

Ramy Khouili  
Daniel Levine-Spound

# Article 230

Une Histoire de la  
Criminalisation  
de l'Homosexualité  
en Tunisie



# Remerciements

*Aux personnes LGBTQ tunisiennes qui ont courageusement partagé avec nous leurs histoires, expériences et réflexions, nous vous dédions ce rapport. Au cours de nos recherches, des dizaines d'entre vous nous ont parlé d'arrestations, d'examen anaux, de marginalisation sociale, de violences sexuelles, de traumatismes psychologiques et de discriminations " justifiés " et " excusés " par la loi, ainsi que des efforts remarquables déployés par la communauté LGBTQ tunisienne pour s'organiser, se défendre et se battre. Nous reconnaissons pleinement la difficulté de partager des témoignages aussi douloureux et les risques importants inhérents à la discussion avec nous. Nous restons profondément reconnaissants de votre volonté de partager vos histoires. Nous espérons que ce rapport servira d'outil de plaidoyer pour les militant-e-s LGBTQ tunisien-e-s et allié-e-s dans leur lutte pour l'égalité et la dépénalisation de l'homosexualité en Tunisie.*

*À Pr Kristen Stilt, vice-doyenne et directrice du programme d'études sur le droit et la société dans le Monde Musulman à la Faculté de droit de Harvard, Pr Salma Waheedi, directrice associée du programme d'études sur le droit et la société dans le Monde Musulman à la Faculté de droit de Harvard, Pr Sana Ben Achour, professeure de droit à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis et Pr Wahid Ferchichi, professeur de droit à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, veuillez agréer l'expression de notre haute considération et nos vifs remerciements pour votre supervision, vos conseils et votre soutien. Depuis l'élaboration des premières propositions de recherche, aux nombreux mois de recherche historique, en passant par le processus de rédaction, de révision et de structuration du rapport, vos conseils ont été d'un grand apport. Nous sommes profondément reconnaissants d'avoir l'appui de chercheur-e-s aussi brillant-e-s, généreux-ses et attentionné-e-s.*

*À Nadhem Oueslati, nous vous écrivons pour vous remercier d'avoir soutenu ce projet dès le départ. Vos conseils, recommandations et idées ont été d'une grande utilité.*

*A Aobo Dong et Ariel Giumarelli, nous sommes profondément reconnaissants pour les recherches que vous avez menées concernant à la fois le contrôle de l'homosexualité en France et en Tunisie et le traitement de l'homosexualité dans la jurisprudence islamique. Vos analyses se sont révélées extrêmement importantes lors de la rédaction de ce rapport.*

*Enfin, au Fonds européen pour la démocratie (EED), à la Fondation Hirschfeld-Eddy, à l'Association tunisienne de lutte contre les maladies sexuellement transmissibles et le SIDA – section de Tunis, à Sara Zucker et au programme d'études juridiques internationales de la Faculté de droit de Harvard, au Centre d'études sur le Moyen-Orient (CMES) à l'Université de Harvard et à la Fondation Heinrich Böll, nous reconnaissons que notre projet n'aurait pas été possible sans votre soutien financier, logistique et technique généreux. Nous vous exprimons notre sincère gratitude.*

# Chapitre 1 : Les Origines de

## Table des matières

05	Chapitre 1 : Les origines de l'article 230
11	I. Un aperçu sur l'Etat tunisien et le système législatif du 19ème siècle
17	II. Réformes légales sous le Protectorat français, de 1881 à 1913
23	III. La promulgation du Code pénal et l'introduction de la loi contre la sodomie
34	IV. Pourquoi une loi contre la sodomie? Plusieurs hypothèses
60	Chapitre 2 : L'application de l'Article 230
65	I. L'Article 230 dans le contexte du Code pénal tunisien
68	II. L'application contemporaine de l'Article 230
78	III. La Constitution de 2014 et les obligations internationales de la Tunisie
92	Le mouvement LGBTQ tunisien : une force politique émergente



Le 4 Décembre 2015, après moins de deux ans que la Tunisie ait fait les gros titres de la presse internationale pour avoir promulgué une Constitution largement considérée comme la plus progressiste du Monde Arabe, la police tunisienne est arrivée à un appartement d'étudiants à Rakkada, une petite ville à côté de Kairouan, située au centre de la Tunisie.<sup>1 2</sup>

Officiellement à la recherche d'un étudiant disparu, les officiers ont arrêté les six hommes retrouvés dans l'appartement. Ils avaient tous entre 18 et 21 ans.<sup>3 4</sup>

D'après le rapport officiel, la police a procédé aux arrestations après avoir reçu des informations concernant des « homosexuels » utilisant une maison à Kairouan pour y pratiquer la " sodomie ". Ils ont trouvé sur les lieux des robes, un préservatif non utilisé, ainsi qu'un ordinateur avec un contenu pornographique homosexuel.<sup>5</sup>

Après une nuit d'interrogatoires abusifs dans un centre de détention de Kairouan, les hommes ont été emmenés le jour suivant à un hôpital à proximité et ont été forcés de subir un " examen anal " durant lequel les médecins utilisent " un fin tube transparent " ou leurs doigts pour " tester " si la personne a été analement pénétrée.<sup>6</sup> Le 10 Décembre, durant le procès, le juge a condamné les six inculpés à trois ans de prison suivis de cinq ans de bannissement de Kairouan.<sup>7 8</sup> Leur crime ? Violation de l'article 230 du Code Pénal Tunisien : La sodomie.

Malgré la sévérité frappante de la sentence initiale, le cas des " Six de Kairouan " n'est pas unique dans la Tunisie post-révolution. Trois mois avant l'arrestation des étudiants, la police a arrêté Marwan, un jeune de 22 ans à Sousse, après avoir trouvé son numéro dans le téléphone d'une victime de meurtre. Marwan avait d'abord pensé que les officiers voulaient l'interroger à propos du meurtre, mais l'interrogatoire a pris une autre tournure – il a subi des violences physiques, des questions répétées au sujet de sa sexualité ainsi qu'un examen anal.<sup>9</sup> Le juge a condamné Marwan à un an de prison sur la base de l'article 230, avec le résultat du test anal comme preuve.

Cependant, suite à un énorme tollé de la part de la société civile tunisienne et une attention internationale importante, la cour d'appel a révisé la peine à la baisse à deux mois. Cela reflète largement ce qui s'est produit dans le cas des

étudiants de Kairouan : leur sentence a finalement été révisée à un mois et le bannissement forcé a été annulé.

Les poursuites de Marwan et des Six de Kairouan ont été un choc pour beaucoup, autant en Tunisie que dans le reste du monde. Si la communauté internationale n'a pas cessé de rendre hommage au pays, suite à la promulgation de la Constitution de 2014 – quatre organisations tunisiennes ont reçu le Prix Nobel de la Paix en 2015- ces arrestations largement médiatisées ont été un dur rappel de l'étrange réalité dans la Tunisie contemporaine : les tribunaux et la police continuent d'appliquer un large éventail de lois qui enfreignent clairement la nouvelle Constitution.<sup>10</sup> Mais pour de nombreux tunisiens issus de la communauté LGBTQ, les procès de 2015 dénotent un problème beaucoup plus fondamental : " La sodomie " est un délit criminel. Selon Tarek, un activiste LGBTQ tunisien âgé de 23 ans et étudiant à l'université, l'affaire de Kairouan " a vraiment changé nos perceptions. On ne savait pas qu'on risquait la prison. On savait que l'homosexualité n'était pas acceptée socialement, mais on ne savait pas que c'était illégal. "<sup>11</sup> Aziz, infirmier et activiste LGBTQ, a décrit le même état de choc en découvrant l'existence de l'article 230 : " J'avais compris que dans mon pays, j'étais considéré comme un criminel en liberté conditionnelle. "<sup>12</sup>

Au-delà de la prise de conscience de l'article 230, les cas des Six de Kairouan et Marwan sont remarquables pour les puissantes réponses qu'ils ont provoquées. Dans les deux cas, les réactions de la société civile et des organisations de droits humains nationales et internationales étaient très rapides.<sup>13</sup> Tandis que les avocats, journalistes, activistes et autres ont publiquement dénoncé les durs verdicts et la poursuite de l'exécution de l'article 230, mettant en lumière les violentes arrestations, les examens anaux, et les longues sentences de prison ; d'éminents médias et ONG internationaux ont très vite repris l'histoire.<sup>14</sup> De plus, dans un climat post-révolutionnaire marqué par d'importantes avancées en matière de liberté d'expression et de liberté d'association, les puissantes réponses aux deux cas ont démontré l'efficacité grandissante des activistes LGBTQ et de leurs alliés. Dans ce sens, Joachim Paul, à l'époque directeur de la fondation Heinrich Boll en Tunisie, indique que : " les réactions claires et fortes " aux arrestations ont marqué " un tournant " dans l'histoire du mouvement LGBTQ en Tunisie.<sup>15</sup>

Les activistes LGBTQ et leurs alliés ont largement propagé l'attention et leur indignation autour des arrestations et procès de Marwan et des Six de Kairouan et ont fait en sorte que les accusés reçoivent des services juridiques *pro bono*. Leurs efforts ont sans doute joué un rôle important dans la réduction de leurs peines lors de l'appel.

Tandis que la criminalisation de l'homosexualité a commencé à attirer de plus en plus d'attention, en Tunisie et ailleurs, de plus en plus d'activistes, de journalistes, d'académiciens et autres ont commencé à scruter de plus près l'histoire de l'article 230. Pourquoi le Code pénal tunisien inclut-il une loi sur la sodomie ? Comment expliquer les divergences entre la version française, qui criminalise la sodomie, et la version arabe, qui criminalise " l'homosexualité masculine et féminine " ? Quelles sont les origines de cette sentence de trois ans de prison ?

L'article lui-même offre plus de questions que de réponses. Le texte complet de la version française de l'Article 230, comme rédigé originairement en 1913, dit ce qui suit : " La Sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant trois ans. " <sup>16</sup>

La version arabe, faisant foi, remplace " sodomie " par " Liwat " (homosexualité masculine) et " Mousahaka " (homosexualité féminine). Ainsi, contrairement à son homologue français, la version arabe semble criminaliser l'homosexualité elle-même, au lieu de la pénétration anale. <sup>17</sup>

Comme discuté ci-dessous, les juristes sont divisés à propos du fait si l'Article 230 criminalise un acte sexuel (mal défini) ou s'il couvre l'homosexualité d'une manière plus générale.

La formulation particulière de l'Article (" si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents ") découle de son emplacement dans le Code pénal tunisien. Contrairement à l'Article 226 bis, qui criminalise " l'atteinte aux bonnes mœurs " commis dans un lieu public, ou l'article 228, qui criminalise " l'attentat à la pudeur " commis contre une personne du sexe opposé sans son consentement, l'Article 230 a, théoriquement, une application extrêmement spécifique : " un crime 'commis' dans un lieu privé entre deux adultes consentants, tous deux âgés de plus de 18 ans. " <sup>18</sup>

Tandis que l'Article 230 appartient à la large section " Attentats aux mœurs ", il ne doit être appliqué qu'à un ensemble restreint d'actes consentants entre adultes.

Selon Wahid Ferchichi, professeur de droit tunisien ayant une expertise dans les législations anti-LGBTQ, le langage spécifique de l'Article 230 découle d'une philosophie juridique plus large disséminée dans le Code pénal tunisien. Pour Ferchichi, la philosophie jurisprudentielle du Code pénal souligne une " distinction entre les actes sexuels naturels et contre-nature, une distinction qui, en réalité, concerne les relations à la fois hétérosexuelles et homosexuelles. " <sup>19</sup>

Plutôt que de limiter les " actes contre-nature " à l'homosexualité, le code pénal circonscrit fermement les limites du sexe légalement acceptable : " seulement les rapports sexuels vaginaux entre hommes et femmes rentrent dans la sphère des actes naturels, et tout autre acte en dehors de cette catégorie serait non-naturel, même pratiqué entre individus de sexes différents, même mariés. " <sup>20</sup> Pour appuyer cette affirmation, Ferchichi cite une décision de la Cour d'Appel de Sousse, datant de 1997, durant laquelle un juge a stipulé qu'un rapport sexuel, même dans le contexte du couple marié, devait se restreindre " à l'orifice naturel [vaginal]", expliquant que les actes " obscènes " et " odieux ", dont la pénétration anale, constituent une forme " d'attentat à la pudeur. " <sup>21</sup> Ce paradigme, selon lequel tous les actes sexuels, sauf celui d'un couple marié s'adonnant à un rapport sexuel sont en-dehors de la sphère des relations sexuelles " naturelles ", n'est pas étrange à des personnalités politiques contemporaines. Comme l'a énoncé en 2015 Rached Ghannouchi, leader du parti islamiste tunisien qui constitue le plus grand bloc au parlement, la loi tunisienne " interdit toute relation en dehors du mariage. " <sup>22</sup>

En vue de défendre l'Article 230, les conservateurs tunisiens invoquent les arguments religieux et culturels, souvent centrés sur la protection des normes tunisiennes contre l'influence de l'Occident, ou celle de l'Islam. Mais l'interdiction légale de la sodomie a vu le jour durant la période coloniale française (1881-1956).

Plus spécifiquement, l'article 230 est apparu pour la première fois dans le Code Pénal Tunisien de 1913, un document qui partage largement la " structure " et les " valeurs " du Code Pénal Français de 1810. <sup>23</sup> De plus, l'article 230 n'a pas d'équivalent clair dans la loi tunisienne précoloniale. Les codes pénaux tunisiens précédents, tels que Qanun Al Jinayat Wal Ahkam Al Urfya (قانون الجنايات والأحكام العرفية), promulgué en 1861 sous la dynastie des Husseinites, n'incluent aucune référence à la sodomie ou à l'homosexualité. <sup>24</sup>

L'absence de référence explicite à l'homosexualité dans la loi criminelle tunisienne avant le Protectorat Français, ajouté au fait que le Code Pénal Tunisien reflète largement le Code Pénal Français, donne à croire que l'Article 230 est un pur produit de la colonisation, un reliquat de la loi française avec peu de rapport avec la Tunisie elle-même. Mais, il y a une imprécision potentielle dans cette hypothèse — le Code Pénal Français de 1810 ne mentionne pas la " sodomie " ou " l'homosexualité ". De plus, la France a abrogé les lois contre la sodomie après la Révolution Française en 1791, quatre-vingt dix ans avant la colonisation de la Tunisie. <sup>25</sup> Bien qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, la justice française continuait de persécuter les individus suspectés d'homosexualité, la France n'avait pas de lois rédigées contre la sodomie pendant l'établissement du

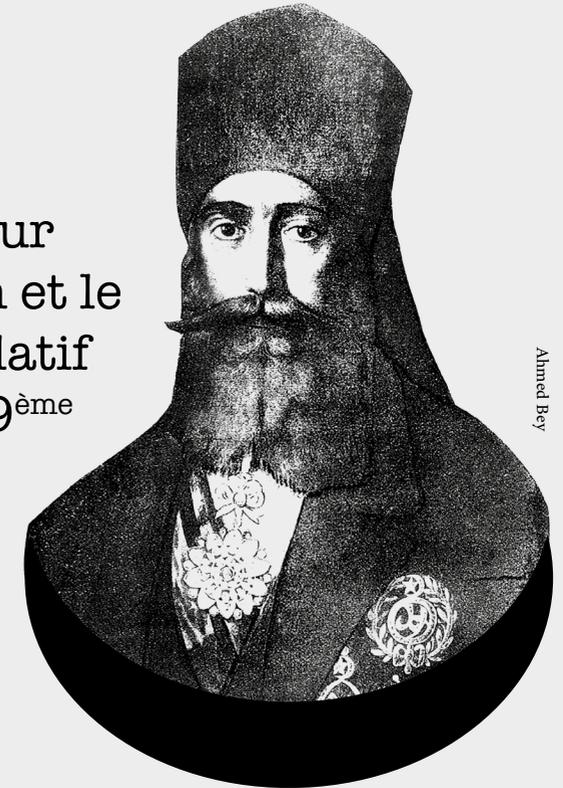
Protectorat Français en 1881, ni durant la rédaction du Code Pénal Tunisien en 1913.<sup>26</sup>

L'absence de " l'homosexualité " dans le Code Pénal Français de 1810 et le Code Pénal Tunisien de 1861 soulève un bon nombre de questionnements : Pourquoi les rédacteurs du Code Pénal Tunisien de 1913 ont inclus la loi contre la sodomie ? Comment ont-ils décidé que la punition appropriée était de trois ans de prison, vu que cette sentence n'a pas d'origines claires dans la loi française, la loi tunisienne, ou la shari'a ? Est-ce que l'Article 230 doit être lu exclusivement comme un produit du colonialisme, ou prendrait-il racine dans certaines conceptions —potentiellement erronées— des exigences de la shari'a ou de la tradition tunisienne ?

Ce chapitre représente notre tentative de fournir des réponses aux questions ci-dessus. Il est réparti en sous-sections comme suit : 1) Un aperçu sur l'Etat tunisien et le système législatif du 19<sup>ème</sup> siècle ; 2) Les réformes légales sous le protectorat français, de 1881 à 1913 ; 3) La promulgation du Code Pénal et l'introduction de la loi contre la sodomie ; et 4) Pourquoi une loi contre la sodomie ? plusieurs hypothèses.

Les deux premières sous-sections fournissent un arrière-plan historique important, nécessaire pour comprendre le contexte dans lequel le code pénal de 1913 a été adopté. La troisième sous-section, basée en grande partie sur une recherche des archives, fournit un aperçu de la Commission chargée de rédiger le code pénal et le processus durant lequel le code a été rédigé et édité. Enfin, la quatrième section offre différentes hypothèses sur la raison pour laquelle les rédacteurs auraient choisi d'inclure la loi contre la sodomie.

## I. Un aperçu sur l'Etat tunisien et le système législatif tunisien du 19<sup>ème</sup> siècle



Ahmed Bey

Gouverné par les beys de la dynastie Husseinite, l'état tunisien précolonial du 19<sup>ème</sup> siècle était relativement centralisé, avec une structure de gouvernance nationale et un appareil administratif développé, centré autour de Tunis, la capitale. Bien que théoriquement appartenant à l'empire ottoman, l'Etat tunisien opère en tant qu'une monarchie nationale, une tendance qui n'a fait qu'augmenter à mesure que les puissances européennes cherchaient à limiter l'influence ottomane en Afrique du Nord.<sup>27</sup>

A travers son contrôle sur une administration bureaucratique, une armée et un corps de " *ulama* " (juristes islamiques), le Bey exerce un contrôle significatif sur la majorité du territoire tunisien, contrairement aux dirigeants dans les pays voisins notamment la Lybie et l'Algérie. Basé à Tunis, le Bey administre les provinces à travers un système de *qajids*, des gouverneurs régionaux qui fournissent " une certaine uniformité administrative " autour du pays.<sup>28</sup>

Malgré les tensions historiques de longue date entre les Beys et certaines tribus de l'intérieur du pays, les Beys du 19<sup>ème</sup> siècle ont prélevé des taxes, adopté des politiques à l'échelle de tout le pays à travers une bureaucratie nationale et gouverné un Etat de plus en plus unifié.<sup>29</sup>

Au milieu du 19<sup>ème</sup> siècle, alors que les Etats européens jouissaient d'une influence croissante sur le leadership tunisien, le gouvernement beylical a lancé une série de " réformes visant à la centralisation et le développement des institutions à l'échelle nationale." <sup>30</sup> Avec l'objectif de transformer la Tunisie en un état capable de " résister à la domination étrangère ", Ahmed Bey—qui a gouverné la Tunisie de 1837 à 1855— s'est embarqué dans un ambitieux programme de modernisation, établissant une académie militaire moderne, implémentant des révisions majeures du système d'éducation nationale et de l'administration de l'Etat, standardisant le système de collecte de taxes, finançant de nombreux projets d'infrastructure et abolissant l'esclavage.<sup>31</sup> En achetant des " armements modernes ", établissant un corps d'officiers militaires tunisiens entraînés à mener une armée et une flotte moderne, en développant la conscription de la population locale dans les forces armées, Ahmed a cherché à garantir la souveraineté tunisienne contre les menaces étrangères. La France a conquis l'Algérie voisine en 1830 et le Bey a fait face à des efforts croissants de la France et de la Grande-Bretagne pour exercer un contrôle sur la politique tunisienne.<sup>32</sup>

Les efforts de modernisation de la Tunisie au 19<sup>ème</sup> siècle comprenaient des tentatives concertées de réforme du système judiciaire. En 1857, Mohamed Bey signe le *Ahd Al-Aman* (le Pacte Fondamental), un accord qui garantit l'égalité civile et religieuse pour tous les sujets du Bey, indépendamment de leur affiliation religieuse.<sup>33</sup> Le Pacte Fondamental a également " engagé le Bey à élaborer des codes pénaux et commerciaux et à créer des tribunaux mixtes pour juger des affaires impliquant des Européens. Il a aussi annoncé la fin du monopole de l'Etat...et a ouvert la route à une économie de marché et aux changements sociaux." <sup>34</sup>

En 1861, Muhammed Al-Sadiq Bey, successeur de Mohamed, a annoncé la promulgation d'une constitution (*Qânun Al-Dawla*), la première constitution rédigée dans le Monde Arabe.<sup>35</sup>

Bien qu'adoptée en partie dans le but de placer la Tunisie sur un pied d'égalité avec les Etats européens — Muhammed al-Sadiq Bey a demandé à Napoléon III d'approuver le projet de constitution avant sa promulgation — la Constitution Tunisienne de 1861 témoigne d'une tendance plus large à la modernisation de l'Etat tunisien du 19<sup>ème</sup> siècle. Suivant en grande partie

les Tanzimats des ottomans, la Constitution de 1861 a établi un projet pour une monarchie constitutionnelle, dans lequel les ministres du Bey étaient responsables devant un Grand Conseil de 60 membres.<sup>36</sup> Ses 13 sections ont établi de nombreux ministères, officiers, et des positions bureaucratiques, traité de questions de finances, taxes, budgétisation, service civile et la séparation des pouvoirs, et réitéré l'engagement du Pacte Fondamental à fournir une " égalité devant la loi indépendamment de la résidence, de la position sociale et de la religion " pour tous les tunisiens.<sup>37</sup> Plusieurs mois après le passage de la Constitution, le gouvernement tunisien a annoncé la promulgation d'un code pénal (*Qânun Al-Jinayat Wal-Ahkam Al-Ôrfya*); les affaires civiles et criminelles faisaient précédemment l'objet de décisions sur la base non codifiée de la jurisprudence de la *Shari'a*. Sur les questions de sodomie et, plus généralement, d'homosexualité le code tunisien a suivi les pas du code pénal ottoman nouvellement promulgué, dans lequel le *zina* (relations sexuelles illicites) a totalement disparu et où il n'y avait aucune référence à l'homosexualité, sodomie ou efféminement.<sup>38</sup> Comme le code ottoman, ni l'homosexualité ni la sodomie n'apparaissent dans les 664 articles du code.<sup>39</sup>

Bien qu'espérant qu'une Constitution pourrait améliorer le poids diplomatique de la Tunisie, Muhammed al-Sadiq Bey a hérité d'une situation économique désastreuse. Cherchant à élever le revenu pour un appareil d'État en plein essor, tout en luttant face à la dette internationale croissante due aux créanciers européens, le nouveau Bey a considérablement augmenté les taxes. Lorsque ces mesures ont finalement poussé une population tunisienne réticente à une " révolte générale " en 1864, le Bey a capitulé, abrogeant à la fois la Constitution nouvellement promulguée ainsi que l'augmentation des taxes.<sup>40 41</sup>

Mais malgré sa courte durée de vie, la Constitution de 1861 reflète " objectif unificateur " plus large, inhérent aux efforts de codification, en particulier au sein de l'élite tunisienne. Comme l'explique la juriste Sana Ben Achour, " Obéissant à leur objectif unificateur, les codifications professent l'idée qu'elles introduisent l'ordre là où il n'y a que désordre.... Les règles sont identiques pour tous, connues par tous, rassemblées en un seul lieu : le code de l'Etat."<sup>42</sup> Significativement, la Constitution de 1861 clarifie que les autorités tunisiennes précoloniales n'avaient pas l'intention de criminaliser la sodomie.<sup>43</sup> Même après son abrogation en 1864, il n'y a aucune indication que les autorités tunisiennes auraient tenté de criminaliser les relations homosexuelles consensuelles entre adultes.

L'historien Abdelhamid Larguèche, qui a beaucoup écrit sur le maintien de l'ordre, les arrestations, poursuites en justice et criminalité dans le Tunis du

19<sup>ème</sup> siècle, nie toute existence d'une tendance pour des poursuites judiciaires pour des cas de sodomie dans des conduites homosexuelles consensuelles. Son livre, *Les Ombres de la Ville*, contient un tableau détaillant les arrestations entre 1861 et 1865, incluant 62 cas de " sodomie ".<sup>44</sup> Toutefois, lorsque nous l'avons questionné à propos de ces cas, Larguèche a clarifié qu'il s'agissait de " cas de viol, souvent impliquant des mineurs. "<sup>45</sup>

Il explique qu'en Tunisie précoloniale, " Ce n'était pas l'acte homosexuel en soi qui était réprimé, mais l'absence de consentement de l'autre partie, plus particulièrement pour les mineurs. Bien sûr que le code pénal ne cite pas expressément l'homosexualité, qu'elle soit masculine ou féminine, cela faisait partie des tabous, des interdits cachés par la 'sutra', principe coutumier et 'moral' d'une société qui gardait en secret toute pratique non conforme à la règle reconnue et admise par tous. "<sup>46</sup>

Malgré l'importance culturelle de confiner les comportements socialement inacceptables de l'opinion publique, Larguèche insiste sur la vaste conscience de l'existence des relations sexuelles entre des individus de même sexe, notant spécifiquement que " l'homosexualité était connue dans plusieurs milieux, notamment dans la cour des princes, mais aussi dans les milieux ordinaires en ville comme en campagne, surtout dans les espaces masculins (ateliers de travail, les boutiques d'artisans, les champs au temps des moissons). "<sup>47</sup> De plus, les relations sexuelles entre des individus de même sexe apparaissent souvent dans " la littérature érotique et les chansons populaires. "<sup>48</sup> Selon Larguèche, " les sociétés traditionnelles étaient moins répressives en termes de sexualité que les sociétés modernes. "<sup>49</sup>

Si la gouvernance tunisienne du 19<sup>ème</sup> siècle peut-être partiellement caractérisée par un état administratif unifié et par les efforts envers l'unification croissante, la justice civile et criminelle restent relativement hétérodoxes et désorganisés. A un niveau plus général, la Tunisie précoloniale avait un système judiciaire bifurqué, dans lequel les tunisiens et non-tunisiens étaient jugés dans des systèmes judiciaires totalement distincts, appliquant des codes légaux radicalement différents. Similairement à d'autres provinces ottomanes, la Tunisie avait " capitulé " devant les pouvoirs occidentaux, permettant à des consuls étrangers en Tunisie de revendiquer une juridiction extraterritoriale à l'égard de leurs ressortissants.<sup>50</sup> En d'autres termes, les ambassades italiennes, anglaises, et françaises ont géré des tribunaux pour juger les communautés italiennes, britanniques et françaises de Tunisie, selon les lois italiennes, anglaises, ou françaises. Ceci a octroyé à plusieurs puissances européennes une " forme de souveraineté " en Tunisie.<sup>51</sup> Les tunisiens, quant à eux, rentraient sous la juridiction d'un système pénal " indigène " multiple sous le contrôle beylical.

Les cours " indigènes " étaient divisées en trois catégories : *Shari'a*, Rabinique et *Ouzara*. Les cours charaïques appliquaient les lois islamiques aux sujets musulmans du Bey, jugeant les lois du statut personnel (mariage, héritage, divorce) et les questions de propriété.<sup>52</sup> Toutefois, différents *Cadis*— juges de la *Shari'a* nommés par le Bey— appliquaient la jurisprudence de deux rites de jurisprudence islamique, ou Madhhabs. Les juges appliquaient les lois selon les rites Maliki ou Hanafi, conduisant à une " double justice ", où différentes affaires étaient jugées selon des règles diverses de jurisprudence et de procédures.<sup>53</sup>

Les *Cadis* avaient le droit de référer certains cas au conseil de la *Charaâ*, constitué à la fois d'érudits et juges Maliki et Hanafi. Pendant le 19<sup>ème</sup> siècle, Le Conseil de la *Charaâ* se réunissait chaque dimanche en présence du Bey, afin de discuter d'importants cas ou ceux impliquant la peine capitale.<sup>54</sup> Bien que le Bey ait entrepris d'importantes réformes en 1856 et 1876, le système judiciaire de la *Shari'a* est resté extrêmement variable. Les cours manquaient de procédures uniformes et de codes de procédures clairs et les juges exerçaient un grand pouvoir discrétionnaire.<sup>55</sup> De plus, les cours rabbiniques appliquaient les lois du statut personnel *Halakhic* (loi religieuse juive) aux juifs tunisiens, tandis que les cas de propriétés étaient sous la juridiction des cours de la *Shari'a*.<sup>56</sup>

Tous les cas en dehors de la juridiction des cours religieuses de la Tunisie tombent sous le joug des cours des *Ouzara*. Composés de sections pénales et civiles, les cours des *Ouzara* reçoivent des plaintes individuelles, examinent des pièces à conviction, et conduisent des interrogatoires. Les chefs de chaque section (civile ou pénale) prononcent par la suite une sentence, qui requiert à la fois la signature du Premier Ministre et l'approbation du Bey.<sup>57</sup> Le système extrêmement centralisé de l'*Ouzara* et le fait que même des cas relativement anodins reçoivent l'approbation du Bey, s'est avéré particulièrement ardu pour ceux habitant en dehors de Tunis. Plusieurs d'entre eux ont passé des mois, voire des années à faire plusieurs voyages coûteux vers la capitale au cours de leurs procès.<sup>58</sup>

Mais malgré certaines faiblesses, il est important de rappeler que la loi précoloniale tunisienne était relativement puissante. Au cours du 19<sup>ème</sup> siècle, les gouvernements beylicaux ont implémenté de vastes efforts de réformes à travers un appareil administratif complet. Même si certaines initiatives se sont avérées sans succès ou ont contribué à la dette grandissante de l'Etat, les efforts du gouvernement tunisien s'inscrivaient dans le cadre d'un vaste effort de modernisation, influencé à la fois par les Etats européens et l'empire ottoman. Dans la sphère juridique plus spécifiquement, les tentatives de

réforme du système judiciaire ne se sont pas terminées avec la promulgation du Pacte Fondamental de 1857 ou la Constitution et Code Pénal de 1861. Reconnaissant les problèmes inhérents dans le fonctionnement d'un système juridique appliquant les lois selon la jurisprudence de deux écoles de lois islamiques, le Premier Ministre réformiste Khayr al-Din comprit l'importance de standardiser le système législatif tunisien. En 1876, il créa une commission, composée de trois spécialistes du droit islamique ainsi qu'un membre séculaire, chargée d'élaborer une législation complète qui abolirait les distinctions entre les jurisprudences Hanafi et Maliki et établirait un système uniforme des lois islamiques. Même si ces efforts ont finalement échoué, il est nécessaire de noter qu'avant la colonisation française, les réformistes tunisiens avaient déjà entrepris la procédure de construire un Etat centralisé avec un système législatif uniforme.<sup>59</sup>



## II. Réformes légales sous le Protectorat Français, de 1881 à 1913

*" Le contact avec l'administration coloniale ne s'est pas traduit en Tunisie par une destruction totale de la hiérarchie administrative léguée par le pouvoir beylical. Il s'est agi, plutôt d'une appropriation au sens plein du terme des vieilles structures existantes, amarrées par le pouvoir colonial à son projet économique. Le contact avec le droit de la puissance colonisatrice ne s'est pas fait, non plus, de manière brutale...Reçu et diffusé dans une forme locale (les décrets beylicaux), le droit du conquérant, a dû s'adapter à la réalité locale. Administrateurs et rédacteurs se sont chargés de l'ajuster aux réalités locales "*<sup>60</sup>

Sana Ben Achour, *Fait Colonial et Droit Tunisien*

Deux ans après que les forces françaises ont envahi la Tunisie et atteint le palais Beylical au Bardo en 1881, Ali Bey et Paul Cambon—un diplomate français et premier Résident Général du Protectorat Français en Tunisie— ont signé la Convention de la Marsa, établissant l'autorité française sur la Tunisie pour les trois quarts de siècle à venir.<sup>61</sup> Bien qu'elle " reconnaisse théoriquement la souveraineté du Bey ", la Convention de la Marsa prévoyait la gestion par la France des affaires intérieures de la Tunisie, plaçant le contrôle effectif de l'Etat dans les mains du Résident Général.<sup>62</sup> Mais le fait que la Tunisie restait un protectorat français au lieu d'une colonie n'est pas insignifiant. La France n'a jamais cherché à incorporer la Tunisie en tant que province, comme elle l'avait fait avec l'Algérie voisine, et le Bey est resté à la tête de l'Etat tunisien. Au lieu de démanteler l'Etat tunisien, les français " ont essentiellement maintenu la structure administrative tunisienne qu'ils ont trouvé lorsqu'ils ont occupé le pays. Ils l'ont utilisé pour gouverner le pays et y ont superposé leur propre appareillage. "<sup>63</sup>

Opérant selon le principe théorique de la " co-souveraineté ", les français ont cherché à modeler les structures de gouvernance tunisiennes existantes aux intérêts coloniaux sans provoquer de soulèvement à cause de ce qui serait perçu comme ingérence dans les affaires internes du pays et ses coutumes traditionnelles. Comme l'historien Kenneth Perkins l'a observé, le protectorat constitue un " terrain intermédiaire " entre deux camps en France métropolitaine, un compromis entre ceux qui demandent une souveraineté française totale (c.-à-d. une annexion coloniale directe) et ceux appelant au repli total des troupes françaises. Perkins écrit, " les partisans [du protectorat] croient au fait que préserver l'enveloppe du gouvernement indigène réduit l'éventualité de stimuler le sentiment d'amertume et d'hostilité qu'a provoqué l'assimilation politique à la France parmi les peuples autochtones de l'Algérie voisine. De plus, le maintien d'une telle façade a permis le financement tunisien d'une administration française. "<sup>64</sup> Si la France a cherché à préserver l'apparence de l'autorité beylicale et de la non-ingérence, l'administration coloniale attendait néanmoins une obéissance totale et s'efforçait de mettre en œuvre une série de réformes permettant d'assurer la souveraineté française. Au niveau national, le Résident général français, qui faisait toujours partie du ministère des Affaires étrangères français, détenait le pouvoir effectif. Ses responsabilités officielles consistaient notamment à veiller à la mise en œuvre de la Convention de Marsa et à occuper le poste de ministre des Affaires étrangères du gouvernement Tunisien.<sup>65</sup>

Au niveau local, les français ont maintenu le système de *qaid*s qui représentent l'autorité beylicale dans les provinces, mais ont supervisé de près leur travail à travers les consuls, vice-consuls et contrôleurs civils, des officiers

français qui géraient des contingents de gendarmes tunisiens et attendaient de leurs administrateurs tunisiens une obéissance totale. La présence des administrateurs tunisiens, en outre, était en grande partie un effort pour préserver l'apparence du règne local.<sup>66</sup>

Les *Qaid*s qui échouaient à collecter les taxes, par exemple, pouvaient être démis de leurs fonctions et remplacés par des administrateurs français.<sup>67</sup> De plus, les français ont redéfinis les frontières des *qidayas*—provinces régies par les *qaid*s— durant les premières années du protectorat, structurant des divisions basées sur la géographie plus que sur la filiation tribale.<sup>68</sup> En définitive, sous " l'ambivalence structurale " qui caractérisait le protectorat, " les structures traditionnelles étaient maintenues seulement à condition de permettre aux colons de gérer les affaires tunisiennes. "<sup>69</sup>

La déférence partielle à l'égard de l'administration tunisienne préexistante n'a pas rendu la colonisation française moins intéressée. Si les structures et les dirigeants administratifs existants, du Bey jusqu'aux *qaid*s locaux, devaient servir de " vecteur majeur de colonisation ", ils devaient alors servir les intérêts de l'Etat français avec la plus grande efficacité.<sup>70</sup> Le mouvement de centralisation et de bureaucratisation lancé avant la colonisation française nécessitait soutien et renforcement. S'appuyant sur les institutions antérieures, la colonisation française finira par concrétiser de nombreux attributs de l'État moderne, notamment " une administration hiérarchique, un système judiciaire modernisé et un droit codifié ".<sup>71</sup> En même temps, en agissant principalement par le biais des structures existantes et en s'efforçant de respecter certaines coutumes locales, l'administration coloniale a cherché à éviter les soulèvements anticoloniaux qui ont eu lieu en Algérie voisine.

Cette tension n'était peut-être nulle part plus évidente que dans la loi. Si l'administration précoloniale tunisienne pouvait généralement être adoptée aux intérêts français, le complexe " pluralisme juridique " de l'État Beylical présentait d'immenses défis pour les administrateurs coloniaux cherchant à assurer leur emprise sur le protectorat.<sup>72</sup> Comme mentionné ci-dessus, le paysage juridique tunisien du 19<sup>ème</sup> siècle était constitué de nombreuses juridictions, dans lesquelles les musulmans et les juifs tunisiens, ainsi que les communautés italiennes, françaises et autres communautés étrangères, relevaient de tribunaux différents pour être jugés selon des lois différentes— freiner cette polyvalence juridique resterait une priorité française essentielle, ainsi que l'objectif d'un certain nombre de réformistes tunisiens, tout au long de la période coloniale. En effet, immédiatement après l'instauration du protectorat en 1883, le gouvernement français a décidé de mettre fin aux " capitulations ", par lesquelles différents consulats européens maintenaient

des tribunaux en Tunisie pour les membres de leurs propres communautés. Suite à un décret beylical de 1883, la Tunisie est entrée dans une période de "double juridiction", selon laquelle les tribunaux français auraient compétence sur tous les étrangers, tandis que les Tunisiens continueraient à être jugés par les tribunaux tunisiens (*Shari'a, Rabbinique et Ouzara*).<sup>73</sup>

Si les Français se sont empressés d'éliminer l'ancrage judiciaire des puissances européennes rivales, ils ont fait preuve d'une grande retenue dans le traitement des éléments centraux de la loi qui régit les Tunisiens eux-mêmes. Bien qu'elle ait élargi et remodelé la bureaucratie et mis en œuvre des changements économiques clés, l'administration coloniale française a essentiellement "laissé le droit de la famille en place" pendant le protectorat, consciente de l'énorme sensibilité de la *Shari'a* et des questions religieuses.<sup>74</sup> Si la justice "étrangère" devait être consolidée devant les tribunaux français, un décret beylical de 1884 garantissait que les affaires relatives au statut personnel et à la propriété en Tunisie seraient toujours jugées par les tribunaux charaïques et rabbiniques, tandis que les affaires civiles et pénales restaient sous la juridiction du système de l'*Ouzara*.<sup>75</sup>

Toutefois, la sensibilité française aux sentiments des Tunisiens ne saurait faire obstacle aux réformes nécessaires à la domination économique, notamment en matière d'agriculture et de propriété foncière. Avant la colonisation française, le fait que les litiges de propriété relevaient de la compétence des tribunaux de la *shari'a* avait permis aux Tunisiens d'utiliser leur connaissance de la jurisprudence islamique pour bloquer les tentatives étrangères d'achat de terres et d'acquérir des titres de propriété sur des terrains contestés. Le Résident Général a nommé une commission, dont un tiers des membres étaient des fonctionnaires du gouvernement beylical ou du système juridique de la *shari'a*, chargée de codifier les lois sur la propriété. En 1885, la Commission a mis en place un mécanisme permettant aux étrangers et aux Tunisiens d'enregistrer leurs biens auprès de l'Etat et d'établir un titre de propriété. Les litiges de propriété ne seraient plus tranchés par les tribunaux de la *shari'a*. Au lieu de cela, ils seraient jugés par un tribunal mixte immobilier nouvellement créé, dirigé par un juge français et composé de magistrats français et tunisiens.<sup>76</sup> Cette évolution, conjuguée à d'autres mesures similaires mises en place dans le but de "renforcer les revendications foncières des étrangers", porterait rapidement ses fruits, entraînant le transfert de centaines de milliers d'hectares de terres aux colons français sur une période de quelques décennies.<sup>77</sup>

L'établissement de l'enregistrement de la propriété et l'extension de la juridiction française à la plupart des litiges de propriété ont sans doute

marqué la première rupture importante avec le statu quo juridique antérieur, par lequel la France avait évité d'intervenir directement dans le système judiciaire "autochtone". Au cours des décennies qui ont suivi, l'administration coloniale a progressivement cherché à remodeler le droit tunisien, façonnant une administration de la justice, autrefois fluide, en catégories, formes et institutions qui correspondaient étroitement au système juridique français. Conscientes de l'importance symbolique de la codification dans la "normalisation de l'ordre colonial" et profitant de la bureaucratie de l'Etat tunisien, les autorités coloniales transformèrent le droit tunisien - y compris la jurisprudence de la *shari'a* - en un ensemble de codes juridiques fixes.<sup>78</sup>

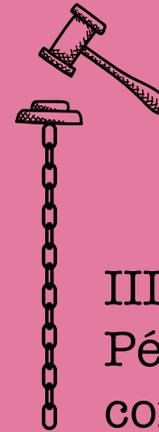
En septembre 1896, un peu plus d'une décennie après la création des tribunaux immobiliers mixtes, le Résident Général René Millet a créé une commission chargée de codifier la législation tunisienne "civile, commerciale et pénale" basée sur le modèle français.<sup>79</sup> L'impulsion de la Commission, doublement appelée "Commission de codification des lois tunisiennes" et "Commission de codification des lois musulmanes", est née des demandes d'un certain nombre de groupes différents, dont beaucoup avaient des intérêts très opposés.<sup>80</sup> Premièrement, comme mentionné ci-dessus, l'administration coloniale française était consciente de la nécessité impérieuse de réformer le système judiciaire tunisien dès le début du protectorat, à la fois pour assurer le contrôle français des affaires tunisiennes et pour empêcher l'influence continue des rivaux coloniaux européens par le système des Capitulations. L'année 1896 marqua également le moment où les tribunaux tunisiens d'*Ouzara* furent placés sous l'autorité de la Direction des services judiciaires, sous la supervision d'un juge français.<sup>81</sup>

Deuxièmement, l'accroissement rapide de la population de colons a exercé une influence croissante sur les autorités du protectorat, notamment à travers la Conférence Consultative, organe qui a réuni les représentants de la communauté française de Tunisie pour conseiller le Résident Général.<sup>82</sup> Attachés à la poursuite de la domination française et résolument opposés à tout ce qui pourrait habiliter les Tunisiens, les colons ont fait pression sur l'administration pour étendre la compétence des tribunaux français à l'ensemble du protectorat. Dans une déclaration de 1905, par exemple, la Conférence consultative a exigé "que les tribunaux musulmans soient éliminés et que les musulmans soient jugés par les tribunaux français conformément à leurs lois et coutumes".<sup>83</sup> Troisièmement, à partir du début du 20<sup>ème</sup> siècle, les membres de l'importante communauté juive tunisienne de l'époque ont publiquement appelé à une refonte du système judiciaire tunisien, un appel qui inclut des demandes pour la naturalisation française des Tunisiens juifs (comme en Algérie voisine) et pour que les juifs tunisiens soient jugés par

des tribunaux français. Les demandes de naturalisation et de jugement des Juifs devant les tribunaux français, proposées par Mardochée Smaja, éminent juif tunisien, lors de deux réunions du Congrès Colonial à Marseille (1906) et à Paris (1908), furent finalement rejetées tant par les membres de la communauté musulmane tunisienne que par le gouvernement français. Toutefois, le Congrès a reconnu la nécessité d'une réforme judiciaire, en publiant une déclaration qui se lit en partie comme suit : " la demande de réforme du système judiciaire tunisien et d'amélioration de son fonctionnement a été clairement formulée et est considérée comme urgente. "84 En dernier lieu, un groupe de réformateurs tunisiens, de plus en plus influents, connus sous le nom de *Le Mouvement des Jeunes Tunisiens*, a réclamé un large éventail de changements politiques dans le protectorat et l'État tunisien au début du 20ème siècle. Fortement influencés par les jeunes turcs et leurs efforts pour moderniser l'Empire Ottoman, les Jeunes Tunisiens ont créé un journal, *Le Tunisien*, en 1907, leur garantissant une plateforme pour défendre leur programme réformiste. Mené par Ali Bech Hamba, Abdeljeli Zaouch, et d'autres figures, les Jeunes Tunisiens ont reconnu les failles importantes du système judiciaire tunisien et ont appelé à une refonte judiciaire majeure.

Au cours des décennies suivantes, la Commission initiale, ainsi que plusieurs commissions ultérieures chargées de la codification de domaines spécifiques du droit tunisien, ont fini par produire une série de codes modernes pour les tribunaux séculiers tunisiens, limitant strictement la juridiction des cours de la *shari'a* à des cas impliquant des questions de Statut personnel islamique et à l'héritage.<sup>85</sup> Le Code Civil et Commercial Tunisien et le Code Commercial ont été publiés en 1899, suivis du Code des Obligations et des Contrats en 1906, et du Code de Procédures Civiles en 1910.<sup>86</sup> Étant donné l'ampleur des codifications, les autorités du Protectorat ont créé une nouvelle position, le *Secrétariat général du gouvernement pour la justice*, chargé de " présider les différentes commissions mises en place pour l'élaboration des codes tunisiens et en diriger la préparation... [ainsi que] promulguer les lois, décrets et règlements concernant le droit civil, le droit commercial et le droit pénal. "87

L'ancien administrateur colonial français Bernard Roy fut le premier à occuper ce poste en 1910. Sous sa direction, le code pénal tunisien a été promulgué en 1913.<sup>88</sup>



### III. La Promulgation du Code Pénal et l'Introduction de la Loi contre la Sodomie

Beaucoup de choses restent inconnues en ce qui concerne la rédaction, ainsi que les rédacteurs, du code pénal tunisien de 1913. Une ambiguïté importante subsiste, par exemple, quant à la composition précise et aux rôles divers d'une "sous-commission", présidée par Henri Guyot, fonctionnaire colonial français, théoriquement responsable de l'élaboration de la version initiale du code pénal. En outre, si des discussions ont eu lieu au sujet de l'élaboration du code pénal, il ne semble pas y avoir de documents écrits correspondants. Ainsi, le compte rendu suivant de l'élaboration du code pénal et de l'inclusion de la loi sur la sodomie a été reconstitué grâce à des recherches archivistiques et à une référence continue aux sources secondaires.

En 1909, un Décret Beylical a établi une commission chargée spécifiquement de préparer un avant-projet du code pénal.<sup>89</sup> Contrairement à la commission exclusivement française chargée de rédiger le Code de Procédures Civiles plusieurs années auparavant, la commission pénale était "mixte", composée de membres français et tunisiens.<sup>90</sup> Bien que le nombre de membres semble avoir quelque peu évolué au cours des années, la composition de la commission en 1912 - au cours des dernières étapes de la rédaction du code - se composait de six membres français et deux tunisiens. Parmi les membres français figuraient Bernard Roy, secrétaire général du gouvernement pour la justice, Henri Guyot, directeur des services judiciaires du gouvernement tunisien, Paul Dumas, président du tribunal civil de Tunis, ainsi que plusieurs autres administrateurs et avocats du protectorat de haut niveau. Les membres tunisiens étaient Mahmoud Ben Mahmoud, un juge Hanafi, et Mohamed Kassar, un juge Maliki. (*Voir Annexe 9*).

Les recherches archivistiques indiquent que la première ébauche du code pénal a été rédigée et achevée en 1911. Comme l'indique le Décret Beylical de 1909 dont il est question au paragraphe précédent, la première page du document comporte le titre : " Avant-projet du Code pénal tunisien ". (Voir Annexe 1).<sup>91</sup> La première page précise en outre que le document a été soumis par une "sous-commission" dont Henri Guyot (membre de la Commission) a été le rapporteur ou le président. En outre, une note en bas de page contient des informations importantes sur les relations entre la sous-commission et la commission plénière, composée des six représentants français et des deux représentants tunisiens évoqués ci-dessus. La première phrase de la note - " Nous nous sommes exclusivement efforcés de soumettre à la Commission des propositions pouvant servir de base à la discussion " - indique qu'une sous-commission, présidée par Henri Guyot, a été chargée de rédiger un premier projet, qui sera ensuite soumis à la commission plénière pour vérification et révision. (Voir Annexe 1).

Le texte de l'Avant-projet, en particulier lorsqu'on le compare à celui de la version subséquente, donne foi à cette compréhension des événements. Les marges de l'Avant-projet sont remplies de commentaires manuscrits, de propositions et d'addenda, dont plusieurs sont attribués à des membres individuels de la Commission, en particulier Dumas et Roy. (Voir Annexe 2). D'autres articles sont scrupuleusement édités, avec certaines lignes barrées et d'autres phrases ajoutées, tandis que d'autres sont simplement marqués " rejeté ", " adopté ", " réservé " ou " supprimé " dans les marges, avec ou sans explication. (Voir Annexe 3). Bien qu'il ne soit pas clair qui d'autre a siégé à cette sous-commission à part Henri Guyot, ni combien de temps exactement a été consacré à ajouter les révisions manuscrites à l'Avant-projet, le grand nombre de modifications, ainsi que les différents styles d'écriture et le nombre de commentaires attribués à certains membres de la Commission, donnent à penser que plusieurs membres de la commission ont consacré un temps considérable à l'élaboration et à la révision de cet avant-projet.<sup>92</sup> Les 434 articles de l'Avant-projet, par exemple, ont finalement été réduits à 321 articles dans la version finale.

La première apparition de l'article sur la sodomie en Tunisie apparaît sous la forme d'une note manuscrite en marge de la section " Attentats aux mœurs " de l'Avant-projet (Voir Annexe 4). A l'instar du code pénal tunisien de 1861 promulgué deux décennies avant le protectorat français, aucun des 431 articles imprimés ne contient une seule mention des mots " sodomie " ou " homosexualité ". Toutefois, une note manuscrite dans les marges contient " l'article 274 ", qui se lit comme suit : " Quiconque est convaincu de sodomie

est puni de l'emprisonnement pendant trois ans, sans préjudice des peines plus fortes encourues suivant les cas et distinctions prévus aux articles précédents. "<sup>93</sup> Les " articles précédents " renvoient presque certainement aux articles précédents de la section " Attentats aux mœurs ", qui criminalisent expressément l'" attentat public à la pudeur ", l'" attentat à la pudeur envers un enfant ", le " viol " et autres crimes sexuels (voir Annexe 6). Étant donné que l'on peut être coupable de " sodomie " – sachant qu'il n'y a aucune mention de ce qu'est la " sodomie " ou si elle a un lien spécifique avec l'homosexualité - en plus des crimes décrits ci-dessus, la peine prévue dans la formulation d'origine de la loi sur la sodomie indique clairement que toute personne coupable d'une peine plus lourde sous une autre forme d'" attentat aux mœurs " ne verra pas sa peine réduite pour " sodomie ".

Contrairement à plusieurs autres marges, l'article 274 n'est pas attribué à un membre particulier de la Commission - il n'y a ni signature, ni explication. Cependant, bien que l'on ne sache pas clairement qui a rédigé le texte de la loi sur la sodomie, Henri Guyot semble être le candidat le plus probable. En tant que rapporteur chargé de la sous-commission, son rôle central dans la rédaction de l'avant-projet, ainsi que dans l'inclusion ultérieure des commentaires de la Commission dans les projets ultérieurs, est incontestable. De plus, le 4 décembre 1911, il signa et data l'Avant-projet du Code pénal (Voir Annexe 5). Néanmoins, même s'il semble probable que Guyot ait ajouté à la main la loi sur la sodomie, il n'est pas clair s'il l'a fait de son plein gré ou s'il a simplement suivi les instructions de Bernard Roy, Paul Dumas ou un des autres membres de la Commission. Comme nous l'avons déjà mentionné, il n'y a pas de procès-verbaux des réunions ou de résumés qui décrivent le processus de révision. La séquence décrite ici a été déduite principalement des ébauches des codes eux-mêmes.

Par ailleurs, le fait que la formulation d'origine de l'article sur la sodomie figure en marge de l'avant-projet rend la source de l'article difficile à déchiffrer. Les notes en bas de la première page de l'avant-projet, qui fournit une brève explication des sources juridiques du Code pénal, se lit dans une partie pertinente : " Ces propositions sont basées, d'une part, sur le Droit musulman et la jurisprudence des tribunaux indigènes, d'autre part, sur les législations européennes (notamment le Code pénal français) dont les principes peuvent être conciliés avec le droit musulman et avec les coutumes tunisiennes. "<sup>94</sup> La note mentionne en outre que l'avant-projet emprunte beaucoup aux codes pénaux ottoman (1859), égyptien (1904) et siamois/thailandais (1905) (voir Annexe 1).<sup>95</sup> Réflétant cette note introductive, de nombreux articles imprimés dans le code contiennent des notes de bas de page faisant référence à leurs sources juridiques spécifiques. Il est fait référence à plusieurs sources

tunisiennes et islamiques, dont le Code pénal tunisien de 1861 (*Qânun Al-Jinayat Wal-Ahkam Al-Ôrfya*), ainsi qu'un grand nombre de sources légales européennes (ex. Française, Russe, Belge, et Hongroise), du Moyen Orient (ex Ottomane, Egyptienne), et d'Asie (ex. Thaïlandaise, Japonaise). Par exemple, l'article 268, qui érige en infraction pénale l'"outrage public à la pudeur", contient des références aux codes pénaux français, hongrois, ottoman, égyptien et tunisien. (Voir *Annexe 6*). Mais étant donné que la loi tunisienne sur la sodomie apparaît d'abord sous forme de note manuscrite dans les marges, elle ne contient aucune référence à quelque source juridique qui soit.

L'ébauche subséquente du code, imprimée en 1912, contient exactement la même formulation de la loi sur la sodomie dans la note manuscrite (Voir *Annexe 7*). La seule différence est que dans la version de 1912, l'article sur la sodomie est dactylographié plutôt qu'ajouté à la main, et est passé de l'article 274 à l'article 212. La modification de l'emplacement de l'article est simplement due au fait que l'ensemble de la section Attentats aux mœurs apparaît plus tôt dans la nouvelle ébauche, car la version de 1912 est beaucoup plus courte que l'Avant-projet. Malheureusement, pour identifier les sources de la loi sur la sodomie, le projet de 1912 ne contient pas de notes de bas de page expliquant les influences juridiques derrière chaque article.

Dans le projet final du Code pénal tunisien publié l'année suivante, la loi sur la sodomie passe de l'article 212 à l'article 230 - dû au fait que l'ensemble du chapitre "Attentats aux mœurs" apparaît plus loin dans le projet - avec une formulation légèrement modifiée. Le texte français intégral de l'article se lit comme suit : " La sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus dans les articles précédents, est punie de l'emprisonnement de trois ans. "96 Comme indiqué plus haut, le libellé de l'article (" si elle ne rentre dans aucun des cas prévus dans les articles précédents ") découle de son classement dans la section " Attentats aux mœurs ". Contrairement à l'article 226 (qui criminalise « l'outrage public à la pudeur »), l'article 230 ne s'applique qu'aux crimes commis en privé entre deux adultes consentants.<sup>97</sup> En raison du manque de notes des membres de la Commission, il n'est pas clair comment et par quel processus les modifications ont été apportées à l'ébauche de 1912. Quoi qu'il en soit, la version finale légèrement modifiée de l'article sur la sodomie est presque identique à ses prédécesseurs dans les versions de 1911 et 1912. Les personnes reconnues coupables de " sodomie " peuvent être punies d'une peine d'emprisonnement de trois ans, à condition que l'acte présumé ne relève d'aucun des autres " crimes moraux " décrits plus haut dans cette section. Toutefois, il convient de noter que la traduction arabe, faisant foi dans l'application de la loi, et publiée peu après la publication de la version

française, remplace " sodomie " par " Liwat (homosexualité masculine) " et " Mousahaka (homosexualité féminine) ".<sup>98</sup>

En 1914, un commentaire du code pénal tunisien nouvellement promulgué, rédigé par Henri Guyot et traduit par Mohamed Tahar Bouderbala, a été publié en arabe - il ne semble pas exister de version française. Dans la préface, le célèbre cheikh tunisien Mohamed Tahar Ben Achour fait référence au fait qu'il a reçu deux livres de Guyot, traitant chacun de différentes parties du code pénal. Cependant, seul le premier livre reste disponible aux Archives nationales et à la Bibliothèque nationale de Tunisie. Cet ouvrage, qui explique en détail les origines et les sources juridiques des articles du premier livre du code pénal (Dispositions Générales), ne couvre pas les sections ultérieures du code, y compris la section " Attentats aux mœurs " où figure l'article 230. Ainsi, bien que les sources de la majorité des articles du code pénal figurent soit dans le commentaire de Guyot de 1914, soit dans les notes de bas de page de l'avant-projet de 1911, il n'y a aucune indication sur les origines de l'article 230. On ne sait pas s'il reste encore une copie du deuxième livre du commentaire de Guyot, ou même si ce livre a réellement existé.

1

**AVANT-PROJET**

DE

**CODE PÉNAL TUNISIEN**

Premier Ministère  
ARCHIVES GÉNÉRALES 1647

PRÉSENTÉ

PAR LA SOUS-COMMISSION

AU

Rapport de M. H. GUYOT, Directeur des Services Judiciaires

DU GOUVERNEMENT TUNISIEN

---

NOTE. — On s'est exclusivement attaché à soumettre à la Commission des propositions susceptibles de servir de base à la discussion.

Ces propositions sont basées, d'une part, sur le Droit musulman et la Jurisprudence des Tribunaux indigènes, d'autre part, sur les législations européennes (notamment sur le Code Pénal français), dont les principes peuvent être conciliés avec ceux du Droit musulman et avec les coutumes tunisiennes. Il a été, en outre, fait de larges emprunts aux législations ottomane (1859), égyptienne (1904), et siamoise (1905).

Enfin, le plan du Code Pénal a été réservé. Les propositions sont présentées suivant le plan du Code Pénal français et du Code Pénal ottoman.

2

(Révisé)

Proposition de M. Dumas :

L'action pour l'application des peines appartient exclusivement aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.

Cependant les héritiers de la personne victime d'un homicide peuvent exercer cette action soit en intervenant dans la poursuite soit même en l'exerçant directement et dans l'un et l'autre cas } depuis l'accusé à la juridiction de jugement nous dispenser l'accusé.

nonobstant toute adonnance de non lieu rendue en sa faveur (Révisé).

} par la juridiction d'instruction après l'instruction préalable.

3

adopté.

ART. 45. — La crainte révérentielle n'a pas le caractère de contrainte.

(Voir Code des oblig. et contr. art. 55).

**Annexe 1**  
Première page de l'Avant-projet de 1911

**Annexe 2**  
Exemple de proposition (attribuée à M. Dumas) dans l'Avant-projet de 1911

**Annexe 3**  
Exemple d'une proposition marquée 'adoptée' dans l'Avant-projet de 1911

4

Art. 274.

Quiconque est convaincu de sodomie est puni de l'emprisonnement pendant 3 ans au plus, sans préjudice des peines plus fortes encourues suivant les cas de distinctions prévues aux articles précédents.

5

Telegramme passé à Paris le 11 décembre 1911

Le 11 Décembre 1911

13 heures

4 bis

— 416 —

Art. 274. — Si le viol est commis sur un mineur de 13 ans, la peine encourue est celle des travaux forcés pendant 10 ans au plus.

Si la victime était âgée de plus de 13 ans, le maximum de cette peine est réduit d'un tiers.

Art. 275. — La peine encourue est augmentée d'un tiers si les coupables d'attentat à la pudeur, avec ou sans violence, de viol, sont des ascendants de la victime, s'ils ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs, ses serviteurs à gages, ses médecins, chirurgiens, dentistes, ou si l'attentat a été commis avec l'aide de plusieurs personnes. La peine sera

Code Français, 331; Ottoman, 109; Belge, 177.

Art. 276. — Commis un acte punissable des mêmes peines que le viol, celui qui abuse de l'état d'inconscience d'une femme ou de son impuissance à manifester sa volonté ou à se défendre pour avoir, avec elle, hors mariage, des relations sexuelles.

Hongrois, art. 212; Pays-Bas, 243; Italien, 331; Belge, 175.

273

Les coupables d'attentat à la pudeur sans violence de la

peine, 1/3

des travaux forcés pendant 10 ans dans le cas de l'art. 271

et des travaux forcés à perpétuité dans le cas de l'art. 272.

Art. 274.

Quiconque est convaincu de sodomie est puni de l'emprisonnement pendant 3 ans au plus, sans préjudice des peines plus fortes encourues suivant les cas de distinctions prévues aux articles précédents.

6

— 414 —

CHAPITRE

Des attentats aux mœurs

§ 1. — Outrage public à la pudeur

Art. 268. — Quiconque commet publiquement par acte, attitude ou geste, un fait volontaire de nature à offenser la pudeur d'autrui, est puni d'un emprisonnement de 2 ans au plus, et d'une amende de 200 francs au plus.

Français, art. 330; Hongrois, art. 249; Ottoman, art. 202; Egyptien, art. 240

Code Tunisien 1801, art. 283; (Peine 4 mois à 2 ans).

et intentionnellement un outrage à

7

ART. 2 2. — Quiconque est convaincu de sodomie est puni de l'emprisonnement pendant 3 ans, sans préjudice des peines plus fortes encourues suivant les cas et distinctions prévus aux articles précédents.

Annexe 4

La première formulation de l'article sur la sodomie à la

marge de la section "Outrage public à la pudeur" de l'Avant-projet

Annexe 5

Signature de l'Avant-projet de 1911

Annexe 6

Article 268 de l'Avant-projet de 1911

Annexe 7

Article 212 du Projet de 1912

8

— 97 —

ART. 221. — L'intention résulte de la résolution de donner la mort à son semblable, soit en faisant usage d'armes ou d'instruments, susceptibles de la produire, soit en exerçant des violences volontaires sans le secours d'aucun instrument (strangulation, morsures) soit en usant d'autres moyens qui l'occasionnent ordinairement : (empoisonnement, etc.).

Sic. Sidi Khalil traduction PIERRON 1717. « Tout fait volontaire commis avec une intention criminelle, comme celui de jeter à l'eau un individu qui ne sait pas nager, rend son auteur passible du talion si la mort s'en est suivie ».

« En cas de meurtre, au cours d'une rixe entre deux individus, dans un moment de colère ou à cause d'une inimitié, l'auteur du crime ayant agi avec intention sera condamné à la peine capitale (C. Tunis, 1861 article 300) de Sidi-Khalil, SEIGNETTE 1728 ».

« Dans toute lutte volontaire entre deux personnes armées ou non armées, si les deux combattants succombent, le talion est accompli sinon le survivant en est passible. »

La plupart des législations modernes abandonnent la preuve de l'intention à la conviction intime du juge : ce sont les circonstances au milieu desquelles les violences ont eu lieu : c'est le but que l'accusé se proposait d'atteindre, ce sont les moyens d'exécution qu'il a employés, qui caractérisent et révèlent le plus souvent l'intention de l'inculpé. GARSONNET droit pénal, tome 4 n° 224.

Code tunisien article 288 « L'intention résulte de la résolution de donner la mort à son semblable avec un instrument capable de la produire, et à l'effet duquel le corps ne peut pas résister, tel que le sabre ou tout autre instrument tranchant, les balles, etc., ou par des voies de fait sans le secours d'aucun instrument, comme la strangulation, les morsures, ou par d'autres moyens, tels que jeter quelqu'un dans le feu ou l'enfermer dans un four, exposer un nouveau-né au soleil, etc.

9

Archives Nationales  
Bibliothèque

CODE PÉNAL TUNISIEN

Premier Ministère  
ARCHIVES GÉNÉRALES

La Commission composée de

MM. ROY,	Secrétaire général du Gouvernement tunisien.
DUMAS,	Président du Tribunal civil de Tunis.
FLEURY,	Secrétaire général adjoint du Gouvernement tunisien.
GUYOT,	Directeur des Services Judiciaires du Gouvernement tunisien.
MOUSSARD,	Substitut du Procureur de la République, à Tunis.
GUEYDAN,	Avocat-défenseur

et du Cheikh SIDI MAHMOUD BEN MAHMOUD, Professeur et cadi hanefite.  
Cheikh SIDI MOHAMMED EL GAÇAR, id. cadi malekite.

A examiné l'avant projet de code pénal présenté par la sous-commission au rapport de M. Guyot.

Elle a adopté, le texte suivant sauf à le reviser en seconde lecture.

10

EXPLORATION  
SCIENTIFIQUE  
**DE L'ALGÉRIE**  
PENDANT LES ANNÉES 1840, 1841, 1842

PARLÉE  
PAR ORDRE DU GOUVERNEMENT  
ET AVEC LE CONCOURS D'UNE COMMISSION ACADÉMIQUE

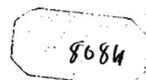
SCIENCES HISTORIQUES ET GÉOGRAPHIQUES

XV

PARIS  
IMPRIMERIE NATIONALE

M DCCC LII





**Annexe 8**  
Citation du Précis de Sidi Khalil dans l'Avant-projet de 1911

**Annexe 9**  
Liste complète des membres de la Commission dans le Projet de 1912

11

**PRÉCIS**  
DE  
**JURISPRUDENCE MUSULMANE**  
OU  
PRINCIPES DE LÉGISLATION MUSULMANE  
CIVILE ET RELIGIEUSE  
SELON LE RITE MÂLÉKITE  
PAR KHALÏL IBN-ISH'ÂK  
TRADUIT DE L'ARABE  
PAR M. PERRON  
CHEVALIER DE LA LÉGIION D'HONNEUR, MEMBRE DE LA SOCIÉTÉ ANATOMIQUE DE PARIS, ETC.

VI

**Annexe 10**  
Première page de "L'Exploration scientifique de l'Algérie pendant les années 1840,1841,1842"

**Annexe 11**  
Première page de la traduction française du " Précis de jurisprudence musulmane "



## IV. Pourquoi une Loi contre la Sodomie? Plusieurs Hypothèses

Il ne semble pas y avoir d'essai, de livre, de recueil de notes de réunions, ni même de phrase inscrite en marge de l'un des projets qui explique les influences juridiques de l'article 230. Comme indiqué plus haut, ni le précédent code pénal tunisien de 1861 (*Qanun Al Jinayat Wal Ahkam Al Urfya*), ni le code pénal français de 1810 ne font mention de sodomie ou d'homosexualité. Ainsi, plutôt que de présenter une seule hypothèse expliquant pourquoi la Commission a décidé d'ériger la sodomie en infraction pénale, la présente section se concentre sur plusieurs éléments différents de la rédaction qui fournissent des explications possibles, souvent chevauchantes, pour l'article 230. Ces éléments sont en grande partie tirés des informations fournies dans les projets de code pénal tunisien eux-mêmes, telles que les influences juridiques déclarées et les membres de la Commission énumérés à la première page de l'avant-projet de 1911 (*voir Annexe 1*).

Cette section est divisée en trois sous-sections, dont chacune traite des racines potentielles de la loi tunisienne sur la sodomie : 1) La shari'a et les sources juridiques tunisiennes et françaises, 2) la "sexualité arabe" dans l'imaginaire colonial français, et 3) les membres individuels de la Commission. Si la première sous-section examine en grande partie les sources juridiques mentionnées dans les divers projets de code pénal, la deuxième et la troisième se concentrent spécifiquement sur le contexte historique, politique et social dans lequel le code pénal est apparu. Même si l'on peut démontrer l'existence d'un précédent de la loi tunisienne sur la sodomie dans les sources islamiques, françaises ou autres, il est probable que l'inclusion de la loi sur la sodomie, et sa terminologie spécifique, découle en partie du contexte politique du Protectorat et des objectifs individuels des membres de la Commission.



### a. La Shari'a et les sources juridiques tunisiennes et françaises

Sur le plan structurel, le Code pénal tunisien de 1913 s'inspire largement du Code pénal français de 1810. Pour reprendre les termes du juriste français Jean Pradel, le code tunisien est le "petit frère" du code français de 1810 : " la structure est fondamentalement la même (et)...l'idéologie est la même."<sup>99</sup> Toutefois, comme indiqué plus haut, l'Avant-projet de 1911 souligne l'importance de la shari'a et de la jurisprudence tunisienne, tant dans la note introductive en première page que dans les nombreuses notes de bas de page qui font référence aux sources tunisiennes et islamiques. Comme les autres codes tunisiens, le code pénal de 1913 doit être compris comme " le produit d'une synthèse de divers systèmes de droit et de valeurs ", indicative de la " singularité du droit tunisien tant dans ses rapports au droit islamique classique qu'au droit français. "<sup>100</sup>

Conscientes des risques politiques qu'elles courent en paraissant porter atteinte à des aspects particulièrement sensibles de la culture et de l'identité nationale tunisiennes, les autorités coloniales françaises ont longtemps maintenu un certain respect de la shari'a et de la jurisprudence tunisienne précoloniale. Il est à noter, par exemple, que si le protectorat a remodelé la structure du droit tunisien et le système judiciaire tunisien, les autorités coloniales n'ont jamais abordé les questions de statut personnel, maintenant une politique de " laisser-faire sur le droit de la famille " durant toute la période du protectorat.<sup>101</sup> Malgré une vision du colonialisme comme " mission civilisatrice ", les Français ont reconnu les risques réels de rébellion et de violence politique, une attitude qui s'est au moins partiellement reflétée dans la décision de maintenir un cadre de protectorat - dans lequel le Bey est théoriquement resté le chef autonome de l'Etat - plutôt que de déclarer simplement la Tunisie comme colonie française.

Cette tendance s'est largement poursuivie dans l'élaboration du code pénal tunisien. Au-delà des références répétées au droit musulman/islamique et à la "jurisprudence indigène" évoquées plus haut, il convient de noter que la Commission, composée de huit membres, comprenait à la fois un juge tunisien Hanafi et un juge Maliki (Cadis). Mais si l'inclusion des Cadis répond à la volonté française de maintenir l'apparence d'incorporer les coutumes et croyances religieuses tunisiennes dans le droit tunisien, aucun des cadis ne semble avoir contribué de manière significative à l'élaboration du code.

La juriste tunisienne Rachida Jelassi a expliqué qu'il est " presque certain que la présence [des cadis] à la commission n'était qu'une question de respect des formalités. Il ressort clairement des observations incluses dans l'avant-projet que le cheikh Mahmoud Ben Mahmoud et Mohammed Kassar ont à peine participé à la rédaction du code. "<sup>102</sup> Un examen de l'avant-projet de 1911 semble confirmer cette position. Les marges, par exemple, contiennent un certain nombre de notes attribuées à Roy et Dumas, mais pas un seul commentaire de Kassar ou de Ben Mahmoud. De plus, pour Jelassi, le fait que la Commission ait débattu, édité et rédigé le code en français plutôt qu'en arabe, ainsi que le fait que " le Rapporteur a insisté dès la première page sur le fait qu'ils s'appuyaient sur le Code français [1810] comme source primaire " sont une preuve supplémentaire de l'influence extrêmement limitée des deux cadis sur le texte du code."<sup>103</sup>

Mais la contribution potentiellement négligeable de Kassar et de Ben Mahmoud - les seuls Tunisiens à la Commission - n'indique pas nécessairement que les considérations de la shari'a n'ont pas joué un rôle dans la rédaction du code pénal. Les autorités coloniales s'étaient longtemps appuyées sur des Européens arabophones ayant une connaissance approfondie de la shari'a, en particulier dans le processus de codification. Par exemple, les autorités coloniales avaient choisi l'avocat italien David Santillanna, arabophone expert en droit islamique, pour rédiger le Code des obligations et des contrats ainsi que le projet initial du Code civil et commercial.<sup>104</sup> Santillanna a fait spécifiquement référence aux concepts juridiques islamiques tels que le *tajdid* (renouvellement) et l'*ijtihād* (raisonnement indépendant), ainsi qu'à la législation tunisienne antérieure, telle que le Code civil et pénal de 1861 (*Qanun al-jinayat wal ahkam al ôrfiya*).<sup>105</sup> Toutefois, dans le contexte spécifique du code pénal, aucun des membres français de la Commission ne semble s'être spécialisé dans le droit islamique. La question est donc de savoir si la Commission a réellement fait un effort significatif pour veiller à ce que le code pénal respecte la shari'a et la jurisprudence tunisienne, ou si la note introductive et les références répétées à la loi islamique n'étaient qu'une façade dans une entreprise finalement française.

Dans les notes de bas de page de l'avant-projet de 1911, une source islamique apparaît à plusieurs reprises : Le Précis de Sidi Khalil, écrit par Khalil Ibn Ishâq- juriste islamique égyptien du 14<sup>ème</sup> siècle-, et traduit en français en 1717 (*Voir Annexe 8*).<sup>106</sup> La traduction originale semble avoir été rééditée près d'un siècle plus tard, dans le cadre d'une étude plus longue, " Exploration scientifique de l'Algérie en 1840, 1841 et 1842 ", commandée " par le gouvernement[français] " au lendemain de la colonisation de l'Algérie (*voir Annexe 10 et Annexe 11*). Une réédition en 1925 de la version arabe par

la Société Asiatique, un important organisme universitaire français voué à l'étude de l'Asie, comprend la note d'introduction suivante (en français) : " Ce Précis arabe de jurisprudence s'adresse aux musulmans qui professent le rite malékite, rite qui est suivi en Algérie, à Tunis, à Tripoli, au Maroc, au Sénégal et dans l'Afrique presque entière. Comme le Précis est celui qui a le plus d'autorité auprès des indigènes ... le Gouvernement français en fit faire une traduction française."<sup>107</sup> La référence répétée au Précis dans l'Avant-projet de 1911, ainsi que sa publication par le gouvernement français, indiquent que l'interprétation du droit islamique en Afrique du Nord se fonde sur le livre d'Ibn Ishâq, ainsi que sur la conviction que l'Islam maliki, et non hanafi, était prédominant en Tunisie. De plus, selon Jelassi, le Précis de Sidi Khalil était la " source unique " de la connaissance du droit islamique par les membres de la Commission française. Les puissances européennes, y compris les Français, " attachaient une importance significative au [Précis] et chaque puissance le traduisait dans sa propre langue. "<sup>108</sup>

Le "Précis de Sidi Khalil" fournit une explication possible du rôle du droit islamique, ou du moins des interprétations françaises du droit islamique en Tunisie, dans la criminalisation de l'homosexualité dans le Code pénal tunisien de 1913. Le chapitre 43 du Précis, intitulé " l'adultère, l'inceste, la fornication et implicitement la sodomie (Liouât)", contient des paragraphes détaillés expliquant l'illégalité et les formes correspondantes de répression de plusieurs actes sexuels. La " sodomie " s'entend de la " cohabitation illicite ", elle-même définie comme " l'acte intentionnel de l'individu pubère, doué de raison, musulman, qui introduit ... le gland du pénis (ou une portion du pénis égale à la longueur du gland) dans les parties naturelles d'une personne sur laquelle il n'a aucun droit légal reconnu par les docteurs de la loi. " <sup>109</sup> Il est à noter que les éditeurs français ont spécifiquement utilisé le mot neutre "personne" avant " n'a aucun droit légal ", qui semble étendre la " cohabitation illicite " à toute forme de rapport autre que le rapport vaginal.<sup>110</sup> Le deuxième article du chapitre 43 prescrit la peine appropriée en termes non équivoques : " L'œuvre de la pédérastie ou sodomie est l'équivalent de cohabitation illicite et encourt la peine légale ou lapidation. "<sup>111</sup> Il est intéressant de noter que la traduction française du Précis ne semble pas faire de distinction entre " sodomie ", " pédérastie " et " Liwat " (le mot arabe pour homosexualité masculine), confusion qui pourrait se refléter dans la divergence entre la version française du Code pénal tunisien de 1913, qui criminalise la " sodomie ", et la version arabe, qui criminalise le " Liwat ".

Il n'est pas improbable que la décision d'inclure une loi sur la sodomie dans le code pénal tunisien ait un rapport avec la criminalisation de la sodomie dans le "Précis de Sidi Khalil". Réimprimé par le gouvernement français pendant

la colonisation de l'Algérie et mentionné dans des notes de bas de page tout au long de l'avant-projet de 1911, le Précis a été interprété par les Français comme une représentation importante de la jurisprudence islamique nord-africaine. Mais le châtement prescrit - la lapidation - n'a aucun rapport avec la peine d'emprisonnement de trois ans, prévue par le Code Pénal Tunisien. En fin de compte, si le "Précis" informait la Commission de l'inadmissibilité de l'homosexualité et de la sodomie dans l'islam, il ne leur fournissait pas le projet d'une sanction appropriée.

Pour tout juriste ou fonctionnaire cherchant à incorporer les perspectives de la shari'a sur l'homosexualité dans un code pénal standardisé, une partie du défi découle de l'ambiguïté entourant le traitement de l'homosexualité et du désir homosexuel dans la loi islamique elle-même. Comme l'a fait remarquer Scott Siraj al-Haqq Kugle, juriste islamique, " le Coran ne s'adresse pas clairement et sans ambiguïté aux homosexuels de la communauté musulmane, car il n'y a dans le Coran aucun terme correspondant à " homosexuel " ou " homosexualité " .<sup>112</sup> En outre, rien n'indique que le prophète lui-même n'ait jamais expressément sanctionné quiconque, pour son orientation sexuelle ou ses actes homosexuels.<sup>113</sup> Néanmoins, de nombreux juristes musulmans classiques ont interprété les versets coraniques (Surahs) qui racontent l'histoire du peuple de Lot (âmal quawm Lut), appelée dans l'Ancien Testament peuple de Sodome et Gomorrhe, comme condamnant l'homosexualité.<sup>114</sup> Selon le récit, le prophète Lot recommanda aux habitants de Sodome de suivre la parole de Dieu, mais il fut ignoré.<sup>115</sup> Plus tard, lorsque Lot fut visité par des anges déguisés en hommes, les hommes de Sodome menacèrent de violer les visiteurs de Lot.<sup>116</sup> En réponse à leurs menaces, Lot " a offert " ses filles à la place des anges.<sup>117</sup> Par la suite, Dieu a puni la ville de Sodome pour avoir rejeté le prophète Lot et pour les " transgressions " de la ville.<sup>118</sup> Parmi les passages pertinents, Sūrat An-Naml, versets 54-55, par exemple, se lit comme suit : « Lot, quand il dit à son peuple : " Vous livrez-vous à la turpitude alors que vous voyez clair ? Vous allez aux hommes au lieu de femmes pour assouvir vos désirs ? Vous êtes plutôt un peuple ignorant." »<sup>119</sup>

Mais malgré l'interprétation traditionnelle de l'histoire, un certain nombre de juristes islamiques ont contesté l'idée que Dieu ait puni le peuple de Lot pour avoir commis la sodomie. Olfa Youssef, spécialiste tunisienne du droit islamique, affirme que " les actes ignobles du peuple de Lot ne se limitaient pas à avoir des relations sexuelles avec des hommes ; ils concernaient d'autres pratiques qui menaçaient la sécurité et l'intégrité physique et morale des autres " .<sup>120</sup> Cette interprétation alternative de l'histoire du peuple de Lot remonte au moins au 11<sup>ème</sup> siècle, lorsque le poète, historien et érudit islamique andalou Ibn Hazm a contesté l'idée que la destruction de Sodome puisse

s'expliquer uniquement par la sexualité de ses habitants.<sup>121</sup> Selon Ibn Hazm, la punition des habitants de Lot découlait en fin de compte de leur manque de foi religieuse, plutôt que des pratiques sexuelles auxquelles ils se livraient.<sup>122</sup> De même, Olfa Youssef a mis en évidence l'ambiguïté quant aux raisons de la punition divine, se demandant si les transgressions du peuple du Lot avaient moins à voir avec les relations sexuelles entre hommes, qu'avec la pratique du viol des visiteurs masculins qui traversaient le village. Pour Youssef, le châtement divin de la tribu - la destruction totale de leur communauté - doit être compris à la lumière de la pratique consistant à utiliser la menace de la violence pour forcer les visiteurs masculins de la ville à se livrer à des actes sexuels non consentis. De plus, affirme-t-elle, il n'y a aucune preuve que les châtements que Dieu a donnés aux peuples à l'époque des Prophètes devraient servir d'exemple pour les châtements appliqués aujourd'hui.<sup>123</sup>

Les Hadiths (comptes rendus des actions et des paroles du prophète Mohammed) qui sont censés donner foi à l'idée que la sodomie devrait être punie de mort ne sont pas non plus concluants. Ceux qui justifient des punitions sévères invoquent souvent le hadith d'Ibn Dawud : " Si vous trouvez quiconque pratiquant l'acte du peuple de Loth, tuez celui qui le fait et celui à qui il est fait. " <sup>124</sup> Mais les spécialistes du droit islamique ont affirmé que ce hadith est "faible" et "controversé", et ont noté qu'il n'apparaît pas dans les principales collections canoniques de hadith de l'Islam sunnite, compilées par Sahih Al-Bukhari et Sahih Muslim respectivement.<sup>125</sup> En fin de compte, le manque de clarté tant dans le Coran que dans le Hadith concernant le statut et la sanction appropriée de l'homosexualité et la sodomie a permis des interprétations divergentes significatives dans différents madhhabs.

Il est possible que la Commission se soit fondée sur le fait que les tribunaux tunisiens de la shari'a appliquaient à la fois la jurisprudence Maliki et la jurisprudence Hanafi (fiqh) - et les différences de traitement de l'homosexualité dans les deux jurisprudences - pour justifier la criminalisation de l'homosexualité tout en évitant la peine capitale prévue dans le Précis (Maliki) de Sidi Khalil. Bien que les jurisprudences Maliki et Hanafi considèrent généralement l'homosexualité comme répréhensible, les deux écoles de droit islamique prescrivent différentes formes de punition. En termes plus simples, bien que la jurisprudence Maliki classe l'homosexualité comme un crime à peine afflictive (hadd) - un crime pour lequel la peine est imposée par le crime lui-même - la jurisprudence hanafi ouvre la voie pour une peine discrétionnaire (Ta'zir).

Une analyse plus approfondie de la jurisprudence Hanafi et Maliki sur la question de l'homosexualité révèle un certain nombre de similitudes, ainsi

que certaines différences clés. Comme indiqué plus haut, les deux écoles condamnent clairement l'homosexualité. Cependant, ni l'un ni l'autre ne considère l'homosexualité comme un acte d'apostasie (Kufr), mais traitent plutôt l'homosexualité dans le même cadre juridique que les autres formes de désobéissance aux commandements de Dieu (Fisq). Comme l'a expliqué l'historien et anthropologue marocain Mohammed Mezziane, " le crime de sodomie n'a pas de cadre juridique spécifique. C'est un acte qui s'inscrit dans un cadre plus général : la désobéissance à l'une des interdictions de Dieu. Elle fait partie d'autres actes interdits tels que le vol, la consommation de vin et la fornication. "<sup>126</sup>

La jurisprudence Maliki place la sodomie ainsi que la pédérastie dans la catégorie des relations sexuelles illicites, pour lesquelles il existe une peine afflictive (crimes hadd). Comme on l'a vu plus haut, le Précis de Sidi Khalili définit les peines hadd comme étant " invariablement fixée par la loi... nul n'a le droit de rien ajouter à cette peine, ni d'en retrancher "<sup>127</sup> Selon la jurisprudence Maliki, la sodomie et la pédérastie doivent être punies par lapidation. Néanmoins, le processus par lequel la sodomie doit être prouvée comprend une barre de preuve extrêmement élevée. Mohammed Mezziane décrit les conditions dans lesquelles Malik Ibn Anas, fondateur de l'école Maliki, a voulu que la peine pour sodomie soit appliquée : " La procédure implique que l'incriminé... avoue son forfait en présence d'un juge, quatre fois et à quatre moments différents... Sinon, il est nécessaire de réunir le témoignage de quatre hommes, musulmans, majeurs, libres et intègres, ayant vu en même temps, à partir du même endroit, la même chose. "<sup>128</sup> Mezziane a ajouté que la "grande majorité" des quatre témoins potentiels étaient automatiquement disqualifiés, y compris tous ceux qui pouvaient bénéficier de l'exécution - que ce soit par héritage ou par l'obtention de la position du condamné - ainsi que les femmes, enfants et esclaves. Pour Mezziane, il serait " très improbables, quasi impossibles... d'autant plus que les musulmans libres peuvent difficilement circuler dans un espace privé sans s'annoncer ".<sup>129</sup>

Si la jurisprudence maliki impose théoriquement la peine de mort pour sodomie tout en rendant son application extrêmement improbable, la jurisprudence Hanafi est de loin plus flexible. Selon Mohammed Mezziane, Abu Hanifa, fondateur de l'école Hanafi au VIII<sup>e</sup> siècle, a déclaré que " Si Allah avait voulu la mise à mort du luti [celui qui commet la sodomie], il l'aurait précisé... "<sup>130</sup> Plutôt que de prescrire une peine afflictive (hadd) pour l'homosexualité, Abu Hanifa a autorisé une peine discrétionnaire (Ta'zir). Tel que défini par le Précis de Sidi Khalil, le Ta'zir est une punition " qui varie selon les personnes, selon leurs paroles et leurs actes ".<sup>131</sup> Il est à noter qu'Abu Hanifa n'a pas rejeté les peines hadd pour toutes les relations sexuelles illicites.

Au contraire, les punitions hadd pour zina ont été mises en place afin d'éviter de larges problèmes sociaux, notamment en termes de confusion autour de la paternité ou de la perte de virginité des femmes. La sodomie, en tant qu'acte non procréateur, ne comportait pas ce risque et ne pouvait logiquement pas mériter la même sanction. Ainsi, selon certains juristes hanafi par exemple, les juges devaient prescrire la prison ou le fouettage pour le crime de sodomie.<sup>132</sup>

Les membres de la Commission savent que les tribunaux tunisiens appliquent depuis longtemps la jurisprudence Maliki et Hanafi, comme l'explique l'inclusion d'un juge hanafi et d'un juge maliki dans l'élaboration du code pénal. Certains étaient peut-être aussi au courant d'une expression tunisienne courante, " itaka cal-hanfi ", qui se traduit en gros par " s'appuyer sur la loi hanafi ". L'expression, encore couramment utilisée en Tunisie, se réfère au " recours subtil à la ruse et à la transgression des normes religieuses ", par lesquelles on échappe à la punition en se fiant ou en prétendant se fier à la loi Hanafi.<sup>133</sup> Ainsi, même si la Commission s'est largement appuyée sur un texte maliki dans sa rédaction du code pénal, ils auraient pu s'appuyer sur la conception hanafi de la sodomie comme crime méritant une peine discrétionnaire (Ta'zir) pour éviter la peine capitale tout en restant fidèles à la loi islamique.

Si le Précis de Sidi Khalil, associé à des interprétations particulières de la jurisprudence islamique, fournit une explication potentielle de l'inclusion de l'article 230, le droit français apparaît un peu moins utile. Avant la Révolution française de 1789, la sodomie était théoriquement punissable par le bûcher, bien que la punition ait rarement été imposée - il n'y a que cinq cas enregistrés au 18<sup>ème</sup> siècle, dont au moins certains concernaient le viol et le meurtre ainsi que la sodomie.<sup>134</sup> Mais en 1791, le nouveau code pénal français a éliminé la criminalisation des "actes sexuels consentis et non violents", rompant avec les traditions de l'Ancien Régime et établissant une distinction stricte entre les actes autorisés dans la sphère publique et privée.<sup>135</sup> Le code pénal français de 1810 ne criminalise ni l'"homosexualité" ni la "sodomie".

Mais l'élimination de la loi sur la sodomie n'a pas protégé les homosexuels présumés en France de la discrimination dans la pratique. Tout au long du 19<sup>ème</sup> siècle, la police française s'est régulièrement appuyée sur des délits tels que " l'attentat à la pudeur " et le racolage " à des fins contre nature " pour poursuivre les homosexuels, tandis que les juges considéraient l'homosexualité comme une " circonstance aggravante " dans les procès criminels.<sup>136</sup> Par ailleurs, le XIX<sup>e</sup> siècle marque un changement important dans la perception française de l'homosexualité, les " sodomites " devenant des " homosexuels ". Comme l'écrit Kathe Roth, " loin d'être un pécheur ou

un criminel, le sodomite s'est transformé en une subjectivité particulière, un individu qui souffrait d'une perversion ou l'autre. C'est-à-dire qu'il est devenu une personne malade qui devait être soignée et dont la société devait se protéger.<sup>137</sup> Pourtant, la répression française à l'encontre des homosexuels - par des poursuites judiciaires, le placement dans des asiles psychiatriques, la surveillance et d'autres mécanismes de contrôle social - n'explique pas pourquoi les membres de la Commission ont vu la nécessité d'une criminalisation explicite de l'homosexualité en Tunisie. Étant donné que le code pénal tunisien de 1913 est un proche cousin du code pénal français de 1810 et que les autorités françaises ont continué à surveiller l'homosexualité après sa dépénalisation *de jure*, l'article 230 ne semble pas nécessaire dans les efforts de discrimination et de contrôle contre les homosexuels. En outre, même si la shari'a et le droit français d'avant 1791 ont créé de nombreux précédents pour justifier l'illégalité de la sodomie, il n'y a aucune raison évidente pour laquelle les rédacteurs ont choisi l'emprisonnement de trois ans comme peine appropriée. Une adhésion fidèle au Précis de Sidi Khalil, ou à la jurisprudence de l'Ancien Régime, aurait conduit à une toute autre punition : la mort par lapidation ou par bûcher.

Il est probablement impossible d'identifier les raisons précises pour lesquelles les rédacteurs se sont entendus sur une peine d'emprisonnement de trois ans, du moins en l'absence d'une documentation plus claire concernant le travail de la Commission. Mais la note imprimée sur la première page de l'Avant-projet de 1911 fournit un indice important. Comme indiqué plus haut, la note indique qu'en plus de s'appuyer sur la jurisprudence islamique, les coutumes tunisiennes et le droit français, les rédacteurs ont emprunté aux codes pénaux ottoman (1859), égyptien (1904) et thaïlandais (siamois) (1905).<sup>138</sup> Aucun des trois codes ne mentionne spécifiquement " sodomie " ou " homosexualité ". En effet, l'empire ottoman a dépénalisé l'homosexualité lors des réformes de Tanzimat en 1858, mises en œuvre à une époque où un certain nombre d'États européens avaient des lois sur la sodomie.

Mais le Code pénal siamois de 1905 contient un article qui ressemble beaucoup à la loi tunisienne sur la sodomie. Inclus dans la section " Atteintes aux bonnes mœurs " du code siamois, l'article 242 se lit comme suit : " Quiconque a des rapports sexuels contre nature avec un homme, une femme ou un animal est passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de cinquante à cinq cents ticals.<sup>139</sup> Cet article présente d'importantes similitudes avec l'article 230. Premièrement, il prévoit une peine maximale de trois ans d'emprisonnement, peine qui ne semble avoir aucun fondement historique dans la jurisprudence de la shari'a ou dans le droit français pré-révolutionnaire. Deuxièmement, il ne contient aucune

limitation de genre, et pourrait théoriquement s'appliquer à tout " rapport sexuel " entre deux individus. Troisièmement, il figure dans une section du code qui traite spécifiquement des crimes contre la moralité publique. Ainsi, la Commission a peut-être simplement emprunté la peine d'emprisonnement de trois ans au code pénal siamois, en remplaçant " rapports sexuels contre nature " - une expression qui figurait également dans le code pénal indien de 1861 promulgué sous le régime britannique - par " sodomie ".<sup>140</sup>

Le fait qu'une commission majoritairement française chargée d'élaborer un code pénal en Tunisie aurait pu emprunter une sanction à un code pénal en Thaïlande peut être moins surprenant qu'il n'y paraît de prime abord. Car si la Commission s'est attachée à identifier la diversité de ses sources, la plupart des codes pénaux cités sont eux-mêmes fortement influencés, sinon largement, par le Code pénal français de 1810. Bien que la Thaïlande ne soit pas une colonie française, le code pénal thaïlandais ne fait pas exception - au tournant du 20<sup>ème</sup> siècle, le roi thaïlandais Rama V a fait appel à des conseillers français et européens dans ses efforts de réforme et de modernisation du système juridique thaïlandais. Notamment, le roi Rama V s'est fortement appuyé sur Georges Padoux, un diplomate français qui a siégé au Conseil législatif du gouvernement thaïlandais. Selon des sources du ministère français des Affaires étrangères, Padoux a joué un " rôle prépondérant " dans la rédaction d'un certain nombre de codes juridiques thaïlandais, allant de la matière civile, commerciale et pénale.<sup>141</sup>

Avant son affectation en Thaïlande, Georges Padoux a vécu et travaillé en Tunisie, où il a servi les autorités coloniales françaises de 1896 à 1905. Au cours de cette période, Padoux a servi comme secrétaire général adjoint et d'autres rôles, et a été fait chevalier de la Légion d'honneur en 1904. Tout au long du mandat de Padoux en Tunisie, Bernard Roy a été secrétaire général, ce qui signifie que de 1896 à 1902, Roy et Padoux auraient occupé ensemble les fonctions de secrétaire général et de secrétaire général adjoint. En d'autres termes, lorsque la Commission chargée de l'élaboration du code pénal tunisien a cité le code pénal siamois comme source d'influence, elle a pu le faire en sachant qu'un ancien officier colonial français basé en Tunisie avait joué un rôle important dans son élaboration.

En promulguant un code qui semblait fidèle à la jurisprudence de la shari'a, du moins telle que élucidée par le Précis de Sidi Khalil, ainsi qu'aux efforts français du 19<sup>ème</sup> siècle pour exercer un contrôle social et juridique sur les homosexuels, la Commission a pu emprunter et modifier l'article 242 du code pénal siamois, lui-même rédigé avec l'assistance d'un diplomate français précédemment en poste en Tunisie.<sup>142</sup> Bien que cette hypothèse soit loin

d'être certaine, elle fournit une explication crédible quant aux raisons pour lesquelles la Commission a cherché à criminaliser la sodomie et à la façon dont elle a décidé d'imposer une peine d'emprisonnement maximale de trois ans comme peine appropriée.



## b. La "Sexualité Arabe" dans l'Imaginaire Colonial Français

Indépendamment du fait que les rédacteurs du Code pénal tunisien aient tenu compte de la shari'a, de la jurisprudence tunisienne ou du droit français, dans leur décision de criminaliser l'homosexualité en Tunisie, et à quel degré, il est probable que d'autres facteurs ont également joué un rôle. Le fait que la loi sur la sodomie ait été retirée des législations en France ne signifie pas que les autorités coloniales françaises n'avaient pas l'intention de criminaliser l'homosexualité en Tunisie. En effet, les conceptions orientalistes de la sexualité arabe en général, et de l'homosexualité en particulier, occupent une place centrale dans les perceptions françaises et européennes du Maghreb. Datant au moins du 16<sup>ème</sup> siècle, un certain nombre d'Européens se sont installés en Tunisie dans le but précis d'échapper à la répression de l'Eglise catholique et de vivre plus librement leur identité sexuelle.<sup>143</sup> Pour les autorités coloniales françaises en Tunisie, il est possible que des inquiétudes plus larges autour de la sexualité « indigène », associées à l'accent mis au 19<sup>ème</sup> siècle sur le contrôle social, aient influencé la décision de la Commission d'inclure une loi sur la sodomie dans le code pénal tunisien.

Comme l'explique en détail l'historienne Aurélie Perrier dans sa thèse sur la sexualité et le genre dans l'Algérie coloniale du 19<sup>ème</sup> siècle, les efforts français pour contrôler et réglementer la prostitution offrent peut-être l'exemple le plus clair des inquiétudes coloniales concernant la sexualité " indigène ", ainsi que les effets que cette sexualité pourrait avoir sur les soldats français et leurs colons en Afrique du Nord. Avant l'instauration du régime français, la Tunisie et l'Algérie avaient réglementé la prostitution principalement par le biais du mezwar, un agent du gouvernement chargé d'enregistrer les prostituées, de percevoir des impôts et d'appliquer certaines réglementations

à leur égard. Par exemple, le mezwar avait la responsabilité d'assurer le respect de certaines lignes religieuses : " Les femmes juives n'avaient pas le droit d'exercer la profession, tandis que les courtisanes musulmanes n'avaient pas le droit d'offrir leurs services à des clients chrétiens ou juifs, ce qui viendrait en contravention à la loi islamique et était passible de la peine de mort, même si cela était rarement appliqué ".<sup>144</sup> Presque immédiatement après l'invasion de l'Algérie en 1830, les autorités coloniales françaises ont commencé à « renforcer le contrôle de la sexualité féminine sur plusieurs fronts », établissant un système de " contrôle et de surveillance des prostituées et de leur espace privé " qui marque une rupture majeure avec la période ottomane, où " les femmes étaient restées relativement libres de circuler et de faire leur commerce comme elles l'entendaient, du moment que cela n'était pas visible publiquement ".<sup>145</sup>

A partir de 1830, les autorités coloniales françaises en Algérie ont commencé à publier une série de décrets qui " limitaient rigidelement les heures de travail, la circulation et la santé des prostituées ainsi que la taxation de leur travail pour compenser certains des coûts liés au maintien du système ".<sup>146</sup> Le régime colonial exigeait que les " femmes publiques " s'inscrivent auprès de la police, se soumettent à des examens médicaux hebdomadaires -les Français étaient particulièrement concernés par la propagation des maladies vénériennes - et paient une redevance pour couvrir les coûts de la surveillance policière et des examens médicaux.<sup>147</sup> Si les médecins découvrent qu'une femme a une infection vénérienne, ils ordonnent sommairement qu'elle reste au dispensaire, à ses frais, jusqu'à ce qu'ils déterminent qu'elle est guérie. En outre, des décrets français stipulent que le travail de sexe ne peut avoir lieu que dans des maisons closes légalement reconnues. Les femmes accusées de solliciter des clients dans la rue ou de travailler clandestinement courent le risque d'être arrêtées et, dans le cas des femmes indigènes arrêtées plus de deux fois, d'être assignées par la police à vivre dans le " quartier de la prostitution ".<sup>148</sup> Les prostituées faisaient face à d'autres interdictions légales, y compris l'interdiction de sortir après la tombée de la nuit, et devaient obtenir un permis du commissaire de police local pour quitter la ville ou le village dans lequel elles travaillaient.<sup>149</sup>

Pour Perrier, les préoccupations coloniales autour de la prostitution sont fondamentalement liées aux craintes concernant l'homosexualité - deux éléments essentiels de " l'obsession du chaos sexuel " française.<sup>150</sup> Dans un monde où les femmes françaises " blanches " étaient largement absentes, les administrateurs coloniaux et les commandants militaires s'inquiétaient continuellement du " spectre de l'homosexualité ", en particulier dans le contexte de la " camaraderie homosociale " des campagnes militaires françaises.<sup>151</sup> Dans les premières années de la colonisation de l'Algérie et de l'établissement d'une

société de colons français, l'homosexualité est apparue comme un dangereux "vice indigène" qui pourrait conduire le Français à "s'indigéniser", à devenir la proie de la "sexualité exorbitante et aberrante" qui, selon les responsables coloniaux, résultait au moins en partie de "l'impact de la chaleur suffocante africaine sur la libido des hommes et des femmes".<sup>152</sup>

Les inquiétudes quant à la possibilité que des hommes français et des soldats français puissent coucher ensemble avaient en réalité un fondement solide. Bien que les archives coloniales fournissent peu de détails sur les pratiques homosexuelles des Français en Algérie, il semble que les rapports homosexuels étaient très répandus, en particulier dans l'armée française. Plusieurs bataillons français ont acquis une réputation particulière pour les relations sexuelles entre hommes, et des personnalités militaires françaises bien connues ainsi que des administrateurs coloniaux ont ouvertement décrit la découverte de leur "penchant pour les hommes" pendant leur service en Algérie.<sup>153</sup> Dans les perceptions coloniales très racialisées de l'Afrique du Nord, l'homosexualité constituait une menace centrale pour les Français et la masculinité française. Compte tenu du faible nombre de "femmes blanches" en Algérie pendant les premières décennies de la colonisation, les autorités françaises craignaient que soldats et colons ne se tournent vers la double menace des prostituées "indigènes" et du "vice primitif" de l'homosexualité. Pour les Français "civilisés", l'"Afrique non civilisée" pouvait conduire à un dangereux "effondrement des normes morales", conduisant à la "décadence", à la "débauche", et à la propagation des maladies vénériennes, voire à la mort.<sup>154</sup>

Bien que le protectorat français en Tunisie diffère considérablement de celui de la colonie française en Algérie, les autorités coloniales françaises partagent une obsession similaire pour la régulation et le contrôle de la sexualité autochtone. Dans leur étude approfondie de la prostitution dans la médina de Tunis (vieille ville), les historiens tunisiens Mohamed Kerrou et Moncef M'halla notent qu'avant le protectorat français, le "commerce sexuel" pouvait être "caractérisé par son aspect domestique, privé, intime et caché" et ne possédait "ni un caractère public ni un caractère reconnu".<sup>155</sup> Cet aspect non officiel et caché de la prostitution en Tunisie précoloniale apparaît dans une correspondance entre des responsables français et tunisiens. Dans une réponse écrite datant de 1856 aux questions du consul français Léon Roches, le fonctionnaire et historien du gouvernement tunisien Ahmad Ibn Abi Diaf affirmait que, "les femmes musulmanes ne peuvent pas être prostituées car elles ne sont pas inscrites (cataloguées) dans un registre... et ne sont guère reconnaissables par un habit particulier."<sup>156</sup> Abi Diaf ne niait pas l'existence de "relations sexuelles illicites", mais affirmait que l'Islam recommande "de voiler (sîr) toute conduite contraire aux normes de la shari'a".<sup>157 158</sup> Selon

Aurélie Perrier, Diaf "définit le problème comme étant principalement lié à la visibilité du zina (relations sexuelles illicites), plutôt qu'à son existence et son éradication".<sup>159</sup>

La perspective d'Ahmed Ibn Abi Diaf ne doit pas être prise à la légère. Fonctionnaire au palais Beylical pendant plusieurs décennies, Abi Diaf, qui entretenait des relations étroites avec Ahmed Bey, "a joué un rôle important" dans le gouvernement tunisien, en étant l'un des rédacteurs de l'Ahd El Aman (le Pacte Fondamental) et de la Constitution de 1861.<sup>160</sup> Abi Diaf, à la fois érudit et fonctionnaire, fait la chronique de l'histoire tunisienne dans son livre, l'Ithaf. Selon l'historienne Leila Temime Blili, l'ouvrage demeure une importante source d'information, notamment dans sa discussion sur les réformes du XIXe siècle "dont [Abi Diaf] était un fervent partisan".<sup>161</sup> D'un intérêt particulier pour le dialogue d'Abi Diaf avec Léon Roches, Blili note en outre qu'Abi Diaf avait une connaissance approfondie de la religion et cherchait à "faire accepter une interprétation éclairée de la loi islamique".<sup>162</sup>

La crainte particulière d'Abi Diaf quant à la visibilité des relations sexuelles illicites, contrairement à une préoccupation française du 19<sup>ème</sup> siècle concernant le contrôle et la surveillance de la sexualité par l'État, est conforme à des éléments traditionnels de la jurisprudence islamique. Comme mentionné plus haut, selon les exigences de la jurisprudence Maliki, il est très difficile de punir quelqu'un pour zina et sodomie en satisfaisant des critères de preuve extrêmement rigides, qui, selon Mohamed Meziane, sont "presque impossibles" à respecter du moment que l'acte a lieu dans un espace privé.<sup>163</sup> Étant donné la difficulté de satisfaire l'exigence de quatre témoins, la barre de preuve prescrite par Malik Ibn Anas semble viser directement le Sîr, le fait de couvrir des actes illicites des regards du public. Si la sodomie et le zina méritent la mort par lapidation, une punition aussi sévère ne peut s'appliquer effectivement que si l'acte a lieu en public. En fin de compte, qu'Abi Diaf ait ou non écrit sa lettre à Roches en gardant à l'esprit Malik Ibn Anas, sa réponse reflète les principes maliki. Alors que Roches semble se préoccuper avant tout de savoir si des actes sexuels spécifiques ont lieu, Abi Diaf se concentre sur leur visibilité/publicité.

Afin de mieux comprendre la position d'Abi Diaf, il est important de reconnaître que les différentes écoles de la jurisprudence islamique ne condamnent généralement pas le désir sexuel en soi. Il existe plutôt une tendance générale à reconnaître la légitimité du désir sexuel, y compris l'attirance sexuelle entre individus du même sexe. Mais l'éventail des actes sexuels autorisés reste fortement circonscrit, strictement limité à un contexte rigide, précis et inflexible : le sexe doit avoir lieu entre deux personnes mariées

de sexes opposés avec des actes spécifiques autorisés par la loi islamique. Les pratiques sexuelles non normatives, telles que les relations homosexuelles ou tout rapport sexuel oral ou anal, ne constituent pas des expressions autorisées du désir sexuel.

Mais la justification de la répression des rapports sexuels illégitimes relève davantage du maintien de l'ordre public que de la moralité individuelle.<sup>164</sup> Ainsi, des preuves demandant des standards élevés en exigeant de multiples témoins, garantissent essentiellement que les actes sexuels illicites ne se déroulent qu'en privé, loin des regards du public. Pourvu que ces transgressions restent voilées (sîtr), et qu'elles n'aient pas lieu dans l'espace public ou devant les autres, Abi Diaf exprime sa perplexité quant à la question qui pourrait faire l'objet des préoccupations de son interlocuteur français.

La position d'Abi Diaf est fondée sur l'importance de la vie privée dans la jurisprudence islamique. Selon le professeur de droit Amr A. Shalakany, " il existe une panoplie de traditions qui préconisent le respect de la vie privée et obligent les musulmans à ne pas espionner ni à scandaliser les autres musulmans pour leurs actes répréhensibles et à ne réprimander le délinquant qu'en privé si possible."<sup>165</sup> Ainsi, par exemple, le prophète aurait commandé aux musulmans de ne pas " déshonorer leurs frères et sœurs qui avaient été discrètement impliqués dans des actes scandaleux en révélant leurs secrets "et de " fournir une couverture (sîtr) " au péché d'un autre croyant.<sup>166</sup> Si les forces de l'ordre au 19<sup>ème</sup> siècle en France mettaient l'accent sur la surveillance des espaces privés et les actes privés, le même élan n'existerait pas dans la tradition islamique.

Il ne s'agit pas de nier, bien sûr, que la prostitution et la sexualité en général n'étaient pas fortement circonscrits avant la colonisation française - comme nous l'avons vu plus haut, les autorités coloniales se sont appuyées sur des figures existantes comme les mezwars ou le qaid pour renforcer leurs contrôles sociaux, notamment vis-à-vis des femmes. En outre, les tribunaux de la shari'a du 18<sup>ème</sup> siècle pouvaient encore imposer des " peines coutumières ", y compris " la peine de mort, la lapidation, la flagellation, l'exil forcé et la noyade ".<sup>167</sup> Mais, comme en Algérie, la colonisation française de la Tunisie a conduit à une rupture radicale avec les réglementations précoloniales de la prostitution. Si la préoccupation première d'Abi Diaf était de cacher le zina à la vue du public, les autorités coloniales françaises à Tunis, quant à elles, ont mis en place un système de " réglementation municipale ", créant le statut de " femme publique " et " définissant les espaces de prostitution et imposant une surveillance policière et médicale ".<sup>168</sup> Un décret municipal de 1889 établit l'existence légale des " femmes publiques européennes, juives et

musulmanes ", les mandatant de travailler exclusivement dans des maisons closes officiellement approuvées, de s'inscrire auprès du " Bureau des mœurs " et de subir des examens médicaux réguliers. Le même décret institue en outre une « police des mœurs », chargée de veiller à ce que les prostituées respectent les nouvelles règles.<sup>169</sup>

On ne peut pas tirer de conclusions sur le traitement de l'homosexualité ou de la sodomie en se basant uniquement sur l'obsession coloniale de contrôler la prostitution en Afrique du Nord. Mais le lien perçu dans l'esprit des autorités coloniales entre homosexualité et prostitution pourrait fournir une autre explication possible à la raison pour laquelle les rédacteurs du code pénal tunisien ont inclus une loi sur la sodomie, en dépit du fait que le code pénal français de 1810 ne criminalisait pas l'homosexualité. En termes simples, les conceptions françaises de la sexualité en général, et de l'homosexualité en particulier, variaient considérablement selon le contexte géographique - la sexualité en France métropolitaine différait de la sexualité dans ses colonies et protectorats d'Afrique du Nord. Bien que le nombre de colons français vivant en Tunisie soit nettement inférieur à celui de l'Algérie et que la France n'ait jamais cherché à annexer la Tunisie, il est probable que les autorités françaises en Tunisie partageaient les préoccupations de leurs homologues en Algérie concernant l'impact de la sexualité "indigène" sur le colon. En effet, comme indiqué plus haut, les autorités françaises en Tunisie ont suivi de près l'exemple de l'administration coloniale en Algérie en ce qui concerne la réglementation de la prostitution, allant des examens médicaux forcés aux maisons closes spécialement dédiées, à la surveillance et aux arrestations par la police. Cette même " obsession du chaos sexuel " aurait-elle eu un impact sur la décision de criminaliser explicitement l'homosexualité, tout comme les autorités ont réglementé explicitement la prostitution ?<sup>170</sup>



### c. Les Membres Individuels de la Commission

Si la criminalisation de l'homosexualité relevait d'une volonté d'adhérer à une tradition juridique ou culturelle particulière, l'article 230 aurait pu provenir de croyances ou de préjugés particuliers des membres de la Commission. Rachida Jelassi note que Bernard Roy et Henri Guyot ont constitué la "pierre angulaire" de la Commission, une constatation qui correspond à leurs positions respectives.<sup>171</sup> Malheureusement, les recherches menées jusqu'à présent n'ont pas révélé une quantité significative d'informations sur Henri Guyot, directeur des services judiciaires du gouvernement tunisien, qui a présidé la sous-commission chargée de rédiger l'Avant-projet du code pénal. Mais davantage a été rédigé sur Bernard Roy, qui a été secrétaire général de la Justice tout au long de l'élaboration du code pénal. Roy était secrétaire général depuis 1889, jusqu'à la création d'un nouveau poste, celui de secrétaire général de la Justice, dont la mission était précisément de présider les diverses commissions chargées de rédiger les codes pénal, civil et commercial.<sup>172</sup> Si Guyot avait la responsabilité spécifique de rédiger les premiers projets du code pénal, Roy a supervisé le projet plus large de refonte des lois en Tunisie. Il n'est donc pas surprenant que son nom figure en premier dans la liste des membres de la Commission publiée dans le projet de 1912 (*voir Annexe 9*).

Dès le début du protectorat français en Tunisie, Bernard Roy a joué un rôle central dans les autorités coloniales. Ayant déménagé en Tunisie deux décennies avant l'établissement du protectorat afin de travailler pour le Consulat de France, Roy jouit d'un grand respect aussi bien auprès des Tunisiens que des Français. Affecté dans la ville tunisienne du Kef de 1862 à 1889, Roy parlait parfaitement l'arabe et entretenait des relations étroites avec les notables locaux et les chefs religieux. En 1882, lorsque des rumeurs se répandirent selon lesquelles Roy, alors agent consulaire au Kef, serait démis de ses fonctions et remplacé, le Résident-Général Cambon lui-même intervint pour le compte de Roy. Dans ses efforts pour mettre en place un système de contrôleurs civils pour assurer le contrôle colonial tout au long du nouveau protectorat, Cambon considère Roy comme un « excellent agent ».<sup>173</sup> Roy avait exercé les fonctions de contrôleur civil de 1884 jusqu'à sa promotion au poste de secrétaire général en 1889, poste qu'il a occupé jusqu'à sa mort en 1919.

Le parcours de Roy est éventuellement pertinent à la loi sur la sodomie pour deux raisons principales. Tout d'abord, comme nous l'avons vu plus haut, il a occupé le poste de Secrétaire général pendant la même période que Georges

Padoux a occupé le poste de Secrétaire général adjoint. Étant donné que Padoux aurait joué un rôle majeur dans la rédaction du code pénal siamois de 1905, le lien entre Roy et Padoux pourrait expliquer en partie pourquoi la sous-commission a choisi d'emprunter de manière significative au code pénal siamois. Deuxièmement, Roy avait depuis longtemps fait preuve d'au moins un certain respect pour la préservation des coutumes tunisiennes. Au cours de sa longue carrière en Tunisie, Roy était connu pour sa maîtrise de l'arabe et ses relations étroites avec la communauté tunisienne du Kef, une ville tunisienne du Nord-Ouest près de la frontière avec l'Algérie. Dans un exemple significatif, il semble que les négociations de dernière minute de Roy avec les chefs religieux et politiques en 1881 se soient avérées essentielles dans l'occupation pacifique par les militaires français du Kef.<sup>174</sup> Si les négociations avaient échoué, il y aurait probablement eu une résistance armée importante de la part de certains Tunisiens et réfugiés algériens à l'arrivée de l'autorité française. Certains chefs religieux considéraient même Roy comme un marabout (un saint homme) pour sa capacité apparente de prévoir et, en fin de compte, de désamorcer les affrontements violents entre les Tunisiens et les forces françaises.<sup>175</sup> Pour Cambon, Roy s'est révélé utile pour sa capacité à "influencer les chefs[tunisiens] et à les amener, en douceur, à prêter allégeance aux [autorités françaises]".<sup>176 177</sup>

En 1899, dans une note adressée à un autre administrateur colonial français, Roy exprima clairement sa conviction que certaines coutumes tunisiennes ne pouvaient être modifiées. Il écrit : "L'administration indigène comporte en elle-même un certain nombre d'imperfections que nous ne pouvons nous flatter de faire disparaître puisqu'elles sont inhérentes aux mœurs mêmes et au caractère même de la population arabe."<sup>178</sup> Pour l'historienne tunisienne Rachida Jelassi, la note de Roy constitue une preuve significative pour comprendre la genèse du code pénal tunisien - moderniser le droit tunisien selon le modèle français sans offenser les sensibilités des indigènes tout en évitant quelque résistance à l'application du nouveau code.<sup>179</sup>

En pensant aux efforts français pour respecter les coutumes tunisiennes, ou du moins pour préserver l'apparence de le faire, il est important de se pencher sur le parcours de Bernard Roy. Après des décennies de travail en Tunisie, Roy croyait fermement que certains éléments de la gouvernance et de la pratique juridique tunisiennes ne pouvaient être modifiés. Il suffit d'un examen superficiel des projets du code pénal pour reconnaître les grands efforts déployés par la Commission pour démontrer son respect des coutumes tunisiennes et de la shari'a, comme en témoignent les nombreuses notes de bas de page citant des législations tunisiennes antérieures et le Précis

de Sidi Khalil, ainsi que la note introductive à l'avant-projet de 1911. La criminalisation de l'homosexualité aurait-elle pu être incluse par égard pour la coutume tunisienne ou la jurisprudence islamique ? Il n'y a aucune preuve que Roy ait des sentiments particuliers à l'égard de la loi sur la sodomie, mais il est clair qu'il a reconnu l'importance de s'adapter, du moins dans une certaine mesure, au contexte tunisien tel qu'il le percevait.

De même, Paul Dumas s'est montré attentif à faire preuve, au moins dans une certaine mesure, de respect pour les coutumes tunisiennes. Selon Rachida Jelassi, Dumas se caractérise par sa connaissance approfondie des coutumes tunisiennes locales, en particulier des coutumes bédouines. Au cours de son mandat de président du tribunal mixte immobilier, le 14 janvier 1901, les autorités du protectorat rendirent une ordonnance déclarant que la majorité des terres tribales constituaient des terres domaniales, qui devaient servir de réserve pour les futurs colons français. Mais Paul Dumas[...] a préparé un rapport dans lequel il affirmait que le territoire demeurait la propriété collective des tribus. Il craignait que l'appropriation des terres ne conduise à des révoltes, à la suite de ce qui s'était passé en Algérie.<sup>180</sup>

Si cette anecdote à elle seule ne prouve pas grand-chose, elle est potentiellement révélatrice de la reconnaissance par Dumas que certaines réformes, qui ont ouvertement discriminé les Tunisiens au profit des colons français, pouvaient mener à la violence et l'instabilité.<sup>181</sup> Il n'est pas clair si la même sensibilité aux coutumes tunisiennes, du moins telles que les comprenaient les membres français de la Commission, a eu un impact quelconque sur l'inclusion de la loi sur la sodomie.



## V. Conclusion

Le manque d'information sur la rédaction du code pénal de 1913 rend difficile l'identification d'une seule raison pour l'inclusion de la loi sur la sodomie. Alors que d'autres articles contiennent des notes de bas de page avec des références tirées de traditions juridiques françaises, charaïque, ottomanes et autres, l'article 230 est apparu initialement comme une note manuscrite dans la marge, sans indication des influences judiciaires qui lui ont servi de référence ou du membre de la Commission ayant demandé son inscription. Il ne semble pas non plus qu'il reste une copie du deuxième livre du commentaire réalisé par Henri Guyot en 1914 sur le code pénal et qui aurait couvert les origines juridiques de l'article 230. De plus, le code pénal français de 1810, qui a largement servi de modèle au code pénal de 1913, ne mentionne ni la sodomie ni l'homosexualité. Enfin, et ce qui est le plus important, ni la shari'a ni le droit français pré-révolutionnaire ne prévoient une peine d'emprisonnement de trois ans comme peine appropriée pour sodomie.

Mais les projets de code pénal et le contexte politique dans lequel la Commission a fonctionné fournissent des indices significatifs quant aux origines de l'article sur la sodomie. Premièrement, la couverture de l'avant-projet de 1911 indique que les rédacteurs se sont basés sur les codes pénaux ottoman (1859), égyptien (1904) et thaïlandais (siamois) (1905), en plus de s'être appuyés sur la jurisprudence française et la shari'a (*voir Annexe 1*).<sup>182</sup> Bien qu'aucun des trois codes ne mentionne spécifiquement la "sodomie", le Code pénal siamois de 1905 inclut l'article 242, qui se lit comme suit : "Quiconque a des rapports sexuels contre nature avec un homme, une femme ou un animal est passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois

ans et d'une amende de cinquante à cinq cents ticals.<sup>183</sup> Tout en remplaçant "sodomie" par "rapports sexuels contre nature", l'article siamois prévoit également une peine de trois ans d'emprisonnement. Par ailleurs, Georges Padoux, diplomate français qui a été le Conseiller législatif du roi siamois Rama V lors de la rédaction du code, a déjà servi les autorités coloniales françaises en Tunisie. De 1896 à 1902, Bernard Roy et Padoux occupaient ensemble les fonctions de secrétaire général et de secrétaire général adjoint. La peine prévue par l'article 230 peut avoir été simplement empruntée au code pénal siamois de 1905.

Deuxièmement, les rédacteurs ont peut-être inclus l'article sur la sodomie pour donner une impression de respect de la shari'a, telle qu'interprétée par le Précis de Sidi Khalil. Les puissances coloniales européennes avaient "attaché une importance significative au [Précis] et chaque puissance l'a traduit dans sa propre langue".<sup>184</sup> Selon Rachida Jelassi, le Précis constituait la «source unique» de la connaissance du droit islamique des membres de la Commission française.<sup>185</sup> Réimprimé par le gouvernement français lors de la colonisation de l'Algérie et régulièrement mentionné dans les notes de bas de page de l'avant-projet de 1911, le Précis a été considéré par les autorités coloniales comme une représentation importante de la jurisprudence islamique nord-africaine.

Le livre, qui décrit les principes de la jurisprudence malikite, insiste sans équivoque sur l'illégalité de la sodomie. Mais la peine prescrite - la lapidation - n'a pas de ressemblance avec la peine maximale de trois ans d'emprisonnement prévue par l'article 230. Si le Précis a informé la Commission de l'inadmissibilité de l'homosexualité et de la sodomie dans l'islam nord-africain, il n'aurait pas eu une influence claire sur la peine choisie.

Troisièmement, les rédacteurs ont peut-être été motivés par des craintes plus larges concernant la sexualité en général, et l'homosexualité en particulier, en Afrique du Nord. Les stéréotypes concernant l'influence corruptrice de la sexualité arabe incluaient la peur de l'homosexualité en tant que "vice indigène", une menace primordiale pour les soldats et les colons français.<sup>186</sup> À une époque où les autorités françaises craignaient les effets de la "Chaleur africaine sur la libido sexuelle des hommes et des femmes" et "la sexualité aberrante et exubérante" des Nord-Africains, il n'est pas improbable que les autorités coloniales aient cherché à criminaliser l'homosexualité en Afrique du Nord, même si elle était décriminalisée *de jure* dans la France métropolitaine.<sup>187</sup> Selon cette interprétation, la loi sur la sodomie va de pair avec l'intérêt français marqué pour la réorganisation et la réglementation de la prostitution en Algérie et en Tunisie. Pour l'administration coloniale française en Afrique du Nord, une

réglementation stricte de la sexualité "arabe" constitue un élément important du contrôle social.

Enfin, au moins plusieurs membres français de la Commission, dont Bernard Roy et Paul Dumas, ont reconnu l'importance du respect de certains éléments des coutumes et de la pratique religieuse tunisiennes. Il est possible que les rédacteurs, peut-être influencés par la jurisprudence malikite décrite dans le Précis de Sidi Khalil, aient estimé que la criminalisation de l'homosexualité s'alignait avec les conceptions tunisiennes de la shari'a. Néanmoins, rien n'indique que ni Roy ni Dumas aient pensé à l'homosexualité. Et compte tenu du large recours de la Commission au code pénal français de 1810 et à d'autres codes pénaux influencés par les traditions juridiques françaises, il semble hautement improbable que le respect des coutumes tunisiennes ait été l'un des principaux motifs de l'inclusion de l'article 230.

Les différences entre les théories et les facteurs potentiels discutés ci-dessus ne doivent pas occulter une vérité historique importante : l'article 230 est apparu pendant le protectorat français, dans un projet de code pénal presque exclusivement préparé par des fonctionnaires coloniaux français. Les membres de la Commission se sont peut-être considérés comme respectant les coutumes tunisiennes ou interprétant correctement la shari'a, mais il n'en reste pas moins qu'un petit groupe de bureaucrates français a criminalisé la sodomie en Tunisie.

Cette vérité fondamentale ne peut pas excuser l'échec des gouvernements tunisiens successifs à éliminer l'article 230, une loi qui continue de détruire la vie des personnes LGBTQ tunisiennes plus d'un siècle après son apparition initiale. Mais à un moment où les conservateurs tunisiens défendent l'article sur la sodomie pour des raisons religieuses ou traditionnelles, les origines coloniales de l'article 230 ne doivent pas être occultées.

## Références chapitre 1

- 17 novembre 2018). - un des étudiants a été condamné à six mois de plus pour de la pornographie découverte sur son ordinateur.
- <sup>8</sup> Bien que le gouvernement ait initialement défendu le jugement, la sentence des accusés a finalement été changée à un mois d'emprisonnement et 400 dinars d'amende lors de l'appel.
- <sup>9</sup> Amnesty International, "Marwan freed after being imprisoned in Tunisia—for being gay," 12 janvier 2018, <https://www.amnesty.org.uk/tunisia-gay-rights-marwan-student-freed-imprisoned-lgbti>, (consulté le 17 novembre 2018).
- <sup>10</sup> "The Nobel Peace Prize for 2015," The Nobel Prize <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2015/press-release/> (consulté le 17 novembre 2018).
- <sup>11</sup> Interview avec Tarek, Activiste LGBTQ, Tunis, Tunisie, 4 janvier 2018.
- <sup>12</sup> Interview avec Aziz, infirmier et activiste LGBTQ, 4 janvier 2018
- <sup>13</sup> Rihab Boukhayatia, "Tunisie: Les réactions se succèdent après la condamnation de six étudiants emprisonnés et bannis de Kairouan pour homosexualité," 15 décembre 2018 (consulté le 17 novembre 2018), [http://www.huffpostmaghreb.com/2015/12/14/tunisie-ministere-de-lint\\_n\\_8804228.html?utm\\_hp\\_ref=societe-tunisie](http://www.huffpostmaghreb.com/2015/12/14/tunisie-ministere-de-lint_n_8804228.html?utm_hp_ref=societe-tunisie).
- <sup>14</sup> Agence France Presse, "Tunisia jails six students for homosexuality," The Guardian, 14 décembre 2015, (consulté le 17 Novembre 2018), <https://www.theguardian.com/world/2015/dec/14/Tunisie-students-homosexuality-prison-human-rights>.
- <sup>15</sup> Interview avec Joachim Paul, ancien directeur de Heinrich Boll Foundation à Tunis, 24 janvier 2018.
- <sup>16</sup> Le Code Pénal Tunisien, art. 230.
- <sup>17</sup> Wahid Ferchichi, "L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique," in Être Homosexuel au Maghreb, ed. Monia Lachheb (Paris: Karthala, 2016) p. 3.
- <sup>18</sup> Ibid.
- <sup>19</sup> Ibid., p.7.
- <sup>20</sup> Ibid.
- <sup>21</sup> Ibid.
- <sup>22</sup> Monia Ben Hamadi, "Tunisie: Rached Ghannouchi se prononce contre la dépenalisation de l'homosexualité et félicite Béji Caïd Essebsi," HuffPost Maghreb, 10 août 2015, [http://www.huffpostmaghreb.com/2015/10/08/tunisie-rached-ghannouchi-homosexualite\\_n\\_8262766.html](http://www.huffpostmaghreb.com/2015/10/08/tunisie-rached-ghannouchi-homosexualite_n_8262766.html) (consulté le 17 novembre 2018).
- <sup>23</sup> Jean Pradel, "L'apport du droit pénal français au droit pénal tunisien," dans Centenaire du code pénal: le passé, le présent, et l'avenir (Latrach Editions, 2016), p5
- <sup>24</sup> Ramy Khouili et Daniel Levine-Spound, "Why does Tunisia still criminalize homosexuality?" Heinrich Boll Stiftung, 30 octobre 2017, (consulté le 17 novembre 2018), <https://tn.boell.org/en/2017/10/30/why-does-tunisia-still-criminalize-homosexuality>.
- <sup>25</sup> Michael Sibalis, "Homophobia, Vichy France, and the 'Crime of Homosexuality': the Origins of the Ordinance of 6 August 1942," GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies, vol. 8:3 (2002), p. 302.
- <sup>26</sup> Patrick Corriveau, "Judging homosexuals: a history of gay persecution in Quebec and France," (Vancouver: University of British Columbia Press, 2011), p. 54. Il est aussi important de noter que le régime de Vichy a réintroduit le "crime d'homosexualité" en France en 1942 (Sibalis, "Homophobia, Vichy France, and the 'Crime of Homosexuality': The Origins of the Ordinance of 6 August 1942," GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies, p. 302).
- <sup>27</sup> Mounira Charrad, States and Women's Rights: The Making of Post-Colonial Tunisia, Algeria, and Morocco, (Berkeley: University of California Press, 2001) p. 89.
- <sup>28</sup> Ibid., p. 95.
- <sup>29</sup> Ibid.
- <sup>30</sup> Ibid.
- <sup>31</sup> Ibid., p. 96-97.
- <sup>32</sup> Kenneth Perkins, A History of Modern Tunisia, (New York: Cambridge University Press, 2004), p. 14-16
- <sup>33</sup> Ibid.
- <sup>34</sup> Ibid., p. 18.
- <sup>35</sup> Ibid., p. 27.
- <sup>36</sup> Ibid.
- <sup>37</sup> Nathan J. Brown, Constitutions in a Non-Constitutional World: Arabic Basic Laws and the Prospects for Accountable Government, (Albany: State University of New York Press, 2002), p. 17.
- <sup>38</sup> Jocelyne Dakhli, "Homoérotismes et trames historiographiques du monde islamique," Annales. Histoire, Sciences Sociales, Vol.62(5) (2007), p. 1097-1120.
- <sup>39</sup> Ibid.
- <sup>40</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 28.
- <sup>41</sup> Brown, Constitutions in a Non-Constitutional World, p. 18.
- <sup>42</sup> Sana Ben Achour, "Fait Colonial et Droit Tunisien," (Noir sur Blanc Editions, 2000), p. 25
- <sup>43</sup> Brown, Constitutions in a Non-Constitutional World, p. 18.
- <sup>44</sup> Abdelhamid Larguèche, Les ombres de la ville : pauvres, marginaux et minoritaires à Tunis, XVIIIème et XIXème siècles, (Manouba: Centre de publications universitaire, Faculté des lettres de Manouba 1999).
- <sup>45</sup> Email Correspondence avec Abdelhamid Larguèche, historien à l'Université de Manouba, le 2 juin 2018
- <sup>46</sup> Ibid.
- <sup>47</sup> Ibid.
- <sup>48</sup> Ibid.
- <sup>49</sup> Ibid.
- <sup>50</sup> Mary Dewhurst Lewis, "Geographies of power: The Tunisian civic order, jurisdictional politics, and imperial rivalry in the Mediterranean, 1881-1935," Journal of Modern History, vol. 80(4) (2008) p. 793.
- <sup>51</sup> Ibid., p. 803.
- <sup>52</sup> Mohammed Dabbab, La justice en Tunisie : un siècle d'histoire judiciaire : essai : de 1856 jusqu'à la veille de l'indépendance, (Tunis: République tunisienne, Ministère de la justice, Centre d'études juridiques et judiciaires, 1998), p. 19.
- <sup>53</sup> Ibid., p. 31.
- <sup>54</sup> Ibid., p. 32.
- <sup>55</sup> Ibid., p. 27.
- <sup>56</sup> Ibid., p. 35.
- <sup>57</sup> Ibid., p. 42.
- <sup>58</sup> Ibid., p. 43.
- <sup>59</sup> Charrad, States and Women's Rights, p. 110-112.
- <sup>60</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 20
- <sup>61</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 28.
- <sup>62</sup> Lewis, Geographies of power, p. 803.
- <sup>63</sup> Charrad, States and Women's Rights, p. 116.
- <sup>64</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 40.
- <sup>65</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 22
- <sup>66</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 43
- <sup>67</sup> Charrad, States and Women's Rights, p. 117.
- <sup>68</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 42.
- <sup>69</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 23.
- <sup>70</sup> Charrad, States and Women's Rights, p. 119.
- <sup>71</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, 12.
- <sup>72</sup> Lewis, Geographies of power, p. 795.
- <sup>73</sup> Ibid., p. 804
- <sup>74</sup> Charrad, States and Women's Rights, p. 132.
- <sup>75</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 45.
- <sup>76</sup> Ibid., p. 47.
- <sup>77</sup> Ibid.
- <sup>78</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 61, 79.
- <sup>79</sup> Ibid., p. 82.
- <sup>80</sup> Ibid.
- <sup>81</sup> Dabbab, La Justice en Tunisie, p. 20.
- <sup>82</sup> Perkins, A History of Modern Tunisia, p. 67.
- <sup>83</sup> Paul Sebag, Histoire des juifs de Tunisie : des origines à nos jours, (Paris : Editions l'Harmattan, 1991).
- <sup>84</sup> Ibid.
- <sup>85</sup> Sana Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 82.
- <sup>86</sup> Dabbab, La Justice en Tunisie, p. 21.
- <sup>87</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 84 (citant le " Décret du 28 avril 1910 instituant un Secrétaire Général du Gouvernement Tunisien pour la Justice ")
- <sup>88</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 84.
- <sup>89</sup> Ibid., p. 86.
- <sup>90</sup> Ibid.
- <sup>91</sup> Avant-projet du code pénal tunisien. Archives Nationales No 1643. Daté le 4 décembre 1911.
- <sup>92</sup> Ibid.
- <sup>93</sup> Ibid.
- <sup>94</sup> Ibid.
- <sup>95</sup> Ibid.
- <sup>96</sup> Le Code Pénal Tunisien, art. 230
- <sup>97</sup> Wahid Ferchichi, "L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique," p. 3.
- <sup>98</sup> Ibid.
- <sup>99</sup> Pradel, L'apport du droit pénal français au droit pénal tunisien, p. 5.
- <sup>100</sup> Ben Achour, Fait Colonial et Droit Tunisien, p. 30.
- <sup>101</sup> Charrad, States and Women's Rights, p. 115.
- <sup>102</sup> Rachida Jelassi, "Genèse du code pénal tunisien," dans Centenaire du code pénal : Le passé, le présent, le futur, (Tunis: Latrach Editions, 2016).
- <sup>103</sup> Ibid.
- <sup>104</sup> Ben Achour, Fait Colonial

et Droit Tunisien, p. 107, 113.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Le livre est parfois traduit « le Précis de jurisprudence musulmane selon le rite malékite ».

<sup>107</sup> Précis de Sidi Khalil, Préface

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Ibid., p. 4

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Ibid., p. 6.

<sup>112</sup> Scott Siraj al-Haqq Kugle, *Homosexuality in Islam: Critical Reflection on Gay, Lesbian, and Transgender Muslims* (New York : Oneworld Publications, 2010), p. 50.

<sup>113</sup> Scott Siraj al-Haqq Kugle, "Sexual diversity in Islam: Is There Room for Gay, Lesbian, Bisexual, and Transgender Muslims?" *Muslims for Progressive Values*, 2010, <http://www.mpvusa.org/sexuality-diversity/> (consulté le 23 décembre 2018).

<sup>114</sup> Al-Haqq Kugle, *Homosexuality in Islam*, p. 50.

<sup>115</sup> Al-Haqq Kugle "Sexual Diversity in Islam," *Muslims for Progressive Values*. Un résumé détaillé de cette interprétation de l'histoire de Lot est fourni dans cet article : Katelyn Kang and Canem Ozyildirim, "LGBTQ Rights and Islamic Law," Harvard Law School, International Human Rights Clinic, 30 avril 2018.

<sup>116</sup> Al-Haqq Kugle "Sexual Diversity in Islam," *Muslims for Progressive Values*.

<sup>117</sup> Junaid Jahangir, *Islamic Law and Muslim Same-Sex Unions* (Lanham, Maryland: Lexington Books 2016), p. 40. Ces sources ainsi que les analyses correspondantes sont inspirées principalement de cet article : Katelyn Kang and Canem Ozyildirim, "LGBTQ Rights and Islamic Law," Harvard Law School, International Human Rights Clinic, 30 avril 2018.

<sup>118</sup> Al-Haqq Kugle "Sexual Diversity in Islam," *Muslims for Progressive Values*.

<sup>119</sup> le Coran (27:54-55), <https://quran.com/27/54-55> (consulté

le 23 décembre 2018).

<sup>120</sup> Olfa Youssef, *Confusion d'une musulmane* (Chapitre 3 : Confusion autour de l'homosexualité).

<sup>121</sup> Ibn Hazm, *Al Muhalla* ("The Sweetened" or "The Adorned Treatise") (Le Caire: 1934).

<sup>122</sup> Mohammed Mezziane, "Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle," *Arabica*, vol. 55(2), p. 276-306.

<sup>123</sup> Olfa Youssef, *Confusion d'une musulmane* (Chapitre 3 : Confusion autour de l'homosexualité)

<sup>124</sup> Mezziane, "Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle," p. 276-306.

<sup>125</sup> Ibid.

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> Khalil Ibn-Ishâq, "Précis de Jurisprudence Musulmane selon le Rite Malékite," Section 48.

<sup>128</sup> Mezziane, "Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle," p. 276-306.

<sup>129</sup> Ibid., p. X

<sup>130</sup> Ibid., p. X

<sup>131</sup> Khalil Ibn-Ishâq, "Précis de Jurisprudence Musulmane selon le Rite Malékite," Section 48.

<sup>132</sup> Mezziane, "Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle," p. 276-306.

<sup>133</sup> Mohamed Kerrou, "Le mezwâr ou le censeur des mœurs au Maghreb," dans *Public et privé en Islam* (Tunis: Institut de recherche sur le Maghreb contemporain, 2002).

<sup>134</sup> Corriveau, *Judging Homosexuals*, p. 52.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid., p. 53.

<sup>137</sup> Ibid., p. 58.

<sup>138</sup> Avant-projet du code pénal tunisien. Archives Nationales No 1643. Daté du 04 décembre 1911

<sup>139</sup> Georges Padoux, *Code penal du royaume de Siam* (Paris:

Imprimerie Nationale, 1908), art. 242, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112105335956;view=1up;seq=120> (consulté le 1 février 2019).

<sup>140</sup> "Supreme Court decriminalises Section 377: All you need to know," *The Times of India*, September 6, 2018, <https://timesofindia.indiatimes.com/india/sc-verdict-on-section-377-all-you-need-to-know/articleshow/65695884.cms> (consulté le 6 septembre 2018)

<sup>141</sup> Padoux (Georges), [https://www.diplomatie.gouv.fr/LMG/pdf/394paap\\_cle055259\\_\\_papiers\\_georges\\_padoux.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/LMG/pdf/394paap_cle055259__papiers_georges_padoux.pdf) (consulté le 23 décembre 2018).

<sup>142</sup> "It is worth noting that the phrase "intercourse contrary to the order of nature" appears in the penal codes of several former French colonies. Article 534 of the Lebanese penal code, for instance, criminalizes "any sexual intercourse contrary to the order of nature" with up to one year in prison. Human Rights Watch, Lebanon: Same-Sex Relations not Illegal, 19 juillet 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/07/19/lebanon-same-sex-relations-not-illegal> (consulté le 23 décembre 2018).

<sup>143</sup> Paul Sébag, *Tunis au XVIIème siècle : Une cité barbaresque au temps de la course* (Paris : L'Harmattan, 1989).

<sup>144</sup> Aurelie E. Perrier, "Intimate Matters: Negotiating Sex, Gender, and the Home in Colonial Algeria, 1830-1914" (Ph.D. Diss., Georgetown University, 2014), p.173-174.

<sup>145</sup> Ibid., p. 181.

<sup>146</sup> Ibid., p. 183.

<sup>147</sup> Ibid., p. 188.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid., p.190.

<sup>150</sup> Ibid., p.339.

<sup>151</sup> Ibid., p.89.

<sup>152</sup> Ibid., p.336-340.

<sup>153</sup> Ibid., p.335.

<sup>154</sup> Ibid., p.342.

<sup>155</sup> Mohamed Kerrou et Moncef

M'halla, "La Prostitution dans la medina de tunis aux XIXe et XXe siècles," p. 202.

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> Perrier, *Intimate Matters*, p. 225.

<sup>160</sup> Leila Temime Blili, "Ibn Abi Diaf," dans *L'éveil d'une nation* ed. Ridha Moumni (Tunis: Officina Libraria, 2016), p. 175.

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Mezziane, "Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle," p. 276-306.

<sup>164</sup> Ibid., p. X

<sup>165</sup> Amr A. Shalakany, "Islamic Legal Histories," *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, vol. 1(1) (2008), p. 49-50. L'analyse de cette source provient essentiellement de cet article : Katelyn Kang and Canem Ozyildirim, "LGBTQ Rights and Islamic Law," Harvard Law School, International Human Rights Clinic, 30 avril 2018.

<sup>166</sup> Ahmad Atif Ahmad, "The Right to Privacy," in *Islam, Modernity, Violence, and Everyday Life* (New York: Palgrave Macmillan, 2009) p. 178.

<sup>167</sup> Kerrou, *La Prostitution dans la medina de tunis*, p.202.

<sup>168</sup> Ibid., p. 203.

<sup>169</sup> Ibid., p. 211.

<sup>170</sup> Perrier, *Intimate Matters*, p.339.

<sup>171</sup> Rachida Jelassi, "Genèse du code pénal tunisien."

<sup>172</sup> Ben Achour, *Fait Colonial et Droit Tunisien*, p. 84.

<sup>173</sup> Élisabeth Mouilleau, *Fonctionnaires de la République et artisans de l'empire* (Paris : L'Harmattan, 2002) p. 57.

<sup>174</sup> Ibid., p.58.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Pour son rôle joué dans la capitulation du Kef devant les forces françaises en 1881, Roy

a été nommé Chevalier de la Légion d'Honneur

<sup>178</sup> Mohamed Hédi Cherif, *Histoire de la Tunisie*, p. 228

<sup>179</sup> Rachida Jelassi, "Genèse du code pénal tunisien."

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Dumas est surtout connu pour avoir présidé les procès qui ont eu lieu après la célèbre affaire Djellaz. En 1911, après que la municipalité de Tunis eut tenté d'enregistrer Al-Djellaz, le cimetière musulman, afin d'en transférer la propriété au protectorat français, des émeutes de grande ampleur ont éclaté, entraînant la mort de 14 Tunisiens et l'arrestation de près de 800 personnes. Lors du procès de juin 1912, plusieurs Tunisiens, dont les militants bien connus Chedli Guetari et Manoubi Jarjar, furent condamnés à mort. "Åal Jarjar, une chanson tunisienne qui reste populaire aujourd'hui, décrit la résistance des militants tunisiens dans cette affaire contre les autorités coloniales françaises.

<sup>182</sup> Avant-projet du code pénal tunisien. Archives Nationales No 1643. Daté du 04 décembre 1911

<sup>183</sup> Georges Padoux, *Code pénal du royaume de Siam*, (Paris: Imprimerie Nationale, 1908), art. 242, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112105335956;view=1up;seq=120>.

<sup>184</sup> Khalil Ibn-Ishâq, "Précis de Jurisprudence Musulmane selon le Rite Malékite."

<sup>185</sup> Rachida Jelassi, "Genèse du code pénal tunisien."

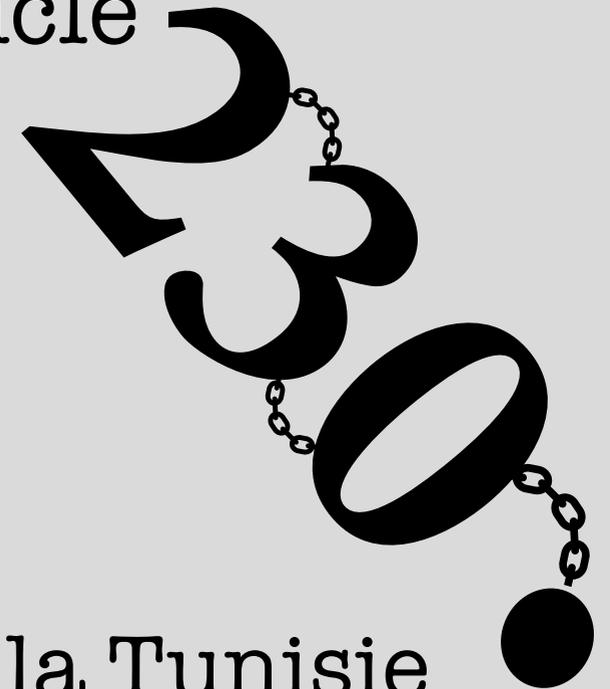
<sup>186</sup> Perrier, *Intimate Matters*, p. 336-340.

<sup>187</sup> Ibid.



Chapitre 2 :

L'application de  
l'article



dans la Tunisie  
Post-Révolution

En 2012, alors qu'il n'avait que 17 ans et qu'il était lycéen, Amir craignait pour sa vie. Il avait commencé à sortir avec un homme plus âgé, Salim, pendant les vacances d'été. En septembre, après qu'Amir lui ait expliqué qu'il avait moins de temps libre à cause de la rentrée scolaire, Salim " est devenu violent - il m'a battu plusieurs fois et m'a même violé une fois ".<sup>188</sup> Quand Amir a essayé de mettre fin à la relation, Salim a commencé à le menacer, à pirater son compte Facebook, à appeler régulièrement le téléphone de sa famille et à affirmer qu'il allait révéler publiquement la sexualité d'Amir. Traumatisé par les violences physiques et sexuelles et les menaces continues, Amir a tenté de se suicider et a passé des mois en retrait de ses amis et de sa famille.

En novembre 2013, peu après qu'il ait recommencé à quitter la maison, Amir a croisé Salim alors qu'il prenait un verre avec un ami au centre de Tunis. Après qu'Amir eut informé son ami qu'ils devaient partir, Salim les suivit à l'extérieur du café, empoignant Amir et l'insultant à haute voix. Témoin de la scène de violence qui se déroulait devant lui, l'ami d'Amir a informé le père d'Amir, qui a appelé au téléphone au moment de l'altercation, que la vie de son fils était en danger et qu'il était essentiel de signaler ce qui était arrivé aux policiers. Quand son père est arrivé, Amir lui a dit que Salim avait tenté de le voler ; tous les deux se sont rendus à un poste de police le soir même.

Au poste, un officier a informé Amir qu'il " devait tout lui dire ".<sup>189</sup> Lorsqu'Amir a admis que Salim l'avait déjà attaqué et violé, l'officier lui a ensuite assuré qu'il prendrait toutes les mesures nécessaires pour l'aider. Mais plus tard dans la soirée, un second officier a informé Amir que Salim servait actuellement dans l'armée tunisienne. L'officier a expliqué que Salim ne pouvait pas être un " pédé " car il défendait son pays et a accusé Amir de tenter de " créer des problèmes et de ruiner la réputation de l'homme ".<sup>190</sup> Il a informé Amir qu'il n'avait d'autre choix que d'admettre son homosexualité ou d'être forcé de subir un " test anal ".<sup>191</sup> Plus tard dans la soirée, la police a amené Amir à l'hôpital Charles Nicole, un hôpital bien connu de Tunis. Après l'avoir forcé à se déshabiller et à monter sur une table d'opération sur ses mains et ses genoux, un employé de l'hôpital a mis des gants en latex et a commencé à insérer agressivement ses doigts dans le rectum d'Amir, l'insultant continuellement – " tu écarter toujours tes jambes pour les hommes, il n'y a aucune raison de résister maintenant " - et lui demandant de " serrer ".<sup>192</sup> Les policiers sont restés dans la salle tout au long de l'"examen".

Peu après son épreuve au poste de police et à l'hôpital, Amir a comparu devant un juge militaire. Initialement condamné à un an de prison, Amir a fait appel. Ses parents avaient engagé un avocat, qui avait insisté sur le fait qu'Amir était mineur, et lui avait apporté un certificat de psychologue attestant de la

"maladie mentale" de son client.<sup>193</sup> Quatre ans plus tard, une cour d'appel a rejeté l'affaire.

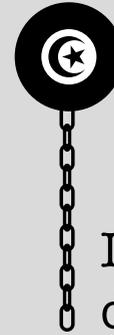
L'arrestation, l'examen anal et les poursuites pour homosexualité d'Amir ne sont pas uniques dans la Tunisie contemporaine. Mounir Baatour, président de Shams, l'une des quatre organisations de défense des droits des LGBTQ officiellement reconnues en Tunisie, et avocat qui défend fréquemment les Tunisiens LGBTQ devant les tribunaux, estime qu'il y a eu au moins 67 poursuites en vertu de l'article 230 en 2017 seulement. Au cours d'un entretien, Mounir a expliqué qu'il avait actuellement sept clients accusés d'avoir violé l'article 230, provenant de tout le pays.<sup>194</sup> Le fait qu'aucune de ces affaires actuelles n'ait fait l'objet d'une attention médiatique importante, en particulier si on la compare à l'indignation internationale entourant les poursuites engagées en 2015 à Kairouan et Sousse, n'indique pas une réduction plus importante du nombre de poursuites au titre de l'article 230.

Si l'article 230 reste un délit régulièrement poursuivi, la question reste de savoir si les arrestations et les poursuites pour " sodomie " ont augmenté après la Révolution tunisienne de 2011. Nadhem, président de l'association NESS pour la prévention combinée, s'est dit " absolument convaincu qu'il y a plus d'arrestations [en vertu de l'article 230] maintenant qu'avant la révolution ".<sup>195</sup> Il note qu'une vague d'arrestations de Tunisiens LGBTQ a eu lieu en 2008, trois ans avant la révolution, mais que ces arrestations ont été effectuées sur la base des articles 226 et 226bis, autres dispositions du Code pénal fréquemment instrumentalisées contre la communauté LGBTQ. Si de nombreux militants tunisiens et membres de la société civile, ainsi que plusieurs diplomates européens, ont fait l'écho de cette perspective, les chiffres précis ne peuvent être vérifiés. Amna Guellali, chercheuse senior pour la Tunisie et l'Algérie à Human Rights Watch, a expliqué qu' " il est très difficile de dire s'il y a autant de poursuites avant et après 2011. Le type de signalement qui existait auparavant ne permettait pas de documenter l'ampleur des arrestations et des poursuites. De plus, les associations travaillant sur cette question n'étaient pas organisées, comme elles le sont depuis la révolution, et la visibilité de la question n'était pas la même. "<sup>196</sup> Fida Hammami, chercheuse sur l'Afrique du Nord à Amnesty International, avait une compréhension similaire, notant qu'avant 2011, " les organisations LGBT n'étaient pas visibles, de sorte que les cas [d'arrestations sous l'Article 230] n'étaient pas entendus et étaient simplement considérés comme des affaires pénales ordinaires. Mais avec les nouvelles libertés retrouvées pour la société civile et les groupes LGBTQ après 2011, la question est devenue plus visible et il est devenu plus facile pour les victimes de demander réparation. C'est peut-être pour ça qu'on entend parler de chiffres plus importants, même si c'est difficile à confirmer. "<sup>197</sup>

Cependant, si l'on ne peut obtenir de données exactes sur les poursuites engagées avant 2011 au titre de l'article 230, il est clair que la loi tunisienne sur la sodomie a pris une importance politique accrue et a fait l'objet d'une grande attention médiatique au cours des dernières années. Selon Amna Guellali, la " hausse des arrestations " est probablement due à " la visibilité accrue de la communauté LGBTQ, qui les a exposées à la condamnation publique et à la police. "<sup>198</sup> Face à un mouvement LGBTQ croissant et se faisant entendre de plus en plus, Guellali considère les arrestations sous l'article 230 comme une " contre-attaque " dans laquelle la présence accrue du mouvement LGBTQ dans les médias et la société civile " les rend aussi plus vulnérables aux réactions de toutes sortes ", notamment au risque accru d' " arrestation et de poursuites ".<sup>199</sup> Si les arrestations au titre de l'article 230 sont devenues plus fréquentes, elles ont également suscité une indignation généralisée, tant en Tunisie qu'à l'étranger, et attiré l'attention sur le sujet tabou de l'homosexualité. Monia Ben Hamadi, rédactrice en chef d'Inkyfada, un magazine tunisien d'information en ligne, a expliqué que depuis la Révolution, l'homosexualité est " maintenant sur la table et sujet de débat ", une évolution au moins partiellement liée " à l'attention des médias autour des personnes accusées d'homosexualité au regard de l'Article 230 ".<sup>200</sup>

La persistance des arrestations en vertu de l'article 230, d'une part, et la présence publique croissante du mouvement LGBTQ tunisien, d'autre part, témoignent d'une sorte de paradoxe des droits LGBTQ dans la Tunisie post-révolutionnaire. Il existe quatre organisations LGBTQ officiellement reconnues, là où il n'en existait aucune auparavant, dont chacune a démontré une volonté et une capacité croissantes de s'attaquer à la discrimination et de fournir un soutien juridique et psychologique aux Tunisiens LGBTQ. Toutefois, le rythme des arrestations au titre de l'article 230 montre peu de signes de ralentissement et rien n'indique que le Parlement tunisien envisage d'abroger prochainement l'article 230. Dans un climat marqué par une " discrimination généralisée " et des menaces à la " sécurité personnelle " des Tunisiens LGBTQ, le refus du gouvernement de dépénaliser l'homosexualité représente un " défi majeur dans la quête de l'égalité des LGBT ".<sup>201</sup>

Ce chapitre explore l'application, l'exécution et le rôle de l'article 230 dans la Tunisie contemporaine, et cherche à éclaircir la manière dont se déroulent les arrestations et les poursuites en vertu de l'article 230, et pourquoi la loi viole à la fois la Constitution tunisienne de 2014 et les obligations internationales du pays. Le chapitre est divisé en sous-sections suivantes : 1) L'article 230 dans le contexte du Code pénal tunisien 2) L'application contemporaine de l'article 230 et 3) La Constitution tunisienne de 2014, et les obligations internationales de la Tunisie.



## I. L'article 230 dans le contexte du Code pénal tunisien

Si l'article 230 a une application spécifique, du moins selon le texte même de la loi, il partage une qualité répressive avec de nombreux autres articles du code pénal. Selon Kerim Bouzouita, membre de la Commission des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE) créée par le Président de la République tunisienne en août 2017, " l'article 230 n'est pas unique - nous avons de nombreuses lois qui violent de façon directe les libertés individuelles des personnes. "<sup>202</sup> Pour Fida Hammami, l'article 230 montre comment " toute la philosophie du code pénal est répressive plutôt que protectrice des droits et libertés. C'était un code pénal qui a été établi sous la colonisation et reformulé sous la dictature, donc il ne peut pas être un instrument juridique qui protège les droits ou les libertés. "<sup>203</sup>

L'article 226bis, qui érige en infraction pénale l' " atteinte aux bonnes mœurs " ou à " la morale publique ", constitue un exemple clé des lois mal définies qui peuvent être interprétées par des juges et des policiers selon leur bon vouloir - sans que le code ne donne de définition des " bonnes mœurs " ou " morale publique ".<sup>204</sup> Ainsi, lors du mois de Ramadan 2017, la police a arrêté quatre hommes tunisiens à Bizerte pour avoir mangé et fumé des cigarettes en public.<sup>205</sup> Aucune loi n'impose aux Tunisiens de jeûner pendant le Ramadan, ni d'éviter de manger, de boire ou de fumer en public pendant le Ramadan, et l'article 6 de la Constitution garantit expressément " la liberté de conscience et de croyance " ainsi que " le libre exercice des cultes ".<sup>206</sup> Néanmoins, les hommes ont été condamnés à un mois de prison - le tribunal a interprété leur refus public de jeûner pendant le Ramadan comme une " violation des bonnes mœurs ".<sup>207</sup> En défendant la sentence, Chokri Lahmar, porte-parole du tribunal de première instance, a expliqué que manger et fumer en public pendant le Ramadan était " provocateur ", estimant en outre que si

les hommes choisissaient de ne pas jeûner, " ils n'avaient qu'à manger à huis clos et non à semer la haine entre les citoyens ".<sup>208</sup> L'interprétation arbitraire de Lahmar de ce qui est permis et de ce qui ne l'est pas en ce qui concerne le jeûne du Ramadan témoigne de la latitude troublante avec laquelle les autorités peuvent interpréter et appliquer sélectivement des articles du code pénal définis de manière vague et ambiguë.

Comme les avocats, les militants de la société civile, les journalistes et bien d'autres l'ont constamment souligné, l'article 230, ainsi que d'autres articles liberticides du code pénal, est en contradiction avec la Constitution de 2014 et les obligations internationales de la Tunisie. Dans la perspective de l'Examen périodique universel de 2017 de la Tunisie, une coalition d'organisations LGBTQ tunisiennes a publié un rapport trilingue détaillant les différents points faisant de l'article 230 un article anticonstitutionnel. Notant que les autorités s'appuient sur un certain nombre d'autres articles du code pour discriminer la communauté LGBTQ, notamment l'article 226bis relatif à l'atteinte aux bonnes mœurs, l'article 228 relatif à l'attentat à la pudeur et l'article 231 relatif à la sollicitation et la prostitution, le rapport conclut qu' " une révision du code pénal (articles 226bis, 228, 230 et 231) est nécessaire pour l'adapter à la nouvelle constitution tunisienne et aux différents engagements internationaux. " <sup>209</sup>

Mais si l'article 230, ainsi qu'un certain nombre d'autres dispositions du code pénal, violent la Constitution, il n'existe aucun tribunal devant lequel les avocats puissent les contester. La Constitution tunisienne de 2014, largement saluée comme la plus progressiste du monde arabe, prévoit la création d'une Cour constitutionnelle chargée de veiller à la constitutionnalité des lois actuellement en vigueur. Conformément à la Constitution, le Parlement tunisien a adopté une loi portant création de la cour en décembre 2015. Douze juges devaient être sélectionnés, quatre par le Parlement tunisien (ARP), quatre par le Président de la République et quatre par le Conseil supérieur de la magistrature. Mais trois ans et demi plus tard, la Cour constitutionnelle doit encore être mise en place, les partis politiques se disputant le processus de sélection.<sup>210</sup> Chacun des juges sélectionnés par l'ARP, par exemple, doit obtenir 145 voix sur 217 sièges, un nombre élevé qui nécessite le soutien de plusieurs formations politiques. En mars 2018, par exemple, il semblait que les dirigeants des plus grands partis politiques s'étaient mis d'accord sur quatre candidats. Mais au cours de deux tours de scrutin, une seule des candidats a obtenu le nombre de voix nécessaire - aucun des trois autres n'en a obtenu plus de 104.<sup>211</sup> Ainsi, malgré l'obligation constitutionnelle d'établir une cour constitutionnelle " dans un délai maximum d'un an à compter des premières élections[législatives] ", les avocats qui cherchent à contester

des lois anticonstitutionnelles devant les tribunaux n'ont d'autre choix que d'attendre.<sup>212</sup> Dans cet étrange moment de transition, qualifié par Monia Ben Hamadi de " mi-démocratie, mi-dictature ", la Tunisie continue d'opérer selon une myriade de lois et règlements qui dérogent clairement à sa constitution - le code pénal de 1913 ou autres lois ou règlements inconstitutionnels datant de la période coloniale, restent en vigueur.<sup>213 214</sup>

Bien que la voie contentieuse ne soit pas encore possible, il existe d'autres moyens de contester l'article 230. Comme indiqué plus haut, le président tunisien Béji Caid Essebsi a annoncé la création d'une Commission des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE) en août 2017.<sup>215</sup> Présidée par la députée progressiste et éminente féministe tunisienne Bochra Bel Hadj Hamida, la COLIBE a été chargée à la fois d'établir un code des libertés individuelles, d'identifier les lois et règlements inconstitutionnels et de proposer les réformes juridiques correspondantes. Selon Kerim Bouzouita, membre de la Commission, les progrès de la Tunisie en matière de libertés collectives, telles que la liberté d'expression et d'association, doivent encore se traduire par une " transformation juridique " au niveau des libertés individuelles.<sup>216</sup> Soulignant l'article 230 ainsi que d'autres lois liberticides comme exemples, Bouzouita a noté en outre qu'en vertu des lois actuelles, " nous sommes tous prisonniers en sursis (purgeant des peines suspendues) ".<sup>217</sup>

La COLIBE a publié son rapport le 12 juin 2018.<sup>218</sup> Le rapport préconisait un large éventail de réformes juridiques visant à harmoniser la législation existante avec la Constitution de 2014, à répertorier un certain nombre de lois anticonstitutionnelles et à proposer des solutions alternatives.<sup>219</sup> Au lieu d'esquiver la délicate question des droits des LGBTQ, le rapport a demandé " l'abrogation pure et simple de l'article 230. " <sup>220 221</sup> La COLIBE a en outre recommandé l'abolition totale des examens anaux.

Depuis sa publication, le rapport COLIBE a bénéficié à la fois d'un soutien important et d'une vive réaction opposée, les dirigeants politiques et les groupes de la société civile ayant organisé des manifestations et des déclarations publiques contre le rapport.<sup>222</sup> Alors que le Président Essebsi a présenté une législation ouvrant la voie vers l'égalité dans l'héritage entre hommes et femmes - conformément aux recommandations de la COLIBE - il n'a pas encore annoncé de mesures concernant l'article 230 ou la décriminalisation de la sodomie. Reste à savoir s'il prendra de telles mesures.



## II. L'application contemporaine de l'Article 230

Nul ne peut déterminer le nombre exact de poursuites ou d'arrestations exécutées en application de l'article 230. Bien que Mounir Baatour ait estimé que 67 arrestations ont eu lieu pour des violations présumées de l'article 230 en 2017, cette statistique ne peut être vérifiée avec certitude. Pourtant, de nombreux avocats, journalistes et défenseurs des droits humains parlent d'une augmentation des arrestations au titre de l'article 230 après la Révolution de 2011, ainsi que d'une recrudescence plus récente des arrestations au cours des quelques dernières années. Mais on ignore si cela est dû à l'augmentation spectaculaire de la visibilité des organisations LGBTQ en Tunisie, à un effort concerté de la part du système judiciaire tunisien, ou à un certain nombre d'autres raisons. En outre, alors que la version arabe de la loi criminalise théoriquement l'homosexualité féminine et que certains militants ont fait référence aux femmes purgeant une peine pour violation de l'article 230, il n'existe aucune affaire connue publiquement concernant des femmes accusées en vertu de l'article 230. Contrairement à d'autres articles impliqués dans la criminalisation des Tunisiens LGBTQ, l'article 230 semble viser spécifiquement les hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes.

En raison de l'ambiguïté qui entoure le nombre précis d'arrestations en vertu de l'article 230 dans la Tunisie contemporaine, il est difficile d'identifier des tendances plus larges dans les poursuites engagées contre les Tunisiens accusés de sodomie. Mais les Tunisiens accusés d'avoir violé l'article 230, ainsi que les avocats qui représentent les clients poursuivis en vertu de l'article 230, ont fourni des détails sur des exemples particuliers de poursuites en vertu

de l'article 230, qui peuvent faire la lumière sur des tendances plus larges. Ils parlent de la myriade de façons dont la criminalisation de l'homosexualité en Tunisie se manifeste dans l'application de la loi et dans le système judiciaire.

Au cours de deux entretiens menés en janvier et mai 2018, Mounir Baatour a décrit les sept affaires qu'il prend en charge relevant de l'article 230. Bien que les faits des affaires divergent considérablement les uns des autres, ils révèlent une tendance générale : les Tunisiens LGBTQ qui entrent en contact avec la police pour un certain nombre de raisons peuvent se retrouver arrêtés, harcelés verbalement ou physiquement par la police, contraints de subir un examen anal, et/ou poursuivis en vertu de l'article 230. Mounir a décrit les sept cas comme suit:<sup>223</sup>

**1** Tarek, 23 ans, résidant à Sousse, avait été arrêté quinze jours avant notre entretien de mai 2018. Son arrestation a eu lieu à la suite d'une dispute avec son ex-petit ami, qui avait refusé d'accepter que Tarek cherche à mettre fin à leur relation. Lorsque l'ex-petit ami de Tarek l'a agressé physiquement dans un café, le propriétaire du café a appelé la police, qui a amené les deux hommes au poste de police. Étant donné que Tarek portait des marques évidentes de blessures corporelles lors de l'altercation, la police lui a demandé s'il voulait porter plainte. En réponse, son ex-petit ami a avoué la nature de leur relation, expliquant qu'ils avaient couché ensemble et avaient eu des relations anales. Après les aveux, la police a classé l'affaire comme une affaire d'homosexualité plutôt que de violence. Un juge a par la suite condamné Tarek et son ex-petit ami à huit mois de prison.

**2** Foued, un jeune homme de vingt-sept ans vivant à Jendouba, a découvert que sa moto avait été confisquée en raison d'un prétendu manque d'assurance. Il s'est ensuite rendu au poste de police pour montrer son assurance et récupérer sa moto. Quand Foued est arrivé, la police a commencé à le critiquer pour ses vêtements, ses cheveux longs et son look visiblement efféminé. Après une dispute, les policiers ont illégalement saisi son téléphone cellulaire et ont trouvé des photos de lui en train d'embrasser son petit ami. Sans lui donner accès à un avocat ou lui faire connaître ses droits, la police a commencé son interrogatoire, ce qui a fini par convaincre Foued de signer un rapport contenant un certain nombre de faux aveux concernant la prostitution. Bien qu'ils aient assuré à Foued que la signature du rapport mettrait fin à l'affaire, lui et son petit ami ont ensuite été forcés de comparaître devant un tribunal de Jendouba. Tous deux ont été condamnés à des peines de trois ans, ramenées à deux ans en appel.

**3** Ayman, un arbitre de football, avait eu des désaccords de longue date avec le chef de la police du quartier, ce qui a finalement conduit la police à placer sa maison sous surveillance. Par la suite, les agents ont remarqué que plusieurs autres hommes venaient régulièrement chez lui. Un soir, en rentrant chez lui, Ayman a trouvé une convocation de la police. Lorsqu'il s'est rendu au bureau de police, les policiers lui ont expliqué qu'ils enquêtaient actuellement sur un cambriolage dans le quartier et qu'ils avaient remarqué que deux hommes s'étaient introduits dans sa maison en vue d'un éventuel vol à main armée. Ils ont ensuite

amené les deux hommes dans la station et leur ont demandé s'ils connaissaient Ayman. Lorsqu'ils ont répondu par l'affirmative, la police a demandé s'ils avaient eu des relations sexuelles avec lui. Lorsqu'ils ont de nouveau répondu par l'affirmative, la police a placé Ayman en garde à vue. Bien qu'il ait refusé de se soumettre à un examen anal, Ayman a été condamné à trois mois de prison, qu'il a ensuite purgés. Avant la fin de sa peine, Ayman et le parquet avaient fait appel, le premier demandant l'annulation de sa peine et le second demandant une peine plus sévère.

**4** Un soir, Samir entendit frapper à sa porte. Quand il a ouvert, il a trouvé un homme ivre et agressif, qui l'a ensuite violé. Samir a appelé la police, qui a ensuite amené les deux hommes au poste. Le violeur a prétendu connaître Samir, expliquant qu'ils couchaient souvent ensemble. Il a ensuite admis que ce soir-là, après que Samir eut refusé ses sollicitations, il était venu chez Samir et l'avait violé. Bien que l'agresseur ait explicitement admis avoir violé Samir, le procureur a néanmoins décidé d'inculper les deux hommes, l'un pour viol et l'autre pour violation de l'article 230.

**5** Après l'arrestation, les examens anaux forcés et le procès des "Six de Kairouan", deux d'entre eux, Mohammed et Fawzi, ont de nouveau été arrêtés pour violation de l'article 230 en 2016. Incapables de demander de l'aide à leurs familles et manquant de ressources financières, ils ont commencé à travailler

comme travailleurs de sexe, restant au domicile d'une tierce personne. Un soir, après une dispute entre Mohammed, Fawzi et l'homme qui les a logés, un voisin a appelé la police, qui a amené les trois hommes au poste de police. Mohammed et Fawzi ont admis avoir travaillé comme prostitués, expliquant que l'autre homme qui les avait hébergés dirigeait une opération dans laquelle il amenait des clients à la maison pour coucher avec Mohammed et Fawzi et empochait une partie de l'argent. Mohammed et Fawzi ont été condamnés chacun à deux ans de prison pour sodomie, tandis que le troisième homme a été condamné à deux ans pour sollicitation.

**6** Trois hommes gays dans la trentaine ont loué un appartement à Hammam-Sousse dans le but d'organiser une fête. Lorsqu'ils sont arrivés à l'appartement, les voisins ont remarqué leur " apparence " efféminée et ont appelé la police. Après que la police eut amené les trois hommes au commissariat, l'un d'eux a admis qu'il avait déjà eu des relations homosexuelles dans le passé. Lorsque la police a ordonné un examen anal, deux ont refusé et le troisième a accepté. Néanmoins, la police n'a pas réussi à trouver un médecin disposé à administrer le test, probablement en raison du nombre croissant de médecins tunisiens qui refusent systématiquement de pratiquer l'examen anal. Malgré l'absence d'un examen anal, le procureur les a poursuivis pour violation de l'article 230. En janvier 2018, les trois accusés étaient en attente de jugement.

**7** Skander a couché avec un cinéaste tunisien bien connu. Initialement, il a affirmé qu'après avoir couché ensemble, le cinéaste l'avait menacé avec un couteau lorsqu'il avait tenté de quitter la maison. Mais Skander s'est rétracté par la suite, avouant qu'il avait pleinement consenti à avoir des relations sexuelles avec le cinéaste. La police a arrêté les deux hommes en mars 2017. En janvier 2018, les deux hommes étaient toujours en détention provisoire, ce qui constitue une violation du droit pénal tunisien, qui exige qu'un juge autorise le maintien en détention provisoire après le délai de six mois.

Les sept cas résumés ci-dessus permettent de mettre en évidence plusieurs tendances dans l'application de l'article 230. Premièrement, et c'est peut-être le plus important, aucun des accusés n'a été arrêté en train d'avoir des relations anales. Alors que la police a découvert des photos et des vidéos de plusieurs d'entre eux avec des partenaires masculins, elle n'a trouvé aucune image explicite de " sodomie ", du moins telle que définie comme synonyme de pénétration anale. L'application de l'article 230 ne peut donc être dissociée de l'imprécision fondamentale de la loi elle-même - la définition de la sodomie dépend de la perspective de chaque policier, procureur et juge. En effet, selon Hayet Jazzar, avocate tunisienne et membre de l'Association tunisienne des femmes démocrates, qui a représenté plusieurs personnes accusées de violation de l'article 230, policiers et juges " déforment " cet article, l'interprétant " élastiquement " pour en couvrir des éléments au-delà du texte de la loi.<sup>224</sup> " Le fait que quelqu'un soit homosexuel, affirmait Jazzar, n'est pas punissable sous l'article 230. Ce n'est pas l'orientation qui viole la loi, mais l'acte lui-même. "<sup>225</sup> La question de savoir si l'article 230 criminalise spécifiquement les relations sexuelles anales ou s'il couvre l'homosexualité masculine et féminine de manière plus large reste controversée. Néanmoins, en arrêtant des personnes en raison de leur apparence efféminée, ou de la possession de vêtements de femmes, ou en admettant qu'elles se livrent à des actes sexuels avec des personnes du même sexe, la police utilise en pratique l'article 230 pour punir qui elle veut. Étant donné le manque de clarté de ce qu'interdit précisément l'article 230, il s'agit essentiellement d'un outil

souple permettant à la police, aux procureurs et aux juges de faire preuve de discrimination à l'égard de toute personne perçue comme ayant une identité sexuelle non normative.

Deuxièmement, un certain nombre d'arrestations et de poursuites au titre de l'article 230 résultent d'interactions avec des policiers, souvent sans dimension sexuelle ni lien avec l'article 230. En effet, lorsqu'on lui a demandé de décrire le "cas typique de l'article 230", Baatour a donné l'exemple d'un infirmier tunisien qui a été agressé et violé à 2 heures du matin. Lorsque l'homme a échappé à son agresseur et s'est enfui au poste de police, expliquant qu'il avait été violé et sodomisé par la force, la police l'a arrêté pour violation de l'article 230.<sup>226</sup> En termes simples, toute interaction avec la police a le potentiel de se transformer en une arrestation en vertu de l'article 230.

Troisièmement, les interactions avec les policiers conduisent souvent à des violences verbales et même physiques à l'encontre des Tunisiens LGBTQ, ce qui conduit certains à éviter à tout prix tout contact avec la police. Par exemple, Elissa, une personne transgenre, a expliqué qu'après que deux hommes aient tenté de l'agresser violemment avec un couteau à Tunis, elle s'est rendue dans un poste de police local pour signaler ce qui s'était passé. Le policier " a commencé à m'insulter, à me traiter de pute. Il m'a tirée les cheveux et m'a écrasée la tête sur son bureau plusieurs fois. C'était si violent que j'ai eu des fractures du crâne, j'ai été hospitalisée et opérée. "<sup>227</sup> Elle a expliqué en outre qu'à une autre occasion en 2016, un homme l'avait enlevée, emmenée chez lui à Ksar Saïd, et l'avait agressée sexuellement. Néanmoins, elle a décidé de ne pas aller voir la police, étant donné qu'elle " ne leur faisait plus confiance ".<sup>228</sup>

Enfin, l'application de l'article 230 est totalement arbitraire et imprévisible. Un voisin suspicieux, une tenue ou une coiffure apparemment efféminée, une forte dispute qui attire l'attention, un policier particulièrement homophobe ou même une vendetta personnelle peuvent entraîner une peine de prison de trois ans pour " sodomie ". Étant donné que les cas visés par l'article 230 ne concernent pas des cas de flagrant délit, dans lesquels des individus sont pris en flagrant délit de rapport anal, l'article sert de mécanisme arbitraire par lequel la police, ou des civils, peuvent mettre en danger ou emprisonner des Tunisiens homosexuels.

Étant donné que la définition de la " sodomie " dans les versions arabe et française de l'article 230 reste ambiguë, et dépend souvent de l'appréciation des agents de la force publique, et étant donné l'inconstitutionnalité évidente de la loi (examinée en détail dans la section suivante), les avocats représentants des clients accusés d'avoir violé l'article 230 utilisent un certain nombre de

tactiques différentes pour défendre leurs clients. Interrogé sur sa stratégie générale dans les affaires relevant de l'article 230, Mounir Baatour a expliqué que ses arguments dépendent entièrement des circonstances particulières de l'affaire, ainsi que du juge chargé de cette affaire : " Parfois, je prétends qu'il y a un manque de preuves, parfois je plaide que l'article 230 est inconstitutionnel et que la Constitution est plus puissante que la loi. Je n'ai pas de stratégie typique, mon but est d'éviter la prison à mon client de toutes les manières possibles. "<sup>229</sup> Les peines, a-t-il ajouté, sont souvent tributaires de l'orientation politique du juge ou d'autres éléments extérieurs qui ne concernent pas la loi elle-même : " Il s'agit vraiment des juges. Il y a des juges conservateurs, et des juges moins conservateurs. Avec les juges islamistes, nous obtenons des peines plus lourdes. Avec des juges moins rétrogrades, nous obtenons des peines plus courtes, parfois d'environ trois mois. Cela dépend aussi de l'attention que les médias accordent à l'affaire -[avec plus d'attention] les sentences sont plus clémentes. "<sup>230</sup>

Peu après la fin du procès initial des Six de Kairouan, au cours duquel le juge de première instance les a condamnés à un bannissement de cinq ans de Kairouan en plus des peines de prison, Hayet Jazzar s'est rendue à Sousse pour faire valoir leur appel. Travaillant pro bono – " Je l'ai fait par principe " - Jazzar a estimé qu'elle a plaidé pendant une heure et demie, avec peu d'interruption de la part des trois juges. Hayet a invoqué un large éventail d'arguments, allant du texte de la loi au contexte historique. Elle a affirmé que l'homosexualité " a toujours existé dans la culture arabo-musulmane ", faisant spécifiquement référence à l'invocation de l'amour homosexuel par des poètes musulmans connus.<sup>231</sup> Elle a fait valoir des arguments fondés sur le texte de l'article 230, soulignant que " le texte ne punit pas l'homosexualité, mais plutôt l'acte homosexuel ", et mettant en valeur le fait que les accusés n'étaient pas pris en flagrant délit.<sup>232</sup> En outre, le fait que la police ait trouvé des robes dans l'appartement ne constitue pas une violation de l'article 230 : " Ils sont libres de faire ce qu'ils veulent dans un appartement privé. "<sup>233</sup> Peut-être plus particulièrement, Hayet a fait valoir que les juges ont le pouvoir de refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle. En fin de compte, bien que les accusés n'aient pas été acquittés, leurs peines ont été commuées en deux mois d'emprisonnement en appel.

Bien que Jazzar ait noté que les juges ont posé peu de questions au cours des plaidoiries orales, un juge s'est spécifiquement demandé si c'était le rôle du tribunal de décider des questions relatives à la constitutionnalité de l'article 230, soulevant la question que " son conflit était avec le législateur ".<sup>234</sup> Cette question porte sur les difficultés auxquelles sont confrontés les avocats dans les affaires relevant de l'article 230. Comme on l'a vu plus haut, la Cour constitutionnelle

chargée de se pencher sur les contestations de la constitutionnalité d'une loi spécifique n'a pas encore été mise en place. Et, du moins à l'heure actuelle, le Parlement n'a pas démontré sa volonté d'exclure unilatéralement l'article 230 du code pénal, malgré les efforts récents de certains parlementaires progressistes. Ainsi, les avocats doivent utiliser une large gamme d'arguments, allant de l'absence de preuves suffisantes, à l'interprétation correcte de la loi comme punissant des actes sexuels spécifiques plutôt que l'orientation, en passant par le pouvoir du juge d'ignorer des lois incompatibles avec la constitution. Jusqu'à la mise en place de la Cour constitutionnelle, les avocats sont contraints de contester l'application continue de l'article 230.

Malgré les particularités des cas de l'article 230, il est important d'éviter d'analyser la loi tunisienne sur la sodomie de manière isolée. Au contraire, les arrestations et les poursuites au titre de l'article 230 montrent que le système de justice pénale tunisien présente des déficiences plus larges, dans lequel la police ignore systématiquement les protections constitutionnelles concernant l'arrestation, la détention et l'accès à un avocat, et où les juges et les procureurs continuent à appliquer une série de lois et règlements inconstitutionnels. Comme l'a fait remarquer Amna Guellali, la persécution des communautés LGBTQ constitue un élément d'un " éventail plus large d'abus " dans un contexte marqué par " le non-respect de la règle de droit en garde à vue et l'ingérence dans la vie privée des citoyens ".<sup>235</sup> L'application de l'article 230 doit être comprise dans le contexte plus large de l'impunité des pratiques policières abusives et du non-respect des droits des détenus.

Comme en témoignent les cas décrits ci-dessus, les arrestations au titre de l'article 230 impliquent souvent des harcèlements verbaux, des violences physiques, des interrogatoires humiliants et des aveux extorqués en l'absence d'avocat, ainsi que d'autres formes d'abus flagrants commis par la police pendant la garde à vue. La fréquence des abus qui se produisent immédiatement après l'arrestation dans les affaires relevant de l'article 230 n'est pas surprenante dans le contexte tunisien. Selon Antonio Mangarella, directeur d'Avocats sans frontières en Tunisie, " le taux le plus élevé de violations des droits humains [dans le processus pénal] a lieu pendant la période de garde à vue ".<sup>236</sup>

En 2016, le Parlement tunisien a adopté la loi numéro 5, réformant le Code de procédure pénale tunisien (CPP) avec des implications majeures pour les personnes en détention provisoire. Comme l'explique Human Rights Watch, la loi numéro 5 "établit le principe général selon lequel tous les suspects en garde à vue ont le droit de consulter un avocat avant l'interrogatoire de la police et de bénéficier d'une assistance juridique pendant chaque

interrogatoire. La présence d'un avocat pendant l'interrogatoire garantit l'intégrité de la procédure pénale et garantit le droit d'un suspect à une défense efficace."<sup>237</sup> Alors qu'auparavant les détenus n'avaient " aucun droit de voir un avocat jusqu'à leur première comparution devant un juge d'instruction ", la nouvelle loi a élargi l'accès des détenus à la justice, prévoyant qu'un " détenu ou un membre de sa famille[a] le droit de demander l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue ".<sup>238</sup> Comme l'a fait remarquer Antonio Mangarella, la loi tunisienne exige désormais que les détenus aient accès à un avocat pendant "toutes les phases de la procédure pénale".<sup>239</sup> Cette réforme semble particulièrement importante compte tenu des pratiques de longue date en matière de détention avant inculpation, notamment la signature systématique par les suspects de " déclarations de police qui pourraient être utilisées contre eux pendant le procès " sans avocat, ou l'offre d'aveux obtenus sous la contrainte après avoir subi la torture.<sup>240</sup>

Mais si la loi n° 5 offre en théorie d'importantes protections contre les abus avant la mise en accusation, des questions subsistent quant à sa mise en œuvre dans la pratique. Dans un long rapport de 2018 sur la mise en œuvre de la loi numéro 5, Human Rights Watch a fait état d'un certain nombre de cas dans lesquels des détenus " ont allégué que la police ne les avait pas informés de leur droit à un avocat ou leur en avait refusé l'accès, malgré leur demande explicite de consulter un avocat ".<sup>241</sup> Les détenus ont parlé d'interrogatoires menés sans avoir accès à un avocat et d'aveux extorqués sous la contrainte par la violence physique et verbale.<sup>242</sup> En fin de compte, un certain nombre d'abus signalés dans le contexte de la détention avant inculpation au titre de l'article 230 sont endémiques au système de justice pénale tunisien dans son ensemble.

Mais si l'application de la loi tunisienne sur la sodomie doit être interprétée dans le contexte général du système de justice pénale tunisien, l'article 230 ne doit pas être confondu avec les autres dispositions du Code pénal tunisien. Comme indiqué plus haut, les cas visés par l'article 230 ne concernent pas les agents de police qui attrapent effectivement des individus en flagrant délit - aucun des cas examinés lors de la rédaction du présent rapport ne concernait des cas où la police a surpris des suspects s'adonnant à la "sodomie", au moins telle que définie comme relations sexuelles anales. Au lieu de cela, les policiers et les procureurs cherchent à "prouver" les violations de l'article 230 en procédant à de pseudo-examens anaux, en fouillant les téléphones, ordinateurs ou appartements des suspects à la recherche de "preuves", ou en extorquant des aveux sous la contrainte des " suspects ", sans la présence de leurs avocats, soit sous abus physique, le tout en violation manifeste de la Constitution tunisienne et des obligations internationales du pays.

### III. La Constitution de 2014 et les obligations internationales de la Tunisie

Cette sous-section ne fournit pas une analyse exhaustive de l'incompatibilité de l'article 230 avec le droit national et international. En contrepartie, elle décrit les principaux moyens par lesquels la loi tunisienne sur la sodomie viole à la fois la Constitution tunisienne et les obligations juridiques internationales du pays, tout en offrant un aperçu des protections fondamentales des droits des LGBTQ en vertu du droit international. Cette sous-section porte spécifiquement sur l'égalité devant la loi, l'interdiction légale de la torture, le droit à la vie privée et le manque de précision de la loi.



#### a. Le développement de la protection des personnes LGBTQ en vertu du droit international

Depuis les années 1990, les mécanismes des droits humains des Nations Unies ont porté une attention croissante aux violations des droits humains commises sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre et ont insisté sur la protection des personnes LGBTQ en vertu du droit international. Comme l'explique Navi Pillay, ancienne Haut-Commissaire aux droits de l'Homme des Nations Unies, les droits des personnes LGBTQ reposent "sur deux

principes fondamentaux qui sont inhérents au droit international des droits de l'Homme: l'égalité et la non-discrimination".<sup>243</sup> En 2011, le Conseil des droits de l'Homme a adopté la Résolution 17/19, "la première résolution des Nations Unies sur les droits de l'Homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre".<sup>244</sup> Dans sa Résolution 17/19, le Conseil des droits de l'Homme s'est inquiété des actes de violence et de discrimination "en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre et a affirmé que la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH)<sup>245</sup> garantit "que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits, et que toute personne a droit à tous droits et libertés énoncés dans la Déclaration, sans distinction aucune."<sup>246</sup>

En 2014, à la suite de la publication par la Haut-Commissaire d'un rapport détaillant "les éléments de preuve d'une tendance à la violence et à la discrimination systématiques dirigées contre des personnes de toutes les régions en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre", le Conseil des droits de l'Homme a publié la résolution 27/32.<sup>247</sup> La résolution 27/32 souligne notamment l'universalité et l'indivisibilité des droits humains, affirmant que les particularités culturelles et religieuses ne sauraient justifier le manquement des États à la protection des droits humains: "C'est le devoir des États, quels que soient leurs systèmes politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales."<sup>248</sup> Le Conseil des droits de l'Homme a adopté sa dernière résolution sur le sujet en 2016, instituant un "expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre".<sup>249</sup>

En 2012, le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies a publié un rapport détaillant les principes du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.<sup>250</sup> Le rapport identifie spécifiquement cinq obligations "fondamentales" des États en matière de droits humains à l'égard des personnes LGBTQ, qui découlent en grande partie de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.<sup>251</sup> Parmi ces protections fondamentales, le droit international impose aux États de dépénaliser l'homosexualité, d'interdire la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, de prévenir la torture et les traitements dégradants à l'égard des personnes LGBTQ et de protéger les personnes LGBTQ de la violence homophobe et transphobe.<sup>252</sup> Comme discuté plus loin, l'application continue de l'Article 230 par la Tunisie viole chacune de ces obligations.



## a. Égalité devant la loi

L'article 21 de la Constitution garantit que les citoyens tunisiens " sont égaux en droits et en devoirs " et " égaux devant la loi sans discrimination ".<sup>253</sup> Pourtant, le texte de l'article 230, qui fait foi en langue arabe, semble punir les individus sur la base exclusive de leur orientation sexuelle. L'homosexualité masculine et féminine, Liwat et Mousahaka, constituent des infractions pénales passibles de trois ans de prison au maximum. Ainsi, loin d'être " égaux en droits et en devoirs ", les Tunisiens LGBTQ peuvent théoriquement violer le code pénal du seul fait de leurs préférences sexuelles - une lecture textuelle de la version arabe de l'article 230 n'exclut pas l'emprisonnement au seul motif de la personne envers qui une personne éprouve de l'attraction. Cependant, la version française de l'article 230, se réfère exclusivement à la " sodomie " et semble donc criminaliser les relations anales, y compris dans le contexte d'un couple hétérosexuel marié. Comme l'a souligné Kerim Bouzouita, " des hommes ont été reconnus coupables et envoyés en prison pour " avoir sodomisé " leurs femmes."<sup>254</sup> Néanmoins, bien que les différences et ambiguïtés des versions arabe et française de l'article 230 puissent théoriquement permettre d'intenter des poursuites contre les lesbiennes et les hétérosexuels, tous les cas rapportés dans le cadre de la recherche menée pour ce rapport concernent des hommes accusés d'avoir eu des relations anales avec d'autres hommes.

Le principe exprimé dans l'article 21 de la Constitution tunisienne est inscrit dans l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,<sup>255</sup> garantissant " l'égalité devant la loi " et assurant que " tous les individus se trouvant sur le territoire[de l'État partie]...[aient] les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune ", et avec respect.<sup>256</sup> L'ensemble de ces articles peut être interprété comme valant pour le " principe d'égalité entre les citoyens. "<sup>257</sup> Même si l'orientation sexuelle n'est pas mentionné comme un des critères sur la base desquels un État ne peut pas discriminer - le PIDCP énumère " la race, la couleur, le sexe, la langue " et plusieurs autres<sup>258</sup>, un certain nombre d'organismes internationaux ont interprété la non-discrimination comme incluant l'orientation sexuelle.<sup>259</sup>

D'autres organismes internationaux de défense des droits humains ont également interprété la non-discrimination comme incluant l'orientation sexuelle. La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, par

exemple, a compris l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples " Toute personne a droit de jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte, sans distinction aucune..." comme un protecteur contre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.<sup>260</sup> En 2015, la Commission a spécifiquement émis une résolution condamnant " la violence croissante et autres violations des droits de l'Homme, notamment l'assassinat, le viol, l'agression, la détention arbitraire et d'autres formes de persécution des personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée. "<sup>261</sup>

Ceci étant dit, il est important de noter que les traités internationaux relatifs aux droits humains permettent souvent aux États d'imposer certaines limitations à certains des droits qu'ils énoncent. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par exemple, autorise les signataires à imposer des restrictions à des droits spécifiques, à condition que ces restrictions servent à protéger " la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique ou les droits et libertés d'autrui, " et ne sont pas incompatibles avec d'autres droits énoncés dans le Pacte.<sup>262</sup> En ce qui concerne plus particulièrement l'article 230, le Comité des droits de l'Homme a fermement rejeté les arguments de santé publique en faveur de la criminalisation de l'homosexualité. Dans l'affaire " *Toonen contre l'Australie* ", le Comité a affirmé que " la criminalisation des pratiques homosexuelles ne peut être considérée comme un moyen raisonnable ou une mesure proportionnée pour atteindre l'objectif de prévenir la propagation du VIH/SIDA ", soulignant que la criminalisation pourrait en réalité être contre-productive, poussant les individus à risque d'infection " dans la clandestinité ".<sup>263</sup> Par ailleurs, et comme indiqué ci-dessous, le Comité des droits de l'Homme a également rejeté les arguments justifiant les lois sur la sodomie sur la base de la morale publique.



## b. Prohibition Contre la Torture

L'article 23 de la Constitution garantit que " L'État protège la dignité de la personne et son intégrité physique, et interdit la torture morale et physique. "<sup>264</sup> Cette interdiction est conforme aux obligations internationales de la Tunisie, telles qu'exprimées dans l'article 5 de la DUDH et l'article 7 du PIDCP, auxquels la Tunisie est un État partie. L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit la " torture " et les " peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants " et garantit expressément que " il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience

médicale ou scientifique. <sup>265</sup> Contrairement aux autres droits énoncés dans le Pacte, l'interdiction de la torture est indérogable - même en période de " situation d'urgence publique qui menace la vie de la nation ", les États ne peuvent pas recourir à la torture. <sup>266</sup>

Les examens anaux, entrepris dans le but de " prouver " les violations à l'article 230, ont été fréquemment condamnés sur le plan international. Dans son rapport de 2016 à la 31<sup>e</sup> session du Conseil des droits de l'Homme, par exemple, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a noté que " dans les États où l'homosexualité est criminalisée, les hommes soupçonnés de comportement homosexuel subissent des examens anaux non consentis visant à obtenir des preuves matérielles de leur homosexualité, pratique qui est sans valeur médicale et qui équivaut à de la torture ou à des mauvais traitements ". <sup>267</sup> Dans le contexte spécifique de la Tunisie, le Comité contre la torture (CAT) a noté dans son rapport de 2016 que " les personnes soupçonnées d'être homosexuelles sont forcées par ordre du juge de se soumettre à un examen anal effectué par un médecin légiste pour prouver leur homosexualité. " <sup>268 269</sup> Tout en reconnaissant que les examens sont théoriquement volontaires et peuvent être refusés, le Comité contre la torture a expliqué qu'il avait reçu " des informations indiquant que plusieurs personnes les avaient acceptés sous la menace de la police, qui avançaient notamment que le refus serait interprété comme incriminant. " <sup>270</sup> Dans ses recommandations, le Comité contre la torture n'a pas ménagé ses efforts, demandant à la fois l'abrogation de l'article 230 et l'interdiction des " examens médicaux intrusifs qui n'ont aucune justification médicale et ne peuvent être effectués même avec le consentement libre et éclairé des personnes qui y sont soumises. " <sup>271</sup>

Le rapport du Comité contre la torture est paru, moins d'un mois, après l'Examen périodique universel de 2017 de la Tunisie, dans lequel un certain nombre d'États ont appelé à mettre fin à la pratique des examens anaux. Alors que le gouvernement tunisien a accepté la recommandation, il l'a interprétée comme exigeant l'interdiction des examens anaux " forcés ", ce qui laisserait potentiellement possibles les examens " volontaires ". <sup>272</sup> Étant donné le contexte dans lequel ces examens sont entrepris, il semble peu probable qu'un " consentement " significatif soit possible. Dr Ines Derbel, psychiatre et sexologue tunisienne, ayant une importante expérience de travail avec des personnes LGBTQ à Tunis, explique que les examens anaux sont appliqués " dans un contexte déstabilisant " où "[ses] points de référence sont complètement bousculés. " <sup>273</sup> Souvent en présence d'agents de police, après avoir subi des abus importants, généralement, les personnes soupçonnées de sodomie " ne savent pas qu'elles ont le droit de refuser ce test, ou si elles

le savent, savent également que si elles refusent, ceci peut prouver leur culpabilité. " <sup>274</sup> Dr Derbel a expliqué, en outre, que les examens anaux sont souvent associés à des insultes et des abus psychologiques, que dans certains cas les médecins légistes " n'utilisent pas de vaseline, comme si c'était un moyen pour punir une personne pour son orientation sexuelle, ou pour ses pratiques sexuelles. " <sup>275</sup> Affirmant qu'il s'agit d'une " forme de torture " qui viole " l'intégrité physique, morale et psychologique ", Dr Derbel a également souligné le fait que de nombreuses personnes soumises à un examen anal " vivent cela comme un viol. " <sup>276</sup>



### c. Droit à la vie privée

Les policiers et les procureurs se fient couramment aux renseignements recueillis à partir des messages, photos ou effets personnels d'une personne dans le contexte des poursuites engagées en vertu de l'article 230. Comme les poursuites pour sodomie n'impliquent généralement pas les individus pris en flagrant délit, les tribunaux cherchent à démontrer les violations de l'article 230 par des " preuves " circonstancielles, qui prouveraient l'homosexualité d'un suspect. Le processus de collecte de ces " preuves " viole souvent le droit à la vie privée d'un individu, garanti par l'article 24 de la Constitution : " L'État protège la vie privée et l'inviolabilité du domicile et la confidentialité des correspondances, des communications et des données personnelles. " <sup>277</sup>

Le cas très médiatisé des " Six de Kairouan " illustre bien les violations courantes de la vie privée qui se produisent dans le contexte d'enquêtes au titre de l'article 230. La police est arrivée dans un appartement du foyer universitaire à la recherche d'un étudiant, dont les parents, inquiets que leur fils ait rejoint un groupe militant islamiste, avaient signalé sa disparition. Un agent de sécurité avait, précédemment, alerté la police de la présence du garçon en compagnie de plusieurs étudiants de l'Université de Kairouan. <sup>278</sup> Kerim, l'un des étudiants de l'université, a expliqué que la police était d'abord amicale, car ils ont fouillé l'appartement et ont commencé à confisquer un certain nombre d'objets. Il a mentionné qu'un officier " m'a demandé le mot de passe de mon ordinateur et a commencé à chercher dedans - il ne nous a rien expliqué. " <sup>279</sup> Bien qu'elle n'ait pas de mandat, la police a finalement confisqué un ordinateur portable, des robes et des talons aiguilles et a transféré les six étudiants au poste de police. <sup>280</sup> Durant le procès, le juge a spécifiquement fait référence aux vidéos et à l'ordinateur portable en plus des résultats du test anal, accusant les étudiants de vouloir diffuser leur " dépravation " à Kairouan. <sup>281</sup> En d'autres termes, étant donné que la police n'a été témoin d'aucune activité sexuelle, le procès des étudiants et la condamnation finale se sont articulés

autour des preuves obtenues grâce aux affaires personnelles qui leur ont été confisquées. Étant donné qu'aucun cas identifié au titre de l'article 230 ne concernait des policiers témoins d'une sodomie, ces atteintes à la vie privée demeurent essentielles pour démontrer l'homosexualité d'un suspect et la probabilité correspondante de commettre une " sodomie ".

Le droit à la vie privée est également garanti par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui stipule ce qui suit: " Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance."<sup>282</sup> Dans *Toonen c. Australie*, le Comité des droits de l'Homme a examiné si les dispositions du Code pénal de Tasmanie interdisant les rapports sexuels consensuels entre hommes adultes en privé enfreignaient le droit du requérant à la vie privée en vertu de l'article 17. Après avoir rejeté la justification de santé publique exposée ci-dessus, le Comité a refusé le fait que les questions morales étaient " exclusivement de préoccupation nationale".<sup>283</sup> Constatant que les dispositions en question ne constituaient pas une limitation " raisonnable " du droit du plaignant à la vie privée, le Comité a estimé que la loi de sodomie tasmanienne constituait une violation des droits que lui garantit l'article 17.<sup>284</sup>

La décision dans *Toonen* reflète l'analyse du Comité des droits de l'Homme énoncée dans l'Observation générale n° 16, soulignant que les actes autorisés par le droit interne peuvent toujours enfreindre les protections du Pacte concernant le respect de la vie privée: " Les 'ingérences arbitraires' peuvent également s'étendre aux ingérences prévues par la loi. L'introduction de la notion d'arbitraire vise à garantir que même les ingérences prévues par la loi soient conformes... au Pacte... et qu'elles soient raisonnables dans les circonstances particulières."<sup>285</sup> Même si une perquisition à domicile pour enquêter sur une sodomie était légale dans la loi tunisienne, une telle atteinte à la vie privée échouera probablement au critère de «caractère raisonnable» de *Toonen* et violera donc le Pacte.<sup>286</sup> Compte tenu du rejet par le Comité, de la santé et de la morale publiques en tant que justification de la criminalisation de l'homosexualité, il est difficile de savoir si le gouvernement tunisien pourrait invoquer un tel motif en vertu du Pacte pour défendre les perquisitions sur la base de l'article 230. Si la criminalisation de rapports sexuels consentis entre adultes en privé est en soi irraisonnable, la disposition ne peut en aucun cas justifier des atteintes à d'autres droits protégés par le Pacte.

Il est également intéressant de noter que le Comité des droits de l'Homme impose de strictes restrictions aux perquisitions effectuées sur des personnes, ainsi que de leurs biens ou de leur domicile. Le Comité a expliqué que " des mesures efficaces devraient garantir que ces fouilles sont effectuées d'une

manière compatible avec la dignité de la personne fouillée ".<sup>287</sup> Les examens anaux humiliants destinés à démontrer l'homosexualité ne sauraient être considérés comme conformes à la " dignité ". Le Comité a en outre noté que " les perquisitions du domicile d'une personne devraient être limitées à la recherche des preuves nécessaires et ne devraient pas être considérées comme du harcèlement ".<sup>288</sup> En effet, on ignore pourquoi la possession de vêtements ou de pornographie aurait une incidence sur l'engagement d'un individu dans la sodomie, de tels objets ne devraient pas être qualifiés de " preuves nécessaires ". Enfin, le Comité a déclaré que " les autorités publiques ne devraient pouvoir demander de telles informations relatives à la vie privée d'un individu que dans les cas où la connaissance de celles-ci est essentielle dans l'intérêt de la société comme compris par le Pacte."<sup>289</sup> Les détails des relations sexuelles consenties entre adultes dans l'espace privé de leur propre maison ne peut raisonnablement pas être interprétés comme une connaissance " essentielle " pour la société dans son ensemble.

À l'instar de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits humains, la Constitution tunisienne autorise certaines restrictions ou limitations aux droits qui y sont énoncés. L'article 49 de la Constitution tunisienne se lit comme suit : " Les limitations [aux droits et libertés garantis par la Constitution] ne sont mis en place que par la nécessité que demande un État civil démocratique et pour protéger les droits des tiers ou pour des raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de morale publique et avec le respect de la proportionnalité et de la nécessité de ces contrôles."<sup>290</sup> Étant donné que l'article 230 transgresse certains droits, notamment le droit à la vie privée, garantis par la Constitution, la question est de savoir si l'article 230 est conforme aux exigences de dérogation imposées par l'article 49. À ce sujet, Shams a spécifiquement soutenu que parce que l'article 230 criminalise les actes consentis " dans la sphère privée qui ne nuisent à personne et ne portent pas atteinte à l'ordre public, à la moralité publique ou à la santé publique ", il ne répond pas aux exigences de l'article 49.<sup>291</sup> <sup>292</sup> En d'autres termes, si le gouvernement tunisien peut sans aucun doute imposer des restrictions à des actions publiques, l'article 230 ne s'applique que dans le cas d'une activité sexuelle consentie entre adultes et en privé. Considérer un tel acte comme une menace pour la moralité publique ou la santé publique donnerait au gouvernement une énorme marge de manœuvre pour interférer dans la vie privée des individus.



#### d. Imprécision

Au-delà des préoccupations claires de droit constitutionnel et international discutées précédemment, l'article 230 souffre d'un problème fondamental d'imprécision. Comme indiqué plus haut, le texte français et le texte arabe se contredisent - alors que le premier interdit spécifiquement la " sodomie ", le second fait référence à l'homosexualité masculine et féminine (Liwat et Mousahaka). Deuxièmement, ni l'une ni l'autre version ne donne d'indication claire de ce que les termes ci-dessus couvrent exactement. La question de savoir si l'article 230 vise à criminaliser toute pénétration anale sans égard au sexe des parties ou s'il criminalise l'homosexualité en tant qu'orientation tant chez les femmes que chez les hommes relève entièrement de la considération du juge ou du policier en question.

Les tribunaux internationaux et nationaux, ainsi que les organes des droits humains reconnaissent, depuis longtemps, les dangers inhérents à des lois qui criminalisent des comportements spécifiques sans définir adéquatement l'infraction en question. La Cour suprême des États-Unis, par exemple, a démontré l'existence d'une jurisprudence de " vide pour imprécision " (void-for-vagueness), selon laquelle " les lois donnent à la personne d'intelligence ordinaire la possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit, afin de lui permettre de réagir comme il convient. " <sup>293</sup> De même, la Cour constitutionnelle sud-africaine a déclaré qu' " il incombe au législateur d'élaborer des directives précises s'il souhaite réglementer les contenus sexuellement explicites. " <sup>294</sup> Le fait de permettre l'interdiction des actes " obscènes ", " indécentes " ou " immoraux ", sans définir clairement ce qui relève de ces adjectifs, confère à l'exécutif un pouvoir démesuré de définir la loi, plutôt que de l'appliquer.

Bien qu'il soit clair que ni la jurisprudence sud-africaine ni la jurisprudence américaine n'ont de liens avec les tribunaux tunisiens, la Tunisie est un État partie au PIDCP et reste liée à ses dispositions. Le Comité des droits de l'Homme a interprété l'interdiction de la " détention arbitraire " comme imposant que " tout motif substantiel d'arrestation ou de détention doit être prescrit par la loi et doit être défini avec suffisamment de précision pour éviter toute interprétation ou application trop large ou arbitraire. " <sup>295</sup> Étant donné que l'article 230 diffère considérablement dans ses versions française et arabe et que le code pénal ne définit jamais la " sodomie ", Liwat ou Mousahaka, l'article 230 est clairement contraire au PIDCP. Toute arrestation en vertu de l'article 230 est, par définition, arbitraire, car personne ne peut dire avec certitude ce que la loi interdit exactement.



## IV. Conclusion

Malgré les progrès importants accomplis par la Révolution tunisienne, les arrestations et les poursuites pour violations de la loi sur la sodomie se poursuivent sans relâche. L'obtention de statistiques précises sur les cas relevant de l'article 230 reste un défi. Mais les avocats, les journalistes et les militants LGBTQ tunisiens font constamment référence à une hausse des arrestations au titre de l'article 230 après 2011, une tendance qui coïncide avec le développement rapide du mouvement LGBTQ tunisien. Compte tenu de la formulation ambiguë de la loi et des contradictions entre les versions française et arabe, la police, les procureurs et les juges ont une grande marge de manœuvre pour déterminer qui est arrêté et emprisonné pour des violations présumées de l'article 230.

Aucune des affaires relevant de l'article 230 et examinées dans le cadre de la recherche dans ce rapport ne concernait des individus surpris en flagrant délit. En règle générale, des hommes - il ne semble pas que des poursuites engagées contre des femmes au titre de l'article 230 soient connues du public - ont été mis en contact avec la police pour différent nombre de raisons. Dans certains cas, ils avaient l'intention de signaler un autre crime, de demander la protection d'un individu menaçant de lui faire du mal, ou simplement de porter plainte. Dans d'autres cas, des voisins ont appelé la police, qui a ensuite formulé des hypothèses sur l'homosexualité de l'individu, souvent sur la base d'une apparence prétendument efféminée ou les photos trouvées sur son téléphone portable. Après leur arrestation, les personnes soupçonnées d'avoir enfreint l'article 230 ont été victimes de violences physiques et verbales au poste de police, fréquemment suivies d'examen anaux traumatisants, dont les résultats ont ensuite été utilisés par le tribunal comme « preuve » de la sodomie.

Les avocats représentant des clients accusés d'avoir enfreint l'article 230 se retrouvent dans une situation difficile. Malgré l'illégalité flagrante de la loi sur la sodomie - en vertu de la Constitution tunisienne et du droit international -,

l'ARP n'a pas encore mis en place la Cour constitutionnelle légalement chargée de juger la constitutionnalité des lois. Ainsi, malgré l'attention internationale positive dont le pays a bénéficié pour sa constitution progressiste, la Tunisie continue d'appliquer toute une panoplie de lois anticonstitutionnelles.

En raison de l'impossibilité de contester constitutionnellement l'article 230, les avocats doivent plaider les affaires de sodomie sur la base des détails de l'affaire en question. Par exemple, les avocats peuvent plaider en faveur d'une lecture restrictive de l'article 230, affirmant que peu importe l'homosexualité de l'accusé, sa conduite ne constitue pas une sodomie. Étant donné que la police observe rarement, voire jamais, les hommes se livrant à des relations sexuelles anales, les avocats peuvent affirmer qu'il n'existe aucune preuve de la sodomie du suspect. Dans d'autres cas, les avocats peuvent affirmer que le tribunal devrait simplement refuser d'appliquer les dispositions anticonstitutionnelles du code pénal, étant donné que la Constitution, ainsi que les traités internationaux ratifiés par la Tunisie, sont clairement supérieurs aux lois nationales.

Si un procès de contestation de la légalité de l'article 230 doit attendre, l'anticonstitutionnalité de l'article sur la sodomie et son incompatibilité avec les obligations internationales de la Tunisie sont indiscutables. Criminaliser des personnes exclusivement sur la base de leur orientation sexuelle viole le principe d'égalité devant la loi, alors que le processus d'enquête et de recherche de preuves des violations de l'article 230 implique souvent la torture - sous la forme d'examen anaux - et des infractions au droit des individus à la vie privée. Par ailleurs, le texte de l'article 230 est trop vague et confère à la police et aux juges le pouvoir de définir le droit plutôt que de le faire respecter. En fin de compte, la Constitution tunisienne et les traités internationaux relatifs aux droits humains ratifiés par la Tunisie affirment clairement les principes de l'égalité, de protection devant la loi et du droit au respect de la vie privée et interdisent sans équivoque toute forme de torture. L'article 230, ainsi que d'autres vestiges du passé autoritaire de la Tunisie, n'ont aucune place dans l'avenir démocratique du pays.

## Références chapitre 2

<sup>188</sup> Interview avec Amir, Tunis le 11 janvier 2018. Pour des raisons de sécurité, "Amir" est un pseudonyme.

<sup>189</sup> Ibid.

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Interview avec Mounir Baatour, Président de Shams, Tunis le 8 janvier 2018.

<sup>195</sup> Interview avec Nadhem Oueslati, Président de NESS, Tunis le 4 janvier 2018.

<sup>196</sup> Interview avec Amna Guellali, Senior Tunisia and Algeria Researcher at Human Rights Watch, Tunis le 11 janvier 2018.

<sup>197</sup> Interview avec Fida Hammami, Amnesty International Tunisia Researcher, Tunis le 16 janvier 2018.

<sup>198</sup> Interview avec Amna Guellali, Senior Tunisia and Algeria Researcher at Human Rights Watch, Tunis le 11 janvier 2018.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Interview avec Monia Ben Hamadi, Rédactrice en chef de Inkyfada, Tunis le 11 janvier 2018.

<sup>201</sup> Farah Samti, "More Freedom, More Problems," 1 mai 2015, <http://foreignpolicy.com/2015/05/01/more-freedom-more-problems/> (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>202</sup> Interview avec Kerim Bouzouita, Membre de la Commission des Libertés Individuelles et de l'Égalité (COLIBE), Tunis le 4 janvier 2018.

<sup>203</sup> Interview avec Fida Hammami, Amnesty International Tunisia Researcher, Tunis le 16 janvier 2018.

<sup>204</sup> Le Code Pénal Tunisien, art. 226bis

<sup>205</sup> "Tunisie: Prison car il fume pendant le ramadan," Le Figaro, 6 décembre 2017,

<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/06/12/97001-20170612FILWWW00368-tunisie-prison-car-il-fume-durant-le-ramadan.php> (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>206</sup> Constitution tunisienne, art. 6

<sup>207</sup> Ibid.

<sup>208</sup> "Tunisie : quatre hommes condamnés à un mois de prison après avoir mangé et fumé dans un jardin public pendant le Ramadan," Jeune Afrique, 1 juin 2017, <http://www.jeuneafrique.com/444230/societe/tunisie-quatre-hommes-condamnes-a-mois-de-prison-apres-mange-fume-jardin-public-pendant-ramadan/> (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>209</sup> Coalition tunisienne des droits des personnes LGBTQI, "Rapport des parties prenantes : Examen Périodique Universel de la Tunisie, Mai 2017," <https://www.fichier-pdf.fr/2017/02/22/rapport-upr-lgbt/rapport-upr-lgbt.pdf> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>210</sup> Rihab Boukhayatia, "Tunisie: À quand une mise en place de la Cour constitutionnelle? Les expériences italienne et allemande comme exemple," HuffPost Maghreb, 4 avril 2017, [https://www.huffpostmaghreb.com/2017/04/21/tunisie-cour-constitution-n\\_16145500.html](https://www.huffpostmaghreb.com/2017/04/21/tunisie-cour-constitution-n_16145500.html) (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>211</sup> Syrine Attia, "Tunisie: Pourquoi l'élection des membres de la Cour constitutionnelle patine," Jeune Afrique, 16 mars 2018, <https://www.jeuneafrique.com/542923/politique/tunisie-pourquoi-lelection-des-membres-de-la-cour-constitutionnelle-patine/> (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>212</sup> Constitution tunisienne Article 148(5)

<sup>213</sup> Interview avec Monia Ben Hamadi, Rédactrice en chef de Inkyfada, Tunis le 11 janvier 2018.

<sup>214</sup> Bien qu'il ait fait l'objet de certaines révisions depuis sa promulgation initiale, le code de 1913 demeure en vigueur.

<sup>215</sup> "Béji Caid Essebsi annonce la création de la commission des libertés individuelles et de l'égalité présidée par la députée Bochra Belhaj Hmida," HuffPost Maghreb, 13 août 2017, [https://www.huffpostmaghreb.com/2017/08/13/beji-caid-essebsi-commiss\\_n\\_17744400.html](https://www.huffpostmaghreb.com/2017/08/13/beji-caid-essebsi-commiss_n_17744400.html) (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>216</sup> Interview avec Kerim Bouzouita, Membre de la Commission des Libertés Individuelles et de l'Égalité (COLIBE), Tunis le 4 janvier 2018.

<sup>217</sup> Ibid. Dans l'interview, menée près de six mois avant la publication du rapport, Bouzouita a mentionné que le travail de la COLIBE était potentiellement limité par les réformes tant attendues du code pénal. Bien qu'un comité technique relevant du Ministère de la justice soit chargé de réformer le Code pénal, rien n'indique qu'il publiera bientôt ses recommandations.

<sup>218</sup> Tim Fitzsimmons, "Tunisian Presidential Committee recommends decriminalizing homosexuality," NBC News, 15 juin 2018, <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/tunisien-presidential-committee-recommends-decriminalizing-homosexuality-n883726/> (consulté le 17 novembre 2018).

<sup>219</sup> Rapport COLIBE, 12 juin 2018, <https://colibe.org/wp-content/uploads/2018/06/Rapport-COLIBE.pdf> (consulté le 27 décembre 2018).

<sup>220</sup> Tim Fitzsimmons, "Tunisian Presidential Committee Recommends Decriminalizing Homosexuality," NBC News.

<sup>221</sup> Bien que le rapport contienne une deuxième option - une amende de 500 dinars (environ 180 \$) - la présidente de la COLIBE, Bochra Bel Hadj Hamida, a clairement indiqué que les principales recommanda-

tions de la commission étaient l'abrogation pure et simple de l'article 230.

<sup>222</sup> "Tunisia's President Vows to Give Women Equal Inheritance Rights," Al Jazeera, 13 août 2018, <https://www.aljazeera.com/news/2018/08/tunisia-president-vows-give-women-equal-inheritance-rights-180813172138132>. (consulté le 27 décembre 2018).

<sup>223</sup> Les descriptions des sept cas ci-dessous sont toutes tirées de deux entretiens avec Mounir Baatour, réalisés respectivement en janvier et mai 2018. Tous les noms des clients ont été changés.

<sup>224</sup> Interview avec Hayet Jazzar, avocate et membre de l'Association Tunisienne des Femmes Démocrates, Tunis le 16 mai 2018.

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Interview avec Mounir Baatour, Président de Shams, Tunis le 14 mai 2018.

<sup>227</sup> Interview avec Elissa, Tunis le 9 janvier 2018.

<sup>228</sup> Ibid.

<sup>229</sup> Interview avec Mounir Baatour, Président de Shams, Tunis le 14 mai 2018.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> Interview avec Hayet Jazzar, avocate et membre de l'Association Tunisienne des Femmes Démocrates, Tunis le 16 mai 2018.

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> Interview avec Amna Guellali, Senior Tunisia and Algeria Researcher à Human Rights Watch, Tunis le 11 janvier 2018.

<sup>236</sup> Interview avec Antonio Manganello, Tunisia Country Director à Avocats sans Frontières, Tunis le 15 janvier 2018.

<sup>237</sup> Human Rights Watch, "Tunisia: Lax Enforcement of Right to a Lawyer," 1 juin 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/01/tunisia-lax-enforcement>

right-lawyer (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>238</sup> Human Rights Watch, "Tunisia: Lax Enforcement of Right to a Lawyer," 1 juin 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/01/tunisia-lax-enforcement-right-lawyer> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>239</sup> Interview avec Antonio Manganello, Tunisia Country Director à Avocats sans Frontières, Tunis le 15 janvier 2018.

<sup>240</sup> Human Rights Watch, "Tunisia: Lax Enforcement of Right to a Lawyer," 1 juin 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/01/tunisia-lax-enforcement-right-lawyer> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>241</sup> Human Rights Watch, "Tunisia: Lax Enforcement of Right to a Lawyer," 1 juin 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/01/tunisia-lax-enforcement-right-lawyer> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>242</sup> Human Rights Watch, "Tunisia: Lax Enforcement of Right to a Lawyer," 1 juin 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/01/tunisia-lax-enforcement-right-lawyer> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>243</sup> Navi Pillay, forward to "Born Free and Equal," UN Human Rights Office of the High Commissioner, HR/PUB/12/06 (2012), <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf> (consulté le 27 décembre 2018) p.6.

<sup>244</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Born Free and Equal," HR/PUB/12/06 (2012), p.9.

<sup>245</sup> Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted December 10, 1948, G.A. Res. 217A(III), U.N. Doc. A/810 at 71 (1948). The UDHR constitutes the primary UN document laying out human rights norms and standards. While not binding, it is highly authorita-

ive, and constitutes customary international law. The UDHR is part of the International Bill of Human Rights

<sup>246</sup> Human Rights Council, "Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity," Resolution 17/19, A/HRC/RES/17/19.

<sup>247</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Born Free and Equal," p.9.

<sup>248</sup> Human Rights Council, "Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity," Resolution 27/32, A/HRC/RES/27/32.

<sup>249</sup> Human Rights Council, "Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity, Resolution 32/2, A/HRC/RES/32/2.

<sup>250</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Born Free and Equal."

<sup>251</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted December 16, 1966, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976, ratified by Tunisia on April 30, 1968.

The International Covenant on Civil and Political Rights is a key international human rights treaty that lays out a range of protections for civil and political rights—Tunisia ratified the Covenant without reservations in 1969.

<sup>252</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Born Free and Equal," p.5.

<sup>253</sup> Constitution tunisienne, art. 21. Plus de détails dans : Tunisian Coalition for the Rights of LGBTQI People, "Stakeholders Report: Universal Periodic Review of Tunisia, May 2017," <https://www.fichier-pdf.fr/2017/02/22/rapport-upr-lgbt/> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>254</sup> Interview avec Kerim Bouzouita, Membre de la Commission des <sup>Libertés</sup> Individuelles

et de l'Égalité (COLIBE), Tunis le 4 janvier 2018.

<sup>255</sup> L'article 20 de la Constitution tunisienne stipule que «les conventions internationales approuvées et ratifiées par l'Assemblée

des représentants du peuple ont un statut supérieur aux lois et inférieur à la Constitution ».

Ainsi, en vertu de la Constitution tunisienne, l'article 230 - une disposition du code pénal sans fondement constitutionnel - a un statut inférieur aux accords internationaux ratifiés par le Parlement. Les engagements juridiques internationaux interdisant la criminalisation de l'homosexualité devraient prévaloir sur l'article 230

<sup>256</sup> UDHR Article 7, ICCPR Article 2.

<sup>257</sup> Projet de loi présenté par Shams au Parlement tunisien visant à éliminer l'article 230 du Code pénal

<sup>258</sup> ICCPR, art. 2(1).

<sup>259</sup> Human Rights Committee, View: Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 31 mars 1994, para. 8.7.

<sup>260</sup> African Charter on Human and People's Rights, Article 2

<sup>261</sup> Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity, African Commission on Human and People's Rights

<sup>262</sup> ICCPR, art. 11.

<sup>263</sup> Human Rights Committee, Toonen v. Australia, para. 8.5.

<sup>264</sup> Constitution Tunisienne, Article 23

<sup>265</sup> ICCPR, Article 7

<sup>266</sup> Ibid., art. 4.

<sup>267</sup> Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 31st Session of the Human Rights Council

<sup>268</sup> The Committee against Torture is a UN Treaty body

tasked with monitoring compliance with and interpreting the Convention against Torture. The United Nations Convention against Torture is an international human rights treaty that prohibits torture, as well as inhuman or degrading treatment or punishment. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Convention against Torture), adopted December 10, 1984, G.A. res. 39/46, annex, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) at 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984), entered into force June 26, 1987, ratified by Tunisia on September 23, 1988. Tunisia ratified the Convention against Torture with no reservations.

<sup>269</sup> CAT 2016 Report on Tunisia

<sup>270</sup> Ibid.

<sup>271</sup> Ibid., para. 42.

<sup>272</sup> Amnesty International, "Amnesty International Urges Tunisia to End Impunity for Security Forces," 21 septembre 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3071432017ENGLISH.pdf> (consulté le 27 décembre 2018).

<sup>273</sup> Interview avec Dr. Ines Derbel, psychiatre et sexologue, Tunis le 10 janvier 2018.

<sup>274</sup> Ibid.

<sup>275</sup> Ibid.

<sup>276</sup> Ibid.

<sup>277</sup> Constitution tunisienne, Article 24

<sup>278</sup> Human Rights Watch, "Tunisia : Men Prosecuted for Homosexuality," 29 mars 2016, <https://www.hrw.org/news/2016/03/29/tunisia-men-prosecuted-homosexuality> (consulté le 26 décembre 2018).

<sup>279</sup> Interview avec Brahim et Skander, Tunis le 10 janvier 2018.

<sup>280</sup> Human Rights Watch, "Tunisia : Men Prosecuted for Homosexuality."

<sup>281</sup> Ibid

<sup>282</sup> ICCPR, art. 17

<sup>283</sup> Human Rights Committee,

Toonen v. Australia, para. 8.6.

<sup>284</sup> Ibid.

<sup>285</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 16, Right to Privacy, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) (1988) para. 4

<sup>286</sup> Human Rights Committee, Toonen v. Australia, para. 8.6.

<sup>287</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 16, para. 8.

<sup>288</sup> Ibid.

<sup>289</sup> Ibid.

<sup>290</sup> Constitution Tunisienne, Article 49

<sup>291</sup> Projet de loi présenté par Shams au Parlement tunisien visant à éliminer l'article 230 du Code pénal

<sup>292</sup> Il convient en outre de noter que l'article 230 n'atteint pas non plus le seuil de dérogation prévu à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : "En cas de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation et dont l'existence est officiellement proclamée, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations que leur impose le présent Pacte".

<sup>293</sup> Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104, 108-9.

<sup>294</sup> Case & Anor, v. Minister of Safety and Security & Ors, 1996 (5) BCLR 609 (Constitutional Court of South Africa), para. 63

<sup>295</sup> HRC, General Comment No. 35, Para. 22



# Le mouvement LGBTQ tunisien

## Une force politique émergente

Le soir du 15 janvier 2018, environ deux cents personnes se sont rassemblées au centre-ville de Tunis pour célébrer un événement historique, le premier festival du film queer en Afrique du Nord. Organisé par Mawjoudin (" Nous Existons "), l'une des quatre organisations LGBTQ officiellement reconnues en Tunisie, douze films produits au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, ont été projetés lors de ce festival de quatre jours.<sup>296</sup> Dans une ambiance festive, les Tunisiens LGBTQ et leurs alliés se sont regroupés dans différents lieux à Tunis - sans communication externe, pour des raisons de sécurité - pour regarder des films centrés sur des questions de " genre et sexualité non normatifs ".<sup>297</sup> Ahmed, un lycéen tunisien qui a assisté au festival le 16 janvier, a expliqué avec enthousiasme qu'il avait séché les cours pour y être – " Un festival du film queer en Tunisie ? C'est incroyable ! "<sup>298</sup>

Si le festival du film queer de Mawjoudin témoigne de l'audace et de la détermination croissantes des militants LGBTQ tunisiens, un tel événement était à peine imaginable il y a quelques années. Senda Ben Jebara, membre du bureau exécutif de Mawjoudin et l'une des organisatrices du festival, a expliqué que " avant cette année, il n'était pas possible de penser à un festival du film queer pour des raisons de sécurité ".<sup>299</sup> Citant les réalisations récentes des militants LGBTQ tunisiens lors de l'Examen périodique universel de mai 2017 où un représentant du gouvernement tunisien a reconnu officiellement et

pour la première fois que la discrimination basée sur l'orientation sexuelle est inconstitutionnelle - Ben Jabara nota que 2018 était " le moment parfait " pour le festival du film queer.<sup>300 301</sup> Islem Mejri, ancien responsable du plaidoyer et de la communication à Mawjoudin, a souligné l'importance symbolique de l'événement : " Avoir un festival du film queer est important. Je suis si fier d'avoir non seulement un festival du film queer en Afrique du Nord, mais aussi de voir des personnes LGBTQI se rassembler, revendiquer leurs propres espaces et défier la dynamique du pouvoir de la manière la plus sublime qui soit - à travers l'art et le cinéma. "<sup>302</sup>

Bien que le festival du film queer de Mawjoudin marque explicitement une première importante en Tunisie, il s'inscrit dans une tendance plus large. Depuis la Révolution de 2011, un nombre croissant d'organiseurs et de militants LGBTQ tunisiens ont créé des organisations, accueilli des festivals artistiques et culturels, se sont adressés au grand public tunisien à la télévision et à la radio, ont formé des alliances avec des groupes de la société civile tunisienne et des organisations internationales des droits humains, soumis des rapports aux institutions des Nations Unies et fourni des services juridiques et autres aux personnes LGBTQ tunisiennes. Si l'augmentation apparente des arrestations sur la base de l'article 230 au cours des dernières années se distingue comme un élément marquant de l'histoire récente de la Tunisie, la naissance d'un mouvement LGBTQ diversifié, courageux et de plus en plus visible, représente, elle, une réalisation cruciale après la Révolution. En ce qui concerne la législation sur la sodomie, la position des défenseurs tunisiens LGBTQ est claire : la Tunisie " doit abroger immédiatement l'article 230 ".<sup>303</sup>

Ce document ne prétend en aucun cas retracer l'histoire complète du mouvement LGBTQ tunisien. Mais un certain nombre d'entretiens avec des militants tunisiens, des alliés internationaux, des journalistes, des membres de la société civile tunisienne, des diplomates étrangers et d'autres personnes a mis la lumière sur des éléments importants de son développement et la myriade d'efforts entretenus pour défendre les droits des personnes LGBTQ, changer les attitudes culturelles et réformer une législation cruelle et inconstitutionnelle. Et si les militants LGBTQ n'ont pas encore réussi à abroger l'article 230, ou d'autres éléments de l'arsenal législatif tunisien utilisés contre la communauté LGBTQ, l'influence croissante du mouvement offre quelques raisons de se montrer optimistes.

Avant la Révolution de 2011, aucune organisation LGBTQ reconnue n'existait en Tunisie. Mais lorsqu'on leur a demandé de décrire les débuts du mouvement LGBTQ tunisien, plusieurs militants LGBTQ ont parlé du début des années 2000 et de l'avènement de l'Internet et des réseaux sociaux. Les forums en

ligne et les sites de rencontres ont permis aux Tunisiens LGBTQ de tout le pays de faire connaissance, une étape importante étant donné l'absence d'espaces physiques sûrs et sécurisés où les Tunisiens LGBTQ pourraient se réunir. Comme l'explique Youssef, un militant LGBTQ tunisien vivant actuellement en Europe, Internet a créé " une mini société LGBT, où nous avons utilisé de faux noms et de faux profils sur Facebook ".<sup>304</sup> Mais alors que les réseaux sociaux et les sites de rencontres commençaient à gagner en popularité, les Tunisiens LGBTQ ont été confrontés à un grave problème. " Depuis 2002, les gens ont commencé à créer de faux profils sur les sites de rencontres ", explique Badr Baabou, président de Damj, l'une des associations LGBTQ officiellement reconnues en Tunisie, " et certaines personnes ont commencé à faire du chantage aux personnes LGBTQ pour avoir de l'argent. Nous pensions que certains d'entre eux étaient des policiers. Ceux qui refusaient de payer, ou qui n'avaient pas les moyens, ont vu leur orientation sexuelle divulguée publiquement, sans leur consentement. "<sup>305</sup> En conséquence, un certain nombre de Tunisiens LGBTQ ont été rejetés par leur famille et forcés de quitter leur foyer, ce qui a conduit beaucoup d'entre eux à fuir leurs villes natales pour s'établir à Tunis. Selon Baabou, " la majorité d'entre eux étaient âgés entre 18 et 20 ans, et dormaient dans la rue sur l'avenue Habib Bourguiba, au centre-ville de Tunis. Un groupe d'amis et moi en avons amené quelques-uns pour dormir dans notre appartement, et avons fini par comprendre que nous devons faire quelque chose pour faire face à la situation. "<sup>306</sup> Il a expliqué que leur appartement, connu sous le nom d'"Appartement 19", est devenu largement connu dans la communauté gay tunisienne comme un " lieu de rassemblement central et un espace de solidarité intracommunautaire ", dans lequel un grand nombre de Tunisiens LGBTQ se soutiennent mutuellement, notamment en fournissant de la nourriture, des vêtements et d'autres choses nécessaires aux personnes forcées de quitter leurs maisons.<sup>307</sup> Pour Baabou, " ce fut le début d'un esprit de communauté, car les gens commençaient à sentir l'appartenance à un groupe et cherchaient à participer et à s'entraider. "<sup>308</sup>

L'essor des réseaux sociaux et l'apparition d'espaces comme l'Appartement 19 doivent être pris en compte afin de comprendre la dynamique de l'activisme LGBTQ en Tunisie avant 2011. Cependant, des années avant que l'État n'autorise la création d'organisations LGBTQ officielles, l'Association tunisienne de lutte contre les maladies sexuellement transmissibles et le SIDA (ATL) offrait une opportunité aux personnes souhaitant travailler sur des problèmes auxquels fait face la communauté LGBTQ. Issam Gritli, chargé de programme " populations clés " chez ATL, explique que depuis 2005, ATL " travaille sur un programme destiné aux hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes. Nous offrons un certain nombre de services, y compris le dépistage des IST, le soutien social, les préservatifs, le lubrifiant et

l'information. Pour ceux qui font face à la discrimination ou à des poursuites judiciaires, nous offrons un soutien juridique. "<sup>309</sup> Avant 2011, ATL a axé son travail sur la " santé sexuelle " plutôt que sur l'orientation sexuelle : " Avant, on ne parlait pas d'homosexualité, maintenant on en parle librement. "<sup>310</sup> ATL, souligne Gritli, a été une " organisation pionnière ", formant de nombreux militants travaillant actuellement dans les quatre associations LGBTQ tunisiennes, " dont certains ont d'abord bénéficié des services de l'ATL ".<sup>311</sup> Bochra Triki, présidente de Chouf, l'une des quatre organisations LGBTQ officiellement reconnues en Tunisie, a également noté qu'avant 2011, " ceux qui voulaient militer autour des questions LGBTQ devaient le faire à travers ATL. "<sup>312</sup>

Mais si l'ATL permettait aux individus de travailler sur certaines questions auxquelles est confrontée la communauté LGBTQ, l'activisme en faveur des droits des LGBTQ demeurerait hors de portée. Selon Nadhem Oueslati, " avant la révolution, il était impossible de parler de questions de droits, pas seulement dans la communauté [LGBTQ]. Tous ceux qui voulaient parler de leurs droits auraient été réprimés. "<sup>313</sup>

En 2019, la question des droits LGBTQ a été largement abordée par d'autres organisations LGBTQ comme Damj, Chouf, Mawjoudin et Shams. Mais pour Oueslati, il est important de se rappeler qu'ATL a déjà servi de " locomotive " au mouvement LGBTQ.<sup>314</sup>

Comme indiqué plus haut, il est difficile de savoir dans quelle mesure l'article 230 a été appliqué avant la Révolution, ou de trouver des statistiques précises concernant le nombre d'arrestations et de poursuites visant les Tunisiens et militants LGBTQ. Mais en 2008, les Tunisiens LGBTQ ont subi une vague d'arrestations, au cours de laquelle la police a semblé cibler intentionnellement des espaces connus comme des lieux de drague LGBTQ. Selon Badr Baabou, " Plusieurs arrestations ont eu lieu sur l'avenue Habib Bourguiba, ou à la suite de descentes policières dans certains hammams (bains publics), cafés et bars avec un grand nombre de personnes LGBTQ "<sup>315</sup> Travaillant avec un petit groupe de militants qui formeront plus tard le noyau de Damj, Baabou a cherché à retracer les différentes arrestations et les affaires judiciaires correspondantes, et à recueillir des fonds pour assurer aux détenus une représentation légale. Décrivant ses efforts, Baabou a noté qu' " il était très difficile de trouver des avocats prêts à aider en ce moment ; nous avons trouvé 1 à 2 avocats maximum. Mais les membres de la communauté LGBTQ ne savaient pas qu'il y avait un groupe de militants qui offraient leur soutien. Les avocats passaient leur temps devant les tribunaux à chercher des affaires liées à l'orientation sexuelle et à offrir leurs services. "<sup>316</sup> Deux ans plus tard, en 2010, Damj a

déposé une demande de reconnaissance officielle auprès du gouvernement - leur demande a été rejetée, catégoriquement, par les autorités tunisiennes. Depuis la Révolution de 2011 et le renversement du régime de Ben Ali, Damj a profité du contexte post-révolutionnaire pour faire une nouvelle demande de reconnaissance officielle, cette fois avec l'assistance d'un avocat et d'un notaire.

Malgré le succès de la demande de Damj, les organisations et les militants LGBTQ ont continué de travailler dans un environnement hostile. Joachim Paul, qui était alors directeur du bureau de Tunis de la Fondation Heinrich Boll, a décrit le challenge de travailler sur les questions LGBTQ, les premières années qui ont suivi la Révolution : " Nous avons eu quelques réunions avec Damj en 2012 et 2013, mais tout était informel et semi-clandestin - il était important que personne ne sache où nous nous réunissions, et que nous ne devrions pas garer la voiture devant le lieu du rendez-vous. Nous n'avons pas dépensé d'argent, ni fourni de financement. <sup>317</sup> Au cours de cette période, Paul se souvient que de nombreuses personnes ont exprimé la crainte que le travail sur les questions LGBTQ " puisse déclencher une contre-réaction ".<sup>318</sup> Même les politiciens progressistes, a-t-il noté, ont mis en garde Heinrich Boll contre le fait de travailler sur les droits des LGBTQ ou de s'associer à des militants LGBTQ, arguant que cela pourrait donner aux politiciens islamistes " un prétexte pour aller contre nous, avec pour devise "l'Ouest tente d'imposer une politique occidentale à une société nord-africaine musulmane. "<sup>319</sup>

Néanmoins, dans les années qui ont suivi, trois autres organisations tunisiennes de défense des droits des LGBTQ ont fait une demande de reconnaissance officielle. Chouf, une organisation féministe LBT (lesbienne, bisexuelle, transsexuelle), a reçu l'approbation du gouvernement en 2013. Selon Bochra Triki, Chouf concentre ses efforts sur les problèmes auxquels sont confrontées toutes les personnes qui s'identifient en tant que femmes, en particulier celles qui ont une sexualité non normative. Parlant des origines de Chouf, Triki a souligné que les organismes LGBTQ accordent souvent la priorité aux problèmes auxquels font face les personnes gays plutôt qu'aux défis auxquels font face les lesbiennes, les personnes transgenres et autres : " Vous pouvez être un homme gay, cisgenre et continuer à appliquer le patriarcat contre les femmes... nous avons décidé d'être autonomes, indépendantes, d'avoir une organisation qui travaille sur les problèmes auxquels on fait face, qui sont souvent différents que ceux auxquels font face les hommes gays. "<sup>320</sup> Sur le plan tactique, elle précise que Chouf concentre souvent ses efforts sur des événements artistiques et culturels, notamment Chouftouhouna, un festival annuel d'arts féministes qui a lieu au centre-ville de Tunis, et une tournée de films qui se déroule dans des foyers, des refuges, des prisons et d'autres endroits en Tunisie.<sup>321</sup>

Mawjoudin, le groupe qui a organisé le festival du film queer mentionné ci-dessus, a reçu l'autorisation officielle en 2015. Selon Islem Mejri, l'organisation a cherché à créer une " nouvelle identité sur la scène LGBTQ tunisienne ", en se concentrant sur " l'approche culturelle, l'approche sociale et l'approche juridique ".<sup>322</sup> Au moment de la formation de Mawjoudin, Mejri soulignait que l'organisation visait à " organiser des événements de développement communautaire. Nous voulions rassembler la communauté queer, faire en sorte que les gens se connaissent, qu'ils ne se sentent pas seuls. "<sup>323</sup>

Senda Ben Jebara, membre du bureau exécutif de Mawjoudin, a expliqué que le groupe " se focalise sur le développement communautaire LGBTQ. Nous croyons que c'est notre rôle dans cette société, de rassembler les gens, de les aider à se renforcer. "<sup>324</sup> Toutefois, elle a précisé que, ces dernières années en particulier, Mawjoudin a intensifié ses efforts, notamment en menant des campagnes nationales de plaidoyer et en fournissant des conseils aux Tunisiens LGBTQ. En référence à un projet spécifique appelé LILO (looking in, looking out), elle a souligné l'importance des efforts de Mawjoudin pour " nous aider à nous accepter comme personnes LGBTQ dans un environnement très hostile, et à apprendre à compter sur les gens de notre communauté. "<sup>325</sup>

Shams, la plus récente organisation LGBTQ tunisienne à avoir été officiellement reconnue, a commencé ses activités en 2015. Contrairement à Damj, Chouf et Mawjoudin, Shams s'est officiellement présentée comme une association LGBTQ dans sa candidature au gouvernement, suscitant une large couverture médiatique et une vive réaction de rejet. Depuis sa création controversée, Shams a maintenu une exposition médiatique constante, tant en Tunisie qu'à l'étranger. Le président de Shams, Mounir Baatour, a expliqué que " notre stratégie, depuis le début, a été l'exposition. Notre page Facebook compte des dizaines de milliers de membres et les médias couvrent nos publications. Beaucoup critiquent Shams pour avoir adopté une stratégie de " choc ", mais nous croyons que c'est ce qui marche. Nous avons réussi à soulever la question de l'homosexualité dans la société tunisienne - elle est devenue un sujet de débat.<sup>326 327</sup> Cette stratégie, se traduit, depuis longtemps au travers des actions de Shams, dès la création de la première station de radio LGBTQ en Tunisie, jusqu'aux apparitions publiques dans les programmes télévisés populaires tunisiens, en passant par le plaidoyer médiatique autour de l'article 230. "<sup>328</sup> La stratégie de communication de Shams a attiré l'attention des organisations internationales ainsi que de nombreuses critiques, à la fois aux yeux du grand public tunisien et au sein du mouvement LGBTQ tunisien.

En décrivant le développement du mouvement LGBTQ en Tunisie, les militants LGBTQ tunisiens, les représentants des ONG, les journalistes et les officiels des ambassades étrangères ont mis l'accent sur deux affaires,

très médiatisées, sur la base de l'Article 230 dont il est question au chapitre I : Marwan et les Six de Kairouan. Dans les deux cas, la police a arrêté des hommes tunisiens d'une vingtaine d'années et les a brutalisés au poste de police avant de les soumettre à un examen anal. Les procureurs ont par la suite rassemblé les éléments de preuve des examens anaux lors des procès qui ont suivi, au cours desquels Marwan a été condamné à un an de prison et les six étudiants de Kairouan à trois ans de prison et à cinq ans de bannissement de la ville. L'annonce de ces deux verdicts a suscité d'énormes protestations dans la société civile tunisienne ainsi qu'une attention médiatique dans le monde entier, alors que les militants LGBTQ tunisiens et leurs alliés se sont mobilisés au nom des accusés.

Ces deux affaires, et les réactions efficaces des organisations LGBTQ tunisiennes et de la société civile tunisienne en général, représentent des moments critiques dans le développement du mouvement LGBTQ en Tunisie. Plusieurs organisations LGBTQ ont lancé des campagnes médiatiques, exigeant que l'État " libère Marwan " et abolisse les examens anaux. Selon Amna Guellali, " il y a eu des réactions très claires et fortes après ces affaires, ainsi que des communiqués de presse communs publiés par les différentes associations. Je pense que cela a vraiment représenté un tournant. Ça a déclenché l'indignation. "<sup>329</sup> Joachim Paul a également qualifié les procès de Marwan et des six de Kairouan de " tournant ", soulignant la couverture médiatique sans précédent de ces deux affaires : " C'était vraiment dans les médias. Je me souviens d'avoir écouté les différentes stations de radio, y compris les stations de radio locales comme Mosaique et Shams - c'était tout le temps sur l'antenne. Dans l'affaire [Marwan], il y a eu une enquête criminelle contre lui, alors qu'il n'avait rien à voir avec le crime. C'était quelque chose de totalement fausse, et beaucoup de gens pouvaient, d'une manière ou d'une autre, s'identifier à lui. Les jeunes, très souvent, voient la police comme leur adversaire, comme le " tyran ", leur ennemi dans la rue. Donc, tout cela a mobilisé une certaine sympathie, et les gens pouvaient s'identifier aux jeunes qui étaient maltraités par la police - c'était un facteur de motivation. "<sup>330</sup>

Les journalistes ont confirmé l'importance de la couverture médiatique de ces deux affaires, et la façon dont les deux poursuites ont attiré l'attention du public sur l'article 230, les examens anaux et la discrimination juridique plus large contre la communauté LGBTQ. Rihab Boukhatia, journaliste qui a couvert les deux procès pour le Huffington Post, a déclaré : " Nous avons commencé à écrire sur Shams, et puis il y a eu le cas de Marwan et des 6 jeunes de Kairouan. La question de l'article 230 a commencé à être de plus en plus discutée. "<sup>331</sup> Monia Ben Hamadi a également noté que " l'affaire Marwan a été extrêmement médiatisée, " <sup>332</sup> tout comme l'a fait un diplomate occidental en poste à Tunis qui a beaucoup travaillé avec les associations LGBTQ de Tunisie : " L'article 230 est devenu une affaire publique après 2015, après les affaires de Marwan et des

Six de Kairouan. Ils ont été largement couverts par les ONG et les médias. Les diplomates sont devenus très conscients de la question. " <sup>333</sup>

Outre le raccourcissement spectaculaire des deux peines en appel, la mobilisation autour des affaires Marwan et les six de Kairouan a sans doute conduit à plusieurs autres victoires symboliques importantes. Après avoir reçu plusieurs plaintes concernant des propos homophobes à la télévision, la Haute Autorité tunisienne indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA) a lancé le 26 octobre 2015 un avertissement officiel contre une chaîne de télévision pour propos homophobes. <sup>334</sup> Cet avertissement a probablement constitué la première réaction officielle d'une institution publique mandatée par la Constitution au sujet de la violence contre la communauté LGBTQ. En ce qui concerne les déclarations qui méritaient l'avertissement, le président de la HAICA, Hichem Snoussi, a été ferme : " Ceci est considéré comme une faute professionnelle. On a suivi dans ces cas-là le principe de la gradation des peines. En cas de récidive la sanction sera plus lourde. "<sup>335 336</sup>

Plus important encore, le Conseil national tunisien de l'Ordre des médecins (CNOM) s'est clairement prononcé contre les examens anaux. Le 28 septembre 2015, le CNOM a fait une déclaration publique dans laquelle il se disait être " profondément préoccupé par la condamnation d'un citoyen tunisien pour homosexualité sur la foi d'une expertise médicale. "<sup>337</sup> Le CNOM a clarifié sa position le 3 avril 2017 : " L'ordre des médecins, garant du respect de l'éthique médicale, condamne fermement tout examen médical non justifié et/ou portant atteinte à la dignité et à l'intégrité physique ou mentale de la personne examinée. "<sup>338</sup> Selon Mounir Baattour, il existe un nombre croissant de médecins qui " refusent systématiquement " de pratiquer l'examen anal. <sup>339</sup>

La réaction la plus notable du gouvernement est peut-être venue du ministre de la Justice de l'époque, Mohamed Salah Ben Aïssa. Quelques jours après la condamnation initiale de Marwan, Ben Aïssa a appelé à l'abrogation de l'article 230, affirmant qu' " après l'adoption de la nouvelle constitution, il n'est plus acceptable de violer les libertés individuelles, la vie privée ou les choix personnels, y compris les choix sexuels. "<sup>340</sup> Bien que le président Essebsi se soit rapidement distancié du ministre de la Justice, notant que Ben Aïssa ne parlait " que pour lui-même " et niait la possibilité que la Tunisie décriminaliserait l'homosexualité, qu'un haut fonctionnaire du gouvernement admette l'inconstitutionnalité de l'article 230 marque une première importante. <sup>341</sup>

Dans les années qui ont suivi les mobilisations de masse autour de Marwan et des Six de Kairouan, les groupes LGBTQ tunisiens ont intensifié leurs efforts en organisant des événements culturels plus importants, en menant des activités de lobbying et de plaidoyer et en nouant des alliances plus fortes

avec la société civile tunisienne en général. Chouf, par exemple, a commencé à organiser un festival d'art féministe annuel, Chouftouhouna, en 2015. Depuis sa création, Chouftouhouna a connu une croissance régulière - en 2017, la troisième édition a réuni plus d'une centaine d'artistes et de militants de cinquante pays, et a comporté des projections de films, des performances artistiques, des panels politiques et des représentations.<sup>342</sup> Dora Mongalgi, membre de Chouf impliquée dans la planification de Chouftouhouna, a souligné que si Chouftouhouna " est un festival artistique... avec un objectif; ce n'est pas simplement un festival. "<sup>343</sup> Chouftouhouna, a-t-elle fait remarquer, est une forme d'" artivisme ", qui s'inscrit dans l'effort de Chouf en vue de créer des " espaces communautaires " indispensables et de soutenir les femmes sur le chemin vers " leur indépendance économique ".<sup>344</sup>

De plus, en tant que festival artistique, Chouftouhouna vise à attirer ceux qui n'assisteraient pas en temps normal à un événement qui serait typiquement LGBTQ ou féministe. Comme l'explique Bochra Triki, " les événements artistiques et culturels touchent un public beaucoup plus large. Lorsque nous organisons un festival artistique, gratuit et ouvert au public, nous verrons des gens qui ne s'intéressent normalement pas à la cause LGBTQ ou féministe y assister, pour peut-être un artiste qu'ils veulent voir. Quand ils arriveront, ils verront des films, des panels, qui traiteront de ces questions, ce qui les forcera à réfléchir. "<sup>345</sup>

Plusieurs organisations LGBTQ ont travaillé sur la question critique de la sensibilisation au sein de la communauté LGBTQ tunisienne. Damj, par exemple, a développé et distribué un "Guide de sécurité" détaillé pour les Tunisiens LGBTQ.<sup>346</sup> La brochure, qui fournit aux Tunisiens LGBTQ des conseils détaillés sur leurs droits et protections juridiques, la sécurité numérique et la santé sexuelle et mentale, est disponible gratuitement en téléchargement. Étant donné que les organisations LGBTQ tunisiennes sont toutes situées à Tunis, la brochure en ligne permet à Damj d'atteindre un public tunisien plus large... Pour les Tunisiens ayant peu de contacts dans la communauté LGBTQ de la capitale, le " Guide de sécurité " donne un aperçu clair pour se protéger, que ce soit contre les examens anaux abusifs, le piratage sur les réseaux sociaux ou la prévention des infections sexuellement transmissibles (IST).

Dans la mesure où les organisations LGBTQ tunisiennes ont adopté des tactiques de plus en plus audacieuses, elles ont dû faire face à une augmentation correspondante de l'attention des médias et à des niveaux variables de réaction de la population. Shams, incontestablement la plus controversée des organisations LGBTQ tunisiennes, a particulièrement suscité la colère de hauts responsables gouvernementaux et des médias, et a survécu à de multiples efforts juridiques pour la faire cesser. Le 4 janvier

2016, l'organisation a fait l'objet d'une suspension temporaire à la suite d'une poursuite gouvernementale. Mais le 23 février, un juge du tribunal de Tunis s'est prononcé en faveur de Shams, ordonnant l'annulation immédiate de la suspension de l'organisation et mettant fin à une longue bataille juridique. Néanmoins, Shams a fait face à une autre contestation judiciaire le 15 décembre 2017, à la suite du lancement de Shams Radio, une station de radio LGBTQ installée dans un studio au centre de Tunis.<sup>347</sup> Le Conseil national des imams a intenté une action en justice pour demander la suspension immédiate de la station de radio, invoquant une menace imminente pour " les valeurs et l'identité religieuse et sociale " de la Tunisie et affirmant que la reconnaissance officielle de la station de radio était assimilable à " la défense de la délinquance sexuelle ".<sup>348</sup> Mais encore une fois, Shams l'a emporté, puisque le tribunal a refusé de suspendre la station de radio.<sup>349</sup> Bien que la notoriété médiatique de Shams ait donné lieu à des milliers de menaces de mort, au harcèlement de rue et des abus physiques à l'encontre de ses membres, l'organisation a toujours réussi à avoir des victoires juridiques.<sup>350</sup>

Les discussions avec les militants LGBTQ tunisiens ont révélé un large désaccord sur l'utilité des tactiques et des événements visant à choquer le public tunisien, comme la marche dans le centre-ville de Tunis avec des drapeaux de fierté.<sup>351</sup> Néanmoins, il est clair que l'activisme LGBTQ a changé le débat en Tunisie. Décrivant la couverture médiatique accrue des questions LGBTQ, Monia Ben Hamadi a noté que l'homosexualité est maintenant " sur la table et à l'ordre du jour ".<sup>352</sup> Si les questions liées à la sexualité étaient autrefois taboues sous le régime de Ben Ali, elles sont aujourd'hui ouvertement débattues dans les médias tunisiens. Même si une grande partie de la couverture contient " un discours violent contre les personnes LGBTQ ", a poursuivi Ben Hamadi, l'homosexualité est encore " quelque chose dont nous pouvons débattre aujourd'hui ".<sup>353</sup> Rihab Boukhatia a eu une impression similaire : " En 2011, les questions LGBTQ n'ont pas été abordées dans la presse écrite. Depuis 2015, le paysage médiatique a radicalement changé. "<sup>354</sup>

En mai 2017, les militants LGBTQ tunisiens ont remporté une importante victoire symbolique lors de l'Examen périodique universel (EPU). En vue de l'EPU, une coalition de militants LGBTQ a présenté au Conseil des droits de l'Homme de l'ONU un rapport complet sur les droits des LGBTQ en Tunisie, détaillant minutieusement la manière dont l'article 230 contrevient à la Constitution tunisienne et aux engagements juridiques internationaux.<sup>355</sup> En parallèle, des militants ont lancé un effort de plaidoyer avec différentes cibles à Tunis et à Genève, cherchant à sensibiliser toutes les parties prenantes nationales et internationales concernées par l'importance d'abroger l'article 230 et d'interdire le test anal.

Leurs efforts ont porté leurs fruits. Lors de l'audience de l'EPU de la Tunisie,

18 pays ont confronté la Tunisie aux violations des droits humains commises contre les Tunisiens LGBTQ, à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ainsi qu'au test anal. Bien que la délégation tunisienne n'ait pas accepté les recommandations relatives à l'article 230, elle a reconnu les principes généraux de lutte contre la discrimination en question :

" En ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, toutes les formes de discrimination, de haine et d'incitation à la haine sont inconstitutionnelles. Toute personne, quelle que soit son orientation sexuelle, a tous les droits... Tout acte d'agression commis contre toute personne en raison de son orientation sexuelle est criminel et peut faire l'objet de poursuites."<sup>356</sup>

La réponse de la délégation est la première fois qu'un représentant du gouvernement tunisien reconnaît officiellement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Si l'EPU, les événements culturels à grande échelle et la couverture médiatique accrue représentent des succès importants dans un climat difficile, des questions plus larges se posent quant à l'accessibilité et à la portée du mouvement LGBTQ en Tunisie. Wafa Ben Haj Amor, coordinatrice senior du programme Démocratie et Transition de la Heinrich Boll Stiftung, a déclaré : " D'après ce que je vois, les gens avec lesquels nous interagissons sont pour la plupart instruits, de Tunis et de Sousse... dans des villes comme Kelibia et Djerba, nous avons organisé des événements auxquels presque personne n'a assisté. Quand on vit dans une petite ville, tout le monde se connaît, les gens ne veulent pas y assister."<sup>357</sup> Plusieurs tunisiens LGBTQ qui ne sont pas impliqués dans le mouvement LGBTQ ont largement confirmé les impressions de Ben Haj Amor. Brahim et Skander, deux hommes d'une vingtaine d'années travailleurs de sexe à Tunis, expliquent que " si vous venez d'une région autre que Tunis, ou si vous n'êtes pas très instruits ou particulièrement si vous êtes un travailleur de sexe, il est impossible de rejoindre une de ces organisations."<sup>358</sup> Elissa, une transgenre qui a subi de multiples épisodes de violence policière, a expliqué que " les organisations [LGBTQ] font un travail important mais pour moi, venant d'un milieu difficile... je ne sais pas si c'est suffisant. Il y a des gens qui dorment dans la rue, qui ne savent pas que ces organisations existent."<sup>359</sup> Elissa a expliqué que la possibilité d'interagir avec les organisations dépend souvent de l'activiste en question : " Les membres de certaines organisations sont proches de nous, nous parlons le même langage. Je me sens à l'aise avec eux. Avec d'autres, je me sens écartée, ils mettent trop de distance entre nous. Ce sont des étudiants ou des fonctionnaires, je ne me sens pas représentée dans ces groupes. Ils nous considèrent encore comme des personnes vulnérables, comme des bénéficiaires. Ils n'ont pas assez essayé de nous intégrer. Il y a aussi beaucoup de discrimination dans la communauté LGBTQ."<sup>360</sup>

Un certain nombre de personnes impliquées dans les organisations LGBTQ ont reconnu le problème et ont entrepris des efforts pour rendre le mouvement LGBTQ plus inclusif. Khooka McQueer, une militante queer indépendante, a travaillé sur la violence intracommunautaire. " Quand nous avons commencé à travailler là-dessus, explique-t-elle, nous avons été victimes d'insultes homophobes et transphobes, même dans la communauté LGBTQ. C'était alarmant. Nous avons compris que nous devons expliquer que nous ne pouvons pas lutter contre l'oppression quand nous sommes nous-mêmes oppresseurs."<sup>361</sup>

Interrogé à ce sujet, aucun militant LGBTQ tunisien n'a nié que le mouvement LGBTQ n'a pas fait assez en matière d'accessibilité et de sensibilisation. Mais le fait qu'il reste encore du travail à faire ne doit pas faire oublier les réalisations du mouvement LGBTQ. En l'espace de sept ans, les militants LGBTQ ont créé un mouvement LGBTQ reconnu, dynamique et de plus en plus organisé, là où il n'en existait pas auparavant. Et comme l'EPU de 2017 l'a clairement montré, les militants LGBTQ tunisiens ne montrent aucun signe de relâchement dans leurs efforts pour défendre les droits de la communauté LGBTQ tunisienne.

## La publication du rapport COLIBE La décriminalisation pourrait-elle avoir lieu, maintenant ?

Le 12 juin 2018, la Commission tunisienne des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE), créée par le Président Essebsi en août 2017, a publié son rapport tant attendu sur la constitutionnalité des lois et règlements actuels. Plutôt que d'éviter la question controversée des droits LGBTQ, la COLIBE a demandé directement l'abrogation de l'article 230. Bien que le rapport contienne une deuxième option - une amende de 500 dinars (environ 180 dollars) - la présidente Bochra Bel Hadj Hamida a clairement indiqué que les principales recommandations de la COLIBE étaient " l'abrogation pure et simple de l'article 230 ".<sup>362</sup> En justifiant sa recommandation, la COLIBE a déclaré que " l'Etat et la société n'ont rien à voir avec la vie sexuelle des adultes... les orientations et les choix sexuels des individus sont essentiels à la vie privée... [L'article 230] viole clairement la vie privée, et... a amené les organismes internationaux des droits humains à critiquer la République tunisienne ".<sup>363</sup> La COLIBE a en outre recommandé l'abolition totale des examens anaux.

Au cours des semaines qui ont suivi sa publication, le rapport de la COLIBE a suscité un soutien important, ainsi qu'une vive réaction, qui s'est traduite par des manifestations concurrentes et des déclarations publiques des dirigeants politiques et des groupes de la société civile.<sup>364</sup> Alors que le Président Essebsi a présenté une législation instituant l'égalité dans l'héritage entre les hommes et les femmes, conformément aux recommandations de la COLIBE, il n'a encore annoncé aucune mesure concernant l'article 230 ou la dépénalisation de l'homosexualité. De plus, Essebsi ne s'est jamais rétracté de sa position, publiquement exprimée en 2015 lors d'une interview après que le ministre de la Justice eut préconisé l'abrogation de l'article 230. Les modifications apportées à la loi tunisienne sur la sodomie, a déclaré sans ambiguïté Essebsi, " n'ont pas eu lieu et n'auront pas lieu " .<sup>365</sup>

Peu de gens diront que 2019 marquera l'année où la Tunisie décriminalisera enfin l'homosexualité, se débarrassant d'un héritage colonial brutal qui continue de détruire la vie des Tunisiens LGBTQ plus d'un siècle après sa première apparition en 1913. Mais depuis les premières protestations qui ont déclenché le printemps arabe en 2011, jusqu'à la promulgation de la constitution la plus progressiste de la région MENA, en passant par la naissance d'un mouvement LGBTQ dynamique et de plus en plus efficace, la Tunisie n'a cessé de défier les attentes du monde. En 2011, les Tunisiens ont renversé une dictature, amorçant une transition complexe et difficile vers la démocratie. Si la Tunisie veut tenir les promesses audacieuses de la Révolution de 2011, l'article 230 doit disparaître.

## Références

<sup>296</sup> Colin Stewart, "Tunisia Gets its First Queer Film Festival," Erasing 76 Crimes, 23 janvier 2018, <https://76crimes.com/2018/01/23/tunisia-getsits-first-queer-film-festival/> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>297</sup> "Mawjoudin Queer Film Festival," <http://queerfilmfestival.mawjoudin.org/en/about-us/> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>298</sup> Interview avec Ahmad, lycéen, Tunis le 16 janvier 2018.  
<sup>299</sup> Interview avec Senda Ben Jabara, membre du bureau exécutif de Mawjoudin, Tunis le 16 janvier 2018  
<sup>300</sup> Ibid.  
<sup>301</sup> Ramy Khouili et Daniel Levine-Spound, "Why Does Tunisia Still Criminalize Homosexuality?" Heinrich

Böll Stiftung, 30 octobre 2017, <https://tn.boell.org/en/2017/10/30/why-does-tunisia-still-criminalize-homosexuality> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>302</sup> Interview avec Islem Mejri, ancien chargé de la communication et du plaidoyer à Mawjoudin, Tunis le 16 janvier 2018.  
<sup>303</sup> Coalition tunisienne des droits des personnes LGBTQI, "Rapport des parties prenantes : Examen Périodique Universel de la Tunisie", Mai 2017.  
<sup>304</sup> Interview avec Youssef, activiste LGBTQ tunisien, 8 janvier 2018.  
<sup>305</sup> Interview avec Badr Baabou, Président de Damj, Tunis le 5 janvier 2018.  
<sup>306</sup> Ibid.  
<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> Ibid.  
<sup>309</sup> Interview avec Issam Gritli, Chargé de programme à ATL, Tunis le 10 janvier 2018.  
<sup>310</sup> Ibid.  
<sup>311</sup> Ibid.  
<sup>312</sup> Interview avec Bocra Triki, Présidente de Chouf, Tunis, le 8 janvier 2018.  
<sup>313</sup> Interview avec Nadhem Oueslati, Président de NESS, Tunis le 10 janvier 2018.  
<sup>314</sup> Ibid.  
<sup>315</sup> Interview avec Badr Baabou, Président de Damj, Tunis le 5 janvier 2018.  
<sup>316</sup> Ibid.  
<sup>317</sup> Interview avec Joachim Paul, le 24 janvier 2018.  
<sup>318</sup> Ibid.  
<sup>319</sup> Ibid.  
<sup>320</sup> Interview avec Bocra Triki, le 8 janvier 2018.

<sup>321</sup> Ibid.  
<sup>322</sup> Interview avec Islem Mejri, Tunis le 16 janvier 2018.  
<sup>323</sup> Ibid.  
<sup>324</sup> Interview avec Senda Ben Jabara, Tunis le 16 janvier 2018.  
<sup>325</sup> Ibid.  
<sup>326</sup> Interview avec Mounir Baatour, Président de Shams, Tunis le 14 mai 2018.  
<sup>327</sup> Haba Kanso, "Tunisia's First LGBTQ Radio Station Keeps Playing Despite Threats," Reuters, 27 décembre 2017, <https://www.reuters.com/article/us-tunisia-gay-radio/tunisia-first-lgbtq-radio-station-keeps-playing-despite-threats-idUSKBN1EL1HB> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>328</sup> Interview avec Youssef, activiste LGBTQ tunisien, 8 janvier 2018.  
<sup>329</sup> Interview avec Amna Guellali, Senior Tunisia and Algeria Researcher à Human Rights Watch, Tunis le 11 janvier 2018.  
<sup>330</sup> Interview avec Joachim Paul, le 24 janvier 2018.  
<sup>331</sup> Interview avec Rihab Boukhayatia, journaliste à Huffington Post Journalist, Tunis le 9 janvier 2018; Rihab Boukhayatia, "Tunisia's War on LGBT People is Heating Up," Huffington Post, 21 décembre 2015, [https://www.huffingtonpost.com/entry/tunisia-lgbt-criminalization-prison\\_us\\_56781d35e4b06fa6887ddf9](https://www.huffingtonpost.com/entry/tunisia-lgbt-criminalization-prison_us_56781d35e4b06fa6887ddf9) (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>332</sup> Interview avec Monia Ben Hamadi, Rédactrice en chef de Inkyfada, Tunis le 11 janvier 2018.  
<sup>333</sup> Interview avec un diplomate tunisien résident en Tunisie, Tunis le 4 janvier 2018.  
<sup>334</sup> Khouili et Levine-Spound, "Why Does Tunisia Still Criminalize Homosexuality?" Heinrich Böll Stiftung.  
<sup>335</sup> Rihab Boukhayatia, "La HAICA adresse un avertissement à la chaîne TV El Hiwar Ettounsi pour son ton sarcastique face à certains sujets," HuffPost Maghreb, 26 octobre 2015, [https://www.huffpostmaghreb.com/2015/10/26/tunisia-haica-el-hiwar-et\\_n\\_8370608.html](https://www.huffpostmaghreb.com/2015/10/26/tunisia-haica-el-hiwar-et_n_8370608.html) (consulté le 9 janvier 2018).

<sup>336</sup> Communiqué de la HAICA du 22 octobre 2015  
<sup>337</sup> Communiqué de presse du CNOM, le 28 septembre 2015  
<sup>338</sup> Ibid.  
<sup>339</sup> Interview avec Mounir Baatour, le 14 mai 2018.  
<sup>340</sup> "En Tunisie, le président Essebsi s'oppose à la dépénalisation de la sodomie en Tunisie," France 24, 10 juillet 2015, <https://www.france24.com/fr/20151007-tunisie-essebsi-depenalisation-pratiques-homosexuelles-sodomie-droits-lgbt-lesbien-gay-test> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>341</sup> Ibid.  
<sup>342</sup> Khadija Arras, "4e Festival international d'art féministe de Tunis : Appel à participation à «Chouftouhouna» jusqu'au 15 mars prochain," Reporters, 5 février 2018, <http://reporters.dz/index.php/culture/item/91925-4e-festival-international-d-art-feministe-detunisia-appel-a-participation-chouftouhouna-jusqu-au-15-mars-prochain> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>343</sup> Interview avec Dora Mongalgi, membre de Chouf, Tunis le 19 janvier 2018.  
<sup>344</sup> Ibid.  
<sup>345</sup> Interview avec Bocra Triki, Tunis, le 8 janvier 2018.  
<sup>346</sup> "Guide de Sécurité," Damj, <https://www.damj.co/wp-content/uploads/2014/09/Guideweb-FR.pdf> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>347</sup> Ed Ram, "Inside Tunisia's Shams Rad – the Arab World's only 'Gay Radio Station,'" BBC News, 18 janvier 2018, <https://www.bbc.com/news/world-africa-44137901> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>348</sup> Seif Soudani, "Des Imams portent plainte contre l'association Shams," Le Courrier de l'Atlas, 28 décembre 2017, <https://www.lecourrierdelatlas.com/tunisie-des-imams-portent-plainte-contre-l-association-gay-shams-10118> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>349</sup> Affaire n° 88184, Tribunal de première instance de Tunis, le 14 février 2018  
<sup>350</sup> Ed Ram, "Inside Tunisia's Shams Rad – the Arab World's only 'Gay Radio Station,'" BBC

News.  
<sup>351</sup> Falk Steinborn, "Marching for LGBT Rights in Tunisia," DW, 5 décembre 2015, <http://www.dw.com/en/marching-for-lgbt-rights-in-tunisia/av-18446607> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>352</sup> Interview avec Monia Ben Hamadi, Tunis le 11 janvier 2018.  
<sup>353</sup> Ibid.  
<sup>354</sup> Interview avec Rihab Boukhayatia, Tunis le 9 janvier 2018.  
<sup>355</sup> "Tunisia Review—27th Session of Universal Periodic Review," UN Web TV, May 2, 2017, <http://webtv.un.org/meetings-events/human-rights-council/universal-periodic-review/27th-upr/watch/tunisia-review-27th-session-of-universal-periodic-review/5418393458001> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>357</sup> Interview avec Wafa Ben Hadj Amor, Senior Coordinator of the Democracy and Transition Program au bureau de Tunis de la Fondation Heinrich Böll, Tunis le 4 janvier 2018.  
<sup>358</sup> Interview avec Brahim et Skander : le 10 janvier 2018  
<sup>359</sup> Interview avec Elissa, Tunis le 10 janvier 2018.  
<sup>360</sup> Ibid.  
<sup>361</sup> Interview avec Khookha, activiste queer indépendante, le 05 janvier Mawjoudin : 05 janvier 2018  
<sup>362</sup> Tim Fitzsimmons, "Tunisia Presidential Committee Recommends Decriminalizing Homosexuality," NBC News.  
<sup>363</sup> Ibid  
<sup>364</sup> "Tunisia's President Vows to Give Women Equal Inheritance Rights," Al Jazeera, 13 août 2016, <https://www.aljazeera.com/news/2018/08/tunisia-president-vows-give-women-equal-inheritance-rights-180813172138132.html> (consulté le 9 janvier 2018).  
<sup>365</sup> "En Tunisie, le président Essebsi s'oppose à la dépénalisation de la sodomie en Tunisie," France 24.

Auteurs : Ramy Khouili & Daniel Levine-Spound

Traduction française : Bochra Triki

Relecture : Ramy Khouili

Traduction arabe : Hamza Nasri

Relecture : Ramy Khouili

Conception graphique : LMDK

**Contacts :**

Ramy Khouili : [ramykhoul@gmail.com](mailto:ramykhoul@gmail.com)

Daniel Levine-Spound : [dlspond@gmail.com](mailto:dlspond@gmail.com)

Edition : Mars 2019

---

Avec l'appui de

---



**HIRSCHFELD-EDDY-STIFTUNG**

Program on  
**Law and Society  
in the Muslim World**  
HARVARD LAW SCHOOL

**EUROPEAN**  
ENDOWMENT  DEMOCRACY

