique est loin d'être le seul à donner lieu à l'idée que se font les individus de ce qu'est le sida ou les personnes vivant avec le virus. A titre d'exemple, il n'existe pas de corrélation significative entre le degré de connaissance en matière de sida et l'attitude à l'égard des personnes infectées chez les étudiants en Tunisie (Tebourski & Ben Alaya, 2004). Les attitudes à l'égard des personnes vivant avec le VIH/sida et les représentations de la maladie sont déterminées par des facteurs psychiques (mécanismes défensifs, biais cognitifs) et d'autres sociaux comme les pratiques, les normes sociales, les croyances, etc. Le VIH/sida et les personnes vivant avec le VIH/sida ne sont pas perçus tels quels mais tels qu'ils sont représentés.

## **VII. PROCESSUS DE COMMUNICATION ET PERSUASION**

Hormis les facteurs que nous venons de passer en revue et qui doivent être pris en compte dans l'élaboration des actions de prévention, d'autres facteurs liés au récepteur, à la source, à la forme et aux contenus des messages préventifs déterminent le pouvoir de persuasion de ces messages sur les personnes ciblées.

---

<sup>475</sup> Les objets sociaux sont des événements, des personnages ou des objets physiques pour lesquels il n'existe pas de repères objectifs d'évaluation. Il s'agit d'objets ambigus pouvant avoir différentes significations. Pour réduire l'ambiguïté de ces objets, les individus ont tendance à communiquer à leur propos ce qui a pour effet l'apparition d'idées, de croyances, de représentations, etc., bref, d'une pensée sociale.

## 1. L'effet de la peur

Dans des recherches menées en vue de tester l'effet de la peur présent dans des messages destinés à faire arrêter de fumer par exemple, on n'observe pas dans la condition de forte peur davantage de changement d'attitude envers le tabagisme. C'est même le contraire qui est observé. Les messages qui utilisent la peur peuvent provoquer non pas un changement d'attitude mais une réaction d'évitement de l'information du message. Lorsque l'information transmise par le message provoque une anxiété trop forte, les individus s'en défendent en minimisant le problème, en contestant la crédibilité et la validité de l'information ou tout simplement en niant la réalité. En fait, afin que la peur puisse donner lieu à une persuasion, il faut qu'elle soit accompagnée de mesures concrètes présentées de façon détaillées (Leventhal, 1970). Deux autres conditions sont encore nécessaires : il faut que les solutions présentées soient perçues comme étant réellement efficaces mais aussi à la portée des personnes ciblées. Le message doit donc être convaincant aussi bien au niveau du risque qu'au niveau des solutions proposées ou des possibilités de réalisation de ces solutions.

La motivation en matière de préservation de la santé est augmentée lorsque (Rogers, 1983) :

- La menace est perçue comme étant réelle
- L'individu s'estime menacé en cas d'inaction
- L'individu considère qu'il existe des conduites permettant de réduire suffisamment les risques
- L'individu considère qu'il est capable de poser les actes nécessaires à la diminution du risque

Les deux derniers facteurs (existence de solutions perçues comme efficaces et sentiment de pouvoir contrôler les événements) ont plus de poids que les autres et peuvent même suffire à induire un comportement de protection.

## 2. L'effet de l'induction de sentiment négatifs ou de conséquences fâcheuses

Mettre en avant des conséquence négatives ou une perte, ou induire des sentiments négatifs ont plus d'impact sur le changement d'attitude que la mise en avant de gains. Dans une expérience, en psychologie sociale, Meyerowitz et Chaiken (1987) diffusent deux types de messages visant à inciter des étudiantes à procéder régulièrement à un auto-examen pour dépister le cancer du sein. L'un des messages était exprimé en termes de gains et l'autre en termes de perte. Les messages se présentent comme suit :

- **Le message « gain »** : « La recherche indique que les femmes qui procèdent à des examens mammaires ont plus de chances de repérer des tumeurs à des stades précoces, tumeurs qui peuvent donc être traitées plus facilement »
- **Le message négatif « perte »** : « La recherche indique que les femmes qui ne procèdent pas à des examens mammaires ont moins de chances de repérer des tumeurs à des stades précoces, tumeurs qui peuvent donc être traitées plus difficilement ».

Une enquête réalisée quatre mois après l'expérience, a montré que les personnes confrontées au message mettant en avant les pertes, sont plus favorables à la pratique fréquente de l'examen mammaire que les autres.

## 3. L'effet du degré d'estime de soi

L'estime de soi correspond à la composante affective du soi relative à la valeur qu'on s'accorde. Les premières études concluent à l'existence d'une relation négative entre estime de soi et résistance à un message visant un changement d'attitude. Les sujets à forte estime de soi résistent mieux aux messages persuasifs que les sujets à faible estime de soi (Berkowitz & Lundy, 1957 ; Cohen, 1959 ; Janis, 1954 ; Kelman, 1950).

D'autres recherches montrent qu'on a en fait une relation plus complexe entre estime de soi et persuasion. Au delà d'un certain point de dévalorisation de soi, la persuasion n'agit plus. Lorsqu'on sait que les HSH

au Maghreb et au Proche Orient évoquent souvent des préoccupations liées à une faible estime de soi, on peut penser qu'ils seraient plus résistants aux messages préventifs que les autres personnes.

#### 4. Quelques facteurs de résistance aux tentatives de persuasion

Certaines conditions peuvent provoquer une résistance à la persuasion. On peut même voir apparaître une réaction opposée à ce qui est souhaité par une action de prévention. Il s'agit de la **réactance**<sup>476</sup> (Brehm, 1966) ou effet « boomerang » des messages. Une pression externe qui agit en limitant apparemment de façon arbitraire les options comportementales des individus, les pousse à chercher à élargir leur marge d'action. L'attitude en faveur d'un comportement censuré serait ainsi renforcée par l'interdiction.

L'effet de résistance à un message persuasif peut également s'observer dans les cas où les arguments du message sont perçus de piètre qualité, non crédibles ou provenant d'une source à laquelle les personnes ne s'identifient pas (c'est le cas des autorités officielles pour les HSH, selon Lisandre et al., 1994). Dans ce cas là également, on peut avoir un effet de réactance.

#### 5. La persuasion en matière de prévention du sida

Dans le domaine de la prévention du VIH/sida chez la population des HSH plus particulièrement, il faut citer les conclusions d'une recherche (Lisandre et al., 1994) menée dans le but d'explorer les facteurs de résistance aux campagnes menées dans ce sens. Les conclusions retenues se présentent comme suit :

- Les actions visant la prévention doivent tenir compte de la dimension représentationnelle (imaginaire, fantasmatique) de la sexualité
- Les messages d'information et de sensibilisation ne doivent pas être allégoriques mais doivent être précis, clairs et explicites en ce qui concerne les dangers réels.
- La source du message doit être perçue comme alliée. Le message ne doit pas émaner explicitement d'une autorité institutionnelle symbole

---

<sup>476</sup> La réactance se définit par le fait de réagir à une tentative de persuasion par le maintien d'une attitude ou d'un comportement initial auquel l'individu tiendra davantage.

de contrôle ou de répression. La source du message doit être perçue comme bienveillante (associations, personne faisant partie du groupe d'appartenance...).

- Les précautions préconisées ne doivent pas porter sur le choix des partenaires sexuels mais sur les pratiques (utilisation de préservatif, etc.)
- Il faut tenir compte de l'hypothèse d'un désir inconscient de contamination chez certains individus. De ce fait, un travail d'écoute et de soutien psychologique doit être associé aux campagnes de prévention.

Il ne faut cependant pas oublier que les conclusions de cette recherche concernent une population en particulier et que le facteur socioculturel joue un rôle dans le type de réaction que peuvent avoir les individus à l'égard d'un message. A cet effet, il y a la nécessité d'explorer préalablement à toute action de prévention, les caractéristiques du contexte général et des personnes ciblées.

## CONCLUSION & RECOMMANDATIONS

Le caractère homogène et isolé qu'on attribue à la population des HSH, en fait une minorité objet de stigmatisation et de discrimination auquel s'ajoute un effet de déni de leur existence chez le sens commun dans les pays du Maghreb et du Proche Orient. Ces conditions sont défavorables à leur accès à une stratégie appropriée de prévention du VIH/sida du fait de la nécessité de mener des activités clandestines, d'une faible estime de soi due à la discrimination et à la marginalisation, du malaise vécu quant au positionnement identitaire face aux normes majoritaires et de la souffrance psychique occasionnée par les contraintes imposées à l'expression de soi et de sa sexualité.

De leur côté, les campagnes d'information et les actions de prévention du VIH/sida sont généralement lacunaires du fait qu'elles ne soient pas élaborées sur la base d'une exploration approfondie des facteurs réellement en jeu dans les conduites sexuelles à risque en général et les pratiques sexuelles des HSH en particulier.

L'exploration des facteurs déterminants des conduites sexuelles à risque doit pour sa part considérer la sexualité autrement qu'un ensemble de

comportements plus ou moins risqués, mais de façon multidimensionnelle de nature socio-affective et en tenant compte de sa réalité complexe, variable, évolutive et située dans un contexte social et culturel particuliers. Le rôle de variables sociologiques fondamentales qui déterminent le sens donné à la composante affective des échanges sexuels comme les milieux (favorisé/défavorisé, etc.), ou de variables individuelles comme les trajectoires personnelles, ne doivent pas être pour leur part omises dans l'analyse des situations. Au niveau de l'élaboration des actions préventives elles-mêmes, la grande variabilité des pratiques sexuelles et des profils de HSH devra donner lieu à autant de types de prévention à promouvoir.

De façon générale, l'information préventive et les connaissances quant aux modes de contamination par le VIH/sida ne suffisent pas à faire modifier les comportements sexuels à risque. Les actions préventives doivent prendre comme fondement, une exploration des modèles sociaux et relationnels à partir desquels sont appréhendées les relations sexuelles et affectives, des représentations, des valeurs, des attitudes et de l'effet des composantes des situations d'échange sexuel (le degré d'investissement affectif, le lieu, les caractéristiques perçues du partenaire, le temps mis avant le passage à l'acte sexuel, etc.).

Quant aux messages préventifs, s'ils ne tiennent pas compte de certains facteurs de résistance à la persuasion, ils risquent de produire des effets de résistance au changement des conduites à risque.

**A la lumière de ce qui précède, l'action préventive face aux risques du VIH/sida chez les HSH, doit agir au niveau des facteurs suivants :**

- L'échelle de valeurs qui doit être recomposée de sorte à donner la priorité à la protection contre le risque de contamination par le VIH/sida.
- Les stratégies alternatives de protection sur la base de critères tels que les caractéristiques du partenaire, l'existence ou non d'un sentiment amoureux, etc. que les actions de prévention devraient viser en vue de leur substituer des stratégies adaptées
- Le sentiment d'isolement, de stigmatisation et de discrimination à l'origine d'une faible maîtrise de sa sexualité et de la clandestinité des

pratiques sexuelles, qui pourrait être contré par la création d'espaces de communication et d'expression légalisés, permettant ainsi aux HSH d'avoir davantage accès à des actions ciblées de prévention et de mieux se positionner sur le plan identitaire. Le sentiment d'intégration sociale que cela permettrait, pourrait donner lieu à un ensemble d'actions visant le changement des conduites à risque à l'aide de techniques appliquées aux groupe de discussion, etc. et assurés par des experts en psychologie sociale appliquée. De façon plus générale, la reconnaissance sociale des HSH et la dépénalisation de leurs pratiques, permettraient une meilleure prévention.

- Le faible degré d'estime de soi et la difficulté de se définir du point de vue identitaire rendant les actions de prévention peu persuasives et nécessitant un soutien psychologique voire une prise en charge personnalisée de certains HSH.
- L'hostilité de certains prestataires de service et des professionnels de la santé à l'égard des HSH, à laquelle pourrait être substituée une attitude plus compréhensive permettant d'offrir des soins, une prise en charge ainsi qu'une action préventive et de dépistage spécifiques. Une formation des prestataires de service et des professionnels de la santé au counseling et à l'écoute, est de ce fait indispensable.

Enfin, concernant l'élaboration de l'information préventive, parmi les précautions à prendre, il faut citer les conditions suivantes :

- Assurer une concordance entre l'information donnée et les normes de groupe des personnes ciblées.
- Mettre l'accent sur la réalité du danger en le désignant de façon concrète, précise et directe (éviter les allégories qui ont tendance à distancier la menace).
- Désigner une source d'information qui jouit d'une crédibilité et d'une confiance auprès des HSH (associations, représentants d'un groupe de HSH, etc.).
- Mettre l'accent sur le caractère prévisible des conséquences fâcheuses à risque.

- L'absence de réaction de la part de l'individu face au danger doit être perçue comme étant facteur de risque.
- Les conduites préconisées doivent être considérées par les personnes ciblées comme étant suffisantes à réduire de façon significative les risques encourus.
- Les conduites nécessaires à la diminution du risque doivent être perçues par les personnes ciblées comme étant à leur portée et réalisables par eux.
- Les personnes ciblées doivent avoir le sentiment de choisir librement d'avoir recours ou non aux conduites préventives.

Cependant, ces mesures ne pourraient voir le jour que dans un contexte de reconnaissance de l'existence même des HSH et d'une moindre stigmatisation et discrimination à leur égard, conditions à une plus grande visibilité dans le champs social. De façon générale, seule la visibilité de certaines minorités –impossible dans un contexte d'illégalité-, permettrait une meilleure prévention du VIH/sida chez elles.

La réalisation de cette reconnaissance des HSH doit passer par deux étapes. La première consisterait à établir un diagnostic des attitudes et des représentations du sens commun majoritaire et dominant à leurs égard. La deuxième serait une action sur la perception de la différence qu'ils représentent.

## Bibliographie

- Abrams D., Abraham C., Spears R., Marks D.** (1990). « AIDS invulnerability : relationships, sexual behavior and attitudes among 16-19 years old », In P. Aggleton, P. Davies & G. Hart (eds.), *Individual, Cultural and Policy Dimensions*, Basingstake, Falmer Press, 35-51
- Adorno T.W., Frenkel-Brunswik E., Levinson D.J., Sanford R.N.** (1950). *The authoritarian personality*, New York, Harper & Row.
- Altemeyers B.** (1988). *Enemies of freedom : Understanding right-wing authoritarianism*. San Francisco : Jossey-Bass.
- Apostolidis T.** (2001). *Penser le rapport sexuel à l'époque du sida*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion (Thèse à la carte).
- Apostolidis T.** (1994). « Représentations sociales de la sexualité et du lien affectif : la logique relationnelle des comportements sexuels et la prévention du sida », In M. Calvez, G. Paicheler et Y. Souteyrand (eds.), *Connaissances, représentations, comportements : sciences sociales et prévention du sida*, Paris, Documents de l'ANRS/coll. Sciences Sociales et sida, 77-85.
- Apostolidis T.** (1993). « Pratiques « sexuelles » versus pratiques « amoureuses » : Fragments sur la division socioculturelle du comportement sexuel », *Sociétés/ Numéro Spécial « Sexualités et SIDA »*, 39, 39-43.
- Athenstaedt U., Haas E., Schwab S.** (2004). « Gender role self-concept and gender-typed communication behavior in mixed-sex and sex-sex dyads », *Sex roles*, January.
- Balandier G.** (1985). *Anthro-logiques*, Paris, Librairie Générale Française.
- Bem L.S.** (1974). « The measurement of psychological androgyny », *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Vol. 42, n°2, 155-162.
- Bem L.S.** (1981). « Gender schema theory : a cognitive account of sex-typing », *Psychological Review*, Vol. 88, n°4, 354-364.
- Berkowitz L., Lundy R.M.** (1957). « Personality characteristics related to susceptibility to influence by peers or authority figures », *Journal of Personality*, 25, 306-316.
- Bieber I.** (1962). *Homosexuality*, New York, Basic Books.
- Bonnet G.** (1983). *Les perversions sexuelles*, Paris, PUF.
- Bouhdiba A.** (1986). *La sexualité en Islam*, Paris, PUF.
- Bourdieu P.** (1998). *La domination masculine*, Paris, Editions du Seuil.
- Brehm J.W.** (1966). *A theory of Psychological Reactance*, San Diego, Academic Press.

- Chebel M.** (1995). *L'esprit de sérail*, Paris, Payot.
- Clark K.B., Clark M.P.** (1947). « Racial identification and preference in Negro children », In Newcomb, T.M., Hartley, E.I. (eds.), *Readings in social psychology*, New York, Holt, Tinehart and Winston.
- Cohen A.R.** (1959). « Communication discrepancy and attitude change : a dissonance theory approach », *Journal of Personality*, 27, 386-96.
- David C.** (1975). « Bisexualité biologique et psychique », *Revue française de psychanalyse*, 5, 6.
- Eagly A., Wood W., Diekmann A.B.** (2000). « Social role theory of sex differences and similarities : A current appraisal », In T. Eckes & H.M. Trautner (eds.), *The developmental social psychology of gender*, Mahwah, N.J., Erlbaum.
- Festinger L.** (1957). *A theory of Cognitive Dissonance*, Evanston, Row & Peterson.
- Freud S.** (1905). *Trois essais sur la théorie de la sexualité*, Paris, Gallimard.
- Freud S.** (1910). *Un souvenir d'enfance de Léonard de Vinci*, Paris, Gallimard.
- Freud S.** (1911). « Le président Schreber : une paranoïa », In *Cinq psychanalyses*. Paris, PUF.
- Gergen K.J., Gergen M.M., Jutras S.** (1981). *Psychologie sociale*, Paris, Vigot.
- Herek G.M.** (1988). « Heterosexual's attitudes toward lesbians and gay men : Correlates and gender differences », *The Journal of Sex Research*, 25, 451-477.
- Larsen K.S., Reed M. & Hoffman S.** (1980). Attitudes of heterosexuals toward homosexuality : « A Likert-type scale and construct validity », *The Journal of Sex Research*, 16, 245-257.
- Hurtig M.C.** (1982). « L'élaboration socialisée de la différence des sexes », *Enfance*, n°4, 283-302.
- International HIV/AIDS Alliance (2005). *Analyse rapide de situation sur les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes dans les pays du Maghreb et au Liban*, Rapport de synthèse.
- Janis I.L.** (1954). « Personality correlates of susceptibility to persuasion », *Journal of Personality*, 22, 504-518.
- Kelman H.C.** (1950). « Effects of success and failure on suggestibility in the autokinetic situation », *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 45, 267-285.
- Lacoste-Dujardin C.** (1987). « Discrimination garçon/fille à la naissance et dans la petite enfance », *Littérature Orale Arabo-Berbère*, 18, 211-213.
- Lacoste-Dujardin C.** (2002). « La discrimination garçon/fille constitutive de l'identité

de genre au Maghreb », In M.-C. Hurtig ; M. Kail, H. Rouch (eds.), Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes, Editions du CNRS, 195-202.

**Leventhal H.** (1970). « Findings and theory in the study of fear communications », In L. Berkowitz (Eds.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 5, San Diego, Academic Press.

**Lévi-Strauss C.** (1958). *Anthropologie structurale*, Paris, Plon.

**Linton R.** (1936). *The study of man*, London, Appleton-Century Co.

**Linton R.** (1968). *Le fondement culturel de la personnalité*, Monographies, Paris, Dunod.

**Lippmann W.**, (1922). *Public opinion*. New York, Hartcourt Brace Jovanovich.

**Lisandre H., Feuillet L., Wernoth C.** (1994). *Les homosexuels et le safer sex. Contribution psychanalytique à la prévention du sida*, ANRS.

**Malinowski B.** (1929). *Coral gardens and their magics*, London, Vol.I.

**Mead M.** (1935). *Sex and temperament in three primitive societies, Coming of âge in Samoa*, N.Y. Morrow.

**Meyerowitz B.E., Chaiken S.** (1987). « The effects of message framing on breast self-examination attitudes, intentions, and behavior », *Journal of Personality and Social Psychology*, 52, 500-510.

**Moatemri, H.** (2000). *Approche psychopathologique de l'homosexualité masculine déclarée en Tunisie*, Mémoire de DEA, Université de Tunis.

**Money J., Hampton L.L., Hampton J.G.** (1957). « Imprinting and establishment of gender role », *Archives of neurology and Psychiatry*, 77, 333-336.

**Money J., Hampton L.L., Hampton J.G.** (1965). « An examination of some basic sexual concepts : The evidence of human hermaphroditism », *John Hopkins Hospital Bulletin*, 97, 4, 301-309.

**Morin M.** (1994). « Entre représentations et pratiques : le sida, la prévention et les jeunes », In J.C. Abric (eds.), *Pratiques sociales et représentations*, Paris, P.U.F.

**Mussen P.H.** (1969). *Early sex-role development*, In D.A. Goslin (eds.), *Handbook of Socialization theory and research*, Chicago, Rand Mac Nally.

**Pasche F.** (1965). « Notes sur la structure et l'étiologie de l'homosexualité », *Revue de Psychanalyse*, Paris, PUF.

**Pollack M.**, (1989). *Les homosexuels et le SIDA*, Paris, A.-M. Métailié.

**Rogers R.W.** (1983). « Cognitive and physiological processes in fear appeals and attitude change : A revised theory of protection motivation », In J.T. Cacioppo, R.E.

- Petty (eds.), *Social psychophysiology : A sourcebook*. New York, Guilford Press.
- Rosenthal R., Jacobson L.** (1968). *Pygmalio in the classroom : teacher expectation and pupil's intellectual development*, New York, Holt, Rinehart & Winston.
- Roudinesco E., Plon M.** (1997). *Dictionnaire de la psychanalyse*, Fayard
- Schelsky H.** (1966). *Sociologie de la sexualité*, Paris, Gallimard.
- Tajfel H., Billig M., Bundy R.P., Flament C.** (1971). « Social categorization and intergroup behavior », *European Journal of Social Psychology*, I, 149-178.
- Tebourski F., Ben Alaya D.** (2004). « Knowledge and attitudes of High School Students Regarding HIV/AIDS in Tunisia : Does More Knowledge Lead to More Positive Attitudes ? », *Journal of Adolescent Health*, 34, 161-162
- Zacchias** (1726). *Questions médico-légales*, Lyon.



- السلوكيات الضرورية لإنقاذ الخطر يجب أن يفهمها الأشخاص المستهدفون على أنها في متناولهم وقابلة للتحقيق من جانبهم.
- الأشخاص المستهدفون يجب أن يتمتعوا بإحساس الاختيار بحرية للجوء أو عدم اللجوء إلى السلوكيات الوقائية.

ومع هذا فإن هذه التدابير لا يمكن أن ترى النور إلا في سياق من الإقرار بالوجود ذاته للرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال وبأقل قدر من الوصم والتمييز إزاءهم، وهى أوضاع بالغة البروز في المجال الاجتماعي. وبصورة عامة، فإن بروز بعض الأقليات - وهذا مستحيل في سياق غير مشروع - يسمح وحده بوقاية أفضل من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز لدى هذه الأقليات.

وتحقيق هذا الإقرار بالرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال يمكن أن يمر بمرحلتين. وقد تتمثل الأولى في تأسيس تشخيص للمواقف والتمثيلات للحس المشترك للأغلبية ويكون سائدا بالنسبة لهم. وقد تكون الثانية عملا على إدراك الاختلاف الذي يمثلونه.

الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال في مجموعة معترف بها على هذا النحو ويشعرون بأنهم ينتمون إليها، قد يكون أفضل وسيلة لجعلهم يتبنون سلوكيات وقائية جديدة.

- ضعف درجة الاعتداد بالنفس وصعوبة تعريف النفس من وجهة نظر الهوية مما يجعل أعمال الوقاية قليلة الإقناع ويستوجب دعماً سيكولوجياً بل حتى تكفلاً بصورة شخصية لبعض الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال.
- عداء بعض متلقي إعانات الخدمة وأفراد المهن الصحية إزاء الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال، والذي يمكن أن يحل محله موقف أكثر إدراكاً يسمح بعرض الرعاية، والتكفل على هذا النحو بعمل وقائي، والكشف النوعي. ولهذا فإنه لا غنى عن تدريب متلقي إعانات الخدمة وأفراد المهن الصحية.

**وأخيراً وفيما يتعلق بإعداد معلومات وقائية فإنه ينبغي أن نستشهد من بين الاحتياطات التي يجب اتخاذها، بالشروط التالية :**

- ضمان توافق بين المعلومات المعطاة والقواعد المعيارية لمجموعة الأشخاص المستهدفين.
- التشديد على واقع الخطر مع الإشارة إليه بطريقة ملموسة، ودقيقة، ومباشرة (تفادي المجازات الرمزية التي تميل إلى تبعيد التهديد).
- تحديد مصدر معلومات يتمتع بالمصداقية وبثقة من جانب الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال (جمعيات تمثل مجموعة من الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال، إلخ).
- التشديد على الطابع المتوقع للعواقب الوخيمة للسلوكيات الخطرة.
- غياب رد الفعل من جانب الفرد تجاه الخطر يجب فهمه على أنه عامل ينطوي على الخطر.
- السلوكيات الموصى بها يجب أن يعتبرها الأشخاص المستهدفون كافية للحد بصورة كبيرة من الأخطار التي يتعرضون لها.

وبوجه عام فإن المعلومات الوقائية والمعارف المتعلقة بطرق العدوى بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز لا تكفي لتعديل السلوكيات الجنسية الخطرة. ويجب تناول الأفعال الوقائية كأساس، استكشاف للطرق الاجتماعية والعلاقاتية التي يتم انطلاقاً منها تعلم العلاقات الجنسية والعاطفية، وللتمثيلات، والقيم، والمواقف، وتأثير مكونات أوضاع التبادل الجنسي (درجة الاستثمار العاطفي، المكان، السمات المميزة الملحوظة للشريك، الوقت الموضوع قبل الانتقال إلى الفعل الجنسي، إلخ).

وفيما يتعلق بالرسائل الوقائية فإنها إما تخاطر، إن لم تأخذ في اعتبارها عوامل معينة لمقاومة الإقناع، بإحداث تأثيرات مقاومة لتغير السلوكيات الخطرة.

**وفي ضوء ما سبق فإن العمل الوقائي في مواجهة أخطار فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز عند الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال، يجب أن يعمل على مستوى العوامل التالية :**

- سُلّم القيم الذي يجب إعادة تركيبه بحيث يعطي الأولوية للحماية ضد خطر عدوى فيروس نقص المناعة المكتسبة /مرض الإيدز.
- الإستراتيجيات البديلة للحماية على أساس معايير مثل السمات المميزة للشريك، ووجود أو عدم إحساس حب، إلخ. كما أن أفعال الوقاية يجب أن تسعى في سبيل إحلالها بإستراتيجيات ملائمة.
- الإحساس بالعزلة، والوصم، والتمييز، المائل في بدء ضعف سيطرة المرء على جنسه وسرية الممارسات الجنسية، التي يمكن أن يتحداها خلق مجالات للاتصال والتعبير المشروعين، بما يسمح على هذا النحو للرجال الذين لهم علاقة جنسية مع رجال بأن يملكوا وصولاً أكثر إلى الأعمال المستهدفة للوقاية وأن يجعلوا موقفهم أفضل على مستوى الهوية. وقد يفسح الإحساس بالتكامل الاجتماعي الذي يسمح به ذلك المجال لمجموعة من الأعمال الطامحة إلى تغيير السلوكيات الخطرة بمساعدة تقنيات مطبقة على مجموعات المناقشة، إلخ. ويؤكد هذا خبراء في السيكولوجية الاجتماعية التطبيقية. كما أن اندماج

## استنتاجات وتوصيات

### فيما يتعلق بالأخطار الفعلية

يُضاف إلى الطابع المتجانس والمنعزل الذي يُعزى إلى السكان من الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال، وهم في الحقيقة أقلية تتعرض للوصم والتمييز، تأثير إنكار وجودهم لدى الحس المشترك في بلدان المغرب والشرق الأدنى. وهذه الأوضاع غير ملائمة لوصولهم إلى إستراتيجية ملائمة للوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز بسبب ضرورة القيام بأنشطة خفية، وضعف الاعتداد بالنفس نتيجة التمييز والتهميش، والقلق المعيش فيما يتعلق بموقف الهوية أمام قواعد معيارية أغلبية والمعاناة الجسمانية التي تجلبها القيود المفروضة على التعبير عن النفس وعن الجنسية.

ومن جهتها فإن الحملات الإعلامية وأعمال الوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز بوجه عام مليئة بالثغرات بسبب أنها ليست معدة على أساس استكشاف معمق للعوامل الفاعلة بصورة حقيقية في السلوكيات الجنسية المنطوية على الخطر بوجه عام والممارسات الجنسية للرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال بوجه خاص.

على أن استكشاف العوامل المحددة للسلوكيات الجنسية الخطرة يجب من جانبها أن ينظر إلى الجنسية بطريقة مختلفة عن أن تكون مجموعة من السلوكيات الخطرة إلى هذا الحد أو ذاك، بل بطريقة متعددة الأبعاد ذات طابع سوسيو-عاطفي ومع أخذ واقعها المعقد، المتغير، التطوري في سياق اجتماعي وثقافي خاصين في الاعتبار. كما أن دور المتغيرات السوسولوجية الأساسية التي تحدّد الممنوح للمكون العاطفي للتبادلات الجنسية مثل الأوساط (المتمتعون بالحظوة/ المحرومون من الحظوة، إلخ.)، أو المتغيرات الفردية مثل المسارات الشخصية، لا يجب حذفها من جانبها في تحليل الأوضاع. وعلى مستوى إعداد الأعمال الوقائية ذاتها فإن قابلية التغير الكبرى للممارسات الجنسية والمظاهر العامة للرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال سيكون عليها أن تفسح المجال للكثير من أنماط الوقاية التي ينبغي تشجيعها.

## 5 / الإقناع بشأن الوقاية من الإيدز

في مجال مقاومة فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز لدى السكان من الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال على وجه الخصوص، ينبغي أن نستشهد باستنتاجات دراسة (Lisandre et al., 1994). أجريت بهدف استكشاف عوامل المقاومة للحملات التي أجريت في هذا الاتجاه. والاستنتاجات الماثلة التي نقتبسها هي كما يلي :

- الأعمال التي تستهدف الوقاية يجب أن تأخذ في الاعتبار البُعد التمثيلي (الخيالي، الاستيهامي) للجنسية.
  - رسائل معلومات التوعية لا ينبغي أن تكون مجازية بل يجب أن تكون محددة، وواضحة، وصریحة، فيما يتعلق بالأخطار الفعلية.
  - مصدر الرسالة يجب أن يكون مفهوما كحليف. ولا يجب أن تصدر الرسالة بصورة صريحة من سلطة مؤسسية ترمز إلى السيطرة والقمع. ويجب أن يكون مصدر الرسالة مفهوما على أنه خيرٌ (جمعيات، شخص في عداد مجموعة الانتماء...).
  - الاحتياطات المطالب بها لا يجب أن تعتمد على اختيار الشركاء الجنسيين بل على الممارسات (استعمال الواقي الذكري، إلخ).
  - يجب أن تؤخذ في الاعتبار فرضية رغبة لا واعية في الإصابة بالعدوى لدى بعض الأفراد. ولهذا فإن عملا للاستماع والدعم السيكولوجي يجب أن يرتبط بحملات الوقاية.
- ومع هذا فإنه لا ينبغي أن ننسى أن استنتاجات هذه الدراسة تتعلق بسكان على وجه التحديد وأن العامل السوسيو-ثقافي يلعب دورا في نمط رد الفعل الذي يمكن أن يكون لدى الأفراد إزاء رسالة. ولهذا الغرض، هناك ضرورة الاستكشاف أولا لكل عمل من أعمال الوقاية، والسمات المميزة للسياق العام والأشخاص المستهدفين.

## 3/ تأثير درجة الاعتداد بالنفس

يتطابق الاعتداد بالنفس مع المكون العاطفي للنفس المرتبط بالقيمة التي يضيفها المرء على نفسه. وتنتهي الدراسات الأولى إلى وجود علاقة سلبية بين الاعتداد بالنفس ومقاومة رسالة تطمح إلى تغيير الموقف. ويقاوم الأشخاص الخاضعون للدراسة من ذوي الاعتداد الشديد بالنفس رسائل الإقناع بصورة أفضل من غيرهم من ذوي الاعتداد الضعيف بالنفس (Berkowitz & Lundy, 1950; Kelman, 1950; Janis, 1954; Cohen, 1957). وتبين دراسات أخرى أننا في الحقيقة إزاء علاقة أكثر تعقيدا بين الاعتداد بالنفس والإقناع. وفيما وراء نقطة بعينها من الحط من شأن النفس، لا يعود الإقناع يؤثر. وعندما نقول إن الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال في المغرب أو الشرق الأدنى يستدعون في كثير من الأحيان اهتمامات ترتبط بضعف الاعتداد بالنفس فإننا قد نفكر في أنهم أكثر مقاومة للرسائل الوقائية من الأشخاص الآخرين.

## 4/ بعض عوامل المقاومة لمحاولات الإقناع

يمكن أن تثير بعض الأوضاع مقاومة للإقناع. بل يمكن حتى أن نشهد ظهور رد فعل مناقض لرد الفعل المأمول من جانب عمل للوقاية. والمقصود هو المعاوقة <sup>222</sup> réactance (Brehm, 1966) أو تأثير "ارتدادي" boomerang للرسائل. إن ضغطا أقصى يؤثر من خلال الحد بوضوح من الطريقة العشوائية للاختيارات السلوكية للأفراد التي تدفعهم إلى توسيع هامش العمل. وعلى هذا النحو فقد يتعزز الموقف لصالح سلوك محظور عن طريق التحريم.

كما أنه يمكن ملاحظة تأثير مقاومة رسالة الإقناع في الحالة التي تكون فيها حجج الرسالة مفهومة على أنها من نوعية رديئة غير جديرة بالتصديق وآتية من مصدر لا يتماثل معه الأشخاص (هذه هي حالة السلطات الرسمية فيما يتعلق بالرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال وفقا لـ (Lisandre et al., 1994)). وفي هذه الحالة أيضا، يمكن أن يوجد تأثير معاوقة.

<sup>222</sup> \* تتحدد المعاوقة réactance بواقع مقاومة محاولة للإقناع عن طريق الاحتفاظ بموقف أو سلوك أولي يحرص عليه الفرد أكثر.

- الفرد يقدر أنه مهَّد في حالة التعطل
  - الفرد يعتبر أنه توجد سلوكيات تسمح بالحد بصورة كافية من المخاطر
  - الفرد يعتبر أنه قادر على القيام بالأفعال الضرورية لإنقاذ الخاطر.
- والعاملان الأخيران (وجود حلول مفهوم على أنها فعالة والإحساس بالقدرة على السيطرة على التطورات) لهما وزن أكبر من العوامل الأخرى ويمكن حتى أن يكونا كافيين في الدفع إلى سلوك حماية.

## 2/ تأثير حث الأحاسيس السلبية أو العواقب الوخيمة

والحقيقة أن الوضع في المقدمة لعواقب سلبية أو خسارة، أو حث المشاعر السلبية لهما تأثير أكبر على تغيير الموقف من الوضع في المقدمة لمكاسب. وفي سياق تجربة في السيكولوجيا الاجتماعية ينشر ميروفيتش *Meyerowitz* وتشيكين *Chaiken* (1987) مَطين من الرسائل يطمحان إلى حفز الطالبات إلى القيام بصورة منتظمة بإجراء فحص ذاتي للكشف عن سرطان الثدي. وقد جري التعبير عن إحدى الرسائل في صورة مكاسب والأخرى في صورة خسارة. وتقدم الرسائلتان نفسها كما يلي :

✿ **رسالة « المكسب »** : « يبين البحث أن النساء اللاتي يقمن بإجراء فحوص ثديية لديهن الفرصة للكشف عن الأورام في مراحل مبكرة، هذه الأورام التي يمكن بالتالي علاجها بسهولة أكبر ».

✿ **الرسالة السلبية « الخسارة »** : « تبين الرسالة أن النساء اللاتي لا يقمن بإجراء فحوص ثديية لديهن فرصة أقل في الكشف عن الأورام في مراحل مبكرة، هذه الأورام التي يمكن بالتالي علاجها بصعوبة أكبر ».

وأوضح بحث أجري بعد هذه التجربة بأربعة أشهر أن الأشخاص الذين يواجهون رسالة تضع في المقدمة الخسائر أكثر ملاءمة للممارسة المألوفة للفحص الثديي من الأخرى.

اجتماعية مثل الممارسات والمعايير الاجتماعية، والمعتقدات، إلخ.. والحقيقة أن فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز والأشخاص الذين يعيشون به لا يجري إدراكهم كما هو بل كما يتم تمثيلهم.

## 7. تطور الاتصال والإقناع

باستثناء العوامل التي قمنا باستعراضها والتي يجب أخذها في الاعتبار في سياق إعداد أعمال الوقاية، هناك عوامل أخرى مرتبطة بالمتلقي، في المصدر، في صورة ومحتويات الرسائل الوقائية، تحدد قوة إقناع هذه الرسائل على الأشخاص المستهدفين.

### 1 / تأثير الخوف

في أبحاث أجريت بهدف اختبار تأثير الخوف المائل في رسائل مخصصة لوقف التدخين مثلا، لا نلاحظ في حالة الخوف الشديد تغيرا في الموقف إزاء التسمم النيكوتيني. إن لم يكن العكس تماما هو ما نلاحظه. فالرسائل التي تستخدم الخوف يمكن أن تحدث ليس تغييرا في الموقف بل رد فعل لتفادي معلومات الرسالة. وعندما تثير المعلومات المنقولة عن طريق الرسالة قلقا شديدا جدا فإن الأفراد يدافعون عن أنفسهم بالتقليل إلى الحد الأدنى من المشكلة، مشككين في مصداقية وصحة المعلومات أو بكل بساطة منكرين الواقع. والحقيقة أنه لكي يستطيع الخوف أن يفسح المجال لإقناع، ينبغي أن يكون مصحوبا بتدابير ملموسة محسوسة بطريقة تفصيلية (Leventhal, 1970). وهناك شرطان آخران ما يزالان ضروريين: يجب أن تكون الحلول المقدمة مفهومة على أنها فعالة في الحقيقة ولكن أيضا في متناول الأشخاص المستهدفين. وبالتالي فإن الرسالة ينبغي أن تكون مقنعة على مستوى المخاطرة تماما مثلما على مستوى الحلول المقترحة أو إمكانيات تحقيق هذه الحلول.

وتزداد الحوافز المتصلة بالمحافظة على الصحة عندما (Rogers, 1983):

- يكون الخطر مفهوما على أنه فعلي

#### 4/ دور عوامل اجتماعية وسيكولوجية أخرى

والحقيقة أن قيم وأنساق التمثيل التي تحكم سلوكيات الحب و/أو السلوكيات الجنسية، تتحدد هي ذاتها بمتغيرات اجتماعية أساسية مثل العادات الثقافية، والمرتبة الاجتماعية، والإمكانات الموضوعية للتبادل والاتصال، إلخ. والمعنى الممنوح للمكون العاطفي ذاته ليس هو الشيء نفسه وفقا للأوساط (أصحاب الخطوة/ المحرومون من الخطوة، إلخ). أو المسارات الفردية (Apostolidis,1994). ومن جهة أخرى فإن السلوكيات إزاء خطر الإيدز تتوافق مع مجموعة من القيم الهرمية المتدرجة مثل المسؤولية، الحرية، اللذة، الثقة، الحب، إلخ. (Morin,1994).

وبالتالي فإن تغيير سلوك الوقاية يجعل من الضروري أيضا إعادة تركيب لسلم القيم الموجودة لدى الأفراد. وبصورة عامة فإن عملا في صالح الوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز يجب أيضا أن يأخذ في الاعتبار تمثيلات اجتماعية (Apostolidis,1994)، واتخاذ مواقف، ومعتقدات، وأوضاع.

### 6. فيروس نقص المناعة المكتسبة : مرض الإيدز موضوع للمواقف والتمثيلات

يمثل فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز في حد ذاته موضوعا مفضلا لإعداد المواقف والتمثيلات الاجتماعية. وهذه السمة المميزة للموضوعات المسماة « اجتماعية »<sup>221</sup> هي واقع الاتصالات التي تؤدي إليها والتي تكون أطرها المرجعية مختلطة : العلم، المعتقدات، الأيديولوجيات، الأساطير، إلخ. كما أن الإطار المرجعي العلمي بعيد عن أن يكون الوحيد الذي يفسح المجال للفكرة التي يكونها الأفراد لأنفسهم عن الإيدز أو الأشخاص الذين يعيشون بالفيروس. وعلى سبيل المثال، لا يوجد ترابط كبير بين درجة المعرفة بشأن الإيدز والموقف إزاء الأشخاص المصابين بالعدوى لدى الطلبة في تونس (Tebourski & Ben Alaya,2004). وتتحدد المواقف إزاء الأشخاص الذين يعيشون بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز وتمثيلات المرض بعوامل نفسية (آليات دفاعية، انحرافات معرفية) وأخرى

<sup>221</sup> الموضوعات الاجتماعية تطورات، أو شخصيات، أو موضوعات نفسية لا توجد بالنسبة لها سمات موضوعية للتقييم. والمقصود موضوعات مبهمة مع أن لها دلالات مختلفة. ومن أجل الحد من إبهام هذه الموضوعات، يكون لدى الأفراد ميل إلى الاتصال في الوقت المناسب الأمر الذي يتمثل تأثيره في ظهور أفكار، ومعتقدات، وتمثيلات، إلخ. وباختصار فكر اجتماعي.

القائمة مع الشريك (Apostolidis,1994). وبالتالي فإن استخدام الواقي الذكري يمنح العلاقة أحيانا دلالة غير متناغمة مع الدلالة التي يأمل الفرد في منحها إياها. والواقع أن تمثيلات العلاقة بين الشركاء الجنسيين تتطابق مع تمييز نلاحظه في كل الثقافات بين "اللذة السفلى" و"الحب السامي" (Schelsky,1966) نقله عنه (Apostolidis,1994,p.80). ونجد بين العوامل المحددة للفكرة أن يكونها الفرد لنفسه عن علاقته مع شريكه الجنسي (Apostolidis,1994) :

- السمات المميزة لهذا الشريك
- مكان اللقاء
- وقت الانتقال إلى الفعل
- التأثير العاطفي المنشود، إلخ.

ولهذه العوامل تأثير على الإدراك المرفوع القيمة إلى هذا الحد أو ذاك وبالتالي على الطابع المفهوم باعتباره منطويا إلى هذا الحد أو ذاك على خطر التبادل الجنسي. وعلى سبيل المثال فإنه وفقا للوقت الموضوع قبل الانتقال إلى الفعل الجنسي، تفهم العلاقة باعتبارها خطيرة إلى هذا الحد أو ذاك والإحساس بالمسؤولية الفردية في العدوى بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز مهما إلى هذا الحد أو ذاك.

### 3/ قوة المواقف في إدراك خطر العدوى

وسلوكيات الوقاية في النشاط الجنسي ليست معزولة. وهي تشكل جزءاً من مجموعة من الأنشطة الأخرى. وهذه الأنشطة ذاتها لها غاية وهي تقع في سياق. والمقصود كذلك أنشطة يدخل فيها شركاء لهم سمات مميزة بعينها (Morin,1994). وكأهداف منشودة فإن السياقات والسمات المميزة للشركاء في موقف بذاته تحدد أيضا الفكرة التي يكونها الأفراد لأنفسهم عن تهديد الإيدز بالنسبة لهذه العلاقة في هذا الموقف الخاص (Morin,1994).

ولهذا فإنه لا يمكن تعديلها بمجرد مخرج معلوماتي. ذلك أن لها بعدا اجتماعيا، وعاطفيا، وعلاقاتيا كما أن الأوضاع التي تمارس فيها نفسها متغيرة وتتطور في سياق اجتماعي له هو نفسه خصوصيات.

والمعلومات حول مرض الإيدز ليست متكاملة بما هي كذلك بل عبر نماذج تحدد الممارسات الجنسية. ولهذا، ينبغي فهم المعنى الذي يعطيه الأفراد الذين يقومون بالتبادل الجنسي أكثر من معارفهم بالنسبة لطرق العدوى بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز. ويقوم الأفراد بتقييم الخطر الذي يهددهم بالإصابة بالإيدز تبعا لذلك (Apostolidis, 1994) :

- عن نمط الممارسة الجنسية
- عن نمط العلاقة القائمة بالآخر
- عن نمط الوضع المرتبط بكل نمط من الممارسة الجنسية
- التوقعات إزاء الشريك الجنسي
- الاستثمارات (العاطفية وغيرها) الموظفة في الشريك

وعلى هذا النحو فإن الوقاية لا يجب أن تمر فقط بالمعلومات حول الإيدز بل بتعديل الممارسات الجنسية.

وعلى سبيل المثال فإنه بين النماذج التي تحدد العلاقات الجنسية لدى الشباب في فرنسا واليونان (Apostolidis, 1994)، نجد التمييز بين « العلاقات الجنسية » و « علاقات الحب » بين الشركاء الجنسيين. ويظهر نمطا العلاقة لدى هؤلاء كشكلين متميزين من الصلة الاجتماعية مع الشريك (Apostolidis, 1994). ويتجسد هذا التمييز على مستوى إدراك أخطار الإيدز بتمايز بين ممارسات جنسية تعتبر خطيرة وممارسات حب تعتبر بلا خطر. وكأن كونهم محبوبين من شريكهم الجنسي يشكل في نظر هؤلاء الأشخاص حماية ضد العدوى. وعلى هذا النحو، وفي نظر الأفراد، فإن علاقة تعتبر محمية لا تكون بالضرورة علاقة باستعمال واق ذكري. وما يزال أكثر أهمية أن استخدام واق ذكري يعني في علاقة الحب، تحرير علاقة الحب

« إنهم يتلاعبون »، « ليس هؤلاء خبراء في المسألة، إنهم لا يعرفون... »

ولا مناص من أن تجتمع شروط عديدة لكي يحدث تغيير للسلوك في موقف تنافر معرفي. ونجد بين هذه الشروط :

- الانطباع بالمسؤولية عن أفعاله وبقدرته على التصرف بحرية. وعلى العكس فإن الانطباع بأنه مناقض يلغي الإحساس بالمسؤولية إزاء السلوك الخطر
- الانطباع بالقدرة على السيطرة من الناحية الفعلية على النتائج المنطقية للسلوك. والإحساس بعدم قابلية الرؤية مسبقا للنتائج المنطقية الوخيمة للفعل، يلغي الإحساس بالمسؤولية الشخصية.

ويضاف إلى هذا واقع أن الوعي بأخطار الإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز من خلال علاقات جنسية ما يزال أصعب على التحقيق عندما نكون إزاء سكان ضحايا للأحكام المسبقة وبالتالي للتمييز. والواقع أن الإكراهات المرتبطة بالسياق الإجتماعي-ثقافي الذي يحظر بعض أنماط العلاقة الجنسية يقود الأفراد إلى ممارسة حياتهم الجنسية في الخفاء. وفي مثل هذه الأوضاع، لا تكون الأولوية للوقاية من أخطار العدوى بل لتحقيق الرغبة في أن يعيش جنسيته

(International HIV/AIDS Alliance, 2005).

## 2 / الدور الحاسم للنماذج السوسيو-عاطفية والعلاقاتية للنشاط

### الجنسي

يشكل الطابع المتعدد الأبعاد (اجتماعي-عاطفي وعلاقاتي) للتبادل الجنسي، السمات المميزة للمواقف التي يحدث فيها على حين أن العوامل النفسية-اجتماعية (مواقف، وتمثيلات، وقيم، ومعتقدات) التي تحددها، محددات في تغيير السلوكيات الخطرة.

وتتألف الجنسية من أبعاد عديدة. ويقع النشاط الجنسي في إطار علاقاتي ويندرج في تاريخ فردي (Apostolidis, 1994). وهي لا تقتصر على مجموعة من الأفعال العقلانية بصورة خالصة والمفهومة على أنها خطرة إلى هذا الحد أو ذاك.

وفضلا عن هذا فإنه يوجد معتقد مقولب وفقا له والحالة هذه، وهذا هو الأمر الخطير، نجد أن العدوى بفيروس نقص المناعة المكتسبة لا « تصل إلا إلى الآخرين » (Morin,1994). وعلى هذا النحو نلاحظ عند بعض المراهقين إحساسا بقابلية التعرض للهجوم (Abrams et al.,1990). ويمكن أيضا أن توجد آلية لتفادي المعلومات الوقائية بسبب « التفاوت المعرفي » (Festinger,1957)، وواقع أن هذا يمكن أن يثير مفهوم « التفاوت المعرفي » يتطابق مع واقع أن المعلومات التي يملكها الفرد إنما هي متبادلة التأثير. ويمكن أن تكون لهذه المعلومات أنماط عديدة من العلاقات : يمكن أن تكون متناقضة (« أنا لا أستعمل الواقي الذكري وأعتقد أن المرء يخاطر بالإصابة بالإيدز إن لم يستعمله ») أو منسجمة (« أنا أعتقد أن استعمال الواقي الذكري يجنب الإصابة وأنا أستعمله »). ويوجد تفاوت معرفي عندما تتناقض فكرتان مثلما يكون الحال على سبيل المثال عندما يكون سلوك فرد متناقضا مع موقفه (مثلا : عدم استعمال الواقي الذكري مع الإدراك التام لأخطار الإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز). ويثير الوعي بهذا التناقض صراعا نفسيا داخليا يثير، بدوره، توترا، وقلقا سيكولوجيا وفسولوجيا. وهذه الحالة من التوتر يمكن أن تتباين في حدتها. وكمصدر للانزعاج، يثير التفاوت لدى الفرد بحثا عن التناغم بين المعلومات التي يحوزها. وهناك ثلاث طرق للحد من التفاوت تجاه معلومات متناقضة مع معلومات أخرى :

تعديل معلومة من المعلومات أو سلوك من السلوكيات بحيث يتم جعله متسقا مع المعلومات أو السلوكيات الأخرى (« عدم استعمال الواقي الذكري يعرضني لخطر الإيدز، وبالتالي سأستعمله »).

إضافة معلومات متسقة بحيث يكون للفكرة المتناقضة وزن أقل (« إقامة علاقات جنسية بدون واق ذكري يجلب لي لذة تساوي ألم التعرض لأخطار »)، أو (« شريكي يبدو بصحة جيدة، ومن غير المجدي أن نقلق ونستعمل الواقي الذكري »)

إنقاص وزن المعلومات المتناقضة (سوء تقييم مصداقية الرسالة الوقائية ومصدرها : « إنهم يبالغون في الخطر »، « إنهم يريدون تخويف الناس »،

- وجود سابق لتحليل يثبت وجود الفيروس في الدم

- الاهتمام بصورة الذات

- نقص المعلومات

كذلك فإن العلاقة بين المعلومات والسلوك فيما يتعلق بالوقاية من الإيدز يعدها عدد من العوامل الأخرى (pollack,1989) :

- سلوك الوقاية معتمد عندما يكون مستوى مرتفع من المعلومات مصحوبا بقواعد جماعية متطابقة مع معنى الرسائل المنقولة.

- المعلومات يجب أن تكون مصحوبة أيضا بإحساس بالخطر لدى من يتلقون الرسالة.

- المصدقية والثقة الممنوحة لمصدر المعلومات تحدد تأثير المعلومات. ويمكن أن يفسح عدم الثقة بالنسبة للمصدر المجال لتأثير عكسي للتأثير المستهدف من جانب الحملات الإعلامية.

ويضاف إلى هذا واقع أن المعلومات المنقولة من جانب الحملات الإعلامية مفهومة ومحفوظة وفقا لآليات الاختيار الذي يحدث عبر أفكار توجد أولا لدى الأفراد. وعلى سبيل الإيضاح فإن أبحاث تقييم تأثير الحملات الإعلامية على مرض الإيدز والتي أجريت في بلدان عديدة تبين أن هناك معتقدات وشكوكا تواصل التعايش مع معارف موضوعية حول الموضوع (Morin,1994). وتتعلق هذه المعتقدات والشكوك بصورة أخص بالفعالية الملحوظة لوسائل الحماية ضد العدوى. وعلى سبيل المثال فإن الواقي الذكري لا ينظر إليه الشباب الفرنسي إلا على أنهم وسيلة حماية بين وسائل أخرى. ويمكن في رأيهم أن يشكل اختيار الشريك وسيلة أخرى من الحماية.

وتستمر فكرة يسمح وفقا لها اختيار الشركاء على أساس الصحة الجيدة الواضحة، إلخ. بتفادي أخطار العدوى. والواقع أن هذا « الاعتقاد الزائف » يتطابق مع توفيق ملتو للمعلومات المتلقاة جيدا بشأن خطر العدوى في علاقات جنسية (Morin,1994).

نجد اختيار الشركاء الجنسيين وفقا لمعايير عاطفية (إقامة علاقات جنسية « مع أشخاص يحبهم المرء »)، أو اجتماعية (إقامة علاقات جنسية « مع أشخاص ينحدرون من عائلات عريقة »)، أو جسمانية (إقامة علاقات جنسية « مع أشخاص يبدو أنهم بصحة جيدة »).

ويملك الأشخاص الذين جرى سؤالهم معلومات عن الطرق الجنسية لانتقال فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز. ومع هذا فإن إدراك الخطر ليس دائما على صلة بالخطر الفعلي للعدوى. ويشار على سبيل المثال إلى واقع أن الشريك يبدو في صحة جيدة كمعيار لتقييم الخطر على حين ينظر بعضهم إلى الاختلاط، أو القبلة، أو الاشتراك في سيجارة على أنها يمكن أن تكون خطيرة. ويوجد بُعد ذاتي في إدراك وتقييم الأخطار التي يمكن التعرض لها. وبالتالي فإن تغيير السلوكيات الوقائية لا ترتبط بصورة مباشرة وخطية بدرجة المعلومات أو المعارف.

وبصورة عامة، فإن نصف الرجال الذين تم سؤالهم في إطار دراسة التحالف الدولي ضد فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز (2005)، في بلدان المغرب ولبنان، لا يستخدمون الإ بصورة عرضية أو نادرة جدا واقيا ذكريا. والأسباب التي يتذرعون بها هي :

- لذة أقل والأولوية الممنوحة للذة
- استبعاد بعض الأحاسيس
- الرفض من جانب الشريك
- النوعية الرديئة للواقى الذكري
- التكلفة المرتفعة للواقى الذكري
- حالة الثمل
- السهو
- الثقة بالآخر (« يبدو أنه بصحة جيدة »)

الوصم، والتمييز، وكراهية الجنسين المثليين

غياب برامج وخدمات للوقاية خاصة بالرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال :

- العدوان الجسماني والسيكولوجي من جانب المحيطين بهم
- إدمان الكحوليات وإدمان المخدرات السامة
- غياب مجالات للتعبير
- خطر العدوى بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز

## 5 العوامل المحددة للسلوكيات الجنسية الوقائية أو المخاطرة

1 / حدود فاعلية مجرد المعلومات الوقائية

لا يرتبط امتلاك معارف بخصوص طرق انتقال العدوى ارتباطاً منهجياً بحماية أفضل. وفي أغلب البلدان التي يتم فيها إجراء ملاحظات منهجية على الموضوع فإن أعداد قليلة من الشباب هم الذين يعتمدون السلوكيات الموصى بها للحماية ابتداءً من المعرفة الطبية (Morin,1994). ومن جهة أخرى فإنهم بين أولئك الذين لديهم ممارسات وقاية لا يملكونها بصورة ثابتة. وبالتالي فإن المعارف المتحققة في العالم عن انتقال فيروس نقص المناعة المكتسبة لا تكفي لتشجيع استخدام الواقي الذكري (Morin,1994).

وفضلاً عن هذا فإن العلاقة بين المعلومات والسلوك ليست متطابقة دائماً. ويعتمد بعض الأفراد السلوكيات التي تنادي بها الحملات الإعلامية والتوعية بالخطر، معتنقين معتقدات خاطئة، على حين يستطيع آخرون أن يملكوها معارف معدلة ولا يعتمدون سلوكاً ملائماً للوقاية (Morin,1994). ويفسر هذا واقع أنه تظهر في المغرب ولبنان إستراتيجيات تختلف عن تلك التي ينادي بها الخطاب الوقائي (International HIV/AIDS Alliance,2005). وبين هذه الإستراتيجيات،

ويوجد بصورة عامة إقرار لدى العديد من الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال بفكرة سيادة المبدأ الذكوري على المبدأ الأنثوي وهذا ما يقودهم إلى أن يطبقوا على أنفسهم هذه المبادئ للسيادة. وعلى هذا النحو فإنهم في كثير من الأحيان يعيدون، داخل العلاقات المثالية، إنتاج تقسيم للأدوار وفقا للنوع ذكر/ أنثى (Bourdieu,1998).

وسيدو أنه يوجد تباين في الحياة المعيشة للجنسية المثلية كما يلاحظ في شمال أفريقيا ولبنان (International HIV/AIDS Alliance,2005). ويعيش بعض الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال حياة مزدوجة. وهذا هو حال أولئك الذين لا يعلنون كونهم جنسيين مثليين. وينجذب بعض هؤلاء إلى أن يتزوجوا لكي يتجنبوا الرفض وليكونوا ممتثلين مع الأنظمة الاجتماعية والعائلية. وهناك أيضا آخرون يخترعون لأنفسهم شريكة أنثى متخيلة. ويقع عمر أول علاقة جنسية لدى الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال بين 9 و13 سنة على وجه التقريب. وتكون في أغلب الأحوال بالتراضي.

وفي سياق مثل ذلك الذي يسود في شمال أفريقيا والشرق الأدنى، يجري تكوين الهوية الجنسية في كثير من الأحيان في العزلة، والقلق، والاضطراب حتى بالنسبة إلى غيرهم من الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال (International HIV/AIDS Alliance,2005).

وبوجه عام يعاني الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال في المغرب والشرق الأدنى صعوبة في السيطرة على جنسيتهم نظرا لمعاداة النص والإنكار بالنسبة إلى ذات فكرة وجودهم. ويواجه الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال في بلدانهم مشكلات نوعية. والمشكلات التي أشار إليها الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال في شمال أفريقيا ولبنان في تقرير التحالف الدولي ضد فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز (2005) هي :

قبول ضعيف واعتداد ضئيل بالنفس

الوضع غير المشروع للممارسات الجنسية المثلية

التي ينتمي إليها. ويمكن أن تحدث هذه السيورة كذلك تبعا لوقائع مادية أكثر منها رمزية. وبالتالي يمكن أن توجد الانحرافات التي تنتج عنها خارج الصراعات الفعلية للمصالح بين المجموعات.

#### 4 / السياق المعياري وتأثير الأقليات

كذلك يتوقف مركز الأقليات في سياق اجتماعي بعينه على قواعد معيارية اجتماعية ماثلة في هذا السياق. ويمكن مواجهة هذه القواعد الملائمة إلى هذا الحد أو ذاك للأقليات أيًا كانت. وتتميز بعض السياقات بمعيار يحبذ التماثل والإجماع مهما كان الثمن. وفي هذا النمط من السياق يجري النظر إلى الأقليات على أنها منحرفة. وهناك سياقات أخرى تملك معيارا يسمى « التجديد ». وفي مثل هذا النمط من السياق، يجري النظر إلى الأقليات بإيجابية أكثر. والسياقات التي تملك معيار التجديد ميالة إلى التغيير ليس لأنه يوجد تأثير مباشر للأقليات على الأغلبية بل لأن مجابهة الأفكار المختلفة تستدعي ظهور أفكار جديدة كليا (مختلفة في آن واحد عن أفكار كل من الأغلبية والأقلية).

### 4. الممارسات والتجربة المعيشة للجنسية المثلية

توجد في الواقع سيولة كبيرة لدى المجموعات ودوران للأشخاص بحيث يشكل عزل الفئات الاجتماعية وهما مريحا جدا في مواجهة توهم بالتهديد. وتبين الملاحظة على سبيل المثال أنه يوجد رجال متزوجون لهم علاقات خارج الزوجية مع رجال وأن بعض الآخرين ينتقلون من توجه جنسي (الجنسية المثلية/الجنسية الغيرية) إلى توجه جنسي آخر وفقا للظروف (*International HIV/AIDS Alliance, 2005*) ومن جهة أخرى فإن الممارسات الجنسية بين الرجال أكثر تواترا مما يريد الحس المشترك بالفعل أن يعتقد من جهة وهي لا تقتصر على "الجنسين المثليين" من جهة أخرى. وبصورة عامة فإن التجارب الجنسية المثلية أكثر تواترا وانتشار من الجنسية المثلية كحالة ومرتبة. وتتم ملاحظة الممارسات الجنسية بين رجال في سياقات بعينها على أنها تدريب على الجنسية (في المراهقة...) أو على أنها بديل لعلاقة جنسية غيرية (في السجن...).

المعلومات مروجو القالب السابق بخصوص هؤلاء الضحايا ولكن أيضا مع عمل لإعادة التصنيف والمقارنة مع هؤلاء الضحايا يمكن أن يقود في شروط بعينها إلى إضعاف القالب الجاهز وإلى أنسنة الآخر.

### 3 / طابع الأقلية والعلاقات بين المجموعات

لم يعد يجري الحديث في الوقت الحاضر عن الأقلية من وجهة نظر كمية فقط ولكن أيضا من وجهة نظر كيفية. كما يجري اعتبار أن من الأقليات أولئك الذين لا يملكون الكثير من الموارد، والسلطة، والخبرة، والشرعية، والهيبة، إلخ. وتكون الأقلية كذلك بالنسبة إلى مجموعة سائدة وهذا لا يقتضي بالضرورة عدداً أكثر ارتفاعاً من الأعضاء. وفيما يتعلق بالسكان من الرجال الذين لديهم علاقات جنسية مع رجال فإنه يجري النظر إليهم على أنهم يشكلون أقلية صغيرة وهم بالفعل أقلية كيفية. ويجري النظر كذلك إلى هذه الأقلية على أنها معزولة بالقياس إلى بقية الجماعة. ويتمثل تأثير هذا في ظهور آليات فعالة عندما تكون لدينا مسألة تتصل بالعلاقة بين المجموعات بوجه عام. وبدقة أكبر فإن لدينا مسألة تتصل بالعلاقة بين المجموعة المسودة (الأقلية) والمجموعة السائدة (الغالبية).

وبوجه عام فإن الانتماء إلى المجموعة يشكل حاجة تحدد أنماط الفكر ولكن أيضاً العلاقات المرعية مع الغير وبدقة أكثر مع أفراد مجموعات أخرى. ولهذا الانتماء نتائج معرفية سيكولوجية. فهو يفسح المجال لعدد من الانحرافات المعرفية (المرتبطة بالتعامل مع المعلومات) في تعريف النفس والغير. وبين هذه الانحرافات، سخط إزاء المجموعة الأخرى، تحيز إزاء مجموعته الخاصة، وكذلك إدراك متزايد للتشابه بين أعضاء مجموعة بنفسها (هذا هو واقع التفكير « إنهم جميعاً متشابهون » أو « لا يمكن تمييز بعضهم عن بعضهم الآخر ») وللاختلاف بين الأفراد المنتمين إلى مجموعات مختلفة.

على أن المجموعات تتوافق قبل كل شيء على بناء ذهني (Tajfel et al.1971). والواقع البسيط المتمثل في تصنيف الأفراد في مجموعات مختلفة يمكن أن يشكل عاملاً محددًا كافيًا لتجلي ظواهر تمييز خارج المجموعة والتحيز إزاء المجموعة

وتأثير على سلوكه. ويستبطن شخص معرض للتمييز الصورة السلبية التي يعكسها الآخر إليه عن نفسه. ويتمثل تأثير هذا بدوره في انخفاض في « الاعتداد بالنفس، واحتقار النفس » (Clark,1947). وما زال النمط الآخر للتأثير مذهلاً أكثر: يميل ضحية الحكم المسبق إلى التصرف بطريقة تعزز الحكم المسبق (Rosenthal, 1968). ويجري تفسير هذه الظاهرة بترويج المروج للحكم المسبق، لسلوكيات تولد هي ذاتها لدى الآخر السلوك المتوقع. ويحدد واقع اتخاذ موقف سلبي إزاء شخص الطريقة التي يتم بها التصدي له. وهذه الطريقة للتصدي تثير لدى الآخر ردود أفعال لا تقوم إلا بتأكيد الحكم المسبق الذي جري الانطلاق منه. وعلى سبيل المثال: عندما نعتقد أن شخصاً ما عدواني (حكم مسبق) فإننا نتصدي بطريقة دفاعية، ويتمثل تأثير هذا بدوره في رد فعل دفاعي من جانب الآخر والحاصل أن هذا يؤكد في نظر مروج الحكم المسبق، فكرة أن الآخر عدواني، وتنغلق الدائرة. والمقصود «دائرة شريرة». وعلى الصعيد الاجتماعي، تتمثل وظيفة الأحكام المسبقة والقوالب الجاهزة في تبرير واستباق الصراعات مع المجموعات الأخرى. وواقع القول على سبيل المثال « أنا أهاجمهم لأنهم عدوانيون » هو الذي يتمثل تأثيره في إثارة صراع فعلي سيتم تبريره حتى قبل أن يندلع بالحكم المسبق الذي جري الانطلاق منه.

وبصورة عامة فإن القوالب الجاهزة والأحكام المسبقة يشترك فيها أعضاء مجموعة اجتماعية. ويعطي هذا لأعضائها الانطباع بالعيش في واقع مشترك جماعياً مما يفسح المجال لوهم الحقيقة. والمقصود وهم بواقع أن القوالب الجاهزة والأحكام المسبقة تعمل كمؤشرات مشوهة. وعلى سبيل المثال فإنها تضيء الأهمية على سمات غير اعتيادية (عدم احترام قواعد معيارية بعينها على سبيل المثال) ملحوظة عند أعضاء مجموعة أقلية وتهبط إلى حد أدنى بأهمية هذه السمات ذاتها لدى الأغلبية.

والأحكام المسبقة والقوالب الجاهزة مكتسبة ويمكن بالتالي نسيانها. والواقع أن القوالب الجاهزة هي التي تغذي الأحكام المسبقة. وعلى العمل لصالح الأشخاص ضحايا الوصم و/أو التمييز أن يجمع عملاً على الطريقة التي يتعامل بها مع

ووصف أشخاص آخرين أو مجموعات أخرى بطريقة مبسطة (مثلا : الجيدون/ الأرياء، الأسياء/غير الأسياء...). والمقولات المستخدمة على هذا النحو لتصنيف المجموعات الأخرى لا تتوافق مع واقع مطلق، إنها بجانبها الأكبر ناتجة عن الفكر. ومع هذا فإن هذه المجموعات تنتج انطبعا عن الواقع لأنها تتوسط بين الواقع والإدراك اللذين يملكهما عنها الأفراد الذين يعبرون عنها. وعلى هذا النحو فعندما يكون هناك إدراك مقولب لا يمكن أن يُرى في هذا وعي. ذلك أن القالب الجاهز يتمثل تأثيره في تبسيط وتعميم سمات يُفترض أنها تميز نمطا للشخصية. ولتوضيح هذا يكفي التفكير في سمات يعزوها الأفراد بطريقة آلية إلى الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال ("مخنثون"، "فاجرون"، إلخ). أو إلى أشخاص لهم لون بشرة آخر أو ثقافة أخرى.

وتتوقف قوة القالب الجاهز على الموقف. فالقالب الجاهز يكون أقوى عندما يؤثر لدى أشخاص انتماؤهم إلى مجموعة بعينها يُفترض أنها مختلفة عن مجموعة أخرى. ولتوضيح هذه الفكرة، فإن القول على سبيل المثال "نحن الأفارقة" إنما يحث آليا على فكرة "هم غير الأفارقة".

وتتجسد القوالب الجاهزة في سلوكيات لفظية من خلال الوصم على حين أن الأحكام المسبقة تفسح المجال لأفعال تمييزية. ويتم الاعتياد على القوالب الجاهزة والأحكام المسبقة في مجرى إضفاء الطابع الاجتماعي عبر التربية العائلية ولكن أيضا من خلال مختلف المجموعات التي ينتمون إليها. ومنذ صغرهم الباكر يكتسب الأطفال نماذج فكرية للإدراك والتقييم تأتي من أقرب المحيطين بهم.

والوالدان هما اللذان يلقنان الأطفال من خلال نماذج السلوك والخطاب الموافق الأساسية، وبوجه خاص إزاء السلطة ومجموعات الأقلية.

## 2/ تأثير الأحكام المسبقة والقوالب الجاهزة على الضحية

باستثناء التأثير المباشر للتمييز في حد ذاته، يعاني الأشخاص ضحايا الأحكام المسبقة تأثيرات أخرى غير مباشرة، وغادرة، ومتواصلة، لهذا التمييز. ويمكن ملاحظة نمطين من التأثيرات : تأثير على الصورة التي لدى الضحية عن نفسه

نظر السمات المميزة والسلوك. ويوجد من جهة أخرى إنكار لأهمية عددهم داخل الجماعات. ويؤدي هذا إلى وجود إحساس مُقوَّب عنهم. والرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال هم موضوع لمجموعة من السيرورات الفاعلة في مجال الإحساس بـ "الأخر المختلف" بامتياز وردّ الفعل نحوه. ولهذا فإن الوضع الاجتماعي للرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال جعل منهم موضوعا للتمييز والسيرورات الفاعلة هي :

الإحساس المقوَّب لسماتهم المميزة المفترضة

التهميش باعتبارهم مجموعة ينظر إليها على أنها مختلفة

العلاقات بين المجموعة الأغلبية السائدة والمجموعة الأقلية المسودة

### 1 / القوالب الجاهزة، والأحكام المسبقة، والتمييز

يرتبط سلوك التمييز، والقوالب الجاهزة، والأحكام المسبقة، ارتباطا وثيقا. وسلوك التمييز نتاج للحكم المسبق. وفيما يتعلق بالقالب الجاهز فإنه أحد مكونات الحكم المسبق. وهذا الأخير استعداد للتصرف بصورة ملائمة أو غير ملائمة إزاء شخص على أساس انتمائه إلى مجموعة بعينها (Gergen et Jutras, 1981). ويقتضي الحكم المسبق بُعْدا تقييما. ويتخذ هذا التقييم للغير كمعيار للحكم على انتماءه الاجتماعي (الكائن الجنسي المثلي) أو بعض السمات المميزة فعلية أو متخيَّلة (طريقة اللبس، السير...). ويتمثل تأثير الحكم المسبق في التمايز الاجتماعي بوجه عام وبصورة خاصة في التمييز عندما نكون إزاء مسألة حكم مسبق سلبي. ونجد 3 مكونات في الحكم المسبق :

**مكونا قائما على مستوى الفكر :** القوالب الجاهزة

**مكونا قائما على مستوى العواطف :** الأحاسيس السلبية بوجه عام

**مكونا قائما على مستوى السلوك :** التمييز

وتمثل القوالب الجاهزة (Lippmann, 1922) مقولات ذهنية تفيد في ترتيب

للكبت المنهجي المفروض على الميول « الجنسية المثلية للمغربي». وفي دراسة أجراها معتمري (Moatemri,2000)، يتضح أن 8 حالات تمت دراستها من خلال المقابلات تدل كلها على معاناة نفسية تحددها، في رأينا، عوامل اجتماعية وثقافية تتصل بوضع الجنسية المثلية والمواقف المعادية إزاءها.

### 3. الوضع الاجتماعي للرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال

من الصعب للغاية تعريف « وحدة » مفترضة للرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال. ذلك أنه يمكن تعريفها بنمط من الممارسات الجنسية كما يمكن تعريفها بالتردد على أماكن معينة أو بأسلوب حياة ما (Bourdieu,1998). ويواجه الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال معضلة يمكن تلخيصها على النحو التالي : إظهار أنفسهم والمطالبة بالاعتراف أو التواري والبقاء في الخفاء. والحال أن تمييزهم لأنفسهم كمجموعة محددة إما يعني الانحصار في مجموعة تتألف بصورة مفتعلة (الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال ينتمون جميعا إلى عدد كبير جدا من المجموعات الأخرى مثل "رجال"، "طلبة"، إلخ.) ومن المحتمل أن تتعرض لاعتداءات. وبالمقابل فإن عدم إظهار أنفسهم يعني تعزيز إنكار الأغلبية لوجودهم. والواقع أن هذا الإنكار للوجود يتوافق مع شكل للعنصرية التي تتخذ شكل "الإخفاء" (*invisibilisation*) (Bourdieu,1998).

ورغم "حالة سواء" معترف بها للجنسية المثلية في ميدان العلوم الإنسانية والطبية، فإن الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال يستمرون في الشعور بوضع موصوم على الصعيد الاجتماعي. ومع أن الظاهرة عالمية وينظر إليها في علم النفس وفي التحليل النفسي على أنها مجموعة من الميول والممارسات بين أشياء أخرى، فإن الجنسية المثلية موضوع لنظريات الحس المشترك. وينظر الأغلبية إلى الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال على أنهم يشكلون جزءاً من مجموعة متجانسة ومنعزلة من الأفراد، من أقلية. كما أن الإحساس بهم لدى الناس يتمثل في اعتبارهم في كثير من الأحيان حالات منعزلة ومتشابهة فيما بينها من وجهة

في الوقت الحاضر، تعرف المجتمعات الإسلامية تقسيما حادا بين عالمي الذكور/ الإناث. وفي المغرب، يتم التعبير عن الانتماء الجنسي بمجموعة من العلامات المشتركة المعنى (Chebel,1995). ويمثل اتهام رجل بفقدان الرجولة أسوأ الإهانات. وفي هذا السياق يكون الأشخاص من ذوي التوجه الجنسي المثلي أنفسهم معروضين للتساؤلات بالنسبة إلى "أخلاقهم" و "سوائهم". ولهذا فإن الجنسية المثلية مفهومة باعتبارها إعادة طرح للبحث لنسق استبطاني (Bouhdiba,1986). ويجري الحديث بالتالي في المغرب عن "بلية"<sup>220</sup> (Moatemri,2000). وكانت العائلات تفضل أن يتم اغتصاب ابنها على أن يكون جنسيا مثليا. فالجنس المثلي يجري فهمه على أنه كائن « أدنى »، « وغير ناضج » و « ناقص » (Chebel,1995,p.19). فلا بد له من بنية جسمانية وأخلاقية خاصة.

ويوجد تقسيم أيضا في العالم المغربي بين الطابع الإيجابي/السليبي للجنسي المثلي. إذ يستفيد « الجنسي المثلي الإيجابي » من صورة أكثر إيجابية من « الجنسي المثلي السليبي » (Moatemri,2000). وتوجد من جهة أخرى مماثلة للجنسي المثلي السليبي لجنس الذكر، بغياب هذه الذكورة (« موش راجل ») ولجنس المرأة لمثلية الجنسية التي لها دور إيجابي، برجل (« عيشة راجل »). ووفقا لشبل (Chebel,1995)، يوجد في المغرب كبت شديد جدا للجنسية المثلية الصريحة ("لواط") وكذلك للحب المثلي *homophilie*.

هناك نقطة أخرى ينبغي الإشارة إليها فيما يتعلق بالسلمات المميزة للوضع الجنسي المثلي في المغرب : إنكاره (Chebel,1995). ويحدث هذا وكأنه لم يوجد. وعندما يكون ظاهرا فإنه يجري عزوه إلى الخارج أو إلى الانحطاط (الغرب، التليفزيون و"القيم الأخلاقية"، تراجع الآداب العامة، إلخ).

ويجب ربط بيئة مثل السياق الاجتماعي-ثقافي التونسي على سبيل المثال بحياة معيشة شاقة لدى بعض الجنسين المثليين، بسبب وضعهم. وهذه الحالة الفعلية يلخصها شبل (Chebel,1995) على أكمل وجه في سياق حديثه عن المغرب : « التعاقب بسيط : الزواج أو الشقاء »، حيث لا يكون الزواج « سوى نتيجة

<sup>220</sup> \* لفظه تعود إلى مفهوم «العادة» القريب سيمانطيقيا من مفهوم «الاعتیاد» (Moatemri,2000).

أنه يوجد في الجنسية الطبيعية البشرية والحيوانية، المكونان الذكري والأنثوي (Roudinesco,1997). وقد نبعت هذه الفكرة من الاكتشافات التي تحققت في علم الأجنة التي أظهرت أن الجنين البشري مزود بقدرتين كامنتين، ذكورية وأنثوية. وإنما على هذا النحو نجد لدى الفرد الذكر أو الأنثى بقايا من الجهاز التناسلي للجنس المقابل. كما أن الجنسية الثنائية تدل على استعداد نفسي لا شعوري كنتيجة طبيعية للمكون البيولوجي ولكن دون أن يوجد لذلك تطابق كامل بين المستوى البيولوجي والمستوى النفسي. وبصورة عامة فإن الجنسية الثنائية لها نتائج سيكولوجية أساسية ناشئة عن صراع لدى الفرد بين المكونين الذكري والأنثوي (Freud,1905).

ومن وجهة النظر هذه، تتشكل الهوية الجنسية للفرد انطلاقاً من ضرورة القيام بأحد الاختيارات الجنسية الثلاثة الممكنة :

إما من خلال كبت أحد مكوي الجنسية (وتتمثل نتيجة هذا في الجنسية الغيرية أو الجنسية المثلية)

أو من خلال قبول المكونين (الجنسية الثنائية)

أو من خلال إنكار حقيقة الاختلاف بين الجنسين

## 2. الدلالات الثقافية للجنسية المثلية

على المستوى الثقافي، يوجد تباين وفقاً للعصور والأماكن لمفهوم الجنسية المثلية. ففي بعض المجتمعات، يجري التسامح معها بل حتى إضفاء طابع المؤسسة عليها وتملك وظائف اجتماعية محددة. وفي اليونان القديمة، كان يجري إضفاء طابع المؤسسة على الجنسية المثلية باعتبارها ممارسة تربط المعلم وتلميذه (Moatemri,2000). وكانت لها وظيفة تربوية وتلقينية. وبنفس الطريقة كان يجري التسامح مع الجنسية المثلية في روما القديمة كعلاقة تربط بين النبيل وتابعه، بشرط أن يكون الشريك عبداً أو شاباً من بين أولئك الذين احترقوا في الحمامات العامة (Bonnet,1983).

خاص سوف تشكل نقطة سيجري انطلاقا منها تطوير إرشادات فيما يتعلق بالنهج الذي ينبغي اعتماده في سبيل اتصال ملائم بشأن تغيير المواقف والسلوك تجاه خطر فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز.

## 1. الانتماء والتوجه الجنسيان

### 1 / عرض تاريخي لمفهوم الجنسية المثلية في ميدان العلوم الطبية

في الغرب، ابتدع بينكيرت *Benkert* في 1860 عبارة الجنسية المثلية. وابتداءً من القرن الثامن عشر، استهمل معنى هذا المفهوم انزلاقاً من المجال الأخلاقي إلى المجال الطبي. ومن القرن الثامن عشر إلى القرن التاسع عشر تحولت الجنسية المثلية من رذيلة إلى مرض (*Zacchias* 726 نقله عنه *Moatemri,2000,p.7*). وفيما بعد جعل منها فرويد (1905 نقله عنه *Moatemri,2000,p.8*) مشكلة ذات طبيعة سيكولوجية. وكان فرويد بين أوائل من نظروا إلى الجنسية المثلية في أوروبا نظرة أخرى غير النظرة المرضية. ويرى فرويد « أننا لا نستطيع أن نصفه بأنه مريض » (رسالة 9 أبريل 1935 نقله عنه *Moatemri,2000*). وفي السبعينيات، قررت الجمعية الأمريكية للتحليل النفسي عدم الاستمرار في إيراد الجنسية المثلية في دليل تشخيص وإحصاء الاضطرابات العقلية. وفي ذلك الوقت، صارت الجنسية المثلية في نظر العلماء شكلاً للجنسية بين أشكال أخرى.

### 2 / التصور التحليلي النفسي

وفقاً للتصور التحليلي النفسي (*Freud* 1911) تعتبر الجنسية المثلية نتيجة سياق يمكن أن يأتي بتطور النمو النفسي الجنسي للطفل. فهي تبدو في التصور الفرويدي وكأنها تشكل جزءاً من نمو الشخصية. ووفقاً لفرويد (1910)، فإن فترة ما قبل البلوغ هي التي يكون للطفل فيها، توجهه الجنسي الغيري أو المثلي الحاسم.

### 3 / مفهوم الجنسية الثنائية النفسية

ويرتبط مفهوم الجنسية المثلية ارتباطاً وثيقاً لدى أنصار التحليل النفسي بمفهوم الجنسية الثنائية. وفي النظرية التحليلية النفسية التي تأسست على فكرة

غير المشروع للممارسات)، ومادية (ضعف الوسائل المالية، غياب مجالات التعبير)، إلخ. ولكنْ بادئ ذي بدء، فإن فهما للجنسية بين الرجال يُعدّ ضرورياً لتحليل تكون غايته الوحيدة الفعالية إزاء وضع يوشك أن يغدو حرجاً في بلدان عديدة من الآن وإلى عدة أعوام. ومن الملح أن تستهدف أعمال الوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز من الآن فصاعداً الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال باعتبارهم أفراد متفاعلين وفي اعتماد متبادل مع كل أعضاء المجتمع. ولا يشكل الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال مجموعة قاطعة التحدد ومنعزلة عن باقي مجتمع وهمي التجانس من وجهة نظر الممارسات الجنسية. إن العمل لصالح الوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز لدى الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال يعنى العمل لصالح المجتمعات ككل. على أن إستراتيجيات الاتصال بقصد تغيير سلوكيات الوقاية لا تقوم في أكثر الأحيان إلا بإعادة إنتاج ما يقوم على وجه التحديد بمنع التغيير لدى الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال، أي الإلغاء ذو الطابع الهامشي لممارساتهم. ولهذا فإن تفادي عوامل مقاومة التغيير إزاء أعمال لصالح الوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز يمرّ بإعادة فحص لوجهات النظر التي جري إعداد هذه الأعمال انطلاقاً منها. وفضلاً عن هذا فإن هذه الأعمال هي بوجه عام ذات طابع معلوماتي. والواقع أن السلوكيات الجنسية إزاء الخطر لا تحددها مباشرة وببساطة معرفة طرق الإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز. وفي سبيل عمل موجه لصالح الوقاية، يجب فهم الجنسية ليس فقط من حيث كونها مجموعاً من السلوكيات المحددة بصورة عقلانية بل من حيث كونها علاقة معقدة بالآخر، باستخدام قيم، وتصورات، ومواقف، وموضوعة في سياق وموقف خاصين.

وسوف يجرى في هذا الفصل التصدي لبعض الجوانب النظرية المتصلة بتفسير الانتماء والتوجه الجنسي ولمحة إلى بعض العوامل النفسية-الاجتماعية المتصلة بوضع الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال وممارساتهم وتجربتهم المعيشة وهي عوامل قابلة لأن يكون لها تأثير في سلوكياتهم بشأن المخاطرة أو الوقاية. وأخيراً فإن العناصر الداخلة في عمليات الاتصال بوجه عام وبشأن الإقناع بوجه

**يوجد خطر بالغ من الآن ولعدة أعوام يتمثل في زيادة نسبة  
الأشخاص المصابين بعدوى فيروس نقص المناعة المكتسبة/  
مرض الإيدز بين سكان الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، وفقا  
لوثيقة، للتحالف الدولي لفيروس نقص المناعة المكتسبة/  
مرض الإيدز (2005). وبعض فئات الأشخاص هناك اليوم  
أكثر تعرضا من فئات أخرى نتيجة عدم وجود برامج للوقاية  
وكذلك لقلّة خدمات الكشف الطبي والرعاية الملائمة لهم  
بصورة نوعية. وهذه هي حالة الرجال الذين لهم علاقات  
جنسية مع رجال. وهذا الغياب لأخذ خصوصياتهم بوجه عام  
في الاعتبار يمكن أن يكون على صلة بواقع أن كثيرين بينهم  
لهم سلوكيات جنسية خطيرة.**



ويضاف إلى هذا واقع أنه، بصورة عامة، لا تشكل المعارف المكتسبة أو المعلومات المحققة عوامل كافية لحماية أفضل ضد الفيروس. ويقتضي إعداد إستراتيجيات أكثر ملاءمة أن يؤخذ في الاعتبار عدد كبير من العوامل الأخرى القابلة للإسهام، والحالة هذه عند الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال، في تحديد السلوك بشأن المخاطرة أو الوقاية فيما يتعلق بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز. وفي سبيل توضيح هذه العوامل، من الضروري أن نستكشف من جهة الأوضاع التي ينشأ فيها الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال والتي تشكل كذلك محددات سلوكية تجاه خطر الإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسبة/مرض الإيدز في تقرير جنسي. وهذه الأوضاع ذات طبيعة اجتماعية (المركز الاجتماعي، الفضح، التمييز)، و اجتماعية-عاطفية (نماذج علاقات الحب والجنس)، ونفسية (العمليات الإدراكية والعاطفية)، وثقافية (التصورات، المعتقدات، القيم)، وظرفية (السمات المميزة للشريك الجنسي، المكان، اللحظة...)، ووضعية (الردع، الطابع

# العوامل النفس- اجتماعية والوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة / مرض الإيدز لدى الرجال الذين لهم علاقات جنسية مع رجال درة بن عليّة

أستاذة محاضرة في علم النفس الاجتماعي بجامعة تونس المنار. متحصلة على شهادتها العليا من معهد الدراسات العليا للعلوم الاجتماعية بباريس و من جامعة « بروفانس » بفرنسا. عضو الشبكة الدولية، منظمة علوم الإنسان، و متخصصة في مجال التمثلات الاجتماعية.

Baisse  
70%

# العلاملات فري الجنس فري القانون التونسي

وحيد الفرثيشي

دكتور في القانون العام، أستاذ تعليم عالي بجامعة قرطاج، كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية بتونس. تتمحور اهتماماته العلمية بثلاث محاور : قانون البيئة، حقوق الإنسان و العدالة الانتقالية. حيث ألف و نشر عديد المقالات و الكتب. كان عضو اللجنة الوطنية للتقصي حول الرشوة و الفساد وهو في الوقت الحاضر عضو الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، و يتأأس الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية.

**يميز القانون التونسي بين وضعيتين مختلفتين فيما يتعلق  
 بالعمل في الجنس : من ناحية تجريم العمل في الجنس غير  
 المرخص فيه و تنظيم العمل العلني في الجنس المرخص فيه  
 من ناحية أخرى.**



## 1. تجريم تعاطي الجنس غير المنظم

ما يميز القانون التونسي هو تجريم كل مظاهر العمل في الجنس بالنسبة للنساء مما يمثل اتساع قائمة الأفعال المجرمة في هذا الإطار و ما يوسع في الاعتداء على الحقوق و الحريات خاصة فيما يتعلق بالمرأودة و التي تمثل مدخلا خطيرا لضرب حقوق و حريات هؤلاء النسوة. فبالرجوع إلى الفصل 231 من المجلة الجزائية نلاحظ أن « النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالترايب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الخناء و لو صدفة، يعاقبن بالسجن من ستة أشهر إلى عامين و بخطية من عشرين دينار إلى مائتي دينار. يعتبر مشاركا و يعاقب بنفس العقوبات كل شخص اتصل بإحدى تلك النساء جنسيا».

و الملاحظ أن القانون التونسي و تحديدا المجلة الجزائية (الصادرة سنة 1913) لا يستعمل العبارات و المصطلحات الدقيقة التي يمكن أن تساعد على فهم الظواهر أو الأفعال التي يجرمها فباستثناء عبارة « تعاطي الخناء » لا يستعمل القانون التونسي عبارات البغاء أو المرأودة أو غيرها من العبارات الأكثر دقة والتي تسهل تطبيق النص ولا تجعل منه نصا فضفاضا قابلا للتأويلات و ما يؤدي إليه من ضرب للحريات و حماية الحياة الخاصة وهو ما نلاحظه سواء في جريمة تعود تعاطي الخناء (1) و جريمة تعاطي الخناء و لو صدفة (المرأودة) (2) و في جريمة التحريض على الخناء و التوسط فيه و التمتع منه (3).

و هذا التمشي يجعل تعاطي البغاء السري جريمة اعتياد وهو تمشي قد يقلل من إمكانية عقاب ممارسة البغاء.

إلا أن هذه الإمكانيات لا تعفى تماما من العقاب ذلك أنه يمكن مؤاخذة هذه النسوة على أساس المراودة أو تعاطي الخناء صدفة كما تعرض لذلك نفس الفصل 231.<sup>211</sup>

### تعدد الشركاء :

بالرغم من عدم تعرض الفصل 231 إلى هذه المسألة فإن القضاء حاول لإقرار جريمة البغاء أن يشترط تعدد الشركاء وهو ما من شأنه أن يخفف و لو قليلا من اثبات تهمة البغاء<sup>212</sup>. و بالرغم من هذا التوجه الغالب فإننا نلاحظ أن عديد القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب أيضا لا تشترط تعدد الشركاء و تقر جريمة تعاطي الخناء رغم أن المتهمة اتصلت جنسيا برجل واحد فقط<sup>213</sup>. وهو توجه من شأنه التوسع في هذه الجريمة و في عدد المتهومات بها.

### ركن المقابل :

رغم أن الفصل 231 لم يتعرض صراحة إلى مسألة المقابل المادي في جريمة الخناء إلا أن قراءة المحاكم لهذا الفصل بينت ارتباط الخناء بالمقابل المادي و جعله نشاطا تهدف من خلاله متعاطيته تحقيق مكاسب مالية / مادية. هذا التوجه العام لمحكمة التعقيب<sup>214</sup> خالفته قرارات أخرى قرأت فيه الفصل 231 قراءة ضيقة و بينت أنه « يكفي لتوفر جريمة تعاطي الخناء أن تمكن المرأة رجلا من نفسها و لو من باب الصدفة دون حاجة إلى المقابل المالي أو الهدايا لأنه لا شيء في هذا الفصل 231 يتعرض إلى المقابل المالي<sup>215</sup> و بالنظر في مفهوم المقابل المالي نلاحظ أن القضاء اعتبر ذلك كل مقابل مادي :

مبالغ مالية أو هدايا : مصوغ ملابس ... إلا أن محكمة التعقيب اعتبرت أن المرأة التي تمكن الرجال من نفسها مقابل الأكل و المبيت لا تعتبر مرتكبة

<sup>211</sup> أنظر لاحقا

<sup>212</sup> تعقيب 29 نوفمبر 1978 ، نشرة ص 103 و تعقيب عدد 48432 بتاريخ 22 جوان 1994

<sup>213</sup> تعقيب عدد 7273 في 8 ماي 1972 و تعقيب عدد 1975 في الأول من ديسمبر 1977

<sup>214</sup> عديد القرارات الصادرة في 1970 ، 1973 ، 1975 ، 1979

<sup>215</sup> تعقيب عدد 30735 بتاريخ الأول من ديسمبر 1975

## 1 / جريمة تعود تعاطي الخناء

هذه الجريمة التي يتعرض لها الفصل 231 من المجلة الجزائية هي التي ترادف عبارات الأكثر دلالة من نوع تعاطي البغاء أو الدعارة و كذلك العمل في الجنس. و تطرح هذه الجريمة مجموعة من الأسئلة و الإشكاليات.

### 1.1 على مستوى أركان جريمة تعاطي الخناء :

بالرغم من أن الفصل 231 لم ينص صراحة على الأركان المكونة لهذه الجريمة بصفة صريحة و خاصة ركنها المادي (أي الفعلة التي تعتبر خناء) فإن القضاء التونسي و خاصة محكمة التعقيب قد ضبطت هذه الأركان : ركن تعود بيع العرض و ركن المقابل المالي.

### ❦ ركن تعود بيع العرض :

يستوجب هذا الركن منا تحديد مفهوم بيع العرض من ناحية و مفهوم التعود على ذلك أي المدة الزمنية و عدد المرات.

فبالنسبة لبيع العرض أي العمل الجنسي المعاقب عليه نلاحظ أن الفصل 231 لا يذكر أي تفصيل عن ذلك مما يفتح المجال أمام تجريم عديد الأفعال التي تدخل تحت طائلة الفعل الجنسي و لا يكتفي القضاء بمعاقبة الفعل الجنسي بالمعنى الضيق أي الوطء بالمكان الطبيعي للأثني بطريق الإيلاج حيث يعاقب القضاء كل الأفعال التي تمكن فيها المرأة الرجل من التلذذ الجنسي بجسدها سواء عن طريق المواقعة أو بغيرها من الطرق. و لو لم يقع الوطء سواء بالملامسات و التمسيد و المداعبات ... وهو ما يمثل قراءة خطيرة جدا فيها توسع كبير لمفهوم ممارسة الخناء.

أما بالنسبة لركن التعود فقد أشار الفصل 231 صراحة على مسألة « تعاطي الخناء » وهو ما أدى إلى قراءة ذلك بكونه ركن التعود حيث أكدت المحاكم خاصة محكمة التعقيب التونسية ذلك في فقه قضاء مستقر « حيث أن جريمة البغاء السري لا تتوفر إلا إذا ثبت أن الفاجرة اعتادت بيع العرض »<sup>210</sup>.

<sup>210</sup> تعقيب عدد 7509 في 21 ديسمبر 1970 و تعقيب 48419 في 17 جانفي 1995 ، النشرة ص 219 و النشرة ص 116.

للبغاء»<sup>216</sup>.

## 1.2 على مستوى عقاب البغاء السري :

إن جريمة تعاطي الخناء و إن أقر لها المشرع عقوبة بالسجن و بالخطية إلا أن لهذه الجريمة خصوصية تتمثل في أن الفاعل الأصلي فيها هو المرأة.

### ﴿ خصوصية جريمة الخناء ﴾ :

« المرأة المجرمة حتى و إن كانت قاصرا » إن الفاعل الأصلي في هذه الجريمة يكون دائما المرأة فهي التي تتعاطى الخناء في حين أن الرجل هو شريك وذلك طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 231 و هذا التمثي نجد أنه يسري حتى على القاصرات. ذلك أنه إزاء اتصال رجل بقاصر بمقابل فإنه يؤاخذ من أجل المشاركة في البغاء السري و لا يقع تتبعه من أجل موافقة أنثى سنها دون العشرين و برضاها. وهو ما أكدته محكمة التعقيب التي تذهب إلى أن « المراد بالمرأة في هذا النص (الفصل 231) هي الأنثى بقطع النظر عن كونها رشيدة أو قاصر شريطة أن يتجاوز عمرها 13 عاما ... »<sup>217</sup>.

هذا التوجه الغريب يجد مبرراته في التبرير الذي تقدمه المحكمة لهذا الاعتبار حيث ترى محكمة التعقيب أن جريمة البغاء السري متوفرة لأن مقترفتها « نشرت الرذيلة فعلا واتصلت بالعوض ممن اتصل بها جنسيا و حينئذ فهي تدخل تحت طائلة النص المذكور بلا جدال ... ».

وهو ما يؤكد أن اعتبارات التجريم و المؤاخذة الجزائية هي بالأساس ذات أبعاد أخلاقية. وهو ما يبرر أيضا أن محكمة التعقيب لا تعتد بزواج المرأة متعاطية البغاء مع شريكها لتوقف التبعات ضدهما و لا تعتد أيضا بإسقاط حق الزوج في تتبع زوجته من أجل جريمة الزنا حتى توقف تتبع المرأة متعاطية الخناء.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> قرار تعقيبي صادر في 29 نوفمبر 1978 عدد 2475 نشرية ص 104 و قرار صادر في 22 جوان 1994 عدد 48423 نشرية ص 25

<sup>217</sup> محكمة التعقيب قرار عدد 8075 في 29 نوفمبر 1972 النشرة ص 129 و قرار عدد 10933 في 5 جانفي 1976 النشرة ص 114

<sup>218</sup> قرار محكمة التعقيب عدد 159 المؤرخ في 11 أوت 1976 ، النشرة ص 114 و قرار عدد 10109 بتاريخ 20 أكتوبر 1975 النشرة ص 129

## عقاب جريمة تعاطي الخناء :

نص الفصل 231 على عقاب المرأة بالسجن من 6 أشهر إلى سنتين و خطية من عشرين دينار إلى مائتي دينار و تسلط نفس العقوبات على الرجال الذين يتصلون جنسيا بهؤلاء النسوة.

### 2 / جريمة تعاطي الخناء و لو صدفة : المرادة :

يعتبر إقرار جريمة المرادة من أخطر الجرائم على الحقوق و الحريات نظرا لأنها من الجرائم الغامضة و التي قد تتسع لتضرب حقوق و حريات النساء و الفتيات، فبالرجوع إلى الفصل 231 من المجلة الجزائية نلاحظ أنها تعاقب « النساء اللاتي ... يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول ... » و يسوي الفصل على مستوى العقاب بين تعاطي الخناء و المرادة فقط وهي مساواة خطيرة جدا على الحقوق و الحريات خاصة و أن مفهوم المرادة مفهوم غامض جدا ويستوجب توفر ركني العلانية و القصد الجنائي.

### 2.1 مفهوم المرادة : الغموض و الخطورة :

لم يعرف القانون (المجلة الجزائية) معنى « عرض النساء لأنفسهن » و يفتح بذلك المجال أمام كل التأويلات لمفهوم « التعبير عن الاستعداد و الرغبة في تعاطي الخناء و ذلك بواسطة الإشارة أو القول الموجه لشخص قصد تعاطي الخناء ». و هنا تكمن الخطورة ذلك أن المرادة تبدو و كأنها محاولة لتعاطي الخناء إلا أن المشرع لم يجرم المحاولة بل جرم المرادة و التي يمكن أن تكون بأفعال إيجابية (القول ، الفعل ، الإشارة ...) و يمكن أن تكون مرادة سلبية أي الوضع الذي يمكن أن تكون فيه المرأة، من مكان و هيئة و طريقة لباس و تزين مما قد يهدد حريات النساء و حقوقهن في المظهر و التنقل و التواجد في أي مكان : الطريق العام ، المقاهي، المطاعم و الفنادق .... وهي مسائل تضيق حتما من الحريات الأساسية.

إضافة إلى ذلك فإن المرادة الإيجابية تطرح عديد المسائل المتعلقة بمحتواها،

فإذا كانت بالقول أو بالإشارة فكيف سيتم تصنيفها كمرابدة و سيكون ذلك نهاية الأمر خاضعا لاجتهاد محكمة الموضوع اعتمادا على ملابس كل قضية و الظروف التي وقع فيها القول أوالإشارة و هيئة المرأة مثل مشيتها هندامها و مكان الواقعة ... وهي كلها مسائل خطيرة من شأنها ضرب حقوق و حريات النساء إلى جانب و صمهن و إهانتهن.

## 2.2 العلانية و القصد الإجرامي :

إن الفصل 231 لم يشترط ركن العلانية إلا أنه يتوجب أن ترتبط المرابدة بالعلانية و خاصة أن المرأة بموجب النص « تعرض نفسها » و يكون العرض بالأساس علنيا و هو ما قد يذكر بالنص الفرنسي للفصل 231 و الذي يتحدث عن عرض المرأة لنفسها على المارة و هي عبارة كان يمكن الاكتفاء بها و حصر المرابدة على الطريق بينما النص العربي يفتح الباب أمام كل أنواع العرض للنفس بالطريق العام أو في أي مكان آخر عمومي.

كل هذه الظروف المادية الخطيرة على الحقوق تستوجب توفر عنصر القصد الإجرامي و هو عنصر أساسي إلا أنه عنصر يمكن اثباته و ليس من الضروري أن يحظى عرض المرأة لنفسها بالقبول فبالإمكان اثبات قصدتها الإجرامي بوسائل الإثبات الجنائية الأخرى ...

## 2.3 عقاب المرابدة :

شدة العقاب، ينطبق على المرابدة نفس العقاب المسلط على المرأة المتعاطية للخناء، أي السجن من ستة أشهر إلى عامين و خطية من عشرين دينار إلى مائتي دينار و هي عقوبات شديدة مقارنة بالفعل الإجرامي نفسه و هو المرابدة التي من المنطقي أن تكون في عداد المحاولة و التي عادة ما يعاقب عليها بعقوبات أخف و أقل من العقوبات المقررة على الفعل الأصلي.

إن القانون التونسي المتعلق « بالجرائم الجنسية » هو من القوانين المنبئية على أسس أخلاقية و ليس على أسس موضوعية لحماية النظام العام و هو ما يوسع في مجالات الأعمال و الأفعال و الوضعيات المجرمة مما يقرب التجريم من

تجريم النوايا و ليس على الأفعال، وهو ما ينطبق أيضا على أعمال أخرى لها علاقة بالخناء كالتهريض عليه و التوسط فيه و التمعش منه.

### 3/ تجريم التهريض على الخناء و التوسط فيه و التمعش منه :

تجرم المجلة الجزائية في فصولها 232 إلى 235 عدة أفعال معتبرة إياها مشكلة للوساطة في الخناء، و بالرجوع إلى هذه الفصول يمكن أن نحصر هذه الجرائم في مجموعة من الحالات يمكن أن نحصلها في الصور التالية :

#### 3.1 إعانة و حماية و مساعدة خناء الغير أو السعي إلى جلب الناس إليه :

و تتمثل هذه الصورة في المساهمة النشيطة والحقيقية والمادية التي لها علاقة مباشرة بتعاطي الخناء ولا يكفي مجرد إساءة النصيحة لاعتبار ذلك إعانة على الخناء. إذ يدخل في هذه الحالة الأولى وضع محل على ذمة العاملة في الجنس سواء كان منزلا خاصا أو غرفة بنزل ... شرط توفر القصد الجنائي في القائم بذلك وهو ما أكدته محكمة التعقيب في قرارات عديدة سنة 1970 و 1977 و 1992.

#### 3.2 مقاسمة محصول الخناء و تسلم الإعانات :

تعاقب المجلة الجزائية كل من يقاسم بأي صورة كانت متحصل خناء الغير أو يتسلم إعانات من شخص يتعاطى الخناء عادة (الفقرة 2 من الفصل 232) و يشترط دائما بما في ذلك محكمة التعقيب أن يكون المتحصل على هذه الإعانات عالما بمصدر تلك الإعانات.

#### 3.3 معايشة شخص يتعاطى الخناء :

هذه الصورة التي نصت عليها الفقرة 3 من الفصل 232 بصفة صريحة إذ يعاقب الفصل كل « من يعيش قصدا مع شخص يتعاطى عادة الخناء و لا يمكنه أن يثبت أن له مداخيل كافية تسمح له بأن ينفق بمفرده على معيشتة » هذه الصورة من أخطر الصور لأنها تمس بصفة مباشرة حقوق و حريات الأشخاص الذين يعيشون مع العاملات في الجنس : « الزوج، الوالدين، الأخوة، الأبناء .... » وهي حالة تتوجب اثبات عنصر العلم بنشاط العاملة بالجنس وهي مسألة يصعب نفيها.

**3.4** استخدام شخص لتعاطي الخناء أو جره أو الانفاق عليه أو دفعه لذلك :

هذه الصورة تدخل في إطار استغلال الأشخاص لتعاطي الخناء وهي صور مجرمة بموجب القانون التونسي و لكن أيضا بموجب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالإتجار بالبشر و لذلك تعد هذه الصور من الجرائم التي لا تتعلق بحرية الأشخاص بل تتعلق بحمايتهم و تحديدا النساء من أي استغلال.

**3.5** عقاب جريمة التحريض على الخناء و التوسط فيه و التمتع منه :

ينص الفصل 232 من المجلة الجزائية على أن عقاب هذه الجريمة يكون بالسجن من عام إلى ثلاثة أعوام و بالخطية من مائة دينار إلى خمسمائة دينار و يصبح من ثلاثة سنوات إلى خمسة سنوات و ترتفع الخطية من خمسمائة دينار إلى ألف دينار بتوفر ظروف التشديد.

و تتمثل ظروف التشديد هذه في صورة أن تكون الفتاة التي يتم استغلالها في العمل في الجنس « قاصرة » أو أن يكون الشخص الذي يستغلها من اللذين لهم سلطة عليها : أحد الأقارب أو المشغل.

الملاحظ أن القانون التونسي المنطبق اليوم فيه خلط كبير بين ممارسة الجنس بمقابل بصفة إرادية من قبل المرأة و بين حالات الاستغلال التي تمارس عليها. فالقانون التونسي يعاقب بشدة ممارسة الجنس بمقابل خارج الإطار المنظم لهذا النشاط و تسري هذه العقوبات في حالات عديدة و على مجموعة كبرى من الأشخاص سواء العاملات في الجنس أو من المحيطين بهن وهو ما يمثل خطرا كبيرا على حقوق و حريات كل هؤلاء.

## 2 تنظيم البغاء العلني أو المرخص فيه

يخضع تنظيم البغاء العلني في تونس إلى القرار الصادر في 30 أفريل 1942 المتعلق بتنظيم الفجور و قد صدر عن الوالي الكاتب العام للحكومة التونسية و

الوالي المعتمد بإدارة الأمن العام للحكومة التونسية<sup>219</sup>.

هذا القرار تم تحيينه بموجب المنشور الصادر عن وزير الداخلية تحت عدد 399 بتاريخ 12 جانفي 1977 و المنظم للبعاء العلني .

هذان النصان القانونيان جاءا لتنظيم البغاء العلني و إخضاعه لمجموعة من الضوابط و الإجراءات التي أقرت شرعية هذا النشاط و أكدت بصفة عكسية منع البغاء السري أو الحر .

### 1 / إقرار البغاء العلني :

إن المنشور الصادر في 1977 و إن أقر إمكانية ممارسة البغاء العلني إلا أنه بين بوضوح أن العلنية لا تعني التجاهر بهذا النشاط في الطريق العام، بل المقصود بالعلنية هو « الحصول على التراخيص القانونية » لممارسة هذا النشاط و كل ممارسة لذلك خارج نطاق هذه التراخيص يعد عملا مخالفا للقانون و تنطبق عليه أحكام الفصل 231 من المجلة الجزائية المتعلقة بممارسة البغاء السري و ببقية أحكام المجلة الجزائية و خاصة الفصول 232 و ما يليها المتعلقة بالتحريض على الخناء و التوسط فيه و التمتعش منه. و ذكر المنشور صراحة بأن البغاء السري موجب للعقاب إلا أنه و لتحديد مفهوم البغاء العلني أو المرخص فيه لم يحدده بدقة بل إنه يعتمد دائما إلى مقارنته بالبغاء السري.

ذلك أن المنشور و إن أقر إمكانية الترخيص في البغاء إلا أنه يصدر أحكاما أخلاقية عليه حيث جاء بالفصل الثاني من المنشور : « ينبغي التمييز بين البغاء و الدعارة فالأول ضبطت أركانها بالفصل 231 من المجلة الجزائية ... في حين أن الدعارة تتمثل في تصرفات المرأة البالغة و الغير متزوجة التي تعرض نفسها على الغير مختارة بدافع إرضاء شهواتها، وهي و إن كانت تندرج في الأعمال التي تنال من مكارم الأخلاق و من الضروري مكافحتها في صورة تفشيها فإنها تختلف عن جرائم البغاء و التحريض عليه و التمتعش منه و كذلك جريمة الزنى و جرائم المواقعة ».

<sup>219</sup> نشر هذا القرار بالرائد الرسمي للمملكة التونسية في 5 ماي 1942 ص 2

فالمنشور، و إن ميز بين البغاء السري المجرم و البغاء العلني المرخص فيه، اعتمد على معيار أساسي في التفرقة وهو الترخيص الإداري و ما يتبعه من إجراءات و آليات رقابة تفرض على المحلات و على العاملات فيها بينما يبقى الحكم الأخلاقي على هذا النشاط واضحا حيث يعتبر هذا المنشور العاملة بالجنس هي : « المرأة التي اعتادت عرض جسدها على الغير لإشباع الشهوات الجنسية مقابل أجر مادي مهما كانت قيمته » وهو حكم فيه إذلال و وصم للعاملات بالجنس بالرغم أن النشاط الممارس مرخص فيه، فمن ناحية نلاحظ أن المنشور يحاول بإقراره الترخيص الإداري لممارسة الجنس التجاري أن يقاوم البغاء السري والاتجار بالنساء و استغلالهن جنسيا إلا أنه يحافظ على الأحكام الأخلاقية على هذا النشاط و كأنه يدين هذا العمل أخلاقيا و لكنه يقبل به مضطرا. و أحاطه كذلك بعدد الضوابط و الشروط القانونية لممارسته و قبوله.

## 2/ إحاطة البغاء العلني بمجموعة الشروط و الضوابط :

حاول المنشور أن يقيد نشاط العاملات في الجنس المرخص فيه و ذلك بضبطه مجموعة من الشروط و القيود على عملهن و على أشخاصهن و محلاتهن.

### 2.1 وجوب التسجيل في دفتر مركزي :

يلزم المنشور الصادر في 12 جانفي 1977 كل النساء الراغبات في تعاطي الجنس التجاري أن يتم تسجيلهن في دفتر مركزي أو دفاتر محلية و يخضع لذلك كل أصناف النساء الممارسات لذلك النشاط :

### تصنيف النساء العاملات في الجنس :

يتم هذا التصنيف باعتماد مكان النشاط سواء كن يعملن في الدور المغلقة و يضعن أنفسهن تحت مسؤولية المشرفات على دور البغاء لتعاطي نشاطهن فيه و الإقامة وجوبا هناك دون إمكانية الخروج منها إلا ليوم واحد في الأسبوع أو لأسباب صحية و لا يكون العمل بهذه الدور إلا في الأوقات و الأيام المنظمة قانونا.

النوع الثاني من العاملات في الجنس هن النساء اللاتي يعملن لحسابهن و في دورهن أي في منازل خاصة بهن يرتادها زبائنهن.

## الدفتري المركزي و الدفاتر المحلّية :

يجبر المنشور المؤرخ في 1977 كل العاملات في الجنس التجاري بالتسجيل في دفتري مركزي أو دفاتر محليّة معدة لذلك الغرض وعلى الراغبة في الترسيم أن تقدم طلبا إلى المركز الأمني و يقع سماعها من قبل رئيس المركز الأمني على انفراد و بعد التثبت من أن رغبتها حرة لا سلطان عليها لشخص يجبرها أو يكرهها يقع تسلم مطلبها بصورة كتابية. هذا الإجراء غايته هو التفرقة بين ممارسات الجنس المرخص لهن و النساء المجرمات نظرا لتعاطيهن البغاء السري غير المرخص فيه. إلا ان تسجيل العاملات في الجنس بصفة إجبارية يتناقض كليا مع المادة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحضر الإتجار بالأشخاص و استغلال دعارة الغير التي أقرتها الجمعية العامة في 3 ديسمبر 1949. و قد جاء في هذه المادة : « يوافق كل طرف في هذه الاتفاقية على إلغاء أو إبطال أي قانون أو نظام أو تدبير إداري يفرض على الأشخاص الذين يتعاطون الدعارة أو يشتهب بأنهم يتعاطونها أن يسجلوا أنفسهم في سجلات خاصة أو أن يحملوا أوراقا خاصة أو أن يخضعوا لشروط استثنائية على صعيد المراقبة أو الإقرار ».

و الملاحظ أن منشور 1977 قد برر وجوب التسجيل بالحفاظ على الأخلاق الحميدة وإحكام الرقابة على العاملات في الجنس صحيا و لكن أمنيا أيضا بالأساس.

### 2.2 الشروط واجبة التوفر في العاملات في الجنس :

اشترط المنشور الصادر سنة 1977 نوعين من الضوابط على العاملات : شروط واجبة التوفر قبل ممارسة النشاط : اشترط المنشور أن تكون المرأة الراغبة في النشاط : راشدة و غير متزوجة و لم تبلغ الخمسين و أن توفر شهادة طبية مسلمة من طبيب الصحة العمومية أو الطبيب المكلف بفحص المومسات لإثبات سلامتها من الأمراض المعدية والأمراض التعفنّية و خاصة الأمراض العصبية و النخاعية و التناسلية و الصدرية والسرطانية و أنها تتمتع بجميع مداركها العقلية.

### شروط واجبة التوفر أثناء ممارسة النشاط :

تخضع ممارسات الجنس المرخص فيه إلى نوعين : شروط صحية و شروط سلوكية.

### فبالنسبة للشروط الصحية :

تخضع العاملات في الجنس التجاري المرخص فيه إلى الفحص الطبي و السريري الشامل بصفة منتظمة و أسبوعية و في أيام و ساعات تحددها السلطة الإدارية ذات النظر و تتم هذه الفحوصات في محلات صحية أو استشفائية خارج دور البغاء. و لا يحق للعاملة التغييب عن الفحص الطبي و عند إصابة العاملة بمرض تعفني أو تناسلي فإنها تنقل وجوبا إلى المستشفى.

و بالنسبة للقيود السلوكية يحجر على العاملات بالجنس التواجد في أي مكان عمومي في وضع مخل بالأداب و الأخلاق : المحلات المعدة للرقص أو المحلات المؤتثة أو الفنادق أو الملاهي أو محلات بيع المشروبات ...

### 2.3 الشروط واجبة التوفر في محلات الجنس التجاري :

يشترط المنشور الصادر سنة 1977 في محلات ممارسة الجنس التجاري أن تكون في أماكن منزوية نوعا ما : في أماكن تقل فيها الحركة و تكون بعيدة عن كل مؤسسة سجنية أو إصلاحية أو صحية و عن التكنات و المساجد.

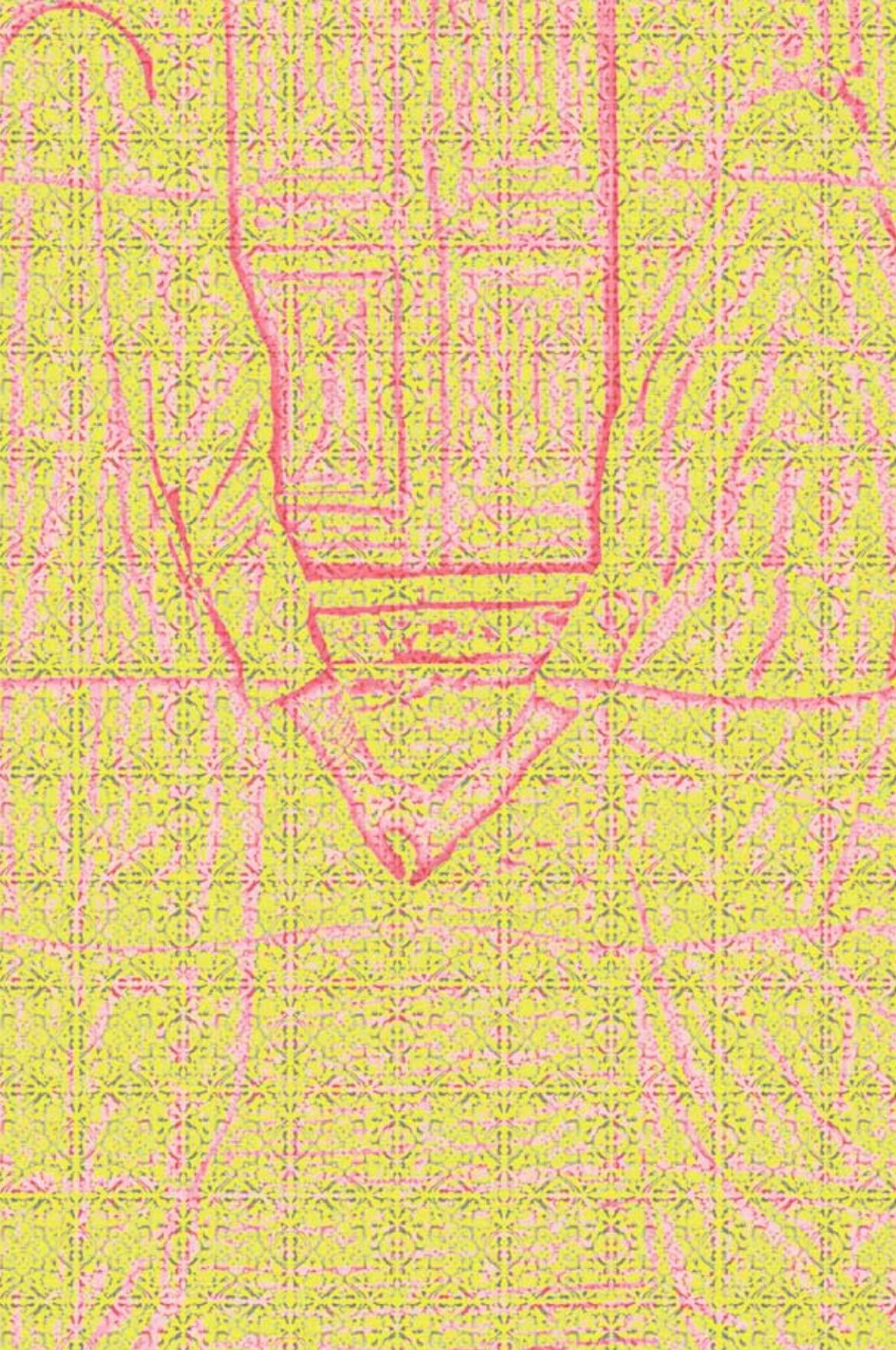
و لا يجب أن تحمل محلات البغاء أي إشارة أو دلالة على نوع النشاط الذي يمارس فيها و يتوجب أن تحترم كل قواعد الصحة و النظافة و الأمن.

و تعود هذه الواجبات إلى المشرفات على هذه الدور و المحلات و اللاتي يتوجب عليهن الامتثال الكامل لترايب النظافة و الصحة و تساعدن على توزيع المواد الواقية التي توصي باستعمالها المصالح ذات النظر و توزعن المنشير و الإعلانات الوقائية و إحاطة الطبيب المكلف بالفحص فورا بكل ما تلاحظن من إصابات مشبوه فيها.

و نلاحظ أنه يعود للسلطات الإدارية و الأمنية و الصحية الحق في مراقبة مدى احترام المشرفات على المحلات لكافة الشروط الصحية و يمكن لهذه السلطات أن تتدخل في أي وقت للتشديد في قواعد الصحة العامة و النظافة و الأمن.



Photomontage composé avec une source photographique issue du livre : « *Tunis, le quartier réservé*, in » Denise Bellon, Tunisie, photographies 1947-1960, Tunis Cérès éditions 2009, p. 95.



فبعض الدول التي لازالت توجد فيها هذه الممارسات بكثرة صوتت ضد هذا القرار.

و لهذا السبب فقد تبنت اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب قرارا يتعلق بالحماية من العنف وغيرها من انتهاكات حقوق الإنسان على أساس الهوية أو التوجه الجنسي الفعلي أو المتصور على الرغم من أن هذا النوع من العنف يعتبر شائعا في إفريقيا. إلا أن هذا القرار غير ملزم، فهو يقتصر على إدانة هذه الممارسات مع تقديم توصيات في هذا الصدد إلى الدول الأعضاء في الاتحاد.

فإجمالاً، جميع الآليات الأممية لضمانة لحقوق الإنسان تبدو لنا قادرة على توفير الحماية اللازمة للأفراد مهما كانت ميولاتهم الجنسية. فلا يحتاج القانون الدولي لحقوق الإنسان حقوقاً جديدة، إلا أنه يحتاج فقط لآليات لمعاقبة الدول التي لا تحترم حقوق الإنسان.

**فكيف يمكن ذلك و الحال أن هذا القانون الدولي هو نتاج إرادة الدول نفسها ؟**

الإنسان والشعوب صامتا عنه، بينما أقر العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية بحق كل شخص في أن يتم حمايته بموجب القانون من التدخل التعسفي أو غير القانوني في جميع جوانب حياته الخاصة ومن الحملات غير القانونية التي تمس شرفه و سمعته. في هذا المعنى ذاته، اعتبرت لجنة حقوق الإنسان في قضية تونين ضد أستراليا، أن إحترام الحياة الخاصة فيما يتعلق بالنشاط الجنسي بالتراضي و بمنأى عن الأنظار مبدأ غير قابل للجدل، وأن التدخلات المنصوص عليها في القوانين الوطنية يجب أن تتوافق مع أحكام العهد أو على الأقل أن تكون معقولة و ذلك نظرا للظروف الاستثنائية التي وجدت فيها رغم إعتبارها أن لا مبرر لها.

ولكن فيما يتعلق بمبدأ عدم التمييز، فإن الحق في الزواج مرتبط بالنسبة للجنة حقوق الإنسان بالقدرة الإنجابية، وبالتالي فهو يعتبر حكرا على الأزواج من جنسين مختلفين فقط. أما بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فإنها تعتبر أن العلاقة بين زوجين من نفس الجنس يعيشان معا بصفة مستقرة تعد فيا لحقيقة من قبيل الحياة الأسرية تماما كعلاقة زوجين من مختلفي الجنس.

أما فيما يتعلق بحماية الأشخاص على أساس مبدأ الكرامة و احترام حرمة الجسد فقد تمت إثارة النقاش حول حجم الانتهاكات الموجهة ضد المثليين والمثليات ومزدوجي ومتحولي الجنس في جميع بلدان العالم، تبنت بعده الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلانا بخصوص الميل الجنسي والهوية الجنسية في 19 ديسمبر 2008 فامتنتعت الدول العربية و الإسلامية وأغلب الدول الإفريقية عن التوقيع. واقتصر تطبيق هذا الإعلان في الدول التي لديها قوانين تحترم بالفعل مبدأ عدم التمييز.

و بعد هذه المحاولة الأولى و في جوان 2011، صادق مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة على القرار عدد 17/19 و هو أول القرارات المتعلقة بالميل الجنسي والهوية الجنسية. وعلى الرغم من أن الموافقة عليه كانت بأغلبية صغيرة، إلا أنها كانت ذات أهمية كبرى نظرا إلى أن الدعم الذي تلقته من قبل أعضاء المجلس شمل جميع المناطق. فقد كشف تقرير المفوضية السامية لحقوق الإنسان، الذي حرر بناء على طلب من المجلس، مدى حجم الانتهاكات التي لا تستند دائما على القوانين ولكنها تتأتى أحيانا من الممارسات الاجتماعية العنيفة.

أو الدين أو الآراء السياسية أو غيرها، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، الهدف منه توهين أو إحباط الاعتراف بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها وممارستها من قبل جميع الأشخاص في ظل ظروف من المساواة.

أما في حالة التمييز المبني على التوجه الجنسي الذي صمت عنه العهد، فإنه كان بالإمكان اللجوء إلى عبارة « أي وضعية أخرى » التي نجدها بالفصل الثاني من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و كذلك في الفصلين 2 و 26 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية، و ذلك لمعالجة جميع مظاهر التمييز الجديدة، منها التمييز القائم على التوجه الجنسي.

و في نفس السياق، وفي تقريرها العام عدد 20، أوضحت لجنة الأمم المتحدة للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية أنه « على الدول الأطراف أن تضمن أن لا يمثل التوجه الجنسي للشخص عقبة أمام تكريس الحقوق المضمونة بالعهد » و أن التمييز على أساس التوجه الجنسي للفرد يمثل أحد مظاهر التمييز الممنوعة، على الرغم من أن موقف لجنة حقوق الإنسان كانت مغايرة حيث أنه في قضية تونين ضد أستراليا، حيث كان على لجنة حقوق الإنسان اتخاذ قرار بشأن تجريم الممارسات الجنسية المثلية بالتراضي بين البالغين في ولاية تسمانيا، أكدت اللجنة أنه ينبغي اعتبار الإشارة إلى « الجنس » في الفقرة 1 من الفصل 2 والفصل 26 على أنها تشمل التوجه الجنسي و أنه لا داعي إلى إعتبار التمييز على أساس التوجه الجنسي « وضعية أخرى » على معنى الفصل 26 من العهد. وإضافة إلى ذلك، فمن الواضح أن القانون الأوروبي قد خطا خطى حثيثة في هذا المجال من خلال حظره في الفصل 21 من الميثاق الأوروبي أي تمييز مبني على الخصائص الوراثية أو الإعاقة أو التوجه الجنسي في الوقت الذي يعتمد فيه الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب مصطلح « أي وضع آخر » دون أي إشارة إلى التوجه الجنسي.

أما بالنسبة لحماية الأشخاص على أساس مبدأ احترام الحياة الخاصة، و الذي يعني الحق في العيش بمنأى عن الأنظار الخارجية، فقد بقى الميثاق الإفريقي لحقوق

**على الرغم من أن الحماية الدولية لحقوق الإنسان تستند على ثلاثة مبادئ كونية ألا وهي الحرية، الكرامة والمساواة. إلا أن وجود نوااميس، في بعض الدول، مرتبطة أساسا بخصوصيات ثقافية يمكن أن يجعل هذه الأخيرة تتعارض و مبدأ كونية الإنسان. فغالبا ما تتبع الدول طريقتين للتعامل مع الإنسان؛ إما من جهة كونه كائنا كونيا ومجردا أو من جهة أنه كائن موجود في مجتمع وفي ثقافة و في جغرافيا محددة.**



فبالرجوع إلى تقرير أعدته المفوضية العليا لحقوق الإنسان، تجرم عديد القوانين التمييزية، في 76 دولة مختلفة، العلاقات الخاصة و التي تتم بالتراضي بين أشخاص من نفس الجنس، معرضين بذلك عديد الأشخاص لخطر التمييز و الإيقاف من هنا ولد الوعي بحجم التجاوزات المتعلقة بالتوجه الجنسي.

وقد أقرت منظمة الأمم المتحدة على المستوى الدولي 5 التزامات أساسية على الدول بخصوص المثليين و المثليات و مزدوجي و متحولي الجنس و التي تؤكد كلها على مبدأ الحماية، و يتم تكريس هذا الأخير عبر ثلاث حقوق و هي عدم التمييز، احترام الحياة الخاصة و احترام حرمة الجسدية.

فبخصوص مبدأ عدم التمييز، فهو مكرس تارة في إطار عام و طورا في إطار خاص، عبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و كذلك عن طريق العهدين الدوليين المتعلقين تباعا بالحقوق المدنية و السياسية و بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية و الثقافية.

و نظرا إلى أن هذا العهد لا يذكر تعريفا للتمييز أو للتمييز المبني على التوجه الجنسي فقد التجأت لجنة حقوق الإنسان إلى التعريف الوارد بالاتفاقية الدولية لإلغاء كافة أنواع التمييز العرقي لتعريف هذا المصطلح و الذي يعني كل تمييز أو إقصاء أو تضييق أو تحبيذ يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة

# الميل الجنس في القلتون الدولي

ملون الحمروني

أستاذة محاضرة في القانون العام بكلية العلوم القانونية والاجتماعية  
والسياسية بتونس، عضو بالهيئة للدارة للجمعية التونسية للقانون  
الدستوري وكتابة تنفيذية للأكاديمية الدولية للقانون الدستوري.



و أضافت بأن المرض حالة من الحالات التي يمكن أن تصيب كل آدمي كبيرا كان أو صغيرا و لا يمكن بحال أن يكون سببا يعتمد بطلب الطلاق بموجب الضرر خاصة إذا لم يثبت طالب الطلاق أنه كان يجهل تلك الحقيقة عند إبرامه عقد الزواج<sup>206</sup>.

فمرض الأعصاب عند الزوجة مصيبة طبيعية حلت بالزوج لا تكون وحدها سببا لطلب الطلاق بضرر من الزوجة مع تغريمها للزوج وحرمانها من حضانة أولادها منه وبذلك فإن الحكم الصادر على الزوجة من اجل ذلك لا يكون مرتكز على سند قانوني صحيح فاستحق النقض<sup>207</sup>.

وبأن المعقب عليه لما طلب في بادئ الأمر الطلاق على أساس مرض الطاعنة لم يكن مفتريا لإنبائه على الواقع والتصريح به أمام القضاء لا يشكل كشفا لأسرار الزوجية كما لم تثبت الطاعنة إفشاء خصميتها ذلك بين الناس مما تنتفي معه دعوى الضرر المادي وأنها لم توجه اليمين الحاسمة شخصا وتأسيسا على ذلك فقضاء محكمة الموضوع بعدم سماع دعوى التعويض على الضرر المادي ورفض توجيه اليمين يعد في طريقه.

• واعتبرت المحكمة أنه لا تأسيس للطعن بكون المرض التناسلي حدث للطاعنة بعد البناء على قضية الطلاق المحكوم فيها على أساس الإنشاء لا الضرر<sup>208</sup>.

وإذا قام زوج على زوجه بالطلاق بسبب أنها مصابة بمرض يمنع الحياة الزوجية وتبين من الفحوص الطبية أنه غير مانع من الحياة المذكورة فإن تلك العلة لا تكون سببا في الطلاق طبق الفقرة الأولى من الفصل 31<sup>209</sup>.

## 2/ القيام بالحق الشخصي

ويكون ذلك اثر قيام دعوى جزائية ضد الزوج المعتدي ويمكن للمتضرر القيام بالحق الشخصي لطلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به حسب الفصل 7 و 37 وما بعده من م ا ج.

<sup>206</sup> تعقيبي مدني عدد 17977 مؤرخ في 29/09/1987

<sup>207</sup> تعقيبي مدني عدد 5929 مؤرخ في 15/12/1981

<sup>208</sup> تعقيبي مدني عدد 5736 مؤرخ في 23/06/1981

<sup>209</sup> تعقيبي مدني عدد 10079 مؤرخ في 02/04/1974

كما أن اعتداء الزوجة بالعنف على زوجها وعقابها من أجل ذلك بحكم بات يمكن معه للزوج طلب طلاقها من أجل الضرر مع التغريم والحكم به في طريقه ولا مطعن فيه يقتضى نقضه<sup>203</sup>.

وفي قرار مدني استئنائي عدد 4636 مؤرخ في 5 فيفري 1976 محكمة الاستئناف بسوسة تأثير العنف على العلاقات الزوجية « المحكمة لا تعتبر أن ذلك الاعتداء من شأنه أن يبرر نشوز الزوجة وعللت رأيها « وحيث أن مجرد وقوع مخالفة بسيطة حصلت بين الزوجين لا يمكن أن يبرر هجر الزوجة المستأنفة منزل الزوجية إلى الأبد والامتناع من مساكنة الزوج مهما كان الزمان والمكان ».

ويمثل الاعتداء بالعنف خرقا للواجبات المحمولة على الزوج بموجب الفصل 23 فهو مطالب بأن يحسن عشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وأن يتجنب إلحاق الضرر بها وهو ما يتنافى مع الاعتداء بالعنف.

فالزوجة المعتدى عليها بالعنف محقة مبدئيا في طلب التعويض عن مضرتها سواء بالقيام بالحق الشخصي أو بالقيام مباشرة لدي المحكمة المدنية.

• يمكن طلب الطلاق للضرر ولو قبل البناء لأن واجبات الزوجين الواردة بالفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية تتوحد بمجرد إبرام العقد. تمثلت وقائع القضية في اعتداء زوجها على والدها بالعنف وقضت المحكمة الابتدائية بالمنستير بعدم سماع دعواها فاستأنفت لدي محكمة الاستئناف بسوسة التي قضت بنقض الحكم الابتدائي والحكم مجددا بالطلاق للضرر قبل البناء لخطأ الزوج و300 د للزوجة لتعويضها عن الضرر الأدبي<sup>204</sup>.

### ﴿ وي طرح سؤال الذي هل يمكن طلب الطلاق للمرض ؟ ﴾

أي إخفاء شيء متعلق بجسد احد الزوجين واعتبرت محكمة التعقيب أن إصابة الزوجة بمرض خطير قبل عقد صداق الزواج بها و إخفاء ذلك على الزوج يجعل هذا الأخير متضررا به و تبعا لذلك فان طلاقه منها من أجل المضرة يعد طلبا وجيها<sup>205</sup>.

<sup>203</sup> تعقيبي مدني عدد 5819 مؤرخ في 06/10/1981

<sup>204</sup> تعقيبي مدني عدد 2155 مؤرخ في 10/10/1978

<sup>205</sup> تعقيبي مدني عدد 15391 مؤرخ في 17/06/1986

## ب. الحماية المدنية

### 1/ الطلاق للضرر نتيجة السلوك الخاطئ « التعويض »

#### هل يمكن طلب الطلاق لإخلال بواجب الإتصال ؟

من الممكن أن يبرر النشوز بإخلال الزوج ببعض الواجبات كأن يضر بزوجه « يهجرها في المضجع » عدم الكلام أي أن المبرر سوك خاطئ للزوج لكن المشكلة في الإثبات في كل الحالات يجب على الزوج أن يعاشر زوجته بالمعروف وأن يتجنب إلحاق الضرر بها.

والمعيار المحدد هو العرف والعادة « حسب الزمان والمكان » تقدير لأهل الاختصاص « قضاة الأصل ».

واعتبرت محكمة التعقيب في قرار مؤرخ في 01/10/2004 أن تضرر الزوجة من العجز الجنسي لزوجها يخول لها حق طلب التعويض عن ذلك إذا كان ذلك العجز سابقا للزوج و إخفاءه عنها الزوج و الأمر خلاف ذلك عندما يحصل العجز بعد الزواج فلا مجال للتعويض لأنه أمر لا يدخل لإرادة الزوج فيه و هو بلاء تسلط عليه و لا يتحمل وزره مرتين<sup>200</sup>.

#### • العنف :

محكمة التعقيب في قرار مؤرخ في 25/10/1994 بينت أن الإخلال بواجب المساكنة المحمول على الزوجة يستند فيه إلى واقع تعرضها إلى العنف دون أن ينازع الزوج في صحة هذا الواقع وينفي حدوثه فكان يتعين على محكمة الموضوع أن تولي العنصر الواقعي ما يستحق من العناية والبحث والتحميص في إطار الواجبات المحمولة على الطرفين بمقتضى أحكام الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية وما لذلك العنصر من تأثير على الدعوى ومدى أحقية طلب الطلاق على أساس الضرر إذا كان الضرر ناتجا عن السلوك الشخصي للمطالب نفسه<sup>201</sup>.

كما أن مغادرة الزوجة لمحل الزوجية اثر الاعتداءات التي سلطت عليها من طرف أهل زوجها لا يعتبر منها نشوزا و تبقى بذلك مستحقة لنفقتها.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> تعقيبي مدني عدد 2523 مؤرخ في 01/10/2004

<sup>201</sup> تعقيبي مدني عدد 41481 مؤرخ في 25/10/1994

<sup>202</sup> تعقيبي مدني عدد 14268 مؤرخ في 25/02/1986 وقرار تعقيبي مدني 10019 مؤرخ في 2 أفريل 1974

مذكور في ساسي بن حليلة : مرجع سابق ص132 .

من ذلك نذكر في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان و بالتحديد حقوق المرأة المادة 2 من إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على العنف ضد المرأة<sup>197</sup> الذي يعتبر من بين أشكال العنف ضد المرأة « العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك ... اغتصاب الزوجة ».

كما يترتب عن المساس بالجسد المحمي قانونا زواج الجاني بالمتضررة وكأنه محو لمسؤوليته الجزائية على حساب المرأة التي لها الحق في محاكمة عادلة تضمن لها التعويض عن الضرر الجسدي و النفسي الذي لحق بها جراء الاغتصاب.

### فهل أن الزواج سيكمد جرح الاعتداء على الحرمة الجسدية للمرأة ؟

في هذا الصدد يعتبر تكريس المشرع بالفصل 277 مكرر من المجلة الجزائية لمثل هذا الحل (زواج الفاعل بالمجنبي عليها في يوقف التبعات أو آثار المحكمة) خرقا للالتزامات الدولة حسب ما تقتضيه النصوص الدولية لحقوق الإنسان.

فللدولة أن تدين كل أشكال العنف ضد المرأة و ذلك ب « أن تدرج في القوانين المحلية جزاءات جنائية أو مدنية أو جزاءات عمل إدارية بحق من يصيبون من النساء بالأضرار بإيقاع العنف عليهن وأن تؤمن للنساء تعويضا عن الأضرار وينبغي أن تفتح فرص الوصول إلى آليات العدالة أمام النساء اللواتي يتعرضن للعنف »<sup>198</sup>.

كما يمكن أن يتم المساس هذه المرة بجسد آخر هو المولود للزوجين في حالة إذا ما قررت الأم قتله وهو ما نص عليه الفصل 211<sup>199</sup> تعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته.

وهذه الحماية يقرها المشرع تأتي في إطار حرمة الجسد وحتى ولو كان ابن وهو ما يتماشى مع نظرة المشرع وحرمة الابن بإلغاء الفصل 318 الذي كان يعطي الحق في تأديب الصغير وهو ما يعني منع المساس بالجسد في كل الأحوال.

<sup>197</sup> إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 48/104 المؤرخ في 20 ديسمبر 1993.

<sup>198</sup> المادة 4 (د) من إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 48/104 المؤرخ في 20 ديسمبر 1993

<sup>199</sup> (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989)

وجود القرائن القوية المتضاربة التي تدعم تلك التهمة في الخارج يكون حكمها متسما بضعف التعليل<sup>194</sup>.

فقد قدم المشرع الحق الخاص على الحق العام حفاظا على الروابط الأسرية ولأن وراء الحق الخاص في هذه الحالات حقا عاما أولى بالحماية وهو تماسك الأسرة ومناعتها وبالتالي مناعة المجموعة<sup>195</sup>.

#### • اغتصاب الزوجة :

لا يوجد نص في المجلة الجزائية حول هذه المسألة نظرا لأن العلاقات الجنسية في الزواج مشروعة ومباحة ولا يعقل أن يتم تجريم شيء مباح فلا يمكن تطبيق الفصل<sup>196</sup> 227 و الذي « يعاقب بالإعدام :

1/ كل من واقع أنثى غصبا باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به،

2/ كل من واقع أنثى سنها دون العشرة أعوام كاملة ولو بدون استعمال الوسائل المذكورة. ويعاقب بالسجن بقية العمر كل من واقع أنثى بدون رضاها في غير الصور المتقدمة.

ويعتبر الرضا مفقودا إذا كان سن المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة». فتدخل المشرع بالحماية هنا لكان لغاية حماية المرأة من أي اعتداء قد يمس الحرمة الجسدية، عكس الزواج الذي فيه المساس بالجسد مسموح ومباح العلاقات الجنسية فيه.

ولا يوجد فقه قضاء حول هذه المسألة، لكن يمكن للزوجة أن تقوم بدعوى لدى المحكمة على أساس أن زوجها قام بتعنيفها عمدا وأرغمها على القيام بالاتصال الجنسي. فلتن جرم القانون الاغتصاب لكونه اعتداء على الحرمة الجسدية فإن تجريمه للعنف الجسدي قد يسمح أيضا بتجريم العنف المسلط على الزوجة لإرغامها على الاتصال الجنسي من قبل زوجها.

<sup>194</sup> تعقيبي جزائي عدد 74063 مؤرخ في 16/04/1997 .

<sup>195</sup> فاطمة الزهراء بن محمود : الآليات الصلحية في مجلة الأحوال الشخصية ، م ق ت ، عدد 4، السنة 50، أفريل 2008، ص 45.

<sup>196</sup> (نقح بالقانون عدد 9 لسنة 1985 المؤرخ في 7 مارس 1985 و بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989).

ويمكن للزوجة أن تطلب الحماية عندما يقوم زوجها بتعنيفها، إمّا من السلطة الأمنية، وخاصّة من فرق الاستمرار بمناطق الأمن الوطني العاملين طوال 24 ساعة، أو من السلطة القضائية برفع شكاية إلى وكيل الجمهورية، أو من بعض الجمعيات والمنظمات المدنية المعنية بشؤون المرأة والأسرة، وخاصّة المعنية بظاهرة تعنيف النساء (وفي مقدّماتها مركز الإحاطة والتوجيه التابع للاتحاد الوطني للمرأة التونسية، ومركز الاستماع والتوجيه للنساء المعنفات التابع للجمعية التونسية للنساء الديمقراطيات).<sup>192</sup>

وبالرجوع للفصل 319 من المجلة الجزائية « يستوجب العقوبات المذكورة الأشخاص الذين يرتكبون المعركات أو الضرب أو العنف ولا ينجر منه لصحة الغير أدنى تأثير معتبر أو دائم ». (نقحت الفقرة الأولى بالقانون عدد 40 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010).

« وإذا كان المعتدي عليه سلفا للمعتدي أو زوجا له، فإسقاط حقه يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب ». (أضيفت بالقانون عدد 72 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993).

واعترت محكمة التعقيب في قرار أن جريمة الاعتداء بالعنف الشديد على القرين المنصوص عليها بالفصل 218 م ج في فقرته الثانية توجب تعمد القرين إحداث الجروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف<sup>193</sup>.

إن المحكمة الجزائية عندما تنظر في الدعوى العمومية المعروضة عليها تستعرض وقائع من خلال أوراقها المقدمة لها تقدما صحيحا وترجع للأدلة التي تستخلص منها الإدانة أو البراءة ثم تجري التكييف القانوني وتقوم بإنزال الحكم القانوني.

كما إن الدفع بلطف لا يعني العنف أو الضرب المنصوص عليهما بفصل الإحالة ولا يستقيم الرأي الذي فسر الدفع بالخشونة والعنف طالما أن المتهم صرح أن الدفع كان بلطف ولم يعتد بالعنف على الشاكية.

إن المحكمة التي قضت بالإدانة من أجل تهمة الاعتداء بالعنف الخفيف دون

<sup>192</sup> <http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=139>

<sup>193</sup> تعقيبي جزائي عدد 13518 مؤرخ في 20 أكتوبر 2007.

## الجزء الثاني : الممنوع : الاعتداء على الجسد في العلاقة الزوجية

ضمان الحرمة الجسدية يقتضي حماية كامل الجسد بجميع مكوناته المادية منها والمعنوية وحظر كل عمل أو امتناع عن عمل ينال منه أيا كانت الجهة الصادر عنها ذلك العمل أو ذلك الامتناع عن العمل وترتيب النتائج والآثار القانونية عن كل خرق لذلك الحظر تماشيا مع تحقيق النجاعة للنصوص القانونية وفعاليتها لا يتحقق إلا بتكريس حماية وهو ما كرسه قانون العائلة عند المساس بالجسد سواء بإقرار (أ) الحماية الجزائية أو الحماية المدنية (ب).

### أ. الحماية الجزائية

بما أن الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية الدولة عملا بالفصل 7 من دستور 27 جانفي 2014. تدخل القانون الجزائي في العائلة في عدة حالات من جهة لحمايتها وتسليط عقاب على المعتدي حسب نظام خاص يأخذ بعين الاعتبار الرابطة الزوجية ومن الجرائم التي قد تسلط على الجسد بين الزوجين الاعتداء بالعنف المنصوص عليها بالمجلة الجزائية. بالرجوع للفصل 218 من المجلة الجزائية « من يتعمد إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلية فيما هو مقرر بالفصل 319 يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار.

وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدى عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار.

ويكون العقاب بالسجن مدة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار في صورة تقدم إضمار الفعل.

وإسقاط السلف أو الزوج المعتدى عليه حقه يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب. والمحاولة موجبة للعقاب «.

بالنسبة إلى الوالدين. أما في حالة الإجهاض فقد مكن المشرع الطبيب حرية تقرير حفظ السر المهني أو الإفصاح عنه. على انه و عموما يخير الطبيب حفظ السر و إعلام المريضة فقط بحالتها أملا في إخضاعها للمراقبة و للعلاج اللازمين تحسبا من مخاطر الإجهاض *complications post-abortum*.

اعتبر فقه القضاء أن واجب الإعلام يسري بين الأطباء المباشرين لنفس الحالة و ذلك في القرار التعقيبي المدني عدد 04-13.805 الصادر بتاريخ 29/11/2005 و الذي تفيد وقائعه أن مريضة تفتنت إلى إصابتها بورم خبيث في نهدها فقامت ضد طبيب أمراض النساء الذي كان يتابع حالتها ناعية عليه عدم إعلامها بالمرض فدفع بمسؤولية المختص في الأشعة *radiologue* الذي أخفى عنه نتيجة التحاليل. وحيث نقضت محكمة التعقيب الحكم الاستثنائي فيما قضي به بثبوت مسؤولية الطبيب الأول فقط، معتبرة انه تقع على كاهل المختص في الأشعة واجب إعلام طبيب النساء بنتائج التحاليل المجرأة على المريضة و تقديم جميع ملحوظاته بشأنها له كتابيا.

كذلك طبقا للقانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج يسعى المرشحون إلى الزواج إلى الحصول على شهادة طبية من الطبيب. و يهدف هذا الإجراء إلى الوقاية من خطر العدوى بالأمراض الخطرة، على أن الطبيب يكتفي بالتنصيص على أنه فحص الزوجين و راجع التحاليل الطبية العامة والخاصة بالرتتين و بالدم طبقا للفصل 3، دون الإفصاح حقيقة عن المعلومات الواجب التعرض لها و التي وقع شرحها أعلاه. على أن له رفض تسليم الشهادة إلى حين زوال المرض. كما نشير أن الطبيب في هذه الحالة يفحص الزوجين كل على حدة و لا يعلمهما بحالتهما كذلك إلا منفردين.

يتم الفحص في إطار المسموح به عند المساس بالجسد في العلاقة الزوجية. إلا أن هذا المساس ليس مطلقا، إذ أن المسموح به يصبح ممنوعا عندما يتعلق الأمر بالاعتداء على الحرمة الجسدية.

## استثناءات السر المهني

إن الحفاظ على السر المهني لا يشكل غاية في حد ذاته بل يخدم مصلحة المريض الخاصة والمصلحة العامة التي تقضي تسيير و توفير مرفق الصحة. وبالتالي فإن هذا الواجب يعرف استثناءات كلما اقتضت المصلحة العمومية الإفصاح عن بعض المعلومات الطبية حول حالة مريض أو أن تقتضى مصلحة الطبيب الخاصة ذلك. على أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى نص قانوني صريح. و بذلك يقع على الطبيب واجب إعلام تجاه سلطات أو أشخاص غير المريض.

### أ. حماية المصلحة الخاصة للمريض

قد تقتضى مصلحة المريض إعلام أهله بالمرض كما قد تملئ في حالات أخرى إعلام الفريق الطبي المباشر لنفس الحالة.

### ب. إعلام الأهل

يقصد بالأهل الأصول و الفروع و الزوج. بالعودة إلى فقه القضاء و الفقه ننتين أن الطبيب عندما يجد نفسه أمام مريض قاصر أي دون الثمانية عشر سنة يتحتم عليه الرجوع إلى وليه لإعلامه بكل ما يمس الحالة المعروضة عليه، إلا أن هذا لا يمنع أن يعرض الطبيب المعلومات المذكورة أعلاه على المريض نفسه لما في ذلك من اثر ايجابي على العلاج. إلا أنه و في هذه الحالة يتوجب عليه مراعاة صغر سنه و بساطته و نفسيته للتأكد من انه تمكن من استيعابها، حماية لرضاه من كل العيوب التي قد تمسه. كما نلاحظ أن الاستثناءات المتعلقة بواجب الإعلام تبقى قائمة في صورة المريض القاصر فيعفي الطبيب في الحالات الاستعجالية، وفي صورة رفض المريض العلم بالمرض و في حالة اقتناع الطبيب بالنتائج السلبية للإعلام على نجاعة العلاج، من واجب الإعلام. وتجدر التفرقة بين الطفل الذي يرافق والديه لعيادة الطبيب لتلقي العلاج و هي صورة لا تولد أي إشكال و بين صورة المراهقة ذات 16 سنة التي تقصد الطبيب لظهور أعراض الحمل عليها. في هذه الحالة الطبيب يحفظ سر المهنة و لو

في هذا الإطار أكد البشير حمزة الرئيس السابق للجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية قبل صدور القانون المتعلق بالطب الإنجابي على أن : « تقنية الطب الإنجابي تستجيب للرغبة في انجاب طفل لغاية مواصلة النسل البيولوجي لكي لا يقع اللجوء للتبني ». مضيفاً أن تقنيات الطب الإنجابي تمكن من تجاوز العراقيل التي تواجه عملية الإخصاب الطبيعية وذلك لإنجاح عملية الحمل.<sup>191</sup>

### الجسد والسر المهني للطبيب

نص الفصل 7 على واجب حفظ السر المهني من المجلة التونسية لواجبات الطبيب و الفصل 254 من المجلة الجزائرية التونسية التي تعاقب الطبيب و الصيدلي و الجراح و القابلة و غيرهم من مختصي الصحة في صورة إخلالهم بهذا الالتزام بعقوبة السجن مدة ستة أشهر و بخطية مالية.

الحفاظ على السر المهني لا يهدف فقط تحقيق مصلحة المريض الخاصة التي تجد أساسها في عقد العلاج بل و كذلك تحقيق مصلحة عامة تتمثل في الحفاظ على مرفق الصحة. و هو ما دفع ببعض الفقهاء إلى اعتبار سر المهنة سرا يهم النظام العام و خرقه يشكل جريمة للحق العام. إذ انه و مع غياب أي شكاية جزائية يمكن لعمادة الأطباء تتبع طبيب من اجل خرقه للسر المهني. كما لا يستوجب توفر القصد الجنائي أو قصد الإضرار بالغير لقيام الجريمة فيكفي توفر الركن المادي و هو الإفصاح عن معلومات سرية تعرف عليها الطبيب في إطار عمله . ويشمل السر المهني لا فقط الطبيب بل جميع أفراد الفريق العامل من ممرضين و صيادلة و طلاب الطب و الجراحين ...

السر المهني هو واجب إذا مطلق و عام لا يعرف استثناءات إلا بموجب نص قانوني صريح أين يتدخل المشرع لرفع هذا الحضر لوجود مصلحة عامة تتسامى عن مصلحة المريض الخاصة.

<sup>191</sup> La procréation médicalement assistée. Problèmes médicaux actuels et éthique congrès de la société tunisienne des sciences médicales octobre 1995. VIIèmes journées médicales Ibn El Jazzar hôtel continental, Kairouan, 4-5 avril 1997. Association Tunisienne De Planification Familiale et l'Office National de la Famille et de la Population, Beja, Le 4 Avril 1998. Professeur Bechir HAMZA : [http://www.comiteethique.rns.tn/ethique/CONFERENCES\\_ET\\_PUBLICATIONS/PRO-CREATION\\_MEDICALEMENT\\_ASSISTE.pdf](http://www.comiteethique.rns.tn/ethique/CONFERENCES_ET_PUBLICATIONS/PRO-CREATION_MEDICALEMENT_ASSISTE.pdf)

## الحرمة الجسدية وقانون الطبّ الإنجابي

ومما لا شك فيه أن ممارسة الأعمال الطبية والجراحية بصفة عامة تتطلب المساس بسلامة جسم الإنسان مما يجعلها تتطابق مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم وتدخل بالتالي تحت طائلة الأفعال المجرمة<sup>189</sup>. غير أنه إذا تعلق الأمر بعقد طبي تقليدي فإنّ الاعتداء على سلامة الفرد الجسدية الحاصل بمناسبةه ، إلى جانب عدم خطورته نسبيا فإنّ الغاية العلاجية التي يسعى الطبيب إلى تحقيقها من ورائه تبرره.

وقد أقرّ المشرع الفرنسي مبدأ ضمان « احترام الكائن البشري منذ بداية حياته » وسعى لتنظيم هذه الحماية بموجب قانونين صدرا عام 1994 سميّا « تشريع الأخلاقيات الطبية ».

أما المشرع التونسي فقد كرس بمقتضى القانون الصادر في 7 أوت 2001 المتعلق بالطبّ الإنجابي مبدأ احترام الحرمة الجسدية للفرد إذ نصّ الفصل الأوّل منه على أنّ الطبّ الإنجابي « يمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان وصون حرمة الجسدية »<sup>190</sup>. وقد أخضع هذا القانون الجوانب المتصلة بالطبّ الإنجابي لأحكام دقيقة لضمان حرمة الفرد وحماية مكّونات شخصيته. فحصر الأعمال الطبية المساعدة للإنجاب في الشخصين المتزوجين وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما (الفصل 3) وبشرط وجودهما على قيد الحياة، وفي سنّ الإنجاب وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط، على أن يتم تلقيحها بحضورهما شخصيا، كما منع تكوين الجنين أو استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل (الفصل 7) واستبعد ما يسمّى بـ « الأمومة البديلة » أي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين (الفصل 15) وحجّر الاستنساخ وفرض مراقبة إدارية على الهياكل الطبيّة المؤهلة لإجراء أعمال الطبّ الإنجابي. وقد ساندت لجان الأخلاقيات الطبيّة هذا الاتجاه وانبثقت عنها العديد من الآراء الاستشارية حول مسائل أخلاقية مرتبطة بالطبّ الإنجابي فكانت آراؤها معتمدة من قبل المشرع لمنع بعض الممارسات الطبيّة الماسية بكرامة الإنسان.

<sup>189</sup> محمد فيصل شديد « الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون » رسالة كلية الحقوق بتونس 1993 ص 20.  
<sup>190</sup> قانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلّق بالطبّ الإنجابي الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص. 2573.

### الاستنساخ :

الاستنساخ هو من نسخ الشيء واستنسخه فهو ناسخ أي نقله والكتاب كتبه حرفا بحرف. وتناسخ الأرواح عند الهنود والأمم القديمة هي عقيدة شاع أمرها ومفادها أن تنتقل روح الميت من كائن حيٍّ إلى آخر(..). وعلميا فإن تكنولوجيا الاستنساخ تؤدي إلى تكوين نسخة بشرية أو شبيهة مطابقة للأصل وقد ربط الموضوع بالهندسة الوراثية لكنه خلط مغلوط إذ أن هناك فارقا عمليا كبيرا بين العمليتين لأن الهندسة الوراثية ترمي إلى إضافة جينات جديدة تمكّن من ظهور صفات أفضل في الكائنات على خلاف الاستنساخ الذي يهدف إلى إنتاج نسخة مطابقة للأصل.

و عملية الاستنساخ تنقسم إلى استنساخ جنسي وجسدي :

﴿﴾ فأما الاستنساخ الجنسي فينتج عن التقاء الحيوان المنوي بالبويضة واللتان يمتلكان نفس عدد الكروموسومات (مادة وراثية) لنصل أخيرا إلى النطفة المخصبة وتكون النتيجة توأما، وبقدر انقسام الخلايا يكون عدد الأجنة.

﴿﴾ وأما الاستنساخ الجسدي أو اللاجنسي فهو وضع نواة لخلية مخصبة ووضعها في بويضة مفرغة، ويحدث الاندماج بواسطة طاقة كهربائية ويكون الجنين ولدا أو بنتا بحسب الصفات الوراثية للخلية، وهي نفس الطريقة التي بعثت بها النعجة « دوللي » إلى الوجود. ويبدو وأن طموح العلماء لا حدود له إذ يأملون في استنساخ الإنسان مع أن هذا الأمر محطما لقاعدة الخضوع لقانون الطبيعة الكونية.

### مسألة تنظيم الإنجاب بالمساعدة الطبية :

إن أحدث طريقتين للتلقيح الصناعي هما :

1. طريقة التلقيح الصناعي الداخلي : وذلك عن طريق حقن نطفة الرجل في الموضوع المناسب من الجهاز التناسلي للمرأة.
2. طريقة التلقيح الصناعي الخارجي : وذلك بجمع الحيوانات المنوية للرجل وبويضة المرأة في أنبوبة اختبار وإعادة زرعها أي اللقيحة في رحم المرأة.

اذ أنّ القانون عدد 7 لسنة 1961 المؤرخ في 9 جانفي 1961 والمتعلق بالمنتجات والأدوية الوقائية للحمل يندرج ضمن المنظومة الصحية الإنجابية<sup>188</sup>.

وقد ألغى هذا القانون أحكام الأمر المؤرخ في 18 سبتمبر 1920 الذي ينص على عقوبات ضدّ من يقوم بإشهار يتعلق بأدوية أو مواد أو آلات واقية من الحمل وأمر 1923 الذي كان يحجّر استردادها وأمر 1942 المتعلق بالإشهار الطبي والاختصاصات الصيدلانية.

وبمقتضى هذا القانون أصبح الاسترداد والإشهار أو البيع للأدوية الواقية من الحمل خاضعا للتراتب المتعلّقة بالمنتجات الصيدلانية، حيث لا بدّ من الحصول على رخصة ووضع التأشير التونسية عليها عند إعدادها للبيع.

من أكثر تجليات حرية التصرف في الجسد هو القيام بالإجهاض فهو يدخل في حق الزوجة في التصرف في جسدها بالحمل أو بمنع الحمل وهو ما يعكس موقف المشرع بأن حرية التصرف في الجسد موجودة لكنها محدودة ومرتبطة بتوفر شروط ثلاث للإجهاض.

كما يمكن في إطار العلاقة الزوجية أن يتمّ المساس بالجسد لغايات طبية علاجية وهو أمر مسموح ومقبول بالقانون الذي يسمح بالمساس بالجسد لغاية طبية بطبيعة الحال بعد موافقة القرين المعني.

### و السؤال الذي يطرح هل يمكن للقرين في صورة وفاة القرين الآخر أن يقوم بالتبرع بالأعضاء ؟

لا يمكن ذلك لان الجسد خارج عن دائرة التعامل ولا يسمح للزوج أن يقوم بالتبرع بالأعضاء في حق القرين المتوفى لأنه أمر شخصي و لا تفويض فيه.

كما يمكن لكل من الزوجين أن يصرح بالتبرع بالأعضاء البشرية حسب القانون المنظم لذلك.

<sup>188</sup> الرائد الرسمي عدد 1 بتاريخ 3/6/10 جانفي 1961 ص. 10

### ب. التدخل الطبي « الإجهاض أو العلاج »

مناسبة العلاقة الزوجية يمكن أن يتم المساس بالجسد لكن هذه المرة ليس من أجل المتعة الاتصال الجنسي ولكن من أجل التخلص من الحمل الذي أنتجه الاتصال الجنسي من خلال الإجهاض الذي نص الفصل 214 من المجلة الجزائية على أنه<sup>187</sup>: كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أطعمة أو مشروبات أو أدوية أو أية وسيلة أخرى سواء كان ذلك برضى الحامل أو بدونه يعاقب بخمسة أعوام سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين.

وتعاقب بعامين سجنا وبخطية قدرها ألفا دينار أو بإحدى العقوبتين المرأة التي أسقطت حملها أو حاولت ذلك أو رضيت باستعمال ما أشير به عليها أو وقع مدها به لهذا الغرض.

يرخص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية في مؤسسة استشفائية أو صحية أو في مصحة مرخص فيها.

كما يرخص فيه بعد الثلاثة أشهر إن خشي من مواصلة الحمل أن تتسبب في انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها.

إن إبطال الحمل المشار إليه بالفقرة السابقة يجب إجراؤه بعد الاستظهار لدى الطبيب الذي سيتولى ذلك بتقرير من الطبيب الذي يباشر المعالجة.

لكن في المقابل يعتبر الإجهاض من بين مظاهر حق حرية المرأة في جسدها و من الحقوق الإنجابية.

يهدف أساسا إلى حماية صحة الأم مع الحرص على عدم إنجاب أجنة مشوهين قد يتضررون في حياتهم نفسيا و عضويا.

الصحة الجنسية والإنجابية للنساء مرتبطة بحقوق إنسان متعددة، بما فيها الحق في الحياة، والحق في عدم التعرض للتعذيب، والحق في الصحة واستعمال موانع الحمل.

<sup>187</sup> (نقح بالقانون عدد 24 لسنة 1965 المؤرخ في غرة جويلية 1965 و بالمرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرخ في 26 سبتمبر 1973 المصادق عليه بالقانون عدد 53 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973).

• كما أقرت محكمة الاستئناف بسوسة في قرار استئنافي مدني عدد 28 مؤرخ في 30 أفريل 1997<sup>184</sup> أن « نطاق الواجب المحمول على الزوجة لا يتعدى إذا التمكين من النفس بصفة طبيعية لا مغالاة فيها ولا خروج عن المألوف مما اعتاده العباد » وأن « إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدة أشهر مستمرة وإهمال حاجتها إلى المعاشرة المرتقبة بسبب شذوذه الجنسي وغياب الرغبة لديه في الاتصال بها جنسيا بصفة طبيعية أي بالإيلاج والإنعاض بالموطن الطبيعي يلحق مضرة بالزوجة وعليه كان لقيام الزوجة بطلب الطلاق للضرر من أجل ما ذكر قائم في الواقع والقانون وهو الإمساك عن وطئها واجتنابها في تحقيق اللذة الجنسية دون مبرر مقبول ».

• كما أن تضرر الزوجة من العجز الجنسي لزوجها يخول لها حق طلب التعويض عن ذلك إذا كان ذلك العجز سابقا للزوج و أخفاه عنها الزوج و الأمر خلاف ذلك عندما يحصل العجز بعد الزواج فلا مجال للتعويض لأنه أمر لا دخل لإرادة الزوج فيه و هو بلاء تسلط عليه و لا يتحمل وزره مرتين<sup>185</sup>.

لحل اشكال العجز الجنسي أوجد المشرع حلا للرجل و المرأة في حالة عدم القدرة على الإنجاب في إطار العلاقة الزوجية وذلك في ميدان مايسمى بالطب الإنجابي والمقصود به « كل الأعمال الطبية الداخلة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب والرامية إلى معالجة عدم الخصوبة ».

كما « يهدف الطب الإنجابي إلى الاستجابة لطلب شخصين متزوجين وذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما ويقدم هذا الطلب كتابيا<sup>186</sup> ».

و بما أن الاتصال الجنسي المسموح به لا يكون إلا في إطار العلاقة بين شخصين متزوجين فإن الرأي الغالب في الفقه وفقه القضاء هو الاعتراف فقط بنسب الابن المولود من علاقة زواج شرعية أي عملا بالحديث النبوي « الولد للفراش وللعاهر الحجر ».

لئن كان المساس بالجسد من خلال الاتصال الجنسي في إطار العلاقة الزوجية مسموحا به فإن المساس ممكن أيضا من خلال التدخل الطبي.

<sup>184</sup> ساسي بن حليمة : مرجع سابق ، ص75.

<sup>185</sup> تعقيبي مدني عدد 2523 مؤرخ في 01/10/2004 .

<sup>186</sup> الفصلان الأول والثالث منقانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص. 2573.



الإسلامية دون تعدد على الذات أو الخدش المنكر للحياء على معنى الفقرة 202 من لائحة الأحكام الشرعية للشيخ جعيط. نطاق الواجب المحمول على الزوجة لا يتعدى إذا التمكين من النفس بصفة طبيعة لا مغالاة فيها ولا خروج عن المؤلف مما اعتاده العباد.

ومن هنا فإن فقه القضاء يقر بمساواة في العلاقات الجنسية بين الزوجين لا فرق فيها بين الرجل والمرأة لان الغريزة لا تعترف بهذه الفروق فقد أبيض الوطاء شرعا لمصلحة الطرفين وهو يؤدي إلى منع ضرر الشهوة عن المرأة كأدائه إلى منع ضرر الشهوة عن الرجل وهي فطرة بشرية أصلية لدى الطرفين يتحتم تصريفها بالطرق الشرعية لذا وجبت المساواة بين الزوجين مساواة كاملة<sup>180</sup>.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في 07/06/2007<sup>181</sup> أنه لا خلاف حسب كل الفقهاء وأن القدرة الجنسية تعدّ من الشروط الجوهرية لعقد الزواج وهي من الشروط الفيزيولوجية الجوهرية التي تتأسس عليها العلاقة الجنسية باعتبارها أمرا طبيعيا وحتميا ولازما لقيام العلاقة الزوجية.

✎ إن المشرّع التونسي ولئن لم يعرف الزواج ضمن مجلة الأحوال الشخصية إلا أنه يمكن القول عامة أن الزواج هو عقد يتعايش بمقتضاه رجل و امرأة تحت سقف واحد ليلتقيا عاطفيا وجنسيا للمحافظة على الجنس.

✎ لا خلاف وأن عقد الزواج مبناه المكارمة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات وأنه متى فقدت فيه الشروط المطلوبة يتعين فسخ هذا العقد بالطرق القانونية ولا التنفيذ على ذات الشخص.

✎ طالما أقرت الزوجة بانعدام العلاقة الجنسية بينها وبين معاقدها على مر العديد من السنين فإن صبر الزوج ومهله عن طلب الطلاق لا يعدّ منه تنازلا عن ضرره ورضاه باستمرار الحياة الزوجية على هذا النحو.

✎ إن المرض الجنسي الذي تعانیه المرأة يعد عائقا عن ممارسة الحياة الجنسية وبالتالي يمثل ضررا مباشرا.

<sup>180</sup> حامد الجندلي : مرجع سابق، ص 184.

<sup>181</sup> تعقيبي مدني عدد 12678 مؤرخ في 07/06/2007.

أو خارجها شخص كامل الشخصية القانونية كالرجل لها حقوق وعليها واجبات. « ويشير تعبير التنميط الجنساني إلى الممارسة التي تُنسب بها إلى امرأة معينة أو رجل معين خصائص أو سمات أو أدوار محددة لسبب وحيد هو عضويتها أو عضويته في الفئة الاجتماعية من النساء أو الرجال. والتنميط الجنساني يكون غير مشروع عندما يسفر عن انتهاك أو انتهاكات لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. ومن الأمثلة على ذلك عدم تجريم الاغتصاب الزوجي بالاستناد إلى نظرة المجتمع إلى النساء باعتبارهن المتاع الجنسي للرجال».<sup>175</sup>

وهو ما يتغير في المكان حسب الجهات والأوساط الاجتماعية وفي الزمان حسب تطور العائلة وتأثرها بالمعطيات الاقتصادية<sup>176</sup> و الزوجة تتمتع بقرينة على القيام بواجباتها الزوجية حسب فقه القضاء<sup>177</sup> ..

الزوجة لا تستحق النفقة من زوجها إلا بالدخول بها (الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية) فالحكم لها بها قبل الدخول فيه خرق للقانون يوجب النقص<sup>178</sup>.

والسؤال الذي يطرح ما هي طريقة القيام بالعملية الجنسية ، لقد أجابت محكمة الاستئناف بسوسة عن ذلك بالرجوع للفقه الإسلامي في قرار استثنائي مدني عدد عـ 76 28 دد مؤرخ في 30 أفريل 1997<sup>179</sup> من أنه :

1/ اقتضت الفقرة 2 من الفصل 23 المنقح بقانون عدد 74 لسنة 1993 بأن على الزوجين أن يقوموا بواجباتهما الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة

2/ من مجلة الأحوال الشخصية باعتبارها قائلة بأحكام الشريعة الإسلامية لن يكون تفسير الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور ، بحيث أن الزوجة في نطاق الواجب الجنسي المحمول عليها ليست مطالبة سوى بطاعة زوجها في قضاء وطره منها بأن لا تمتنع عن رغبته في الاستمتاع بها حسب التقاليد والأعراف

<sup>175</sup> <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>

<sup>176</sup> عن مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان

<sup>177</sup> تعقيبي مدني عدد 9294 مؤرخ في 20/02/1973.

<sup>178</sup> ساسي بن حليلة، مجموعة تعليقات على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2012، ص 43

<sup>179</sup> تعقيبي مدني عدد 7664 مؤرخ في 10/05/1983.

<sup>179</sup> ساسي بن حليلة : مرجع سابق، ص 75.

## فهل دور المرأة كزوجة محصور في تلبية رغبات الرجل زوجها في إطار عقد الزواج ؟

وللتذكير فإن المادة 5 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي صادقت عليها تونس تنص على أن :

« تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي :

أ. تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة ... »

وتدعمها المادة 4 من الإعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة المؤرخ في 20 ديسمبر 1993 التي تؤكد على أنه :

« ينبغي للدول أن تدين العنف ضد المرأة وألاً تتذرع بأي عرف أو تقليد أو اعتبارات دينية بالتنصل من التزامها بالقضاء به. وينبغي لها أن تتبع، بكل الوسائل الممكنة ودون تأخير، سياسة تستهدف القضاء على العنف ضد المرأة ، ولهذه الغاية ينبغي لها :

(ي) أن تتخذ جميع التدابير المناسبة ، ولاسيما في مجال التعليم، لتعديل أنماط السلوك الاجتماعية والثقافية للرجل والمرأة، ولإزالة التحيز والممارسات التقليدية وكل الممارسات الأخرى المستندة إلى دونية أي من الجنسين أو تفوقه أو إلى القوالب الجامدة فيما يتعلق بـدور الرجل والمرأة .»

يهدف محتوى المادتين إلى إلغاء ما يعرف بـ « الترميمات الجنسانية » *gender stereotyping*.

إذ ينبغي إزالة الترميمات الجنسانية الضارة لكي يتوقف النظر إلى المرأة على ضوء ما « ينبغي » أن تفعله ويُنظر إليها بدلاً من ذلك على أساس ماهيتها : شخص متفرد، له احتياجاته ورغباته الخاصة به. فهي في إطار العلاقة الزوجية

ورفضها معايشة زوجها وإمتناعها بالرغم من التنبيه عليها عديد المرات ودعوتها للمساكنة والرجوع إلى البيت الزوجي يشكل ضررا للزوج ويلحق بها صفة الناشز<sup>170</sup>.

لكن واجب الإنفاق على الزوجة يبقى مرتبطا<sup>171</sup> بالدخول<sup>172</sup> بها حسب الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية. وقد كان واجب المساكنة مرتبطا بواجب الطاعة (الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية قبل التنقيح)<sup>173</sup> لكي يكون لها عليه في مقابل ذلك حق النفقة (الفصل 38 شخصي) و من لم يوف بالتزامه لا يطالب غيره بالوفاء له (الفصل 246) مدني فالحكم على الزوج بالنفقة قبل استقراء معارضته للزوجة بالنشوز يكون به الحكم قاصر التسبب و خارقا للقانون مما يوجب نقضه<sup>174</sup>.

يعتبر الدخول حاصلًا بين الزوجين إذا اختلى زوج بزوجته و أرحى عليها الستور وبعد ذلك تستحق الزوجة النفقة إلى أن يثبت الزوج نشوزها فضب محتوي النشوز مرتبط بالعرف والعادة. لكن هذه الأحكام المنقولة من فقه القضاء يمكن اعتبارها عنفا نفسيا وتمييزا على أساس الجنس، ممارسا على المرأة بإسم الدين و العادات والأعراف. فعبارة « النشوز » تنفي المساواة بين المرأة والرجل المضمونة دستورا وبالنصوص الدولية لحقوق الإنسان.

<sup>170</sup> تعقيبي مدني عدد 51727 مؤرخ في 22/10/1996 نشرية محكمة التعقيب - القسم المدني عدد 1، 1996ص.ص. 279-282.

<sup>171</sup> اقتضى الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية أي النفقة تشمل الطعام والكسوة و المسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وأضاف الفصل 25 من نفس المجلة أن النفقة تقدر بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار ويستخلص من هذا نصيب النفقة تقدر لتسديد حاجيات المنفق عليه وتغطية ما تتطلبه ضرورياته الحياتية في حدود ما تسمح به حالة المنفق المادية و معاشه وملبسه وما هو ضروري لتعليمه وسكنه وبما يتناسب ويساير قدرات المنفق وظروفه الاجتماعية دون إفراط أو تجاوز إلى حد محاسبته عن مكاسبه هو ممتلكاته فهو لهذا الاعتبار خروجه عن مقدرات النفقة و أحكامها وسوء تقدير للنص وسوء تأويل تعقيبي مدني عدد 26654 مؤرخ في 30/04/1991.

<sup>172</sup> إن واجب الإنفاق محمول في كلال حالات على الزوج بوصفه رب الأسرة وتبقى مساهمة الزوجة في الإنفاق مشروطة بملكيتها للأموال و مع ذلك فان توفر هذا العنصر الأخير لا يعني عدم استحقاقه للنفقة تعقيبي مدني عدد 521 مؤرخ في 29/09/2005 .

<sup>173</sup> الفصل 23 - «على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به. ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسب ما يقتضيه العرف والعادة. ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية. وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة و الأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات. (2) النفقة. وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال ». هكذا أصبح الفصل 23 في صياغته الجديدة بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والمتعلق بتنقيح بعض فصول مجلة الأحوال الشخصية.

<sup>174</sup> تعقيبي مدني عدد 7416 مؤرخ في 01/03/1983.

وقع اعتماد الفقه الإسلامي كمعيار هو الواجب الجنسي. وقد تدخلت محكمة التعقيب لبيان أن الممارسة الجنسية في نطاق العلاقة الزوجية أمرا حتميا وشرطا أساسيا في كل زواج. وهو اتجاه صائب يتماشى مع النظرة الواقعية للزواج.

كما نقل فقه القضاء أحكام النشوز عن الفقه الإسلامي التي تعتبر الأكثر تشددا تجاه المرأة وهو ما أجمعت عليه المذاهب الأربعة، وهو ما يقلل من قيمة المرأة لأنه يربط النفقة بالاستمتاع أي بالدخول لا بالعقد وهو ما أقره المذهب الظاهري، رغم المكاسب التي حققتها المجلة ما للمرأة من حقوق وخاصة حذف واجب الطاعة المخل بكرامتها<sup>168</sup>.

وكان حري بالمشروع التونسي أن يتخلي عن هذا التوجه ويربط النفقة بمجرد إبرام العقد وليس الدخول رغم أن فقه القضاء حسم المسألة وتفادي هذا التشدد وهو توجه محمود بعدم اشتراط الدخول الفعلي أي قيام اتصال جنسي بين الزوجين وإنما اكتفي بالدخول الحكمي أي بمجرد إرخاء الستائر وهو ما كرسه القرار التعقيبي عدد 9294 مؤرخ في 20/02/1973 « يعتبر الدخول حاصلًا بين الزوجين إذا اختلى زوج بزوجته و أرخى عليها الستور وبعد ذلك تستحق الزوجة النفقة إلى أن يثبت الزوج نشوزها ». كذلك القرار التعقيبي عدد 1258 مؤرخ في 07/07/2005 « أن العبرة بالدخول تتمثل في الخلوة بين الزوجين و إسدال الستائر دون اشتراط حصول الاتصال الجنسي أو غيره ». وهو ما يخفف من حدة النقد الموجه لربط النفقة بالاستمتاع<sup>169</sup>.

هناك أيضا توجه مختلف لا يربط الإنفاق بالاتصال الجنسي بل بواجب المساكنة. ففي حالة خرق واجب المساكنة تعتبر الزوجة ناشزا.

إذ اعتبرت محكمة التعقيب في قرار تعقيبي مدني عدد 51727 مؤرخ في 22/10/1996 « إصرار الزوجة على موقفها السلبي بمغادرتها محل الزوجية

<sup>168</sup> حامد الجندلي : قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، مجمع الأطرش، تونس 2011، ص 181.

<sup>169</sup> تعقيبي مدني عدد 29799 مؤرخ في 06/05/1993 إن أحكام الفصل 38 م مجلة الأحوال الشخصية لا تعطي الزوجة حق النفقة و الإنفاق عليها إلا إذا تم الدخول وتأسيسا على ذلك فإن محكمة القرار المنتقد تكون قد جانبت الصواب لما قضت بغرامة أدبية و مادية لخطيئة الهالك نتيجة حادث المرور. تعقيبي مدني عدد 7664 مؤرخ في 10/05/1983 الزوجة لا تستحق النفقة من زوجها إلا بالدخول بها (الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية) فالحكم لها بها قبل الدخول فيه خرق للقانون يوجب النقض.

بأن على الزوجين أن يقوموا بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة. فالرغبة الجنسية غريزة من أهم الغرائز البشرية ولعلها أهمها جميعاً ما دامت على المستوى العام هي السبب في التناسل والتوالد وتواصل النوع البشري. وهي على المستوى الخاص مصدر للتوازن النفساني والاجتماعي للفرد إذا ما مارسها بصفة منتظمة ومهذبة وغير شاذة حسبما أكده علماء معاصرون من اختصاصات مختلفة<sup>164</sup>.

اذ أن الحكمة من الاتصال الجنسي في إطار الزواج « التحصين للزوجين من الوقوع في الرذيلة وكسر حدة التوقان إلى الاتصال الجنسي »<sup>165</sup>. حتى أن فقه القضاء اعتبر الإيلاج من غير الموضوع الطبيعي « شذوذاً جنسياً » يخول للزوجة طلب الطلاق للضرر<sup>166</sup>.

وتتفق معظم قوانين الدول العربية والإسلامية على ربط الزواج بالإتصال الجنسي. من ذلك المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 الذي جاء به أن الزواج : « عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما ».

كما تنص المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أن : « الزواج هو ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعاً وغايته تحصين الفروج وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة ».

ويعرفه الفقهاء بأنه « عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع »<sup>167</sup>.

وأوجب قانون العائلة على كل واحد من الزوجين معاملة الآخر بالمعروف وورد لفظ المعروف في القرآن الكريم لتوجيه التعامل مع الشخص الضعيف الذي يتطلب حماية « الأبوين » وخاصة الشخص الذي يشارك معه الحياة والعيش المشترك وهي المرأة وهو يشمل القول والفعل ومن الواجبات التي

<sup>164</sup> محمد رأفت عثمان : فقه النساء في الخطبة والزواج، دار بن سلامة للطباعة والنشر، تونس 1986، ص14.

<sup>165</sup> علي أحمد القليبي : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات، صنعاء 2006، ص13.

<sup>166</sup> استئناف سوسة، قرار مدني عدد 2876، 30 أبريل 1997 المجلة القانونية التونسية 1999، ص165. « اعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدة أشهر... بسبب شذوذه الجنسي و غياب الرغبة لديه في الاتصال بها جنسيا بصفة طبيعية أي بالإيلاج ... يلحق مضرة بالزوجة ».

<sup>167</sup> خليل البنا : بين القانون و المجتمع أمواج 2012 عمان الأردن ص. 112.

الإنجاب خارج إطار الزواج. إذ أن المشرع أولى حماية للأطفال مجهولي النسب وبالتالي يمكن القول بأن المشرع يتجه نحو حماية الأسرة الطبيعية وذلك من خلال قانون عدد 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين او مجهولي النسب.

لكن توجه فقه القضاء يبدو متأرجحا بين حماية الأسرة الطبيعية وبين عدم الاعتراف بها من خلال رفضه في مرحلة أولى ثبوت نسب المولود خارج إطار الزواج. إذ اعتبرت محكمة التعقيب أنه طعنا في القرار عدد 27457 الصادر في 11 ديسمبر 1967 من محكمة الاستئناف بتونس و القاضي بثبوت نسب الولدين لمورث الطاعنين.

و حيث أن محكمة الاستئناف لما قضت بثبوت نسب الولدين لمورث الطاعنين استندت على البينة التي استخلصت منها حسب قولها أنها :

تفيد افادة قطعية وجود علاقة متينة بين الطرفين تفوق مجرد المعرفة لما اشتملت عليه من انفاق متكرر و اسكان و زيارة متواصلة و تناول الطعام ومن شأن هذه الأشياء أن يترتب عليها ما يؤول إلى الحمل.

إن الفصل 68 من مجلة الاحوال الشخصية حصر الحجج التي يسوغ للقاضي الاستناد إليها لإثبات النسب وتفريعا على ذلك يكون قابلا للنقض الحكم الذي انبنى على مجرد قرائن لإثبات النسب<sup>163</sup>.

أما في ما يتعلق بدور الاتصال الجنسي في إطار الزواج فإن المشرع التونسي لم يذكر ذلك صراحة. لذلك يفترض الرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا ماديا من مصادر مجلة الأحوال لشخصية. فجل الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم يولون أهمية كبرى للعملية الجنسية التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من تعريف الزواج الذي هو في نظرهم عقد يبيح العشرة بين الرجل والمرأة واستمتاعهما ببعضهما على الوجه المشروع ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من التزامات، حيث أن عقد الزواج لئن كان مصدرا لحقوق فإنه كذلك منشأ لواجبات ولقد اقتضى الفصل 23 في فقرته الثانية كما نقح بالقانون عدد 74 المؤرخ في 12 جويلية 1993

<sup>163</sup> تعقيبي مدني عدد 6112 مؤرخ في 21/08/1968 نشرية محكمة التعقيب - القسم المدني، 1968، ص. 82.

ورغم أن المشرع لم يذكر التمييز الجنسي « ذكر وأنثى » إلا أنه يستنتج من النصوص التي استعملت مصلح زوج وزوجة وأنثى وذكر<sup>162</sup>. وهذا ما يطرح إشكالية حول الإطار التنظيمي للجسد صلب مجلة الأحوال الشخصية ودور فقه القضاء ؟ نظرا للمكانة الأساسية للجسد في عقد الزواج وخاصة أنه يقوم أساسا على المساس بالجسد والاتصال به لأنه ارتباط جسدي وروحي (جزء أول) كما يمكن أن يكون محل اعتداء عليه (جزء ثان).

## الجزء الأول : المسموح : المساس بالجسد في العلاقة بين الزوجين

تعد العلاقة الزوجية من أقوى الروابط البشرية التي تقوما أساسا على الاتصال بين الزوجين والتي تكون في إطار عقد زواج (أ) كما يمكن أن يتم المساس بالجسد لغاية طبية علاجية « الإجهاض والعلاج » (ب)

### الاتصال الجنسي :

تقوم مجلة الأحوال الشخصية على ثلاثة مبادئ أساسية تتمثل في التعاون لتسيير شؤون الأسرة وكقاعدة تعامل بين أفرادها والصلح كآلية لفض النزاعات والسعي إلى إحلال مبدأ المساواة في الحقوق الواجبات بين الزوجين الطرفين المؤسسين لأسرة.

ينص الفصل 7 من دستور 27 جانفي 2014 على أن : الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وعلى الدولة حمايتها.

و لئن نظم المشرع الاتصال بين الزوجين في إطار عقد زواج حسب الصيغ القانونية. إلا أنه أولى اهتماما أيضا للاتصال الجنسي خارج اطار الزواج.

و تبدو هذه الحماية أكثر وضوحا في إطار الاتصال الجنسي الذي يكون فيه

<sup>162</sup> عبد الرحمن الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي بيروت ، 1986 ، ص 1.

محمد الحبيب الشريف : مرجع سابق ، ص 49.

بالتالي يعتبر هذا المنع ضمانا لحق الإنسان في السلامة الجسدية، ذلك الجسد الذي يحيا بروحه ومن حق هذا الإنسان أن يحفظه وهو من الحقوق اللصيقة به. لم يعرف المشرع الجسد ولا فقه القضاء، وورد في الفقه الإسلامي بعدة معان<sup>159</sup>. لا يعتبر الجسد من بين الأشياء فهو لصيق بالإنسان لأنه ليس كالأشياء التي يمكن التداول فيها.

أما عن دور الجسد ومكانته في العلاقة الزوجية فلا بد من أن نخرج على تعريف الزواج لارتباطه بالعلاقة الجنسية بين الطرفين.

لم تقدم مجلة الأحوال الشخصية أي تعريف للزواج وحسب البعض لربما لم يرى دعايا يدعوه لذلك باعتبار الزواج ظاهرة طبيعية وإنسانية غنية عن التعريف وحالة اجتماعية شائعة في كافة الأوساط والعصور والأمصار أو أن المشرع قصد ذلك لكي يترك لفقه القضاء المهمة وبالتالي عدم تقيدها بتعريف معين قد يتطور ويتحول<sup>160</sup>.

كما اختلف الفقهاء حول تعريف الزواج منهم من يرى بخصوص طبيعته القانونية أنه عقد والبعض الآخر مؤسسة واتجاه ثالث يعتبره حرية عامة زكما تم الاختلاف حول صفة عقد الزواج هل هو عقد مدني أم ديني وذهب آخرون إلى نفي الصبغة العقدية واعتباره مجرد وضعية قانونية أو عقدا ووضعية قانونيين في ذات الوقت<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> كلمة (جسد) قد وردت في القرآن في أربعة مواضع، فالظاهر أنها تعني البدن الذي فيه روح ولكن ليس فيه نفس كما هو حال النائم. والمعروف أن النائم لا يأكل ولا يشرب ولا يتكلم وذلك لغياب النفس التي تدفع بالجسد للقيام بهذه الوظائف قال تعالي: (وما جعلناهم جسداً لياكلون الطعام وما كانوا خالدين) أي أجساما فيها الروح ولكن ليس فيها النفس. وقوله تعالي: (واتخذ قوم موسى من بعدهم نجيلهم عجلا جسداً) وكذلك قوله تعالي: (فأخرج لهم عجلا جسداً له خوار) لا يأكل ولا يشرب ولا يتكلم كما أسلفنا. وقوله تعالي: (ولقد فتنا سليمان والقينا على كرسيه جسداً ثم أناب) الذي قال عنها لإمام الشعراوي رحمه الله عن سليمان عليه السلام بقي مطروحا على كرسيه لا يستطيع أن يفعل شيئا أو يحرك عضوا أو يأمر بشي وهو وضع يشبه ما ذكرناه حال النائم الذي غابت نفسه عن جسده. من كل ذلك يمكننا أن نفهم أن (الجسد) هو الجسم الحيواني الذي فيه روح ولكنه لا يأكل ولا يتحرك ولا يتكلم السبب في ذلك عدم وجود النفس فيه.

<sup>160</sup> محمد الحبيبي الشريف: تعليق على قرار مدني حول تأثير العجز الجنسي للزوج على قيام العلاقة الزوجية، م ق ت، جوان 1988 ص، م ق ت، جوان 1988 ص46.

كذلك الجاوي زرة الاتصال الجنسي بين الزوجين: مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية، تونس: كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 1997 ص 8.

<sup>161</sup> والمشرع الجزائري الذي قدم تعريفا بالمادة 4 من قانون الأسرة 8 جوان 1984 « الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على النسل «فهو يقرب العلاقة الجنسية التي لا يقوم زواج بدونها ويستتج ذلك من ذكرها لتمييز الجنسي الزوجين « ذكر وأنثى».

**إنَّ الجسد هو جوهر الإنسان<sup>157</sup> ولعلَّ هذه القيمة كانت  
 السبب المباشر في تبوأ الجسد مكانةً جد هامةً في القانون  
 التونسي الذي أقر مبدأً أساسياً يكاد يكون مطلقاً وهو مبدأ  
 ضمان الحرمة الجسدية للإنسان.**



ومبدأ ضمان الحرمة الجسدية للإنسان، وإن بدا لأوّل وهلة من حق الفرد فحسب إلاّ أنّه في الحقيقة من حقوق المجتمع أيضاً، فالحرمة الجسدية وإن كانت موجهة للفرد فهي كذلك من النظام العام، ويترتب على غلبة الجانب الاجتماعي لهذا الحق على غيره من الجوانب عدم إمكانية الاعتداد برضاء المجني عليه سبباً لإباحة أفعال الاعتداء على الحرمة الجسدية.

الأصل هو عصمة الجسد أي بمعنى عدم المساس بجسم الإنسان في أي حال وتحت أي ظرف، بل أكثر من ذلك فالقانون يمنع على الشخص مثلا التصرف في جسمه كبيع عضو أو رهنه وهو ما يؤكّد امتداد نطاق الحماية ولهذا يتدخل القانون لتنظيم الاستثناءات التي ترد على مبدأ حرمة الجسد.

وهو ما جعل الجسد يحتل مكانة دستورية فقد نص الفصل 23 من الدستور تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد ... **فما هو الجسد ؟**

يعتبر الفصل 23 من دستور 27 جانفي 2014 كسائر دساتير الدول الحديثة التي تستلهم مقتضياتها من النصوص الدولية لحقوق الإنسان و التي من بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 و الذي يمنع كل ما من شأنه أن يشكل اعتداء على حرمة الجسد من ذلك منع التعذيب و العقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة.<sup>158</sup>

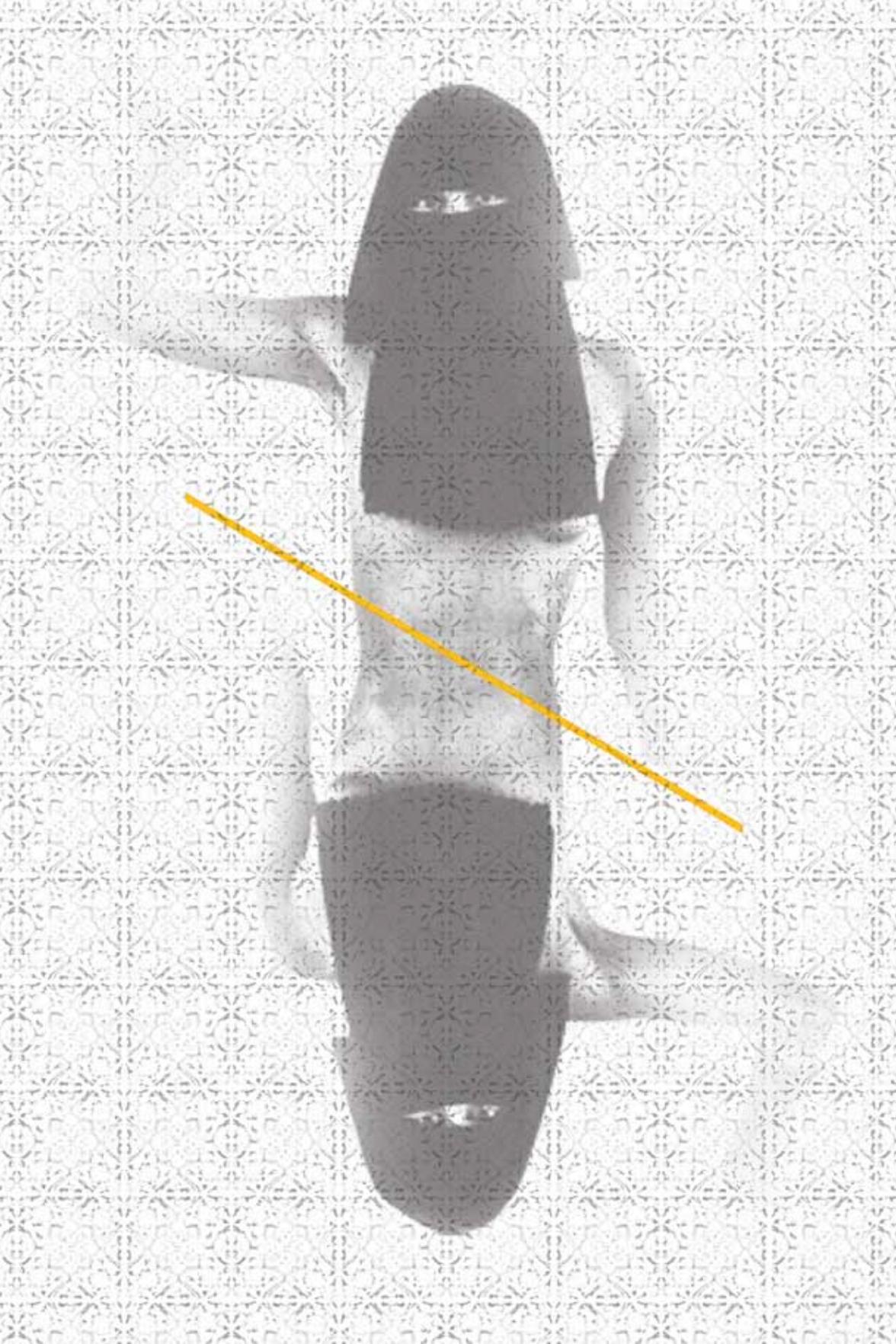
<sup>157</sup> J. CARBONNIER : *Droit civil t.1, les personnes*, PUF 1994, p. 17. Il considère que « le corps humain et substratum de la personne ».

<sup>158</sup> المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. أنظر أيضا : عبد العزيز بن محمد الصغير الضمانات الدستورية للمواطنين بين الشريعة والقانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2015، ص. 333-334.

# الجسد والعلاقة الزوجية

محمد حسان الأغا

محمد حسان الأغا، الدكتوراه في القانون الخاص مساعد متعاقد بكلية العلوم القانونية والاقتصادية و التصرف بجندوبة يدرس القانون الجزائي العام و القانون الجزائي الخاص و القانون الجزائي للأعمال، العقود الخاصة، الإجراءات الجزائية و طرق التنفيذ.



وكثيرا ما كان هذا التعامل مع المادة التي تطرح مسائل متعلقة بالجسد جد سطحي حيث يفتقر إلى الكثير من العمق و التمعن في الجوهر أين نجد الكثير من الآراء و الانطباعات الشخصية للصحفي و إصدار للأحكام إزاء بعض القضايا على غرار المثلية و البغاء وهو ما يتناقض مع مبادئ العمل الصحفي من جهة و حقوق الإنسان من جهة أخرى.

أما بالنسبة للصور فقد كان تفسير معانيها جد مرتبط بنص المقال حيث أننا إن أخذناها على حدة فهي عنصر مؤيد للحريات من خلال بثها لرسائل إيجابية في الغرض فهي تسهل تقبل القارئ للعديد من مظاهر الحريات مثل النقاب على سبيل المثال. ولكن هذا لا يمنع بأنها كانت في بعض الاحيان صادمة فيما يتعلق بصور الجثث و ضحايا التعذيب. لذا جاءت مبادرة النقابة الوطنية الصحفيين التونسيون لتنظم هذه العلاقة و ذلك من خلال مدونة سلوك تضبط طريقة تعامل الصحفي مع صور الجثث و منع كليا بث مثل هذه الصور لغرضين الاول ينبثق من مبادئ احترام حقوق الانسان و حفظ الكرامة الانسانية و الثاني لتجنب صدم القارئ بمثل هذه المشاهد. لذا وجب على الصحفي الالتزام بهذا الميثاق الذي لا يعد بالجديد باعتبار ان العديد من النصوص التي سبقت تكلمت على ضرورة التزام الصحفي بأخلاقيات المهنة الصحفية.

إن احترام الحريات بشكل عام وحرية الجسد بشكل خاص يعتمد على مدى إطلاع الصحفي على مبادئ حقوق الإنسان والحريات الفردية و مدى التزامه بتطبيقها على ارض الواقع إذ ان احترام الخيارات و الميولات للأفراد و التعامل معها بكل موضوعية و حياد جد مهم عند تحرير مقال صحفي حيث يمكن الصحفي من ان تكون له نظرة شاملة إستشرافية للوضع و لكن هذا لا يمنع من نقد بعض المظاهر لكن بطريقة مهنية تحترم الذات البشرية من جهة و اخلاقيات المهنة من جهة اخرى. لذا من الضروري أن يفتح الصحفي على منظومة حقوق الإنسان في شموليتها و كونيتها و ان يتجرد من كل فكرة مسبقة او حكم ذاتي نابع عن انطباع او اديولوجية ما.



خلال الآونة الأخيرة أي خلال فترة ما بعد التحولات التي شهدتها العالم العربي أو ما يسمى بالثورات العربية أصبح لحضور الجسد في الإعلام مكانة أخرى حيث شهدنا عبر شاشات التلفزيون و صفحات الجرائد كما هائلا من صور لأجساد ظهرت في حالات مختلفة، جثث الشهداء، وجثث الأطفال، وأجساد أخرى ظهرت شبه عارية مزهوة و شاهدنا كذلك أجساما أنهكها الجوع والمرض.



و من جهة أخرى شهدنا الجسد من خلال الموضة التي جعلت منه شيئا يخضع لسياق استهلاكي، فتم بذلك تحويله إلى قيمة استعمالية تبادلية، ووسيلة لجلب الأنظار، وهذا ما يفسر ظاهرة تنامي الاهتمام بالجسد وعوامله، كل هذه الظواهر تجعلنا نتساءل هل أوفي الإعلام الجسد حقه في الحرية ؟

هل مجرد تناول صور الجسد يعتبر نوعا من انواع الحرية وان الامر يختلف حسب طريقة تناول ؟

و كانت لنا الاستنتاجات التالية من خلال عينة البحث التي قاربت 30 مقالا و التي كانت منطلق دراسة اعتمدنا فيها على جرائد تونسية ناطقة باللغة العربية و الفرنسية :

جريدة الشروق، راديو شمس ا ف م، موزاييك أف أم، الجريدة الالكترونية *Huffpostmaghreb*, *Kapitalis*, *Businessnews* التونسية، حيث لاحظنا أن 12 مقالا من مجمل 30 تناولت مواضيع تهتم الجسد مثل النقاب، الاغتصاب، البغاء، الدعارة والمثلية و من خلال تتبع عن قرب لهذه المقالات اتضح لنا أن حضور الجسد كان عرضيا و كان النصيب الأوفر للأحداث المتواترة إذ أطنب جل الصحفيين في ذكر التفاصيل دون التفطن لما وراء هذه الأحداث من انتهاكات و مس بالأعراض و بالحرمة الجسدية.

# حرية الجسد فري و مسائل الإعلام

وحيد شاهد

صحفي متحصل على الإجازة في الدراسات الاجتماعية من المعهد الوطني للشغل و الدراسات الاجتماعية بتونس. ناشط بالجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية و بالمجتمع المدني. شارك في العديد من الدورات التدريبية في مجال حقوق الإنسان.

حياتي الشخصية  
مش ملك الدولة  
التونسية  
✘ 230. لو قتااش

قانون الأحوال الشخصية زواج شخصين من نفس الجنس، ويعتبر الدستور أيضا أن العائلة هي أساس المجتمع. ثانيا، منذ إصدارها سنة 1913، تجرم المجلة الجزائية السحاق واللواط صلب فصلها 230 الذي وقعت المطالبة بإلغائه حماية لمسألة الحميمية، ونظرا كذلك للصعوبات التطبيقية التي تشوبه خاصة ما يتعلق بمسألة الإثبات أو الفحوص الشرجية التي وقع التنديد بحصولها في تونس إثر عديد القضايا التي أثرت بشأنها. ثالثا، مسألة البغاء السري، حيث أنه، منذ سنة 1942، يجيز التشريع ممارسة العلاقات الجنسية في الأماكن المرخص لها قانونا (المواخير)، وبخلاف ذلك، فإن النساء اللائي يعرضن أنفسهن جنسيا خارج الإطار القانوني يعتبرن مرتكبات لجريمة البغاء السري، ويعتبر مشاركا كل شخص اتصل بإحدى هاتاه النساء جنسيا.

### ب. النظام العام يفرض القيام ببعض الأفعال المرتبطة بالجسد

يعتبر ما يفرضه القانون استثناء للحريات العامة، لذلك وجب تقييده بعديد الضمانات. في هذا الصدد، يفرض القانون على الشخص في حالات معينة القيام بأشياء معينة رغم أن الأمر يتعلق بجسده. تتمثل هاتان الحالتان في الأمراض السارية والمصابين باضطرابات عقلية.

فيما يتعلق بالواجب الأول، فإنه استثناء لواجب السر المهني، يعفي قانون 1992 المتعلق بالأمراض السارية، يعفى الطبيب الذي حصل له علم بمرض سار من هذا الواجب حماية للنظام العام الصحي حسب تعبير المجلس الدستوري في تونس. وإلى جانب ذلك، فإن القانون يفرض الاستشفاء الوجوبي في حالة الأمراض السارية وحالة الاضطرابات العقلية. وقد أحاط المشرع الاستشفاء الوجوبي بجملة من القيود حيث لا يمكن فرضه إلا بعد معاينة طبية تفيد وجوبية استشفائه وبقرار من السلطة القضائية المختصة التي تقرر إيداعه كما تقرر إنهاء حالة الاستشفاء الوجوبي إذا رأى الطبيب المباشر تحسنا صحيا. من جهة أخرى، إن عدم الإعلام أو عدم الامتثال للاستشفاء الوجوبي يعرض مرتكبه للمساءلة الجزائية.

منع الاعتداء على جسد الإنسان سواء من طرف الدولة (لا يعتد بحرمان الشخص من حرّيته لإخضاعه لمعاملة قاسية أو مهينة تتنافى مع الحقوق المتصلة بأدميته حتى لو كان الباعث لذلك السعي للحصول على دليل لإثبات الإدانة)، أو كذلك من طرف الخواص. وأخيرا، منذ أن أثبت الطب المعاصر قدرته على تسخير الأعضاء البشرية أو إجراء التجارب الطبية على البشر، تحولت الجثث والأجساد البشرية من مجرد مادة تجسم على أرض الواقع إلى مصدر ثمين لأعضاء بشرية أو للوصول إلى نتائج طبية. لذلك، وجب على المشرع تقنين النظام البيولوجي للإنسان، وهو ما نظمته المشرع التونسي من خلال تنظيم التبرع بالأعضاء البشرية، إجراء التجارب العلمية على البشر أو الطب الإنجابي.

غير أن النظام العام لا يقتصر على حماية حرمة الجسد، حيث يقيد من جهة أخرى الحريات الجسدية.

## 2 / النظام العام يحد من ممارسة الحريات الجسدية

إن الحرية الجسدية، كما هو الشأن بالنسبة للحريات العامة، ليست مطلقة حيث أن ممارستها تفترض الخضوع إلى قواعد قانونية آمرة يترتب عن مخالفتها قيام المسؤولية الجزائية. إن الحريات الجسدية مقيدة بمنع القيام بأفعال معينة مرتبطة بالجسد، كما يفرض القيام بأفعال معينة.

### أ. النظام العام يمنع بعض السلوكيات المرتبطة بالجسد.

يبدو من البداهة الحديث عن الارتباط بين النظام العام والأخلاق الحميدة، وفيما يتعلق بالحريات الجسدية، فإن الأمر يتعلق طبعا بالحريات الجنسية. **هل يجيز التشريع التونسي ممارسة هذه الحريات ؟** الإجابة ستكون حتما بالنفي لأن المشرع التونسي في هذا الشأن لازال متمسكا بالمرجعية الإسلامية رغم تعدد القراءات في ذلك.

مهما يكن الأمر، فإن التشريع الحالي في تونس يمنع ممارسة مطلقة للحريات الجنسية، وذلك على عدة مستويات. أولها، مسألة اختيار القرين حيث لا يجيز

## أ. حماية الحق في الحياة

إن الحق في الحياة دستوري تحميه الدولة، أي أنه لا يمكن لهذه الأخيرة أن تتجاهل المساس بها. وعلى هذا الأساس، فإن الاعتداء على الحق في الحياة يعتبر جريمة موجبة للعقاب. فإذا كان النظام العام يحمي الحق في الحياة، فإن ذلك يعني تجريم المساس بها، وذلك سواء تعلق الأمر بالقتل العمد أو غير العمد، أو بحالات أخرى أكثر خصوصية. تخص الحالة الأولى المساس بحق الجنين في الحياة حيث يحظى هذا الأخير بحماية قانونية تمنع المساس به إلا وفق شروط قانونية واضحة يترتب عن مخالفتها تحمل المسؤولية الجزائية. بعبارة أخرى، لا يمكن المساس بالجنين إلا في الأشهر الثلاث الأولى للحمل، أو في صورة تجاوز هذا الأجل، فإن إسقاط الحمل يشترط أن يهدد تواصله حياة الأم أو الجنين وفقاً لما يقره الطبيب المختص. من جانب آخر، يمكن المساس بالحق في الحياة في حالة أخرى وهي القتل الرحيم الذي يفيد توفير الموت للمريض الذي يعاني آلاماً شديدة أو ميؤوس من شفائه، وذلك إما إيجابياً بإطعامه الدواء المؤدي للوفاة، أو سلبياً بعدم مده بالدواء اللازم. في القانون التونسي، نلاحظ غياب النصوص المتعلقة بالموت الرحيم صراحة. إلا أنه، بقراءة مجلة واجبات الطبيب، يفهم أن المشرع يكرس ويحمي حق المريض في الحياة بصفة متواصلة وأنه يوجب على الطبيب المباشر مواصلة العلاج؛ أي أنه لا يمكن لأي إنسان أن يقرر تاريخ أو كيفية وفاة مريض ما مهما كانت الأسباب أو الظروف. وعلى عكس ذلك، فإن التشريع الفرنسي يوجز الموت الرحيم لكن وفق شروط محددة إجرائية وموضوعية، وخاصة تحت رقابة القضاء الإداري.

## ب. حماية الحق في السلامة الجسدية

يضمن القانون لكل إنسان الحق في السلامة الجسدية، وذلك بمنع أي نوع من أنواع التجاوزات على أن لا يقتصر هذا المنع على مجرد الأمر بالترك، بل يشمل أيضاً المساءلة القانونية لمرتكبي هذه التجاوزات.

تتمثل هذه التجاوزات التي يجرمها القانون في منع التعذيب، منع الاسترقاق،

## إن الحديث عن الحرية الجسدية والنظام العام، يتعلق الأمر بجسد الإنسان النابض بالحياة دون تمييز على أساس اللون، الدين، العرق، الجنس ...



فإذا كان مفهوم النظام العام، المتغير في الزمان والمكان، يعني القواعد الإجرائية والموضوعية التي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها ولا يمكن للسلطة العمومية، للقضاء أو للأفراد تجاهلها ويمكن إثارتها في أي طور من أطوار التقاضي ولو في التعقيب، فإن الحريات العامة تعني الحريات التي تضمنها وتنظمها السلط العمومية.

ولا يفوت القول أنّ الحريات ليست مطلقة حيث يمكن للسلطة التشريعية الحد منها شرط احترام مبدأي التناسب والضرورة؛ أي لضرورة تفتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات النظام العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة أو الآداب العامة حسب ما يقتضيه الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014. إلا أنه مقارنة بالفصل 7 من دستور غرة جوان 1959، فقد أضاف الفصل 49 المذكور مسألة تقييد الحريات العامة بمقتضيات الآداب العامة، وهو ما يطرح الإشكال حول الحريات الجسدية ومقتضيات النظام العام. إن التساؤل عن جدلية العلاقة بين النظام العام والحريات الجسدية يفترض الحديث عن مسألتين أساسيتين. الأولى تقتضي أن النظام العام يوجب حماية الحرمة الجسدية، وفي المقابل، فإن النظام العام يحد من ممارسة الحريات الجسدية.

### 1 / النظام العام يحمي الحرمة الجسدية

تتميز الحرمة الجسدية المعترف بها لكل كائن بشري بالدوام والاستمرارية حيث تلازم الإنسان في جميع مراحل حياته منذ الولادة إلى وفاته، ويتكفل القانون بضمانها في كل الحالات ومهما كانت الظروف؛ ضرورة أنه لا شيء يبرر المساس بحق الإنسان في الحياة أو حقه في السلامة الجسدية.

# الحرية الجسدية والنظام العام

عبد الكريم العويطي الشخعيه

مدرّس وباحث جامعي في القانون العام بالمعهد العالي للدراسات القانونية والسياسية بالقيروان، عضو بوحدة البحث في القانون الإداري بكلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، وهو بصدد إعداد أطروحته حول الديمقراطية المحلية. تتمحور أغلب أبحاثه حول القانون الإداري، وخاصة مادة النزاع الإداري.



صورة مركبة (تصميم حفاوير) / رقصة للفنان رشدي بلقاسمي  
صورة : يسري لهويندي

## الخلاصة

لا يوجد حق في اختيار الجسد بل نظام عام يحمي الجسد ويضع الشروط التي تمكن من تغيير الجنس بصفة استثنائية.

إلا أن التشريعات المقارنة قطعت أشواطاً كبيرة في الاعتراف به كحق كما هو الحال في **مالطا** حيث يمكن للشخص عندما يصبح راشداً أن يختار أن لا يضع في رسم الولادة أنه ينتمي لأي من الجنسين وبالتالي إلغاء أي قيد أو شرط قد يفرض على الشخص لإجراء عملية جراحية لتصحيح الجنس.

و بالتالي تصبح حالة الضرورة للقيام بالعملية الجراحية استثناءً واختيار الجنس/ الجسد مبدأً يحترم في الآن ذاته الحرمة الجسدية ضد أي تدخل طبي جراحي سواء كان الشخص قاصراً أو راشداً و مبدأ الحرية الشخصية وحرية الاختيار.

### ب. اختيار الجسد بمساعدة الوالي

يعتبر هذا الاختيار اعتداء على اختيار الطفل الفاقد للإرادة الذي قد يرفض القرار الذي اتخذته والديه عندما يصبح راشداً. فهذا الاختيار يعتبر تعدياً على الحق المنصوص عليه باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل و المجلة التونسية لحماية الطفل وهو احترام « مصالح الطفل الفضلى ».

من ذلك المادة 3 من الاتفاقية التي تنص على أنه « في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى ».

وقد يؤدي هذا الاختيار أيضاً إلى مشاكل نفسية لدى الطفل ناهيك عن الاعتداء الجسدي الذي تعرض إليه.

وقد لاحظ المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بالتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في تقريره لسنة 2013 أن مثل هذه العمليات الجراحية التي تجرى على الأطفال بدون معرفة واضحة من طرف الأولياء لها آثار غير رجعية و تؤثر سلباً على نفسية الطفل.<sup>156</sup>

<sup>156</sup> <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>

إذ اكان بالإمكان تأجيل ذلك إلى أن يصبح الشخص المعني راشدا وقادرا على إعطاء موافقته.

## 2/ اختيار الجسد على أساس لبس يتعلق بغموض الجنس مقبول

عندما يكون الاختيار مؤسسا على غموض في الجنس فإن فقه القضاء يعتبر ذلك ممكنا لعدم تعلقه بنزوات الشخص أو قراراته المتسرة لتغيير جنسه. هذا الاختيار إما أن يكون بصفة منفردة لحماية جسده. أو أن يكون بمساعدة الولي إذا تعلق الأمر بقاصر.

### أ. اختيار الجسد بصفة منفردة لحمايته

تتمثل حماية الجسد في كونه تغيير لحالة الضرورة من ناحية « كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة لدى المريض وبين الجنس الذي أثبتت الخبرة الطبية الموثوق بها أنه ينتمي إليها وفقاً لهذه المظاهر و لهذه التغيرات ». <sup>154</sup> وبأنها حماية في مرحلة أخيرة ومستعجلة وبأنها الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص من ناحية أخرى.

« و حيث يستفاد مما تقدم أن تحول المستأنفة إلى رجل تبعا 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 الي أدت إلى تحولها إلى رجل، وحيث أن تحول جنس المستأنفة يكون بالتالي ناتجا عن عمل طبي ضروري لشفائها ولتخليصها من المعاناة التي رافقتها طيلة حياتها ... » <sup>155</sup>

تتعلق الحماية أيضا بحق الشخص في الحصول على العلاج المناسب والضروري لشفائه.

<sup>154</sup> فواز صالح : جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري.مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003. ص.ص. 57-58.

<sup>155</sup> Cour d'appel. civil. Beirut. 03/09/2015 arrêt n°2015/1123 publié à l'Agenda juridique du 11/01/2016  
<http://www.legal-agenda.com/uploads/1452859968-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1.pdf>

إذ أن المحكمة الابتدائية بين عروس اعتبرت أن « المعيار النفساني الاجتماعي يشجع على التخثث الاصطناعي ... اضافة إلى أنه يسمح بالتصرف في الجسم البشري لكونه يمكن الشخص من تغيير جنسه كيف و متى شاء و هو ما يتنافى و القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ... » و أن «غموض جنس المقام في حقها لم يكن بفعل فاعل و لا بصورة اصطناعية مثلما يحدث بالمجتمعات الغربية من عمليات جراحية أو تناول لمواد كيميائية بل أنه أمر طبيعي...»<sup>153</sup>

و الأمر الطبيعي الذي يسمح بتصحيح الجنس وتغيير علامة « الجنس » في رسم الولادة هو « غموض الجنس » المقرر على أساس التحاليل الطبية التي تقر بضرورة إجراء العملية الجراحية لإزالة الغموض.

« و حيث يوفر المعيار البيولوجي لرجل القانون الحل الموضوعي و الدقيق فلا هو ضيقا كالمعيار المرفولوجي ولا واسعا حد التمييز كالمعيار النفسي و الاجتماعي و بناء على ذلك ترى المحكمة من الوجهه الأخذ بالكشوف الطبية ... ».

#### ب. أسس منع تغيير الجنس

تتمثل الأسس أولا في مبدأ ضمنته النصوص الدولية لحقوق الإنسان و دستور 27 جانفي 2014 ألا وهو حماية الحرمة الجسدية و ثانيا مبدأ استقرار الحالة المدنية.

إلا أن مبدأ استقرار الحالة المدنية عرف بعض المرونة في القوانين المقارنة كمالطا التي أقر فيها البرلمان في أفريل 2015 قانون « الهوية الجنسية والتعبير الجنسي والخصائص الجنسية ». حيث تضمن أحكاما تتعلق باحترام حقوق متحولي الجنس ومختلطي الجنس. ويحظر القانون التمييز على أساس هوية نوع الجنس، وينص على إجراء مبسّط يسمح للأشخاص المتحولين جنسياً بالحصول على اعتراف قانوني بنوع جنسهم بدون شرط الخضوع إلى معالجة طبية أو تقييم نفسي. كما يجرم القانون أية معالجة لتحديد النوع أو تدخل جراحي في الخصائص الجنسية للقاصرين مزدوجي النوع (مختلطي الجنس)،

<sup>153</sup> حكم المحكمة الابتدائية بين عروس عدد 621 في 28 مارس 1990 مجلة القضاء والتشريع عدد 2 فيفري 1991 ص. 127.

« وحيث بالاطلاع على موضوع الطلب ومؤيداته وخاصة منها تقرير الاختبار الطبي المشار اليه تسرب خطأ بخصوص الحالة المدنية في خصوص جنسه اذ تم تسجيله على أنه يدعى سكينه من جنس الاناث بناء على عدم ظهور ملامحها البدنية والجنسية كما ينبغي في البداية وبعد ذلك وبعد أن قام الأطباء بإجراء عملية تجميلية عليه دون أن تكون تعلقت بتغيير جنسه تأكد بشكل تام أنه ذكر<sup>151</sup>».

.....  
**دراسة القرارات و الأحكام القضائية القليلة في هذا المجال، السؤال المطروح هو لمعرفة هل أن الشخص سيد جسده ؟**  
 .....

اختيار الجسد على أساس لبس يتعلق بالهوية الجنسية ممنوع (I) إلا أن اختياره على أساس لبس يتعلق بغموض الجنس فذلك مقبول بشرط الخضوع لشروط مع العلم بأنه أمر استثنائي لحماية للجسد.(II)

1/ اختيار الجسد المبني على أساس لبس يتعلق بالهوية الجنسية ممنوع

على إثر العمليات الجراحية التي تهدف لتغيير الجنس، يطلب الشخص من المحكمة تغيير علامة « الجنس » في رسم الولادة. يقوم القاضي على إثر ذلك بالثبوت من المعايير اللازمة لمعرفة قبول مطلب تصحيح رسم الولادة من عدمه. لذلك لا بد من التعرض لأسباب منع تغيير الجنس و أسسه.

#### أ. أسباب منع تغيير الجنس

يرفض القاضي تصحيح رسم الولادة وتغيير علامة « الجنس » إذا ما كان تغيير الجنس مبني على معيار نفسي اجتماعي ويقبل بالمعيار البيولوجي.

اذ أن مجرد احساس الشخص بأنه لا ينتمي للجنس الذي يمثله جسده ورغبته الشديدة في الانتماء للجنس المقابل لا يعطيه الحق مباشرة لتغيير جنسه<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> حكم ابتدائي مدني، المحكمة الابتدائية بقفصة عدد 54406 بتاريخ 12 فيفري 2007، غير منشور.  
<sup>152</sup> ALESSANDRIN (A) : « Du « transsexualisme » à la « dysphorie de genre » : ce que le DSM fait des variances de genre ». Socio-logos [En ligne]. 9 | 2014, mis en ligne le 29 avril 2014, consulté le 16 novembre 2015. URL : <http://socio-logos.revues.org/2837>. Ce syndrome a été défini en 1982 par le professeur KÜSS comme « le sentiment profond d'appartenir au sexe opposé » à celui qui est génétiquement, anatomiquement et juridiquement le sien, accompagné du « besoin intense et constant de changer de sexe ».

ناحية المظهر أو من ناحية الجوهر»، بل هو تغيير للجنس في إطار ما يطلق عليه بجراحة تغيير الجنس و المراد بها الجراحة التي يتم بها إما تغيير للجنس من ذكر لأنثى أو تغيير للجنس من أنثى إلى ذكر.

ففي **الحالة الأولى** يجري استئصال عضو الرجل وخصيتيه ثم يقوم الأطباء ببناء مهبل و تكبير الثديين.

وفي **الحالة الثانية** يجرى استئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية و بناء عضو الرجل.

وفي كلتا الحالتين يخضع الشخص الذي تجرى له الجراحة إلى علاج نفسي وهرموني معين.<sup>149</sup>

لكن بالرجوع لفقهاء القضاء نلاحظ خلطاً في المفاهيم حيث يستعمل القاضي نفس العبارة ليقصد بها « متحول الجنس » *le transsexuel*.

ومثال ذلك قرار محكمة الاستئناف بتونس الذي استعمل كلمة « مختلط الجنس »<sup>150</sup> في قضية تتعلق بمتحول الجنس لأن هذا الأخير ملامح جنسه واضحة منذ الولادة وقام بإجراء عملية تغيير من ذكر لأنثى (وليس تصحيح لجنسه) وقد أقرت المحكمة منذ البداية بانتمائه لجنس الذكور.

وقد وردت العبارة في نص القرار لتعرف سامي المستأنف في قضية الحال بتعريف « مختلط الجنس » قائلة بأنه لا ينتمي لأي جنس.

لأنه في حكم آخر استدركت المحكمة الابتدائية بقفصة الأمر لتصف « مختلط الجنس » بأنه يعاني منذ الولادة من مرض « غموض الجنس » و قبلت مطلب تغيير رسم الولادة من جنس أنثى إلى ذكر. لأن مختلط الجنس لا ينتمي لجنس معين ولم يغير جنسه بطريقة إرادية.

<sup>149</sup> محمد بن محمد المختار الشنقيطي : « أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها » مكتبة الصحابة 1994 جدة ص. 199.

يستشهد بهما عبد المجيد طهيب من بحوث ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية ص. 424.  
<sup>150</sup> رشيدة الجلالي : 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.  
قام سامي بإجراء عملية جراحية في اسبانيا لتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى ثم طلب من المحكمة تغيير رسم الولادة من « جنس » ذكر إلى جنس أنثى. رفضت المحكمة طلبه على أساس عدم انتمائه لأي من الجنسين وبأن ما قام به يهدد مؤسسة الأسرة فلا يستطيع بالتالي الزواج.

فالسؤال المطروح هنا يتعلق بمعرفة هل أننا مجبرون على القبول بجسدنا/  
جنسنا كما حدد لنا منذ الولادة ؟

لأنه « لا يمكن للأفراد أن يتصرفوا في جنسهم كما هو الحال على سبيل المثال  
بالقول بأنه لا يمكنهم التصرف في نسبهم. فالجنس مرتبط بالشخص كالظل  
بالجسد».<sup>146</sup>

وقع رفع الحظر على هذا الموضوع عندما تعلق الأمر بتغيير الجنس المبني  
على وجود لبس أو التباس لدى الشخص في جنسه. فإما أن يكون لبس مبني على  
الهوية الجنسية أو أن يكون لبس مبني على تحديد الجنس.

فالأول يأتي بناء على الرغبة في « التغيير » لأن الشخص يرفض جسده كما ولد  
به. أما الثاني فيتعلق بـ « تصحيح » الجنس لأن الصفات منذ الولادة غير واضحة  
لمعرفة في أي جنس يمكن تصنيفه. فاللبس في تحديد الجنس والذي يهدف  
لتصحيح الجنس يتعلق بـ « الخنثى »<sup>147</sup> *l'intersexuel* وهو الشخص الذي  
يحمل الصفات الذكورية و الأنثوية<sup>148</sup> و لا ينتمي مبدئياً لأي من الجنسين. على  
عكس « متحولي الجنس، حيث لا يوجد أي لبس في تحديد جنسهم سواء من

<sup>146</sup> HURTIG (M-C), KAIL (M), ROUCH (H) (dir.) : Sexe et genre: de la hiérarchie entre les sexes. Paris CNRS Editions 2002. p. 82.

« Devrons-nous accepter notre corps/sex comme il a été attribué dès la naissance ? Car. « les individus ne peuvent pas disposer de leur sexe, de même, par exemple qu'ils ne peuvent disposer de leur filiation. Le sexe est lié à la personne comme l'ombre au corps.»

<sup>147</sup> الفقه الإسلامي ميز بين نوعين من الخنثى :

النوع الأول : الخنثى غير المشكل : وهو الشخص الذي يرجح فيه إما جانب الذكورة وإما جانب الأنوثة .  
النوع الثاني : الخنثى المشكل : وهو الشخص الذي لا يمكن أن ترجح فيه لا جانب الذكورة ولا جانب الأنوثة،  
بحيث يستوي فيه كلاهما معاً. ولا تثير حالة الخنثى غير المشكل لأية مشكلة، حيث إنه يمكن أن يخضع  
للمعالجة، و أن استدعى الأمر، لإجراء عمليات جراحية تؤدي إلى ترجيح الجانب الغالب فيه بشكل نهائي،  
وتدخل هذه المعالجات الدوائية و الجراحية في باب التداوي و التطبيب.

أما بالنسبة للخنثى المشكل، فالأمر ليس بهذه السهولة. من الرجوع إلى التعريف الذي أعطاه السادة الأحناف  
للخنثى يتبين لنا المعايير التي استند إليها هؤلاء العلماء لترجيح صفة الذكورة أو صفة الأنوثة لدى الخنثى. ولكن  
مع التقدم الطبي الهائل و الثورة البيولوجية الجزيئية و الهندسة الوراثية التي طبعت أواخر القرن العشرين و  
بداية القرن الحادي والعشرين، أجاز علماء الشريعة الرجوع إلى الخبرة الطبية لتحديد الصفة الغالبة لدى  
الخنثى. « فواز صالح : جراحة الخنثوية وتغيير الجنس في القانون السوري. مجلة جامعة دمشق، المجلد 19  
العدد الثاني 2003 ص.57.

<sup>148</sup> Intersexuel : « Sexe intermédiaire. par ses attributs psychiques et physiques. entre le sexe mâle et le sexe femelle ».

PRIME-STEVENSON (E.I.) : Du similitudisme dans les armées et de la prostitution homo-  
sexuelle. militaire et civile. à la Belle époque. Quintes-Feuilles. 2003. p. 10.

Voir notamment : THERY (I) : Distinction de sexe (La) : Une nouvelle approche de l'égalité.  
Odile Jacob. 2007. pp. 42-43.

يوجد الجسد خارج دائرة التعامل، فالحرمة الجسدية يحميها القانون. ولا يمكن له أن يكون محل اتفاق وذلك لتعلقه الوطيد بالشخص إذ أنه غير قابل للتفويت. بالإضافة لذلك تعتبر حماية الجسد في تقاطع مع عديد المواد القانونية، كالقانون الدستوري و القانون المدني والقانون الجزائي والصحة و قانون الأسرة. كل هذه المواد تتشارك في حمايتها للحرمة الجسدية للكائن البشري.



الحماية القانونية الرئيسية للجسد متضمنة في الفصل 32 من الدستور الذي

ينص :

« تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم ».

لكن، وفي ظل التطور الطبي الحديث، أصبح الجسد البشري خاضعا لعديد التدخلات في مجالات عديدة : كالتبرع بالأعضاء و تغيير الجنس والتلقيح الاصطناعي ...

بالرغم من ذلك فكل تدخل يخضع لشروط صارمة. بيد أنه في ما يتعلق بتغيير الجنس فإننا نلاحظ سكوت النصوص. فعندما يتعلق الأمر باختيار الشخص لجسده فإن ذلك أيضا مرتبط بتغيير الجنس.

لكن اختيار الجسد ليس بالأمر الهين أو المقبول. إذ أن موضوعي الجنس و الجسانية في مجتمعنا من المواضيع المحظورة أو من المسكوت عنه. ففي هذا الإطار تكتسي القواعد المتعلقة بالجسد صبغة تجعل منها مفروضة بالقوة. و بالتالي فالرجل كالمراة يجب عليهما أن يمثلتا للمثال الذي وضعته هذه القواعد مسبقا.

# اختيار الفرح لجسده

محمد أمين الجلاصي

أستاذ باحث في القانون العام.

عضو في المكتب التنفيذي للجمعية التونسية لمساندة الأقليات.

محاور الإهتمام : القانون الدولي العام و حقوق الإنسان والعلاقات الدولية.

# مِنْ بَيْتِ عِيسَى

وَأَوَّلُ الْقِيَامَةِ. وَمَعْنَى قِيَمْتُمْ  
لَكُمْ أَنْ أُمَّهَاتٌ حِفْظُ الْمَخَاضِ وَهِيَ بِعَامِلٍ فِيهِ



فالكرامة لا تريدنا أن نكون في مقام الالهة نمنح الحياة ونزعتها. و إنما إنسانا أفضل، فهي التي حررت الجسد من تدخل الغير و كل القيود لتجعله سيد نفسه و منحت الشخص حرية التصرف فيه لكن بقيود للمحافظة عليه وإبعاد امكانية إسقاطه في بوتقة الأشياء أو البضائع، والإبقاء على درع القداسة والحرمة ليبقى جسدا مكرما يستحق الاحترام لأنه حامل و حاضن للإنسانية.

من الجسد و الحصول على أرباح من جراء ذلك ؟ على إثر إجراء عملية جراحية ل « جون مور » سنة 1976 في المركز الطبي لجامعة كاليفورنيا من أجل استئصال الطحال اكتشف الطبيب « قولدن » أنها تحمل أنسجة يمكن استغلالها لمعالجة أمراض السرطان و تبعا لذلك وقع الحصول على براءة الاختراع و تم بيعها لعدة جهات طبية، بعد ذلك قام « جون مور » مطالبا حصته منها والتعويض من أجل استعمالها لغايات علاجية دون أخذ موافقته في هذا الخصوص.

قررت المحكمة العليا أن المريض ليست له علاقة ببراءة الاختراع و بالتالي ليس له أي حق على هذه الملكية، إذ لم يتعلق الأمر باكتشاف قام به كما اعتبرت ذلك ماسا بالكرامة<sup>144</sup>، أما في خصوص استعمال لأعضاء أو أنسجة من جسده فهو أمر مشروع باعتبار وأنها كانت قد استؤصلت لأجل إتلافها بموافقة صاحبها وهي بذلك قد اخرجت نهائيا من دائرة انتمائها لذلك الجسد. غير أن المحكمة اعتبرت أن الطبيب يتحمل واجب الأمانة تجاه مريضه بناء على علاقة الثقة التي تكون بين الطبيب ومريضه و على هذا الأساس كان على الطبيب إعلامه بكونه سيستعمل الجزء المستأصل، سواء أعضائه أو أنسجته في التجارب العلاجية وعليه أن يطلعه على فوائد ذلك (المالية الممكنة)<sup>145</sup>، بينما اعتبر « جون مور » والمتعاطفين معه أن ذلك يعتبر قرصنة الطب للأعضاء أو الانسجة البشرية فماذا لو استحق شخصا لعلاج ما أو دواء ما لكنه عجز عن ذلك لأنه باهض الثمن والحال ان ذلك العلاج هو ثمرة أنسجته أو جزء من جسده ؟

و أخيرا يمكن القول و أنه طالما و أن براءة الاختراع غايتها الأساسية هي معالجة الأمراض وليس جني الأرباح فأنها لا تكون منتهكة للكرامة بل هي في خدمة الجسد و الإنسانية.

<sup>144</sup> Jacques Fierens. *Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche-Neige. Les Cahiers de droit, vol. 42, n° 3, 2001, p. 647-665. Dans l'affaire John Moore, la Cour suprême de la Californie, le 9 juillet 1990, a invalidé la décision de la Cour d'appel en mentionnant la dignité :*

« The ramifications of recognizing and enforcing a property interest in body tissues are not know, but greatly feared —the effect of human dignity of a marketplace in human body parts, the impact on research and development of competitive bidding for such materials, and the exposure of researchers to potentially limitless and uncharted tort liability. »

<sup>145</sup> Bioéthique et droit des brevets : l'homme aux cellules d'or et le peuple Hagabai. *World Intellectual Property Organization, Magazine de l'OMPI, sept 2006, N° 5/2006.*

الذي يتوقف نشاطه القلبي و التنفسي عن العمل و بالتالي يتشابه الموت هنا مع حالة « الجثة الباردة » والموت هو حالة الشخص الذي يعتبر نظامه الدماغي مدمر كلياً، أما بالنسبة للتعريف الثاني للموت يسمح باعتبار « الجسم الذي ما يزال ساخناً » جثة أو « حالة شخص في غيبوبة مفرطة » و لكن يحتفظ اصطناعياً بوظائفه القلبية و التنفسية، شكل من الموت يقدم إمكانية بإجراء تجارب الطبية الهامة، ففي قضية « ميلهو » المذكورة أجرى طبيب تجربة طبية على شخص في حالة « غيبوبة مفرطة » دون الحصول على موافقة على عمله، الأمر الذي أثار اجتماع المجلس الوطني لنقابة الأطباء الذي وجه تأنيباً له لانتهاكه قانون الاخلاقيات الطبية، و عندما رفعت القضية إليه، أكد مجلس الدولة الجزاء المفروض، و لكن على أساس مختلف، الذي رأى ان قانون الآداب الطبية لا يحمي إلا أشخاص الأحياء، و المريض كان ميتاً، و إذا كان الطبيب مخطئاً فليس ذلك بسبب انتهاكه قانون الواجبات الطبية و لكن لأنه انتهك « مبادئ الاخلاق الطبية الأساسية المتعلقة باحترام شخص الإنسان التي تفرض على الطبيب في علاقته مع مريضه » والتي « تستمر بالتطبيق مع موت » الأخير، و يضيف قرار مجلس الدولة أن من بين هذه المبادئ يوجد مبدأ منع التجارب الطبية على الأموات إلا في حالتين، عندما تقوم التجربة الطبية على استئصال للأعضاء المنظم بقانون 1994 أو عندما تستجيب التجربة الطبية إلى ضرورة علمية معترف بها « شريطة أن يعطي الشخص المعني موافقته على ذلك قبل موته او الحصول على موافقة الأقارب ».

ختاماً وفي نفس الاطار نتحدث عن التجارب الطبية على جزء مستأصل بغاية إعدامه، يمكن ذكر قضية « مور » صاحب « الامشاج الذهبية » (*cellules d'or*) في كاليفورنيا<sup>143</sup>، والتي طرحت إشكالية إخضاع أنسجة أو أعضاء بشرية للتجارب الطبية التي وقع استئصالها لغاية إتلافها ومدى ضرورة أخذ رأي صاحبها خاصة في حالة الاستفادة منها في علاج حالات مرضية أخرى و إصدار في شأنها براءة الاختراع و الاستفادة منها مالياً أيضاً، فهل يصح ذلك دون أخذ موافقة صاحبها وهل له أن يطالب بنصيبه منها ؟ ألا يعني ذلك المتاجرة بأجزاء

<sup>143</sup> قرار المحكمة العليا المؤرخ في 9 جويلية 1990 طعنا عن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف.

ظهرت جمعية خاصة بحق الموت بكرامة و التي تأسست 1988 بمبادرة من عضو مجلس الشيوخ (Caillavet) تعتبر وأن الحق في القتل الرحيم هو أحد مكونات الرئيسية للكرامة الإنسانية<sup>141</sup>، باعتبار و أن الشخص يصل إلى مرحلة من المرض والآلام تجعل جسده عاجزا عن القيام بوظيفته ويصل إلى ظروف تحط من حرمة والاحترام الضروري للكرامة البشرية، غير أن ذلك يمس بحق مقدس ألا وهو الحياة الذي يرتبط بالكرامة والشخص في تلك الظروف يطالب بالموت تحت ضغط الآلام وعن غير وعي، كما أن الإنسان لا يملك التصرف في جسده إلا تصرف المنفعة فلا يمكن إحالته أو اتخاذ قرار بإعدامه، و في لبنان ينص قانون الاخلاقيات الطبية لعام 1994 على أنه « إذا كان المريض مصابا بمرض ميؤوس من شفائه، تنحصر مهمة الطبيب بتخفيف آلامه الجسدية والنفسية وبإعطائه العلاجات الملائمة للحفاظ قدر الإمكان على حياته » و « لا يحق للطبيب التسبب بموت المريض إراديا بل يستحسن عدم اللجوء الى الوسائل التقنية و المبالغة في العلاج لإطالة أمد الاحتضار، و يبقى من الضروري إعانة المحتضر حتى النهاية بشكل يحفظ له كرامته » (المادة 27 الفقرة 10)، كما أن قانون العقوبات اللبناني « يعاقب بالسجن عشر سنوات على الأكثر من قتل إنسانا قصدا بعامل الإشفاق بناء على الحاجة بالطلب » (المادة 552)،<sup>142</sup> ويمكن تفسير ذلك بكون الطب يتطور و قد يظهر علاجاً أو دواء لهذه الحالة المرضية يقضي على الآلام و يشفى من بعده الشخص إذا فلا يمكن الإسراع في وضع حد لحياته.

• التجارب الطبية : **على جثة الميت** اعتمادا على حرمة الجسد حتى بعد الموت لأنه يتعلق بإنسان، تضمن الكرامة حمايته، فإنه لا يمكن إجراء أبحاث على جثة إنسان إلا إذا عبر عن رضاه بهذا الخصوص قبل موته (كما رأينا أعلاه)، يمكن أن نذكر هنا اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قضية ميلهو (Milhaud) المشهورة سنة 1993 أمام عدم تنظيم المسألة من قانون الاخلاقيات الطبية و سكوت قانون 1988، الذي قدم تعريفين للموت، الموت هو حالة الشخص

<sup>141</sup> احمد سليم سعيقان , المرجع السابق , ص 36 .

<sup>142</sup> نفس المرجع السابق المذكور.

## 2/ الكرامة توجه مواصلة او انهاء الحياة

نتناول هنا مسالتين مسألة القتل الرحيم و مسألة التصرف في الجسد بعد الموت و استعمال الجسد في المعالجة الطبية.

• **القتل الرحيم** : هو وضع حد لحياة شخص بهدف تخليصه من الالام وقد يكون بطلبه فيبدو وكأنه مساعدة على الانتحار وهذا ما اعتبره القانون التونسي بالفصل 206 من المجلة الجنائية الذي ينص على انه « يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام الإنسان الذي يعين قصدا غيره على قتل نفسه بنفسه »<sup>138</sup>، و تعود فكرة القتل الرحيم أو شفقة أو رحمة إلى الفيلسوف الإنكليزي فرنسيس بيكون 1561 - 1626 (Francis. Bacon) حيث يقول « أن على الأطباء أن يعملوا على إعادة الصحة للمرضى و تخفيف ألامهم و لكن إذا وجدوا أن شفائهم لا أمل فيه ، ترتب عليهم أن يهيئوا لهم موتا هادئا و سهلا، وفي رأي، أن عليهم فقط، في هذه الأحوال، أن يلفطوا بأيديهم الالام و النزاع. »<sup>139</sup>

• **غير أنه لا يوجد أي تشريع** : حديث، لا في اوروبا و لا في أمريكا يكرس بشكل مطلق حق الموت هذا، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى قرار صادر عام 1928 عن المحكمة العليا في الولايات المتحدة يجيز عقم الأفراد الذين تنقصهم السلامة الجسدية، وإلى الفلسفة النازية التي تدعو إلى القضاء على المرضى و الضعفاء و المصابين بعاهات جسدية، وإلى القانون الجنائي السوفياتي لسنة 1922 الذي لا يعاقب على القتل المرتكب إشفافا بطلب ملح من الضحية، و حديثا أجاز الدائمات عام 1992 للفرد المصاب بمرض لا شفاء له أن يعد وصية طبية على الأطباء التقيد بها، وأجازت أيضا استراليا القتل الرحيم سنة 1999 وأخيرا شرعت هولندا ذلك القتل بقانون 2001<sup>140</sup>، أما في التشريع الفرنسي فلا يوجد الحق في القتل الرحيم، وكل من يلتجأ إليه يرتكب جريمة، وقانون الآداب الطبية الفرنسي يحظر على الأطباء التسبب بموت المرضى قصدا، لكن

<sup>138</sup> انظر الأزهر القروي ، القتل بدافع الشفقة او القتل الرحمة، م ق ت جوان 1976 و كذلك محمد المحجوب الطريطر، القتل إشفافا، م ق ت ديسمبر 1973، محمد حبيب شريف، ظاهرة الانتحار ، م ق ت، ديسمبر 1986.

<sup>139</sup> انظر حومد عبد الوهاب ، القتل بدافع الشفقة ، ي مجلة عالم الفكر ، المجلد الرابع ، العدد الثالث وزارة الإعلام ، الكويت 1973

<sup>140</sup> عمار رامز محمد ، المرجع السابق ص 237 وانظر كذلك أحمد سليم سعيغان ، الحريات العامة و حقوق الإنسان ، منشورات حلب الحقوقية.

الناقلة للصفات الوراثية و حصر الاخذ من الراشدين سليمي المدارك العقلية والمتمتعين بالأهلية القانونية الكاملة، كما منع القانون اخذ أي مقابل مالي لتبرعهم و على العكس و فيما يتعلق **بأخذ اعضاء من جثة شخص ميت** جاءت احكام الفصل 3 فأجازت اخذ عضو من جثة شخص ميت لغايات<sup>135</sup>. علاجية او علمية ما لم تحصل ممانعة من الهالك خلال حياته او بعد وفاته من اقارب الميت حددهم القانون و تصدر الممانعة من الهالك في قائم حياته بكتب معرف بالإمضاء عليه و مودع لدى كتابة المحكمة الابتدائية ونلاحظ ان المشرع مكن الأفراد الراشدين من التعبير عن موافقتهم الصريحة على التبرع بأعضائهم بعد وفاتهم وذلك بالتنصيص على ما يفيد هذه الموافقة ببطاقة التعريف الوطنية.<sup>136</sup>

اما بالنسبة للفضلات الطبيعية (الشعر) و الاستشفائية (غشاء الجنين الذي يخرج منه عند الولادة)، فهي لا تطرح عمليا مسائل أخلاقية، وبالتالي يمكن وهبها دون أية صعوبة لأنها أشياء ليس لها فائدة حقيقية، كما أن بعض الفضلات (الشعر، حليب الأم) يمكن أن تشكل موضوعا لعمليات تجارية ولا ينطبق عليها مبدأ عدم قابلية التصرف بجسم الإنسان، على عكس التبرع بالدم باعتباره رمز الحياة فهو يطرح مسائل حساسة لأنه يشكل بالفعل جزءا من جسم الإنسان يؤدي سحبه إلى النيل من سلامة الإنسان الجسدية، وهو يبقى حيا لبعض الوقت بعد سحبه، ولهذا يعتبر الدم بنظر القانون « جوهرا للإنسان » وليس بضاعة عادية، فالقانون الفرنسي يوجب وهب الدم على أربعة مبادئ هي، التطوع، المجانية، الغاية العلاجية، الكتمان أو السرية، بينما في لبنان يجيز القانون نقل الدم جزئيا بين الأحياء عن طريق إنشاء و تنظيم ومراقبة مصارف الدم<sup>137</sup> و نظم مشرعنا أيضا التبرع بالدم بقانون عدد 82-26 المؤرخ في 17 مارس 1982 واخضعه لعدة شروط تحفظ حرمة الجسد.

<sup>135</sup> تجدر الإشارة إلى أن أحكام هذا القانون سواء تعلقت بأخذ أعضاء من شخص حي أم ميت تتفق في مجملها مع قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا، و ذلك في دورته الرابعة الملتزمة بجدة من 6 إلى 11 فيفيري 1988 (القرار عدد 1) انظر نص القرارين في «قرارات و توصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق في منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة» للدورات 1-10 القرارات 1-97 نشر دار القلم، و دمشق و مجمع الفقه الإسلامي، جدة الطبعة الثانية 1998، ص 57 و ص 121 (القرار رقم 26 و القرار رقم 57 في ترتيب الكتاب). الفصل 10 من القانون المذكور يراجع للمقارنة القانون الفرنسي الصادر في 22 ديسمبر 1976 نثرية دالوز 1977 تشريع صفحة 13

<sup>136</sup> الفصل الاول من الامر عدد 743 لسنة 1999 المتعلق بتنقيح و اتمام القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية.

<sup>137</sup> مشروع قانون صادر مرسوم رقم 9842 بتاريخ 4 آذار (مارس) 1975.

انتهاك للكرامة البشرية، لأن الجسد يصبح كالأشياء المثلية التي يمكن تعويضها بأخرى و كأننا أمام مصنع لإنتاج البضائع.

• **الجسد المجزئ** : قد يعتمد الشخص إلى تجزئة جسده او استقطاع جزء منه و يقصد بالاستقطاع أخذ قطعة أو عضو من جسد، لنقله وغرسه في جسد آخر. ويعبر عنه أحيانا بجني الأعضاء. والغرس هو وضع العضو المستقطع من جسد في جسد آخر ليقوم بعمل العضو الأصلي للجسد المضيف. ويستعمل أحيانا مصطلح الزرع بدلا منه.<sup>131</sup>

أما تعريف العضو لغة ” فهو بضم العين وكسرهما : و احد الأعضاء، وهو كلّ عظم وافر بلحمه “ وهو كذلك جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف والتعريف الطبيّ فهو عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معيّنة مثل المعدة والأنسجة هي ” مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معيّنة “ أمّا مجمع الفقه الإسلامي فيعرف العضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرينة العين سواء أكان متصلا أم انفصل عنه <sup>132</sup> والى جانب التبرع بالأعضاء<sup>133</sup> نجد أيضا التبرع بالدم، فلا يكتفي الشخص كما بينا أعلاه بإجراء عمليات علي جسده أو التصرف في أمشاجه و أجنته. وهذا الأمر فيه خطورة على صون حرمة الجسد و ضمان الكرامة الجسدية، لذا اكد قانون عدد 22 لسنة 1991 الصادر في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الاعضاء البشرية و زرعها<sup>134</sup> على الحرمة الجسدية، مما يوجب التدقيق في الحالات التي يجوز فيها اخذ الاعضاء و زرعها، و يتم هذا بين الاحياء او من جثث الاموات، و تخضع كل حالة الى نظام قانوني مستقل.

فبالنسبة **للتبرع بين الاحياء** حصر الفصل 4 من القانون المذكور تحجيرا مطلقا اخذ الاعضاء الضرورية للحياة و لو برضاء المتبرع و كذلك اخذ اعضاء الانجاب

<sup>131</sup> ندى محمد نعيم الدقر: موت الدماغ بين الطب والإسلام دار الفكر دمشق سورية دار الفكر المعاصر بيروت لبنان 1997ص: 199 - 200

<sup>132</sup> راجع هيثم حامد المصاروه : نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجامعية المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2003 ص 11 ص 12.

Moulin (Anne Marie) : *La crise éthique de la transplantation d'organes à la recherche de la « compatibilité » culturelle* Diogène N°172 Gallimard 1995 p : 79

<sup>133</sup> انظر عبد الله الأحمدى ، حقوق الإنسان و الحريات العامة في القانون التونسي، شركة أوريس للطباعة و النشر تونس 1993.

<sup>134</sup> الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 المؤرخ في 29 مارس 1991، ص 474

و ذلك قصد تدارك عدم الخصوبة لديهما (الفصل 3) ويشترط وجودهما على قيد الحياة، وفي سن الانجاب، وبواسطة امشاج متأتية منهما وجوبا لا من الغير (الفصل 4) على ان يتم تلقيحها بحضورهما شخصا (الفصل 5) كما منع تكوين الجنين او استعماله لغايات تجارية أو صناعية أو قصد انتقاء النسل (الفصل 7) و استبعد ما يسمى « الأمومة البديلة » أي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين (الفصل 15) وفرض مراقبة إدارية على الهياكل الطبية المؤهلة لإجراء أعمال الطب الإنجابي (الفصل 17 الى 33).

ويشمل الطب الانجابي حسب الفصل 2 « كل الأعمال السريرية أو البيولوجية داخل الأنبوب وأي تقنية أخرى أو عمل اخر له أثر معادل و يؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي لذلك » غير انه « يمنع الحصول على اجنة بشرية بواسطة الانبوب او بتقنيات اخرى قصد الدراسة او البحث او التجربة » (الفصل 9)، و يمنع ايضا، « اللجوء الى الغير للتبرع بالأمشاج في اطار الطب الانجابي، كما يمنع التبرع بالأجنة » (الفصل 14) غير انه يسمح بتجميد الامشاج لغايات علاجية من اجل مساعدة الزوجين على الانجاب و ذلك بالفصل 11 و الحصول على جنين بشري بواسطة الانبوب او بتقنيات أخرى إلا في إطار الطب الإنجابي ووفقا لغاياته وهو ما ورد بالفصل 13،<sup>129</sup> « ولقد صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان سنة 1986 قرار يحرم كل طرق التلقيح الصناعي التي تعتمد على متبرع ثالث أو إلى امرأة متطوعة (المرأة الظئر) لزرع اللقحة في رحمها وهذه الطرق محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها و لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية». <sup>130</sup> غير أن ذلك لا يتماشى و ما ورد بمجلة الأحوال الشخصية من إمكانية التبنى و الحال أنه ممنوع أيضا دينا وبتسبب في اختلاط النسب، فهذه الحلول قد تساعد على الإنجاب و تمنح الحياة لمن لا يقدر على ذلك طبيعيا وهي أقل خطورة من التبنى إذا وقع تنظيمها.

أما الاستنساخ فقد منعه الفصل 8 من نفس القانون. وهو أمر طبيعي إذ فيه

<sup>129</sup> الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 7 أوت 2001 ص 2573.

<sup>130</sup> الاسلام و المستحدثات الطبية في علم الاحياء الإحتفال الوطني بذكرى مرور ثلاثة عشر قرنا على تأسيس الزيتونة ، نوفمبر 1996.

البديلة وبنوك البذور المنوية وغيرها، الأمر الذي ادخل الجسد البشري ميدان التعامل والتصرف القانوني، والذي جسده ارادة ملحة بلا قيد لإنجاب طفل او الحق في الطفل مهما كانت الطريقة، وهو ما ظهر معه بصفة متوازية حق الطفل في معرفة نسبه، مما أصبحت معه حرمة الجسد في خطورة اذ أصبحت تشبه المؤسسات الطبية بمصانع تولد وتشكل الأطفال،<sup>124</sup> لذا قررت محكمة التعقيب الفرنسية سنة 1991 ان الامومة البديلة (*La maternité de substitution*) - الممتثلة في الالتزام من طرف امرأة على حمل تتركه لغيرها بعد الوضع - عملا غير قانوني لمخالفته للنظام العام و لعدم قابلية الجسم البشري للتعامل و للتصرف القانوني.<sup>125</sup> وهو ما اكده فيما بعد الفصل الاول من المجلة المدنية الفرنسية سنة 1994 الذي جاء ينص على ان « جسم الانسان و أجزائه و منتجاته لا يمكن ان تكون محلا لحق ذي قيمة نقدية »<sup>126</sup>.

و تدخل المشرع مسaire لذلك لينظم الجوانب المتصلة بالطب الانجابي ويقصد به حسب الفقرة الثانية من الفصل الأول « كل الاعمال الطبية الداخلة في اطار المساعدة الطبية على الانجاب والرامية الى معالجة عدم الخصوبة ». على انه يجب ضمان الكرامة البشرية عند ممارسة ذلك، فقد أقر الفصل الأول من قانون 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها بان « الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة » و كذلك الفصل الاول من قانون 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي الذي نص على ان هذا الطب « يمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان و صون حرمة الجسدية »<sup>127</sup> وقد أخضع هذا القانون الجوانب المتصلة بالطب الإنجابي لأحكام دقيقة تحقيقا لضمان حرمة الفرد وضمانا للكرامة البشرية. فحصر الأعمال الطبية المساعدة للإنجاب في الشخصين المتزوجين.<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Jossierand. La personne humaine dans le commerce juridique. D.H.1932 ch .p.1.

<sup>125</sup> Ass. Plén.31mai 1991.p.417.

<sup>126</sup> يراجع الفصل 16 1- من المجلة المدنية الفرنسية يراجع القانون عدد 653 لسنة 1994 و القانون عدد 654 لسنة 1994 الصادرين في 29 جويلية 1994 ، الرائد الرسمي للجمهورية الفرنسية المؤرخ في 30 جويلية 1994 .  
<sup>127</sup> القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 المؤرخ في 7 أوت 2001 ، ص 2573.

<sup>128</sup> و هو ما راه سماحة مفتي الجمهورية السابق ، الشيخ المختار السلامي في حديث صحفي لجريدة الصباح في 23 مارس 1988

## 1 / الكرامة توجه حرية منح الحياة

يمكن الطب البيولوجي من منح الانسان الحياة سواء بميلاد جسد مكتمل جديد أي منح الحياة لمولود جديد (أ) او بتجزئته و تداوله (ب) وهو ما يفسر ضرورة احترام الكرامة كمبدأ يحدده و ينظمه.

أ. منح الجسد و المحافظة على حرمة: يمكن الطب الانجابي من إعطاء الحياة لجسد جديد أو الحق في الطفل لكل من لم يتمكن من الانجاب الطبيعي ويقابله حق الطفل في معرفة نسبه و اصله او والديه. كما وصلت الابحاث الطبية الى الاستنساخ وهو امر خطير لأنه يفقد الجسد قداسته و يجعله بمثابة الشيء. ولهذا السبب تتدخل الكرامة لتؤطر مثل هذه الحلول الطبية. عبر « اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية (التي) مُتُّل، بِأَتَمَّ معنى العبارة، مَجْمَعًا عِلْمِيًّا يَضُمُّ صَفْوَةَ من الكفاءات التي لها من الخِبرة في مجال ما يثيره البحث والتقدّم السريع في ميادين البيولوجيا والطب والصحة من مشاكل أخلاقيّة تهُمُّ الإنسان والمجموعات والمجتمعات بأسرها ، ما يُؤهلها لوضع المبادئ الكُبرى التي من شأنها أن تُمكِّن من التوفيق بين التقدّم التكنولوجي وبين القواعد الأخلاقية والضوابط القانونية والقيم الإنسانية وحقوق الإنسان والواقع الاجتماعي والاقتصادي والثقافي<sup>122</sup>». واللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية هي « هيكلًا استشاريًا مُتعدّد الاختصاصات، خبيرًا في علوم الحياة والصحة، يُفكِّرُ ويستحثُّ على التفكير في المسائل ذات البُعد الأخلاقي التي تطرحها التكنولوجيا الطبيّة الدّقيقة المتطوّرة من قبيل أخذ الأعضاء من الأحياء وعند الموت الدّماغي (*Mort encéphalique*) وزرعها لغايات علاجية في أجساد أُخرى، والمُساعدة الطبية على الإنجاب، والتغييرات الجينية (*Manipulations génétiques*)، وتجميد الجنين (*Congélation de l'embryon*).<sup>123</sup>»

• الحق في الطفل : شكل التقدم الطبي تخوفا من طرف العلماء والأخصائيين، فقد قدم الطب الانجابي عدة حلول لمواجهة قلة الخصوبة ككراء الارحام والأمومة

<sup>122</sup> اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية ، التبرع بالأعضاء ، تفكير و تساؤلات ، الندوة السنوية العاشرة تونس في

24 نوفمبر، 2006، ص3.

<sup>123</sup> اللجنة الوطنية للأخلاقيات الطبية ، المرجع السابق.



الاطار كل بتر لعضو من اعضاء الجسد لغير اسباب صحية او علاجية ويعتبر من قبيل العنف المعاقب عليه جزائيا.

بينما تعتمد المرأة لاستئصال رحمها في حالة المرض وهي حالات قصوى لتجنب انتشار خاصة الامراض الخبيثة والتي يمكن ان تقضي على حياتها. وغالبا ما تكون لإرادية يفرضها الطبيب. على خلاف حالات الاجهاض والتي قد تفرضها ظروف اجتماعية لكنها تبقى ارادية. فالمرأة او الام هي التي تقرر ذلك. وهذا الامر يسمح به القانون ما لم يتجاوز الحمل مدة 3 اشهر. لان الجنين في هذه المرحلة يعتبر جزء مندمج في جسد الام وليس له وجود قانوني. لذا فالإجهاض في هذه المرحلة عبارة عن استئصال جزء تابع لجسدها، و لها ذلك انطلاقا من مبدأ حرية التصرف في جسدها. وهو امر لا يحط من كرامتها، بل يكون حلا انجع لابن سيولد غير مرغوب فيه او سيعاني من ظروف قاسية لكن بشروط يجب احترامها حفاظا على حياتها وتماشيا مع كرامتها.

اذ هذا الترخيص مشروط بان يكن تحت إشراف الطبيب وبمؤسسة استشفائية او صحية او مصحة مرخص فيها. وبانتهاء هذه المدة اي 3 اشهر يكون للجنين الحق في الحياة كبدية جسد يحميه القانون ويعتبره موجودا. فيكون اجهاضه بمثابة قتل شخص في طور التكوين. هذا ما قرره الفصل 214 من المجلة الجزائية، حيث ورد في الفقرة الثانية منه « و تعاقب بعامين سجنا و بخطية قدرها الفا دينار او بإحدى العقوبتين المرأة التي اسقطت حملها او حاولت ذلك او رضيت باستعمال ما اشير به عليها او وقع مدها به لهذا الغرض ». فالجنين ليس مجرد شيء يمكن التخلص منه انه يحمل صفات الانسانية، و التعامل معه بهذه الكيفية فيه هتك ومساس بالكرامة البشرية.<sup>119</sup>

على انه يرخص في الاجهاض « بعد الثلاثة اشهر ان خشي من مواصلة الحمل تسبب في انهيار صحة الام او توازنها العصبي او كان يتوقع ان يصاب الوليد بمرض او افة خطيرة و في هذه الحالة يجب ان يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها ».

<sup>119</sup> Kamel CHARFEDDINE : *Le statut juridique de l'embryon : sujet ou objet ?* . R.T.D. 1998/1.

ولتبرير موقفها الحمائي لحق الفرد بالحياة الخاصة في ظل غياب قانون داخلي يكرّسه، استندت محكمة الاستئناف على المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادق لبنان عليه والذي يضمن لكل إنسان الحق في حماية حياته الخاصة ويمنع التعرض لها.

أما المثير للاهتمام هو استشهاد القرار بموقف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وبالتحديد بقراريها (غودوين ضد المملكة المتحدة الصادر بتاريخ 11/7/2002 و ب. ضد فرنسا الصادر بتاريخ 25/3/1992) للقول بأن « عدم قبول طلب تصحيح الجنس في سجلات الأحوال الشخصية تبعاً » لتبدل جنس صاحبها المتحول جنسياً يشكل مخالفة لأحكام المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تضمن حق الشخص باحترام حياته الخاصة.

**فما أبعاد هذا الحق ؟ وهل هو يتضمن أمره النفس "l'autonomie individuelle"** وهو مفهوم طورته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وقوامه الاعتراف بحق الفرد باتخاذ القرارات التي يراها مناسبة في شؤونه الخاصة بمنأى عما يفرضه المجتمع من قيم أخلاقية أو دينية ؟ وهل يؤدي تكريسه الى فتح الأبواب أمام متخالطي الجنس للاعتراف بزواجهم من أفراد ينتمون إلى الجنس المطابق لجنسهم عند ولادتهم ؟

في هذا الصدد يمكن ذكر دولة ايران حيث اعتبرت الاولى عالميا في المتحولين جنسيا و قد شهدت حالات زواج بين المتحولين جنسيا او متخالطي الجنس.<sup>118</sup>

### **حالات اعدام او بتر جزئي للجسد او عملية الاستئصال**

قد يعمد الشخص لاستئصال عضو من اعضاء جسده لغايات اغلبها علاجية ،من اجل مقاومة بعض الامراض. لكن قد تكون الاسباب اجتماعية او ودينية او علاجية، من ذلك الختان يهيم الذكور وهي عملية تطهير تفرضها تقاليدنا و ترتبط بالدين ولا تشكل خطورة على الجسد بل ينصح بها الاطباء. و هذا النوع من الاستئصال ليس فيه مساس بالكرامة البشرية على عكس ختان البنات الذي يرفضه الدين و يعتبر عمل لاإنساني محط بالكرامة. كما يجرم في نفس هذا

الانجاب<sup>113</sup>. بالمقابل، تعتمد بعض الدول الأخرى كإسبانيا<sup>114</sup> والمملكة المتحدة<sup>115</sup> حلاً « وسطاً » بحيث تشترط خضوع الفرد لعلاج طبي من دون أن تستوجب أن يتضمن هكذا علاج عملية جراحية. والجدير ذكره في هذا الصدد التوجّه العامّ في مختلف الدول الأوروبية لاستبعاد الشرط المتمثل بخضوع الفرد لعمليات جراحية أو علاج هرموني من شأنه الاطاحة بقدرة الفرد على الانجاب.<sup>116</sup>

### فماذا سيكون موقف القضاء اللبناني أمام هذه التساؤلات ؟

لا يتضمن قرار محكمة الاستئناف أيّ ذكر للشروط الواجب توافرها إلا التذكير بعدم وجود « أي إمكانية لعودة المستدعي إلى جنسه السابق » وهو معيار لا تزال تعتمده المحاكم الفرنسية حتى اليوم<sup>117</sup>. إلا أنه يبدو لنا أن اشتراط خضوع الفرد لعلاج هرمونيّ أو جراحيّ لا يجد مبرراً إلا في حال التمسك بصورة موضوعية للهوية، وهي صورة ثبت أنها غير متحقّقة في الواقع لما للهوية من اعتبارات متعددة لا يمكن حصرها في خانة تحددتها معطيات الطبيعة المتحوّلة.

لم تكن محكمة الاستئناف بالإشارة الى التباين بين واقع الحالة الشخصية وقيود الاحوال الشخصية لفسخ القرار الصادر عن القاضي المنفرد، بل علّلت قرارها بحق الفرد باحترام حياته الخاصة. فرفض تكريس واقع الحالة المستحدث يشكل حسب ما خلصت إليه « تعرّضاً غير مبرر لخصوصية حياتها الشخصية وحرّياتها الأساسية » على اثر إطلاع الغير على الازدواجية المذكورة في معرض قيام المستدعي ب « المعاملات الادارية والقانونية وسواها من المعاملات التي توجب إبراز الأوراق الثبوتية الرسمية والتي تختلف في ظاهرها عن هويته الفعلية ».

<sup>113</sup> المادة الأولى من القانون الفنلندي 28 Act on the Confirmation of Gender of a Transsexual

June 2002/563 <http://trasek.fi/wp-content/uploads/2011/03/TransAct2003.pdf>

<sup>114</sup> Marie LAMARCHE, *Le transsexualisme en Espagne : loi du 15 mars 2007 sur l'identité de genre. Droit de la famille n° 5, Mai 2007, alerte 45.*

<sup>115</sup> قانون المملكة المتحدة 2004. Gender Recognition Act

[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/pdfs/ukpga\\_20040007\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/pdfs/ukpga_20040007_en.pdf)

<sup>116</sup> القانون الإيرلندي Gender Recognition Act number 25/2015؛ والتقرير الصادر عن Open Society Foundations: "License to be yourself" [http://www.wpath.org/uploaded\\_files/140/files/license-to-be-yourself-20140501.pdf](http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/license-to-be-yourself-20140501.pdf)

<sup>117</sup> Philippe Reigné, La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires. Droit de la famille n° 9, Septembre 2012, comm. P.131.

فهل يمكن لسجلات الأحوال الشخصية أن تكرّس الهويات الذاتية بمعزل عن أي تطابق بيولوجي موضوعي كان ؟ وتحديدًا « في حالة الجنس، هل يمكن تكريس جنس مغاير لجنس المستدعي عند ولادته بمعزل عن أي علاج هرموني أو عملية جراحية كانت عبر الاكتفاء بواقع مستحدث نفسيًا و مسلكيًا » ؟

وفي حال النفي، ما مدى العلاجات الطبية المستوجبة من أجل تصحيح الجنس ؟ هل يمكن الاكتفاء بالعلاج الهرموني أو بعملية جراحية واحدة أو هل يتوجب ان يثبت المستدعي خضوعه لعمليات جراحية أدت إلى استئصال الأعضاء التناسلية للجنس عند الولادة وتزويده بالأعضاء التناسلية للجنس المطالب بالاعتراف به ؟

هذه هي أطر النقاشات المتداولة حاليًا على المستوى الدولي والتي لاقت أجوبة متغايرة بين الدول. فكرّست الأرجنتين « الهوية الجندرية »<sup>109</sup> التي عرّفها على أنها النمط الداخلي والفردّي الذي يتصوّر الأشخاص من خلاله الجندر، والذي يمكن أن يتطابق مع الجنس المحدد عند الولادة كما يمكنه أن يختلف عنه عبر تغيير الشكل الخارجي للجسد أو وظائفه من خلال الجراحة أو غيرها من الأدوات على أن يتم اختيارها بحرية. كما يمكنه أن يتضمن تعابير مختلفة عن الجندر كالملبس، أو الأسلوب في الكلام والإيماءات<sup>110</sup>. واستتبع هذا التكريس فتح الأبواب أمام تغيير الجنس المسجّل للأفراد بناء على طلب منهم يقدّم إلى الجهات الإدارية من دون فرض أية شروط كانت لناحية خضوعهم إلى علاج نفسي أو هرموني أو عمليات جراحية من أي نوع كان<sup>111</sup>. وقد آل هذا الموقف المتقدم للاعتراف بحق الفرد باحترام هويته الجندرية<sup>112</sup>. أما في فنلندا، فيتوجب على الفرد الذي يطلب تغيير جنسه أن يخضع لعمليات جراحية إخصائية أو أن يكون قد أثبت أنه لا يمكنه

<sup>109</sup> 8/5/2012:https://globaltransaction.files.wordpress.com/2012/05/argentina-gender-identity-law.pdf

Marie LAMARCHE. L'Argentine. laboratoire d'expériences législatives en droit des personnes ?•propos de l'autonomie en matière d'identité sexuelle et de mort . Droit de la famille n° 7-8. Juillet 2012. alerte 37

<sup>110</sup> المادة 2 من القانون الأرجنتيني

<sup>111</sup> المادة 3 والمادة 4 من القانون الأرجنتيني

<sup>112</sup> المادة 1 من القانون الأرجنتيني

ان [هـ] تسب [ب] لنفس [هـ] بهذا المرض بفعل ارادي من [هـ] .« وهي بذلك دحضت القرار الابتدائي الذي اعتبر أن الواقع المستحدث هو نتيجة الإرادة المنفردة.

وقد ذهبت محكمة الاستئناف أبعد من ذلك، بتأكيدهما على أن « حق الشخص في تلقي العلاج اللازم لما يعانيه من أمراض جسدية ونفسية هو حقّ أساسي وطبيعيّ ولا يمكن لأحد أن يحرمه منه .« وعلى ضوء ذلك، بدا التحوّل الحاصل في جنس الشخص المعني على أنه نتيجة طبيعية لممارسة حق طبيعي هو حق العلاج من مرض نفسي، نتيجة جديرة بالاحترام. وأضافت محكمة الاستئناف إلى ذلك أنّ تصحيح الأخطاء الحاصلة في سجلات النفوس بمقتضى المادة 21 من المرسوم رقم 8837/1932 لا يقتصر على الأخطاء المادية البحتة بل يشمل الحقيقة المستحدثة. وهذا ما نقرّوه في العبارة الواردة في قرارها ومفادها وجوب « تصحيح القيد لجعله مطابقاً للحقيقة .«

بالطبع، ما خلصت إليه محكمة الاستئناف هو أحد أشكال مواجهة القانون لتركيبية الهوية الفردية المعقّدة. فسجلات الأحوال الشخصية تهدف إلى تعريف الشخص. وفي حين كان هذا التعريف من الأمور السهلة بحيث يتم بالاستناد إلى معايير حدّدها الطبيعة وعزّفتها مسبقاً، معايير معطاءة، وهي في حالة الجنس معطيات بيولوجية موضوعية، دخل القانون الى دائرة الغموض والالتباس على أثر المطالب الموجهة إليه بوجوب الأخذ بمعايير أخرى مرّكبة ترتكز على نظرة الفرد لنفسه وعلى تصرّفاته في المجتمع ونظرة المجتمع له<sup>108</sup>. وأمام حرج القانون في محاولات التمييز ما بين الهوية الموضوعية والهوية الذاتية، كان لا بدّ من تكريس « واقع الحالات الشخصية » الذي هو بطبيعته واقع متخالط ومتحوّل، لا يقتصر على الواقع البيولوجي المحدد عند ولادة الفرد، بل يتعدّاه ليشمل تطوّر الحالة النفسية والتصرفية بتعقيداتها المتعددة.

والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار يتعلّق بمدى إمكانية تكريس هذه الهويات الذاتية من دون اعتماد أي معيار موضوعي كان.

<sup>108</sup> François VIALLA. « Prolégomènes sur bapproche juridique de la transidentité ». Droit de la famille n° 5, Mai 2013. dossier 13.

ويتميّز هذا القرار لجهة التعليل المعتمد فيه من أجل معالجة مسألة مدى إمكانية تصحيح الجنس لجعله متطابقاً مع الحالة النفسية والعاطفية والتصرفية للفرد.

فقد نظرت محكمة الاستئناف في طلب تصحيح الجنس لجعل قيد المستدعي « ذكراً » بدلاً من « أنثى » على اثر تقدّم هذا الأخير باستئناف طعنا بالقرار الصادر عن القاضي المنفرد في بيروت بتاريخ 2014/12/03.<sup>106</sup> وكان القاضي المنفرد ردّ طلب التصحيح معتبراً أنه لا يمكن الاستجابة له في ظل الازدواج الحاصل بين قيود الأحوال الشخصية وواقع الفرد الناتج عن إرادته المنفردة، حيث أن « العلاج الهرموني والنفسي والجراحي المتمثل بالعمليات الجراحية التي خضعت لها المستدعية بسعي وتصميم منها، لم يكن يهدف في الأساس الى تصويب العيب الخلقي أو حالة اختلاط أو ازدواج جنسي كانت تعاني منه، لا بل أن جميع هذه العلاجات والعمليات الجراحية هي التي أدّت الى خلق هذا الواقع الجديد المستحدث ».

الا أنّ محكمة الاستئناف اعتمدت توجّهاً معاكساً، توجّهاً كان اعتمده أكثرية القضاة المنفردين الناظرين في قضايا الاحوال الشخصية في قراراتهم في هذا الخصوص.<sup>107</sup>

و قوام موقفها اعتبار الازدواج بين الواقع المستمد من حالة طبية ضرورية وقيود الأحوال الشخصية في خانة الخطأ القابل للتصحيح أولاً « وحق الفرد في احترام حياته الخاصة ثانياً ».

اعتبر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف على ضوء الخبرة الطبية المبرزة في الملف أن تحوّل جنس المستأنف عبر العلاجات الهرمونية والعمليات الجراحية هو عمل طبيّ ضروريّ « لشفاء وتخليص » المستدعي من « المعاناة التي رافقت [ه] طيلة حيات[ه] »، معاناة نتجت عن « مرض الاضطراب في الهوية الجنسية منذ طفولت[ه]، دون ان يكون هناك ما يدل على

<sup>106</sup> نشر في العدد 34 من مجلة المفكرة القانونية.

<sup>107</sup> يمّنى مخلوف، قضاة الأساس يجتهدون: لمتخالفي الجنس أن يصححوا قيد جنسهم في سجلات النفوس،

المفكرة القانونية- لبنان، العدد الأول، أيلول 2011. www.almoodon.com

وقد طرحت هذه المسألة على القضاء بمناسبة تغيير الاسم في حالة تغيير الجنس وهو ما طرحته قضية « سامي » - « سامية » التي نظرت فيها محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993<sup>100</sup> اعتبر القرار الاستثنائي أن الدعوى، في هذه الحالة، تخالف النظام العام، ضرورة أن القضاء لا يمكن له إقرار حق اكتسب بصفة منافية للقانون و كذلك للنظام العام « فان » تغيير الجنس بصفة ارادية وتلقائية يتنافى واحكام الشريعة الاسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حاليا، اذ انه من الثابت علميا ان مختلط الجنس لا يمكن له ان ينتمي لجنس معين و لا يمكنه الزواج و تبعا لذلك قضت المحكمة بتقرير الحكم الابتدائي القاضي برفض دعوى تغيير الاسم في دفتر الحالة المدنية وقد كانت محكمة التعقيب الفرنسية سابقا تتبنى نفس الموقف،<sup>101</sup> لكن هذه المحكمة عدلت في موقفها بعد صدور قرار المحكمة الاوربية لحقوق الإنسان في 25 مارس 1992<sup>102</sup>؛ وأجازت تغيير الحالة المدنية بما يناسب التغيير الحاصل في الجنس،<sup>103</sup> و اعتبره الاستاذ كمال شرف الدين « موقفا محمودا لأن تغيير الجنس لأسباب علاجية، سبب مشروع لتغيير الاسم و جعله مطابقا للواقع الجديد »<sup>104</sup>.

ويمكن الاستفادة من التجارب الفقه القضائية<sup>105</sup> او التشريعية المقارنة و الاستدلال هنا بالقضاء اللبناني، حيث مع امتناع المشرّع اللبناني عن اقرار قانون يرفع حالة متخالفي الجنس، تثار هذه المسألة امام المحاكم اللبنانية. وآخر القرارات على هذا الصعيد، القرار الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية في بيروت بتاريخ 3/9/2015 تحت الرقم 1123/2015. ويشكّل هذا القرار.

<sup>100</sup> نشر بمجلة القضاء و التشريع 1994 ، عدد 1 ، ص 109 ، و بالمجلة القانونية التونسية 1995 ، ص 145 مع تعليق بقلم رشيدة الجلصي وانظر كذلك تعليق الأستاذين حمادي الرديسي وصلاح الدين بن عبيد تحت عنوان :

. p. 153 n°2, 1995, Journal de Bioéthique. L'affaire Samia ou le drame d'être autre.

<sup>101</sup> Cass.civ. 1<sup>ère</sup> ch . 21mai 1990, p.169. J.C.P. , 1990 , II, 21588 .

<sup>102</sup> C.E.D.H., 25mars 1992, D.1993, 101, note J.P.Marguenaud, Rev. trim.dr.civ. , 1992 ; p.540, observ. J.Hauser .

<sup>103</sup> Cass .civ. , Assemblée Plénière, 11 décembre 1992 , deux arrêts. J.C.P. , 1993 , II , 21991note G.MEMETEAU .

<sup>104</sup> محمد كمال شرف الدين ، قانون مدني ، دار الاطرش للكتاب ، ص 195.

<sup>105</sup> Décision du 10 mars 2015. affaire Y.Y.c.Turquie . la Cour européenne des Droits de L'Homme.

## ❦ عمليات التجميل :

تتمثل في تغيير المظهر الخارجي للجسد و تعريضه للجراحة من طرف صاحبه. وتوجد حالة عدم رضا بالجسد الاصلي او المعطى الطبيعي بصفة جزئية او على اثر حادث شوه الصورة الاولى للجسد وهي حالة عدم الرضا بالأثار المستحدثة على الجسد. الامر الذي يبرر تغييره و تبديله بشكل او مظهر يسعد به صاحبه او يكون مصدر استحسان او اعجاب من قبل الغير. فيكون سبب هذا التبديل اذا هو ارضاء النفس او ارضاء الغير ولا يمس الا بالشكل او المظهر الخارجي وقد يشمل أي جزء من اجزاء الجسد. لكن دون ان يكون لذلك تأثير على هوية الشخص او على وجوده او على حالته المدنية او الاجتماعية. كما ان هذه العمليات لا تمس بالكرامة البشرية فلا تشييء الجسد و لا تخرجه من الجنس البشرى. و لذا لم يمنعها القانون وترك لصاحبها حرية التصرف فيما يخصها. لكن دائماً، في اطار سلامة الشخص والمحافظة على حياته في كنف الكرامة البشرية.

## ❦ تغيير الجنس او التحول الجنسي :

حالة متخالفي الجنس او اختلاط او ازدواج الجنسي

بخلاف الحالة الاولى حالة التجميل، فان التغيير او التحول في هذه الحالة له تأثير على الحالة المدنية. فلا يقتصر على تغيير ظاهري خارجي. بل هو ضرورة تحتمها حالة من عدم التقابل بين ما هو ظاهري و ما هو باطني. محاولة تصحيح الجنس لجعله متطابقا مع الحالة النفسية.

و تعتبر هذه المسألة من المسائل الواقعية التي يحاول القضاء معالجتها في غياب نص تشريعي ووضع شروط لذلك حتى لا تصبح مجرد نزوة و كان الجسد شيء يتلاعب به صاحبه ليخرجه من بوتقة الذكور ويدخله في بوتقة الإناث او العكس. وهو امر ذو خطورة لتأثيره على الحالة المدنية للأطراف. بينما تقتضي الكرامة المحافظة على الجسد وإبعاد التحول والتغيير الاعتباري و غير الضروري.<sup>99</sup>

<sup>99</sup> وقد طرحت هذه المسألة على القضاء التونسي في قضية سام.

لقيام جريمة تعاطي البغاء السري بدليل ان النص الوارد بعقاب هذه الجريمة قد شمل النساء اللائي يتعاطين البغاء ولو صدفة حسب منطوق النص المذكور اعلاه (الفصل 231) «<sup>98</sup> فرغم ان هذا الاتجاه متماشيا اكثر مع عبارات الفصل 231 من المجلة الجزائية و هو يكرس مبدأ التأويل الضيق للنص الجزائي الا انه فيه خطورة على الحريات الفردية والحياة الخاصة للأفراد مثله مثل الفصل 230 من نفس المجلة لأنه امر يهتم الاستقلال الذاتي للفرد و طريقة عيشه وهويته الفردية المتميزة عن البقية وهذا التنوع الانساني لا يمس بالكرامة باعتبار وانه لا يضر بالغير ولا بالجسد اذا تم تأطيره و تنظيمه بل هو يعكس ضرورة الاخذ بالوحدة النفسية الداخلية و المادية الجسدية حتى لا يشعر الشخص في هذه الحالة بالازدواجية و التمزق. بل ان التدخل في الحياة الحميمية للأفراد بطريقة تعسفية و معاملتهم معاملة الاشياء بإشعارهم بالإهانة يمثل انتهاكا للكرامة الانسانية، لان المتعامل معه هو انسان قبل كل شيء محكوم بظروف نفسية واخرى خارجية يجب مراعاتها مع محاولة ايجاد توازن بين المصلحة العامة والخاصة في كنف احترام الكرامة البشرية.

## 2/ تاطير رفض تقبل الجسد الاصلي او تنظيم حالات ادخال تغييرات على

### جسده

قد يعمد الشخص الى ادخال تغييرات على جسده سواء كانت جزئية او كلية برفضه و اعدامه. وهو امر لا يستساغ لان في هذه الحال يعامل الجسد معاملة الاشياء التي يمكن تبديلها وتغييرها في كل وقت وحتى الاستغناء عنها.

والحال ان للجسد قداسة وحرمة تجعله لا ينزل منزلة الاشياء. لذا فان هذه الحرية يجب ان تمارس في اطار الكرامة البشرية فلا تكون إلا بشروط و لضرورة تحتمها. و تبقى استثناء محصورا ضمن حالات معينة.

وفي هذا الصدد، يمكن التحدث هنا على ثلاثة حالات يتصرف فيها الشخص في جسده بالتغيير وتتمثل في عمليات التجميل وابدال الهوية الجنسية او تغيير الجنس او حالات التعقيم وهي محاولة لإعدام والقضاء جزئيا على الجسد.

<sup>98</sup> نشرة محكمة التعقيب 1994 ، ص 25.

التناسلية ضرورة ان البغاء العلني خلافا للغاء السري يخضع لرقابة طبية دورية.<sup>94</sup> فهو اذا مظهر من مظاهر ممارسة المرأة لحقوقها في التصرف في جسدها و الحق في احترام حياتها الخاصة وتنظيمه يقلل من خطورته على المجتمع. **لكن هل يضمن الكرامة البشرية ؟** لذا ظهر اتجاه رافض للغاء العلني و يطالب بإلغائه لأنه كان سببا في ازدهار الدعارة و الاتجار بفجور النساء و الاطفال و انتشار الرقيق الابيض في العالم. كما انه ليس من المعقول ان نجيز للمرأة الاتجار بجسدها ببيع اللذة بمقابل و الحال انه لا يمكن ان يكون جسم الانسان محل تعاقد.<sup>95</sup> و لعل كل هذه الاعتبارات جعلت العديد من الدول تلغي البغاء المنظم نشير هنا الى اتفاقية الامم المتحدة في 2 ديسمبر 1949 المتعلق بمكافحة تجارة الرقيق الابيض و استغلال خناء الغير.

اما بالنسبة للغاء السري فقد اعتبر فقه القضاء ان عبارة صدفة تعني النساء اللاتي لا يجعلن البغاء السري مهنة او مورد رزق وحيد بل يتعاطينها بصفة عرضية. اما بالنسبة للمقابل فاشترطته محكمة التعقيب وهو ثمن بيع العرض والاتجار بالجسد.<sup>96</sup> لكن يبقى هذا الامر غير مؤكد و يفتح هذا الفصل المجال للعديد من التأويلات التي قد تمس بالحريات. فقد اتخذت محكمة التعقيب موقفا و تأويلا معاكسا معتبرة ان لقيام البغاء السري وفق الفصل 231 ليس من الضروري توفر ركن التعود و المقابل، فقد جاء في قرار تعقيبي عدد 8075 المؤرخ في 29 نوفمبر 1972 ان القانون لم يشترط في جريمة البغاء السري ركن التعود الذي هو من مستلزماته تكرار العمل المشين « بل يكفي في توجدها الاتصال الجنسي مرة واحدة لو كانت على سبيل الصدفة »<sup>97</sup> و جاء في قرار، تعقيبي اخر عدد 43753 مؤرخ في 19 سبتمبر 1994 « ان المشرع التونسي لم يشترط توفر ركن التعود

<sup>94</sup> الفصل 26 الى 44 من القرار اعلاه. وقد اشار الى اسباب وضع وهي « المحافظة على الامن و الصحة العموميين » وقد وقع تصنيف المومات الى صنفين ، نساء الديار و النساء المفردات. ولعل من المفارقات تنصيب الفصل 2 على وجوب ترسيم هذين الصنفين « بدفتر خصوصي لنظام الاخلاق و ضبطها. « كما حجر الفصل 11 على المرأة التي تتعاطى البغاء العلني مفردة ان « تبدو على رؤوس الملاهي هياة منافية للاداب » ؟

<sup>95</sup> Le corps humain et le droit. Association Henri Capitant. Tome XXVI. 1975  
Xavier Labbee. *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort. Presse universitaire de Lille*. 1990. p.15. <https://books.google.tn>

<sup>96</sup> Cesare BECCARIA : *Traité des délits et des peines. Cujas*. 1966. p. 69 et Gegout. *L'interprétation littérale des lois pénales*. Mélanges Geny. p. 305.

<sup>97</sup> نشرية محكمة التعقيب 1972 ، ص 129.

كريمة ومقدسة، فعلى الدولة حماية الكرامة البشرية و ضمان العيش الكريم لكل المواطنين وفق ما نص عليه الدستور.

ولهذا السبب تعاقب المجلة الجزائيّة في بعض فصولها من يعمد الى ادخال جسده في مجال التعامل و التداول. من ذلك نذكر الفقرة الثالثة في التحريض على الخناء من القسم الثالث المتعلقة بالاعتداء بالفواحش بالفصول 231 الى 235.

بالرجوع الى الفصل 231 من مجلة الجزائيّة « النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالتراتب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الخناء ولو صدفة، يعاقبن بالسجن من ستة أشهر إلى عامين وبخطية من عشرين ديناراً إلى مائتي دينار ».

يطرح هذا الفصل العديد من الاشكالات، فهو اولاً يميز بين البغاء العلني الذي نظمه و اجازته<sup>91</sup> و البغاء السري الذي منعه. غير ان المشرع لم يستعمل مصطلح البغاء و انما لفظة خناء وهي لفظة ذات مدلول واسع و تعني الفحش والفساد، بينما البغاء فله مدلول ضيق. و يرى الدكتور عبد الله الاحمدي، في غياب تعريف تشريعي « ان المقصود به هو اشباع الشهوة الجنسية للغير بمقابل و بدون تمييز مهما كانت الطريقة ».<sup>92</sup>

لكن بالرجوع الى منطوق الفصل نجد المشرع يستعمل مصطلح و لو « صدفة » وهو ما يتناقض مع ركن العود كما ان المشرع لم ينص صراحة على عنصر المقابل، الأمر الذي يجعلنا نستغرب المنع و العقاب، فليس هناك اتجار بالجسد. و في المقابل يسمح نفس الفصل بممارسة البغاء العلني الخاضع لتراتب خاصة مما لا يتصور معه القيام بذلك دون مقابل و بدون اعتراف، و الحال ان ذلك فيه مساس بالكرامة البشرية فهو نوع من المتاجرة بالجسد.

يرى البعض انه شر لا بد منه<sup>93</sup> باعتباره يقلل من حالات الاعتداء الجنسي كالاعتصاب. كما انه يخفف من البغاء السري و بالتالي يحد من انتشار الامراض

<sup>91</sup> القرار المؤرخ في 30 افريل 1942 الصادر عن «الوالي الكاتب العام للحكومة التونسية و المتعلق بتنظيم الفجور » ، الرائد الرسمي الصادر في 5 ماي 1942 ، ص 2 الى 7 .

<sup>92</sup> د. عبد الله الاحمدي، قانون جنائي خاص بالجرائم الاخلاقية، الطبعة الاولى 1998 ، ص 197 .

<sup>93</sup> عبد الله الاحمدي ، المرجع السابق ، ص 201 .

## 1 / منع المتاجرة في الجسد

« فليس جسم الإنسان في الدولة الحديثة ملكا لصاحبه بالذات، كما أنه ليس لأي إنسان آخر حق على هذا الجسد، وكون هذا الجسد ليس مالا قابلا للتملك فهو إذا غير قابل للإتجار به، أي أنه حق غير مالي و بالتالي يخرج عن دائرة التعامل».<sup>89</sup>

فمبدأ عدم قابلية الجسد للتداول يرتبط بفكرة عدم قابليته للمتاجرة. ويمكن تأسيس هذا المبدأ على الفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يعتبر محل الالتزام مشروعا اذا تعلق بشيء او بحق لم يصرح القانون بمنع التعامل فيه. وانطلاقا من قراءة عكسية، يعتبر الموضوع غير الجائز هو الشيء او الحق الذي صرح القانون بمنع التعامل فيه<sup>90</sup>. والجسد لا يمكن التعامل فيه لأنه خارج عن مجال الاشياء فهو يندمج في الشخص الذي لا يمكن ان يكون بحال من الاحوال موضوع تداول. كما يمكن القول ان الجسد موضوع مستحيل استحالة مادية للتعامل معه لأنه من المستحيل فصل الشخص عن جسده، فالقول بإحالة جسده يقتضي احالة والتنازل عن كل الحقوق التي لدينا عليه، مما يفقد معها الشخص شخصيته القانونية وبالتالي وجوده كشخص ليرتد الى عبد او شيء وفي ذلك انتهاك للكرامة البشرية و يشكل في ذات الوقت استحالة قانونية.

فالقول بان الشيء هو داخل التعامل يعني قابلية انتقاله من شخص الى اخر ومن ذمة الى اخرى. وهو امر مستحيل بالنسبة للجسد الذي يتصل بالشخص فلا يمكن ان يكون في ذات الوقت صاحب الحق و موضوعه. فنحن لا نملك جسدا وانما نحن جسد (وفقا لنظرية شخصنة الجسد أو المفهوم الشخصاني المتحدث عنه اعلاه) وهو ما يتماشى وفكرة الانسان المكرم الذي يتفوق على بقية الكائنات بما يستحقه من احترام اي من كرامة. وهو ما يكون معه كل اتفاق او عقد موضوعه الجسد باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع مبداء اساسي يرتبط بالنظام العام الجسدي و كذلك مع حق اساسي وهو الحق في الحياة التي يجب ان تكون

<sup>89</sup> احمد سليم سعيان , الحرية العامة و حقوق الإنسان , الجزء الثاني , منشورات الحلبي الحقوقية , 7 جويلية 2010, ص 1 إلى 423. [www.neelwafurat.com](http://www.neelwafurat.com)

<sup>90</sup> الاستاذ محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات ، العقد ، قانون مدني ، تونس 1993 ، ص 153 .

اللجان الوطنية المعنية بحماية حقوق الانسان ومكاتب المصالحة التي يمكن لها ان تقدم اقتراحات للدولة من اجل تحقيق العدالة الاجتماعية كهيئة الحقيقة و الكرامة،<sup>88</sup> وهو ما يجسده شعار البلاد التونسية « حرية، كرامة، عدالة، نظام ».

## الجزء الثاني : الكرامة تؤطر التصرف في الجسد

تحقق الكرامة للجسد الاحترام اللازم لاتصاله بالإنسان الكائن المكرم، فتدفع عنه الاعتداء الخارجي لتحقق سلامته وترد له حريته و توفر له سبل العيش الكريم الذي يستحقه ، فتجعل الانسان سيد جسده، له حرية التصرف فيه. لكن تصرفا في اطار الوثام دون تصادم ينزع عن الجسد قداسته و تكريمه ليسقطه في عداد الاشياء يجزئه احيانا و برفضه احيانا اخرى. لهذا السبب تقوم الكرامة بتأطير و تنظيم حرية تصرف الشخص في جسده (فقرة اولى) و توجه التشريع المتعلق بالطب البيولوجي (فقرة ثانية) من اجل عدم التصرف في الجسد كمجرد شيء او مادة قابلة للتداول و التحول دون قيد.

### الفقرة الأولى

#### الكرامة تؤطر حرية تصرف الشخص في جسده

ان تأطير تصرف الشخص في جسده او تقييده و تنظيمه، يعني ان الشخص لا يملك سلطة مطلقة على جسده يجعله يتصرف فيه و كانه شيئا يملكه فيعتمد الى بيعه مثلا. وهذا الامر يتماشى مع مبدا عدم قابلية الجسد للتداول.

(Principe de l'indisponibilité de son corps) وهو ما تفرضه الكرامة البشرية باعتبار وان الشخص يشكل وحدة مع جسده، مما يجعل بيع الجسد بمثابة بيع الشخص لنفسه. وفي هذا الأمر انتهاك لكرامته. و بناء عليه **تمنع المتاجر في جسده (1) و كذلك تنظم حالات ادخال تغيير على الجسد (2).**

<sup>88</sup> القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013 مؤرخ في 24 ديسمبر 2013 يتعلق بإرساء العدالة الإنتقالية وتنظيمها.

فحسب ما تقدم فان الحق في الغذاء امر اساسي واولي من اجل الحفاظ على الوجود و عن طريقه يمكن تحقيق الازدهار والتنمية للفكر والروح والجسد أي الشخص بكل ابعاده. ولا يكون ذلك الا بتحقيق التوزيع العادل للأغذية سواء على مستوى داخلي وطني او على مستوى عالمي وهو ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من الفصل 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافة : « تقوم الدول الاطراف في العهد الحالي ، اقرارا منها بالحق الاساسي لكل فرد في ان يكون متحررا من الجوع ... باتخاذ الاجراءات بما في ذلك البرامج المحددة و التي تعتبر ضرورية ... من اجل تامين توزيع عادل للمؤن الغذائية في العالم تبعا للحاجة ... »

وهذا الترابط والتأثير المتبادل لمختلف المجالات والظروف الحياتية يرجع الى وحدة عناصر الشخصية المادية والمعنوية. و يمكن تأسيس ذلك على الحق في الحياة كحق اساسي يشمل الصحة والغذاء و الماء و المسكن و البيئة.

وكانت المحكمة العليا في الهند قد تبنت هذا التأويل الواسع لحق الحياة وذلك منذ 1980<sup>85</sup>. وهو ما انتهجته ايضا افريقيا الجنوبية التي تحمي الحق في الصحة و المسكن والغذاء وغيرها على اساس الحق في الحياة فلا يكفي العيش و انما يجب ان يكون عيشا كريما ، مسكن لائق و ماء صالح للشرب.<sup>86</sup>

اعتبرت المحكمة الفيدرالية السويسرية ان الحق في الغذاء يتصل بالحق في الكرامة الانسانية، وعلى الدولة ان تقدم المساعدة اللازمة و الضرورية للعاجزين عن الحصول على غذاء كاف بما يحقق لهم العيش الكريم.<sup>87</sup>

و في الاخير، و باعتبار ان الدولة تتحمل واجب ضمان و تفعيل و توفير الظروف اللازمة للعيش الكريم، فان في حالة اخلالها بهذا الواجب، يمكن مقاضاتها من اجل تقصيرها او حملها على القيام بذلك. و يستلزم لهذا السبب الى جانب الاجهزة القضائية، توفير اجهزة غير قضائية تساعد و تحمل الدولة على تنفيذ واجباتها مثل

<sup>85</sup> Voir l'étude de cas de la F.A.O sur le droit à l'alimentation en inde F.A.O sur le droit à l'alimentation en Inde . 2004 .

Cour suprême indienne civil original. Jurisdiction . write petition n°196. 2001

<sup>86</sup> Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. 2000 [http://www.lrc.org.20/judgements/judgements\\_constitutional.asp](http://www.lrc.org.20/judgements/judgements_constitutional.asp).

<sup>87</sup> Tribunal fédéral suisse. ATF121.I367. 373 V : JT 1996.389. Ala suite de ce jugement ce nouveaudroit a été reconnu dans la constitution nationale par l'art. 12.

والحرية والسلام، فإن هذا العمل بالنسبة لجميع الأمم يُعدّ واجباً مقدساً ينبغي القيام به في روح من التعاون المتبادل»<sup>84</sup>.

ويضيف الفصل الرابع من الإعلان « إن الدفاع عن التنوع الثقافي واجب أخلاقي لا ينفصل عن احترام كرامة الأشخاص. فهو يفترض الالتزام باحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وخاصة حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات والمنتمين إلى جماعات السكان الأصليين. ولا يجوز لأحد أن يستند إلى التنوع الثقافي لكي ينتهك حقوق الإنسان التي يضمنها القانون الدولي أو لكي يحدّ من نطاقها».

فضمان ثقافة متنوعة ومنفتحة من شأنها التربية على قبول الاختلاف وهو من شأنه ان يبعد التعصب والعنف و يحقق السلام. كما ينمي الابداع لدى الاشخاص وهو خطوة اساسية لتحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية. لان التنوع الثقافي سيخلفه تنوع اجتماعي واقتصادي ليحقق كل سبل العيش الكريم. وهذا ما أكد عليه بروتوكول سان سلفدور الاضافي للاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان في المجال الاقتصادي و الاجتماعي والثقافي في ديباجته الذي جاء ناصا على انه :

« و إذ تأخذ في الاعتبار العلاقة الوثيقة بين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوق المدنية والسياسية في أن الفئات المختلفة للحقوق تشكل وحدة متكاملة لا تتجزأ تقوم على الاعتراف بكرامة الكائن البشري، السبب الذي من أجله يتطلب كلاهما الحماية والتشجيع الدائمين إذا تم إدراكهما بشكل كامل، وانتهاك بعض الحقوق من أجل تحقيق أخرى لا يمكن أن يكون له ما يبرره أبداً، ... » و تدعيما لفكرة التأثير المتبادل بين الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ينص الفصل 12 من هذا البروتوكول على ان :

1. لكل شخص الحق في التغذية الملائمة التي تضمن إمكانية التمتع بأعلى مستوى من النمو البدني والعاطفي والعقلي.

2. من أجل تشجيع ممارسة هذا الحق واستئصال سوء التغذية - تتعهد الدول بتحسين طرق إنتاج وإمداد وتوزيع الطعام - ومن أجل هذا الهدف توافق على تشجيع التعاون الدولي بشكل أكبر في دعم السياسات المحلية ذات العلاقة<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> البروتوكول الاضافي للاتفاقية الامريكية المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دخل حيز التنفيذ في 16 نوفمبر 1999 بروتوكول، «سان سلفادور»، سلسلة المعاهدات رقم 69 (1988) منظمة الدول الامريكية hrlibrary.umn.edu

حتما تأثيرا ايجابيا على الصحة وهو ما يجعله يرتبط بالحق في الحياة الذي يتصل ظروف العيش والبيئة. لذا اعتبر الفصل 38 من الدستور « الصحة حق لكل انسان. تضمن الدولة الوقاية و الرعاية الصحية لكل مواطن، وتوفر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة و جودة الخدمات الصحية ... » و لهذا السبب « تضمن الدولة الحق في بيئة سليمة و متوازنة و المساهمة في سلامة المناخ. وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي » (الفصل 45).

ولا يمكن ان يتحقق ذلك الا اذا تمكن الفرد من الحصول على عمل تتوفر فيه كل الشروط الملائمة من اجر ومن ساعات عمل مضبوطة والحق في الراحة و كل ظروف العمل الكريم اي كل ما يساهم في تنمية شخصه و حماية جسده (وفق ما نصت عليه المادة 23 و 24 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان). « فلكل مواطن ومواطنة الحق في العمل في ظروف لائقة و باجر عادل » (الفصل 40).

وهذا الجانب المادي لا يستغنى عن الجانب الفكري والفني والثقافي بصفة عامة. نظرا كما سبق ان بيناه، وحدة الشخص والجسد. فلا يمكن ان يزدهر الجسد كبعد مادي إلا بتنمية البعد المعنوي. فالتعليم هو غذاء الفكر الذي عن طريقه نتحصل على عمل فيما بعد يمكننا من تطوير الجانب المادي اي توفير ظروف اجتماعية كريمة. والثقافة من شأنها تطوير الجانب الروحي والحس الفني وكذلك البعد الجسماني وهي ضرورية لانها تفتح المجال لحوار الحضارات والتنوع الثقافي الذي من شأنه ان يدعم التسامح وقبول الاختلاف الذي يبعد بدوره العنف و التصادم و يوصل لتحقيق الكرامة والسلم و الحرية و العدل، وهو ما نص عليه الاعلان العالمي للتنوع الثقافي الصادر في 2 اكتوبر 2001 والذي جاء فيه يرفع فيها التنوع الثقافي إلى مستوى « التراث المشترك للإنسانية (...) وهو ضروري للجنس البشري ضرورة التنوع البيولوجي بالنسبة للكائنات الحية، ويعتبر الدفاع عنه أمرا أخلاقيا أساسيا، لا ينفصل عن احترام كرامة الإنسان ».

ويذكر بأن ديباجة الميثاق التأسيسي لليونسكو تنص على أنه « ... لما كانت كرامة الإنسان تقتضي نشر الثقافة وتنشئة الناس جميعاً على مبادئ العدالة

المحكمة الدولية في القضية المشهورة « ميلهو » (MILHAUD) من « ان الانسانية تستمر بعد الموت ».<sup>83</sup>

## الفقرة الثانية **ظروف العيش الكريم شرط ازدهار و تنمية شخصية الفرد**

« تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية و العامة وتهيئ لهم اسباب العيش الكريم » هذا ما نصت عليه الفقرة 2 من الفصل 21 من الدستور. فلا يكفي حماية الكرامة البشرية المتأصلة في الانسان بل على الدولة ان تفعل وتضمن هذه الكرامة بصفة ايجابية وهذا ما عبر عنه مصطلح « تهيئ » وذلك بتوفير كل الظروف الملائمة الاجتماعية و الاقتصادية والثقافية التي من شأنها ان تنهض و تزدهر وتتمي شخصية الإنسان وذلك بتحقيق سبيل العيش الكريم بصفة عادلة ومجدية.

وتسمى هذه الحقوق ايجابية نظرا للدور الفعال المناط بعهدة الدولة و تعتبر جماعية تندرج ضمن الجيل الثاني، وهي التي ركز عليها الجزء الثاني من الاعلان العالمي لحقوق الانسان (الفصول 22 و ما بعدها) و خاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

« و بناء على منزلة الإنسان (ك) كائنا مكرما » وفق ما نصت عليه توطئة الدستور التونسي فان الدولة تسعى « الى تحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات، استنادا الى مؤشرات التنمية واعتمادا على مبدأ التمييز الايجابي. كما تعمل على الاستغلال الرشيد للثروات الوطنية » حسب ما ورد بالفصل 12 وهو ما من شأنه توفير العيش الكريم لكافة المواطنين وكافة الجهات عبر تحسين الظروف الاجتماعية و الاقتصادية عن طريق الاستغلال الرشيد للثروات الطبيعية التي هي « ملك للشعب التونسي تمارس الدولة السيادة عليها باسمه ».

(الفقرة الأولى من الفصل 13 من الدستور).

<sup>83</sup> C.E ,ass , juillet 1993 ,A .J.D.A. 1993 , note CM.AUGUE ET Touwet ,p.530.

بالنسبة لبقية الأشياء ؟ يرى الاتجاه الذي يعتبر الجسد شيئاً ان تلك القداسة لا تخرجه من مجال الأشياء وبما انه مقدس فان ذلك يجعله شيئاً خارج عن التعامل مثله مثل بقية الأشياء. ولم ير هذا الاتجاه اي تميز للجسد البشري فكل الكائنات الحية متساوية. و يرجع هذا الاتجاه ذلك للتماثل الجيني بين الإنسان والحيوان والنباتات. لكن هذا الأمر لا يحمي الجسد البشري، بل انه يتنافى ومبدأ الكرامة البشرية التي تعني التكريم والاستحقاق. ويظهر من خلال عبارات الفصل 167 من المجلة الجزائرية انها تتجه الى انتهاك حرمة القبر في حد ذاته بما تتضمنه من اهانة نحو الميت في قبره او في كنفه وهو ما يختلف عن الفصل 168 الذي لا يتوجه للقبر في حد ذاته وحرمة الميت بل إلى الهيكل الذي قد يقام فوقه و ذلك بصرف النظر عن نية المعتدي بالتهديم و الافساد او تلوين ذلك الهيكل.

بينما يتحدث الفصل 169 على الجثة لا القبر تتم معاقبة كل « انسان الذي يخرج جثة او يرفعها او ينقلها او يحملها بعد استخراجها خلافا للقوانين .... »<sup>81</sup> وحسب رايي فان هذا الفصل يؤكد حرمة الجثة لان مجرد الرفع يكفي ليشكل الجريمة وهذا ما تقتضيه عبارة « او » اي عدم الجمع بل ان كل حالة تكون الجريمة بعد استخراجها على خلاف الصيغ القانونية ومهما كان السبب، بخلاف الفصل 170 و الذي يشترط قصد اخفاء موت صاحبها. ففي هذه الحالة يمكن القول ان سبب التجريم هو اخفاء الحقيقة و التفصي من العقاب، اما بالنسبة لبقية الفصول فإنها تحمي الجثة باعتبارها جثة بشرية.

وتتأسس الكرامة هنا على نظام عام « جسدي » او متعلق بالجسد (ordre public corporel). فالحرمة و منع التعامل في الجثة على كونها شيء ووضع نظام من اجل حماية الجسد، يرجع الى كون الجثة هي جسد بشري يخضع الى مبدأ الكرامة الجسدية التي تضي عليه قداسة و حرمة حتى في غياب الشخصية القانونية وموت الشخص. فالكرامة تعرف الجسد و تحميه لأنه راجع للإنسان و هو ما يميزه عن بقية الكائنات الحية وبقية الأشياء. « فصاحب الحق يضمحل بالموت، لكن صفة كونه انساني تستمر، فالانتماء الى البشر او الانسانية لا تنتهي بالوفاة وهو ما يحيي مبدأ الكرامة المطبق على الجسد الشيء (الجثة) ». <sup>82</sup> وهذا ما قررته

<sup>81</sup> راجع في نفس السياق جريمة هذا الفصل، الفصول 16 و 17 و 18 من القانون عدد12 لسنة 1997 المؤرخ في 25

فيفري 1997 المتعلق بالمقابر و اماكن الدفن

<sup>82</sup> Stéphane Prieur, *la disposition par l'individu de son corps*, Thèse de droit privé, 1998, p.403-438.

وقد اوضح الفصل 25 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 الظروف الاجتماعية التي يجب على الدولة الاعتناء بها من اجل تحقيق العيش الكريم والتكافؤ الاجتماعي اذ ورد فيه ان « لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهة له و لأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة، وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والتحمل و الشيخوخة وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن ارادته ».

و للأمم و الطفولة الحق في المساعدة و رعاية خاصتين، و ينعم كل الاطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء اكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي ام بطريقة غير شرعية. و قد نص الفصل 47 من الدستور في نفس المضمار على ان « حقوق الطفل على ابويه وعلى الدولة ضمان الكرامة و الصحة و الرعاية و التربية و التعليم. على الدولة توفير جميع انواع الحماية لكل الاطفال دون تمييز ووفق المصالح الفضلى للطفل ». كما « تحمي الدولة ذوي الاعاقة من كل تمييز ». وهذا الاهتمام الخاص الذي يجب ان تتمتع به هذه الفئات تحتمه احتياجاتها الخصوصية.

وقد نصت المادة 11 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية على انه « تقر الدول الاطراف في العهد الحالي بحق كل فرد في مستوى معيشي مناسب لنفسه و لعائلته، بما في ذلك الغذاء المناسب و الملابس و المسكن كذلك في تحسين احواله المعيشية بصفة مستمرة، و تقوم الدول الاطراف باتخاذ الخطوات المناسبة لضمان تحقيق هذا الحق ..... تقوم الدول الاطراف في العهد الحالي الاقرار بحق اساسي لكل فرد في ان يكون متحررا من الجوع .... »

فالعيش الكريم يمكن من حماية الجسد و توفير كل الظروف لازدهاره سواء من الناحية المادية التي تتعلق بالغذاء و الماء الصالح للشرب. فقد نص الفصل 44 من أن « الحق في الماء مضمون. المحافظة على الماء وترشيد استغلاله واجب على الدولة و المجتمع » والمسكن المجهز بالمرافق الضرورية الذي سيكون له

اما بالنسبة للاعتداء الداخلي او تصرف الشخص في جسده والذي تسلط المجلة للجزائية عليه عقوبات فيه مساسا لمبدأ حرية تصرف الشخص في جسده (prin- cipe de la libre disposition de son corps) أو مبدأ استقلالية الشخص (l'autonomie de la personne principe de)<sup>79</sup> كالفصل 230 و231 من المجلة الجزائية. وهو امر خطير اذا وقع تعميمه اذ يمكن ان يبرر تدخل الدولة في الحياة الحميمية للأفراد بصفة تعسفية باستثناء الحالات التي يتعامل فيها الشخص مع جسده معاملة الاشياء، هنا فقط تتدخل الكرامة من اجل تأطير حرية تصرف الشخص في جسده<sup>80</sup>.

## 2 / الجسد الميت أو الجسد بلا شخص او الجثة

يموت الشخص المعلن (المثبت بحجة الوفاة) تنتهي الشخصية القانونية وتنتهي اهلية التمتع بالحقوق ويفصل الجسد عن الشخص و يفقد الحماية المتصلة به. فهل يعني استحالة تصنيف الجسد « **الميت** » او الجثة ضمن صنف الاشخاص انه سيسقط بالضرورة ضمن صنف الاشياء و بالتالي يعامل معاملتها و تنزع عنه الحزمة و القداسة، اليس في ذلك مساس بالكرامة البشرية ؟

بالرجوع الى المجلة الجزائية نجد المشرع قد خصص القسم الرابع عشر منها لتناول الجرائم المتعلقة بالقبور من الباب الرابع المتعلق بالاعتداء على السلطة العامة الواقعة من افراد الناس. وانطلاقا من موقع هذه الفصول والتي جاءت لتحمي القبور تحت عنوان الاعتداء على السلطة العامة لا تحت عنوان الاعتداء على الاشخاص وهو امر بديهي اذ لا وجود لشخص في هذه الحالة، لكن كان بالإمكان التحدث عن حماية جسد الميت أي جثته. كان هنا و الامر الذي المهم حماية السلطة العامة والنظام العام بينما لا نتحدث عن حرمة الجثة بناء عن الكرامة الانسانية. لكن بالتعمق بالفصول الواردة في هذا القسم، نجد الفصل 167 من المجلة الجزائية ينص على معاقبة كل شخص ينتهك حرمة قبر، ومصطلح حرمة يعني قداسة و هي تذكرنا بمصطلح حرمة جسدية. وهو امر لا يتماشى و اعتبار الجسد مجرد شيء اذ ما هو مبرر الحرمة والقداسة فلماذا لا نتحدث عنها

<sup>79</sup> Philippe Cossalter, La dignité Humaine en droit public : intervention à la 7 ème conférence débat du centre de droit public comparé, Revue générale du Droit, Novembre 2014.

<sup>80</sup> وهو ما سيقع بيانه في الجزء الثاني من هذا المقال.

شعور داخلي بالكرامة الادبية و الفخر والثقة والاحترام والرضا من خلاله يشعر الفرد انه يستحق احترامه لنفسه و احترام الغير له<sup>77</sup>. و هو ما جعل البعض يرى وان الحياة بلا شرف هي حياة بلا روح بمثابة الموت<sup>78</sup>. فالكرامة تقتضي الابتعاد عن كل فعل او قول يحط من قدر الشخص ويهينه والتي لا تتماشى و الكرامة الانسانية.

ونستنتج مما تقدم تداخل الجانب المادي و المعنوي بحيث يستحيل الفصل بينهما فالتأثير متبادل و يرجع ذلك لوحدة الشخص و الجسد التي تحميها الكرامة و تحققها بواسطة الحقوق الاساسية المتداخلة و المترابطة و نشر مبادئ التسامح و التأزر للابتعاد عن العنف بأشكاله المحط بالكرامة للوصول للحرية و العدل و السلم.

وما يمكن ملاحظته في الاخير، انه يجب التمييز بين الاعتداء الخارجي على الجسد اي اعتداء الغير و الذي يشكل مساسا بكرامة المعتدي عليه و الذي يستوجب تسليط العقاب الذي تحتكره الدولة، والذي يمس بدوره بالجسد في العديد من الاحيان ردا لكرامة الشخص و حرمة الجسد المعتدى عليه. وهو امر فيه خطورة اذا وقع تعميمه لانه قد يمس بكرامة و حرمة شخص بريء، و عليه من الافضل اللجوء الى العقوبات البديلة و التي تتسلط على الذمة المالية او تلك التي تؤهل و تدمج فيما بعد المتهم في المجتمع مثل الخدمة للمصلحة العامة، خاصة أن الفصل 30 من الدستور ينص على ان « لكل سجين الحق في معاملة انسانية تحفظ كرامته. تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الاسرة، و تعمل على اعادة تأهيل السجين و ادماجه في المجتمع ». وهو ما انتهجه المشرع في خصوص اغلب الجرائم الماسة بالشرف و لنفس السبب وقع الغاء مجلة الصحافة التي كانت تكمل المجلة الجزائية في هذا الخصوص، فكانت تعاقب على الاعتداء بالقول الماس باعتبار الاشخاص (الثلب و الشتم ...). و في ذلك حد لحرية الصحافة بيرره احترام الكرامة لكن يبقى استثناء لا يمكن تجاوزه و التوسع فيه، فالمبدأ هي الحرية و الاستثناء اي المنع و التجريم يبقى حكرا على المجلة الجزائية.

<sup>77</sup> Bernard Beignier , *l'honneur et le droit* , L.G.D.J 1995 , p.23.

<sup>78</sup> محمود نجيب حسنين، شرح قانون العقوبات القسم الخامس، دار النهضة العربية، 1987، ص 609.

الى جانب الحقوق المادية للشخصية القانونية، توجد **حقوقا معنوية** تتمثل في ان تكون لكل شخص الحق في حياة هادئة او حق الفرد في ان يترك بعيدا عن كل تلصص ويتصل ذلك بالحق في السرية ( ذلك ما اكد عليه القسم السابع المتعلق باختلاس المكاتبات واذاعة الأسرار بالفصول 253 و254 من المجلة الجزائية ) وهو ما يقتضيه احترام الحياة الخاصة للأفراد.<sup>76</sup> فلا يمكن الاطلاع على مراسلاته او هاتفه (الجوال) بدون رضاه او الدخول الى مسكنه منبغ اسراره وقلعته التي لا يريد لاحد ولوجها بدون اذنه. فتتص المادة 12 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على انه « لا يعرض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة او اسرته او مسكنه او مراسلاته او لحملات على شرفه وسمعته ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل او تلك الحملات ». وهو ما اكد عليه الفصل 24 ضمن فقرته الاولى من الدستور الذي ورد فيه « تحمي الدولة الحياة الخاصة و حرمة المسكن، و سرية المراسلات والاتصالات و المعطيات الشخصية ». ويمكن ان يكون الاعتداء بواسطة اللسان اي بالقول فقد يشكل عنفا لفظيا وهو فعل ماس بالشرف يتمثل في السب او الشتم وهي مجرد لفظة محقرة حاطة بالكرامة قد تصل الى « نسبة امر لدى العموم فيه هتك شرف او اعتبار انسان .... » (الفصل 245 من المجلة الجزائية) و يشكل قذفا و اذا لم يكن ثابتا فان القذف اي ما وقعت نسبته يعد نهيمة يشدد معها العقاب ولا يمكن بحال من الاحوال اثبات القذف اذا تعلق بالحياة الخاصة (الفصل 246 مجلة جزائية) ويصبح القذف ادعاء باطل اذا ما وقعت الوشاية امام سلطة ادارية او عدلية مختصة (الفصل 248 من المجلة الجزائية).

وباعتبار وان الشخص والجسد يشكل وحدة، وهو نتيجة حتمية تفرضها الكرامة البشرية، فان ما يمس بالأول يمس بالثاني. ويعتبر بعض الفقهاء ان الاعتداء على اعتبار الافراد وسمعتهم قد يكون اشد وقعا من الاعتداء المادي لأنه يمس بمكانته امام المجتمع وامام نفسه فلا يشعر بالكرامة التي يستحقها و في كثير من الاحيان يؤدي إلى انتشار الكراهية والى العنف المادي، خاصة وان الشرف يعرف على انه

<sup>76</sup> انظر منى تقيه، القانون و الشرف، اطروحة دكتوراة، سابقة الذكر، ص 43 وما بعده.

بالوجود المادي للإنسان الذي يمثله الجسد منذ الميلاد الى الممات والذي يندمج في الشخص وتمثله الشخصية القانونية و ذلك منذ الاعلان عن الوجود المادي ليتمتع بحقوقه الطبيعية والثابتة بصفة متساوية مع الاخرين دون تمييز، عن طريق السلطة او الصلوحية التي يمنحها له القانون أي الأهلية.

و يتمثل الحق في الحياة اي الحق في الوجود المعلن للجسد عبر الشخصية القانونية التي تتمتع بحقوق مادية واخرى معنوية او ما يعبر عنها بالحرمة الجسدية والمعنوية (*l'intégrité physique et morale*). فالحرمة الجسدية او الحقوق المادية للشخصية تتجسد عبر الحق في السلامة الجسدية اي منع كل تعد او اعتداء على الجسد كما بيناه أعلا بداية من العنف الخفيف الذي لا يترك اثر ظاهرا على الجسد الى العنف الشديد الذي يصل إلى إحداث إعاقة وفي بعض الأحيان إلى الموت، الى التعذيب المادي او المعنوي، الى ان نصل الى القتل ويعني القضاء على الحياة و زوال الشخص و بالتالي القضاء على الجسد. وهو ما نصت عليه **المادة الخامسة** من الاعلان العالمي لحقوق الانسان. ويمكن القضاء على الحق في الحياة اذا ما نزعنا عن الشخص كل حرياته اي اهلية التمتع بالحقوق اي الشخصية القانونية وجعلنا الجسد بمثابة الشيء خاضع للتعامل والمتاجرة من الغير وهو ما يمنعه **الفصل الرابع** من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي ينص على انه « لا يجوز استرقاق او استعباد اي شخص، ويحظر الاسترقاق و تجارة الرقيق بكافة اوضاعهما » وهذا الامر لم يعد ممكنا لان كل الناس يولدون احرارا و ان الشخصية القانونية تمنح حقوقا متساوية للكافة و تخرج الجسد من دائرة الاشياء القابلة للتعامل فيها ، وذلك منذ الميلاد المعلن.

ويمكن ايضا نزع عن الجسد احد حرياته ولو بصفة مؤقتة كالحجز او الايقاف التحفظي او الابداع او الابعاد و النفي وقد تناول القسم السادس من المجلة الجزائية « في التعدد على الحرية الذاتية » تحت الباب الاول في الاعتداء على الاشخاص. وهي كلها افعال تمس **بنشاط الجسد** المادي اي حرية التنقل و التي بدونها لا يكون لحق الحياة معنى او المس من حرياته الاخرى ماعدا الاستثناءات القانونية الضيقة المشروطة والمضبوطة بإجراءات مشددة نصت عليها مجلة الاجراءات الجزائية و التي يجب ان تمارس في كنف احترام الكرامة الإنسانية.

اجباره على الخضوع لها سيمًا وان الامر يتعلق بمسألة دستورية وبحق اساسي هو **حرمة الذات الجسدية** والتي جعل المشرع في اطار الفصل 23 حمايتها من مسؤولية الدولة.

لقد طرحت مسألة عرض شاين في اطار قضيتين مختلفتين على الفحص الشرجي<sup>73</sup> (الاولى في اطار قضية قتل والثانية في اطار جريمة لواط) جدلا كبيرا بين الحقوقيين ومكونات المجتمع المدني وذلك لاتصال الموضوع بكرامة الذات البشرية. اذ يمكن اعتبار ان ذلك الفحص القسري من قبيل التعذيب الذي يجرمه القانون. ان المكلفين بإنفاذ القوانين وخاصة مأموري الضابطة العدلية الذين يفرض عليهم القانون الى جانب السعي لإستفكيك الظاهرة الإجرامية، الحفاظ على حريات الافراد واحترام قرينة البراءة وكل ذلك يفرض عليهم عدم اجبار شخص على اجراء فحص طبي بما في ذلك من اهانة للذات البشرية والاكتفاء بتسجيل امتناع المظنون فيه عن الخضوع للاختبار الطبي.

كما يجب على المحكمة التصريح ببطلان اي وسيلة اثبات كانت نتيجة اختبار طبي ثبت انتزاعه بالقوة دون ارادة المتهم طبقا لأحكام الفصل 199 من مجلة الاجراءات الجزائية الذي ينص على بطلان كل الاعمال المخالفة لمصلحة المتهم الشرعية وتكريسا كذلك للفصل 23 من دستور الذي يحمي كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد وكذلك المادة 15 من اتفاقية مناهضة التعذيب التي صادقت عليها بلادنا سنة 1988 والتي تضمن لكل دولة طرف عدم الاستشهاد بأية اقوال يثبت انه تم الادلاء بها نتيجة التعذيب.

ويرتبط ذلك بالحق في الحياة الذي اعتبر مقدسا و المنصوص عليه بالفصل 22 من الدستور.<sup>74</sup> ويعتبر هذا الحق من الحقوق الاساسية الثلاثة التي نص عليها الاعلان العالمي لحقوق الانسان في فصله الثالث<sup>75</sup> الى جانب الحق في الحرية والحق في الأمن الشخصي أو السلامة الشخصية. فعند التحدث عن حق الحياة وهو الحق الأساسي الأول الذي بدونه لا يكون لبقية الحقوق من معنى، إذ يرتبط

<sup>73</sup> See the concluding observations of the committee against Torture on Egypt ( CAT/C/CR/29/4 ) ; paras.5 (E) and 6(K).

<sup>74</sup> «الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به الا في حالات قصوى يضبطها القانون.»

<sup>75</sup> « لكل فرد الحق في الحياة و الحرية و سلامة شخصه.»

بشخص عادي و انما شخص تابع للدولة رسمي من مهامه مثلا البحث عن الحقيقة و الذي من المفروض ان يسهر على حماية الحرمة الجسدية للأشخاص لا العكس. و هذا ما اكد عليه الاعلان العالمي (ضمن الفصل 5) والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في اطار الفصل 7 والذي تضمّن انه لا يجوز اخضاع احد للتعذيب ولا للمعاملة او العقوبة القاسية او اللأإنسانية او الحاطّة من الكرامة وعلى وجه الخصوص لا يجوز اجراء اي تجربة طبية او علمية على احد دون رضاه الحرّ.

وفي هذا الاطار يمكن التذكير بالفصل 101 مكرر (جديد) يقصد بالتعذيب كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أو معنويا يلحق عمدا بشخص ما بقصد التحصيل منه أو من غيره على معلومات أو اعتراف بفعل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو غيره. ويعد تعذيبا تخويف أو إزعاج شخص أو غيره للحصول على ما ذكر. ويدخل في نطاق التعذيب الألم أو العذاب أو التخويف أو الإرغام الحاصل لأي سبب من الأسباب بدافع التمييز العنصري.<sup>72</sup>

ويضاف الى ذلك الفصل 102 مكرر من المجلة الجزائية الذي « يعاقب بالسجن مدة 8 اعوام الموظف العمومي او شبهه الذي يخضع شخصا للتعذيب وذلك حال مباشرته لوظيفه او بمناسبة مباشرته لها ... » ويدخل في نطاق التعذيب طبقا لهذا الفصل الامم او العذاب او التخويف او الارغام الحاصل لأي سبب من الاسباب. وهو ما يجعل اخضاع وارغام شخص اثناء البحث على التحليل الشرطي بطريقة مهينة امر غير مقبول وهو خارق لأحكام الدستور والقانون. اذ يجب اثناء البحث عن الحقيقة ان تحترم حرمة الجسد لان ذلك سبيل تحقيق الكرامة.

في إطار هذه الجرائم وفي غياب وسائل اثبات اخرى قد يضطر الباحث الابتدائي أو قلم التحقيق او المحكمة المتعهدة الى تسخير الطبيب الشرعي لإجراء اختبار طبي على جسم المظنون فيه ومقتضاه قد تثبت البراءة او الادانة. ولئن كان قبول الخضوع لهذه الاختبارات لا يثير أي اشكال باعتبار ان كل متهم يبحث بدوره عن اثبات براءته تكريسا لقرينة البراءة التي كرسها الدستور الجديد صلب الفصل 27، فان رفضه لهذه التحاليل او الفحوصات هو الذي يطرح اشكالا حول مدى صحة

<sup>72</sup> مرسوم عدد 106 لسنة 2011 مؤرخ في 22 أكتوبر 2011 يتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2013 المؤرخ في 21 أكتوبر 2013 يتعلق بالهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب.

انثى دون سنها دون العشرة سنوات و 227 مكرر واقعة انثى قاصرة بدون عنف و 228 الاعتداء بالفاحشة على شخص و الفصل 228 مكرر اعتداء بفعل الفاحشة بدون قوة على طفل و يرفع العقاب اذا كان الجاني من اصول المجني عليه او من له سلطة عليه و اخيرا اللواط او المساحقة اذا لم تكن داخلة في الصور السابقة. والفقرة الثالثة تتناول التحريض على الخناء بالفصول 231 الى 235 والفقرة الرابعة تعاقب على الزنا والخامسة على الفرار بشخص.

ويتناول **القسم الرابع شهادة الزور** اما **القسم الخامس** فيعاقب على **هتك شرف و عرض انسان** و هو اعتداء معنوي يتسلط على الشخص. و **اخيرا القسم السادس في التعدي على الحرية الذاتية و السابع في اختلاس المكاتبات و إذاعة الأسرار.**

وما يمكن ملاحظته من جملة هذه الفصول ان الاعتداء يمكن ان يمس بالجانب المادي للجسد و كذلك بالجانب المعنوي. ويمكن استنتاج ذلك من لفظة شخص والتي تتناول الجانبين. فالشخص يشكل وحدة تشمل الجسد والفكر والضمير او الروح<sup>69</sup> و هو ما يتماشى و نظرية « شخصية »<sup>70</sup> الجسد او التسوية والتماثل (assimilation) بين الجسد والشخص. فمذ الولادة المعلنه تنشأ الشخصية القانونية و تنشأ معها حقوق مادية ومعنوية تتصل بها كوحدة. وهو ما أبرزه الفصل 23 من الدستور في جزئه الثاني الذي ورد فيه « .... و تمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم » حيث ان التعذيب كفعل يمس بالحرمة الجسدية و المتمثل في كل عمل « ينتج عنه ألم او عذاب شديد **جسديا كان ام عقليا** يلحق عمدا بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص على معلومات او على اعتراف ... » (الفصل 2)<sup>71</sup>. لا يقتصر على التعذيب المادي، اذ يمكن ان يكون معنويا او عقليا. وما يمكن ملاحظته ان الفصل 23 من الدستور قد سبق التعذيب المعنوي عن المادي و الذي قد يكون فلا يمحي مرور الزمن.

و ما يمكن استنتاجه من تعريف التعذيب انه قد يقترب من العنف في الطريقة او الوسيلة لكن يختلف عنه من ناحية الطرف الصادر عنه او الجاني الذي ليس

<sup>69</sup> « يولد جميع الناس احرارا متساوين في الكرامة و الحقوق.وقد وهبوا عقلا و ضميرا و عليهم ان يعامل بعضهم بعضا بروح الاخاء » المادة الاولى من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948.

<sup>70</sup> Personnification du corps.

<sup>71</sup> الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب لسنة 1984.

احترام الجسد و حمايته من طرف الدولة و تحقيق الكرامة. فكل أمر يحط من قدر الانسان و يتصل بجسده كالمعاملة السيئة و المهينة و التي تتسلط على الجسد من شأنه ان يمس بالكرامة المتصلة بالذات البشرية وهو ما يمنعه الدستور منعا باتا و في حالة خرقه على الدولة معاقبة المتسبب في ذلك .

ولهذا السبب تجرم المجلة الجزائية كل فعل يمس بالحرمة الجسدية في جزئها الثاني المتعلق بالاعتداءات على الناس بالبواب الأول المهتم بالاعتداءات على الاشخاص و يتناول **القسم الاول منه قتل النفس** سواء العمدي (فقرة اولى و بالفصول 201 الى 204 القتل العمد المشدد و 205 القتل العمد المجرد) الى 216 و الحال ان البعض من فصول هذه الفقرة لا تتطرق للقتل العمد بل القتل الذي لم يقصد احداثه الجاني كالفصول 208 و 209 الضرب او الجرح او العنف الذي ينتج عنه الموت و الفصول 212 و 212 مكرر التي تتعلق ب« تعريض شخص للخطر ».

و تتناول الفقرة الثانية القتل غير قصدي بفصل وحيد 217. اما **القسم الثاني فيعاقب على العنف** المادي بالفصول 218 و 219 و 220 المتمثل في احداث جروح او ضرب فردي او جماعي على اثر معركة و يرتفع العقاب الى عشرين عاما بالنسبة لمرتكب الاعتداء بما يصير الانسان خصيا أو مجبوبا و بالسجن بقية العمر اذا نتج عن ذلك الموت.

ويسلط العقاب ايضا على كل شخص يهدد غيره بالاعتداء بالفصول 222 و 223 و في ذلك حماية مضاعفة للجسد وهو نوع من العنف المعنوي. و يتناول الفصل 224 سوء معاملة صبي او غيره من القاصرين و الفصل 225 يعاقب الشخص الذي يحدث اضرارا بدنيا قصورا او جهلا منه. و يمكن القول ان هذا القسم يتناول بالأساس الاعتداءات المادية على الجسد و التي من شأنها احداث ضرر مادي ملموس ما عدا التهديد و الذي يسبق تسليط العنف المادي.

اما **القسم الثالث فيعاقب على الاعتداء بالفواحش** و ينقسم الى خمس فقرات الاولى تتناول التجاهر بما ينافي الحياء بالفصل 226 التجاهر عمدا بالفحش و الثانية تتناول الاعتداء بما ينافي الحياء بالفصول 227 موقعة انثى غصبا او موقعة

فالكرامة اذا تحمي الجسد من الخطر الخارجي او تدخل الغير و بذلك ترد للجسد حرياته و **تحقق له الاحترام** (الجزء الاول) وتحميه ايضا من الخطر الداخلي اي من تصرفات صاحبه فتتظم حرية تصرف الشخص في جسده حتى لا يعامله معاملة الاشياء خاصة امام التطور الطبي لذا تقوم **الكرامة بتأطير التصرف في الجسد** (الجزء الثاني).

## الجزء الاول : الكرامة تحقق احترام و سلامة الجسد

تحقق الكرامة للجسد الاحترام و ذلك من خلال فرض **مبدأ الحرمة الجسدية** و رد كل اعتداء خارجي عليه (فقرة أولى). وتفرض الكرامة على الدولة أن تجسد هذه الحماية و ذلك بأن لا يقتصر دورها على كونها الحارس الأمين على الارواح و الأبدان برد الاعتداء فقط. و انما عليها ان **توفر و تضمن لمواطنيها ظروف العيش الكريم** (فقرة ثالثة) و ذلك من اجل ازدهار و تنمية شخصية الفرد ليعيش حياة كريمة.

### فقرة أولى : الكرامة تفرض مبدأ الحرمة الجسدية

تجعل الكرامة الجسد يتماثل ويتحد مع الشخص و يبقى مقدسا اثناء الحياة (1) و ما بعد الممات (2). و تكون الدولة مطالبة بالحماية دون التدخل في حرية الشخص او حريات الجسد لتحدها منها او تقلصها او تنفيها و لهذا السبب يطلق عليها تسمية الحقوق السلبية بالنظر لدور الدولة التي لا تتدخل إلا لحماية الحقوق والحريات الفردية اللصيقة بالذات البشرية.

1/ الحرمة الجسدية اثناء الحياة أو « **الجسد الحي** » أو حرمة الشخص

ينص الفصل 23 من الدستور من الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات على ان الدولة تحمي « **كرامة** الذات البشرية و **حرمة الجسد** ... ». والتحدث عن الكرامة وحرمة الجسد ضمن نفس الفصل هو ابراز للعلاقة الوطيدة بين

الحقوق تنبثق من كرامة الانسان الاصيلة فيه<sup>65</sup>. كما نصت ديباجة الميثاق العربي لحقوق الانسان على ايمان الامة العربية بكرامة الإنسان .. وأكدت « حقه في حياة كريمة على أسس من الحرية والعدل والمساواة. »<sup>66</sup> ويؤكد الإعلان العالمي بشأن المسجين البشري وحقوق الإنسان الصادر عن منظمة الامم المتحدة للتربية و العلوم والثقافة (اليونسكو) عام 1997،<sup>67</sup> على ان جميع البشر متساوون في الكرامة بسبب الوحدة الاساسية التي يقدمها الجينوم البشري<sup>68</sup>. وهو ما يسميها البعض الشفرة الجينية البشرية. وقد اكد على ذلك الاعلان العالمي للتنوع الثقافي الصادر في باريس في 2 أكتوبر 2001 والذي جاء فيه إنها المرة الأولى التي تتسلح فيها الأسرة الدولية بأداة معيارية بهذا الحجم يرفع فيها التنوع الثقافي إلى مستوى « التراث المشترك للإنسانية (...) وهو ضروري للجنس البشري ضرورة التنوع البيولوجي بالنسبة للكائنات الحية، ويعتبر الدفاع عنه أمراً أخلاقياً أساسياً، لا ينفصل عن احترام كرامة الإنسان ».

**وامام موجة القوانين التي تؤكد على اهمية الكرامة من اجل المحافظة  
على الجنس البشري باعتبارها هي الحامي للجسد.  
تتساءل هنا عن كيفية حماية الكرامة للجسد او الطريقة التي تحمي  
بها الكرامة الجسد ؟**

ان علاقة الجسد بالكرامة تحدد سبيل تحرر الجسد من تدخل الغير و من فرض قيود عليه الى حد تكبيله و افراغه من كل دور مناط اليه و القضاء على كل حرياته ليصبح مجرد شيء يمتلك اي عبدا لشخص اخر او انتهاكه الى حد امكان القضاء عليه. كما تحدد الكرامة من جهة اخرى مدى حرية تصرف الفرد في جسده حتى لا يدخله مجال الاشياء.

<sup>65</sup> العهدان الصادران بتاريخ 16 ديسمبر 1966 دخلا حيز التنفيذ سنة 1976.  
<sup>66</sup> الميثاق العربي لحقوق الانسان اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في 23 ماي 2004

<sup>67</sup> الاعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الانسان ، منظمة الامم المتحدة للتربية و العلوم و الثقافة 1997.  
pdf ، <http://unesco.org/images/011/0011020>

<sup>68</sup> 19Knoppers Bartha (M), *Human dignity and genetic Heritage ; ottawa , law Reform commission of Canada, 1991, Canada, p.1-88.* <https://archive.org>

« ابواء الاشخاص في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية في دائرة احترام الحريات الفردية وفي ظروف تضمن الكرامة البشرية ». حتى الإقامة بالسجن يجب ان تكون في ظروف تكفل حرمة السجين الجسدية والمعنوية وفق ما نص عليه القانون عدد 52 لسنة 2001 المؤرخ في 14 ماي 2001 المتعلق بنظام السجون. ونص القانون الاساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية بالفصل 1 على ان معالجة المعطيات الشخصية يجب ان تتم في كنف احترام كرامة الإنسان. وهو ما اكد عليه لاحقا دستور 27 جانفي 2014 ضمن الفصل 23 « تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد ». وتعتبر الكرامة عنصر من عناصر شعار الجمهورية التونسية وهو ما نص عليه الفصل 4 من الدستور الوارد فيه « شعار الجمهورية التونسية هو حرية، كرامة، عدالة، نظام »<sup>63</sup>، خاصة وان الفقرة 4 من توطئة الدستور تنص على كون « الانسان كائنا مكرما ».

الكرامة أيضا هي أحد المبادئ المعترف بها دوليا حيث ورد ذكرها ضمن الوثائق العالمية حول الأخلاقيات الحيوية مثل وثيقة يونيسكو UNISCO وغيرها.

فقد ورد بالإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 بفصله الاول « يولد جميع الناس احرارا و متساوين في الكرامة و الحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم ان يعاملوا بعضهم بعضا بروح الاخاء ». و يؤكد من بعده العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية على ضرورة احترام الكرامة<sup>64</sup> و التعامل مع الاخرين على اساسها و يرى العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية « الاقرار لجميع اعضاء الاسرة البشرية من كرامة اصيلة فيهم و من حقوق متساوية وثابتة يشكل وفق المبادئ المعلنة في ميثاق الامم المتحدة اساس الحرية و العدل والسلام في العالم واذ تقر بان هذه

<sup>63</sup> وقبل ذلك نص دستور 1 جوان 1959 بفصله الخامس « تضمن الجمهورية التونسية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها تقوم الجمهورية التونسية على مبادئ دولة القانون والتعددية وتعمل من اجل كرامة الإنسان وتنمية شخصيته. تعمل الدولة والمجتمع على ترسيخ قيم التضامن والتآزر والتسامح بين الأفراد والفئات والأجيال . الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام. »

<sup>64</sup> الفصل 7 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية «لا يجوز اخضاع احد للتعذيب و لا للمعاملة او العقوبة القاسية او اللاانسانية او الحاطة بالكرامة ....»

فالاتجاه الأول وعلى راسه « **قيو** »<sup>59</sup> (Galloux) و « **بو** »<sup>60</sup> (Baud) وانطلاقاً من مقارنة جينية بين بقية الكائنات الحية أي الحيوانات والنباتات يتبين و انه هناك تشابه و تماثل فالجسد هو مجرد مادة أو شيء. ويرفض بالتالي هذا الاتجاه على هذا الأساس التسوية أو التماثل بين الشخص و الجسد و يحدث ازدواجية تجعل الجسد مجرد شيء، ولا يمكن القول إذا بالكرامة الإنسانية بينما يذهب انصار « **شخصنة** » الجسد الى القول بالتماثل بين الجسد والشخص و الوحدة بينهما، فلا يدخل الجسد في صنف الأشياء و إنما في صنف الأشخاص و ذلك على أساس الكرامة التي تجعل الإنسان متفوقاً على بقية الكائنات الحية، فتحمي الجسد. اذ لا نقول لدينا جسد (اي لا مملكه) وإنما نقول نحن جسد او انا جسد أو جسدي أنا. فهو الاطار الذي يتجسد فيه الشخص حسب العميد « **كاربوني** »<sup>61</sup> (Carbonnier).

ويظهر من خلال ما تقدم ان مفهوم الكرامة شديد الاتصال بالجسد وجوداً وعمداً و بالإنسان أو الشخص. فقد اعتبرت الكرامة ركيزة حقوق الإنسان، فهي المحرك الأساسي للحقوق الاساسية التي جاءت من اجل تحقيق كرامة الانسان وهي السبيل الى تحقيق الحرية و العدل و السلام.

لذا برزت الكرامة الانسانية في العديد من القوانين والدساتير والأنظمة الصادرة عن المؤسسات والمنظمات الدولية. فبالنسبة لقانوننا الوطني نصت العديد من القوانين على ضرورة احترام الكرامة البشرية من ذلك القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 ماس 1991 الذي يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية<sup>62</sup>، إضافة للقانون المتعلق بالصحة العقلية وشروط الايواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية عدد 83 المؤرخ في 3 أوت 1992 وذلك بفصله الأول حيث يجب ان يتم

<sup>59</sup> Galloux (Jean-Christophe) , *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique* , Thèse de Doctorat en droit privé, Bordeaux 1988 . Voir aussi , Galloux , *les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain* ,D.1996.

<sup>60</sup> Baud (Jean-Pierre), *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Edition du Seuil, Paris 1993, p 141-143.

<sup>61</sup> Selon le Doyen Carbonnier « substratum » ou support nécessaire voir A.David . *Structure de la personne humaine : essai sur la distinction des personnes et des choses*. Paris . PUF .1955, p49 à 51 « *Le corps n'est pas la signalisation de la personne ; il ne fait que témoigner de la personne.* »

<sup>62</sup> الفصل الاول منه « الحرمة الجسدية للانسان مضمونة ..»

نستحق ذلك»<sup>54</sup>. فهنا يوجد التزام ثابت وعام نحو كرامة الانسان يتمثل في اقتناع راسخ بوجود قيمة خاصة للبشر تستلزم احترامهم و حمايتهم.

وحسب « **ايمانويل كانط** »<sup>55</sup> (في كتابه اساسيات الميتافيزيقا) الانسانية لا تتمتع بالكرامة ما لم تنضبط بالأخلاق ، فالقرارات الأخلاقية ذاتية و لا يمكن فرضها من قبل الآخرين. لكن مع الفلاسفة المعاصرين مثل « **ديريك بيليفيد** » و « **روجر براونزور** » تطورت مقاربة عقلية للكرامة الانسانية جنبا الى جنب مع التطبيقات العملية في علم الاخلاقيات الحيوية. فالكرامة عندهم تكمن في قدرة الشخص على رسم اهدافه وبالتالي فإنهم يفضلون رؤية كرامة الانسان على أنها قدرة فعل ما.<sup>56</sup> غير ان بعض علماء الاحياء قد شككوا بوجود اي نوع من الكرامة تخص الانسان وحده. لأنهم يعتقدون بعدم وجود اي اختلافات واضحة بين قدرات الناس وقدرات الحيوانات على اتخاذ خيارات حرة، وتمتد اوجه الشبه برأيهم ليس فقط الى القدرة على تجريد اللذة والألم. لكن لتشمل كذلك بعض أوجه الشبه الجيني والنفسي والفيزيولوجي وغيرها. وبالتالي وحسب هذا الاتجاه فان فكرة وجود كرامة خاصة بالجنس البشري، بدل امتدادها بين الانواع، هي اقرب من الناحية الأخلاقية الى العنصرية او التمييز على أساس الجنس.<sup>57</sup>

وهذه الرؤية استند عليها اتجاه فقهي يعتبر الجسد البشري شيء (نظرية « تشيئة الجسد » أو النظرة المادية للجسد)<sup>58</sup>. باعتبار ان القانون يقسم العالم إلى أشخاص وأشياء، فلا وجود لصنف آخر، فالجسد أما انه يدخل في صنف الأشخاص أو الأشياء. و امام عدم تحديد الطبيعة القانونية للجسد من المشرع ظهر اتجاهين، اتجاه « تشيئة الجسد » واتجاه « شخصنة الجسد ».

<sup>54</sup> Cambridge Handbook of Human Dignity in the Capability Approach. Rutger Claassen. p.4. www.goodreads.com 2014. Cambridge University Press. Human Dignity.

<sup>55</sup> E.KANT : *Fondement de la Métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie Delagrave,1952, p .113

<sup>56</sup> Deryck Beylveled et Roger Brownsword. *Human dignity in Bioethicsand Biolaw*, Newyork, Oxford University Press , Vol.5 Issue 2 ,2001/2 , <https://global.oup.com>.

<sup>57</sup> Singer Peter , *Animals and the Value of life*, 3rd .édition, Regan Newyork, McGraw-Hill , 1993, p46.

<sup>58</sup> Réification du corps humain.

« ان مبدأ الكرامة الانسانية يعتبر احد أهم مبادئ حقوق الإنسان، وهو صفة لازمة له .... والإنسان بذاته كحامل لقيمة الكرامة هذه، يجب ان يحترم كرامة الاخرين منطلقا بتصرفاته منها و محترما لها في كل معاملاته، وهو احد المبادئ العالمية المتعارف عليها بين الأمم و الشعوب ».<sup>51</sup>



غير ان مفهوم الكرامة الإنسانية مفهوم دقيق وغامض في نفس الوقت. فهو من المفاهيم المرنة غير المحددة وغير الواضحة. فالكرامة عبارة عن قيمة داخلية، تجعل الإنسان يشعر بالمساواة مع الاخرين. اذ هي مبدأ ثابت ولازمن على أساسه يقع التعامل مع الانسان على انه غاية في حد ذاته وليس وسيلة أو أداة. فالإنسان ليس بشيء ولا يقارن بشيء. ومن هنا وجب التمييز بين الشخص و الشيء و من ثمة بين الجسد البشري باعتباره يتماثل مع الشخص والشيء.

لذا منع قانون عدد 93 المؤرخ في 7 اوت 2001 المتعلق بالطب الانجابي في فصله 8 « .. منعا بتا .... اللجوء الى تقنيات الاستنساخ » ويرجع ذلك الى كون الفصل الاول يؤكد على ان الطب الإنجابي يخضع لأحكام هذا القانون « و يمارس في كنف ضمان كرامة الإنسان..... ».

ويرجع ذلك ان الإنسان يحمل قيمة أساسية بذاته لمجرد كونه إنسان و أي تصرف أو سلوك نحوه ينبغي أن ينطلق من هذه القيمة الذاتية. فبالرجوع للمدلول اللفظي لكلمة كرامة باللغة الانكليزية « Dignity »<sup>52</sup> المشتقة من الكلمة اللاتينية « Dignitas أو Dignus » « نجدها تعني « تستحق ».<sup>53</sup> وهو ما جعل ارسطو يعتبر « ان الكرامة ليست في نيل التقدير. ولكن في ادراك اننا

<sup>51</sup> 2000 by . Forth Edition , Dictionary of the English language , The American Heritage

.Houghton Mifflin Company . Published by , Updated in 2009 , Houghton Mifflin Company

<sup>52</sup> ابن منظور ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري (711 هـ - 1311 م)، لسان العرب بيروت

دار صادر الطبعة الأولى، 1414.

<sup>53</sup> Antoine PELE: Human dignity in philosophy and history. Universidad Carlos III de

p.13 Madrid . September 1 2006.

# الجسد والكرامة

منى تقيّة

متحصلة على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، مساعدة تعليم عال تدرس مادة حقوق الإنسان\*، رئيسة و مشرفة على جمعية « نادي حوارات » في كلية الآداب و الفنون و الانسانيات بمنوبة و هي تتناول مواضيع تهتم حقوق الانسان اساسا، عضوة في الهيئة المديرة لجمعية منتدى مقابسات للفكر و التواصل.

\* القانون و الشرف، أطروحة دكتوراه، 2008، كلية الحقوق و العلوم السياسية المنار تونس، عدد الصفحات ، 640 المؤطر الأستاذ ساسي بن حليلة.

// منمنمة فارسية تجسد عملية قيصرية على جسد امرأة للبروني  
(بصرف خطي ~ حلفاوين)



وهذا تصوّر من المتجه التخلّي عنه واعتماد المقاربة القائمة على إرادة الشخص كما وقع تكريسها في ميدان التجارب الطبيّة أو العلميّة للأدوية المعدّة للطب البشري من خلال الأمر عدد 1401 لسنة 1990 المؤرّخ في 3 سبتمبر 1990 والمتعلّق بضبط كينفيات التجارب الطبيّة أو العلميّة للأدوية المعدّة للطب البشري<sup>49</sup> والذي يقتضي فصله الخامس أنّه « يجب قبل القيام بالتجارب الطبيّة على أيّ شخص الحصول على موافقته الحرّة والرشيّدة والكتابيّة وذلك بعد إعلامه من طرف الخبير السريري المكلف بالمحاولات بـ هدف الأبحاث التي سيجريها وكذلك كيفيّتها ومدّتها - الضغوطات والتأثيرات غير المرغوب فيها » إضافة إلى إخضاع العمليّة برمتها إلى رقابة وزير الصّحة العموميّة<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 21 سبتمبر 1990، عدد 60، ص. 1356 وما بعدها. وتمّ تنقيح هذا الأمر عدد 1076 لسنة 2001 المؤرّخ في 14 ماي 2001. ويتّم هذا الأمر القانون عدد 91-85 المؤرّخ في 22 نوفمبر 1985 المتعلّق بتنظيم صناعة الأدوية المعدّة للطب البشري (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 26-29 نوفمبر 1985، عدد 84، ص. 1584) والقرار الوزاري المؤرّخ في 28 ماي 2001 الذي تمّ بمقتضاه المصادقة على كراس الشروط المتعلّق بالتجارب الطبيّة والعلميّة للأدوية المعدّة للطب البشري (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 12 جوان 2001، عدد 47، ص. 1808). انظر حول تعدّد النصوص القانونيّة وتشتتها في هذا المجال CHARFEDDINE (K.)، « La question de l'actualisation des textes relatifs aux essais cliniques », in. *Les essais cliniques de nouveaux médicaments chez l'homme : les impératifs éthiques et cadre juridique*، IXème conférence annuelle du CNEM, Tunis, 30 septembre 2005, p. 77 : « La matière est éparpillée, émietée et il faut convenir que cette infirmité formelle des textes porte gravement atteinte à la fonction normative et au rôle de la règle de droit dans ce domaine assez sensible. La diversité est également à l'origine de certaines contradictions et laisse apparaître quelques zones d'ambiguïté ».

AOUIJ-MRAD (A.)، « Rôle du droit et responsabilité du juriste en matière de biotechnologies », *Revue Tunisienne de Droit*, 2004, pp. 13-36, sp. pp. 27-28.

<sup>50</sup> انظر محمد رضا بن حماد، « المعايير الأخلاقيّة والضوابط القانونيّة في إدارة التجارب الطبيّة أو العلميّة على الإنسان في تونس »، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى مصطفى الفيلالي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص. 1-27 من الجزء العربي. ويدعو هذا الكاتب أيضا في خاتمة مقاله إلى « اصدار قانون ينظّم هذه التجارب ويوحّد النصوص المشتتة في هذا المجال والتي صدرت في التسعينات ويتمّم النقصات والثغرات القائمة » (ص. 26) محيلا إلى أعمال الندوة التاسعة للجنة الوطنيّة للأخلاقيات الطبيّة حول التجارب السريريّة للأدوية عند الإنسان وخاصة التقرير الختامي للندوة الذي تمّ تقديمه من قبل الأستاذة سيّدة دوكي، ص. 83 وما بعدها.

الذي تنظمه الدولة وتتمعّش منه من ناحية ومن ناحية أخرى عبر اشتراط التعوّد كركن من أركان جريمة البغاء السري بحيث يسوغ القول إنّه لا يغدو تصرّف الإنسان في جسده معارضا للنظام العام إلا إذا كان قائما على سلوك متكرّر يدرّ أموالا على صاحبه لا سلطة للدولة عليها<sup>42</sup>.

وفي سياق تصرّف الإنسان في جسده تطرح بالتوازي مع هذه المسائل مسألة عمليّات تغيير الجنس التي تحيل مقارنة فقه القضاء التونسي لها إلى رفض تامّ لحقّ الإنسان في التصرّف في جسده بهذا الشكل (أي تغيير جنسه) بما يشرّع للتساؤل عن مدى مساس هذا الرفض بجوهر الحقّ نفسه على معنى الفصل 49 من الدستور التونسي حيث لا يبدو أنه يمكن في هذا الخصوص إثارة أيّ سبب من أسباب الحدّ من الحقوق كتلك التي تعرّضنا إليها آنفا. يرفض فقه القضاء التونسي تغيير الحالة المدنية بعد عملية تغيير للجنس وهو ما يستنتج من خلال قراءة عكسية للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بن عروس ع21د في 28 مارس 1990<sup>43</sup> الذي سمح من خلاله القضاة بتغيير الحالة المدنية لشخص قام بتغيير جنسه لأنّ المسألة لم تتعلق بتغيير ناتج عن تدخل خارجي.

وجاء قرار المحكمة الاستئنافية بتونس المؤرخ في 1993/12/22<sup>44</sup> أكثر وضوحا وإيضاحا لموقف فقه القضاء التونسي من هذه المسألة حيث أيد حكم المحكمة الابتدائية الصادر في نفس القضية بتاريخ 8 فيفري 1993 والذي يعتبر أن « تغيير الجنس وقع بتدخل الغير وبصورة غير طبيعية وهو ما يمثّل خرقا لمقتضيات القانون الجنائي وللدين ». ومن الواضح هنا أنّ قرار المحكمةتين وإن عدّلت محكمة الاستئناف صياغة الحكم حين أقرّت بأن الفعلة « مخالفة للقانون وللنظام العام »- يعتمدان بالأساس على وازع ديني حيث عادت محكمة الاستئناف التي لاحظت غياب نصّ وضعيّ (فكيف يكون الأمر مخالفا للقانون إذن ؟) إلى الشريعة الإسلامية وخلصت كذلك إلى غياب فقه (بالمعنى الإسلامي للكلمة) في المسألة (مغفلة فقه القضاء المصري الذي سمح بذلك<sup>45</sup>) إلى ضرورة تحليل القرآن والسنة والاجتهاد ووصلت إلى قاعدة « **الضرورات تبيح**

<sup>42</sup> انظر بخصوص أركان جريمة البغاء السري ساسي بن حليمة، «البغاء»، ضمن مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص. ص. 1155 - 1189.

<sup>43</sup> مجلة القضاء والتشريع، ع2د، فيفري 1991، ص. 127.

<sup>44</sup> غير منشور، انظر (N.) YAHIAOUI، مرجع سابق الذكر.

<sup>45</sup> انظر (N.) YAHIAOUI، مرجع سابق الذكر، ص. 160.

**المحظورات** « فاعتبرت في آخر المطاف أن لا وجود لضرورة في هذه الحالة لأنّ الشخص لم يبادر إلى القيام بهذه العملية إلاّ في سنّ 28 سنة (!!)<sup>46</sup>. علاوة على ذلك فلا مناص من ملاحظة اضطراب المحكمة حتّى في تكييف الحالة حيث تعتبر المعني أحيانا « ذكرا » و أحيانا « مختلف الجنس » *transsexuel*. تتسلّل الدولة ويتسلّل المجتمع عبر فكرة النظام العام بين الشخص وجسده إذن فيكونان أقرب إليه من حبل الوريد بحجّة حماية هذا الجسد من مالكة الفرد. فماذا إذا خرج الجسد من مجال الملكية الفرديّة إلى دائرة الشيع ؟

### ب. سؤال الجسد المشاع

يطرح هذا السؤال علاقة الجسد بالعلم وبالخصوص التجارب التي يمكن إجراؤها على الجسد البشري. ومن الغريب أنّ الدستور الذي استقى منعه للتعذيب من المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسيّة علاوة على أنه أغفل ذكر المعاملات والعقوبات القاسية والالإنسانية والمهينة فقد أغفل كذلك منع إخضاع الأشخاص دون رضاهم إلى التجربة الطبية أو العلميّة كما تنصّ عليه المادة السابعة المذكورة في فقرتها الثانية.

وفي ظلّ غياب منع دستوري تبقى مجلة واجبات الطبيب الصادرة بمقتضى الأمر عد1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993<sup>47</sup> أهمّ النصوص المطبّقة على هذه المسألة. وبالتمعّن في مقتضيات هذا النصّ نخلص إلى أنه بالرغم من الاحتياطات المفروضة (صلب الفصول 99 إلى 111) والمسؤولية الثقيلة المحمولة على الطبيب<sup>48</sup> تبقى حماية الأشخاص من التجارب الطبيّة منقوصة حيث تتبع المقتضيات القانونية من تصوّر يوكل الحرمة الجسديّة للشخص إلى طبيبه الذي لا يحتاج إلى موافقته في حال التجربة العلاجية إلاّ في « حدود الإمكان ».

<sup>46</sup> انظر نص هذا القرار والتعليق عليه، عصام الأحمر، « تغيير الجنس »، مجلة القضاء والتشريع، العدد 9، السنة 52، نوفمبر 2010، ص. ص. 185-198.

<sup>47</sup> الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عد40 دد 28، ماي و 1 جوان 1993، ص. 764 وما بعدها.

<sup>48</sup> BRAHMI ZOUAOUI (N.), « L'évolution de la responsabilité du médecin », Revue Tunisienne de Droit, 2005, pp.107-123.

عامر بورورو، « فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنيّة »، مجلة القضاء والتشريع، العدد 2، السنة 49، فيفري 2007، ص. ص. 13-22.

الظاهر المنتصر، « المسؤولية الجزائيّة للأطباء »، مجلة القضاء والتشريع، العدد 6، السنة 36، جوان 1994، ص. ص. 7-29.

يرتضي بمقتضاه شخص تمكين شخص آخر هو الحلاق من تخليصه من أظافره أو من شعره دون أن يرى نفسه في هذه الأجزاء المقتطعة من جسده توجد عقود تطرح إشكاليات حقيقية متعلقة بحق الإنسان في التصرف في جسده وأهمها عقد الشغل وعقد البغاء.

أما عقد الشغل فلئن عرفه المشرع بأنه « عقد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر بمباشرة خدمة معينة بأجل أو اتمام عمل مقابل أجر يلتزم الآخر بأدائه »<sup>39</sup> جاعلا من موضوعه الخدمة المقدّمة لا الجسد فإننا نرى أن جميع عقود الشغل تتعلق بالجسد ولا أدلّ على ذلك من تنظيم القانون لما يسمّى بالأمراض المهنية علاوة على أنّ من المهنة ما يتعلق مباشرة بالجسد نفسه كعقد الرقص أو التعريّ *striptease* أو المجازفة *cascade* أو عرض الأزياء أو الإشهار وهي كلّها عقود يقاربه القانون مقارنة كلاسيكية واضعا بينه وبين الجسد حجاب الخدمة التي يعتبرها موضوع العقد.

فإذا كان الأمر كذلك جاز التساؤل عما يجعل عقد البغاء مجرّما والحال أنّه عقد خدمة موضوعها الجسد ويحقّق بالتالي التساؤل عن دواعي عدم إقرار المشرع لشريعة هذا العقد الذي يحيل هو أيضا إلى حقّ تصرف الشخص في جسده. لا شكّ وأنّ دواعي ذلك أخلاقية ودينية بالأساس ولكنها كذلك ذات علاقة بالنظام العام فعلاوة على أن اعتراف البغاء السري من شأنه أن يساهم في نقل أمراض خطيرة « هي أمراض معدية من الممكن أن تتسرب إلى الرجال الذين يتصلون (بالمومس) ويصبح هكذا الدور متسلسلا والخطر عاما »<sup>40</sup> فإنّ « المرأة التي تتعاطى البغاء السري لا تنتفع منها الدولة إذ أنّ الأموال التي تقبضها لا تراقبها وزارة المالية وتندس في جيبيها أو جيب المتمعّش من بغائها دون أن تنال منها مصلحة الأداءات أيّ جزء »<sup>41</sup>.

وهنا يقف النظام العام حائلا دون تصرف الشخص في جسده. غير أنّه يجب تنسيب هذه العلاقة بين الحفاظ على النظام العام وتصرّف الشخص في جسده في ظلّ إقرار حق المومس في التصرف في جسدها ما دامت تمارس البغاء العلني

<sup>39</sup> الفصل 828 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 6 من مجلة الشغل.

<sup>40</sup> ساسي بن حليمة، « قرار تعقيبي جزائي عدد 2475 مؤرخ في 29 نوفمبر 1978»، ضمن ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي تونس، 2012، ص. 1158.

<sup>41</sup> نفسه.

مادة التبرع بالأعضاء هي أهلية لا يمكن الرجوع فيها»<sup>36</sup> على عكس الهبة في القانون العام *droit commun* التي تقيّد ضمنها أهلية الأداء أهلية التصرف. وينظّم التبرع بالدم القانون عدد 26 لسنة 1982 المؤرخ في 17 مارس 1982 المتعلق بتنظيم نقل الدم البشري المعدّ للحقن وفق تصوّر يحيل إلى قول أحد الفقهاء الذي يعتبر أنّ « الدم يحظى بوجود قانوني منفصل عن الوجود القانوني للشخص المتبرع »<sup>37</sup>.

فتبرع الإنسان بدمه هو عمل يجب أن يكون دون مقابل غير أنّ هذا الشرط ليس بالشرط الوحيد حيث يجب أن تحظى هذه العملية بموافقة الطبيب الذي سيقرّر إن كان بإمكان هذا الشخص التبرع بدمه أم لا كما تخضع هذه العملية إلى شرط سنّ المتبرع المحدّد عبر منشور وزير الصحة العمومية عد 83 لسنة 1989 المؤرخ في 28 سبتمبر 1989 بـ 18 سنة كسنّ دنيا و65 سنة كسنّ قصى. ومباشرة بعد استخراجه تصبح للدم صفة قانونية منفصلة تماما عن صاحبه حيث لا يعود لهذا الأخير أيّ حقّ في التصرف في الدم المستخرج منه والذي يصبح ملكا للمؤسسة المؤهلة لاستخراجه والتي تتصرّف فيه تصرفا حرّا.

ويحيل التعرض إلى مسألة الدم إلى مسألة أخرى ذات علاقة هي مسألة رفض شخص ما للحقن بدم شخص آخر لاعتبارات عقائدية كما حصل في حالة شهود يهوذا *Les témoins de Jéhovah* وهي مسألة لا جواب لها في القانون التونسي. وأمّا عن تصرّف الإنسان في جسده ككلّ فإنّ من العقود ما يكون موضوعه في نهاية المطاف الجسد ولو رفض الشكلايون القانونيون ذلك. فبعض الرياضات الخطيرة كالملاكمة هي عقد موضوعه جسد الملاكم نفسه وهي عقود مقبولة من المجتمع الذي يصرّ على اعتبار الملاكمة مثلا « فنا نبيل » في حين تبقى كما يعرفها أحد الفقهاء « عقد بمقتضاه يتفق رجلان سليما المدارك العقلية... على ضرب بعضهما على الوجه إلى أن يسقط أحدهما على الأرض »<sup>38</sup>. وبغض النظر عن هذه العقود المقبولة من المجتمع كما هو الشأن بالنسبة للعقد الذي

<sup>36</sup> YAHIAOUI N. مرجع سابق الذكر، ص. 133.

<sup>37</sup> BAUD (J.-P.), *L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps*, Le Seuil, Paris, 1993, p. 191.

<sup>38</sup> JACK (A.), « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1933, pp. 362-395, p. 377.

العمومية المؤرخ في 18 سبتمبر 1992 فضلات طبية خطيرة يتوجب إتلافها. إلا أنّ إمكانية استغلال هذا المفزذ البشري صناعيا قد جعل المؤسسات الطبية والاستشفائية تحافظ عليه وتتصرّف فيه معترّفة أنه شيء مهمل *res derelictae* يعود بحكم إهمال مالكة له إلى المؤسسة الطبية. لكن ماذا لو طالب شخص المؤسسة الطبية بهذه الفضلات ؟ وبما أنه من الطبيعي احتواء هذه الفضلات كما هو الشأن بالنسبة لكلّ أجزاء الجسد البشري على جينوم صاحبها فإنّها تثير مسألة امتلاك الشخص لجينومه.

وتحيل مسألة تصرّف الشخص في أجزاء من جسده دون مقابل على إشكالية التبرع بالأعضاء من ناحية وإشكالية التبرّع بالدم من ناحية أخرى.

ينظّم التبرّع بالأعضاء قانون 25 مارس 1991 الذي يمكّن من أخذ أعضاء من الأحياء شرط أن يكون المتبرّع رشيدا سليم المدارك العقلية متمتعا بالأهلية القانونية الكاملة وأن يكون رضاه صريحا وصادرا عن اختيار<sup>32</sup>. فلا يمكن تصوّر هذا العمل إلاّ في إطار هبة إرادية وموافق عليها<sup>33</sup>. غير أنّ المشرّع قد وضع حواجز أمام إرادة المتبرّع تجعل هذه الهبة خارجة عن الأحكام العامّة لعقد الهبة وهي شروط موضوعيّة تتعلق بعضها بالهدف الطبي من العمليّة وبعضها الآخر بالأعضاء نفسها حيث « يحجّر مطلقا أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء لزرعه ولو برضاهم »<sup>34</sup> كما « يحجّر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها »<sup>35</sup>. ولئن كان التحجير الأوّل مفهوما لأنّه يجد أساسه في الحق في الحياة فإنّ التحجير الثاني لا يبدو كذلك. وأكبر الظنّ أنّ أساسه ديني وأخلاقي. وتعضد هذه الشروط الموضوعية شروط شكلية يفصلها الفصلان السابع والثامن من القانون. وفي خروج تامّ عن الأحكام العامّة للهبة الواردة بالفصلين 2 و5 من مجلّة الالتزامات والعقود ينصّ الفصل 9 من هذا القانون على أنه « يجوز للمتبرع أن يتراجع عن رضاه قبل إجراء العملية دون التقيّد بأي شكل » وهو ما دفع البعض إلى القول محقّين أنّ « أهلية التصرّف في

<sup>32</sup> الفصل 2.

<sup>33</sup> الفصل 6.

<sup>34</sup> الفصل 4.

<sup>35</sup> الفصل 5.

ما أنتج نظريّات متعارضة في ما يخصّ حق الشخص في التصرف في جسده أو في أجزاء منه. أمّا نظريّات القانون العام فإنها تقارب المسألة من زاوية حقوق الإنسان على جسده وتعرضها في إطار الثنائية المعتادة بين حق الفرد وحق المجموعة ممثلة في الدولة أو في الإنسانية قاطبة.

ومن هتين الوجهتين على السواء تبرز وضعيّات يكاد الجسد فيها يدخل في منطقة اللاقانون *Le non-droit* وهو ما يؤدي إلى طرح سؤالين متكاملين هما أولاً سؤال السيادة على الجسد من ناحية وسؤال الجسد المشاع من ناحية أخرى.

### فهل تحمي الدولة الجسد من مالكة ؟ وهل تحمي الدولة الجسد من العلم ؟

تحيل هذه الأسئلة إلى ضرورة التساؤل عن نطاق حق الفرد في التصرف في جسده<sup>30</sup> في القانون التونسي وهو الحق الذي يبدو ضمانه في المنظومة القانونية التونسية منقوصا.

#### أ. سؤال السيادة على الجسد

ي طرح هذا السؤال علاقة الشخص مالك الجسد بجسده. فإلى أي مدى بإمكانه التصرف في أجزاء من جسده بمقابل أو دون مقابل وإلى أي مدى يمكنه التصرف في جسده ككل ؟

أمّا عن تصرف الشخص في أجزاء من جسده فيختلف الوضع إن كان التصرف بمقابل أو دون مقابل. حيث يبدو القانون التونسي عموماً رافضاً لفكرة تصرف الإنسان في أجزاء من جسده بمقابل وهو ما يحيل إليه عقد الرضاع الذي يتمثل في بيع المرضعة للبنها الذي ألغي من مجلة الالتزامات والعقود (الفصل 831) بمقتضى القانون ع17 دد لسنة 2000 المؤرخ في 7 فيفري 2000 وهو نفس العقد الذي لم يتردّد الفقه قبل إلغائه في اعتباره قد سقط بالإهمال<sup>31</sup>. غير أنّ بعض الأسئلة تبقى مطروحة في هذا الصدد من قبيل سؤال المانع الدموي *Placenta* المفرز على إثر عمليّة الولادة حيث يعتبره منشور وزير الصحة

<sup>30</sup> انظر حول هذا المفهوم والأسئلة المتعلقة به من وجهة نظر القانون الفرنسي LARRALDE (J. M.) (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis-Bruylant, coll. Droit et justice, n° 88, Bruxelles, 2009.

<sup>31</sup> YAHLIAOUI N، مرجع سابق الذكر، ص 139

الاختياري لاتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من التعذيب بمقتضى المرسوم ع5د لسنة 2011 المؤرخ في 19 فيفري 2011 وقد تمت المصادقة على هذا الانضمام بالأمر ع552د لسنة 2011 المؤرخ في 17 ماي 2011 وقد تمّ ايداع مستندات المصادقة بالأمم المتحدة في 29 جويلية 2011. وتمثل هذه الهيئة هيكلًا مستقلاً مهمته زيارة أماكن الإيقاف للتثبت من عدم تعرّض الأشخاص إلى التعذيب والممارسات اللإنسانية والمهينة. ويحيل إحداث هذه الهيئة إلى تطوّر في المنظومة القانونية التونسية على أصعدة مختلفة لعلّ أهمّها :

1. إيكال مهمة الرقابة على التعذيب إلى هيئة إدارية مستقلة *Autorité administrative indépendante* لا تخضع لأيّ سلطة أخرى وتمارس مهامها باستقلالية.

2. توسيع تعريف التعذيب ليشمل الممارسات والعقوبات القاسية وغير الإنسانية والمهينة.

3. التوسّع في تعريف أماكن الإيقاف حيث يعتبر القانون أنّه تدخل ضمن رقابة الهيئة كلّ الأماكن الخاضعة إلى سلطة الدولة التونسية أو التي يمكن أن تكون خاضعة لسلطتها أو المحدثة بموافقتها والتي تحتوي على أشخاص محرومين من حرّيتهم بمقتضى قرار متخذ من سلطة عمومية أو على إثر تحريض من السلطة أو بموافقتها أو في حالة صمتها وهو ما يدخل ضمن نطاقها أماكن الإيقاف التي ينشئها الخواص من ناحية وأماكن احتجاز المدنيين وأسرى الحرب في حالات النزاعات المسلحة من ناحية أخرى. ويأحداث هذه الهيئة تعزّزت حماية الجسد من التعذيب في حين تبقى حمايته من أشكال عديدة أخرى من المساس به من الأسئلة العالقة.

## 2/ جسدي وجسد « البشرية » : الأسئلة العالقة

تراوح نظريّات القانون الخاص في إطار تقسيمها للعالم إلى أشخاص وأشياء بين اعتبار الجسد جزءاً من الشخص (الجسد الذي نكونه) « *Le corps que l'on est* » واعتباره شيئاً (الجسد الذي نملكه) « *Le corps que l'on a* » وهو

<sup>29</sup> ARNOUX (I.), *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, pp. 31 et ss.

خلاف ذلك ولا يضيف عليه وصفا خاصا يميّزه عن بقية مواطني ذلك المكان». غير أنّ هذا التوجه يتعارض مع الفصل 5 من القانون ع70دد لسنة 1982 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي الذي ينص على أنّ « الواجبات المحمولة على كاهل قوات الأمن الداخلي تبقى سارية المفعول خارج أوقات العمل ويعتبرون مباشرين شرعيا لعملهم كلّما دعتهم الحاجة إلى ذلك».

علاوة على هذا التعارض يبقى الفصل 101 مشوبا بعيب داخلي فيه فالموظف لا يعاقب إلا إذا كان الاعتداء « **دون موجب** » وهو ما يجعل الاعتداء بموجب فعلا غير مجرم. ومثل هذه النتيجة تتعارض مع ما استقر عليه فقه القضاء الدولي من أنّ النصوص واللوائح الشرعية الداخلية التي تأمر العون بالقيام بأعمال مجرّمة دوليا لا يعتدّ بها ولا تحول دون عقابه على المستوى الدولي حيث برز « واجب العصيان بالنسبة إلى الأوامر غير الشرعية الواضحة » *ordre manifestement illégal* وهو ما يحدو بنا إلى القول بأنّ عبارة « **دون موجب** » يجب أن لا تمتدّ إلى حدّ شرعنة الاعتداءات الناجمة عن تطبيق أوامر غير شرعيّة بصفة ظاهرة.

أمّا استعمال أعوان الشرطة والأمن للقوة فيجب أن يبقى محدّدا ومقتصرا - كما ينص عليه القانون ع4دد لسنة 1969 المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات و التجمهر-على الحالات الاستثنائية وباعتماد التدرّج. كما يمكن إثارة حالات من قبيل استعمال العنف في حالة مطاردة مجرم أو في حالة الدفاع الشرعي في مواجهة مجرم يستخدم العنف ويؤكد الأستاذ الأحمدي في هذه الحالات على ضرورة « أن يثبت أنّ استعمال القوة صار ضروريا ولا وجود لحل بديل وعلى شرط أن يكون ذلك متماشيا مع أهمية المقاومة والخطر الذي يتهدّد العون حتّى لا يقع التعسف في اللجوء للعنف »<sup>27</sup> وهو رأي فقهي أصبح له اليوم أساس دستوري في ظلّ وجود الفصل 49 ضمن دستور 2014.

وقد تعزّزت في تونس الحماية ضدّ التعذيب من خلال القانون الأساسي ع43دد لسنة 2013 المؤرخ في 21 أكتوبر 2013 والمتعلق بالهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب<sup>28</sup> ويأتي إحداث هذه الهيئة في إطار انضمام تونس إلى البروتوكول

<sup>27</sup> عبد الله الأحمدي، مرجع سابق الذكر، ص. 137-136.

<sup>28</sup> الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع85دد، 25 أكتوبر 2013، ص. 3427.

فالاعتداء بالعنف الصادر عن الموظفين هو جريمة غير جريمة التعذيب وهي جريمة أول فقه القضاء أركانها بصفة ضيقة حيث اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 4960 الصادر في 16 جانفي 1967<sup>22</sup> أن الفصل 101 لا ينطبق « إلا على الموظفين الذين أسند إليهم القانون أو الحكومة قسطا من السلطة لحفظ النظام العام أو تطبيق القوانين والتراتب أو تنفيذ المقررات الحكومية أو القضائية » بحيث لا يشمل المعلم الذي يعتدي بالضرب على تلميذ أثناء التدريس لأن وظيفته تربوية وتثقيفية وليست له سلطة على عامة الناس.

وهذا التأويل لا يستهويننا على عكس الأستاذ عبد الله الأحمدى<sup>23</sup> فالنص كما يقره هذا الأستاذ « يتحدث عن الموظفين بصفة عامة ودون استثناء أما القول بأن الفصل 101 من المجلة الجزائية جاء تحت عنوان « في تجاوز السلطة » فإنه لا يمثل مستندا وجيها لتبرير هذا التأويل [القائل بانطباقه حصرياً على الموظفين المكلفين بحفظ النظام العام]، فمفهوم السلطة شامل. أفلا يتجاوز المعلم حدود وظيفته التربوية لما يعتدي بالعنف على التلاميذ؟<sup>24</sup> ونحن إذ نتبنى هذا النقد الموجه إلى القرار من طرف الأستاذ الأحمدى نستغرب من ثنائه على محتواه في مطلع تعليقه عليه وقوله أن « هذا التأويل يستهويننا ولا يخلو من منطق فضلا على أنه من الناحية العملية يجنب المعلمين التعرض لعقوبات صارمة عندما يؤديون تلاميذهم بالضرب فليس من المعقول الحكم على معلم بالسجن لمدة خمسة سنوات لأنه صفع تلميذا »<sup>25</sup>.

كما يطرح هذا الفصل إشكالا من حيث نطاقه حيث يقتصر على حصول الاعتداء حال مباشرة الموظف لوظيفته أو بمناسبة مباشرته لوظيفته وهو ما دفع محكمة التعقيب في القرار ع6647د الصادر في 23 أفريل 1969<sup>26</sup> إلى اعتبار أن « عون الشرطة بغير مكان عمله المكلف بحفظ الأمن فيه لا يعتبر في حالة مباشرته لوظيفته سواء كان لابساً زي الرسمي أم لا لأنه لا يستطيع قانوناً أن يقوم هناك بأي عمل مما هو مكلف به في منطقة عمله ومجرد لبسه الزي الرسمي لا يقتضي

<sup>22</sup> نشريّة محكمة التعقيب، 1967، ص. 97.

<sup>23</sup> عبد الله الأحمدى، مرجع سابق الذكر، ص. 134.

<sup>24</sup> نفسه.

<sup>25</sup> نفسه.

<sup>26</sup> نشريّة محكمة التعقيب، 1969، ص. 137.

الوطني غير أنّ بعض النقائص تشوب هذا التعريف وأهمّها عدم تنصيب هذا الفصل على العقوبة القاسية والمعاملة اللاإنسانية والمعاملة المهينة وهي أعمال تقرنها الصكوك الدولية بالتعذيب كما اقتصر هذا التعريف للتعذيب على الأفعال الصادرة من الموظف العمومي والحال أن التعذيب قد ينتج أيضا عن خواص كالمجموعات المنظمة والعصابات.

وفي بيانه لأركان جريمة التعذيب اقتضى الفصل 101 ثانيا الذي أضيف بالمرسوم عدد 106 لسنة 2011 بتاريخ 22 أكتوبر 2011 ما يلي: « يعاقب بالسجن مدّة ثمانية أعوام وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار الموظف العمومي أو شبهه الذي يرتكب الأفعال المنصوص عليها بالفصل 101 مكرّر من هذه المجلة وذلك حال مباشرته لتوظيفه أو بمناسبة مباشرته له. ويرفع العقاب بالسجن إلى اثني عشر عاما وبخطية قدرها عشرون ألف دينار إذا نتج عن التعذيب بتر عضو أو كسر أو تولدت عنه إعاقة دائمة. ويكون العقاب بالسجن مدة عشرة أعوام وبخطية قدرها عشرون ألف دينار إذا سلط التعذيب على طفل. ويرفع العقاب إلى ستة عشر عاما وبخطية إلى خمسة وعشرين ألف دينار إذا تولّد عن تعذيب طفل بتر عضو أو كسر أو إعاقة دائمة. وكلّ تعذيب نتج عنه موت يستوجب عقابا بالسجن بقية العمر دون أن يمنع ذلك من تطبيق العقوبات الأكثر شدة المقررة للاعتداءات على الأشخاص إذ اقتضى الحال ذلك ». ويستخلص من هذا ضرورة أن يصدر الفعل عن موظف عمومي أو شبهه تأكيدا للتعريف الوارد بالفصل 101 مكرّر الذي لا يطال الخواص إضافة إلى أن الركن المعنوي لجريمة التعذيب يتمثل في قصد التحصيل من المجني عليه أو غيره على معلومات أو اعتراف بفعل ارتكبه أو يشتبه أنه ارتكبه هو أو غيره أو بدافع التمييز وهو ما يؤدي إلى اعتبار أنّ الاعتداءات الحاصلة بأي دافع آخر غير هذه الدوافع المذكورة لا يدخل ضمن نطاق التعذيب بل يجدر إقحامه ضمن نطاق الفصل 101 من المجلة الجزائية الذي يجرم جميع أشكال الاعتداء بالعنف على الناس وينصّ على أنه « يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها مائة وعشرون دينار الموظف العمومي أو شبهه الذي يرتكب بنفسه أو بواسطة الاعتداء بالعنف دون موجب على الناس حال مباشرته لتوظيفته أو بمناسبة مباشرتها ».

على مخلوق بشري مثله. علاوة على ذلك فهو عنف يمارس من مؤسسة أي أنه في الحالة الراهنة عنف يأمر به القانون وتأمّر به السلطات القضائية في الدولة وتنفذه سلطات الشرطة التابعة للدولة ... على هذا النحو بالرغم من أن صاحب الدعوى لم يعان من آثار بدنية شديدة أو طويلة الأمد إلا أن عقوبته - التي بموجبها عومل كشيء تقدر عليه السلطات - شكّلت تعدياً على هدف من الأهداف الأساسية التي تتوخى المادة 3 حمايتها ألا وهي كرامة الشخص وسلامته البدنية. كما لا يمكن استبعاد أن العقوبة قد تكون لها آثار نفسية ضارة»<sup>21</sup>.

ويقتضي التعذيب بناء عليه توفر العناصر التالية :

- أن يكون الفعل مقصوداً يتمّ بارتكابه التسبب في آلام ومعاناة بدنية ونفسية للشخص.
- أن يكون مرتكباً لغرض ما.
- أن يرتكبه مسؤول عام أو شخص عادي يتصرف بناء على تحريض من المسؤول.

وبالعودة إلى التشريع التونسي نلاحظ أن الفصل 101 مكرّر من المجلة الجزائية الذي أضيف بالقانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999 ونقح بالمرسوم عدد 106 لسنة 2011 بتاريخ 22 أكتوبر 2011 يعرف التعذيب كما يلي : « يقصد بالتعذيب كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدياً كان أو معنوياً يلحق عمداً بشخص ما بقصد التحصيل منه أو من غيره على معلومات أو اعتراف بفعل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو غيره. ويعدّ تعذيباً تخويف أو إزعاج شخص أو غيره للحصول على ما ذكر. ويدخل في نطاق التعذيب الألم أو العذاب أو التخويف أو الإرغام الحاصل لأي سبب من الأسباب بدافع التمييز العنصري. ويعتبر معذباً الموظف العمومي أو شبهه الذي يأمر أو يحرض أو يوافق أو يسكت عن التعذيب أثناء مباشرته لوظيفة أو بمناسبة مباشرته لها. ولا يعتبر تعذيباً الألم الناتج عن عقوبات قانونية أو المترتب عنها أو الملازم لها ».

ويبدو هذا المقتضى تنزيلاً وفيّاً عموماً لمقتضيات القانون الدولي ضمن التشريع

بهذه الجريمة نذكر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة 7) والاتفاقية الأممية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

أما اتفاقية مناهضة التعذيب فقد جاء في مادتها الأولى أنه « لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالتعذيب أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسديا كان أم عقليا، يلحق بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص ثالث أو تخويله أو إرغامه أو أي شخص ثالث أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيًا كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية. ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها ».

وتعرّف المادة 2 من اتفاقية البلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه لسنة 1985<sup>19</sup> التعذيب على أنه « فعل يرتكب عمدا أو ينتج عن ألم أو عذاب شديد، جسديا كان أم عقليا، يلحق بشخص لأغراض التحقيق الجنائي، وذلك كوسيلة تخويل أو كعقاب شخص أو كإجراء وقائي أو كعقوبة أو لأي غرض آخر. ويفهم التعذيب أيضا على أنه استخدام الطرق التي يستهدف لها شخص بقصد طمس هوية الضحية أو الحدّ من قدراته البدنية أو العقلية ولو لم تتسبب تلك الطرق في ألم بدني أو كرب ذهني » وقد استقرّ رأي المجتمع الدولي على اعتبار بعض الأفعال من قبيل التعذيب كالاغتصاب<sup>20</sup> ومعاملة المحتجزين والسجناء معاملة مهينة ويذهب حتّى إلى اعتبار بعض أشكال العقوبة البدنية تعذيبا على نحو ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تمثلت وقائع القضية الخاصة به في أمر محكمة الأحداث بجزيرة نان بأن يتلقى أحد المعاقبين ثلاث جلدات بعصا وهو ما تمّ تنفيذه فجاء في نصّ الحكم ما يلي : « تنطوي العقوبة البدنية القضائية بحكم طبيعتها على قيام مخلوق بشري بتسليط العنف البدني

<sup>19</sup> بدء النفاذ 1987

<sup>20</sup> CEDH, *Aydin c. Turquie*, Jugement, 25 Sept.1997, Rapport 1997, p. 1891.

نظرا لاستحالة تصوّر أن هناك أشخاصا قد قاموا بهذه الإجراءات حيث ينصّ الفصل 10 على أنه « تصدر الممانعة من الهالك في قائم حياته بكتب معرّف بالإمضاء عليه يودع لدى كتابة المحكمة الابتدائية التي يقيم بدائرة مرجع نظرها والتي عليها حالا إعلام كافة المؤسسات الاستشفائية المرخص لها في عمليات أخذ وزرع الأعضاء بقرار الممانعة. وعلى المؤسسات المذكورة تسجيل ذلك بدفتر معدّ لهذا الغرض. ويمكن للممانع أن يذكّر إدارة المستشفى عند دخوله إليه بقرار ممانعته.»

لا اعتبار إذن في القانون التونسي وعلى رأسه الدستور للجسد إلا كجسد شخصي أي حال تعلقه بشخص أما الجسد الموضوعي سواء في حالته الجنينية قبل الولادة أو بعد موت الشخص في حالة جثة فإنه لا يبرز في القانون التونسي ولا في فلسفة الدستور الجديد كموضوع للحق ولا اعتبار له في ذاته وهو ما ينعكس حتما على بعض سمات الحماية المقررة للجسد.

## أي حماية ؟

في تواشج مع اعتباره حصريا في بعده الشخصي لا يحمي الدستور التونسي الجسد إلا ما دام مقتربا بالشخص ومتعرضا إلى أقصى صور التدخل الأجنبي عليه خطورة ألا وهو التعذيب (1) وهو ما يبقي العديد من الأسئلة المتعلقة بحماية الجسد عالقة لا جواب لها (2).

### 1 / الجسد المحرّم : الحماية من التعذيب

يكتفي الفصل 23 من الدستور بالتنصيص في إطار مبدأ « كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد » على منع التعذيب المعنوي والمادي مؤكّدا على عدم سقوط جريمة التعذيب بالتقادم.

ولعلّ في ورود هذا المنع في الدستور تأكيد على ما جاء من حظر لهذه الجريمة ضمن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها تونس وفي إطار القانون الدولي العام الذي أضحى يعتبر هذا الفعل جريمة مهما كان سياق ارتكابها ويعتبر القواعد المانعة لها من صنف القواعد الآمرة. ومن بين أهمّ الصكوك الدولية المتعلقة

سياق « حماية من الجثة » لا سياق « حماية لها »<sup>15</sup>.

وفي سياق متصل تطرح مسألة أخذ الأعضاء البشرية من جثة وهي مسألة ينظمها القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 والمتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها وهو نص وإن كرس في فصله الأول مبدأ ضمان الحرمة الجسدية للإنسان فإنه يقوم على التمييز بين أخذ الأعضاء من جسد حي وأخذ الأعضاء من جسد ميت<sup>16</sup> فإن كان « يجوز لغاية العلاج أخذ عضو من شخص متبرع قصد زرع له لشخص آخر ويشترط في المتبرع أن يكون رشيدا سليم المدارك العقلية متمتعا بالأهلية القانونية الكاملة وأن يكون رضاه صريحا وصادرا عن اختيار »<sup>17</sup> فإن هذا الرضا يغدو بالنسبة للميت مفترضا حيث « يجوز أخذ عضو من جثة شخص ميت لغاية علاجية أو علمية ما لم تحصل ممانعة من الهالك في قائم حياته أو بعد وفاته من الأشخاص كاملي الأهلية الآتي ذكرهم حسب الترتيب التالي : الأبناء - الأب - الأم - الزوج - الإخوة والأخوات والولي الشرعي. ولا يجوز أخذ الأعضاء ولو برضا أحد هؤلاء إذا عارض في ذلك شخص من بينهم يحتل مرتبة أقرب أو يكون الأكبر سنا بالنسبة للأبناء أو الإخوة والأخوات »<sup>18</sup>. وبالتالي فإن القانون يرسى قرينة على القبول بخصوص الميت بما يجعل الجسد الميت ملكا للسلطة العامة تتصرف فيه بأخذ أعضائه ونقلها إلى أشخاص آخرين أو إجراء التجارب العلمية عليها. وحتى الاستثناءات الواردة على هذا القبول المفترض تبقى صعبة التحقيق على أرض الواقع. فالقانون وإن مكن أفراد العائلة من الاعتراض على أخذ أعضاء ميتهم فهو يكتفي بوضع القاعدة ولا يضع آليات تمكن من إعلام العائلة بذلك وهو ما يمنعهم من ممارسة هذا الحق. وأما عن إمكانية رفض الشخص التبرع بأعضائه بعد موته في قائم حياته فإنها تخضع إلى شكلائية مفترضة - إن لم نقل مضحكة-

<sup>15</sup> MEFTAH (M.), *Le régime juridique du cadavre humain*, Mémoire de recherche, F.S.J.P.S.T., 2009-2010, sp. pp. 79-130.

<sup>16</sup> انظر حول انفصال النظامين القانونيين لأخذ الأعضاء من الحي وأخذ الأعضاء من الميت، خالد عبد الكريم ورضا بلحسن، « أخلاقيات زرع ونقل الأعضاء البشرية »، مجلة القضاء والتشريع، العدد 9، السنة 40، نوفمبر 1998، ص. 109-144.

MZOUGHJI (Ch.), *Les prélèvements d'organes*, Mémoire de D.E.A. en droit privé, F.S.J.P.S.T., 1991-1992.

<sup>17</sup> الفصل 2.

<sup>18</sup> الفصل 3 الفقرتان 1 و2.

غير أنه بالتأمل فيها نلاحظ أنها لا تتعلق بالجثث إلا بصفة عرضية ولا تعتبرها في ذاتها من الضحايا الواجبة حمايتها. حيث يعاقب الفصل 167 التعدي على القبور عبر تنصيصه على أنّ « الإنسان الذي يهتك حرمة قبر يعاقب بالسجن مدّة عامين وبخطية قدرها مائتا فرنك ». غير أنه من الواضح أنّ هذا الفصل يعاقب التعدي على القبر لا على الجثة فالجريمة هي جريمة التعدي على القبر باعتباره مكانا مقدّسا وهي جريمة ثابتة ولو كان القبر فارغا<sup>13</sup>. وبالتالي فإن الجثة محمية عبر هذا الفصل بالتبعية نظرا لحماية مكان إيوائها باعتباره مكانا مقدّسا وهو ما يجعل هذا الفصل لا ينطبق على الجثث التي لم يقع دفنها بعد. أمّا الفصل 168 من نفس المجلّة فلا علاقة له لا بالقبر ولا بالجثة حيث يحمي الهياكل المقامة بالمقابر.

ولا تبرز كلمة جثة إلا في الفصلين 169 و 170 من المجلّة الجزائية فيقتضي الأوّل أنّ « الإنسان الذي يخرج جثة أو يرفعها أو ينقلها أو يحملها بعد استخراجها خلافا للقوانين يعاقب بالسجن مدّة عام وبخطية قدرها مائتا فرنك » ويقتضي الثاني أنّ « الإنسان الذي ينقل أو يوارى خفية أو يخفي أو يتلف جثة بقصد إخفاء موت صاحبها يعاقب بالسجن مدّة ستة أشهر وبخطية قدرها ثلاثمائة فرنك وإذا كانت الجثة لقتيل فالعقاب بالسجن يرفع إلى عامين بدون أن يمنع ذلك من تطبيق قواعد المشاركة ». ومن الواضح من خلال قراءة هذين الفصلين أنّ هدفهما هو حماية الصّحة العامّة والنظام العام بحيث تغدو هاتان الجريمتان جريمتان ضدّ الدولة بل الإدارة وهو ما يتأكد من خلال النظر في سياق الفصلين اللّذين يدخلان ضمن الباب الرابع من أبواب المجلّة الجزائية المتعلق بـ « الاعتداءات على السلطة العامّة الواقعة من أفراد الناس » وبالتالي فإنّ أيّا من هذين الفصلين لم يرد في سياق يعتبر الجثة ضحية للنقل أو للإخفاء بل إنه سياق مختلف يعتبر الدولة ضحية لعملية نقل شيء بصفة غير قانونية أو إخفائه بصورة غير قانونية ألا وهو الجثة<sup>14</sup>. فالسياق في آخر المطاف هو

<sup>13</sup> YAHIAOUI (N.), *Essai sur la nature juridique du corps humain*, Mémoire de D.E.A. en droit privé général, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, octobre 1995, p. 31.

<sup>14</sup> نفسه، ص. 33.

المستحيلة التي تعتبر أنّ أعمالا من قبيل إطلاق النار على جثة وقتل مولود ولد ميتا أعمال لا يعاقب القانون الجنائي عليها نظرا للاستحالة القانونية لتكوّن الجريمة التي لا وجود لها إلا في مخيلة الجاني ولا تحقق فعلياً لركنها المادي. وعلاوة على استقرار فقه القضاء التونسي والمقارن على عدم تجريم الجريمة المستحيلة<sup>10</sup> فإنه حتى إن فرضنا جدلا عدم تجريمها فإن ذلك لا يحول دون طرح أسئلة عديدة فماذا عن التنكيل بالجثث وماذا عن مضاجعة الجثث (النيكروفيليا) وغيرها من الأعمال التي تدخل ضمن التعدي على حرمة هذه الأجساد الميتة؟ قد يدافع البعض عن إمكانية أن تدخل هذه الأعمال ضمن نطاق الفصل 204 من المجلة الجزائية الذي يعاقب عن أعمال مقترنة بجريمة القتل. غير أنّ الرأي عندنا على خلاف ذلك. فلكي يحتويها الفصل 204 يجب أن تكون هذه الأعمال نفسها مجرّمة وهو ما لا ينطبق على حالاتنا هذه. ويتأكد هذا المذهب بالتأمل في مقتضيات اقتران القتل بجريمة أخرى في القانون التونسي حيث يجب لتوفّر هذا الاقتران أن تختلف الجريمة الثانية سابقة كانت أو لاحقة عن جريمة القتل من حيث أركانها فدفن الجثة بدون رخصة وإن كان في ذاته فعلا مجرّما فهو من توابع جريمة القتل وهو ما أكده القرار التعقيبي ع6810د حين أقرّ أن قاتل النفس إذا ما أخفى جثة القتل لا يكون مرتكبا لجريمة ثانية ولا يعاقب بعقابين من أجل الجريمةين إذ أنّ إخفاء الجثة هو من تمام جريمة القتل<sup>11</sup>.

لكن ماذا إذا كانت هذه الأعمال منفصلة تماما عن أي جريمة

أخرى؟ فهل يمكن اعتبارها جريمة في ذاتها؟

تخصّص المجلة الجزائية الفصول من 167 إلى 170 للجرائم المتعلقة بالقبور<sup>12</sup> وهي جرائم تبدو لأول وهلة ذات علاقة بالجثة واعتبارها في القانون

<sup>10</sup> حافظ العبيدي، « الجريمة المستحيلة »، مجلة القضاء والتشريع، العدد 6، السنة 52، جوان 2010، ص. ص. 143-154.

<sup>11</sup> قرار تعقيبي جزائي ع6810د مؤرخ في 26 ماي 1982، ن. 1982، ص. 213. انظر فاروق حفاصني، موسوعة القانون الجزائري التونسي، الجزء الأول، دار سنابل للنشر، سليانة، تونس، 2014، ص 9.

<sup>12</sup> KELLIL (Ch.), *Funérailles et sépultures : esquisse d'un pilier du droit funéraire tunisien*, Mémoire de recherche en droit, F.S.J.P.S.T., 2008-2009.

وقع مدها به لهذا الغرض. يرخص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية في مؤسسة استشفائية أو صحية أو في مصحة مرخص فيها. كما يرخص فيه بعد الثلاثة أشهر إن خشي من مواصلة الحمل تسبب في انهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها. إن إبطال الحمل المشار إليه بالفقرة السابقة يجب إجراؤه بعد الاستظهار لدى الطبيب الذي سيتولى ذلك بتقرير من الطبيب الذي يباشر المعالجة».

ولئن كان هذا الفصل قائما على الموازنة بين اعتبار صحة الأم وحرمة الحياة الناشئة في الجنين فإنه مستعد لمقايضة حياة ب حياة في حالات معينة ذلك أن المحمي من خلال هذا الفصل ليس الجنين في حد ذاته بل إنه يبدو كمجرد معطى موضوعي تجب مراعاته في حين أن الحماية المقررة هي حماية للنظام العام (من خلال اشتراط القيام بعملية الإجهاض في أطر منظمة وتحت رقابة طبية) ولصحة الأم التي يؤدي انهيار صحتها أو توازنها العصبي إلى جواز الإجهاض. وإن كنا لا نرى تريبا على هذا الفصل فإننا نشير إلى أنه لا يعتبر الجنين موضوعا له بقدر ما يعتبره جزءا من وضعية مادية حساسة يتوجب التعامل معها بحذر دون المساس بالحماية المستوجبة للشخص الحامل له.

وهو ما يجعل هذا الجسد الموضوعي الذي لم تتعلّق به الحياة أو تعلّقت بعد غير معتبر بصفة تامّة وفي ذاته من قبل المنظومة القانونية<sup>9</sup> كما هو الشأن تماما بالنسبة إلى الجسد الذي فارقتة الحياة وانفصل تماما عن الشخص.

#### ب. الجسد الميت : الجثة

هل يعتبر القانون التونسي الجثة في ذاتها موضوعا للحق ؟

هل يمكن أن تكون الجثة ضحية ؟

قد يعارض البعض إمكانية أن تكون الجثة ضحية استنادا إلى نظرية الجريمة

<sup>9</sup> انظر في سياقات أخرى  
PEDROT (Ph.), « Aux deux seuils de la vie », *Hors-série au Recueil Dalloz n° 20 du 24 mai 2011*,  
*Le corps humain saisi par la justice*, ج.

## 2/ الجسد الموضوعي : الخروج من الاعتبار القانوني

ليس هناك تلازم دائم بين الجسد والشخص<sup>7</sup> وتحدث القطيعة بين الجسد والشخص في حالتين إحداهما سابقة للحياة والأخرى لاحقة لها.

أما القطيعة السابقة للحياة فهي تلك التي تبرز الجسد قبل تعلّقه بالشخص أي قبل الولادة وهو في الحالة الجنينية، وأما القطيعة اللاحقة للحياة فهي تلك التي تنتجها الموت فيظل الجسد الجثة ويحول الشخص. فهل تنطبق مقتضيات القانون التونسي على الجسد الموضوعي أي الجسد في حال انفصاله عن الشخص ؟

### أ. الجسد قبل الولادة : الجنين

ليس الجنين بغريب عن القانون التونسي<sup>8</sup> فهو موضوع مقتضيات قانونية عديدة لعل أهمها الفصول 35، 147، 148، 149 و150 من مجلة الأحوال الشخصية والفصل 214 من المجلة الجزائية غير أن كلّ هذه النصوص لا تعطي حقوقاً للجنين إلا في حالة معيّنة بحيث تربط وجود الجنين القانوني بحالة الحمل *in utero* وبالتالي فإنّ الجنين الموجود في حالة أخرى غير حالة الحمل الطبيعي أي الجنين الاصطناعي *in vitro* لا يتمتع بأي اهتمام قانوني وهو ما يجعله جسدا لا يعتبره القانون في شيء ولا يرتّب عن وجوده أي حقوق لصالحه.

وبغض النظر عن هذه الحالة فإنّ اعتبار الجنين الطبيعي يبقى في القانون التونسي مبرّرا باعتبارات لا علاقة لها بحماية هذا الجسد في ذاته بل بحماية حامله فالفصل 214 من المجلة الجزائية يقتضي ما يلي : « كلّ من تولى أو حاول أن يتولّى اسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أطعمة أو مشروبات أو أدوية أو أي وسيلة أخرى سواء كان ذلك برضا الحامل أو بدونه يعاقب بخمسة أعوام سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين. وتعاقب بعامين سجنا وبخطية قدرها ألفا دينار أو بإحدى العقوبتين المرأة التي أسقطت حملها أو حاولت ذلك أو رضيت باستعمال ما أشير به عليها أو

<sup>7</sup> DESCOMBES (V.) et VIGARELLO (G.), « Peut-on séparer le corps de la personne ? », *Hors-série au Recueil Dalloz n° 20 du 24 mai 2011, Le corps humain saisi par la justice*, pp. 2-13.

<sup>8</sup> CHAFEDDINE (M. K.), « L'embryon : sujet ou objet ? », *Revue Tunisienne de Droit*, 1998, pp. 69-83.

للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1984 ووقعت عليها تونس في 26 أوت 1987 وتمت المصادقة عليها بالقانون عدد 79 المؤرخ في 11 جويلية 1988 وتم نشرها بمقتضى الأمر عدد 1800 لسنة 1988 بتاريخ 20 أكتوبر 1988<sup>5</sup> والاتفاقية الأُممية المتعلقة بالرق الموقَّع عليها بجينيف في 25 سبتمبر 1925 المنقحة ببروتوكول 7 ديسمبر 1953 والمصادق عليها بالقانون عدد 32 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966 الذي تضمّن أيضا المصادقة على الاتفاقية الإضافية المتعلقة بإلغاء الاسترقاق والمؤسسات والممارسات المشبهة به المعتمدة في جينيف بتاريخ 7 سبتمبر 1956 وكذلك الاتفاقية رقم 105 المتعلقة بإلغاء العمل الاجباري والمصادق عليها بمقتضى القانون عدد 138 لسنة 1958 المؤرخ في 23 ديسمبر 1958.

كما يمكن الإشارة على مستوى التشريع إلى إلغاء القانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 لعقوبة الأشغال الشاقة وتكريس الفصل الأول من القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 والمتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها لمبدأ كرامة الذات البشرية عبر تنصيبه على أنّ « الحرمة الجسدية للإنسان مضمونة ».

وعلى مستوى القانون الجنائي فإنّ المجلة الجزائية تحمي الحرمة الجسدية من الاعتداءات بتجريم القتل والضرب والجرح والتعنيف مخصصة لهذه الجرائم القسمين الأول والثاني من الباب الأول من الجزء الثاني منها إضافة إلى الجرائم المضمّنة بالقسم الثالث منها كالاغتداء بالفاحشة والمواقعة<sup>6</sup>.

وتفترض كلّ هذه الجرائم أنّ يكون المجني عليه حيّا وبالتالي فإنّ اعتبارها للجسد البشري مرتبط باقتران هذا الأخير بالشخص ولا يمكن تصوّر أيّ من هذه الجرائم إذا وقعت الأعمال المكونة لها على جسد حال انفصاله عن الحياة حيث يخرج الجسد الموضوعي من الاعتبار القانوني.

<sup>5</sup> الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 72، 25 أكتوبر 1988، ص. 1456.

<sup>6</sup> انظر في نفس السياق، محمد اللجمي، «احترام الذات البشرية في التشريع الجزائري التونسي»، مجلة القضاء والتشريع، العدد 9، السنة 39، نوفمبر 1997، ص. 31-48.

وبحضور الجسد بصفة صريحة ضمن نصّ الدستور يتجه التساؤل عن خصوصيّة هذا التكريس الدستوري.

إنّ المتأمل في الفصل 23 لابدّ ملاحظ أنه لا يحيل إلى الجسد ولا يقرّ له بأيّ حماية في ذاته بل إنّ ذكره يبدو عرضياً حيث يتعلّق الفصل بالذات البشرية أي بالشخص. و يفهم من قرن حرمة الجسد بكرامة الذات البشرية<sup>4</sup> في نصّ الفصل 23 من الدستور أنه لا ينظر إليه إلاّ كمكوّن من مكوّنات الذات البشريّة وهو ما يدفعنا إلى القول بأنّ اعتبار الجسد لا يتعلّق في الدستور التونسي إلاّ ببعده الشخصي فحسب وأنّ الدستور يغفل حمايته في بعده الموضوعي أي لذاته. وهنا يبرز التفاوت في اعتبار الجسد في القانون التونسي حيث لا يدخل في النطاق القانوني إلاّ نظراً لتعلّقه بالذات البشرية، أمّا إذا انفصل عنها فإنه يصبح موضوعاً يكاد يكون لا قانونياً.

فأَيّ جسد هذا الذي يتحدّث عنه الدستور (I) وأيّ حماية هذه التي يفرض (II) ؟

## أيّ جسد؟

لا يحمي الدستور التونسي إلاّ الجسد الشخصي (1) مغفلاً الجسد الموضوعيّ تماماً (2).

### 1 / الجسد الشخصي : التكريس الدستوري للاعتبار القانوني

لا يعتبر القانون التونسي الجسد إلاّ ما دام متعلقاً بالشخص وهو بالتالي لا يحميه إلاّ إذا كان جزءاً من أجزاء الذات البشرية المكتملة، ويستند اعتبار الجسد الشخصي في القانون علاوة على الفصل 23 من الدستور المكرّس لمبدأ كرامة الذات البشرية إلى مجموعة من الإتفاقيات الدوليّة ذات الصلة التي صادقت تونس عليها وأهمّها الإتفاقية الخاصّة بمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية أو المهينة المعتمدة من قبل الجمعية العامّة

<sup>4</sup> PECH (Th.), « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », *Hors-série au Recueil Dalloz n° 20 du 24 mai 2011, Le corps humain saisi par la justice*, pp. 90-112.

بعد أن كان غائبا تماما عن دستور 1959، وبغض النظر عن النصوص التي تحيل عليه بصفة غير مباشرة<sup>1</sup> لا يرد لفظ « **الجسد** » في الدستور التونسي الجديد إلا في مرة وحيدة ضمن الفصل 23 الذي صيغ كما يلي : « **تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم** ».



« **تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد** ». بهذه العبارة يقحم المشرع إذن الجسد لأول مرة في التاريخ التونسي ضمن نصّ دستوري بحيث يعفي القانونيين من عناء البحث وتأويل النصوص للإقرار باحترام الحرمة الجسدية كما كان الحال في ظلّ دستور 1959 الذي دفع غياب التنصيص ضمنه صراحة على الحرمة الجسدية بالخبراء في القانون إلى البحث عن أساس دستوري لها في توطئة الدستور التي تضمّنت « **تمسك الشعب بالقيم الإنسانية المشاعة بين الشعوب التي تدين بكرامة الإنسان** » وفي الفصل الخامس منه الذي ينصّ على أن « **الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد** » مستخلصين أنه « **لا شك أنّ المقصود بكلمة الحرمة هنا هي حرمة الجسد** »<sup>2</sup>. وعلى عكس ما هو منتظر من الخطاب القانوني الفقهي فإنّ الإقرار بوجود حقّ في الحرمة الجسدية مكرّس دستورياً لا يصف هنا القانون الوضعي بقدر ما يحاول أن يقول ما لا يقوله حقيقة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كالمقتضيات الواردة بالتوتنة والمتعلّقة باعتبار « الإنسان كائنا مكرّما » وتلك المتعلّقة بالحق في الحياة (الفصل 22) وحماية الحياة الخاصة (الفصل 24) والحق في الصحة (الفصل 38) وغيرها...  
<sup>2</sup> عبد الله الأحمدى، حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي، شركة أوربيس للطباعة والنشر، تونس، 1993، ص. 129.

<sup>3</sup> انظر هذه الفكرة بخصوص «حق الإنسان في التصرف في جسده» في القانون الفرنسي لدى HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2004.

# الجسد الدستور التونسي

خالدة الماجري

دكتور في القانون وهو أستاذ مساعد في القانون العام بكلية العلوم القانونيّة والسياسية والاجتماعية بتونس. أصدر كتابا حول الوضع القانوني لمعتقلي غوانتانامو سنة 2006 وكتابا حول القانون الدولي الإنساني في فقه القضاء الدولي سنة 2016.

أمين عام الجمعية التونسية للدراسات السياسيّة، عضو بمجلس إدارة مخبر البحث في القانون الأوروبي و العلاقات الأوروبيّة المغربيّة وعضو اللجنة الوطنيّة لتقصّي الحقائق حول الرشوة والفساد سابقا و هو إلى ذلك شاعر أصدر العديد من المجموعات الشعريّة التي حازت على جوائز وطنيّة و عربيّة علاوة على الكتب التوثيقية والترجمات.

الجسدية. فكان ائتلاف الجمعيات من أجل مناهضة العنف ضد النساء و ائتلاف المجتمع المدني من أجل الحريات الفردية و كونت الجمعيات التي تناصر قضايا المثليين و المثليات و المزدوجين و المتحولين .. ائتلافا للعمل عل إلغاء القوانين و الممارسات التمييزية ضد هذه الفئة الاجتماعية و حمايتها من الاعتداءات و الإيقافات غير المبررة. هذا الحراك الاجتماعي و الذي يميز المرحلة الراهنة دفع بالجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية أن تنشر مؤلفها الثالث للبحث في الحريات الجسدية. فبعد مؤلفها الأول و الصادر في 2014 « **الحريات الفردية، تقاطع المقاربات** » و كتابها الثاني حول « **الحريات الدينية في تونس** » 2015، تنشر اليوم مؤلفها الثالث حول « **الحريات الجسدية** » وهو مؤلف جماعي كان نتيجة لقاء فكري نظمته الجمعية في إطار معرض تونس الدولي للكتاب في شهر مارس 2016.

و في هذا الإطار تتقدم الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية بشكرها لكل المساهمين في هذا المؤلف للالتزامهم و كرمهم بمد الجمعية بأوراقهم في الآجال ... كما نشكر الأنسة « **إيلاف قصاب** » على تعهدنا بمراجعة النصوص و إعداد الملخصات فلها منا كل الشكر و الامتنان. و تشكر الجمعية الفنان الرسام « **ماجد زلييلة** » على رسومه التي وشحت مؤلفنا هذا. كما لا يفوت الجمعية أن تشكر منظمة « **هينرش بول** » « **Heinrich Böll Stiftung** » و التي آمنت بما تقوم به الجمعية و قبلت مشكورة التعهد بتكاليف نشر هذا الكتاب. فلها أيضا كل الشكر و العرفان.

قراءة طيبة و إلى لقاء قريب ...

عن الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية

الأستاذ وحيد الفرشيشي



مفهوم الأسرة و لتعيد للفرد مكانته في المجتمع ككائن قائم الذات و تحريره من الضوابط غير المبررة التي تفرضها عليه المنظومة القانونية و السياسية.. هذا التحرر لم يضع حدا لحماية الجسد من كل اعتداء أو كل ممارسة مهينة أو حاطة من كرامته و حرمة. و تطورت بذلك إلى جانب المنظومات القانونية أخلاقيات متعلقة بالجسد، فتحرير الجسد لا يشرع لانتهاكه و الاعتداء عليه. هذه الطروحات التي عاشتها المجتمعات الحرة منذ أكثر من أربعين سنة، نراها تطرح اليوم في تونس.

فمنذ 2011 كانت فضاءات النقاش العام و منها المجلس الوطني التأسيسي قد أثارت عديد المسائل الهامة و اللصيقة بالجسد و كان النقاش الحاد الذي يمكن أن نحصله في توجيهين أساسين أحدهما محافظ يغلب المجموعة على الفرد و يفرض القيود على الحريات الجسدية و الجنسية خاصة مستندا دائما على مخاطر هذه الحريات على الأسرة و على المجتمع ككل، و تيار يقر بمحورية الفرد في المجتمع و دوره و حماية جسده من كل اعتداء مقرا مبدأ الاختيار الحر وولاية الفرد على جسده مؤكدا على قيمة هذه المبادئ في الحماية ضد العنف المسلط على أساس النوع الاجتماعي و على أساس الميول الجنسية ..

و كان لصدور الدستور 27 جانفي 2014 أهمية بالغة، حيث أقر الفصل 23 منه : « **تحمي الدولة كرامة الذات البشرية و حرمة الجسد ..** » و دخل مفهوم الجسد بذلك النص الدستوري. و توجب عندها إعطاء محتوى و معنى إيجابيين لهذا الإقرار. ذلك أن ربط الكرامة بالحرمة الجسدية سيؤثر حتما على منظومة قانونية قائمة قبل 2014 و كرستها قوانين و تشريعات و ممارسات تعود إلى بداية القرن العشرين (المجلة الجزائرية التي تعود إلى سنة 1913) أو المجلة المدنية (مجلة الالتزامات و العقود التي صدرت سنة 1907) أو قانون الأحوال الشخصية (لسنة 1956) .. وهي منظومات لم تقم أساسا على مفاهيم الكرامة الإنسانية و الحرمة الجسدية. فكان الجدل حول مدى تلازم هذه المنظومات مع نص و روح دستور 2014 ..

و كان للمجتمع المدني (كعاداته) الدور الهام في إعادة الجدل حول هذه المسائل و تشكلت ائتلافات مدنية للنضال من أجل حماية الجسد و إقرار الحريات

الجسد، مصدر السعادة، مصدر الألم موضوع للتسلط وموضوع للبحث .. يمثل الجسد دائما موضوعا للرغبة، للعنف وللصراع .. و يكون الاهتمام به، في جميع أبعاده و غاياته، و يكون البعد الأكثر إثارة للجدل هو الجانب الجنسي اللصيق بالجسد، حيث تكون المسألة الجنسية أكثر المسائل إثارة للجدل فيما يتعلق بالجسد .. الجنس غاية، الجنس و سيلة، الجنس « **بضاعة** » .. و يوضع الجسد دائما في موضع المتهم ..



و تطرح في نفس الوقت مسائل متعلقة بمدى حرية هذا الجسد، أو بمدى حرياتنا على أجسادنا، أو بمدى وجود « **الحريات الجسدية** » ؟ ماهي طبيعة هذه الحريات ؟ ماهي الضوابط المفروضة عليها ؟ و كيف نوازن بين استعمال الجسد و حمايته ؟ و هل للشخص واسع الحرية على جسده ؟ هل يحق أن تفرض القيود عليه ؟ كل هذه الأسئلة تزداد حدتها عند التطرق إلى الحريات الجنسية و مدى ولاية الشخص على جسده.

فمع التوجهات الحديثة التي تبلورت انطلاقا من تسعينات القرن العشرين و التي تفر الحقوق الجنسية كحقوق إنسانية كاملة و مع تأصل المقاربات الحمائية للجسد و التي تدعمت أيضا بموجب تطور القانون الدولي و أدبيات المنظمات الدولية و لجان حقوق الإنسان الشاملة و المختصة، يعود الجسد من جديد لي طرح الأسئلة الأبدية حول علاقتنا به و حول الإطار الذي نريد أن نضعه بداخله ..

فاليوم لا يمكن التعاطي مع مسألة الجسد بدون أن نستحضر كل النضالات النسوية التي عملت و لازالت على تحرير أجساد النساء من الهيمنة و السيطرة و العنف المسلط عليها، و دون أن نستحضر أيضا ما يعرف « **بالثورة الجنسية** » و التي عاشتها المجتمعات الحرة في نهاية الستينيات و بداية السبعينيات و التي غيرت مفهوم العلاقة بالجسد و أدت إلى تطوير التشريعات و المنظومات القانونية و المساواة في الحقوق بقطع النظر عن الانتماء الجنسي أو الميول الجنسية، لتغير

# أحرييات الجسد ..

# الفهرس

- ص 4 تصدير / الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية /
- ص 8 الجسد في الدستور التونسي / خالد الماجري /
- ص 32 الجسد والكرامة / منى تقيّة /
- ص 78 اختيار الفرد لجسده / محمد أمين الجلاصي /
- ص 88 الحرية الجسدية والنظام العام / عبد الكريم العويّتي /
- ص 94 حرية الجسد في وسائل الإعلام / وحيد شاهد /
- ص 98 الجسد والعلاقة الزوجية / محمد حسان الأغا /
- ص 126 الميل الجنسي في القانون الدولي / سلوى الحمروني /
- ص 132 "العاملات في الجنس" في القانون التونسي / وحيد الفرشيشي /
- ص 146 العوامل النفس-اجتماعية والوقائية من فيروس نقص المناعة  
المكتسبة / مرض الإيدز لدى الرجال الذين لهم علاقات جنسية  
مع رجال  
/ درة بن عليّة /

# قائمة المشاركين و المشاركين

السيد خالد الماجري

السيدة منى تقيية

السيد محمد أمين الجلاصي

السيد عبد الكريم العويطي

السيد وحيد شاهد

السيد محمد حسان الآغا

السيدة سلوى حمروني

السيد وحيد الفرشيشي

السيدة درة بن علية



إعداد الدراسات : الأستاذ وحيد الفرشيشي

الكتاب / الحجم : 24 x 16,5 صم

الورق : الداخلي 80 gr Offset - الغلاف 350 gr couché

عدد الصفحات : 428

الطبعة الأولى : فيفري 2017

ALPHAWIN STUDIO **حلفا** تصميم الغلاف و الاعداد الفني : **وين**

أنيس المنزلي / anismenzli@hotmail.fr

رقم الإصدار : 978-9973-9821-0-0 • اصدار 2017

© جميع الحقوق محفوظة للجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية

تونس، فيفري 2017

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



الجمعية التونسية  
للمتأخر من المهنة الصحفية

• www.adltn.org •

# حرية الصحافة

مؤلف جماعي تحت إشراف

د. وحيد الفرشيشي

منية لشهب، سلوى حمروني،  
خالد الماجري، سلوى غريسة،  
عبد الكريم العويتي، وحيد شاهد،  
منى تقيّة، محمد أمين الجلاصي،  
محمد حسان الآغا، وحيد الفرشيشي  
ودرة بن عليّة

بمساهمة

HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
AFRIQUE DU NORD TUNIS

بدعم من

تونس • فيفري 2017





الجامعة التونسية  
للمعاق من الحياة الفرضية

# حريتنا الجمهورية

.....  
مؤلف جماعي

تحت إشراف

الأستاذ وحيد الفرشيشي

تونس 2017