

PRELIMINAIRES : LUTTER CONTRE LES VIOLENCES DE GENRE : QUELS DEFIS ?

1. Les violences de genre : définitions et approche
2. Les violences de genre : Des chiffres alarmants
 - 2.1 : L'enquête nationale sur la violence à l'égard des femmes (2010)
 - 2.2 : L'enquête nationale sur les violences de genre dans l'espace public (2016)
3. Le statut des Tunisiennes dans le nouvel ordre constitutionnel
 - 3.1 : Le débat public sur la *chariâ*
 - 3.2 : La complémentarité des rôles féminins et masculins
 - 3.3 : La parité linguistique ou la féminisation du langage juridique
 - 3.4 : un nouveau statut identitaire des femmes
4. Interroger le droit tunisien sur les violences de genre
 - 4.1 : Le paradigme de l'ambivalence du droit tunisien
 - 4.2 : les lois du genre : Le continuum entre discriminations et violences à l'égard des femmes
5. Pour une loi intégrale contre les violences de genre

CHAPITRE PREMIER

LES LOIS DE LA FAMILLE : UN FERMENT DE VIOLENCE DE GENRE

1. Le CSP : Un acte fondateur de la raison législatrice moderne
2. Les droits des femmes hissés en droits acquis à valeur constitutionnelle

1 : La normalisation du viol conjugal ou la réduction des femmes à un objet sexuel

- 1.1 : La dot ou le prix de la fiancée
- 1.2 : Le devoir conjugal, cohabitation et domicile conjugal

2 : L'infériorisation des Tunisiennes par la loi successorale

- 2.1 : Le privilège masculin : Deux parts aux hommes, la moitié aux femmes
- 2.2 : L'empêchement à succession du conjoint non musulman

3 : L'endogamie religieuse

3.1 : Du mariage consensuel au mariage institutionnel

3.2 : L'empêchement du mariage de la Tunisienne avec un non musulman

4 : L'ostracisme envers les « mères » célibataires

5 : Les employées de maison à plein temps ou la loi du marché sexuée de la pauvreté

CHAPITRE DEUXIEME

LES LOIS PENALES DE L'ORDRE PUBLIC PATRIARCAL

- 1.** « *Quanun al jinaiyat wal ahkam al orfiya* » ou le Code criminel de 1861
- 2.** Le code pénal tunisien de 1913
- 3.** Les réformes de la République

1 : Les lois de l'honneur des hommes

1.1 : L'impensé du viol

1.2 : Le distinguo entre viols avec violence viols sans violence : Les art.227 et 227 bis du code pénal

1.3: L'art.227 bis. Quand le violeur est disculpé de son crime par le mariage avec sa victime mineure

1.4 : L'attentat à la pudeur des art.228, 228 bis et 229

1.5 : Sodomie et lesbianisme. L'art.230

2 : La Culpabilité présumée des femmes

2.1 : Prostitution et exitation à la débauche (art.231)

2.2 : Adultère, « *Zina* des femmes » et crimes d'honneur entre l'ancien et le nouvel article 236 du Code Pénal

2.3 : L'avortement entre répression et contrôle de la fécondité des femmes (art.214)

3 : Les violences excusées : Les lois du silence

3.1: Le désistement de la victime. L'hypothèse de l'art.218

3.2: Le tabou de l'inceste

CHAPITRE TROISIEME

PLAIDOYER POUR LA LOI INTEGRALE CONTRE LES VIOLENCES DE GENRE

1 : Qu'est-ce qu'une loi intégrale ?

1.1 : Une approche globale, transversale et multisectorielle des violences à l'encontre des femmes

1.1.1 Prendre en compte toutes les formes de violence

1.1.2 Adopter un traitement multidimensionnel

1.2 : Une matrice de droits humains universels

1.2.1 Les droits humains de source constitutionnelle.

1.2.2 Les droits humains de source internationale conventionnelle : La CEDAW

2 : Plaidoyer sur les bases des éléments du consensus autour de la lutte contre les violences

2.1 : 2013, L'année de tous les périls : D'un assassinat à l'autre

2.2 : Le dialogue national

2.3 : Le grand tournant de 2014 : Le consensus constitutionnel

2.4 : Le consensus autour de l'éradication de la violence à l'égard des femmes

3 : Le dévoilement des violences à l'égard des femmes : Témoignages

3.1 : Diagnostic des violences : Un état révoltant

3.2 : Déficit des services et des institutions de prise en charge

3.3 : Questions juridiques : les lacunes du système

EN FINALE : POUR NE PAS CONCLURE

1. LES VIOLENCES DE GENRE : DEFINITIONS ET APPROCHE

Le terme français « **genre** » - transcrit depuis quelques décennies du lexique féministe anglophone *gender-*, est parvenu aux sociétés civiles maghrébines et arabes par la voie « technocratique » des instances, agences et autres organisations internationales. Plusieurs malentendus ont entaché sa réception et son appropriation. Le concept a été malencontreusement traduit vers l'arabe par *naw[^] ijtimâi*, « type social ». Traduction littérale, venant d'en haut, elle avait pour vocation (ou pour prétention) de remplacer l'expression moderne « *jins* », qu'abusivement ou improprement – selon les puristes- l'on a assimilé à sexe alors même qu'elle a pour sens premier « genre », c'est-à-dire, un groupe construit par similitude de caractères distinctifs d'un autre groupe. C'est justement ce potentiel classificatoire qui a permis de tirer de l'étymon *J.N.S.* la déclinaison « *jinssiya* », c'est-à-dire, nationalité. « *Jins* », au sens de sexe, n'existe pas dans l'arabe classique du Coran. Son emploi par les féministes arabes dans les années 50 avait donc sens de subversion linguistique, voire de révolution théorique pour combattre les inégalités construites sur la prétendue naturalisation du « couple d'opposés mâle/femelle » que le Coran désigne à diverses occurrences du texte, notamment au verset 45-46 de la sourate « L'étoile » (*al-najm*) où il y est dit « *C'est Lui qui a créé le couple, le mâle et la femelle, d'une goutte de liquide qui jaillit* »¹.

L'expression « *naw[^] ijtimâi* », quoique actuellement d'usage fréquent au sein des organisations de la société civile, semble avoir encore des difficultés à percer le milieu des féministes. Ce n'est, certainement pas, par rejet de ses clefs d'analyse théorique sur la construction des distinctions sociales et relationnelles entre masculin et féminin, mais bien par résistance à ce qui semble être une sorte de formatage dans une terminologie de sciences sociales, se voulant « neutre » et

1

وَأَنَّهُ خَلَقَ الذُّرِّيَّاتِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى (45) مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى (46)

dissociée de la politique, prétendue « tapageuse » des féministes. Beaucoup lui ont préféré la diversité des « femmes au pluriel »².

Quoiqu'il en soit des mots et des querelles de positions, force est de constater que les choses qu'ils sont censés signifier ont vie et histoires propres, faites de transfigurations et d'appropriations par les acteurs qui leur impriment sens et usages sociaux inattendus et renouvelés. Il n'est donc pas étonnant de voir le « genre » se substituer au mot « femmes ». En somme, il faut reconnaître que les générations d'études féministes ont permis de dévoiler, dans la diversité de leurs approches et la variété de leurs paradigmes (le patriarcat, les structures socio-économiques du capital, l'ordre politique sexuel, la construction différenciée des identités), les rapports de pouvoir et de domination entre les sexes. Elles ont interrogé les ressorts sociopolitiques, institutionnels, culturels, économiques, sexuels de la production et de la reproduction de la « valence différentielle des sexes », mise en évidence par Françoise Héritier dans ses innombrables travaux d'anthropologie. L'auteure définit ce principe comme « *la place différente des deux sexes sur une table des valeurs* » (1981) *qui fonctionne toujours dans le même sens hiérarchique et classificatoire, traduisant somme toute une forme universelle de dominance du principe masculin sur le féminin, le premier étant positivement marqué comme supérieur à l'autre.* »³

L'analyse et le dévoilement des violences à l'égard des femmes et des filles doivent beaucoup aux mouvements féministes, parus dans le monde dans les années 70. Le mérite en revient tout particulièrement, à leurs recherches empiriques et théoriques entreprises sur leurs lieux de militance et d'accompagnement des femmes victimes de violences, comme les centres d'écoute et d'accueil, et diffusées au moyen de leurs ouvrages, leurs bulletins et magazines périodiques. Récusant la division sexuée de l'espace entre le public et le privé, ainsi que les combinaisons discriminantes que cette opposition a engendrées, « le public masculin/le privé féminin » ; « le masculin de la production/ le féminin de la reproduction et de la maternité » ; « le public de la parole politique/ le privé du silence et de l'omerta »,

²Joan SCOTT, « Le Genre : une catégorie utile d'analyse historique », in *Le Genre de l'histoire, Cahiers du GRIF* printemps 1988, p. 125-153.

³Françoise HERITIER, *L'Exercice de la parenté*, Paris, Gallimard, 1981. *Masculin- féminin, La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

elles ont mis en évidence le sexisme ordinaire des formes de violence à l'encontre des femmes (harcèlement dans la rue, dans les lieux publics et de travail, violences conjugales, violences sexuelles, violences institutionnelles) et brisé le mur du silence autour d'elles, jusqu'à faire parvenir leurs voix, non sans combats et âpres batailles, au plus haut niveau des instances officielles de la représentation nationale et internationale⁴.

Longtemps taboues et excusées, ces violences de genre ont fini par être reconnues dans les discours officiels et les politiques d'Etat comme, « l'expression *des rapports de force historiquement inégaux entre les hommes et les femmes* » et comme, des actes perpétrés contre les femmes, en public et en privé, du seul fait qu'elles sont femmes et qu'elles sont tenues pour des mineures dépourvues de droits, de libertés et de capacités. Il a fallu attendre l'année 1993, plus d'une décennie après l'adoption de la **Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes** (CEDAW, 1979), pour voir la communauté internationale adopter, lors de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 décembre 1993, la **Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes**. Tout en reconnaissant que toute violence à l'égard des femmes est une violation des droits de la personne humaine et des libertés fondamentales, elle affirme qu'elles « *traduisent des rapports de force historiquement inégaux entre les hommes et les femmes qui comptent parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes* ». Elle les définit comme "*tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* » (**Art.1^{er}**)

Les violences de genre ne sont donc pas des actes isolés, imputables à leurs auteurs déviants, mais une donnée structurelle et systémique d'un ordre global, fondé sur la domination masculine et la disqualification sociale du féminin. Dans ce système, la violence des hommes à l'égard des femmes apparaît comme un attribut naturel de leur supériorité et de leur identité «genrée». Mais si cette violence touche toutes les femmes, indépendamment de leur âge, de leur statut socio-économique,

⁴Nouvelles Questions Féministes, *Violences contre les femmes*, 2013/1 (Vol. 32).

de leur niveau d'éducation, elle est diversement vécue. Car aux discriminations de genre, s'ajoutent et s'imbriquent les discriminations et les différenciations sociales de race, de classe et d'ethnie, vis-à-vis des groupes et des personnes des milieux défavorisés, tenus dans une altérité synonyme de rejet. En ce sens, l'affaire « DSK » et son traitement médiatique ont été, d'après les féministes françaises, de véritables révélateurs de « *la permanence du sexisme en France* » et des « *tolérances de classes* ». Le harcèlement s'est fait « séduction », l'agresseur présumé s'est mué en simple victime de ses impulsions et l'agressée, femme de chambre noire, s'est trouvée totalement « zappée », sa douleur passant sous silence⁵. Pour les féministes aujourd'hui, agir contre les violences faites aux femmes, c'est agir contre l'exclusion qui leur impose de tenir compte des effets socio-économiques simultanés des systèmes d'oppression et de discriminations. Il est une évidence que les femmes sont discriminées du fait du système patriarcal et des rapports inégaux entre les sexes, mais aussi et en même temps, des rapports de pouvoir et de domination entre les classes, les races, les cultures. Le sexisme, le racisme et les privilèges de castes et de groupes, la xénophobie, se renforcent mutuellement et se réactualisent pour définir et redéfinir, constamment, le statut minoré et la condition socioéconomique inférieure des femmes dans les « hiérarchies » sociales⁶.

2. LES VIOLENCES DE GENRE EN TUNISIE : DES CHIFFRES ALARMANTS

Comment appréhender les violences à l'égard des femmes dans le contexte de la Tunisie contemporaine, caractérisée depuis l'indépendance du pays, par un paradoxe : d'une part, la prégnance du modèle patriarcal, réinterprété et réactualisé aussi bien dans la nouvelle famille conjugale que dans les structures modernes du politique et de l'économique ; d'autre part, la conquête par les Tunisiennes d'une nouvelle place sociale et de nouveaux droits politiques, économiques, sociaux et culturels? En vérité, si les violences de genre sont à appréhender comme un fait social total, transversal qui met en branle la totalité de la société, dans un combinatoire incessant de ses institutions et de ses instances éthiques et morales, politiques, économiques, culturelles, juridiques, religieuses, il

⁵Christine DELPHY (Sous la coordination de), *Un trousseage de domestique*, Syllepse, coll. *Nouvelles Questions Féministes*, Paris 2011.

⁶ Christine DELPHY, *Classer, dominer. Qui sont les « autres » ?*, La fabrique éditions, Paris, 2008

faut admettre qu'elles revêtent, dans chaque contexte socioculturel, des formes différentes et se trouvent justifiées ou normalisées par les spécificités culturelles et les codes sociaux.

Quelle est la réalité du phénomène en Tunisie ?

C'est au mouvement autonome des femmes, à ses groupements féministes, principalement l'Association tunisienne des femmes démocrates (**ATFD**) et l'Association des femmes pour la recherche et le développement (**AFTURD**), ainsi qu'à leurs coalitions maghrébines, le Collectif 95 Maghreb-Egalité (**CME95**) et arabes (**le Réseau Aïsha**), qu'est revenu l'antériorité du dévoilement public et de la dénonciation politique de la violence à l'égard des femmes. Le thème était déjà en pointe dans leurs débats et leurs écrits du temps pionnier du Club Tahar el Haddad (1979-1989), au sein du groupe de réflexion sur la condition des femmes⁷. Cette mise à plat s'est déployée, par la suite, au fil de leur périodique « **Nissa** », mensuel féministe bilingue, qui n'osait pas encore s'afficher sous cet engagement par une sorte de stratégie de contournement de l'interdit politique et de la stigmatisation sociale. S'y alternaient, analyses et prises de positions sur le viol, la peine de mort (n°1. avril 1985) ; l'enfance, le sexisme et le racisme (n° 2 mai 1985) ; le Code du statut personnel, le *Dar Jouad* ou la prison des femmes (n°3 août 1985) ; le syndicalisme, le travail des femmes et des enfants dans les usines (n°5, décembre 1985) ; l'école et la mixité (n°6, janvier 1986) ; la sexualité, l'islam et le féminisme (n°7 avril 1986). C'est certainement avec la **campagne d'affichage** de l'ATFD « **la violence est une indignité et le silence un tort** » (1991) et la mise en place du **Centre d'écoute et d'orientation des femmes victimes de violences** (1993) que la question allait revêtir son caractère systématique⁸.

Un véritable savoir scientifique sur les violences contre les femmes est donc né de la proximité des féministes du vécu et de l'expérience des victimes de violences. Un discours situé, critique et sans concession, s'y est développé sur le caractère récurrent des violences, leurs formes les plus enfouies dans les relations conjugales

⁷ Azza GHANMI, *Le mouvement féministe tunisien : témoignage sur l'autonomie et la pluralité du mouvement des femmes (1979-1989)*, Tunis, Chama Edition, collection féminisme, 1993.

⁸ATFD (Collectif), *Femmes et République : un combat pour l'égalité et la démocratie*, Tunis, 2008.

et intrafamiliales, les violences institutionnelles, les abus d'autorité d'un régime dictatorial, la banalisation des agressions sexuelles par les auteurs les plus proches et les plus intimes des victimes, l'oppression des femmes, la domination sexuelle, la double journée de travail, les divisions hiérarchiques du masculin et du féminin, la séparation du public et du privé, les assignations à rôles domestiques et à spécificités culturelles, l'instrumentalisation du combat des femmes⁹. Par cela même, les féministes autonomes se sont démarquées radicalement, tant du discours officiel sur les acquis juridiques de « LA » femme tunisienne et sur les avancées de sa condition socio-économique, que du discours convenu sur le rempart que constituerait la famille dans un pays de tradition musulmane, pétri dans ses spécificités culturelles. Sur ces arguments suivons leurs propos :

« D'un côté, l'argument religieux est invoqué pour expliquer que, contrairement aux sociétés occidentales où les mœurs seraient relâchées et la morale débridée, l'attachement de la population à ses croyances lui interdit de s'adonner à des agissements tels que le viol, l'inceste, la pédophilie... D'un autre côté, et dans un registre plus moderniste, le Code du statut personnel et l'émancipation « exemplaire » des Tunisiennes sont mis en avant pour souligner qu'ils s'inscrivent à l'opposé de l'avilissement de ces dernières par la violence. Enfin, une version plus « économiste » et à laquelle les autorités officielles semblent se rallier, serait que la violence vis-à-vis des femmes existe mais qu'elle ne représente qu'un fait marginal puisqu'elle n'affecte que les milieux socio-économiques défavorisés. Son mobile ne serait pas la misogynie mais la misère, et elle serait appelée à disparaître avec l'élimination de celle-ci. »

[Femmes et république : un combat pour l'égalité et la démocratie, p. 111]

A ces arguments, « il n'y a pas démenti plus probant que la réalité elle-même », écrit en commentaire dans cet ouvrage, l'écrivaine et féministe tunisienne Sophie Bessis !

⁹ATFD, Les violences à l'égard des femmes, Actes du séminaire international de Tunis, 11, 12, 13 novembre 1993, censuré jusqu'en 2011 ; Casablanca, Alger, Tunis. Femmes unies contre la violence. Analyse de l'expérience maghrébine en matière de violences subies par les femmes, Editions le fenec, Casa, 2001.

2.1 : L'enquête nationale sur la violence à l'égard des femmes (2010).

Il a fallu la révolution de 2011 pour rendre accessible les données de **l'enquête nationale sur la violence à l'égard des femmes en Tunisie**¹⁰. Rendue publique en 2011, celle-ci a révélé des taux alarmants, longtemps tabous et tenus secrets. Aujourd'hui encore, ses résultats ne sont connus que d'une infime partie des professionnels et des acteurs des secteurs concernés. **47,6% des femmes (soit une femme sur deux) âgées de 18 à 64 ans déclarent avoir été victime d'au moins une des formes de violences au cours de leur vie : violences physiques, psychologiques, sexuelles ou économiques.**

- **La violence physique** (coups, gifles, blessures, brûlures entraînant des sévices corporels, des fractures, des traumatismes et des incapacités) prévaut avec des taux de **31,7%** de la population enquêtée.
- **Les violences psychologiques** (harcèlement moral, dénigrement de l'apparence physique et des capacités intellectuelles, isolement social, restriction du champ des libertés, injures, etc.) viennent en deuxième place, avec un taux de **28,9%**.
- **Les violences sexuelles** (viols, attouchements, relations sexuelles forcées dans le cadre du mariage, harcèlement sexuel) sont de l'ordre de **15%**.
- **Les violences économiques** (rétention du salaire ou des revenus, empêchement de travailler, salaire inégal) sont de l'ordre de **7,1%** et témoignent à leur manière de l'intériorisation par les femmes de leur situation de dépendance économique aux hommes.

L'intérêt de l'enquête est d'avoir fait la lumière sur les cadres et les lieux de la violence (violences conjugales, familiales, de la collectivité, de l'Etat) et d'avoir détecté ses auteurs. **Le partenaire intime** (ici le conjoint, l'ex conjoint, le fiancé, l'ex fiancé, l'ami ou le petit ami) est, dans **47.2%** des cas, **l'auteur de la violence physique**, dans **68.5%** des cas celui de la violence psychologique, dans **78.2%** des cas de la violence sexuelle et, dans **77.9%** des cas de la violence économique. **Les membres de la famille** (définie ici par la consanguinité et les alliances matrimoniales) ne sont pas en reste avec **43.% des cas de violences**

¹⁰ République Tunisienne, Ministère de la Santé, ONFP, AECID Espagne, Enquête nationale sur la Violence à l'égard des femmes en Tunisie, Rapport Principal, Juillet 2010.

physiques, 22.1% des cas de violences économiques, 16.7% des cas de violences psychologiques.

Enfin, les résultats de cette même enquête en ce qui concerne l'espace public mettent en avant les violences sexuelles **dans 21.3% des cas, la violence psychologique dans 14.8%** des cas et enfin, la **violence physique dans 9.8%** des cas. Deux autres données complètent ce sinistre tableau : la fréquence des violences physiques augmente avec les situations de vulnérabilité en ciblant en priorité les femmes divorcées et en se démultipliant avec l'âge de la partenaire. Aussi, passent-elles de manière accablante de **17% pour la tranche d'âge 25 à 39 ans à 24,3% pour la tranche d'âge 60 ans et plus**. Plus troublant encore est le « **silence** » des victimes autour des violences car seules **5% d'entre elles portent plainte**. La normalisation des violences ou la peur de subir des agressions secondaires et des pressions de tous genres de la part de l'entourage familial, professionnel ou amical en sont, dans une large mesure, l'explication.

Ces chiffres sont significatifs non seulement de l'extrême acuité du phénomène et de l'urgence qu'impose son traitement au fond mais aussi de ce qui le sous-tend et l'explique : la persistance du modèle traditionnel de la ségrégation sexuelle dont la violence et la coercition continuent d'agir sur les femmes et ce, plus de 50 ans après la promulgation du code du statut personnel (13 août 1956) -jugé révolutionnaire en son temps- et après les conquêtes par les femmes de nombre de droits.

2.2 : L'enquête nationale sur les violences de genre dans l'espace public (2016)

L'enquête nationale sur les violences de genre dans l'espace public, conduite depuis trois ans par le CREDIF, a vu ses premiers résultats publiquement divulgués en mars 2016¹¹. L'enquête a porté sur un échantillon de **3873** sujets. Son objectif est de décrire et de quantifier les violences de genre selon l'espace

¹¹Ministère de la femme - CREDIF, *Les violences fondées sur le genre dans l'espace public en Tunisie, étude élaborée sous la Coordination de Slim KALLE et la collaboration de Meryem SELLAMI, Imed ZAIEM, Khaoula MATRI, Résumé, Mars 2016.*

public de leur commission et de comprendre les logiques sociales qui les sous-tendent et les « normalisent ». Quatre types d'espaces publics ont constitué un champ spécifique d'observation : l'espace de transit, l'espace éducatif, l'espace de loisir et l'espace professionnel. Un chiffre global émerge : **53,5%** des femmes déclarent avoir subi une forme de violence dans un des espaces publics durant les quatre dernières années (2011-2015). Ce chiffre se décline comme suit selon les types de violence : **78,1%** en termes de violence psychologiques (être suivie à pied, à moto, être insultée) ; **41,2%** pour les violence physiques **et 75,4%** pour les violence sexuelles (être importunées, « collées »). Dans l'espace professionnel, la prévalence des violence augmente à **58,3%**. Elle varie de manière significative en fonction du statut matrimonial et atteint en ordre décroissant les femmes « **fiancées** » à **79,9 %**, les **célibataires** à **74,5%**, les femmes **divorcées** à **54,1%**, les **mariées** à **47,3%**. La prévalence selon le type d'activité montre quant à elle les catégories les plus ciblées : **les étudiantes** à **88,5%** ; **les femmes en recherche d'emploi** à **81,7%**, **les travailleuses** à **67,3%**, **les femmes au chômage** à **46,4%** et **les femmes au foyer** à **43%**.

Dans les transports publics les chiffres révèlent l'ampleur du phénomène : les femmes y sont confrontées à **la violence psychologique** à **64%**, à **la violence physique** à **78%** et à **la violence sexuelle** à **90%** !

Dans l'espace public, les femmes adoptent en pratique des stratégies comportementales d'évitement et de contournement qui les obligent à se nier, voire à s'effacer en public. **79,2%** essaient de ne pas attirer l'attention sur elles, **82,6%** font semblant d'être occupées et, **82,5%** évitent de parler à voix haute et de rire en public.

C'est sur la représentation de la présence des femmes dans l'espace public que l'étude est la plus novatrice. Cette représentation s'articule autour de 4 principes organisateurs :

1) Les femmes sont définies dans l'espace public en référence à leur appartenance familiale : « la fille de ... », « la femme de... », et jamais dans leur individualité propre.

2) L'espace public est un lieu de harcèlement sexuel à l'encontre des femmes, ce qui induit la troisième proposition.

3) La place des femmes est à la maison.

4) La présence des femmes dans l'espace public dérange : apparat, rire, corps, habillement.

L'ensemble de ces données chiffrées et des interprétations qui en sont faites interrogent la réalité du caractère public de l'espace en Tunisie en tant qu'espace politique d'échange démocratique, du vivre ensemble et de la construction de la citoyenneté.

3. LE STATUT DES TUNISIENNES DANS LE NOUVEL ORDRE CONSTITUTIONNEL

La Tunisie s'est dotée, depuis le **27 janvier 2014**, trois ans après la révolution des 11 décembre 2010-14 janvier 2011, révolution populaire, jeune, ouverte sur l'universel, placée sous les revendications de dignité, d'égalité et de justice sociale, d'une nouvelle Constitution, abrogeant l'ancienne, promulguée le 1^{er} juin 1959. L'édifice a été long à construire et n'est pas, à ce jour, totalement achevé.

Le fait constitutionnel tunisien est impressionnant de fraîcheur citoyenne. Car si la rédaction de la Constitution est « en logique démocratique formelle », affaire des élu-e-s de l'Assemblée nationale constituante, elle a été en pratique, durant des mois et par anticipation de l'avenir, le fait d'une société civile foisonnante, revendicative, plurielle et inventive. Plusieurs projets alternatifs ont été élaborés et discutés, comme autant de plateformes de base des droits et des libertés :

- **Le projet de Constitution du doyen *Sadok Belaïd*** (ancien doyen de la faculté de droit de Tunis), soumis à la connaissance du public au mois d'août 2011, soit, deux à trois mois avant les élections de l'Assemblée nationale constituante d'octobre 2011.
- **Le projet de Constitution du *Qotb***, le Pôle Démocratique et Moderniste (PDM), présenté le 24 septembre 2011.
- **Le projet de Constitution du *Réseau Indépendant Dostourna*** constitué sur appel du 20 mars, présenté en conférence de presse, le 5 octobre 2011.
- **Le projet de Constitution de *l'Union Générale des travailleurs tunisiens (UGTT)*** soumis, le 9 octobre 2011.
- **Le projet de la *Commission des experts*** du 21 novembre 2011. Présidée par le doyen *Yadh Ben Achour*, la commission a été la cheville ouvrière de la Haute instance indépendante pour la réalisation des objectifs de la

révolution et de la réforme, dont le rôle a été déterminant durant l'acte 1 de la transition (février 2011-novembre 2011).

- **Le projet de l'ATFD**, « La Constitution de l'égalité et de la citoyenneté au regard des femmes », élaboré lors d'une simulation d'une assemblée constituante parallèle ou fictive les 2 et 4 février 2012.
- **Le projet de Constitution de Tahaluf Nissa (la Coalition des femmes)**, présenté le 7 mars 2012.
- **Le projet de l'Assemblée constituante civile**, réseau associatif pour la rédaction de la Constitution, dont le lancement a eu lieu en janvier 2012.

Bien d'autres propositions thématiques sur les droits des enfants, la liberté de la presse et d'expression, les droits économiques et sociaux, les libertés artistiques, académiques et de création, l'environnement, ont vu le jour. Il ne s'agit pas ici d'évaluer leur efficacité ou leur impact sur le texte final mais bien de mettre en évidence la fabrique du droit en temps de révolution, processus que le doyen Yadh Ben Achour a résumé dans un titre évocateur « *le peuple créateur de son droit, interprète de sa Constitution* »¹². A un autre niveau et sur le fond, deux questions ont miné les travaux de la constituante et enflammé l'opinion publique : l'hypothèse islamique de la « **chariâ source de droit** » et la proposition régressive de « **la complémentarité des hommes et des femmes** ».

3.1. Le débat public sur la chariâ. Le débat s'est imposé avec force lorsque, prenant connaissance du projet du mouvement *du parti Nahdha* (circulant de manière officieuse dès le mois de février 2012), le public en a découvert l'article 10 : « *La Chariâ est source principale de législation* ». Cela signifiait concrètement deux choses : la conformité matérielle et substantielle de toute norme du droit positif aux prescriptions jugées « intangibles, impératives et catégoriques » de l'islam sous peine d'inconstitutionnalité ; la suprématie formelle accordée aux prescriptions *charaïques* en tant que lois divines et sources premières par rapport aux lois positives et aux conventions internationales. L'inquiétude n'a pas manqué de gagner de larges franges de la société, tout particulièrement les femmes (toutes catégories socio-économiques confondues), les milieux des féministes et des défenseur-e-s des droits humains, les forces

¹² Yadh BEN ACHOUR, « Le peuple, créateur de son droit, interprète de sa Constitution » in *Mouvance du droit, Etudes en l'honneur du professeur Rafâa Ben Achour*, Stiftung konrad Adenauer, Tome1, pp.140-170.

démocratiques et syndicalistes, les partis politiques de l'opposition. Conscients des dangers d'un tel énoncé sur la nature civile de l'Etat, ses détracteurs ne pouvaient manquer de faire le lien avec les déclarations politiques sur « les promesses du 6^{ème} califat », « l'apologie de l'excision », « les tolérances du mariage coutumier » (*al zawaj al orfy*), la « stigmatisation des mères célibataires », « les remises en cause de l'adoption ». Après des semaines de tensions, de heurts et de confrontations, la *chariâ*, dont les promoteurs ont compris la menace et l'impasse, a fini par être abandonnée, le mouvement de la *Nahdha* renonçant enfin partiellement à sa proposition. Son leader a déclaré que « *l'ancien article premier de la Constitution -selon lequel la Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain dont la langue est l'arabe et l'islam la religion-, fait l'objet d'un consensus et qu'il est suffisant pour exprimer le référentiel de l'Islam en matière de législation en Tunisie* ». A partir de ce moment, « l'ambiguïté » a semblé se « normaliser » et alimenter ce que l'on allait désormais considérer comme le « patrimoine commun de tous les Tunisiens ».

3.2. « La complémentarité » des rôles féminins et masculins. Inscrite au premier projet de brouillon de la Constitution du 1^{er} juin 2012, au chapitre 2 des droits et des libertés (33 articles), l'idée était ainsi énoncée : « *L'Etat protège les droits de la femme et soutient ses acquis du fait qu'elle est une véritable associée (sharik) de l'homme dans la construction de la nation, dont les rôles sont complémentaires (takamul) au sein de la famille* » (Art.28.2). Jamais de mémoire collective, l'on n'a vu pareilles déferlantes protestataires dans les rues de Tunis et des principales villes du pays, récusant la complémentarité et exigeant la constitutionnalisation de l'égalité pleine et entière entre les femmes et les hommes en droits et par la loi. Le 13 août 2012, journée mémorable de célébration du 56^{ème} anniversaire de la promulgation du Code du statut personnel, le soulèvement et le mécontentement populaires contre l'enfermement des Tunisiennes dans des rôles prescrits et des identités genrées, furent si menaçants, que la formule fut retirée à jamais de tous les brouillons ultérieurs de la Constitution pour laisser place, sous la pression constante de la société civile, à une profonde métamorphose du langage constitutionnel au sujet des femmes et de leur statut juridique dans la société.

Alors que le droit constitutionnel traditionnel s'est construit sur les concepts abstraits de « peuple souverain », « d'intérêt général », de « citoyen », le droit constitutionnel nouveau, faisant écho au mouvement de l'histoire et à la pression continue de l'opposition politique et de la société civile, a admis l'existence en son sein des « petits peuples », longtemps masqués par le seul « Peuple indivisible ». **Les jeunes (Art.8), les personnes sans soutien et à revenus limités (Art.38), les femmes (Art.46), les enfants (Art.47), les personnes handicapées (Art.49)** ont désormais vie dans la Constitution de leur pays. Deux modalités d'inclusion des femmes ont été mobilisées : la parité linguistique en citoyenneté, la reconnaissance des femmes comme sujets de droits spécifiques.

3.3. La « parité linguistique » ou la « féminisation du langage juridique » sont des expressions interchangeable qui désignent la remise en cause des catégories juridiques construites historiquement sur le générique masculin. Le mouvement de dissidence a commencé il y a des années, avec la revendication de la féminisation des noms des métiers et s'est étendu aux fonctions politiques et au langage juridique. Dans le discours dominant - et alors même que la langue arabe est par excellence une langue de déclinaison riche en potentialités de genre -, le générique masculin s'est mué en norme. De fortes résistances à la féminisation des postes de commandement ou de haut magistrature ont été observées et documentées¹³.

La Constitution nouvelle rompt avec ce modèle et introduit la parité linguistique sans toutefois en faire usage systématique. Au préambule (§3 in fine), il est déjà question de l'égalité en droits et en devoirs « *entre tous les citoyens et les citoyennes* ». Au chapitre des droits et des libertés, l'article 21 reconnaît « *les citoyens et les citoyennes* » égaux en droits et en devoirs et égaux devant la loi sans discrimination ». Il met à la charge de l'Etat de garantir « *aux citoyens et citoyennes* », les droits et les libertés

¹³ Sana BEN ACHOUR, « De la misogynie ordinaire : Une Grande dame nommée Monsieur ! », *Journal Le temps*, samedi 31 décembre 2011, p.1 ; « Féminisation de la magistrature en Tunisie entre émancipation féminine et autoritarisme politique », *L'Année du Maghreb, Dossier : Justice, politique et société*, 2007, pp.55-80.

individuels et collectifs et de « veiller à leur assurer les conditions d'une vie de dignité ». L'article 40 du même chapitre fait du travail « le droit de chaque « *citoyen et citoyenne* » et des conditions décentes de son exercice à salaire équitable, le droit de « *tout citoyen et citoyenne* ». Enfin, l'article 74 du chapitre quatre sur le pouvoir exécutif, fait de la candidature à la présidence de la République le droit de « *toute électrice ou électeur* ».

Quel est l'enjeu de cette parité linguistique ? S'agit-il d'un simple effet de mode, un exercice de style sacrifiant aux « dictats de féministes radicales » portées par des Organisations internationales, comme certains ont pu ou peuvent encore le penser ? Quel est finalement l'impact de cette parole du droit ? Suffit-il de dire pour changer les choses ?

La parole du droit, comme chacun sait, n'est pas que mots et verbes du langage commun mais bien des actes en paroles, voire des paroles en actes, des énoncés performatifs, des normes en actions ¹⁴ . Des générations de juristes se sont intéressées à son langage, ses structures, ses énoncés, sa force, son discours et montré que s'il est articulé à la société dont il émane, il n'en est jamais le plat compte rendu. C'est un discours social central dont la force est de créer du réel social, d'induire des comportements et de fixer les images et les représentations de soi, de l'autre et du rapport au monde.

Nommer les « citoyennes », c'est les faire exister en tant que sujets d'une citoyenneté dont elles ont été exclues par l'effet de la fausse neutralité du générique masculin. Nommer les citoyennes avec les citoyens est un acte discursif qui engage la société et qui, par renonciation aux signifiants passés, fait surgir les femmes dans une citoyenneté paritaire. Le pouvoir de nommer n'a pas pour seul effet une reconnaissance d'ordre symbolique et discursif. Pratique et pragmatique, la parité linguistique du droit constitutionnel, en plus d'instituer une citoyenneté paritaire,

¹⁴ François LIEMDORFER, « Le pouvoir de nommer et le discours juridique : deux exemples d'acte de parole en droit » in *Sociétés contemporaines, Langage en pratique* , N°18-19, Juin / Septembre 1994, pp.145-163.

lui donne force opérationnelle supérieure, fondatrice d'un ordre public égalitaire en devenir, s'imposant à tous les pouvoirs publics. En réalité, pour que ces promesses de citoyenneté portent leurs fruits ou leurs effets sociaux, il faut qu'elles soient acceptées et socialisées. Mais ceci est une autre perspective.

3.4. Un nouveau statut identitaire des femmes. Reconnues en tant que citoyennes, les femmes ont en outre surgi en tant que telles, en leur identité propre de femmes, comme sujets spécifiques de droits. L'article 34 sur les droits du suffrage, de vote et de candidature affirme, dans son paragraphe 2, « *la représentativité des femmes dans les assemblées élues* ». L'article 46, véritable condensé des droits des femmes - obtenu après la fameuse et régressive complémentarité des rôles au sein de la famille-, articule, dans la succession de ses alinéas, les « droits acquis *des femmes* » que l'Etat est en charge de protéger, renforcer, améliorer » ; « l'égalité des chances entre les hommes et *les femmes* au niveau de l'accès à toutes les responsabilités dans tous les domaines » ; « la parité entre l'homme et *la femme* dans les assemblées élues » et enfin, « l'élimination des violences à l'égard *des femmes* ».

Longtemps simples « citoyens », les femmes ont été privées d'auto-identification juridique en tant que personnes dans leur individualité propre. Elles ont été occultées, camouflées ou masquées dans des abstractions neutralisantes. En ce sens explique Francine Demichel, « *Le droit a fait de la femme, un « homme » juridique ...La femme parle et agit en droit comme si elle était un homme. La femme n'agit pas en tant que telle : en droit elle est certes « un homme » comme un autre... mais comme elle n'est pas un homme mais une femme, elle n'est pas symboliquement habilitée à renvoyer à l'individu ; l'homme a la réalité juridique de son apparence, il est conforme à la norme, la femme n'est que l'apparence de son être sexué ; quand elle veut entrer dans le droit, elle doit le faire par la porte du masculin* »¹⁵

¹⁵Francine DEMICHEL, « Représentation et sujet de droit » in *La place des femmes, Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, sous la direction de

En acquérant en droit un statut identitaire, les femmes ont acquis visibilité et reconnaissance statutaire de leur personne, voire de leur histoire sociale et de leurs expériences concrètes de l'inégalité. Leurs droits concrets sont au final autant de droits créances qui visent à accélérer l'égalité ou à mettre fin aux discriminations et aux violences en comportant au besoin des « mesures positives » : droit à la parité pour rattraper l'histoire multiséculaire de l'exclusion des femmes du politique ; droit à l'égalité des chances pour combler leur maintien hors des lieux de responsabilités, dans les postes subalternes ; droit à être dans les assemblées élues pour compenser les déficits accumulés dans les instances de pouvoir et de délibérations politiques ou autres, notamment législatives ; droit à la protection contre les violences pour éradiquer toutes les formes d'avilissement dont elles sont victimes en tant que femmes en milieu conjugal, familial, institutionnel ou de travail public ou privé, que ces actes de violence soient d'ordre politique, juridique, ou civil, économique, social ou culturel.

Il est évident que l'ensemble de ces modalités d'inclusion et de ces reconfigurations constitutionnelles des rapports hommes-femmes sont un tournant dans le droit traditionnel de la ségrégation sexuelle et une véritable conquête dans la voie de l'égalité. Permettront-elles véritablement le changement social et la justice ou n'aboutiront-elles encore une fois qu'au réaménagement du consensus patriarcal ? Sauront-elles résister à l'univers juridique et politique empreint de conservatismes sociaux et de crispations culturelles, notamment en milieu judiciaire où droit et religion continuent de se soutenir mutuellement pour légitimer la place minorée des femmes ? Succomberont-elles à la force d'un modèle patriarcal et à sa perpétuelle régénération, comme en témoigne la récente décision de la Cour d'Appel de Tunis qui réactualise pour les Tunisiennes, dans le déni de leur citoyenneté, le double empêchement religieux au mariage et à l'héritage qui frappe la musulmane?¹⁶

Michèle FERRANT et Jacques COMMAILLE, Ed. La Découverte, *Recherches*, 1995, pp. 462-465.

¹⁶ C.A, Tunis, 36737 du 26/06/2014. Commentaire Monia BEN DJEMIA, « L'article 1^{er} de la constitution devant la Cour d'appel de Tunis : A propos de l'arrêt n° 36737 du 26.6.2014 », *Leaders*, avril 2015 <http://www.leaders.com.tn/article/16864-monia-ben-jemia>.

4. INTERROGER LE DROIT TUNISIEN SUR LES VIOLENCES DE GENRE

Interroger le droit tunisien sur les violences de genre, appelle quelques observations de méthode relatives au paradigme de l'ambivalence du droit tunisien et du jeu des référentiels normatifs entre droit et religion. Cet entre-deux permet d'éclairer comment s'opère et se réactualise, autour de la question du statut social des femmes, l'équilibre transactionnel entre ses deux registres, entre son registre tourné vers l'universel et les droits humains et son registre axé sur les spécificités et l'identité culturelles. Partant de ces deux préalables, l'analyse s'articulera sur le **continuum entre discriminations et violences**, ce qui permettra de démontrer que les discriminations instituées par les lois du genre sont le ferment de violences multiformes à l'égard des femmes et que l'objectif constitutionnel d'éradiquer la violence à l'égard des femmes (Art.46) impose une loi intégrale mettant fin aux discriminations de genre.

4.1. Le paradigme de l'ambivalence du droit tunisien.

Le droit, considéré comme objet social et non simple techniques désincarnées, est traversé d'ambivalences. Ce paradigme éclaire la juxtaposition en son sein et de façon simultanée, de deux manières d'appréhender les violences à l'égard des femmes, tantôt pour les combattre et les réprimer au titre de la paix sociale qu'il protège, tantôt pour les excuser, les faire taire ou les perpétuer au nom de l'ordre masculin asymétrique et inégalitaire qu'il défend et auquel il participe. Cette ambivalence se traduit avec force quand il s'agit des violences faites aux femmes et aux filles du fait de la difficulté du droit et de la loi à saisir le spécifique des violences de genre et de sa capacité à reconstruire, en les réinventant, les rapports sociaux de sexe.

Poursuivant un objectif pratique, le droit se présente autant comme le conservatoire de l'ordre social et de la culture commune -desquels il participe et qu'il tend à reproduire-, que comme vecteur de changement et de transformation des normes sociales et des schèmes culturels de la société sur laquelle il entend agir et qu'il tend à transformer. Mais le droit n'est pas qu'actions, il est aussi représentation, façonnant par sa rhétorique, son langage, son discours, un imaginaire, une vision, bref, les images de soi, de l'autre et du monde. L'on comprend dans ces conditions,

la place qu'il joue dans toute société et l'importance à le considérer « *comme un condensé d'une culture sociale, comme un métalangage social, un langage social rudimentaire mais essentiel et central qui tire sa force de son activisme et impose ses catégories aux autres discours sociaux* »¹⁷. C'est cette ambivalence que la présente analyse du droit tentera de saisir.

Comment le droit tunisien agit-il et interagit-il face au phénomène de la violence à l'égard des femmes, sachant que « droit » renvoie à un vaste champ d'énoncés et de normes prescrites et écrites dans les lois en vigueur ainsi qu'aux usages qui en sont faits par la pratique des acteurs et l'interprétation des juges ?. Plus spécifiquement, quelles sont les mises à distance qu'il opère et les appropriations ou intériorisations de la violence qu'il recèle et véhicule ? Quelle est au fond sa capacité à produire l'égalité entre les hommes et les femmes ou, à l'inverse, à générer ou à régénérer la différence de valeurs et d'attributs entre les sexes, à l'origine de toute oppression ?

4.2. Les lois du genre : le continuum entre discriminations et violences à l'égard des femmes.

Les lois du genre désignent les dispositifs juridiques qui perpétuent les inégalités de droits, de libertés et de capacités entre les hommes et les femmes en assignant chacun au rôle fixé par les normes et les hiérarchies du patriarcat. Dans les sociétés passées, comme dans les sociétés présentes, s'est mis en place et se reproduit, sous des formes diverses et des modalités variées - au sein desquelles la norme légale et les dispositifs juridiques jouent un rôle central-, le système de l'autorité et du pouvoir des hommes sur les femmes, notamment le pouvoir de maîtriser leur corps. C'est pourquoi l'accès des femmes à la contraception, à la maîtrise de leur propre fécondité, apparaissent aujourd'hui encore, dans la plupart des sociétés, comme les points de tension autour desquels s'articulent l'ordre masculin et le contrôle de la sexualité des femmes. Le système de la famille patriarcale (*al usra al abawiya*) en est le socle dur, la citadelle imprenable, malgré les coups que lui ont portés la modernité des droits humains

¹⁷Jean Robert HENRY, « Imaginaire juridique » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Direction André-Jean ARNAUD, LGDJ-E. Story-Scientia, 1988.

universels et les conquêtes sociales dans la voie de l'égalité des sexes. Fondé sur l'autorité du « *pater familias* » et sa souveraineté sur les membres de la famille et du clan, le système patriarcal est, à n'en pas douter, la fabrique de la « virilité » (*dhukuriya*) et de son corollaire opposé, « la féminité » (*unutha*)¹⁸.

Tandis que la virilité, considérée et valorisée comme un trait essentiel du caractère masculin, est synonyme de force, (force physique, mais aussi mentale, psychique, force de caractère), se traduisant par des capacités d'autorité et d'aptitude au commandement nécessaires à l'exercice du pouvoir et de la domination, la féminité, à l'inverse, renvoie à l'ego faible des femmes, à des traits de comportement valorisant la douceur mais également l'obéissance, la soumission et menant à la résignation. Pendant longtemps, ont été dévolus aux hommes, la puissance, le prestige, le courage et aux femmes la dépendance, la fragilité, le service des plus forts, la protection des faibles, qu'il s'agisse d'enfants ou de personnes âgées. La féminisation actuelle des secteurs de l'emploi, comme l'éducation ou la santé, n'est qu'un autre versant ou une autre traduction de ces élaborations et de la recomposition toujours recommencée du distinguo « masculin /féminin ».

Historiquement, c'est dans le modèle de la famille patriarcale que s'est construit et développé le privilège masculin qui est aussi, paradoxalement, pour reprendre Pierre Bourdieu, « un piège » dans lequel sont enfermés les hommes, mais aussi les femmes. Alors que les hommes sont pris –écrit-il– dans « *la tension et la contention permanentes (...) qu'impose à chaque homme le devoir d'affirmer (...) sa virilité au nom de l'honneur, sous le regard du groupe viril, craignant de perdre la face, l'admiration du groupe* »¹⁹, les femmes sont, elles aussi, enfermées dans les stéréotypes de la féminité et les rôles normatifs sans lesquels elles perdraient la parcelle de légitimité que leur renvoie le regard dominant. L'ordre patriarcal du masculin et du féminin, de la virilité et de la féminité, est identiquement

¹⁸ Claudine HAROCHE, « *La fabrique de la virilité dans la famille patriarcale* » in *Le Journal des psychologues*, 2013/5, n° 308, p. 40-44. En ligne <http://www.cairn.info/revue-le-journal-des-psychologues-2013-5>.

¹⁹Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Editions du Seuil, 1998.

implacable contre les hommes qui « n'en sont pas de vrais », jugés « faibles », « efféminés », « dévirilisés », que contre les femmes « *aïcha rajal* », ces femmes « sorties de leur peau » et dont les conquêtes de liberté sont redoutées comme la preuve et l'aveu de l'impuissance des hommes, du père, du mari, du frère ou de tout autre agnat de la famille, du groupe ou du clan. On l'a compris, la question de l'égalité entre les hommes et les femmes, n'est pas la guerre des sexes que l'on prétend être, mais bien celle d'en finir avec l'oppression et les souffrances qu'elle engendre. Ce qui montre bien l'idée que les violences à l'égard des femmes et des filles ne sont pas de simples actes spontanés, individuels et isolés mais bien l'expression d'un système de rapports sociaux, historiquement construits et structurés sur la domination d'un groupe sur l'autre, dont le patriarcat est le terreau, la virilité le moteur, et le droit une des instances les plus efficaces.

Les lois du genre en Tunisie, comme on le verra au chapitre premier et deuxième, ont deux champs de prédilection :

- la famille, dont l'essentiel du droit, condensé dans le Code du statut personnel (13 août 1956), est le terreau du patriarcat et un ferment de violences à l'égard des femmes (**Chapitre I**).
- l'ordre public, dont les lois issues du Code pénal (1913), sont un perpétuel réaménagement du consensus **patriarcal (Chapitre II)**.

5. POUR UNE LOI INTEGRALE CONTRE LES VIOLENCES DE GENRE

La prise de conscience des violences de genre en tant qu'expression sociale des rapports inégaux de sexes et d'infériorisation des femmes ; la croissance exponentielle des agressions malgré les mesures de prévention et de répression ; la nécessité d'en finir avec ce fléau de manière radicale, globale et transversale, selon une approche de droits humains universels et de libertés fondamentales, ont amené certains Etats pionniers, comme l'Espagne en 2004, ainsi que la communauté internationale dans son ensemble, à adopter des lois inédites, dites intégrales, ou des campagnes mondiales, comme celle de 2008, lancée par l'ONU

sous le mot d'ordre : « **Tous unis pour mettre fin à la violence à l'égard des femmes et des filles dans toutes les parties du monde** »²⁰.

De nombreux États ont adopté, depuis une dizaine d'années, des lois nouvelles ou ont amélioré leurs textes anciens visant à interdire la violence à l'égard des femmes et à apporter des solutions spécifiques, différentes des traditionnelles infractions générales du droit pénal. Certaines législations ont acquis valeur d'exemple, comme la loi espagnole 1/2004 du 28 décembre relative aux mesures de protection intégrale, texte avant-gardiste, resté longtemps inédit en Europe. Un peu partout aujourd'hui, des dispositifs complexes de lutte contre les violences à l'égard des femmes et des filles sont élaborés, adoptés et mis en œuvre, assortis parfois de lois sur l'égalité de genre et contre les discriminations. Il en a été ainsi en France en 2010 avec la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants et son pendant, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

En pays arabes et maghrébins, des expériences juridiques originales de lutte contre les violences domestiques ont été initiées et enclenchées au cours de ces cinq dernières années. Malgré la tension qui a entouré certaines d'entre elles, opposant les sociétés civiles de défense des droits humains des femmes aux projets gouvernementaux (le Liban et le Maroc depuis 2013,) bien d'initiatives ont abouti, comme en Jordanie (le 16 mars 2008), ou en Algérie avec l'adoption, le 4 mars 2015, par l'Assemblée du peuple de la loi criminalisant les violences conjugales, malgré le boycott des député-e-s de l'opposition islamiste.

Conformément à l'article 46 de la nouvelle Constitution du 27 janvier 2014, selon lequel « *L'Etat prend les mesures nécessaires en vue d'éliminer la violence contre la femme* », la Tunisie s'apprête à parachever son dispositif législatif de lutte contre les violences à l'égard des femmes et des filles par une loi « intégrale », aujourd'hui en voie de finalisation gouvernementale (prévue en principe le 8 mars 2016), avant son acheminement vers l'Assemblée du peuple, où se déroulera le débat politique

²⁰<http://www.un.org/fr/women/endviolence/>.

et démocratique sur ses orientations, son adoption définitive puis sa promulgation par le chef de l'Etat²¹.

Il s'agit donc d'un projet novateur aux bases constitutionnelles indiscutables, le constituant mettant à la charge des autorités publiques de l'Etat, la double obligation de prendre les moyens pertinents ou suffisants en vue d'aboutir à un résultat précis : éliminer la violence à l'égard des femmes. Le Plaidoyer pour une loi contre les violences à l'égard des femmes aurait, pour ainsi dire- pour paraphraser Ronald Dworkin- pour impératif catégorique de « prendre au sérieux » le droit et ce, par l'adoption d'une bonne loi, c'est-à-dire, une loi de qualité à la hauteur des objectifs qui lui sont assignés. La qualité de la loi, au plan formel et substantiel, est aujourd'hui une exigence de l'objectif constitutionnel de sécurité juridique que les cours et conseils constitutionnels dans le monde ont mis en œuvre pour remédier à la dévalorisation sociale de la norme juridique et à l'ineffectivité de certaines lois du fait de l'inflation législative, de l'opacité d'un dispositif juridique de plus en plus inaccessible, de la mauvaise rédaction des lois (le droit bavard), de l'absence de normativité (le droit gazeux), de la prolifération de lois d'annonce.

La qualité de la loi devrait être une exigence permanente de tout le processus de « confection législative » de la loi – lui-même élément de la qualité du texte-, tant l'objectif d'éradiquer les violences contre les femmes et les filles se heurte aux stéréotypes de genre, aux dénis des inégalités de sexe et aux conservatismes sur les droits humains des femmes et des filles. Dans ces conditions, il est primordial d'apporter les réponses les plus rigoureuses et les plus convaincantes aux questions que les futur-e-s représentant-e-s du peuple ne manqueront pas de poser à l'examen du projet.

Comme son nom l'indique, une loi intégrale poursuit un traitement multidisciplinaire et multisectoriel des violences, sur la base d'une approche socio-historique des rapports d'inégalité entre les hommes et les femmes, tenant compte des principes d'égalité humaine et d'universalité des droits. **Prévention des violences, protection des victimes, poursuites des auteurs, promotion des droits** sont les objectifs que la loi devrait poursuivre et traiter. Elle ne se réduirait donc

²¹ Hafidha CHEKIR et Wahid FERCHICHI, *Le travail législatif à l'épreuve de la constitution tunisienne et des conventions internationales*, Rapport FIDH, octobre 2014- octobre 2015, avec le Soutien de la Fondation Friedrich Ebert, Tunis, 2015, 195 pp.

pas à un code pénal bis. L'efficacité socio-juridique d'un texte d'une telle envergure est tributaire **d'une approche pluridisciplinaire**, globale et transversale du phénomène ainsi que d'une **démarche innovante, participative et inclusive** des divers acteurs, en rupture avec lois « vitrines », venant d'en haut.

En substance, une loi intégrale poursuit l'impératif de :

- Prendre en compte les droits humains universels tels que reconnus et consacrés dans leur intangibilité, leur intégralité et leur indivisibilité par la Constitution, les traités ratifiés, les principes jurisprudentiels du droit international des droits de l'Homme et les standards onusiens dont les droits de femmes sont parties intégrantes et auxquels la Tunisie est partie ;
- Reconnaître les violences à l'égard des femmes en tant qu'expression des rapports sociaux de domination et de discrimination fondés sur le sexe ;
- Traiter de toutes les formes de violences sexuelles, physiques, morales, économiques, qu'elles s'exercent dans la sphère domestique, au sein de la collectivité humaine ou de l'Etat ;
- Appliquer la législation à toutes les femmes, sans distinction de race, de classe, de religion, de nationalité, de naissance, de conditions économiques et sociales, de statut matrimonial ou de handicaps physiques ou autres et pouvant justifier l'emploi de mesures positives ;
- Abolir les pratiques et coutumes traditionnelles préjudiciables et contraires à la dignité des femmes.

C'est justement à ces arguments de plaidoyer que s'attachera le troisième chapitre de cet ouvrage (**Chapitre III**).

CHAPITRE PREMIER

LES LOIS DE LA FAMILLE : UN FERMENT DE VIOLENCES A L'EGARD DES FEMMES

Le droit de la famille en Tunisie que condense le Code du statut personnel (CSP) sans en couvrir entièrement le champ- a connu, au cours de ses 60 ans d'existence, diverses modifications qui lui ont imprimé ses antagonismes actuels : la tension permanente entre esprit de conservation et esprit de changement d'une famille conjugale reconfigurée sur le principe patriarcal, le mari demeurant à nos jours chef de famille et l'épouse sa « seconde ». Comment s'est mis en place cet édifice ?

Diverses réformes ont ponctué la naissances et l'évolution du code par l'adoucissement de ses dispositions traditionnelles issues du *fiqh* : l'abolition de la polygamie ; l'exigence du consentement exprès des époux à leur mariage ; l'instauration du divorce judiciaire ; la fixation d'un âge minimum au mariage (1956) ; la réforme des successions et des testaments en ce qui concerne les filles uniques et les petits-enfants (1959) (livre IX et art. 143 bis) ; la tutelle légale de la mère sur ses enfants mineurs en cas de décès du père (1981) ; la réparation du préjudice matériel ou moral subi par l'un ou l'autre des époux dans les cas de divorce « caprice » et pour faute (1981) ; l'abolition du devoir d'obéissance de l'épouse, avec en cas de divorce, l'attribution de la tutelle indifféremment à l'un des deux gardiens de l'enfant parmi les parents ; le règlement de la pension alimentaire et des modalités de divorce devant le juge de la famille (1993) ; le droit de visite au profit des grands-parents en cas de décès de l'un des parents (2006) ; la fixation à 18 ans de l'âge légal au mariage (2007) ; la reconnaissance d'un droit de maintien dans les lieux au profit de la titulaire de la garde après divorce (2008) ; l'établissement de l'institution du conciliateur familial (2010).

Des réformes nombreuses ont marqué l'extension du champ du droit de la famille hors le CSP. Des lois nouvelles ont été adoptées, participant d'un droit de la famille épars qui ne dit pas son nom : la loi sur l'état civil relative aux déclarations de naissance et de décès et à la transcription des actes de mariage et des jugements

de divorces (loi n°57-3 du 1^{er} août 1957) ; la loi sur la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption (loi n° 58-27 du 4 mars 1958) ; la loi sur le fonds de garantie de la pension alimentaire et de la rente de divorce prise dans la foulée de la révision du Code en 1993 (loi n° 93-65 du 5 juillet 1993) ; la loi sur l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés (loi n° 1998-75 du 28 octobre 1998), la loi relative au régime facultatif de la communauté des biens entre époux (loi n° 98-94 du 9 novembre 1998 et modifiée en 2003).

Si le CSP a été un texte fondateur de la raison législative moderne ainsi qu'un puissant levier des nouveaux droits des femmes au sein d'une famille patriarcale reconfigurée sur le modèle conjugal **(1)**, force est d'admettre que, 60 ans révolus, il semble avoir épuisé ses fonctions historiques et s'être retourné contre les femmes dont il bloque l'accès à l'égalité et à la plénitude des droits humains **(2)**.

1. Le CSP : Un acte fondateur de la raison législative moderne

La promulgation du Code du statut Personnel, le 13 août 1956, a constitué un moment inaugural « des droits des femmes » en Tunisie, et un acte fondateur de la nouvelle raison juridique moderne. Aujourd'hui encore et alors même qu'il semble atteint d'obsolescence au regard des nouvelles exigences d'égalité d'une société en transition, il ne cesse d'étonner par « l'audace » de ses dispositions phares : l'abolition de la polygamie et sa sanction pénale ; l'institution de l'égal divorce judiciaire en remplacement des divers modes traditionnels de rupture unilatérale et exclusivement masculine du mariage (*al-liaân, al-tatliq* dont la répudiation le *talaq, al-khul'û*) ; la fixation de l'âge minimum du mariage en opposition aux mariages précoces ; l'exigence du consentement exprès des futurs époux à leur mariage en remplacement de la tutelle matrimoniale (*al-wilaya fil-zawaj*) et du droit de contrainte du père (*al-jebr* ou mariage forcé).

Véritable charte sociale d'une nation en quête d'unité, le CSP en a reconfiguré la famille traditionnelle (patriarcale, endogame, polygame et patrilinéaire) en la propulsant dans le modèle de la famille conjugale, relationnelle, individualiste²². Ces réajustements étatiques du lien domestique se sont réalisés au moyen de

²² Lilia BEN SALEM, *Famille et changements sociaux en Tunisie*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2009.

quelques retouches très ciblées: la reconnaissance du « libre » choix du conjoint ; la réglementation de l'état civil (1957) ; la refonte des règles de dévolution de l'héritage au profit de la ou des filles uniques ainsi que des petits-enfants à qui l'oncle, les cousins et tous les héritiers « mâles » (*âceb*) faisaient écran (*hajib*). Malgré les protestations qui ont fusé ici et là pour en contester la subversion du modèle *charaïque*, des voies multiples, notamment celles des jeunes femmes, se sont exprimées pour en défendre l'esprit émancipateur²³.

Il a très vite acquis une valeur considérable, à nulle autre comparable, témoignant de « l'exception législative du pays », thématique discursive qui, plus de cinquante ans après, entrave paradoxalement son évolution. C'est en vérité, au nom d'une famille conjugale autocrate à l'image du politique dont elle devait être la servante, soudée autour de la figure du mari chef de famille, de sa prééminence et de ses prérogatives maritales, que l'avenir de la famille tunisienne allait se jouer et le devenir des femmes s'y compromettre.

A sa promulgation en 1956, le CSP a érigé le mari en chef de famille. Il a intimé à l'épouse un devoir d'obéissance (article 23 ancien) qui n'a été levé que, tardivement, en 1993, après avoir donné lieu, dans la jurisprudence des tribunaux, au redoutable jugement d'insubordination ou de déviance de l'épouse (*nushuz*), véritable sanction de la division hiérarchique des sexes. On peut longtemps épiloguer sur l'origine de cette obligation, se demander si elle est de pure tradition musulmane se ressourçant dans la *qawama* du verset 34 de la sourate des « Femmes » ou un emprunt au Code civil napoléonien de 1804²⁴. Quoi qu'il en soit, force est de constater l'irréductible connivence des systèmes juridiques concernant le statut inférieur des femmes. Se renforçant et s'alimentant les uns les autres, ils ont institutionnalisé, par emprunt et appropriation de leurs règles, la « minorisation » des femmes et leur dépendance à l'époux. Aujourd'hui encore, malgré l'abolition du devoir d'obéissance (1993), le progressif abandon du *nushuz* et la contribution de l'épouse aux charges de la famille (art.23 §4), le mari a toujours rang de chef (*raïs al âila*) dont la prééminence est légitimée par le devoir de

²³ L'action féminine, 15 août 1956, double page du Journal l'Action préparée par Dora BOUZID sous le pseudonyme LEILA.

²⁴ Georges SAAD, « L'influence du Code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans », Colloque de la faculté de droit de Grenoble, Code civil et droits de l'homme, 3-4-5 décembre 2003.

subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants (*nafaqa*), dans l'ignorance du travail des femmes et de leur apport au bien-être familial et de la collectivité.

L'originalité du Code du statut personnel tient à ce qu'il s'est historiquement construit et donné à voir comme une branche « nouvelle » d'un droit positif moderne (le droit de la famille), issu de la politique législative de l'Etat et du réaménagement du code religieux à « l'esprit des temps modernes » (*ruh al âsr*). Le vocable statut personnel (*ahwal shakhsiyya*) est en effet étranger à l'univers lexical du droit musulman classique. Concept moderne, attesté à la fin du XIXe siècle, semble-t-il, par Mohamed Qadri Pacha, dans son ouvrage « *al ahkam al-char'îya fi al ahwal al-shakhsiya* » (1881), il sert à désigner un ensemble de dispositions détachées des règles du droit musulman classique par effort de rationalisation législative. Si par certains de ses énoncés, le CSP recoupe les traditionnels *ahkam al-nikah*, comme sur les conditions du mariage et ses empêchements (la dot, la cohabitation de lit (*bina, dukhul*), le divorce et ses conditions de formes (la retraite ou le délai de viduité de l'épouse (*îdda*), l'allaitement (la *radhaâ*), la pension alimentaire (*nafaqa*), la filiation (*bunuwa*), il n'en est pas la stricte retranscription. Opérant par rupture avec l'ancien, il a réalisé, selon l'expression bien connue en Tunisie, une « révolution par le droit », donnant ainsi aux normes de la famille tunisienne vocation à l'émancipation législative tout en accordant aux femmes des droits en équilibre instable entre loi divine et loi humaine, tradition et modernité, standards universels et spécificités culturelles.

C'est, justement, ce double codage qui donne au droit du statut personnel son ambivalence. Il est à la fois, le conservatoire de la culture commune autour de la famille patriarcale et, paradoxalement, le vecteur du changement politique, social et culturel autour du nouveau statut des femmes²⁵.

2. « Les droits des femmes » hissés en droits acquis à valeur constitutionnelle

²⁵Sana BEN ACHOUR, « Le CSP, cinquante ans après : les dimensions de l'ambivalence » in *L'Année du Maghreb, Dossier Femmes, familles et droit*, 2005-2006, pp. 55-70.

Ce que l'on a coutume d'appeler « les Droits des femmes » ne sont pas un bloc compact et homogène. Ils ne constituent pas, à proprement parler, un ordre intrinsèque et ne sont pas inscrits dans un seul corps de texte. Il s'agit plus d'un conglomérat de dispositions de sources juridiques variées touchant divers domaines : les droits de la participation politique, le droit de la famille, le droit pénal, les droits sociaux, le droit du travail, etc. Les nouveaux droits des femmes sont le produit d'un volontarisme étatique d'accélération du processus d'égalité entre les sexes. Ils participent d'un «féminisme d'Etat» qui s'est exprimé aux premières années de l'indépendance sous l'action tutélaire d'un chef d'Etat, le président Habib Bourguiba, et s'est poursuivi, par la suite, comme une doctrine et une politique du pouvoir d'Etat et de son appareil²⁶.

De fait, si les dits droits des femmes ont permis efficacement de « corriger » les excès du modèle patriarcal de la ségrégation sexuelle, de lutter contre la relégation des femmes et leur confinement social, ils ne se sont jamais posés comme les droits de l'égalité entre les hommes et les femmes. Car le « féminisme d'Etat » n'a jamais été, à proprement parler, un féminisme mais un étatisme tutélaire. Amarré au pouvoir en place, il a fini par prendre les femmes en otages du politique et par faire d'elles les boucliers de sa stabilité. En effet, derrière les politiques législatives, l'enjeu était moins le pouvoir de réformer le droit musulman traditionnel, voire de le transgresser, que de conserver l'initiative des lois entre les mains des gouvernants dans un domaine où la remise en cause de « l'asymétrie traditionnelle » entre droits des hommes et droits des femmes est une menace à l'ordre public. C'est cette asymétrie que les pouvoirs en place arbitrent et réactualisent en permanence en accordant des droits et des garanties judiciaires aux femmes sans jamais perdre de vue la prééminence des hommes sur elles par le réajustement du consensus patriarcal.

C'est de cet arbitrage que participe l'oscillation des pouvoirs publics entre le retrait des réserves (Décret-loi 103 du 24 octobre 2011) à la Convention contre toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)- avec leur notification tardive au SG des Nations unies en 2014-, et le maintien de la redoutable déclaration générale. En effet, la Tunisie, en ratifiant en 1985 la CEDAW, concrétise son engagement international à respecter ses dispositions ainsi que sa volonté de l'intégrer à son ordre juridique interne avec rang supérieur aux lois, mais l'assortit

²⁶ Sana BEN ACHOUR, « Féminisme d'Etat, figures ou défiguration du féminisme » in *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*, Tunis, CERP, 2001, pp. 413-429

de réserves, précédées d'une déclaration générale, selon laquelle « *elle ne prendra aucune mesure allant à l'encontre de l'article premier de sa constitution* ». Cette déclaration, qui renvoie à l'énoncé constitutionnel sur l'islam, risque, à tout moment, par simple réactivation électoraliste des idéologies identitaires, d'hypothéquer toute avancée juridique future dans la voie de l'égalité des droits.

De toutes les conventions internationales relatives aux droits humains, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est celle qui a recueilli la plus forte adhésion universelle, mais aussi paradoxalement le plus de réserves. A l'échelle du monde arabe, sur les 22 Etats que compte la Ligue des Etats Arabes (LEA), 16 y ont adhéré, en émettant toutefois des réserves substantielles, tantôt générales, tantôt spécifiques, touchant les unes ou les autres de ses dispositions fondamentales : l'Algérie, le Bahreïn, les Comores, l'Egypte, les Emirats Arabes Unis, l'Iraq, la Libye, la Jordanie, le Koweït, le Liban, le Maroc, Oman, la Syrie et la Tunisie. Les plus récurrentes, sont les réserves à l'encontre de ce qui relève, dans les ordres juridiques internes, du statut personnel et successoral musulmans, relativement à : l'élimination par tous les moyens appropriés et sans retard de toute discrimination à l'égard des femmes (article 2) ; l'égalité dans la vie publique dont l'égalité de vote et d'éligibilité (article 7) ; les mêmes droits en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité (article 9) ; l'égalité devant la loi en matière civile en ce qui concerne la capacité juridique des femmes, la liberté de circulation et de résidence (article 15) ; le plein et libre consentement au mariage ; l'égalité durant le mariage et lors de sa dissolution ; le choix des naissances ; la tutelle, la curatelle, la garde et l'adoption ; le choix du nom, d'une profession et d'une occupation (Article 16).

Sur les « droits des femmes », l'équivoque semble aujourd'hui levée. Il est en effet écrit dans la nouvelle Constitution du pays que « *L'Etat s'engage à protéger les droits acquis de la femme et veille à les consolider et à les promouvoir* » (Art. 46. §1). Concept nouveau, aux contours juridiques encore flous, il apporte en substance l'assurance qu'il ne sera pas touché aux droits antérieurement acquis. Aucune loi ou règlements postérieurs n'en prohiberaient l'usage ou en interdiraient la jouissance. Ces textes de prohibition ou de limitation tomberaient, à coup sûr, sous le jugement d'inconstitutionnalité, dont le moyen peut désormais être soulevé par voie d'action ou d'exception devant la future Cour Constitutionnelle. Par exemple, une loi qui viendrait remettre en cause l'interdiction de la polygamie, le divorce judiciaire, le consentement au mariage, l'âge au mariage, le mariage civil, le droit de vote et d'éligibilité, l'avortement, le nom patronymique, et bien d'autres « droits

acquis », serait inconstitutionnelle. Cette disposition sur les droits acquis est, faut-il le rappeler, le fruit d'une forte opposition civile et politique aux multiples appels de retour aux sources et de menaces sur les droits et la citoyenneté. Elle a ainsi mis fin à toute velléité de remise en cause de ces droits érigés désormais en droits acquis de valeur constitutionnelle.

Malgré sa forte connotation positive et son réel potentiel de mobilisation en justice pour faire barrage à toute régression, l'idée de droits acquis demeure très ambiguë, parce que subjective et sujette à interprétations contradictoires. L'opinion publique tunisienne a été tentée, ces trois dernières années, de « constitutionnaliser » le Code du statut personnel dans l'objectif de le protéger des risques de régression et de la banalisation des nouvelles pratiques des mariages coutumiers, les discours montants sur l'excision des femmes, le voile imposé aux petites filles des écoles et accepté parfois jusqu'aux plus hautes fonctions de l'Etat. Bien heureusement, cela ne s'est pas produit. Car l'on aurait momifié dans le marbre constitutionnel, un texte à qui est revenu le pouvoir de **reconfigurer une famille conjugale autocrate**, de type patriarcal à l'image du politique, soudée autour de la figure du chef, de sa toute puissance et de ses prérogatives maritales.

Il suffit de s'arrêter sur certaines survivances et institutions traditionnelles pour montrer comment elles fonctionnent encore et toujours comme un réservoir inépuisable aux violences conjugales et familiales, aboutissant à :

- la « normalisation » du viol conjugal ou la réification des femmes à un objet sexuel (§1)
- l'infériorisation des Tunisiennes par la loi successorale ou le privilège masculin (§2)
- L'endogamie religieuse ou les empêchements religieux à mariage des femmes (§3)
- l'ostracisme à l'égard des mères célibataires (§ 4)
- L'exploitation des jeunes femmes employées de maison à plein temps (§ 5)

1 : NORMALISATION DU VIOL CONJUGAL OU LA REDUCTION DES FEMMES A UN OBJET SEXUEL

Le CSP semble non seulement hermétique à l'idée de viol conjugal mais, plus encore, l'instaure et l'institutionnalise à travers différentes modalités. En effet, « l'acquittement de la dot », « le devoir conjugal selon les us et coutumes de l'article 12 » et la « consommation du mariage » ont pour fonction la réification de l'épouse, sa réduction à un objet sexuel et, en conséquence, son asservissement. La Cour de Cassation (ch. civ. 16285. 18 janvier 1986) insiste sur le fait que « *Si le législateur n'a pas défini le mariage, il y a lieu néanmoins d'examiner ses attributs naturels (sic), à savoir le nécessaire rapport sexuel* ». L'idée même que le mariage n'est pas un blanc-seing, une autorisation à la prise de possession du corps des femmes, est étrangère à cet univers. Toutes les études, cependant, montrent que la maltraitance physique et morale, les coups et les blessures que les femmes subissent durant la vie conjugale ont, entre autres, pour fait déclencheur « le refus de la partenaire de livrer son corps », jugé par l'auteur comme un affront à sa virilité et un manquement au devoir conjugal.

1.1) La dot ou le prix de la fiancée

Le *mahr*, traduit en français la dot, ne correspond à proprement parler ni aux biens de l'ancien droit français et européen dont les parents dotaient leur fille à son mariage, ni au « douaire » que le mari réservait en usufruit à son épouse, au cas où elle lui survivrait. Il s'agit, en islam, d'un « don », un « cadeau » que l'époux doit faire à l'épouse en pleine propriété lors du mariage. L'expression *mahr*, en hébreu *mohar*, signifiait « amitié », puis « cadeau ». La coutume dominante de l'Arabie préislamique l'attribuait au *wali* (le tuteur) de la fiancée (le père, le frère ou à tout autre homme de la lignée agnatique sous la tutelle de qui se trouvait la femme) et en faisait la condition de validité du mariage. Ainsi, comme les autres transactions matrimoniales ayant cours alors dans les sociétés traditionnelles patriarcales, le *mahr* participait des prestations et des compensations matrimoniales que les anthropologues appellent le prix de la fiancée, en d'autres termes, le prix d'usage du corps des femmes.

Si le mot *mahr* n'est pas d'emploi coranique, il a cependant son synonyme dans *sudqa* [sourate al-Nissa, verset 4] «*Et donnez aux épouses leur dot (sudqatihinna), de bonne grâce. Si de bon gré, elles vous en abandonnent quelque chose, disposez-en alors à votre aise et de bon cœur* », ou dans *faridha* [sourate al-baqara, verset 237]. «*Et si vous divorcez d'avec elles sans les avoir touchées, mais après fixation de leur faridha, (waqad faradhtum lahunna faridha), versez-leur alors la moitié de ce que vous avez fixé, ...* ».

Il est un fait que l'islam, tout en conservant au *mahr* son caractère constitutif et négocié du mariage, en a bouleversé le régime en l'attribuant en pleine propriété à l'épouse. Plusieurs travaux d'histoire, de droit et d'anthropologie sociale en ont décrit les évolutions historiques et en ont analysé le sens dans l'ordre de la valence différentielle des sexes et de la marchandisation du corps des femmes dans diverses contrées de la planète. Quelles fonctions remplit le *mahr* aujourd'hui ? Que révèle-t-il du mariage, du statut et de la « valeur » des femmes ?

En Tunisie, le *mahr* a fait l'objet d'une définition juridique très précise qui emprunte ses principales caractéristiques au *fiqh* maghrébin, à ses contrats de mariages et à ses diverses modalités de compensations matrimoniales. Versées par l'époux ou par sa famille, en totalité ou en partie, immédiatement, par avance ou de manière différée, au bénéfice du père, de la mariée ou de l'épouse elle-même, ces contrats ont fait de la « dot » un élément principal de la transaction matrimoniale. En droit savant, *le mahr*, que l'on s'évertue de laver de tout soupçon vénal en le présentant comme le gage de la bonne foi de l'époux, n'est pas simplement, un effet du mariage, mais bien sa condition de validité. Il est véritablement le *sadaq* de l'épouse, l'élément clé qui parfait le mariage au moment de sa conclusion.

C'est de ce rigorisme que participe aujourd'hui encore **l'article 3 du CSP** pour lequel le mariage nécessite, outre le consentement des deux époux et la présence de deux témoins honorables, **la fixation d'une dot au profit de la femme**. En droit marocain, depuis la réforme de 2004, le législateur a opté pour l'interprétation selon laquelle le *mahr* constitue un effet du mariage et non comme en Tunisie encore, une condition de fond de sa formation. Au-delà de ces technicités et des différentes évolutions législatives et administratives pour en baisser le montant voire, le réduire à une valeur symbolique, *le mahr*, constitue, de toute évidence, le prix d'usage du corps de la femme. Car en effet, l'aspect le plus redoutable du Code du statut personnel est le lien consubstantiel entre le *mahr* et la consommation du

mariage, c'est-à-dire en termes plus explicites, l'union charnelle des époux, la fusion des sexes. Il est expressément admis que « *Le mari ne peut, s'il n'a pas acquitté la dot, contraindre la femme à la consommation du mariage* » (article 13 CSP). A contrario, s'il s'est acquitté de son obligation, il peut contraindre son épouse à la consommation, la dot étant la contrepartie de son droit de prendre possession de son corps. Comment ne pas s'indigner de cette transaction dont l'objet est le corps des femmes et ne pas considérer, qu'en l'état, le Code du statut personnel est le terreau et le ferment de la domination sexuelle et de la violence conjugale à l'égard des femmes ? Hermétique au concept même de viol conjugal, le Code du statut personnel en excuse et en légitime la pratique, voire la réinscrit dans la nouvelle relation conjugale.

1. 2) Le devoir conjugal, cohabitation et domicile conjugal

Le devoir conjugal désigne le devoir de relation sexuelle dans le mariage. Sa portée juridique est traditionnellement saisie à travers deux questions : celle de l'impossibilité juridique du viol entre époux (le consentement au mariage supposant le consentement à la relation sexuelle), et celle du refus de la relation sexuelle comme cause de divorce pour faute. L'obligation est prévue **au §2 de l'article 23 du CSP** selon lequel, « *les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume* ». Le devoir conjugal n'établit pas de différenciation entre les conjoints et peut être invoqué en justice indifféremment par l'un ou l'autre des époux. En pratique, c'est en lien avec le « devoir de cohabitation » et avec la notion de « domicile conjugal du mari », constructions jurisprudentielles par excellence, que le devoir conjugal s'est trouvé porteur de *contraintes sexuelles* et de violences sur la base du **nushuz** (l'insubordination des femmes).

Le concept de *nushuz*, issu du registre coranique qu'énonce le verset 34, sourate Les Femmes : « *celles dont vous redoutez l'indocilité (nushuz), admonestez-les, désertez leur couche, battez-les* », a trouvé dans les différentes traditions juridiques de l'islam ainsi que dans la jurisprudence actuelle des tribunaux modernes, diverses traductions, toutes significatives d'un devoir de soumission et de dépendance de l'épouse dont l'indocilité, l'insubordination sont constitutives de faute et de divorce pour faute. Si la réforme de 1993 a aboli le devoir d'obéissance de l'épouse - que prescrivait l'article 23 ancien du CSP-, l'ensemble tend à organiser la subordination des femmes aux partenaires comme en témoigne le cas de l'espèce.

Le 6 janvier 2009, le Tribunal de Tunis a accordé au mari le divorce pour préjudice sur la base du *nushuz*, l'épouse refusant de quitter l'appartement qu'ils habitaient au-dessus des parents et qu'ils avaient en toute propriété. Le mari s'est plaint d'être délaissé par sa femme qui, selon ses allégations, accordait plus d'attention et de soins à ses parents et ses sœurs qu'à lui-même et son fils. Il a décidé de louer un logement, loin de la famille, mais sa femme a refusé de le suivre par devoir vis-à-vis de ses vieux parents, considérant injuste et injustifié le fait de lui imposer de déménager d'un bien en toute propriété. Le tribunal a jugé pourtant que la femme était « *nashiza* » parce qu'elle avait refusé de cohabiter avec son mari. Il a développé son argumentation sur une jurisprudence établie considérant la cohabitation comme un des principaux devoirs conjugaux²⁷. Il semblerait aujourd'hui que la jurisprudence tend à s'assouplir sur cette question et à recourir de moins en moins au redoutable concept de *nushuz*.

Comment ne pas admettre que ces inégalités institutionnalisées à travers le devoir de cohabitation de l'épouse, le devoir conjugal selon les us et les coutumes, le domicile conjugal du mari, le statut du mari chef de famille sont le ferment aux violences multiformes à l'égard des femmes ?

§2 : L'INFERIORISATION DES TUNISIENNES PAR LA LOI SUCCESSORALE

Le droit successoral, droit dit de racine scripturaire, est de l'avis unanime des chercheurs, le noyau dur du droit musulman. À partir de quelques règles du Coran et de la Sunna, les juristes ont échafaudé une ingénierie juridique détaillée et précise à tel point, que certains commentateurs sont allés jusqu'à se demander « *si l'on doit plus admirer chez eux le don de la théologie ou celui de l'arithmétique* »²⁸. Une véritable science de l'héritage « *mirath* » et des quotes-parts « *fara'idh* », qualifiée de « moitié de la science », s'est élaborée au fil du temps

²⁷ Maaïke VOORHOEVE, « Le chaînon manquant : l'argumentation judiciaire dans les décisions judiciaires en matière de droit de la famille » in Marges, *normes et éthique. L'anthropologie face aux nouveaux enjeux éthiques*. Maghreb et Sciences sociales, IRMC, 2011.

²⁸ Bernard DURAND, *Droit musulman, droit successoral, Farâ'idh*, Préface de Seydou MADANI SY, in Paris, Litec, 1996, Cité par Stéphane Papi note 40, « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée » in *L'Année du Maghreb, Dossier : L'espace euro - maghrébin*, 2004, pp. 429-454.

à travers traités, abrégés et autres condensés de droit qui l'ont immortalisée et rigidifiée. Sous l'effet de la pensée scolastique et de la *sacro* loi du nom et du sang, les règles de l'héritage se sont érigées en droit discriminatoire, participant de la domination masculine et de la sacralisation des inégalités de genre.

2.1) Le privilège masculin : Deux parts aux hommes, la moitié aux femmes

Le droit positif tunisien reconduit la tradition juridique successorale musulmane en consacrant les principaux traits constitutifs : le caractère impératif dit d'ordre public de son régime avec restriction de la volonté du testateur au tiers de l'actif au profit des seuls non-héritiers ; la prééminence de la parenté agnatique (*al içba*, la lignée par les hommes) sur la parenté cognatique dans le système de la transmission ; le privilège masculin au niveau du partage des biens avec les cas de maintien de la double part au profit des hommes placés pourtant à même degré de parenté avec les femmes ; l'empêchement religieux à succession.

Mais le droit successoral et plus généralement les règles de la circulation du patrimoine n'ont pas échappé, à l'instar des autres matières du statut personnel, à la raison d'Etat et à l'arbitrage des gouvernants, sommés d'approprier les normes juridiques aux nouvelles données politiques, sociologiques et démographiques du pays. En attestent, l'abolition des *habous*, ces fondations pieuses et de charité, devenues, sur des siècles, le plus puissant mode d'éviction des femmes et des filles de la propriété de la terre et du patrimoine immobilier par *hirman* ou privation. C'est ce qui a conduit le législateur moderne à les réintégrer dans le partage des biens *habous* en liquidation (Décret du 18/07/1957), et à réformer la matière successorale et des testaments par loi n°59-77 du 19/06/1959, au moyen de quelques ingénieuses techniques juridiques. Ainsi, a été admis le legs obligatoire comme technique de représentation, par laquelle les petits-enfants dont le père ou la mère, prédécédés au grand-père, sont obligatoirement appelés à sa succession et ne sont plus évincés par les oncles ou les autres agnats du groupe familial. De même a été introduit le mécanisme du retour (*al Radd*), subterfuge légal, selon lequel la classe des descendants, même si elle n'est représentée que par les femmes ou par une fille unique, prime celle des collatéraux *açeb* et leur donne accès à la totalité de l'héritage des pères et mères. Enfin, un assouplissement du régime fiscal, relativement à l'exonération des donations entre ascendants et descendants et entre époux, est venu encourager la transmission des biens du

vivant des intéressés et anticiper, en quelque sorte, les conflits successoraux (Loi n° 2006-69 du 28/10/2006).

Véritables coups de boutoir au droit traditionnel, ces réformes en ont ébranlé le socle, édifié des siècles durant sur le privilège des hommes, sans toutefois l'abolir (la descendance par les mâles), et sur l'exclusion des femmes du prolongement symbolique du père. C'est sans doute à **Tahar al Haddad**, (1899-1935) intellectuel zeytounien et esprit lumineux, que l'on doit la critique la plus radicale du système, dans son ouvrage, au titre emblématique « *imara'atuna fi al-shariâ wal mujtamâ* » (*Notre femme dans la Loi et la société*), par lequel il a contribué à lever « l'hypothèque canonique » sur le statut juridique des Tunisiennes. La question de l'héritage a pris sous sa plume un tour inédit. « *Je pense, écrit-il, que la religion musulmane dans son esprit ne fait pas d'objection à la réalisation de l'égalité dans tous les domaines, une fois disparues les causes de la tutelle masculine. S'il est vrai que la religion musulmane avait énoncé dans de nombreux versets du Coran l'existence d'une différence entre l'homme et la femme dans des cas bien précis, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne rejette point le principe de l'égalité sociale entre les deux sexes chaque fois que les conditions s'y apprêtent avec l'évolution du temps. Puisque la loi musulmane vise dans son esprit à atteindre l'égalité et la justice, la doctrine musulmane a choisi d'instaurer ses lois d'une manière progressive, par paliers successifs acceptables. D'ailleurs aucun texte ne semble prescrire même implicitement ou par déduction que les étapes franchies par la législation durant la vie du prophète, marquaient une limite à toute évolution future. Puisque tout progrès était subordonné soit à des problèmes sociaux dont la solution nécessitait une évolution des mœurs et des possibilités que l'on peut espérer avec le temps* »²⁹.

En dépit de ces réelles avancées, le droit successoral tunisien reste marqué par « l'irréductible » idéologie patriarcale de l'inégalité des parts entre les hommes et les femmes, les premiers bénéficiant du double des secondes³⁰.

²⁹Tahar HADDAD, *Notre femme dans la législation islamique et la société*, Traduction, MTE, Tunis 3^{ème} édition, 1978, p. 49.

³⁰ Une abondante littérature féministe a été réservée à la question en Tunisie. Voir, Khadija CHERIF, Ilhem MARZOUKI, « Les facteurs socioculturels défavorisant les femmes en matière de succession » in *La non-discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaires*, Colloque, Tunis 13-16 janvier 1988, UNESCO-CERP, 1989, pp.301-323 ; AFTURD, *Égalité dans l'héritage. Pour une citoyenneté plénière et entière, Tome I, Histoire, droits et sociétés*, Tunis, Fredrich Ebert Stiftung, 2006 ; AFTURD,

Il est entaché de plusieurs antinomies entre le modèle patriarcal de la famille musulmane et les structures actuelles de la famille tunisienne ; entre les règles traditionnelles de la circulation des biens et les nouveaux circuits d'échanges économiques et d'appropriation patrimoniale ; entre les privilèges masculins et religieux et les valeurs d'égalité, devenues le « standard minimum » de tout Etat de droit.

2. 2) L'empêchement à succession du conjoint non musulman

C'est sans doute, autour de l'héritage du « conjoint non-musulman » que les résistances des tribunaux ont été les plus dures et les controverses doctrinales, les plus âpres. Ce qui renseigne bien sur les modalités de la construction juridique des frontières identitaires définissant l'altérité³¹. En effet, si les questions successorales portent sur des biens matériels, leur circulation s'enracine dans les représentations culturelles de l'héritage du père et du nom. En cette matière, le droit se révèle comme fondamentalement ambivalent, fonctionnant toujours dans l'entre-deux de la régulation et de la représentation : d'une part comme règle en action ou technique de défense des droits et des intérêts, d'autre part, comme culture définissant les identités du groupe d'appartenance, de soi et de l'autre.

La loi successorale du droit positif tunisien ne prescrit en vérité aucun empêchement sur des bases religieuses entre proches, conjoints, descendants et ascendants quoique son article 88, objet de controverses doctrinales et d'interprétations jurisprudentielles divergentes, laisse planer l'incertitude sur la nature des empêchements, selon qu'ils sont encodés à une interprétation

Egalité dans l'héritage. Pour une citoyenneté plénière et entière. Tome II, Plaidoyer pour l'égalité dans l'héritage, Tunis, Fredrich Ebert Stiftung, 2006 ; ATFD-AFTURD, *15 arguments de plaidoyer pour l'égalité successorale entre les sexes, 50^{ème} anniversaire du CSP*, Tunis, 2006 ; Ali MEZGHANI et Kalthoum MEZIOU-DOURAÏ, *L'égalité entre hommes et femmes en droit successoral*, Tunis, Sud Editions, 2006 ; COLLECTIF 95 MAGHREB-EGALITE/AFTURD/ONU-FEMMES, *Egalité dans l'héritage et autonomie économique des femmes : Cadre juridique, enjeux économiques, enquête : attitudes et comportements économiques*, Tunis, Décembre 2014.

³¹Sana BEN ACHOUR, « Figures de l'altérité : l'héritage du conjoint non-musulman devant les tribunaux tunisiens » in *Mélanges Sassi BEN HALIMA, Mouvements du droit contemporain*, Tunis, 2005, pp.823-842.

extensive ou restrictive du texte. L'article en question est spécifique à l'homicide volontaire. Il a pour effet d'exclure du droit de succéder, le coupable, auteur principal, complice ou faux témoin. Mais c'est en cette matière que le registre religieux, mobilisé à outrance et saturant le champ, a joué comme norme classificatoire de soi et de l'autre, du musulman et du non-musulman. Car ces principes de division, comme le rappelle Pierre Bourdieu, sont autant de principes de vision, des jugements qui séparent³². C'est principalement dans l'héritage matériel et symbolique des ancêtres, que la famille trouve son ancrage et où l'élément religieux continue de jouer un rôle primordial, servant d'agent intégrateur des uns et exclusif des autres. Fonctionnant par différenciation, l'empêchement à succession du non-musulman au musulman a pris racine aux premières années de l'indépendance dans la célèbre affaire Hourya (1964), déchu du droit d'hériter de sa mère musulmane, au motif qu'en épousant un Français, elle renonçait à sa religion et devenait par suite « apostat » Cette jurisprudence a certes connu des revirements et des oppositions, notamment en 2002, sous la présidence du regretté et courageux juge Yahyaoui qui a pris la magistrale décision d'articuler sur l'héritage du conjoint non-musulman, les principes constitutionnels d'égalité des citoyens devant la loi et de liberté confessionnelle et de leur attribuer la valeur de principes fondamentaux de l'ordre juridique tunisien. Mais le conservatisme a repris le dessus comme en témoigne la récente et affligeante décision de la Cour d'Appel de Tunis du 26 juin 2014 [n° 36737]³³. Déclarant traduire la loi, en méconnaissance de son nouvel ordonnancement, et puisant dans l'immense répertoire normatif de la syntaxe arabe, des principes d'interprétation, des normes constitutionnelles de l'article 1^{er} sur l'islam, des réserves et de la déclaration générale de la Tunisie à la CEDAW, des sources du Code du statut personnel, la Cour a organisé la mort sociale du mari français supposé non-musulman, conjoint d'une Tunisienne, supposée musulmane ayant transgressé par leur mariage hors norme, le code social et culturel de l'endogamie religieuse³⁴.

³²Pierre BOURDIEU, « La force du droit, Eléments pour une sociologie du champ juridique » in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Année 1986, Volume 64, n° 1 pp. 3-19

³³C.A, Tunis, n° 36 737 du 26 juin 2014, Monia BEN DJEMIA, « L'article 1^{er} de la Constitution devant la Cour d'appel de Tunis : A propos de l'arrêt n° 36737 du 26.6.2014 », in Leaders, avril 2015 <http://www.leaders.com.tn/article/16864-monia-ben-jemia>.

³⁴Baudouin DUPRET, « Répertoires juridiques et affirmation identitaire » in *Droit et société*, 34, 1996, pp. 591-611.

3 : L'ENDOGAMIE RELIGIEUSE OU L'INTERDICTION DU MARIAGE DES TUNISIENNES AVEC UN NON MUSULMAN

3.1) Du mariage consensuel au mariage institutionnel

Le mariage est, depuis 1957 [Loi no 57-3 du 01/08/1957], un acte civil que les futurs époux concluent expressément par devant l'officier d'Etat civil. Il s'est substitué au mariage dit « *more islamico* », c'est-à-dire l'union traditionnelle qui tient à la fois des coutumes locales (*ôrf*) et du droit musulman. L'acte était conclu par simple accord de volonté (d'où le caractère consensuel) et le versement de la dot, assorti, le cas échéant, d'une célébration publique (*ishhar*) réunissant les hommes du groupe, ou d'une cérémonie privée et domestique au cours de laquelle était récitée la *fatiha*, la sourate d'ouverture du Coran³⁵. Ce type de mariage consensuel était souvent rapproché du contrat de fiançailles de l'ancien droit canon. La dot (*le mahr* ou *le sadaq*) est ce qui « légitime » et rend licite l'union charnelle en assimilant le mariage à un acte juridique sous seing-privé, dépourvu de tout caractère authentique. A la différence de l'alliance, dont l'alliance catholique, le mariage traditionnel dit « *more islamico* » est un acte par lequel les intéressés ne mettent en commun que leurs personnes, la femme « livrant » son corps, l'homme s'acquittant de la dot, mais leurs biens demeurant distincts, sous le régime de la séparation. C'est ce caractère individuel et consensuel qui explique en pratique la variété des mariages en pays d'islam (*nikah*) notamment, les mariages temporaires, tels les mariages de jouissance (*mutâa*) ou de voyage (*misyar*), etc.

Le Maghreb musulman, terre patrie du malékisme et d'un droit savant rigoriste teinté de coutumes berbères, a conçu le mariage comme une union consensuelle, mais l'a entouré de formes solennelles et officielles avec l'exigence d'une publicité suffisante. Le formalisme est allé parfois jusqu'à l'obligation instrumentaire et jusqu'à conférer à l'union un caractère officiel d'authenticité. En milieu urbain, s'est imposé en particulier, le ministère du notaire (*âdl*) et l'inscription de l'acte sur les registres notariés (*sijil*) que conservaient le tribunal du *Charâa* de Tunis et ses annexes régionales.

³⁵Nazli HAFSIA, Le contrat de mariage en Tunisie jusqu'en 1956, Cartaginoiserie, Tunis, 2005.

Le pouvoir colonial en Tunisie n'a jamais pu imposer d'autres formes de mariage, malgré l'introduction, dès 1908 de l'état civil, qui s'est limité aux actes de naissance et de décès [décret beylical du 28 décembre 1908 sur l'état civil des Tunisiens]. En réalité, les puissances coloniales n'ont jamais voulu appliquer aux Musulmans d'autres formes de mariage que leurs mariages traditionnels. Non par respect des traditions, comme on pouvait le clamer, mais bien par ce que toute politique coloniale est élaborée sur deux paradigmes : enfoncer « l'indigène » dans son « indigénat » et ses traditions pour mieux l'exclure d'une citoyenneté réservée à l'homme occidental ; soumettre en revanche sa terre, ses biens et ses richesses, au système occidental de la propriété, du marché et du capital. C'est ce qui explique en Tunisie, d'un côté l'application de la loi foncière sur l'immatriculation des terres (1885) aux Tunisiens et aux Européens sans distinctions de nationalités et de juridictions ; de l'autre, le maintien des personnes dans leurs statuts personnels, chaque communauté religieuse ou nationale étant séparée de l'autre et soumise à sa propre loi personnelle et ses tribunaux, en ce qui concerne les mariages, les décès et les successions. Sous régime colonial, le mariage musulman consensuel était la règle et le communautarise, l'essence même de la politique coloniale.

A l'opposé de cette conception consensuelle, il en existe une, solennelle, plus institutionnelle, plus moderne, correspondant à la centralisation des Etats modernes et à leur conception « organique » de la famille. La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 n'affirme-t-elle pas que « la *famille est la cellule de base de la société qu'il incombe à l'Etat de protéger* » (Art.7) ? Selon cette vision, le mariage est fondateur d'une institution officielle, une entité civile, la famille (*al usra*) à qui est attribuée une fonction particulière, dépassant le simple enfantement domestique, pour réaliser la reproduction de la nation politique. Le mariage est donc ici un acte solennel, par lequel deux personnes s'accordent en vue de fonder une famille (*usra, â'ila*), une institution, une union que la loi et non le contrat et ses libres dispositions, sanctionne et protège et que les intéressés ne peuvent former ou rompre à leur gré. A défaut, l'union est nulle et les époux passibles de peines de prison. Et pour cause, la famille est devenue un enjeu politique, la pépinière de l'Etat-nouveau, l'assise sociale et le socle de son nouvel ordre public national. Le génie du Code du statut personnel de 1956 n'est pas d'avoir dérogé à certaines prescriptions du *fiqh* musulman. Car, en histoire du droit, ces dérogations sont légions. Le génie du Code du statut personnel est d'avoir « inventé » l'institution de la famille tunisienne ! La regrettée Jeanne Ladjili, historienne du droit tunisien, l'a

bien compris, elle qui a insisté sur le subtil passage de la « *puissance des agnats à la puissance du père, et de la famille musulmane à la famille tunisienne* » [1972]³⁶.

3.2) L'empêchement du mariage de la Tunisienne avec un non musulman

Il n'y a dans le Code du statut personnel aucune prohibition explicite du mariage de la musulmane avec un non-musulman. Son article 5, entaché toutefois d'un bilinguisme différentiel entre l'Arabe et le Français, enjoint aux deux futurs époux de ne pas se trouver « dans l'un des cas d'empêchement *charaïques* » (texte arabe) ou « dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi » (texte français). Les cas dont il est question, sont précisés aux articles 14 à 20 sur les empêchements permanents résultant de la parenté, de l'allaitement, du triple divorce ou des empêchements provisoires résultant d'un mariage non dissous ou de la non-expiration du délai de viduité. Aucune condition d'islamité n'est exigée par les lois du pays : la citoyenneté tunisienne étant exclusivement fondée sur la nationalité et le rattachement au territoire de la République.

Malgré le non-dit, le mariage de la Tunisienne, supposée musulmane, avec un non musulman est soumis à des empêchements de fait et à des obstacles juridico-administratifs et jurisprudentiels en totale dérogation à l'idée même de citoyenneté (le rattachement à un sol) et de liberté de conscience, prévue dans la constitution. Une circulaire du secrétaire d'Etat à l'intérieur en date du 17 mars 1962, adressée aux officiers d'état civil, en interdit la célébration en Tunisie, considérant le mariage de la musulmane avec un non musulman, contraire aux dispositions « explicites » (sic) de l'article 5 du Code du statut personnel³⁷. Une deuxième circulaire, en date du 5 novembre 1973, adressée, cette fois, par le ministre de la justice aux tribunaux, leur enjoint de conserver « l'authenticité de la famille tunisienne » et d'annuler l'acte en cas de non-respect. Le ton y est ferme : « les mariages conclus en Tunisie ou à l'étranger par des Tunisiennes musulmanes contredisent la politique législative tunisienne »³⁸.

³⁶ Jeanne LADJILI-MOUCHETTE, « Puissance des agnats, puissance du père ; de la famille musulmane à la famille tunisienne », *Revue Tunisienne de Droit* (RTD), 1972, p. 25.

³⁷ République Tunisienne, Ministère de l'Intérieur, *Recueil des textes et circulaires relatifs à l'état civil, au nom et au livret de famille*, Imprimerie officielle de la République tunisienne, 1976, p. 82

³⁸ *Revue de jurisprudence et de législation* (RJL), novembre 1973, n° 9, p. 83.

Enfin un dernier texte, en date de 1975, en rappelle la teneur. Mesures internes prises dans l'opacité des administrations, ces circulaires représentent la part cachée du droit. Elles sont le support d'un pouvoir normatif qui ne dit pas son nom. L'exécutif en use fréquemment, ajoutant à l'ordre juridique en vigueur des dispositions dérogatoires, creusant ainsi le fossé entre le discours du droit et ses usages.

En réalité, les circulaires interdisant le mariage de la Tunisienne avec un non-musulman ont pour rôle de réinstaurer l'endogamie religieuse et de construire la nation comme une communauté religieuse où la femme est imaginée, plus comme une « femme nationale » que comme une citoyenne. Il est en effet frappant de constater que le conjoint du musulman n'est pas identifié par la religion qu'il confesse mais par son opposé négatif : son statut de non musulman.

Sur le mariage de la « Tunisienne musulmane avec un non musulman », la jurisprudence des tribunaux offre une image contrastée, oscillant en permanence entre mobilisation du répertoire religieux sur les empêchements *charaïques* et le répertoire laïc sur les empêchements légaux. Le rôle de l'avocat, souvent éclipsé par celui du juge, est ici à reconsidérer, tant il est un des principaux acteurs du procès. C'est par lui, par sa double fonction d'assistance et de représentation des intérêts du justiciable que le conflit social trouve sa dimension juridique et que les attentes subjectives, passant par le prisme de son expertise technique, s'expriment dans un registre juridique. C'est donc sans étonnement que la question se déplace du terrain des affects et des subjectivités familiales pour se loger dans « l'objectivité d'un article de loi » ou dans « la transcendance d'un article de foi ». Quant au juge, son recours au répertoire islamique se fraie, en l'absence de toute référence à « l'islam source de législation ou d'interprétation », plusieurs détours. C'est tantôt par référence à l'article premier de la Constitution tunisienne sur l'islam, tantôt par renvoi à « la source matérielle du Code du statut personnel » que se réintroduit le refoulé : la *chariâ* ou le *fiqh* malikite. Plusieurs motifs en offrent l'occasion : combler un vide législatif, interpréter l'énoncé ambigu d'un texte. Plusieurs domaines en représentent le lieu de fixation dont principalement les successions, l'adoption, la filiation, le mariage de la musulmane avec un non musulman³⁹.

³⁹ Baudouin DUPRET (Sous la direction de), *La charia aujourd'hui, usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, coll. « Recherches », Paris, 2012.

A l'inverse, plusieurs dispositions de l'ordre positif sont mises à profit pour valider en droit le mariage de la Tunisienne musulmane avec un non musulman. Les arguments sont tirés des sources formelles ou de l'esprit des lois sur la liberté de conscience, le libre exercice des cultes, l'égalité en droits et en devoirs des citoyens et devant la loi. Il n'est pas jusqu'aux conventions internationales, reconnues supérieures aux lois après ratification, qui ne soient invoquées pour faire barrage aux interprétations discriminatoires : la convention de New York sur le l'âge, le mariage et l'enregistrement du mariage ; la convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; les deux pactes internationaux sur les droits civils et politiques, économiques et sociaux, voire la Déclaration universelle des droits de l'homme, pourtant dénuée de valeur juridique. En réalité, s'il est vain de faire le listing des solutions jurisprudentielles - celles-ci offrant sur la même question l'exemple et son opposé-, il paraît judicieux de prêter attention à ce qui, à partir de 2002, semble avoir émergé, quoiqu'encore de manière ténue et encore balbutiante : la non discriminations sur des bases religieuses comme « principe fondamental de l'ordre juridique tunisien »⁴⁰.

Quoiqu'il en soit de ces interprétations, le mariage de la tunisienne musulmane avec un non musulman - conclu à l'étranger ou par exception en Tunisie-, se heurte en pratique à de redoutables obstacles et dénis, transformant la vie de milliers de couples mixtes en véritables calvaires. La non -transcription du mariage sur les registres de l'Etat civil tunisien, sauf conversion obligatoire et préalable de l'époux à l'islam- a en effet pour conséquence d'annuler les effets attachés au mariage, à savoir notamment, la validité de la cohabitation, le séjour régulier du conjoint, la filiation légitime, la succession entre époux, l'acquisition de la nationalité par mariage, le divorce éventuellement, etc. La cour d'appel de Sousse dans une décision régressive et aberrante du 3 mai 2014 [n° 9246] vient de renouer avec cette prohibition en refusant de prononcer le divorce de la Tunisienne d'avec son époux italien, au prétexte qu'il est non musulman et qu'un tel mariage,

⁴⁰ Souhayma BEN ACHOUR, « L'interprétation du droit tunisien de la famille : entre référence à l'Islam et appel aux droits fondamentaux » in *Regards sur Cinquante années de jurisprudence (1960-2010)* ; Sami BOSTANGI « Les turbulences dans l'application judiciaire du CSP : le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne », *Revue Internationale de droit comparé*, janvier-mars 2009, n°1, p.7

étant interdit par la loi du statut personnel, est inexistant. En voici la surréaliste argumentation :

« Considérant que la non islamité de l'époux, lorsque l'épouse est musulmane, constitue un empêchement « charaïque » du droit tunisien, issu en cela du fiqh musulman qui interdit le mariage de la musulmane avec un non musulman et considère qu'il s'agit d'un empêchement provisoire ainsi que le confirment la doctrine juridique majoritaire et la jurisprudence des tribunaux ; qu'en la circonstance aucune des deux parties n'a fourni la preuve de l'islamité de l'époux.

Considérant que, s'il est admis par cette chambre que la conversion à l'islam est une affaire personnelle qui ne lie que le Créateur à ses créatures, en revanche, en l'affaire, toutes les présomptions indiquent que l'individu n'est pas musulman (son nom, son pays, sa nationalité, sa résidence) d'autant qu'il n'a apporté aucun certificat d'aucune instance officielle ou autre, témoignant de sa conversion à l'islam ; que l'acte de mariage, formé par acte notarié le 17 mai 2010 par devant le notaire Mr... et son auxiliaire Mr ... est d'une formulation ambiguë qui ne précise pas la conversion de l'époux à l'islam. Elle se limite à consigner le témoignage des deux témoins selon lequel « ils connaissent les deux époux qui sont déliés des empêchements à mariage » alors même qu'il leur incombait de s'assurer de l'islamité de l'époux en ce qu'il s'agit d'une condition substantielle du mariage.

Considérant qu'il est autorisé de qualifier l'union sexuelle établie entre les parties comme ayant cours hors mariage dès lors que l'islamité de l'époux – au demeurant chrétien par origine- n'a pas été prouvée et que pas la moindre présomption n'existe sur sa prétendue conversion, chose à laquelle n'a pas souscrit la cour de première instance

Considérant que les conditions essentielles du mariage ou ses composantes ne peuvent faire l'objet d'aucune stipulation contraire explicite ou implicite et qu'il ne reste aux époux que d'adhérer au régime juridique que le législateur a fixé selon la vision qu'il a de l'intérêt de la cellule familiale, des valeurs de la société et de l'intérêt général de l'Etat, ce qui du reste, distingue le contrat de mariage des autres contrats civils et que par conséquent il échoit d'infirmer le jugement de première instance , de rejeter l'action en divorce que l'article 29 qualifie de « dissolution du mariage » et de rejeter le pourvoi pour inexistence du mariage ».

Cour d'Appel de Sousse, n° 9246, 3 mai 2014

4 : L'OSTRACISME ENVERS LES « MERES CELIBATAIRES »

L'ostracisme, mot d'origine grecque, désigne en Grèce antique le vote par lequel un citoyen est banni de la vie de la collectivité sans que la procédure ne s'apparente à une condamnation judiciaire ou à une sanction pénale. C'est très justement de ce mécanisme de l'exclusion que participe le déni de la réalité des « mères célibataires » dans des sociétés où règne la loi du père⁴¹. L'expression, quoique stigmatisant les femmes ayant mis au monde des enfants hors mariage en véhiculant l'idée qu'elles sont célibataires, alors même qu'elles peuvent être en couple et en présupposant qu'étant mères et célibataires, elles sont abandonnées de leurs partenaires, a constitué paradoxalement un adoucissement du langage par rapport au registre traditionnel empreint du jugement de déshonneur et de disqualifications sociales, morales et religieuses.

Sur le plan juridique, malgré quelques « acquis » réalisés ici et là, le statut des mères célibataires demeure symptomatique de leur marginalisation de la citoyenneté réelle. Il est vrai que le Code pénal tunisien, à la différence du Code marocain - qui punit d'emprisonnement « *toutes les personnes de sexe différent qui, n'étant pas unies par les liens du mariage, ont entre elles des relations sexuelles* » (Art. 490 C.P marocain), n'a jamais incriminé la relation hors mariage entre deux adultes célibataires consentants. Seuls, l'adultère du mari ou de l'épouse et la prostitution de la femme (sic) même occasionnelle, sont considérés comme des atteintes à l'ordre public sexuel. L'interruption volontaire de la grossesse (IVG) - autorisée depuis l'année 1963, dans les trois premiers mois, en milieu hospitalier par un médecin exerçant légalement sa profession-, a été élargie en 1973 à toute femme : aucune condition de mariage n'étant exigée par les textes (Art.214 C.P). Dans les centres régionaux de la santé reproductive de l'Office National de la Famille et de la Population – venus remplacer en 1994 les centres du planning familial- l'I.V.G. est, en principe, pratiquée en gratuité, sans considération du statut matrimonial de l'usagère, dans le respect de la confidentialité. En 1998, la loi relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue a ouvert, pour sa part, l'action en recherche de paternité à la mère et à l'enfant, notamment,

⁴¹Soumaya ABDELLATIF, « Naissances hors mariages et maternité célibataire en Tunisie », Conférence publique, Regards croisés sur la santé sexuelle et reproductive dans les pays arabes. Pour une socio-anthropologie du sujet, du corps féminin et de l'Etat, Séminaire international, IRMC, Groupe Tawhida Ben Cheikh, UNIL, avec le soutien de l'UNFPA et de l'ONFP, Tunis, 23-24 mai 2014.

par le recours au test génétique. Selon les résultats, est attribué à l'enfant le nom de sa mère, ou de son géniteur ou un nom fictif (*iftiradhy*). Au total, comparée aux pays arabes et maghrébins, la situation de la mère célibataire en Tunisie semble laisser l'alternative aux femmes, comme le souligne *Shereen El Feki* dans sa magistrale enquête sur la révolution sexuelle dans le monde arabe.⁴²

Quelle réalité des « mères célibataires » cachent ces « tolérances » juridiques⁴³? En réalité, les statistiques sont rares ou encore « confidentielles » et ne donnent pas vraiment la mesure du « phénomène ». D'après une étude de 2009⁴⁴, le nombre d'enfants nés hors mariage est passé de 300 par an, dans les années 1960, à plus de 1000 en 2004. Il aurait évolué en 2009 à 1660. Les mères seraient le plus souvent des femmes d'un jeune âge, célibataires ou parfois divorcées, faiblement instruites, souvent analphabètes, issues d'un milieu rural ou péri-urbain pauvre, avec pour seules perspectives de travail, les emplois salariés dans le secteur ménager ou dans les ateliers de confection. Au-delà de ces données sociodémographiques qui établissent des profils et renseignent sur les facteurs de l'exclusion économique et sociale, il y a à interroger le statut et la représentation des grossesses hors mariage dans des sociétés où règne la loi du nom, du sang et de la généalogie patrilinéaire.

L'expérience de la maternité célibataire montre que l'engendrement ne peut être réductible au biologique mais qu'il est un engendrement social des statuts, des filiations et des identités. Françoise Héritier le montre avec force lorsque, à propos de la procréation médicalement assistées et les craintes « du masculin descendant » que les techniques nouvelles ont provoquées, écrit « *Il n'y a pas, je pense, de sociétés qui ne fassent la différence entre les rôles sociaux, établissant la*

⁴²Shereen EL FEKI, *La révolution du plaisir. Enquête sur la sexualité dans le monde arabe*, Paris, Ed. Autrement, 2014, p.171.

⁴³ SANTE SUD, *Mères célibataires au Maghreb. Défense des droits et inclusion sociale. Recueil d'expériences*, Luciani Uchôa-Lefebvre, Santé Sud, U.E, AFD, 2016.

⁴⁴Mohamed BOUHOUCHE, *Sociologie des mères célibataires*, Communication soumise au 3ème congrès de l'AIFRIS (Association internationale pour la formation, la recherche et de l'intervention sociale) INTES-AIFRIS, avec le soutien du ministère des affaires sociales, de la solidarité et des tunisiens à l'étranger, 21 -24 Avril 2009, Tunis, Tunisie. <http://www.congrestunis2009.org/>.

filiation notamment, de Pater et de Mater et les fonctions physiologiques de genitor/genitrix, c'est-à-dire entre filiation et engendrement ». Elle ajoute « *qu'il y ait désormais des familles monoparentales ne change pas fondamentalement la conception de la filiation comme inscription sociale dans une ligne (...) L'idée de la chose prime sur sa réalité* »⁴⁵. En ce sens, la filiation en Tunisie, rattachée au père, inscrit l'enfant dans la « légitimité » de sa généalogie patrilinéaire et lui ouvre les droits de l'agnation, du nom, du sang et de la terre. Elle est établie par la cohabitation (le lit légitime), l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables. A défaut, selon l'article 72 du CSP, l'enfant est exclu de la parenté consanguine et sont abolis ses droits aux aliments et à la succession.

Il va sans dire que l'expérience de la maternité célibataire – au demeurant diversement vécue par les femmes-, transgresse la loi du genre et bouleverse les schèmes sociopolitiques de la famille. La crainte de voir s'effondrer l'ordre patriarcal a été si vive en Tunisie, pays en pleine transition, qu'elle a justifié aux yeux de certains acteurs et actrices politiques de premier plan, élus de la Nation, de partir en guerre sainte contre la double subversion que représentent le célibat et la maternité hors mariage. Aux déclarations stigmatisant les mères célibataires, a fait écho l'exhortation « *des jeunes à épouser les divorcées et les femmes de plus de 30 ans ainsi que la recommandation aux femmes de ne pas perdre l'espoir de se marier* ». "Nous voulons attirer l'attention sur les déséquilibres de la famille, l'augmentation du taux de divorce, le recul de l'âge du mariage" a martelé le leader historique du mouvement *Ennahdha*⁴⁶. Participant de la nouvelle économie politique et *charaïque* de la sexualité⁴⁷, des mariages collectifs ont été organisés et des fonds spéciaux distribués⁴⁸. Car l'enjeu était, encore une fois, de contrôler le corps et la sexualité des femmes. Leur libre accès à la contraception, à la maîtrise de leur propre fécondité et de leur corps, apparaissent aujourd'hui encore, dans la plupart des sociétés, comme les points de tension autour desquels se cristallise la

⁴⁵ Françoise HERITIER, *Masculin/féminin, la pensée de la différence*, Editions Odile Jacob, Paris, 1996, pp. 278- 281.

⁴⁶ « Rached GHANNOUCHI appelle les jeunes à épouser les divorcées et les femmes de plus de 30 ans », (13 août 2014), www.huffpostmaghreb.com/2014/08/13/femmes-rached-ghanouchi_n_5675807.html

⁴⁷ Nédra BEN SMAÏL, *Vierges ? La nouvelle sexualité des Tunisiennes*, Cérès édition, Tunis, 2012, p.20.

⁴⁹ BEITY, *Figures de la précarité et de la marginalité au féminin*, Tunis, Ed. Nadhar, 2015.

reproduction de l'ordre inégal dont la famille patriarcale et patrilinéaire est la citadelle et dont le Code du statut personnel, est le ferment.

La précarité des conditions de vie des mères célibataires n'est pas que socioéconomique. Comme le montrent certains acteurs sociaux-⁴⁹, elle s'accompagne de la non-reconnaissance culturelle de groupes disqualifiés et rétrogradés dans l'échelle des valeurs sociales par des représentations stéréotypées et des comportements hostiles.

5 – L'exploitation des employées de maison à plein temps ou la loi du marché sexuée de la pauvreté

L'accès des femmes au marché du travail a été considéré depuis l'indépendance comme un indice du développement et une conquête de la citoyenneté. La sortie des femmes dans l'espace public ainsi que leur soudaine et massive visibilité, ont remis en cause les catégories classiques de la division du travail féminin et de leur confinement dans l'espace du privé et du domestique. La scolarisation, la santé, l'urbanisation, la mobilité ont accéléré le mouvement. Des millions de femmes ont investi le monde de la production des biens et des services, disputant aux hommes, dans tous les domaines, savoir, compétences et parfois même, « autonomie » économique. L'autonomie économique des femmes a été en effet longtemps mesurée par référence à l'accès à un emploi à plein temps rémunéré dans le secteur formel. Le BIT y voyait « *une étape vers la liberté et l'autodétermination des femmes* » (2007). Or cet idéal normatif, d'après les économistes, non seulement ne correspondait qu'à une catégorie minoritaire de la société, mais semble même totalement remis en cause. D'après l'économiste Fatiha Talahite : « *La hausse du marché du travail, sa poussée et son externalisation ou mondialisation, n'ont pas nécessairement entraîné l'amélioration de la qualité des emplois et les conditions du travail des femmes n'ont pas permis à celles-ci d'accéder à une véritable autonomie socio-économique, surtout dans les régions pauvres du monde* »⁵⁰. Des centaines de milliers de femmes sont venues élargir la masse d'une main d'œuvre

⁴⁹ BEITY, *Figures de la précarité et de la marginalité au féminin*, Tunis, Ed. Nadhar, 2015.

⁵⁰ Fatiha TALAHITE, « Genre, marché du travail et mondialisation », in *Le sexe de la mondialisation, Genre, classe, race et nouvelle division du travail*, Paris, Les presses de Sciences po, 2010, p. 43.

féminine, précarisée et discriminée, sans véritable perspective de promotion sociale ou de qualité de vie meilleure.

Cette configuration du travail salarié féminin reproduit paradoxalement les divisions sexuées de l'espace, valorisant le public (le travail salarié productif) et disqualifiant le privé (le travail domestique non salarié et improductif). Contre ces présupposés, les féministes de tous bords ont revendiqué la prise en charge du travail domestique des femmes – travail informel- et sa comptabilisation économique. Mais ce débat a été, semble-t-il, déjà tranché car, quand il n'est pas matérialisé dans un produit, le travail domestique est jugé improductif. En réalité, il ne leur a pas échappé que la valorisation économique du travail domestique reviendrait à légitimer l'assignation des femmes à ces tâches. Tout cela semble en pleine mutation et, en attendant l'avènement des métiers du « care » (concept nouveau du travail d'assistance et de proximité, bénévole ou salarié), le travail des aides familiales ou des employées de maison continue de renvoyer à l'implacable loi d'un marché sexué de la pauvreté et à son cortège de violences, de misères économiques et sociales et d'emplois subalternes.

Il est difficile d'établir le nombre réel des femmes employées de maison, tant les enquêtes nationales font l'impasse sur elles en les enfouissant dans la catégorie générique « d'ouvrières », qui occupent le bas de l'échelle du travail salarié occasionnel avec une concentration dans le secteur du textile, de la santé, de l'enseignement. En revanche, selon certaines études initiées par les associations féministes dans l'objectif de faire la lumière sur les violences subies, la population des employées de maison aurait été estimée à 50 000 en 2002. Parmi elles, le nombre des affiliées à un organisme de sécurité sociale s'élèverait à seulement 904 soit, moins de 2%. En 2006, le nombre d'aides ménagères se serait élevé à 78353 ; 4142 d'entre elles (soit environ 5%) sont affiliées à un organisme de sécurité sociale⁵¹. Leur réalité n'est pas univoque et leurs expériences subjectives diverses. Certaines travaillent à plein temps en tant que « bonnes couchantes à tout faire », d'autres, sont permanentes de jour et enfin, les dernières occasionnelles. Dans cet ensemble, les « jeunes mineures à plein temps » ont été estimées par l'UNICEF, en 2007, à près de 40.000, âgées en moyenne de 17 ans. Cette pratique illégale et

⁵¹AFTURD, *Répercussions économiques des violences sur les jeunes filles dans le Grand Tunis, 2008-2010, Enquêtes sur les violences à l'égard des « bonnes couchantes », Rapport final, Tunis, 2008-2009 [brochure]*.

néanmoins courante et répandue, est symptomatique du marché de la pauvreté féminine. Des filières « *samsaras* » se sont, en effet, édifiées, faisant le pont entre les régions pauvres de l'Ouest tunisien, les quartiers d'habitat spontanés périurbains et les quartiers aisés et résidentiels des villes du littoral et de la capitale.

Au-delà des chiffres, la situation des employées de maison renseigne sur les parcours de l'exclusion : le décrochage scolaire à un jeune âge, le pensionnat en famille d'emploi, l'exode rural, le chômage du père ou du conjoint, les revenus dérisoires. En réalité, leur situation ne peut être réductible aux inégalités économiques mais bien à tout ce qui est mis en jeu sur le plan social et culturel pour leur dénier une égale valeur sociale. Car en effet, l'injustice, comme le montre Nancy Fraser, se déploie dans deux registres en perpétuelle interaction : l'économique et le culturel. Le premier, issu de la division du travail, se traduit par la faiblesse des revenus, la relégation dans des emplois pénibles, voire le dénuement ; le deuxième prend la forme d'une domination symbolique à l'égard de certains groupes discriminés et minorés par des représentations dévalorisantes⁵². C'est ce qui nous permet d'affirmer avec elle qu'alors que l'injustice économique requiert une politique de redistribution – ce qui est loin d'être réalisé- la deuxième relève d'une politique de reconnaissance comme point de départ à l'éradication des violences de genre.

⁵²Nancy FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, Editions La Découverte, 2005.

CHAPITRE DEUXIEME

LES LOIS PENALES DE L'ORDRE PUBLIC PATRIARCAL

L'étude du droit pénal, droit moderne du contrôle social et de la punition ultime qu'est la prison, permet de mieux comprendre le regard qu'une société porte sur certains comportements et sur ce qu'elle considère être une « infraction » punissable, justifiant la sanction. Comparé au statut personnel, le droit pénal n'a pas eu les faveurs des juristes ou des sociologues. Pourtant son code, promulgué en 1913, en contexte colonial, comme son prédécesseur *qanun al jinayat wal ahkam al ûrfya* de 1861 (Code criminel), texte encore plus méconnu, dont il a repris certaines dispositions ou dont il s'est inspiré en les appropriant à son projet, incarne et fonde le système moderne où la peine ne vise plus tant à montrer la souffrance qu'à réaffirmer l'actualité de la loi. Aussi, s'est-il construit en rupture avec le système de la vengeance, du talion (*quisas*) et des châtiments corporels ou des *hudud* en s'articulant à deux principes, demeurés intangibles depuis, le principe de la légalité des peines et celui de la rétroactivité des lois pénales plus douces.

Comment ce droit pénal réagit-il aux violences à l'égard des femmes ? La question peut surprendre tant elle semble aller de soi. Un Code pénal n'est-il pas fait justement pour protéger des atteintes les personnes et les biens ? En fait, la réalité pénale est plus complexe quand il s'agit de certains groupes socialement minorés, car plus que pour les autres matières du droit, il est plongé dans une sorte d'irréductible « conservatisme » avec pour fonction essentielle de protéger l'ordre social sur lequel se structure et se maintient la société qu'il tend lui-même à reproduire. Venu de loin et comme figé dans l'ancien ordre patriarcal - alors même que ce dernier est en voie de fissuration sous la poussée de divers facteurs, notamment la nouvelle place sociale acquise par les femmes, l'importance des droits humains, l'affirmation de l'individu, les recompositions familiales et autres - le droit en vigueur butte encore sur ses propres constructions de la prédominance masculine. C'est cette anomie du droit qui surgit à l'examen.

Le droit pénal tunisien n'a pas échappé aux vicissitudes de l'histoire. Il a évolué sans vue d'ensemble au moyen de petites touches et de modifications partielles qu'ont imposées les circonstances historiques avec l'affirmation de l'Etat-patrie, *l'Etat-Watan*. Il renferme, en plus de ses archaïsmes, la mémoire de l'ordre patriarcal qu'il défend et réactualise. Il est tout empreint d'appropriations culturelles entre diverses traditions et cultures juridiques, lointaines ou proches, coutumières ou savantes, endogènes ou exogènes. C'est à la deuxième moitié du XIXème siècle qu'il a subi, avec le mouvement de modernisation du droit, les mutations les plus spectaculaires avec l'affirmation du monopole de sa production par un pouvoir politique centralisé et territorialisé et l'annexion de son champ, traditionnellement réservé aux autorités religieuses, à la nouvelle bureaucratie d'Etat. Cette mutation s'est réalisée au moyen de la codification, vaste opération de mise en forme et de mise en ordre pratique et symbolique des sociétés, porteuse, comme l'affirme Pierre Bourdieu, « de principes de classements, de hiérarchisation, de divisions qui sont autant de principes de vision »⁵³.

Trois moments jalonnent l'histoire moderne de la formation du droit pénal. Son émergence est datée du ***Quanun al jinayat wal ahkam al ôrfiya*** (26 avril 1861), première tentative de codification moderne des infractions et leurs sanctions sur le modèle des codes européens, que fonde et légitime la Constitution réformatrice de 1861, selon laquelle désormais « *Les crimes, les délits et les contraventions que pourront commettre les sujets du royaume, à quelque religion qu'ils appartiennent, ne pourront être jugés que par les tribunaux constitués, ainsi qu'il est prescrit dans la présente loi, et la sentence ne sera prononcée que d'après les dispositions du code* » (Art.90/Constitution).

En dépit des mutations politiques, économiques, sociales et culturelles que le pays a traversées depuis le XIXème siècle et qui ont profondément influencé son ordre juridique et son système de normativité, le droit pénal tunisien est resté, par certains aspects, immuable, renfermant à travers les différents épisodes de son histoire, un socle de valeurs incompressibles, considérant les violences à l'encontre des femmes plus comme une atteinte à l'honneur des hommes, que comme une agression commise contre les droits et les libertés d'une personne.

⁵³ Pierre BOURDIEU, *La force du droit, Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Op.cit. pp. 3-19.

1) Quanun al jinaiyat wal ahkam al orfiya : Le Code Criminel de 1861

Quanun al jinayat ou Code criminel est un texte de rationalité moderne, encore pétri de droit musulman et de *fiqh* malékite comportant 664 articles regroupés en deux livres. Le premier a trait aux questions de procédures : la composition des tribunaux, leurs compétences, leurs attributions, les actions et les recours, les témoignages, les prescriptions, le serment, le jugement, etc. Le texte instaure dès l'abord le dualisme judiciaire, entre justice religieuse et justice séculière en excluant du champ de la compétence des tribunaux laïcs, les domaines réservés à la juridiction du *Charaâ*, à savoir, d'abord les affaires de statut personnel (les mariages, le divorce, la garde, les pensions, les successions, les biens en déshérence, les testaments, la tutelle des orphelins) ; puis les affaires de droits réels relatives aux biens et à la propriété foncière (les biens *habous* ou les droits les grevant de *enzel* ou de *mogharsa*, les *sadaka*, les donations, les partages immobiliers) ; enfin, les affaires de culte. La compétence des tribunaux criminels devait donc se limiter aux infractions ayant causé des dommages physiques ou corporels ou des blessures ainsi qu'aux spoliations ou dilapidations des biens, constitutifs de crimes et de délits (Art.26). C'est au livre II qu'il est traité à proprement parler des infractions définies comme « *des actes condamnables touchant les corps, la réputation (aâradh), les biens* » (Art. 202). Les peines y sont classées en fonction de la gravité de l'infraction et donnent lieu, selon les cas, à la peine capitale, l'enfermement à perpétuité ou au bagne (*karaka*) pour une période déterminée, la perpétuité ou l'enfermement durant une période déterminée dans un établissement pénitencier (*qalaâ*), le bannissement ou l'éloignement à vie ou momentanément du lieu, l'emprisonnement pour manquement aux droits, les corrections, la réparation pécuniaire. *Diya* (réparation) *quisas* (le talion) et *taâzir* (peines correctionnelles) sont toujours de mise comme peines complémentaires, souvent à la demande de la victime selon la gravité de l'infraction.

Le Code criminel de 1861 contient peu de dispositions sur les violences à l'égard des femmes et des filles participant par ses silences et son réductionnisme au déni du phénomène. En dépit de leur rareté, les infractions qu'il institue ne sont pas moins fondées sur le paradigme de l'honneur des hommes, du père ou de l'époux, que traduit avec éloquence le terme arabe (*ârdh*) en ce qui concerne certaines incriminations et agressions sexuelles. Véritables offenses au groupe et à son honneur, ces agressions sont sévèrement sanctionnées et leurs auteurs, honnis, passibles des peines les plus infamantes comme la *karaka* (*le bagne*), ou le meurtre

des coupables, « crime d'honneur » déqualifié et excusé du prix du sang. Ainsi en est-il du viol (*ghasb*) commis sur une fillette (*bint saghira*) (Art.262), que le code sanctionne plus sévèrement que celui commis sur le garçon qui n'a pas atteint l'âge de la puberté (*sabiyun*) (Art.260) ou plus généralement sur l'enfant mâle (Art.261). Considéré comme une atteinte au *ârdh*, le viol d'une petite fille, véritable outrage à sa virginité et à l'honneur de la famille, est passible, outre le bagne, pour une durée de un à deux ans, du paiement d'une *Diya* totale à la victime. Il en est de même de l'enlèvement ou du rapt de la femme pour mariage (*imara'a*). Plus que l'enlèvement, c'est l'outrage à l'autorité du père ou du *wali*, dont on a outrepassé le consentement, qui est sanctionné de prison de deux à trois mois et d'une amende de cent à deux mille rials (Art.263).

L'on comprend, dans ces conditions, pourquoi les infractions les plus nombreuses s'articulent autour de l'avortement spontané ou volontaire qui prive l'époux de la filiation légitime, de l'engendrement social qu'est la paternité, contrairement à la maternité des femmes dont c'est le rôle « naturel » dans le système patriarcal. Sont incriminés, les coups volontaires portés à une femme enceinte et ayant provoqué l'avortement spontané (*isqat*) et la mort (Art. 303) ; les coups involontaires portés à une femme enceinte sur le ventre ayant entraîné, selon le cas, la mort de la mère et de l'enfant à naître, fille ou garçon, ou la mort de la mère sans la mort de l'enfant, ou la mort de l'enfant sans la mort de la mère (Art. 374) ; les frayeurs causées à la femme enceinte de nature à provoquer l'interruption de grossesse (Art. 375). A l'ensemble de ces infractions, s'applique le talion ou, s'il y a désistement, les peines correctionnelles du *taazir*.

Plus graves sont les sanctions applicables à la femme coupable de transgressions. Il s'agit dans un cas de transgression à la maternité prescrite, résultant d'une interruption de grossesse volontaire suite à la prise de médicaments ou autres produits que sanctionnent l'exhérédation, le versement de la *diya* de l'enfant et une peine de 5 ans de prison (Art. 376). La transgression la plus scandaleuse est celle du *zina* de l'épouse surprise chez elle avec un homme, ou de toute femme surprise par ses *mahram*, et dont le meurtre est tout simplement excusé lorsque toutes les présomptions sont réunies (Art.378). Crimes pour adultère ou *zina*, ils ne sont pas crimes mais honneur lavé dans le sang des partenaires coupables de subvertir l'ordre légitime de la loi du père, du mari et des *mahrams*.

2) Le code pénal tunisien de 1913

Avec la colonisation, le droit pénal tunisien subit plus fortement l'influence française. Ses auteurs pour qui les propositions sont « *basées d'une part, sur le droit musulman et la jurisprudence des tribunaux « indigènes », d'autres 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* »⁵⁴, ne s'en cachent pas. C'est donc selon les divisions, voire les visions et les compositions du Code pénal français, promulgué en 1810, dans un esprit coercitif, dans le sillage du code civil de 1804 -tous deux œuvres majeures du patriarcat et de l'enfermement des femmes-, qu'est promulgué en 1913, le Code pénal tunisien. Abrogeant l'ancien, il discipline la matière en distinguant le droit pénal stricto sensu de la procédure dont il confie l'application aux tribunaux tunisiens, dits séculiers, renforçant par là, leur singularité en contexte de pluralisme juridique colonial et de dualisme judiciaire entre tribunaux français et une justice tunisienne, séparée en deux branches, religieuse et séculière. A l'image du Code pénal français, son livre II sur les infractions et leur punition traite séparément des attentats contre la chose publique commis par les particuliers ou les fonctionnaires, et des attentats contre les particuliers commis sur les personnes ou leurs biens. Les violences et les menaces de violence, les attentats aux mœurs, l'outrage public à la pudeur, l'attentat à la pudeur, l'excitation à la débauche, l'adultère y font leur apparition. Les peines principales y sont la mort, les travaux forcés à perpétuité, les travaux forcés à temps, le bannissement, l'emprisonnement, l'amende, sanctions applicables « par les juridictions tunisiennes à leurs justiciables » « naturels », les Tunisiens (Article 1^{er}. §2).

Le code de 1913, tout en reproduisant les nouvelles catégories juridiques créées par le Code pénal français de 1810, notamment l'attentat aux mœurs - qui regroupe dans son texte de référence l'outrage public à la pudeur, le crime de viol, l'excitation à la débauche, l'adultère de la femme, le concubinage de l'homme dans la maison familiale, la bigamie-, passe sous silence le viol en ne retenant, expressément, que l'attentat à la pudeur commis, soit sur l'enfant impubère de

⁵⁴Avant-projet de Code pénal tunisien, Présenté par la Sous-commission au rapport de M.H Guyot directeur des Services Judiciaires du Gouvernement tunisien (version non datée). Voir Rachida JELASSI, « Genèse du Code pénal » (en Arabe) in Centenaire du code pénal. Le passé, le présent, l'avenir, (sous la direction des professeurs Lotfi CHEDLY, Béchir MANNOUBI FERCHICHI, Sassi BEN HALIMA, Latrach Editions, Tunis, 2016, p. 29.

l'un ou de l'autre sexe (article 227), soit sur une personne de l'un ou de l'autre sexe sans son consentement (228). Il en aggrave les peines quand les coupables sont des ascendants de la victime ou ont autorité sur elle. Ainsi, à la différence du droit français qui reconnaissait le crime de viol, le droit tunisien retient « l'attentat à la pudeur » pour incriminer une violence sexuelle dont on ne prononce pas le nom (le viol) et dont on minimise la gravité juridique. Le viol est rétrogradé en attentat aux mœurs⁵⁵. A ces « attentats à la pudeur », le texte tunisien ajoute une nouvelle infraction, abolie en France depuis 1791, « la sodomie ». Mais comme en France et par glissement de sens, le mot allait cesser de désigner un acte, l'acte sexuel non procréatif, pour se réduire à l'homosexualité masculine. C'est sur sa base qu'est criminalisée aujourd'hui encore l'homosexualité masculine, perçue comme perturbatrice de la loi du genre sur laquelle s'est édifiée la *summa divisio* du masculin et du féminin.

L'histoire du délit d'adultère, institué en 1913, et son évolution, participent des mêmes acclimations coloniales de la répression des couples illégitimes. Introduit en Tunisie par emprunt au droit français, le concept devait agir dans deux directions : d'un côté, réduire l'ancien concept de *zina -applicable traditionnellement à toute relation sexuelle consentante hors mariage-*, à « l'infidélité conjugale » participant ainsi à l'ancrage de la nouvelle famille conjugale ainsi qu'à l'émergence de la notion de violences conjugales ; de l'autre, faire porter le délit d'adultère sur la seule épouse en la pénalisant et en considérant que cette infraction spécifiquement féminine est « punissable de 5 ans à la demande du mari, seul maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation » (Art. 236). Le meurtre, le crime commis par l'époux sur son épouse ou sur le complice au moment où il les surprend en flagrant délit d'adultère, est déclassé en délit ne donnant lieu qu'à une même peine de cinq ans de prison, tandis que, généralement, la sanction de l'homicide est soit la mort, soit les travaux à perpétuité.

⁵⁵ Céline REGNARD, « Les attentats aux mœurs devant la justice (France-Var, XIXe siècle). *La fabrique du crime* », *Quelle régulation ? Normes, justice et violences, Rives méditerranéennes*, n° 40, 2011/3, pp.87-106.

3) Les réformes de la République

Avec l'indépendance du pays, la Tunisie - dont paradoxalement la législation issue de la colonisation a servi le nouveau nationalisme juridique-, n'a pas eu besoin d'adopter un nouveau Code pénal. Quelques retouches apportées à son texte initial lui ont suffi pour façonner le « nouveau bon citoyen », ainsi qu'à instaurer la relation ontologique entre la représentation normative de la femme tunisienne et l'idée de la nation. En cinquante-neuf ans (1956-2015), il a subi trente-cinq modifications, toutes partielles, portant changements, compléments ou abrogations de certaines de ses dispositions léguées de 1913. Ce n'est qu'en 2005 qu'il a fait l'objet d'une actualisation et d'une réorganisation générale sans que l'opération n'aboutisse à en changer ou à en transformer les normes, l'esprit et le contenu. A l'examen, le Code pénal est resté à la traîne du Code du statut personnel dont il devait, en toute logique, concrétiser le féminisme et les choix « émancipateurs ». Il n'est donc pas étonnant que, passé le temps des mises en place des institutions de la République (25 juillet 1957), du chantier de l'unification de la Justice et de la réforme du statut personnel, aient été abrogées, modifiées et remplacées selon un rythme soutenu, ses dispositions les moins adaptées à la nouvelle éthique républicaine : en 1958, les articles 227, 228, 229 sur l'attentat à la pudeur ainsi que les articles 237, 238 et 240 sur l'enlèvement ; en 1965, l'article 21 sur la répression de l'avortement, en 1968, les articles 231 et 236 sur la répression de la prostitution et de l'adultère. En réalité, comme on le verra ultérieurement, les lois de la République seront « intransigeantes » à l'égard de la sexualité des femmes sur qui elles feront peser l'identité nationale et à qui elles feront porter la responsabilité de la stricte moralité républicaine⁵⁶.

En matière de violences faites aux femmes, l'évolution législative laisse se profiler un double paradoxe. Le premier est le décalage entre un dispositif tenant de plus en plus compte du spécifique des violences faites aux femmes et aux mineures (violence conjugale, violences familiales) et l'esprit suranné de lois faisant encore du corps des femmes la citadelle de l'ordre moral patriarcal et l'honneur de la famille. Le deuxième est la contradiction entre une tendance à la « pénalisation » progressive des auteurs de violences avec l'introduction de la circonstance

⁵⁶ Suad JOSEPH, *Femmes et citoyenneté dans le monde arabe*, Concept Paper (Arabe, Anglais, Français), UNDP, IDRC-CRDI.Maroc, 2000.

aggravante et le jeu des infractions excusées au moyen du « désistement de la victime » qui arrête les poursuites, met fin au procès ou à l'exécution des peines.

1) LES AGRESSIONS SEXUELLES OU LES LOIS DE L'HONNEUR DES HOMMES

L'articulation du droit pénal sur les lois de l'honneur et de la morale sociale patriarcale induit des conséquences redoutables et des violences excusées allant jusqu'au mariage du coupable avec sa victime mineure. Telle est l'hypothèse de l'article 227 bis, source perpétuelle de souffrances et de déni de justice à l'encontre des mineures de sexe féminin. Car dans cette affaire, la préservation de l'ordre social a triomphé de la protection de la victime. Non seulement le texte a une conception aberrante du viol mais a fini par excuser le coupable en lui ouvrant le subterfuge du mariage pour échapper aux poursuites et mettre fin à la condamnation. Le terme « *ightissab* » est absent du registre suranné et pourtant maintes fois retouché du Code pénal. Ce dernier, désignant l'acte par *muwaqaâ*, distingue entre un abus sexuel commis avec violence, usage ou menace d'usage d'arme (article 227 nouveau) et l'acte commis sans violence. Dans cette catégorie de viols, il ne retient que les actes commis sur une personne de sexe féminin (*Untha*).

C'est de cette même morale sexuelle que participe l'ensemble des catégories discursives du Code : l'attentat aux mœurs, l'attentat à la pudeur, l'excitation à la débauche, la prostitution vis-à-vis de laquelle le législateur entretient l'ambiguïté, en la concevant d'une part comme un fait exclusivement féminin et d'autre part en en pénalisant la pratique dite clandestine ou occasionnelle, tout en l'excusant quand elle est règlementée. Bien que pratiquée par les personnes des deux sexes, elle est exclusivement incriminée comme le fait immoral des femmes. Alors que la première est réprimée au nom de l'ordre moral, la seconde est autorisée comme relevant de l'ordre naturel de l'assujettissement et de l'exploitation sexuelle des femmes. Elle est régie par le décret du 30 avril 1940 et semble faire aujourd'hui l'objet d'une nouvelle législation sur la traite des personnes. Si le droit réprime et sanctionne les troubles à l'ordre public qu'il légitime, il se tait sur bien d'autres agressions, laissant planer sur les femmes une sorte de présomption de culpabilité.

1.1 : L'impensé du viol

Le viol a été longtemps absent du registre lexical du Code pénal tunisien qui lui a substitué, par emprunt au Code pénal français, la notion générique d'attentat à la pudeur. Cette agression sexuelle, que le texte original ne définissait pas, s'appliquait indistinctement aux victimes de l'un ou de l'autre sexe. Elle se déclinait en trois hypothèses : « l'attentat à la pudeur commis sans violence sur la personne d'un enfant impubère de l'un ou de l'autre sexe », puni d'un emprisonnement de 5 ans (Art. 227) ; « l'attentat à la pudeur commis sur une personne de l'un ou de l'autre sexe sans son consentement, puni de 5 ans de travaux forcés (Art. 228) ; l'attentat à la pudeur commis par les ascendants de la victime ou par des personnes ayant autorité sur elle, ses instituteurs, ses serviteurs, ses médecins, chirurgiens, dentistes, ou avec l'aide de plusieurs personnes, puni de 10 ans ou et de 20 ans de travaux forcés, quand la victime est impubère (Art.229). Etait également comprise dans l'attentat à la pudeur, la sodomie. L'article 230, inchangé depuis 1913, punit « la sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, de l'emprisonnement pendant 3 ans » (Art. 230).

Une distinction était ainsi établie entre « viol » (non-dit), « attentat à la pudeur commis sans violence sur un enfant », et « attentat à la pudeur sur une personne sans son consentement ». En théorie, l'attentat sans violence est fondée sur l'idée « naturaliste » qu'il ne peut y avoir matériellement et physiquement de viol et par conséquent de risques d'enfantement quand la victime est un enfant (dite « impubère » dans le texte tunisien) et que même sans violences, les agressions sexuelles commises sur un enfant impubère sont des attentats à la pudeur. La référence au consentement de la victime se trouve donc théoriquement exclue du cadre pénal permettant de définir le crime puisque c'est son âge en France ou sa puberté en Tunisie, et rien d'autre, qui font d'un enfant ayant subi un contact sexuel avec un adulte, une victime. De même, une distinction est établie entre le viol, - *défini par la jurisprudence comme une pénétration exclusivement vaginale par un pénis, soit un acte sexuel complet avec son risque d'enfantement*, et les autres agressions sexuelles commises sur une personne sans son consentement, considérées comme des attentats à la pudeur.

En réalité, note l'historienne du droit Anne-Claude Ambroise-Rendu, «*En dépit de cette absence (de définition) – ou à cause d'elle – la violence, condition requise pour définir le crime, comme c'est le cas de la plupart des crimes contre les personnes, devient vite une question centrale dans la réponse judiciaire à l'attentat à la pudeur* ». C'est alors que font surface, dans la jurisprudence, la notion de violence (physique) comme élément matériel du viol dont l'absence devait permettre de le déqualifier en attentat à la pudeur, ainsi que la notion de consentement et son corollaire opposé « la résistance de la victime » qui absout l'auteur de son crime. Pour notre auteur « *Ce survol de l'évaluation théorique et pratique du degré de criminalité des rapports sexuels entre adultes et enfants au XIX^e siècle met en lumière la contingence des liens qui arriment la sexualité au crime et le caractère aléatoire d'une pratique légale toujours soumise à l'état des sensibilités. Entre le monument judiciaire répressif qu'est le Code pénal, complété et amendé par les grandes lois de 1832 et de 1863, et la pratique des cours d'assises, la distance observée tient à la manière dont les professionnels et les citoyens appréhendent la gravité et les conséquences du crime (...). Les distorsions observées ici entre la lettre de la loi et son application renseignent également sur le choc qui résulte, au sein de la sphère judiciaire, de la rencontre entre l'intime et le public, le dicible et l'indicible, et les seuils de tolérance qui assurent le passage de l'un à l'autre. Que l'enjeu ait été ici le sexe n'est pas étranger aux distorsions et aux hésitations observées, à l'écart régnant entre les exhortations indignées des uns et les décisions des autres. La morale a pesé de tout son poids sur le règlement judiciaire de ces affaires, une morale déchirée entre le souci de protéger les enfants de la sexualité et l'impérieuse nécessité de faire silence sur les choses du sexe. En créant l'attentat sans violence en 1832, la loi apportait sa pierre à l'édifice d'une définition de l'enfance, une enfance exclue a priori de la sexualité. Mais, en discutant inlassablement de sa mise en œuvre, la pratique judiciaire montrait également que cette définition était au fond bien loin d'être unanimement partagée. C'est bien pourquoi ce crime est demeuré constamment menacé, si l'on peut dire, de déqualification. En mettant en avant le rapport – rapport exempt de violence physique et portant à un titre ou à un autre le sceau du consentement et/ou de la séduction – qui unit les deux acteurs du couple*

auteur-victime, la nouveauté de 1832 interdit au fond à la loi de fonctionner comme telle. »⁵⁷.

Ce sont paradoxalement ces décrochages que le texte tunisien consacre en reprenant à son compte les catégories du droit pénal français. Les lois de la République, adoptées pourtant dans un esprit de réforme, n'en viendront pas à bout. Une des premières réformes a été opérée par la loi n° 58-15 du 4 mars 1958 portant modification des articles 227, 228, 229, 237, 238 et 240 (JORT du 7 mars 1958, p. 235). Elle a introduit, pour la première fois dans l'histoire juridique de la Tunisie, la notion de viol, (en arabe *muwaqaâ*) (Art.227 nouveau) et de viol sur mineure (Art.227 bis), refondu l'ancienne notion d'attentat à la pudeur (Art. 228 nouveau, 228 bis et 229 nouveau) et repris la notion d'enlèvement ou de rapt (Art.237, 238, 240 nouveau et 240 bis).

1.2 : Le distinguo entre viols avec violence et viols sans violence : Les Articles 227 et 227 bis

Il est troublant de constater les divergences de terminologies entre le texte arabe - le seul faisant foi- qui ne reconnaît comme viol que l'acte de pénétration commis sur une personne de sexe féminin sans son consentement et le texte français qui, sans définir l'acte et sans faire de distinction de sexe, qualifie seulement le viol de crime. Victime de bilinguisme, la langue du droit tunisien véhicule des apories juridiques que le législateur n'a pas encore surmontées. Le terme « *ightissab* » est absent du Code pénal. Ce dernier distingue « le viol » (*muwaqaâtu untha*), qualifié de crime et introduit, en 1958, en tant qu'abus sexuel commis avec violence, usage ou menace d'usage d'arme sur une personne de sexe féminin (Art. 227 nouveau) des autres viols commis sans violences sur une mineure. (Art. 227 bis)

⁵⁷ Anne-Claude AMBROISE-RENDU, « Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810-1930) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2009/4 n° 56-4, p. 224

Les viols des articles 227 nouveau et 227 bis ont subi divers re-calibrages juridiques. En 1958, le crime de viol avec violence est assorti de 10 ans de travaux forcés et du double quand l'âge de la victime est de moins de 15 ans accomplis (Art. 227). Il est converti en délit lorsqu'une personne fait subir sans violence « l'acte sexuel » (sic) à un enfant de sexe féminin âgé de moins de 15 ans, assorti d'une peine de cinq ans de travaux forcés quand la victime a moins de 15 ans et d'une peine de cinq ans d'emprisonnement seulement, quand elle a plus de 15 ans et moins de 20 ans accomplis. En 1969, l'article 227 bis est refondu par la loi n° 21 du 27 mars 1969 pour introduire « la tentative d'acte sexuel » commis sans violence sur une mineure. Il élève la sanction à 6 ans d'incarcération au cas où l'enfant (la fille) a moins de 15 ans, et à 5 ans quand la victime a plus de 15 ans et moins de 20 ans. Il admet toutefois que « *le mariage du coupable avec la victime dans les deux cas prévus arrête les poursuites ou les effets de la condamnation* », en ajoutant qu'ils « *reprennent cependant si, avant l'expiration de deux ans, à dater de la consommation du mariage, il y a divorce à la demande du mari* ». En 1985, c'est au tour de l'article 227 d'être retouché pour punir de mort le crime de viol commis avec violence, usage ou menaces d'armes sur une personne de sexe féminin ainsi que le crime de viol commis même sans usage des moyens précités sur une fille de moins de 10 ans accomplis. Le texte ajoute que le consentement est considéré comme inexistant lorsque l'âge de la victime est au-dessous de 13 ans accomplis ».

Le législateur semble ainsi ne laisser place qu'à une caractérisation restrictive du viol par le juge. Ce dernier en effet, en a verrouillé les éléments en ne retenant à sa base que la violence - car elle constitue, à son sens, l'élément matériel à défaut duquel il n'y a pas viol- et en limitant de surcroît la violence à sa seule forme matérielle et physique. Ces éléments, ajoutés à la définition du viol comme l'acte sexuel stricto sensu commis exclusivement sur une femme ou sur une fille, par relations sexuels forcés et contraintes avec pénétration vaginale, aboutiront en permanence à la négation du viol et à sa rétrogradation-déqualification en attentat à la pudeur. La ligne en a été tracée dans une décision de principe de la Cour de Cassation, toutes chambres réunies le 16 juin 1969, selon laquelle « *l'attentat à la pudeur est tout acte contraire à la décence, commis volontairement et directement sur le corps d'une personne mâle ou femelle*

ou sur ses parties intimes (âwra) à la différence du viol qui est une infraction caractérisée imposant une sanction ultime tant ses effets sont permanents (comme la grossesse) sur la victime » [16 juin 1969, C. Cass. n°6417]. Sur ce distinguo, la jurisprudence est constante. Dans une autre de ses décisions, rendue en 1988, la cour insiste sur « le fait que le viol commis sur une personne de sexe féminin est une infraction caractérisée imposant une sanction ultime et ce, par volonté du législateur de préserver la moralité et de punir tout contrevenant se jouant de l'honneur des personnes et de leur chasteté. Aussi est-il de jurisprudence constante en Tunisie de considérer que le viol n'est pas constitué du seul fait de l'attentat à la pudeur mais bien lorsqu'il y a pénétration vaginale (dans l'orifice naturel de la femme) et coït (iilaje) » [22 juin 1988, c.cass. 26618]⁵⁸. On peut en conclure que dès lors qu'il y a sodomie, fellation, introduction d'un objet dans le sexe, il ne s'agit plus de viol mais d'attentat à la pudeur !

En réalité, comme le note la juriste Monia Ben Djemiâ, derrière l'incohérence de ce traitement différentiel du viol, « il y a en filigrane deux idées forces : les violences sexuelles, en particulier le viol, sont des crimes qui portent atteinte à l'honneur de la famille qu'il faut protéger des naissances illégitimes et la victime présumée consentante car les violences sexuelles ne sont justement pas perçues comme de véritables violences mais comme des relations sexuelles illicites ou anormales dans lesquelles la victime se trouve toujours dans la position de coupable»⁵⁹.

1.3 : L'article 227 bis : Quand le violeur est disculpé de son crime par le mariage avec sa victime mineure

L'article 227 bis, introduit en 1958, a été et est source perpétuelle de déni de justice à l'encontre des mineurs, filles et garçons. Non seulement il ne s'applique qu'aux filles en ignorant les garçons victimes de viols, mais plus grave encore, il excuse le coupable en lui ouvrant le subterfuge du mariage

⁵⁸ Mustpha SKHIRI, Le Code pénal annoté des décisions de justice les plus actuelles, Tunis, 2010.

⁵⁹ Monia BEN DJEMIA, Une loi intégrale pour la protection des femmes victimes des violences, Non à l'impunité, ATFD- Open society Fundation, Tunis, 22 février 2014, p. 27.

avec la victime pour échapper aux poursuites et mettre fin à la condamnation. C'est à cause des manœuvres qu'il a engendrées et des vies d'enfants qu'il a brisées -le violeur épousant sa victime pour en divorcer aussitôt- que le législateur a été contraint d'admettre, en 1969, la reprise des poursuites ou des effets de la condamnation si le divorce, sur demande du mari, a été prononcé avant l'expiration du délai de deux ans, à partir du mariage. Justice en trompe-l'œil, transposée sans discernement de l'article 239 sur l'enlèvement, elle a érigé autour du viol de la mineure un non-dit collectif, un mur de silence et de mensonges

Entre le viol « commis avec violence » (cas de l'article 227 nouveau) et le viol déqualifié en « acte sexuel commis sans violence » sur une mineure (cas de l'article 227 bis), les peines sont aux antipodes l'une de l'autre. Alors que dans la première hypothèse le coupable est puni de mort ou d'emprisonnement à vie, dans la seconde, la peine est alternative entre l'emprisonnement durant cinq ou six ans et le mariage du coupable avec sa victime mineure. Peines extrêmes (la mort) ou extravagantes (le mariage), contraires dans les deux cas au principe intangible de l'intégrité physique et morale de la personne humaine, elles poussent les magistrats à des élucubrations doctrinales et à une jurisprudence cafouilleuse peu conforme à l'esprit de justice qui devrait les animer. Il n'est pas rare de les voir conclure à l'absence de viol s'agissant pourtant, comme dans le cas de l'espèce, d'une fillette de 11 ans abusée fréquemment par son beau-père [c.cass. 52009/ 8 juin 1993]. N'ayant pas usé d'armes mais usant de sa domination et de son emprise sur une petite de plus de 10 ans, ce violeur n'est pas tombé sous le sens de l'article 227. De même, si la cour a fini, à partir des années 90, par ne plus tirer ipso-facto du silence de la victime mineure son consentement au viol (sic), elle ne tentera pas moins quasi-systématiquement d'en découvrir et d'en rechercher l'existence et les signes [c.cass.34983/6 mai 1991].

L'article 227 bis n'a pas fini de faire parler de lui. En mars 2012, tout comme au Maroc, l'émotion a été grande en Tunisie après le suicide par immolation de la jeune Amina, contrainte par la loi marocaine d'épouser son violeur. Choqué, tout le monde a découvert le désastre de l'article 475 du Code pénal marocain selon lequel le ravisseur d'une mineure n'encourt aucune peine d'emprisonnement s'il accepte d'épouser sa victime.

Le mariage, arrangé entre les familles et sous les bons offices du juge, a été imposé à la jeune fille- dont on a ignoré la souffrance- et a été conclu et célébré dans les formes requises ! Beaucoup, au pays du Code du statut personnel tunisien, croyaient échapper au sort de la jeune marocaine en ignorant ou en oubliant que l'article 475 marocain a son double ainsi que son équivalent tunisien dans le redoutable article 227 bis qui prévoit lui aussi que « *le mariage du coupable avec la victime arrête les poursuites ou les effets de la condamnation* »⁶⁰. Voilà des années que l'Association tunisienne des femmes démocrates, saisie d'affaires de viol contre les mineurs, filles et garçons, de pédophilie, d'agressions sexuelles de toutes sortes commises paradoxalement par les plus proches de l'entourage familial, crie au scandale. Qui a voulu l'entendre ? Voilà des années qu'elle demande en vain l'abolition de l'absurde article 227 bis qui disculpe le violeur et fait porter à la victime le poids de l'hypocrisie sociale. Si le sens de l'humain impose d'abolir la peine de mort du coupable quel qu'en soit le crime, même le crime de viol, le sens de la justice impose d'urgence une refonte en profondeur et avec sérieux de la législation tunisienne dans le sens d'une loi intégrale sur les violences envers les femmes. Annoncée à maintes fois par les plus hautes autorités de l'Etat, l'abolition de l'article 227 bis est ajournée en permanence.

1.4 : L'attentat à la pudeur des articles 228, 228 bis, 229

A la différence du viol, agression sexuelle d'une victime exclusivement féminine, l'attentat à la pudeur concerne toute victime sans distinction de sexe. Il est applicable à tout attentat à la pudeur sur une personne majeure ou mineure, un enfant selon la nouvelle rédaction, commis selon les cas, sans le consentement de la victime, par usage d'armes ou tout autre acte mettant la vie de la victime en danger, ou enfin sans violence. Il est prévu dans trois articles consécutifs, les articles 228 nouveau, 228 bis et 229, tous trois remaniés en 1958 et de nouveau modifiés en 1995.

⁶⁰ Sana BEN ACHOUR, « Qui l'eût cru au pays du CSP ! Le mariage du violeur avec sa victime mineure », *La Presse*, 31 mars 2012. p.5

Concernant l'article 228, l'évolution a été marquée à partir de 1958 par le maintien de la peine à 5 ans de travaux forcés et le remplacement de la non-puberté, par la fixation de l'âge de la victime à moins de 15 ans accomplis, avec une aggravation de la peine à dix ans de travaux forcés. En 1995, compte tenu des évolutions législatives relatives à l'abolition des peines infamantes ou dégradantes, la sanction est passée de 5 ans de travaux forcés à 6 ans d'emprisonnement et de 10 ans de travaux forcés à 12 ans d'emprisonnement avec relèvement de l'âge de la victime à moins de 18 ans accomplis. La réforme a ajouté une nouvelle hypothèse (ali.3) en prévoyant le cas de l'attentat à la pudeur par usage d'arme, menace, séquestration où lorsque s'en sont suivies blessures, mutilations ou défigurations ou par tout autre acte de nature à mettre la vie de la victime en danger ».

C'est à l'article 228 bis, nouvellement introduit en 1958, qu'est revenue la catégorie « d'attentat à la pudeur commis sans violence sur la personne d'un enfant » dont l'âge, prévu au départ à moins de 15 ans, a été relevé en 1995 à moins de 18 ans. Quant à l'article 229, il a aggravé la peine au double dans tous les cas d'agression sexuelle (viols et attentat à la pudeur) si les coupables sont les ascendants de la victime ou s'ils ont de quelque manière que ce soit autorité sur elle, à savoir ses instituteurs, ses serviteurs, ses médecins, ses chirurgiens-dentistes ou si l'attentat a été commis par plusieurs personnes.

En pratique deux éléments vont considérablement déterminer le cadre à l'intérieur duquel l'agression sexuelle est évaluée ou très souvent dévaluée de quelques degrés de la peine infligée : Le consentement, la violence matérielle. Il y a en effet dans les agressions sexuelles une réversibilité redoutable des représentations, la victime se muant en coupable de son immoralité présumée, l'auteur victime de la séduction subie. Ces éléments constituent en général la ligne de défense en justice des inculpés.

Le consentement ou l'absence de consentement sont des éléments d'appréciation de la contrainte morale exercée sur la victime que le juge apprécie au fond comme étant une question de fait, soumise à son interprétation sur la base des données réelles dont il dispose et comme n'étant pas par conséquent définitive, absolue et irrévocable. Longtemps

liée à la résistance de la victime, l'évaluation du consentement et par suite de l'attentat à la pudeur a joué lourdement contre des victimes suspectées a priori d'être « séductrices », « d'une sexualité précoce ou développée », de « mauvaise vie » ou « aguicheuses ». Il a fallu l'intervention régulatrice de la Cour de cassation, pour rompre en 1998, avec la doxa judiciaire et admettre « *que l'absence de résistance de la victime à l'attentat à la pudeur commis sur elle est moins la preuve de son consentement que la preuve de l'effondrement de sa force morale et de sa fragilité psychologique face à l'auteur dont elle a peur compte tenu de ses antécédents judiciaires et de la nature des agressions commises par lui.* »⁶¹

1.5 : Sodomie et lesbianisme de l'article 230

De toutes les dispositions du Code pénal regroupées sous la section « attentats aux mœurs », seuls les articles 226 sur l'outrage public à la pudeur et l'article 230 sur la sodomie nous sont parvenus aujourd'hui en leur formulation d'origine. Mais comme pour l'article 227 sur le viol, le texte français de l'article 230 est différent du texte arabe. Alors qu'au premier, il n'est question que de *liwat* (homosexualité masculine), au second est ajouté le lesbianisme (*al musahaka*).

L'amalgame entre sodomie et homosexualité masculine a été opérée de longue date. Dans la tradition chrétienne, c'est sur les récits bibliques relatifs à la destruction de la ville de Sodome qu'a été fondée la condamnation de l'acte et par glissement de sens l'homosexualité, c'est-à-dire, les rapports entre hommes adultes consentants. Si au départ, la catégorie judiciaire englobait tous les actes ou toutes les pratiques sexuelles non procréatives ou non génératives (bestialité, paganisme, etc.), elle a fini par signifier l'homosexualité masculine, condamnée pour être une pratique « contre nature » au nom d'une conception normative de la nature humaine. Comme le note l'anthropologue Thierry Pastorello « *A partir du XVIII siècle, ces pratiques sexuelles sont analysées dans une thématique globale de l'idée de nature, notamment dans la philosophie des Lumières. C'est à partir de cette idée de nature, que certains déduiront un*

⁶¹C. Cass., 30 décembre 1998, in Mustpha SKHIRI, Le Code pénal annoté des décisions de justice les plus actuelles, (en Arabe), *Op.Cit.* p. 154.

concept de contre nature, qui se fondera précisément sur l'analyse de ce qui est de la nature propre d'un homme, et de ce qui a été acquis par une mauvaise habitude. Ainsi parallèlement à l'analyse de la complexité de la nature et du vivant, s'est développé le concept normatif de nature humaine. Dans le domaine de la sexualité, un intérêt nouveau est porté aux comportements sexuels analysés par rapport à leur utilité sociale : le sexe devient une problématique nouvelle, car il conditionne la natalité, le mariage. Ainsi, les pratiques sexuelles et amoureuses entre hommes vont être perçues comme la transgression d'une altérité, symbole de cet ordre naturel défini dans le cadre des textes littéraires et philosophiques. »⁶². En France, l'évolution des idées philosophiques et politiques et des théories du droit aboutiront en 1791 à l'abolition du crime de sodomie. Aujourd'hui, dans la plupart des sociétés occidentales, l'homosexualité est dépénalisée. Un nouveau statut juridique entoure désormais « le couple » homosexuel à qui des droits égaux au couple hétérosexuel sont accordés.

Dans les sociétés arabes et musulmanes modernes, l'homosexualité est combattue et farouchement réprimée alors même que, d'après les recherches d'islamologie, le Coran ne prévoit aucune sanction même s'il la réprouve fermement. C'est aux juristes médiévaux et à leur œuvre interprétative - controversée du reste- que sont revenues ses diverses qualifications et sanctions⁶³. Avec la modernité, l'homosexualité masculine ainsi que féminine – même si l'on en parle peu- a été érigées en délit sévèrement pourchassé. Il suffit de dénombrer la multiplication des poursuites, qu'elles soient le fait des tribunaux militaires comme en Egypte (2002), des tribunaux religieux comme en Arabie saoudite (2002), ou des tribunaux séculiers et civils comme au Maroc (2004). Plus récemment, en septembre 2015, en Tunisie, a éclaté l'affaire du jeune étudiant de 22 ans, inculpé pour sodomie et condamné à un an de prison ferme, test anal à l'appui⁶⁴ ou celle des six jeunes de Kairouan, condamnés sur la base de

⁶²Thierry POSTORELLO, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire*, 2010/112-113, p. 197-208.

⁶³Sami A. ALDEEB ABU SAHLIEH, «Sexualité licite et illicite en droit musulman», article consultable sur www.sami-aldeeb.com/.../French-Sexualite-licite-et-illicite-en-droit-musulman, 1999.

⁶⁴Farida DAHMANI, « Homosexualité en Tunisie : circulez, y a rien à voir ! » *Jeune Afrique*, 23 septembre 2015.

l'article 230 à trois ans d'emprisonnement avec une peine complémentaire d'un autre âge : le bannissement de la ville de Kairouan pour 5 ans⁶⁵.

Aujourd'hui, comme le montre Mohamed Meziane dans son magistral exposé sur « Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle », le statut juridique de l'acte de sodomie est mobilisé par les juristes contemporains dans une perspective principalement morale, désignant l'homosexualité comme une pratique « contre-nature » qu'il s'agirait d'éradiquer. Il montre bien en fait qu'elle se ressource fondamentalement dans la pensée médiévale de la préservation de l'ordre public du genre et contre la transgression de l'ordre social des identités de genre (masculinité/ féminité), édifice du patriarcat construit autour de l'autorité des hommes sur les femmes, la filiation patrilinéaire et la sexualité dans le cadre du mariage⁶⁶. L'on est en droit de dire que la répression de « l'homosexualité masculine » comme le silence autour du viol des femmes ou sa rétrogradation judiciaire participent de la même implacable loi de l'honneur des hommes et ses attributs de virilité.

Quant à l'incrimination du lesbianisme, prévue à l'article 230 du Code pénal dans sa version arabe, elle ne semble pas avoir été invoquée en pratique et avoir donné cours à une jurisprudence quelconque des tribunaux. L'incrimination de l'homosexualité féminine est, à bien considérer, assez spécifique aux sociétés musulmanes en comparaison avec les sociétés occidentales où l'acte sexuel entre femmes n'a qu'exceptionnellement été réprimé par le droit. Mariane Shulz, dans un article fondateur intitulé « Lesbiennes : les silences du droit » explique que « *le droit, qui a longtemps nié l'existence de la femme en tant que sujet de droit autonome, a occulté d'autant plus les lesbiennes. Parce que sa reconnaissance bouleverse les schémas ancestraux de notre société n remettant en cause le pouvoir sexuel de l'homme et la finalité reproductrice de la sexualité*

⁶⁵ Collectif civil pour libertés individuelles, « 2015, la chronique des atteintes aux libertés individuelles » (en Arabe), Brochure distribuée lors de la Conférence de Presse du 19 janvier 2016 tenue sous le mot d'ordre « ma constitution, ma liberté », 8 pp.

⁶⁶ Mohamed MEZIANE, « Sodomie et masculinité chez les juristes musulmans du IXe au XIe siècle » Arabica, 2008, n° 55, p.276-306.

*féminine, le lesbianisme est tabou ; l'apparente neutralité du droit cache un véritable déni de la sexualité féminine en général, et de l'homosexualité féminine en particulier, et non, comme on pourrait le penser, une plus grande tolérance »*⁶⁷. Dans les sociétés musulmanes, à l'inverse, l'incrimination de l'homosexualité féminine témoigne de la même crainte du désordre des frontières non pas tant « naturelles » entre les hommes et les femmes que prescrites par les lois sociales légitimées par le religieux et l'impérativité de la soumission des femmes aux hommes.

2) LA CRIMINALITE PRESUMEE DES FEMMES

Le droit pénal, ensemble de règles immergées dans les normes sociales et les représentations culturelles, a historiquement construit une « criminalité féminine » autour de la prostitution, de l'adultère et de l'avortement traduisant par-là *a contrario*, l'idéal normatif de « LA » femme morale, attachée à un mari ou bonne mère et présumant, en même temps, sa culpabilité dans le cadre d'une infraction spécifique, liée toujours ou presque à sa « nature féminine ».

2.1 : Prostitution et excitation à la débauche (art.231)

L'article 231 du Code pénal, actuellement en vigueur, institue une infraction spécifiquement féminine où il est précisé que « *hors les cas prévus par les règlements, les femmes qui, par geste ou par parole, s'offrent aux passants ou se livrent à la prostitution, même à titre occasionnel, sont punies de 6 mois à un an de prison et de 20 à 200 DT d'amende. Est considérée comme complice et punie de la même peine, toute personne qui a eu des rapports sexuels avec l'une de ces femmes* ».

En Tunisie, l'histoire sociale de la prostitution féminine a fait l'objet d'importantes investigations qui ont permis de mettre l'accent sur l'articulation entre normes et pratiques sexuelles, temporalité, spatialité et représentations idéologiques, normalité et marginalité, sexe et commerce avec notamment, l'essai pionnier de Abdelwahab Bouhdiba sur *La sexualité en Islam* (1975),

⁶⁷Marianne SHULZ, « Lesbiennes : les silences du droit », *Les Temps modernes*, n° 598, Mars-avril 1998.

prolongé bien plus tard par le travail de Mohamed Kerrou et Moncef M'halla sur La prostitution à Tunis aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles (1991), avant que Delenda et Abdelhamid Larguèche ne lui consacrent un livre, Marginales en terre d'Islam, (1992), et que Sherren el Feki n'en revisite et n'en réactualise les données dans son enquête sur la sexualité dans le monde arabe, La révolution du plaisir (2014).

L'on y apprend que la pratique de la « sexualité vénale » était connue du monde musulman tout en demeurant cachée, invisible et domestique, régie par les règles du « *sitr* » et les châtiments applicables au « déviant » et à « la déviante ». En revanche, l'institutionnalisation de la figure « de la femme publique ou de la fille de joie » et la réservation de lieux de prostitution (les quartiers réservés, les bordels et lupanars) sont un fait colonial, une institution placée sous surveillance sanitaire et policière. A Tunis, l'arsenal juridique remonte à la réglementation municipale de 1886, époque au cours de laquelle un arrêté règlementant la police des mœurs a légalisé l'existence de « filles publiques », mêmes mineures, s'adonnant à une activité que régit encore de nos jours l'arrêté du 30 avril 1942 règlementant la prostitution dans la Régence. Une distinction s'est dès lors opérée entre la prostitution légale, règlementée comme modalité publique d'un service sexuel féminin (inscription sur un registre, visites médicales, impôts et redevances) et la prostitution « libre », devenue un fait délictueux pour débauche, excitation à la débauche, corruption de la jeunesse, exploitation, traite, proxénétisme.

Plusieurs dispositions de l'ancien Code pénal de 1913 (Art. 231 à 235) en ont condamné la pratique avec des sanctions allant de trois à cinq ans d'emprisonnement et des amendes substantielles, applicables à l'un ou à l'autre sexe. Il y est question de « quiconque a excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe » (Art.231) ; ou de « quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a embauché, entraîné, ou détourné, même avec son consentement, une femme ou une fille en vue de la débauche » (Art.232) ; ou encore de « quiconque a retenu contre son gré, même pour cause de dettes contractées, une personne dans une maison de débauche ou l'a contrainte à se livrer à la prostitution (Art.232.2) ; ou enfin de « quiconque est convaincu de tirer tout ou partie de ses moyens d'existence de la prostitution d'autrui (Art.234)

Ce régime a connu des assouplissements prévus au D.B du 26 mai 1949, lui-même inspiré de la loi française sur le renforcement de la lutte contre le proxénétisme qui a abrogé les articles 231 et 235 du Code pénal, aboli les sanctions applicables aux prostituées elles-mêmes et fait peser de manière exclusive la répression sur le proxénète. Mais cette réforme a laissé subsister l'arrêté du 30 avril 1942, créant ainsi une situation équivoque où devait coexister le système de la prostitution réglementaire et celui de la prostitution « clandestine ». Plus grave, en 1964, la loi n° 34 du 2 juillet 1964, rétablit les dispositions antérieures à 1949 et réintroduit dans le Code pénal de la jeune République tunisienne, qui se devait d'être vertueuse, les articles 231 à 235 que le décret de 1949 avait abrogés. La nouvelle législation crée une infraction « instantanée à l'égard des femmes qui, « hors les cas prévus par les règlements en vigueur, par gestes ou par paroles, s'offrent aux passants ou se livrent à la prostitution, même de manière occasionnelle ». Le client est considéré comme complice et peut être condamné à la même peine.

La prostitution a ainsi des régimes de répression différents selon qu'elle est légale ou clandestine, habituelle ou occasionnelle. Cette répression allait s'abattre en pratique contre les couples jugés « suspects » et traquer toute relation hors mariage ou commerce sexuel hors cadre réglementaire. On rapporte que pour la police, la vénalité (élément essentiel à l'infraction) ne s'arrête pas à la rémunération pécuniaire mais à toute autre bien « compensatoire » comme accepter des repas, recevoir des cadeaux, etc. C'est ainsi que des campagnes publiques de sauvegarde des bonnes mœurs ont été menées, en mars 2004, aboutissant à l'arrestation massive de jeunes des deux sexes, à leur jugement, et provoquant l'opposition des féministes qui, au cours d'une conférence de presse, se sont élevées contre les entraves à la mixité et aux rencontres librement consenties entre les deux sexes⁶⁸.

En tout état de cause, les récentes enquêtes de Shirin EL FEKI font état, avant les soulèvements de 2011, de près de 300 travailleuses du sexe légales se répartissant sur une dizaine de sites, à Sousse, Sfax, Gabes et Kairouan. C'est à Tunis que l'on enregistre la plus forte concentration avec plus de cent femmes dont un tiers est constitué d'indépendantes qui louent des chambres, les autres, exerçant dans des bordels. La plupart ont entre 20 et 30 ans. Elles

⁶⁸ ATFD, mars 2004, Archives Série E. Code E. Doc. CEOFVV. Boîte 78.

doivent quitter le service actif à 50 ans. Beaucoup sont divorcées et ont des enfants à charge. Certaines commencent à se prostituer clandestinement puis passent au commerce légal quand la pression financière s'accroît. La majorité ne dépasse pas le niveau de l'école primaire. Celles qui optent pour la prostitution légale doivent faire une demande à la Brigade des mœurs du Ministère de l'Intérieur qui peut leur délivrer ou leur refuser l'autorisation. Elles doivent être célibataires ou divorcées. Elles travaillent de jour et bénéficient de 6 jours de congé par mois, correspondant à la période des menstruations, mais peuvent demander des congés spéciaux. Elles se rendent aux consultations médicales chaque semaine et font un dépistage du VIH/SIDA et de la Syphilis tous les mois. Suivant les réglementations officielles du Ministère de l'Intérieur, ces femmes ne peuvent pas quitter la maison close sans autorisation du Ministère.

Après la révolution, note l'enquêtrice, « *la vie est devenue plus difficile pour les filles. A la chute du régime de Ben Ali en 2011, les aspirations suscitées par des décennies de refoulement politique se sont exprimées et, comme en Egypte, cela a aussi entraîné une libération de la parole des islamistes du pays* ». Prises dans le collimateur des « fous d'Allah », les travailleuses du sexe ont été attaquées, les maisons incendiées et les bordels fermés. La situation s'est à tel point dégradée qu'une manifestation a été organisée par les travailleuses de Sousse (120 femmes), le 11 mars 2014, devant le siège de l'Assemblée nationale constituante, pour revendiquer de meilleures conditions de travail et la réouverture des maisons.

Quant à la « prostitution » clandestine, elle a été, et demeure, peu traitée et peu étudiée. Pourtant, selon *l'Etude exploratoire sur la traite des personnes en Tunisie*, réalisée en 2013 par l'Organisation mondiale pour les migrations et la République Tunisienne, la Tunisie vit sous la menace des réseaux de proxénétisme nationaux et internationaux qui affectent principalement les femmes et essaient entre la Tunisie, le Liban, la Turquie, les pays du Golfe et l'Afrique de l'Ouest ⁶⁹.

La prostitution clandestine touche en réalité des jeunes femmes mais aussi de jeunes gens, pour des rapports hétérosexuels ou homosexuels dans le cadre du tourisme sexuel notamment. Mais comme il a été précédemment souligné, le

⁶⁹ REPUBLIQUE TUNISIENNE, ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS (OIM), *Etude exploratoire sur la traite des personnes en Tunisie*, OIM, Tunis, 2013.

délict de prostitution ne fait pas mention de la prostitution masculine, présumant de son caractère exclusivement féminin. Les hommes qui s'y livrent sont généralement poursuivis pour d'autres faits relatifs aux mœurs, notamment sur la base de l'article 230 sur la sodomie ou de la loi 52 sur la consommation des stupéfiants. L'étude exploratoire de l'OIM s'appuie sur les résultats d'une enquête comportementale menée, en 2009, par l'Association Tunisienne de Prévention de la Toxicomanie (ATUPRET) auprès des travailleuses du sexe clandestines. Ces dernières dénoncent les violences physiques et verbales subies de la part des clients et des proxénètes. Certaines sont victimes de traite dès leur enfance, et sont devenues, par la force des choses, prostituées clandestines à leur compte. Près de 2,5 % d'entre elles ont débuté la prostitution entre 10 et 14 ans et 28,3 % entre 15 et 19 ans. Nombre d'entre elles ont eu leur premier rapport sexuel payant avant l'âge légal de l'abandon scolaire. Or, ces victimes mineures, peuvent être condamnées pour prostitution au même titre que les adultes, alors qu'elles nécessitent une assistance et une protection particulières.

Le pays s'apprête aujourd'hui à voter le projet de loi sur la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Approuvé par le Conseil des ministres, le 6 mai 2015, et soumis à l'ARP pour examen le 8 mai 2015, le projet est toujours en suspens sans que l'on comprenne pourquoi. Il considère comme traite des personnes, *« le recrutement, le transport, le transfert, le détournement, le rapatriement, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par le recours ou la menace de recours à la force ou aux armes ou à toutes autres formes de contrainte, ou d'enlèvement, de tromperie, d'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation, quelle qu'en soit la forme, que cette exploitation soit commise par l'auteur de ces faits ou en vue de mettre cette personne à la disposition d'un tiers »* (Art.2. Point 1. §1). L'exploitation comprend selon le texte *« l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou la mendicité, le prélèvement total ou partiel d'organes, de tissus, de cellules, de gamètes et de gènes ou toutes autres formes d'exploitation »* (Art.2. Point 1. §2). Le projet tient compte des situations de vulnérabilités de la personne du fait *« que c'est un enfant, de sa situation irrégulière, de son état d'extrême nécessité, d'un état de maladie*

grave ou de dépendance, d'un état de grossesse pour la femme ou de carence mentale ou physique qui empêche la personne concernée de résister à l'auteur des faits » (Art. 2. Point 2). Le texte définit enfin l'exploitation sexuelle comme « L'obtention d'avantages de quelque nature que ce soit en livrant une personne à la prostitution ou tout autre type de services sexuels notamment, son exploitation dans des scènes pornographiques, à travers la production ou la détention ou la distribution, par quelque moyen, de scènes ou matériels pornographiques » (Art.2. Point 7). Une année est passée et le texte est toujours relégué en mauvais rang dans le « pipe », en attente d'être soumis à l'examen et au vote des élu-e-s. Verra-t-il de sitôt le jour ou sera-t-il repousser encore aux calendes grecques ?

2.2 : Adultère, « Zina des femmes » et crime d'honneur entre l'ancien et le nouvel article 236 du code pénal

Il a fallu la réforme de 1968 [loi n° 68-1 du 8 mars 1968] pour mettre fin à l'asymétrie du crime d'adultère. Celui-ci a été défini initialement comme « *l'adultère de la femme* » entraînant pour elle et son complice une sanction de cinq ans de prison (Article 236 ancien). Longtemps conçu comme un délit exclusivement féminin, l'adultère a été apprécié comme une grave offense à l'honneur des hommes et justifiait l'indulgence des légistes et la mansuétude des juges et des médias à l'égard du meurtre commis par l'époux sur la « fautive et son complice », surpris en flagrant délit. Loin d'apparaître comme un crime, cet homicide conjugal a été longtemps excusé comme « simple crime passionnel » que toute une mythologie « romantique », développée par la littérature, le cinéma et les médias, a contribué à diffuser et que le droit pénal a perpétué. Dans cette optique, l'ancien article 207 du Code pénal tunisien sur l'homicide intentionnel est venu atténuer « *le meurtre commis par l'époux sur son épouse ou sur le complice au moment où il les surprenait en flagrant délit d'adultère* ». En lieu et place de la peine de mort applicable à l'homicide volontaire, « le crime pour adultère de la femme » n'était passible que de 5 ans de prison. Crime dit passionnel, il excusait aux yeux de la société la violence de l'acte dont la victime (par inversion des perceptions) se rendait en somme fautive, en transgressant les lois de la fidélité et en provoquant l'honneur d'un mari agissant sous l'effet de la passion.

L'article 236 nouveau, introduit par la loi n° 68-1 du 8 mars 1968, a modifié cet état du droit en mettant enfin sur un pied d'égalité « *l'adultère du mari ou de la femme* » qu'il punit d'une part d'une peine égale de prison de 5 ans et d'une amende de 500 DT et qu'il soustrait d'autre part, aux circonstances atténuantes de l'article 53 « *lorsque l'adultère est commis au domicile conjugal* ». Le texte ajoute que « *L'adultère du mari ou de la femme (...) ne peut être poursuivi qu'à la demande de l'autre conjoint qui reste maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation* ». Malgré ces avancées, le Code pénal ne s'est définitivement débarrassé de la vision mythique du délit d'adultère comme entraînant une des formes d'homicides passionnels les moins sévèrement punis que tardivement. En effet, l'ancien article 207 - quoique devenu obsolète du fait de l'article 236 nouveau- ne disparaît définitivement qu'en 1993 sous l'effet de son abrogation par la loi 93-72 du 12 juillet 1993.

En arabe, l'adultère se dit « *zina* », par compression de la tradition juridique islamique pour qui est *zina* tout rapport sexuel hors mariage et par suite tout rapport illicite entre un homme et une femme dont la sanction traditionnelle, encourue en principe par les deux « pécheurs », est cent coups de fouet pour les célibataires et la mort par lapidation pour les personnes mariées. Dans la tradition juridique islamique, le *zina* ne sanctionnait pas « l'infidélité conjugale » mais la transgression du seul cadre légal du rapport sexuel légitime : le mariage (*nikah*) comme forme socialisée de la domination masculine.

De fait aujourd'hui, dans bien d'Etats de la région arabe et musulmane, une réislamisation du droit et de la société est en cours, axée principalement sur le système de justice pénale, domaine du droit public qui, comme il a été développé plus haut, s'est laïcisé pourtant sous l'effet du droit positif codifié tant sous le régime colonial qu'avec la modernisation des systèmes juridiques nationaux. Ainsi des lois pénales basées sur le *fiqh* ou inspirées de la chariâ sont réintroduites ici et là sous forme codifiée au Pakistan (*Enforcement of Hudud Ordinances, 1979*), en Iran à la suite de la Révolution de 1979, au Soudan (*Penal Code, 1983, et Criminal Act, 1991*), et au Yémen (*Penal Code, 1994*). Aujourd'hui, dans les pays et les territoires sous domination des groupes *salafistes jihadistes*, les cas d'application des *hududs* islamiques (les peines légales) par lapidation, flagellation, crucifixion, sont tous les jours diffusés sur la toile. Il saute aux yeux que presque toutes les personnes condamnées à la

flagellation, à une peine de prison, ou à mort par lapidation, en vertu des lois relatives au *zina*, sont des femmes. Diverses études y ont été consacrées⁷⁰.

La Tunisie, pays de justice pénale sécularisée depuis des siècles, n'a pas été à l'abri du phénomène de réislamisation rampante du droit et de la société. Le pays a été secoué récemment, en juin 2014, par l'affaire de la petite Aya, adolescente de 13 ans, brûlée vive par son père pour avoir été surprise sur le chemin de l'école en compagnie d'un garçon. Si des réactions de soutien et une mobilisation d'envergure ont eu lieu autour de la protection des femmes et des filles contre les violences de genre commises sous couvert des valeurs culturelles et religieuses, des voix autorisées sont montées pour légitimer l'acte en le considérant comme l'attribut naturel des hommes contre le *Zina* des femmes⁷¹.

En droit comparé, l'adultère est largement dépénalisé, comme en France depuis 1975. Il est sanctionné par la seule procédure civile du divorce pour faute aux torts exclusifs de son auteur entraînant pour lui la dissolution des liens du mariage et le paiement de dommages et intérêts au profit de la « victime ». Le divorce pour faute est reconnu en Tunisie par l'article 31 §2 du Code du statut personnel mais reste cependant difficile à obtenir parce que conditionné par une procédure pénale devant le juge pénal sur la question préjudicielle de l'adultère, partant du principe que le pénal tient le civil en l'état. Les tribunaux croulent semble-t-il sous le poids des affaires en adultère portées devant la justice pénale dans le seul espoir d'obtenir au civil le divorce pour faute, quitte, par la suite, à arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation comme le prévoit l'article 236 selon lequel, il n'y a de poursuite « qu'à la demande de l'autre conjoint qui reste maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation ».

La dépénalisation de l'adultère, que revendiquent défenseurs et activistes des droits humains, n'est pas encore ouvertement à l'ordre du jour de la politique

⁷⁰Ziba MIR-HOSSEINI « Criminaliser la sexualité. Les lois relatives au zina, une violence à l'égard des femmes dans les contextes musulmans », Campagne mondiale « Arrêtons de tuer et de lapider les femmes » ; Programme : les femmes réclament et redéfinissent la culture, *Mouvement Femmes sous lois musulmanes, mars 2010, www.stop-killing.org*.

⁷¹ Une marche blanche a été organisée le 11 juin 2014 dans les rues de Tunis.

du gouvernement. Pourtant, elle ne manquera pas, vraisemblablement, de s'imposer dans le cadre de l'impérieuse redéfinition de la nouvelle politique pénale de l'Etat sur les nouvelles bases constitutionnelles et d'entraîner, dans son sillage, la redéfinition du mariage et l'abandon de ses concepts constitutifs de « consommation », concepts archaïques et d'un autre âge justifiant tous les abus.

2.3 : L'avortement entre répression et contrôle de la fécondité des femmes (Article 214)

Sur cette question, la Tunisie fait toujours figure « d'exception » arabe et de « pionnière » mondiale en ayant légalisé dès 1965 - sous certaines conditions - le droit à l'avortement, l'interruption volontaire de grossesse (IVG) « *lorsqu'elle intervient dans les trois premiers mois dans un établissement hospitalier ou sanitaire ou dans une clinique autorisée par un médecin exerçant légalement sa profession* » (Art.214 §3). L'évolution a été remarquable passant, dans un premier moment, par sa répression pure et simple (en 1913 et en 1940), vers l'autorisation de sa pratique en 1965 et l'élargissement de son champ en 1973.

Traditionnellement couvert par l'opacité de la vie privée et la clandestinité tolérée des pratiques abortives ancestrales et domestiques, l'avortement accède en 1913 à la visibilité publique sous l'effet des progrès techniques de la médecine et de l'immixtion de l'Etat moderne dans la vie privée. Hormis les cas d'avortement spontané ou naturel, Il est sévèrement réprimé comme constitutif d'un trouble à l'ordre public naturel de la maternité, de la procréation et du contrôle de la fécondité des femmes. Aussi l'article 214, directement transposé de l'article 317 du Code pénal français, fait-il son apparition dans le Code pénal tunisien, réprimant l'avortement obtenu par la femme même avec son consentement à 5 ans d'emprisonnement et à 10 ans de travaux forcés lorsqu'il est pratiqué par un médecin, chirurgien, pharmacien, sage-femme, officier de santé.

En 1940 [décret du 25 avril 1940], la répression de l'avortement est différenciée entre de multiples hypothèses et ce, selon la nature de son obtention ou la tentative de son obtention par la femme enceinte ou supposé enceinte, par elle-même, par personnes interposées ou au moyen de son administration par les professionnels de la santé et de l'art. A l'image du droit français, le fait est décomposé en plusieurs infractions toutes significatives des nouveaux enjeux

de la maîtrise des corps face aux progrès de la médecine et de la procréation dans un contexte mondial d'exaltation du devoir de maternité auquel doit se soumettre chaque femme pour son mari, sa famille et sa patrie⁷².

Avec l'indépendance du pays, de nouvelles idées émergent et de nouveaux impératifs de développement économique et social sont portés par les dirigeants nationalistes et modernistes du pays, à leur tête le visionnaire et volontariste président de la République, Habib Bourguiba. La maîtrise de la croissance démographique devient une priorité, ainsi qu'une condition *sine qua non* du développement socio-économique. Le 25 décembre 1962, lors de son allocution au 3^e Congrès de l'Union nationale des femmes de Tunisie, il déclare déjà : « *Nous ne pouvons-nous défendre contre un sentiment d'appréhension devant la marée humaine qui monte implacablement à une vitesse qui dépasse de beaucoup celle de l'augmentation des subsistances car à quoi servirait l'accroissement de notre production agricole, de nos richesses minières... si la population doit continuer à s'accroître d'une manière anarchique et démentielle* ». Une politique de population est donc menée avec fermeté et fortement intégrée à la politique de développement. Selon les analyses « *cette politique n'a pas reposé uniquement sur la planification des naissances mais sur tout un ensemble de mesures visant la promotion du statut des femmes et la scolarisation de masse des garçons et des filles. Les choix politiques en matière de population de Bourguiba sont en effet le résultat d'un projet plus large de faire entrer la société tunisienne dans un processus de modernisation. Les changements démographiques ont été patents et rapides : la transition de la fécondité est aujourd'hui achevée, l'indice synthétique est de 2,0 enfants par femme en 2008* »⁷³.

C'est donc dans une perspective de « planning familial » qu'est autorisée, de façon tout à fait inédite en 1965, l'interruption artificielle de grossesse dans les trois conditions suivantes : lorsque « elle est pratiquée dans les trois premiers mois », « lorsque les deux époux ont au moins 5 enfants vivants », ou lorsque

⁷² Staphanie VILLERS, *L'avortement et la justice, une répression illusoire ? Discours normatifs et pratiques judiciaires en Belgique (1918-1940)*, Presses Universitaires de Louvain, 2009.

⁷³ Bénédicte GASTINEAU, « Transition de la fécondité, développement des droits des femmes en Tunisie », in *Transition démographique et développement. Diversité des processus et études des cas, Maghreb/ Machrek*, 21/2012, pp. 75-94.

« la santé de la mère risque d'être compromise par la continuation de la grossesse » (Art.214 nouveau). Cette politique impose au préalable d'abolir en 1961 de la loi française de 1920 interdisant la contraception ainsi que de lancer des programmes nationaux de sensibilisation et de généralisation des méthodes contraceptives. Celles-ci ne concernent d'abord que les femmes mariées puis sont généralisées à toute femme, proposant jusqu'à la stérilisation à celles ayant une descendance nombreuse, tout particulièrement les femmes rurales sans instruction.

Un programme expérimental est initié dès les années soixante et entre en phase opérationnelle et officielle en 1966. Dès lors, des campagnes de promotion de la planification des naissances et d'information sur les méthodes de contraception sont lancées sous la supervision de l'Office national de la population (ONFP), établissement public créé à cet effet. La réserve des milieux traditionnistes religieux est à son tour contournée par la décisive intervention du Cheikh Fadhel Ben Achour, alors mufti de la République, dont la haute autorité académique est acceptée par tous. Ce dernier émet une Fatwa, restée célèbre, qui autorise l'interruption volontaire à moins de quatre mois de grossesse pour tout motif de santé ou autre « propre à la femme »⁷⁴.

En 1973, l'IVG connaît une extension de son champ par modification de l'article 214. Cette transformation intervient au moyen d'un décret-loi pris sur la base de l'article 31 de la Constitution du 1^{er} juin 1959 qui permet au chef de l'Etat, pendant les vacances de l'Assemblée, avec l'accord de la Commission permanente intéressée, d'adopter ce type de texte « hybride » entre l'acte réglementaire et l'acte législatif en attendant sa ratification par l'assemblée au cours de la session ordinaire suivante⁷⁵. L'IVG est désormais acceptée à la demande de la femme, quelle que soit sa descendance ou son statut matrimonial, jusqu'à trois mois de grossesse, en milieu hospitalier ou dans les centres du planning, par un professionnel de la santé. Au-delà de trois mois, elle est aussi autorisée lorsque la santé de la mère ou son équilibre psychique

⁷⁴Hassan EL-MANAÏ, *Mohamed Fadhel Ben Achour et sa contribution à la renaissance des sciences islamiques (en arabe)*. Doctorat d'Etat, Université de la Zitouna, Institut supérieur de la Chariâ, 1990-1991, p.32.

⁷⁵Décret-loi 73-2 du 26 septembre 1973/ Loi de ratification 73-57 du 19 novembre 1973.

risquent d'être compromis ou lorsque l'enfant à naître risque de souffrir d'une maladie ou d'une infirmité grave.

Cet aperçu montre, au-delà du caractère offensif de la politique familiale pratiquée dès les débuts de l'indépendance par la Tunisie, l'intrusion de l'Etat dans la fécondité des couples et plus largement dans la vie familiale à travers le contrôle du corps des femmes qui passe ainsi de la norme sociale à la norme politique et publique. La limitation des naissances s'impose comme une nécessité socio-économique sous la responsabilité de la Nation tout entière.

Plus de cinquante ans après, ce droit, pourtant bien ancré dans les usages sociaux et la perception des prestataires de santé, semble menacé. Sans être réellement et ouvertement remis en cause, l'accès à l'avortement connaît des obstacles sérieux qui commencent juste à alerter les pouvoirs publics. Des études scientifiques, quoique encore partielles, menées à titre exploratoire en 2014, en ont dévoilé la nature et les enjeux⁷⁶. Depuis 2011, diverses atteintes à l'autonomie de la décision des femmes ont été enregistrées, tant dans les discours qu'au niveau des pratiques. Dans bien des cas, l'IVG est sujette à « objection de conscience » au prétexte qu'elle serait sacrilège. Les entretiens, se déroulant de plus en plus en infraction aux standards de l'écoute et du bon accueil, tournent à la moralisation, à la culpabilisation des femmes, à la contrainte, aux menaces et aux humiliations en tous genres, voire à la violence et au non-respect de leur libre choix. Les femmes célibataires en service d'accouchement sont malmenées et stigmatisées comme des « malpropres ». Les femmes mariées, cédant à la rhétorique de la peur et aux conservatismes socio - religieux, sont forcées de renoncer à l'IVG et de supporter une grossesse non désirée. Certains agents prestataires se considèrent en croisade contre leurs collègues et contre toute personne, éducatrice sociale ou associative, en accompagnement des femmes dans leurs démarches d'avortement. Ils sont ce droit qu'ils jugent attentatoire à la famille, et à l'origine de la dislocation des

⁷⁶ Salma HAJRI, « Questions au Docteur Salma Hajri sur l'avortement en Tunisie », entretien conduit par Héra Lahbib », *La Presse de Tunisie*, 28 septembre 2015.p.5. Groupe Tawhida Ben Cheikh pour la santé des femmes, *Etude Global Turnaway : Perspectives des femmes et les expériences des prestataires des soins d'avortement : résultats de l'étude en Tunisie*, Présentée publiquement au 5^{ème} symposium sur l'avortement médicamenteux, Tunis, avril 2016.

mœurs. Outre ces dérives, le droit à l'avortement n'est toujours pas accessible à toutes les femmes du pays, particulièrement aux femmes habitant les zones rurales et aux jeunes du fait de la fracture qui existe au niveau des prestations de santé entre la Tunisie littorale et la Tunisie septentrionale, déshéritée et délaissée. En plus du déficit logistique et institutionnel, il y a semble-t-il un déphasage entre les représentations dominantes de la santé reproductives et des droits sexuels et les nouveaux comportements sexuels d'une Tunisie en pleine transition démographique où l'âge du mariage a reculé à 31 ans pour les hommes et à 29 pour les femmes.

3 : LES VIOLENCES EXCUSEES OU LA LOI DU SILENCE

Les violences excusées sont les actes d'agressions qui, du fait du désistement de la victime ou du silence du législateur, sont restés dans l'impunité. Cette situation persiste en droit pénal tunisien dans deux principales hypothèses : celle de l'article 218 sur les coups, blessures et autres violences et voie de fait commis volontairement sur la personne d'autrui, celle de l'inceste.

3.1 : Le désistement de la victime : l'hypothèse de l'article 218

L'article 218 est assez symptomatique du paradoxe du droit pénal en vigueur qui oscille entre aggravation de la peine et abandon des poursuites et des effets de la condamnation. Modifié en 1993, il prévoit tantôt d'aggraver la peine au double (à deux ans d'emprisonnement et deux mille dinars), lorsque l'auteur de l'agression est un descendant ou le conjoint de la victime, tantôt, d'arrêter les poursuites, le procès ou l'exécution de la peine, lorsqu'il y a désistement de l'ascendant ou du conjoint victimes. Cette dualité, entre renforcement de la répression et arrêt des poursuites, reflète en réalité l'incohérence ou l'ambiguïté de la politique pénale quand il s'agit des violences conjugales.

L'aggravation de la peine à l'encontre de l'auteur conjoint traduit, à n'en pas douter, la volonté de prendre en compte la réalité des violences au sein des couples. Les études montrent que c'est dans l'intimité des rapports entre conjoints que les violences ont lieu et que les risques d'agression sont les plus forts : la victime partageant avec son agresseur le même toit et ne

pouvant se défaire, dans bien des cas, de son obligation de cohabitation sous peine de faute. Ces agressions, au sein du couple, vont jusqu'à l'homicide des femmes. Peu ou pas d'études ont posé le problème de l'homicide des femmes par leur conjoint, sur qui les données publiées manquent outrageusement, alors même que, à la différence des autres formes de violences conjugales, la plupart des homicides sont signalés à la police et sont représentés dans les statistiques officielles. Le phénomène prend partout de l'ampleur au point que l'on emploie dans certains pays l'expression « *fémicide* » par analogie avec parricide et infanticide. Or, dans les différentes situations d'homicide prévues par le Code, il n'y a pas la notion d'homicide conjugal. Dans les pays qui l'ont retenue, elle est plus large que l'acception civile du couple conjugal. Elle s'étend, par le biais de leur droit pénal, au conjoint de la victime, marié, séparé, divorcé ou vivant en union libre. L'ami intime ou l'ex-ami intime, le partenaire sont également inclus. En Tunisie, l'homicide avec préméditation, comme le parricide ou l'homicide volontaire, sont punis de mort, punition que le mouvement des droits humains récuse depuis des années appelant à un traitement autre qu'une loi du talion déguisée. L'homicide involontaire consécutif à des coups portés ou à des blessures faites volontairement mais sans intention de donner la mort, est puni de 20 ans de prison. C'est justement ces coups et blessures sans « intention » de donner la mort qui sont les plus fréquents dans l'homicide des femmes. ! D'après des recensements effectués au Canada, en 2009, 16% des victimes d'un homicide conjugal, l'ont été par des coups, sans intention de donner la mort.

Malgré cette évolution, une grande permissivité persiste du fait de la possibilité du désistement de la victime, dont l'effet est, selon le texte, « *d'arrêter les poursuites, le procès ou l'exécution de la peine* ». Dans d'autres systèmes juridiques, le retrait de la plainte ou le désistement d'action ou d'instance, dans les cas de violences conjugales, n'empêche pas l'engagement des poursuites pénales. Car il est avéré que le retrait de la plainte par la victime est provoqué par les pressions familiales exercées sur elle, la culpabilité ressentie vis-à-vis des enfants, le sentiment de la honte, la peur des représailles, la dépendance économique au conjoint, la crainte de ne pas être entendue, l'espoir de sauver le couple, la croyance que la « tempête » est passagère. Le silence autour des violences

conjugales est à l'origine des récidives et de leur répétition. Il y a un habitus des violences du fait de l'impunité.

Toutes les enquêtes, nationales ou autres, révèlent l'ampleur du non-dit par les femmes des violences qu'elles subissent. En France, seules 16% des femmes qui se déclarent victimes de violences au sein du couple déposent plainte. En moyenne, chaque année -est-il rapporté- 83000 femmes âgées de 18 à 59 ans (contre 13000 hommes) se déclarent victimes de viols ou de tentatives de viol par une personne qu'elles connaissent, dans 83% d'entre elles. Seules 11% auraient porté plaintes⁷⁷. En Tunisie, l'enquête nationale de 2010 a révélé le même phénomène. *« Les femmes semblent résignées car elles n'attendent l'aide de personnes dans 73% des cas. Seul recours qui leur semble possible demeure la famille. Les ONG ne sont citées que par 5,4% des femmes. La police et les structures de santé sont très peu identifiés par les femmes, soient respectivement 3,6% et 2,3% des cas »*.⁷⁸ L'enquête de 2016 sur les violences fondées sur le genre dans l'espace public confirme la tendance. Il est rapporté que : *« Porter plainte contre un agresseur dans l'espace public reste un comportement marginal. Les violences sexuelles sont les plus tuées par les femmes. Seules les violences physiques peuvent relativement être dénoncées »*. En pourcentage cela équivaut à 4,7% de plaintes contre les violences psychologiques, 17,8% contre les violences physiques et seulement 3,4% contre les violences sexuelles⁷⁹.

Pour les groupes de défenses des victimes, le désistement de la victime ne devrait plus entraîner automatiquement l'arrêt de l'action ou de l'instance tant il renforce le silence et le déni de justice sur les violences. Si en effet, les féministes et les activistes peuvent comprendre l'importance de ne pas

⁷⁷ République Française, Ministère des familles, de l'enfance et des droits de femmes, *Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, Thème 6, violence faites aux femmes, Chiffres clés, 2014, <http://www.familles-enfance-droitsdesfemmes.gouv.fr/>

⁷⁸ *Enquête nationale, la violence envers les femmes en Tunisie*, Rapport de l'enquête, Op. Cit., p. 57

⁷⁹ CREDIF, *Les violences fondées sur le genre dans l'espace public en Tunisie*, Op. Cit., mars 2016.

« juridiciser » à outrance les rapports humains en laissant une place à d'autres types sociaux de règlements des conflits, elles insistent sur le rôle essentiel de la justice dans la protection des femmes victimes de violence par référence aux droits humains et au concept clé de dignité et par leur reconnaissance comme des crimes et des infractions pénales⁸⁰.

3.2 Le tabou de l'inceste

Dans plusieurs pays du monde, l'inceste n'est pas explicitement incriminé alors même qu'il est partout prohibé. Jean Carbonnier, en fin scrutateur de la famille, n'a pas manqué de relever cette contradiction. « Paradoxalement, note-t-il, ce *tabou si profond n'est inscrit en termes généraux dans aucun texte, ni au Code civil ni au nouveau Code pénal (non plus que dans les Dix Commandements). Et il n'est point constitutionnalisé : il plane très au-dessus des droits de l'homme* »⁸¹. Le mot même demeure tabou malgré l'important dispositif répressif contre les violences sexuelles, notamment à travers l'aggravation de la peine qui entoure les viols, les atteintes et toutes agressions sexuelles commises par des proches, des ascendants, des descendants, des collatéraux, etc. En droit français, il n'a été spécifiquement réprimé et inscrit en tant que tel au Code pénal que tardivement, en 2010, comme en atteste cette brève recension. En effet, la relation incestueuse a été longtemps considérée en France sous le seul angle de la circonstance aggravante et n'a représenté l'élément constitutif de l'infraction que pour les atteintes commises sur des mineurs âgés de moins de quinze ans. Les choses ont changé depuis et l'inceste, après de longs débats⁸² et bien des déboires devant le Conseil

⁸⁰ Arlène GAUDREULT, « La judiciarisation de la violence conjugale. Regard sur l'expérience », in *Œuvre de justice et Victimes, (Sous la Direction de R. Cario et D. salas)*, Vol.2, Ed. L'Harmattan, Paris, 2002.

⁸¹Jean CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, tome 2, PUF, Paris, 2002, p. 446.

⁸² Anne-Emmanuelle DEMARTINI, « L'affaire Nozière. La parole sur l'inceste et sa réception sociale dans la France des années 1930, Revue *d'histoire moderne et contemporaine* ,2009/4 n° 56-4, pp.190-214.

Constitutionnel⁸³, a été enfin définitivement proclamé par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 Désormais, les viols et agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis sur la personne d'un mineur par : *un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ou le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait*. Le droit français s'est ainsi inscrit dans le prolongement du droit canadien qui l'a incriminé depuis 1985. Désormais, l'inceste est reconnu comme une infraction à part entière. Ces dispositions vont en réalité plus loin que l'inceste biologique puisqu'elles visent également les personnes qui, par leur position, leur statut affectif ou leur fonction, ont une certaine autorité de droit ou de fait sur le mineur et qui pourraient ainsi plus facilement les exploiter sexuellement.

En droit tunisien, l'inceste relève encore de l'attitude d'évitement. C'est au titre des circonstances aggravantes qu'il est réprimé sans que le législateur n'en prononce jamais le nom. L'article 229 porte au double la peine encourue si les coupables des infractions visées aux articles 227 bis, 228 et 228 bis, sont des ascendants de la victime ou s'ils ont de quelques manière que ce soit autorité sur elle. L'interdit de l'inceste est pourtant explicitement prévu au Code du statut personnel et fonde l'interdiction du mariage entre personnes de la même famille, en l'étendant à l'allaitement qui représente une des originalités du droit musulman dont est issu le droit du statut personnel (articles 16 et 17 du CSP).

⁸³ Le Conseil constitutionnel français, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a censuré, par décision n°2011-163QPC du 16 septembre 2011, l'article 222-31-1 de la loi du 8 février 2010 qui dispose que "*les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait*". Cette assemblée des sages a considéré que "*le principe de précision de la loi pénale impose que le législateur désigne précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille*". "*La notion même d'inceste implique de définir une limite de proximité familiale au-delà de laquelle les relations sexuelles sont admises*", ajoute-t-elle.

Nommer l'inceste en insérant explicitement l'infraction au Code pénal demeure un des enjeux majeurs de la réforme du droit pénal, tant l'exploitation sexuelle d'un enfant par un parent et un proche ne peut tolérer le déni.

CHAPITRE TROISIEME

PLAIDOYER POUR LA LOI INTEGRALE CONTRE LES VIOLENCES DE GENRE

Ce plaidoyer intervient à une étape cruciale du processus législatif. Un avant-projet de loi, d'initiative gouvernementale, en gestation depuis mars 2014, semble enfin trouver son chemin vers le Conseil des ministres et, en cas d'approbation par celui-ci, vers l'Assemblée des Représentants du peuple. Le calendrier en a été annoncé par voie de presse sur compte rendu de la rencontre de la ministre chargée des affaires de la femme, de la famille et de l'enfance avec les député-e-s de l'ARP et le probable examen du projet, dans sa dernière mouture par le Conseil des ministres, le 8 mars 2016. La ministre a déclaré « *que ce projet de loi, élaboré conformément à une approche participative, vise à définir la violence à l'égard de la femme, à identifier ses différentes formes et à garantir la protection des victimes. La mise en vigueur des lois et le renforcement des législations figurent parmi les plus importants mécanismes de la lutte contre la violence faite aux femmes dans les différents domaines, notamment politiques, a-t-elle ajouté.* »⁸⁴

L'adoption d'une loi intégrale contre les violences faites aux femmes et aux filles n'est pas « mince affaire » tant le projet « bouscule » par son caractère novateur, son ampleur et son approche- les idées reçues et les stéréotypes de genre les plus ancrés. Quels arguments pourraient être développés pour emporter la conviction des décideurs et élargir l'adhésion à ses valeurs, à ses mécanismes ainsi qu'à ses modalités de lutte contre les violences faites aux femmes et aux filles ? Mais auparavant qu'est-ce qu'une loi intégrale ? Et quel devrait en être le socle de valeurs ?

⁸⁴ « *Le projet de loi sera soumis le 26 mars au Gouvernement* », *La Presse*, Le 19/01/2016.

1.1 : Une approche globale, transversale et multisectorielle des violences de genre

Comme son nom l'indique, la loi est dite intégrale en raison de son approche globale, transversale et multisectorielle des violences faites aux femmes et aux filles. Les expériences comparées de lois intégrales et de lois cadres dans le monde⁸⁵, les manuels de législation sur le thème⁸⁶ montrent, qu'en plus d'une approche d'ensemble fondée sur les droits de la personne et érigeant en infraction pénale toutes les formes de violences à l'égard des femmes et des filles, le traitement du fléau impose une politique multidimensionnelle de prévention des violences, de protection des victimes, de leur promotion et leur insertion, de sanction et de punition des auteurs.

« Loi cadre » et « loi intégrale » ne sont pas synonymes et n'emportent pas les mêmes effets de droit. Les lois cadres n'existent pas en tant que telles en droit tunisien. Elles relèvent plus du langage administratif que de la réalité juridique. Notion importée du droit international public de l'environnement (les traités cadres), elle désigne des textes de droit de faible teneur juridique dont l'objectif est d'énoncer des principes dont l'application est laissée à des actes ultérieurs, souvent facultatifs. De ce point de vue, les lois cadres correspondraient plus aux lois d'orientation, dont l'existence remonte à l'année 1996. Quatre lois d'orientation ont vu le jour en Tunisie : en 1996 sur la recherche scientifique et le développement économique, en 2002 sur l'éducation et l'enseignement scolaire, en 2004 sur les activités de production agricole, en 2007 sur l'établissement de l'économie numérique. A bien examiner, elles n'ont rien de spécifique par rapport aux lois habituelles tant dans leur procédures que dans leur architecture ou objet. Toutes ces

⁸⁵ UNFPA, *Etat du droit tunisien sur les violences faites aux femmes et aux filles*, Rapport Sana Ben Achour, Tunis, décembre 2013. UNFPA-Secrétariat de la femme et de la famille, *Etat des lieux du cadre juridique tunisien sur les violences faites aux femmes et aux filles*, UNFPA, Tunis, mars 2014.

⁸⁶ Nations-Unies, Département des affaires économiques et sociales, Division de la promotion de la femme, *Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes*, New-York, 2010.

qualifications (loi-cadre, loi d'orientation, loi de programmation, etc.) ne sont pour l'essentiel que de simples appellations qui marquent une intention politique bien plus qu'une réalité juridique. Ce flou renforce encore le fait que, souvent, ces textes collectionnent ce que l'on appelle des « neutrons négatifs », c'est-à-dire des articles à "charge juridique nulle", qui sont autant de déclarations et de pétitions de principe qui ne devraient normalement figurer que dans l'exposé des motifs de la loi et non dans son dispositif.

1.1.1 : Prendre en compte toutes les formes de violence

Il est indispensable d'avoir une approche d'ensemble des violences de genre pour bien comprendre la complexité du phénomène comme expression des rapports historiques de sexes et bien décoder ou déconstruire les mécanismes sociaux et culturels de leur production et de leur reproduction. Une loi intégrale contre les violences de genre comporte nécessairement la définition légale de la violence de genre et de ses diverses formes. Selon la définition des NU adoptée dans sa déclaration générale de 1993 et à laquelle devrait souscrire le projet de loi, les violences contre les femmes sont « *tous les actes d'agression fondée sur le genre et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles, psychologiques ou économiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de droits et de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* ». Dès lors, il importe de se pencher sur les différentes formes de violences en prenant appui sur la réalité du pays dans ses pratiques et ses institutions discriminatoires en définissant les violences domestiques, les violences de la collectivité, les violences tolérées ou perpétrées par l'Etat.

Les violences domestiques : Elles sont généralement définies comme toutes les violences physiques, sexuelles, psychologiques et économiques qui ont lieu dans le cadre des rapports privés et de l'intimité familiale. Le champ domestique s'étend dans une vision extensive, au-delà du cercle de la parenté biologique entre ascendants, descendants et collatéraux, **aux conjoints vivant ou ayant vécu en intimité avec les victimes quelle que soit la forme de l'union ou de la relation et indépendamment de sa dissolution ou non**. Il est recommandé en ce sens d'y inclure sans s'y limiter les sévices sexuels infligés aux enfants par l'inceste (que ne désigne pas le Code pénal actuellement en vigueur), les infractions qu'il regroupe dans « attentats à la pudeur », la

maltraitance, ainsi que les violences liées à la notion de « devoirs conjugaux selon les us et coutumes », notamment la contrainte de l'union charnelle, le viol conjugal, les mutilations génitales et autres pratiques traditionnelles ou coutumières préjudiciables à la femme et à son développement, y compris les pratiques économiques liées à la propriété et à la circulation des biens par héritage.

La violence exercée au sein de la collectivité, par les membres du groupe social et de la communauté. Elle devrait comprendre notamment le viol (dont la définition pénale actuelle admet une différenciation entre viol avec violences et viol sans violence, viol avec consentement et sans consentement), les sévices sexuels, le harcèlement au travail, dans les établissements d'enseignement, dans les moyens de transport public et ailleurs, le proxénétisme et la prostitution forcée, la traite des femmes, l'exploitation sexuelle (que le droit en vigueur incrimine selon qu'il s'agit de la prostitution réglementaire ou occasionnelle et clandestine), l'exploitation économique des petites filles notamment par leur placement dans les familles pour travaux domestiques).

La violence perpétrée ou tolérée par l'État(ou la violence institutionnelle de type public). Elle devrait être interdite où qu'elle s'exerce, notamment dans les lieux de cultes et qu'elles qu'en soient les formes (discours de haine contre les femmes, appel au mariage précoce, à l'excision, à la renonciation au travail) ou les pratiques d'exploitation en temps de conflits ou de « djihad » ou autres, y compris les violences institutionnelles du fait de la loi.

1.1.2 : Adopter un traitement multidimensionnel

La loi contre les violences faites aux femmes ne peut se réduire à n'être qu'un Code pénal bis. Elle ne peut se limiter à la seule répression mais plutôt à engager une action interdisciplinaire s'exerçant en amont, sur les moyens de prévention, de sensibilisation et d'éducation à l'égalité et au respect de la dignité des femmes et, en aval, sur les institutions et les instruments d'accompagnement, de soutien et de protection des femmes victimes de violences ainsi que sur les modalités d'application effective de la loi et l'évaluation constante de ses résultats.

Au niveau des mesures de prévention. Il est primordial d'inclure en priorité dans la loi intégrale contre les violences, les dispositions de prévention visant à empêcher la réalisation et la reproduction des violences. La **sensibilisation pourrait revêtir diverses modalités** touchant l'image des femmes dans les **médias, les manuels scolaires, les discours religieux** ou idéologiques infériorisant ou dégradants tenus sur elles. Elle devrait permettre de baliser les différents lieux de la construction des stéréotypes et d'imaginer l'arsenal des mesures (recommandations, encouragements, incitations, obligations, prescriptions, interdictions, sanctions, etc.) devant agir en amont sur les représentations à l'origine des attitudes et des comportements de pouvoir et de violences à l'égard des femmes. Elle devrait toucher différents corps et intervenants publics et privés de premières lignes : les éducateurs sociaux et de santé, les agents de l'ordre et de la police judiciaires (les commissariats de police), les magistrats et professionnels du droit. Au niveau de l'appui, de la protection et de l'assistance à apporter aux femmes victimes de violence, diverses recommandations, obligations, encouragements et dotations financières devraient être prévues en direction des services publics en vue d'apporter un appui complet et intégré aux victimes. En tout état de cause, des normes minimales et d'urgences sont à mettre en œuvre, notamment, des abris/foyers pouvant accueillir en urgence les plaignantes en leur offrant la sécurité, le conseil d'un personnel qualifié et une assistance appropriée et de longue durée, des guichets conseils qui fournissent un appui étendu et interviennent, en cas de crise, en prenant en charge les besoins spécifiques de certaines catégories de femmes dont les femmes migrantes, les personnes handicapées, les femmes des minorités ethniques ou religieuses, un accès au suivi psychologique et aux soins de santé y compris les soins de santé reproductive et de VIH. Cette protection devrait surtout envisager de nouvelles modalités juridiques dont principalement les ordonnances de protection, mesures d'urgence ou ordonnances sur requête (décision provisoire prise sans en référer à la partie adverse), valables pour un temps limité, ou pour une durée plus longue sur demande de la plaignante/survivante qui permettent au juge d'évaluer le danger qu'encourt la femme et de limiter les droits de l'autre partie, notamment par des mesures d'éloignement, de résidence, des redéfinition des droits de visite, de l'autorité parentale, de la cohabitation, etc.

Au niveau de l'évaluation et du suivi de la loi. La loi intégrale suppose une **évaluation et un suivi constant.** Il est proposé d'imaginer un mécanisme

spécial, plurisectoriel, chargé de surveiller l'application de la législation et de faire aux autorités compétentes (parlement, chef de l'Etat, chef du gouvernement, ministères et départements) des rapports et des recommandations où il s'agira de recueillir et d'analyser l'information sur l'état de la violence, les plaintes et leur suivi, l'efficacité des prestations fournies et le degré de leur mobilisation, la collecte à intervalles réguliers des données statistiques sur les causes, les conséquences et la fréquence des multiples formes de violences à l'égard des femmes. En ce sens, un Observatoire national contre les violences de genre apporterait une plus grande efficacité dans l'application de la loi⁸⁷.

1.2 : Une matrice de droits humains universels

Agir contre les violences de genre impose un traitement total de leurs expressions, de leurs formes, leurs lieux, leurs auteurs, leur impact sur les victimes. Une loi intégrale contre les violences de genre devrait donc avoir pour matrice les droits humains universels. Elle suppose, comme y invite la déclaration générale de 1993 [résolution 48/104], de condamner la violence à l'égard des femmes comme une violation des droits humains et de ne pas invoquer des considérations de coutume, de tradition ou de religion pour se soustraire à l'obligation de l'éliminer. En ce sens, elle doit pouvoir s'appliquer sans discrimination à toutes les femmes, sans considération de race, de conditions sociales, d'origine nationale, de langue, de religion, d'opinion politique, de situation matrimoniale ou autre, de statut de migrante ou de réfugiée, d'âge ou d'incapacités ou de tout autre facteur. Elle doit apporter des réponses adéquates et appropriées à l'imbrication des inégalités de genre auxquelles s'ajoutent le racisme, la xénophobie, les conflits de classe, le rejet de l'autre, les communautarismes et les conservatismes identitaires. Deux sources principales sont ici à considérer : les droits humains de sources constitutionnelles, les droits humains de sources conventionnelles.

⁸⁷Nations Unies, *Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes*, *Précité*.

1.2.1 : Les droits humains de source constitutionnelle.

Considérés comme des droits inhérents à la personne dans son universalité humaine, depuis la fameuse proclamation déclarant que les êtres naissent libres et égaux en droit et en dignité. Ces droits ont acquis, sous le mouvement du constitutionnalisme moderne, la valeur de normes juridiques supérieures, participant de la construction de l'État de droit et reposant, comme chacun sait, sur une construction normative hiérarchisée, avec à son sommet la Constitution. Tout l'édifice juridique est donc censé s'édifier en conformité avec ces normes supérieures de droit sur lesquelles veillent, selon les pays, les cours, les conseils constitutionnels ou les simples tribunaux ordinaires.

Avec la nouvelle Constitution (27 janvier 2014) issue de la révolution du 11 janvier 2011, la Tunisie a inscrit au rang de ses principes constitutionnels, nombre de droits humains et de libertés fondamentales censés baliser le champ et fonder la lutte contre les violences à l'égard des femmes. L'État est désormais en charge d'engager selon l'article 46 de la Constitution « *les mesures nécessaires en vue d'éliminer la violence contre les femmes* ». Le texte impose non seulement l'obligation de légiférer, c'est-à-dire d'élaborer et d'adopter une loi générale, mais aussi celle de bien légiférer, dans le respect des droits et des libertés constitutionnellement protégés⁸⁸.

Sans besoin d'en établir une liste exhaustive, ces droits humains constitutionnels, sources de la loi contre les violences, sont principalement les suivants :

- **L'égalité des citoyennes et des citoyens en droits et en devoirs (Préambule)**

« (...) L'État garantit la suprématie de la loi, les libertés et les droits de l'Homme, l'indépendance de la justice, l'égalité en droits et en devoirs entre les citoyens et les citoyennes »

⁸⁸ Florence GUELLETI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, N° 2/58, p. 226.

- **La liberté de croyance, de conscience et de l'exercice des cultes ainsi que l'engagement de l'Etat à prohiber et à empêcher les accusations d'apostasie et toute incitation à la haine et à la violence (art.6)**
 - « *L'Etat protège la religion, garantit la liberté de croyance, de conscience et de l'exercice des cultes (...) L'Etat s'engage (...) également à prohiber et à empêcher les accusations d'apostasie, ainsi que toute incitation à la haine et à la violence.*
- **L'égalité des citoyennes et des citoyens devant la loi et en droit, la non-discrimination (art. 21 §1)**
 - « *Les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination* ».
- **La garantie aux citoyens et aux citoyennes des libertés et des droits individuels et collectifs et des conditions d'une vie digne (art. 21 §2)**
 - « *L'État garantit aux citoyens les libertés et les droits individuels et collectifs. Il veille à leur assurer les conditions d'une vie digne.*
- **Le droit à la vie (art. 22)**
 - « *Le droit à la vie est sacré. Il ne peut y être porté atteinte que dans des cas exceptionnels fixés par la loi* »
- **La protection de la dignité de la personne et son intégrité physique (art.23, 1^{er} volet)**
 - « *L'État protège la dignité de la personne et son intégrité physique* »
- **L'interdiction de toute forme de torture morale ou physique (art. 23)**
 - « *L'Etat...interdit toute forme de torture morale et physique. Le crime de torture est imprescriptible* ».
- **L'obligation faite aux partis politiques de rejeter la violence (art.35)**
 - « *La liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations est garantie. Les partis politiques, les syndicats et les associations s'engagent dans leurs statuts et leurs activités au respect des dispositions de la Constitution, de la loi, de la transparence financière et au rejet de la violence* ».
- **Le droit de chaque être humain à la santé (art.38 §1)**
 - « *La santé est un droit pour chaque être humain* ». L'État assure à tout citoyen la prévention et les soins de santé et fournit les moyens nécessaires pour garantir la sécurité et la qualité des services de santé »
- **La gratuité des soins aux personnes sans soutien ou ne disposant pas de ressources suffisantes (art.38 §3)**
 - « *L'État garantit la gratuité des soins pour les personnes sans soutien et à faible revenu. Il garantit le droit à une couverture sociale comme prévu par la loi* ».

- **La diffusion de la culture des droits de l'homme (art. 39)**
« L'enseignement est obligatoire, jusqu'à l'âge de seize ans. L'État garantit le droit à l'enseignement public et gratuit à tous ses niveaux. Il veille à fournir les moyens nécessaires au service de l'éducation, d'un enseignement d'une formation de qualité...Il veille à la diffusion de la culture des droits de l'homme »
- **Le droit de chaque citoyen et de chaque citoyenne au travail dans des conditions décentes (art. 40)**
« Les droits à la dignité, à la santé, aux soins, à l'éducation et à l'enseignement sont garantis à l'enfant vis-à-vis de ses parents et de l'État. L'État doit garantir toute forme de protection à tous les enfants sans discrimination et en fonction de leur intérêt supérieur »
- **La protection des enfants et leurs droits à la dignité, à la santé, aux soins, à l'éducation et à l'enseignement (art.47)**
« La dignité, la santé, les soins, l'éducation, et l'instruction constituent des droits garantis à l'enfant par son père et sa mère et par l'Etat. L'Etat doit assurer aux enfants toutes les formes de protection sans discrimination et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »
- **La protection des personnes handicapées contre toute forme de discrimination (art.48)**
« L'État protège les personnes handicapées contre toute forme de discrimination. Tout citoyen handicapé a le droit de bénéficier, selon la nature de son handicap, de toutes les mesures qui lui garantissent une pleine intégration dans la société ; il incombe à l'Etat de prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet »

Constitutionnellement garanties, ces droits et libertés sont strictement encadrés par l'article 49 de la Constitution et sa clause générale de restrictions qui impose quatre conditions de limitation⁸⁹ : une base légale (la nécessité d'une loi), un noyau intangible (des restrictions ne touchant pas à leur substance), l'intérêt public (des limitations établies pour répondre aux nécessités d'un Etat civil et démocratique, dans l'objectif de la sauvegarde des droits d'autrui, de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique, de la moralité publique), la proportionnalité. Le texte ajoute *« qu'aucune révision ne peut porter*

⁸⁹ Aline SCHMIDT NOEL, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Neuchâtel, 18 janvier 2011, consultable https://doc.rero.ch/record/28551/files/these_SchmidtNo_Aline.pdf

atteinte aux acquis des droits de l'Homme et aux libertés garantis par la présente Constitution ». L'avenir nous dira quelle portée sera donnée par la Cour constitutionnelle à ce mécanisme de protection et de quelle manière il sera appliqué aux droits fondamentaux.

1.2.2 : Les droits humains de sources internationales conventionnelles :

La CEDAW

En droit tunisien, les conventions internationales « *approuvées par le parlement et ratifiées sont supérieures aux lois et inférieures à la Constitution* » (art.20). Cette disposition appelle quelques précisions car elle ne confère de valeur supra législative qu'à une catégorie particulière de conventions et de traités internationaux, à savoir les traités dits solennels par opposition aux accords en forme simplifiée. La ratification des premiers est en effet soumise à une procédure formelle se déroulant, selon les dispositions combinées de la Constitution, entre l'approbation du parlement (art.20) sous forme de loi ordinaire (art.65) et la ratification par le président de la République qui en ordonne la publication (art.77).

Un pan entier de conventions internationales, d'accords, d'instruments et d'engagements internationaux en forme simplifiée échappe en revanche à cette prévalence ou supériorité constitutionnelle qui justifie le contrôle de « la conventionalité » des lois, c'est-à-dire, l'examen de la conformité des lois aux engagements internationaux, que ces lois soient ordinaires ou organiques. En Tunisie, toutes les normes conventionnelles du droit international ne sont pas des normes de référence revêtues d'une autorité supérieure à celle des lois. En revanche, constituent des normes de référence imposant la conventionalité des lois, les traités ou accords internationaux solennellement approuvés et intégrés dans l'ordre juridique positif de l'Etat⁹⁰.

La Tunisie a ratifié de longue date divers instruments internationaux de protection des droits humains des femmes qui, dans leur diversité et leur

⁹⁰Boutheina AJROUD, « *Les traités dans la Constitution du 27 janvier 2014* », in *Etudes en l'honneur du professeur Rfaa ben Achour, Mouvements du Droit*, Tome I, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 105-130 ; « *Le Conseil constitutionnel tunisien et les traités* », *Mélanges offerts au doyen Mustapha Filali*, CPU, 2010, pp. 41-58.

succession, représentent des normes de référence et le socle des valeurs d'une loi contre les violences de genre. Certains, comme la CEDAW, méritent qu'on s'y arrête étant rappelé qu'elle est par excellence l'instrument conventionnel des droits des femmes le plus complet et le plus universel et qu'elle représente, du fait de sa réception dans l'ordre juridique interne de la Tunisie (1985), un élément de la constitutionnalité. Il s'agit de trancher deux questions fondamentales : celles des réserves (1985) et de leur retrait (2011) et celle de la valeur de la déclaration générale restée en vigueur. Quel sort est réservé à la CEDAW et à quelles conditions ses dispositions peuvent-elles accéder au rang de normes de référence ?

La question des réserves à la CEDAW.

L'on peut affirmer que la CEDAW est désormais un texte opposable devant les tribunaux en toutes ses dispositions, puisque épuré de toute réserve. Si à l'origine, lors de sa ratification en 1985 [loi n° 85-68 du 12 juillet 1985], des réserves ont été formulées à l'encontre de certaines de ses dispositions (art.9 §2, art.15, art.16 §c.d.f.g.h. et art.29] relatives aux droits des femmes concernant la nationalité, le mariage, la dissolution du mariage, la tutelle, la curatelle, la garde, le nom, la propriété, toutes furent par la suite retirées par l'effet du Décret-loi n° 103- 2011 du 24 octobre 2011. Contrairement à ce qui a été avancé par certains, le Décret-loi de 2011 ne nécessite pas validation par l'Assemblée. Pris sur la base du texte sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics de mars 2011, appelé la petite Constitution [Décret-loi 2011-14 du 23 /03/2011], il n'a nul besoin de ratification pour produire tous ses effets législatifs qu'il tire de sa valeur propre. Il a en lui-même un caractère législatif comme cela a été fixé par son texte de référence où l'article 4 dispose : « *Les textes à caractère législatif sont promulgués sous forme de décrets lois. Le président de la République par intérim promulgue les décrets lois après délibération en conseil des ministres et veille à leur publication au Journal Officiel de la République tunisienne* ». Son article 5 ajoute que « *sont pris sous forme de Décrets lois, les textes relatifs* » à l'autorisation de ratification des traités ».

Le problème, également dépassé aujourd'hui, est relatif à la notification du retrait des réserves. Le retrait n'est en effet juridiquement producteur d'effets du point de vue du droit international et de l'engagement de l'Etat

tunisien dans ses relations aux autres Etats parties au traité, que si la notification en est faite au Secrétaire général des Nations Unies en sa qualité de dépositaire de la convention. Quoique longtemps en suspens, le retrait des réserves à la CEDAW a fini par être officiellement notifié le 17 avril 2014. La CEDAW est clairement aujourd’hui un texte purgé de toute réserve⁹¹

La Valeur de la déclaration générale.

Le retrait des réserves ne couvre pas la déclaration générale selon laquelle « *la Tunisie ne prendra aucune mesure allant à l’encontre de son article premier* », émise en même temps que les réserves et sur laquelle le texte du retrait a gardé le silence. Maintenu en tant que déclaration générale, elle pose en toute logique la question de sa valeur juridique et des effets qu’elle peut produire. Peut-elle être invoquée, par exemple, devant l’Instance de contrôle de constitutionnalité ou devant la future Cour constitutionnelle ou devant toute juridiction de l’ordre judiciaire ou administratif par la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour faire obstacle à certaines dispositions de la loi intégrale jugées contraires ?

En droit international des traités, la déclaration s’entend de toute déclaration unilatérale émise par son auteur quelque soient son libellé et sa désignation. Quoique représentant, comme la réserve, une technique unilatérale, la déclaration n’est pas théoriquement synonyme de réserve, technique de modulation dans l’application d’un traité. Elle n’en a en principe ni la fonction, ni l’effet d’exclure une disposition ou de limiter le champ du traité. Tout au plus, est-elle considérée comme une déclaration d’interprétation – même si elle n’en porte pas le nom- par laquelle la partie déclarante vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée qu’elle attribue au traité ou à certaines de ses dispositions.

En vérité, la réalité des réserves et des déclarations est plus complexe, plus subtile et plus prolifique. C’est justement ce qui a justifié un effort de la part de la Commission du droit international de sortir, en 2011, son « Guide de la pratique sur les réserves aux traités » qui a tenté de combler le vide

⁹¹Cf. Mémoire des associations et des ONG, Campagne de défense des droits humains contre le projet de soumettre à l’examen de l’ANC le Décret n° 103 du 24 octobre 2011 autorisant le retrait des réserves du gouvernement tunisien à la CEDAW, 8 mars 2014.

juridique laissé par la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 au sujet des déclarations interprétatives. Pas moins de 37 directives y sont consacrées⁹².

Les internationalistes reconnaissent l'existence d'une pluralité de déclarations. Les plus problématiques sont les déclarations conditionnelles, dont le régime juridique est, on l'admet- « *mutatis mutandis* », identique à celui des réserves. Selon la directive 1.4 du Guide « 1. Une déclaration interprétative conditionnelle est une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou, quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement, à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions. 2. Les déclarations interprétatives conditionnelles sont soumises aux règles applicables aux réserves ». [A/66/10/Add.1].

Comment dans ces conditions distinguer la déclaration conditionnelle équivalant à une réserve, de la simple déclaration interprétative ? En voici selon le Guide les principaux indicateurs :

- **Distinction entre réserves et déclarations interprétatives**
« La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique que son auteur vise à produire ». **(1.3.)**

- **Méthode de détermination de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives**
« Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, en vue

⁹² N.U - COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Guide de la pratique des réserves aux traités et commentaires y afférents*, 2011, A/66/10/Add.1, p. 38 et p. 127.

d'en dégager l'intention de son auteur, à la lumière du traité sur lequel elle porte » (1.3.1)

- **Libellé et désignation**

« Le libellé ou la désignation d'une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé ». (1.3.2)

- **Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite**

« Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est présumée ne pas constituer une réserve. Une telle déclaration constitue néanmoins une réserve si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur (1.3.3.)

Quelle qualification donner à la déclaration générale de la Tunisie selon laquelle elle ne prendra aucune mesure allant à l'encontre de son article 1^{er} : déclaration interprétative ou conditionnelle ? Quelles menaces fait peser cette déclaration sur la constitutionnalité d'une loi intégrale abolissant des pratiques et des normes culturelles préjudiciables relevant par exemple du statut personnel? Deux hypothèses peuvent être envisagées : soit la déclaration tunisienne est une authentique déclaration interprétative, auquel cas elle n'a pas pour effet de suspendre l'application de la CEDAW à la loi intégrale, dans aucune de ses dispositions égalitaires.

Cette position peut n'être que simple théorie. L'interprétation de ce qui serait contraire à l'article 1^{er} peut, en effet, constituer une brèche au retour du refoulé. Car, il y a évidence que derrière cette recherche de sens se profile le vieux débat sur les couples d'opposés islam et laïcité, spécificités culturelles et droits universels⁹³. Ce débat, dont on connaît les

⁹³ Imad KHILLO, *Les droits de la femem à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Isma, le cas des pays arabes*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paul Cezanne- Aix Marseille, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, mai, 2008.

circonvolutions idéologiques autour du statut des femmes⁹⁴, prend aujourd'hui de nouveaux contours, compte tenu des nouveaux principes d'interprétation de l'article 146 de la Constitution, selon lequel « *les dispositions de la présente Constitution sont comprises et interprétées les unes par rapport aux autres, comme une unité cohérente* ». Cette disposition impose donc de tenir compte de l'économie générale de la Constitution, sa cohérence, son sens et sa portée au regard non seulement des autres articles pertinents du texte même, notamment l'article 2 sur l'Etat civil et l'ensemble des dispositions évoquées plus haut sur l'égalité, les droits, les libertés mais aussi au regard des conditions de son élaboration et du consensus constitutionnels réalisés lors de sa rédaction autour de l'éradication de la violence (voir chap.III, §2).

La deuxième hypothèse est de considérer la déclaration tunisienne comme une réserve déguisée. Si l'on reconnaît en pratique que ces déclarations constituent un moyen commode de tourner les règles limitant ou interdisant les réserves, l'on ne soutient pas moins aussi, leur caractère juridiquement « inacceptables ». Car, comme dans le cas des réserves, la compatibilité de la déclaration à l'objet et au but du traité est une exigence de droit. L'article 28 de la CEDAW le proclame expressément « 2. Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée ». Le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en a rappelé l'exigence en insistant sur l'illicéité des réserves contraires à l'objet même de la convention. Le comité ajoute que « *Les réserves ne sont pas interdites par la Convention, mais celles qui remettent en question ses principes fondamentaux sont contraires aux dispositions de cet instrument et au droit international général. Elles peuvent par conséquent être contestées par d'autres États parties* ».⁹⁵

⁹⁴ Hafidha CHEKIR, *Le Statut des femmes entre les textes et les résistances, Le cas de la Tunisie*, Tunis, Ed. Chama, 2000.

⁹⁵ Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *Déclaration sur les réserves à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. NU A/53/38/Rev. 1 (1998)

2 : PLAIDOYER SUR LA BASE DES ELEMENTS DU CONSENSUS POLITIQUE ET CONSTITUTIONNEL

Les éléments de consensus qu'une société est capable d'engendrer pour sortir de la bipolarité qui menace sa cohésion et son unité⁹⁶ constituent -à n'en pas douter- les points forts d'un plaidoyer. La fracture politique consécutive au double assassinat politique de deux leaders de l'opposition démocratique **(2.1)** a bien failli emporter le pays en 2013, année de tous les « périls », si ce n'était le sursaut du Dialogue national en octobre 2013 **(2.2)** et le grand tournant constitutionnel de janvier 2014 **(2.3)**. Dans ce climat d'apaisement constitutionnel, c'est à la mise en exergue du consensus constitutionnel autour de la lutte contre les violences à l'égard des femmes **(2.4)** et au dévoilement du phénomène **(2.5)** que s'attachera cette ligne de plaidoyer pour l'adoption de la loi intégrale.

2.1 : 2013, l'année de tous les périls : D'un assassinat à l'autre

Durant l'année 2013, la violence politique est devenue en quelques mois le thème majeur de la vie politique du pays. La défiance de l'opposition envers le gouvernement de la Troïka est allée en s'accroissant depuis la répression des manifestations pacifiques du 9 avril 2012, l'agression de l'UGTT par des milices organisées le 4 décembre 2012, les conflits idéologiques autour du projet de loi sur l'immunisation politique de la révolution, la passivité devant l'assaut contre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique (septembre 2012), le lynchage de Lotfi Nagdh (le 18 octobre 2012) et pour finir, le traumatisme de l'assassinat des leaders de l'opposition, le charismatique avocat et homme de gauche, Chokri Belaïd (le 06 Février 2013), et le député de l'ANC et tribun, Mohamed Brahmi (6 février/ 25 juillet 2013) (1.1). Dès lors, le pays est entré dans une profonde turbulence institutionnelle et une remise en cause de la légitimité des institutions de la transition avec la démission du Chef du Gouvernement de la Troïka Hamadi Djballi et l'échec de son initiative de constituer un cabinet de compétences nationales consécutif au désaveu de son parti Ennahdha (19 février 2013) ; les tensions sur la Constitution d'un nouveau gouvernement de coalition assurant la neutralité des départements de souveraineté ; la difficile

⁹⁶ Eric GOBE et Larbi CHOUIKHA, « La Tunisie politique en 2013. De la bipolarisation politique au consensus constitutionnel » *in L'Année du Maghreb*, n° 11, 2014-2, p. 301-322

formation d'un gouvernement controversé sous la présidence de Ali Laarayedh, ministre de l'intérieur du premier gouvernement de la Troïka (11 mars 2013).

Avec l'assassinat de Brahmi , le 25 juillet 2013, la crise politique latente entre le Gouvernement et l'opposition qui lui reprochait son laxisme, voire ses « complicités » avec les mouvements salafistes et radicaux a fini par éclater ouvertement et par donner lieu à une confrontation sans précédent, mettant le pays, durant des mois, sur « le fil du rasoir ». Au plan social, de graves atteintes aux droits et aux libertés ont été enregistrées : prosélytisme imposant le hijab aux petites filles dans certains jardins d'enfants publics, endoctrinement religieux des enfants au sein de garderies et d'établissements échappant aux inspections pédagogiques et de l'enfance, investissement des écoles et des lycées par des groupes religieux intégristes, revirement du gouvernement sur le retrait des réserves à la CEDAW, procès iniques contre le doyen de la faculté des lettres (Habib Khazdaghli), réintroduction du « délit d'opinion » avec la condamnation à des peines privatives de libertés de la jeune Amina qui a osé inscrire sur un muret le mot FEMEN et du rappeur Weld El 15, interventions musclées des ligues de protection de la révolution, véritables commandos du « nouvel ordre moral ».

Un Congrès du dialogue national est mort-né du fait de sa désaffection par le mouvement Ennahdha, principale composante de la Troïka. Lui a succédé, sous l'égide de l'UGTT, au mois de mai, le congrès contre la violence qui devait aboutir -sans succès- à la signature d'une charte nationale contre la violence et le terrorisme. Le projet, auquel ont participé partis politiques et acteurs de la société civile, a été compromis dans un climat où se sont multipliées les agressions contre les jeunes des lycées, les journalistes et les femmes. (18 et 19 juin 2013).

Au niveau constitutionnel, la période s'est caractérisée par l'enlisement de l'ANC dans ses errements politiques. L'institution est devenue au fil des jours un élément de la crise qui a sévi dans le pays depuis l'adoption, le 16 décembre 2011, du texte sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics et depuis qu'y a régné « l'esprit majoritaire ». Prise dans ses contradictions et perdant de vue son mandat populaire, elle n'a réussi à produire que des « brouillons » (*muswadda*) de Constitution (août 2012, janvier 2013, avril 2013, juin 2013) porteurs d'ambivalences et d'antagonismes entre une conception séculière de

l'Etat et une conception islamo-conservatrice. Le texte d'avril 2013 (le 3^{ème}), truffé de silences sur la place et la valeur des droits universels, est miné de conditionnalités et de références aux « spécificités culturelles du peuple tunisien », aux « constantes de l'islam », (*thawabet*) « à ses finalités » (*maqassid*), à « l'islam religion d'Etat » (*din Dawla*) instauré par l'article 131 et protégé de toute révision. Les libertés y étaient encore bien bridées notamment par un article 48 lacunaire sur leur régime juridique et par l'omission de certaines d'entre elles, telle la liberté de conscience. L'unité et la cohésion de l'entité familiale » (*tamasuk kiyān al usra*) (art.10) y étaient érigées en valeurs supérieures et la femme et l'homme en simples « partenaires » (*sharik*) dans « l'édification de la société, et de l'Etat ».

Sur le statut des femmes pourtant, le texte a réalisé des avancées considérables par rapport aux versions précédentes. Renonçant à « la complémentarité des rôles au sein de la famille », il proclame désormais « l'égalité des citoyennes et des citoyens en droits et en devoirs » et devant la loi sans discrimination. Un effort de féminisation du langage a été engagé. L'article 45, obtenu au prix de longues tractations, préfigure l'actuel article 46 en constitutionnalisant les droits des femmes et en insistant sur le « renforcement de leurs acquis », l'« égalité de chance dans l'exercice des diverses responsabilités », « l'élimination de toutes les formes de violences à l'égard des femmes ».

Le 1^{er} juin 2013, une nouvelle mouture (la 4^{ème}) est scellée pour être directement acheminée vers la plénière de l'ANC. Mais le projet suscite contestation et colère. Ses dispositions transitoires nouvelles, qui octroient à l'ANC le pouvoir de poursuivre son mandat au-delà de l'adoption de la Constitution et mettent sa production hors de tout contrôle de constitutionnalité, sont jugées dangereuses et peu conformes aux standards de l'Etat de droit et du régime démocratique. Aucun consensus ne réussit à se former sur la nature du régime politique. L'article 141 sur l'intangibilité de l'islam religion d'Etat, maintenu en sa formulation première, allait continuer d'entretenir la tension sur la nature du projet politique et par exacerber l'antagonisme entre partisans de l'Etat civil et partisans de l'islam religion d'Etat. Ainsi, le projet définitif du texte constitutionnel, loin de faire le consensus allait attiser des tensions telles, qu'elles obligeront les acteurs politiques les plus revêches à trouver les voies du compromis.

2.2 : Le sursaut du Dialogue National

C'est pour son rôle historique dans la tenue du dialogue démocratique et la construction du compromis- longtemps improbable entre les ennemis politiques-, que le Quartet (UGTT-UTICA- ONAT, LTDH,) a été récompensé du Prix Nobel de la Paix 2015. Dans un contexte politique explosif, l'assassinat de Mohamed Brahmi, le 25 juillet 2013, correspondant au 56^{ème} anniversaire de la République, placé cette année-là par la société civile sous le mot d'ordre « Sauvons la République », a provoqué la confrontation. Un gigantesque sit-in du départ « *rahil* » s'est organisé le jour même à l'appel de l'opposition et s'est poursuivi tout l'été 2013 (25 juillet-septembre 2013). Les groupes de l'opposition politique et de la société civile séculariste, qui demandaient la chute du gouvernement et la fin de l'ANC, se sont organisés en Front du Salut National (FSN) et ont été rejoints au sit in du Bardo par les 60 constituants ayant gelé leurs activités au sein de l'ANC. La rentrée politique s'annonçait tendue et le climat économique et social inquiétant. La flambée des prix, la chute du dinar, l'abaissement de la note de la dette de la Tunisie, l'absence de perspectives politiques et économiques, l'insécurité et les menaces terroristes, ont plongé le pays dans une incertitude politique et sociale sans précédent, imposant au gouvernement de Ali Laarayedh les termes d'un nouveau rapport de forces. Le 6 août 2013, le président de l'ANC, Mustapha ben Jaafar, surprend ses alliés ainsi que son opposition en annonçant le gel des travaux de l'Assemblée, rendant ainsi possible la sortie de crise.

Une nouvelle étape devait s'ouvrir avec le Dialogue National lancé, le 23 octobre 2013, à l'initiative de l'UGTT et rassemblant le Quartet. Sur les 26 partis les plus en vue de la scène politique, 21 en ont accepté la feuille de route et l'agenda, à savoir : la démission de Ali Laarayedh et la désignation d'un nouveau premier ministre; la formation d'un gouvernement de technocrates qui ne se présentera pas aux élections prochaines ; l'achèvement des travaux de la constituante dans des délais drastiques; la mise en place de l'Instance supérieure électorale ; l'assainissement du climat politique et le retour à la neutralité de l'administration pour sécuriser les élections. Malgré sa difficile gestation et ses multiples blocages, le Dialogue National a réussi à inventer un

nouveau mode de gouvernement politique (le consensus) et par sceller l'acte IV de la transition du pays⁹⁷.

Les difficultés et les incompréhensions ont semblé en réalité venir de l'ANC dont les membres- se murant derrière « leur légitimité électorale » (al-sharîya) n'avaient toujours pas intégré les impératifs du moment. Des propositions de lois fantaisistes sur les « *habous* » (biens de mainmorte) et les mosquées ont été annoncées comme pour tester la patience et ou la tolérance des citoyennes et citoyens. En fait, c'est du côté de la société civile qu'il faut regarder pour comprendre le contexte : celle-ci étant son baromètre. En effet, le quatrième trimestre a connu un nouveau bras de fer sur des questions aussi essentielles que le processus électoral (la grille de sélection des membres de l'ISIE, la promulgation de la loi nouvellement adoptée), les nominations au sein de l'administration publique territoriale (les délégations spéciales) ou les libertés individuelles. Quelques victoires ont été remportées par elle auprès du Tribunal administratif dont les sursis à exécution, prononcés au mois de novembre contre nombre de décisions administratives, ont fait de lui véritablement le gardien de la légalité et le censeur de l'administration. Au niveau des libertés individuelles, les indicateurs sont demeurés au rouge avec l'affaire du jeune Jabeur Mejri, en prison pour délit d'opinion (7 ans).

2.3 : Le grand tournant de 2014 : Le consensus constitutionnel

L'année 2014, marquera à jamais un tournant dans l'histoire constitutionnelle du pays. Après trois années de tensions politiques entre la Troïka au pouvoir et son opposition, les controverses sur l'Etat civil et la place de l'islam dans l'Etat, la multiplication des actes terroristes et d'assassinats politiques, les blocages institutionnels, l'ANC finit par adopter, lors d'une séance mémorable le 26 janvier 2014, la nouvelle Constitution du pays **avec 200 voix pour, 12 contre et 4 abstentions**.

Malgré ses ambiguïtés et son ambivalence, le texte promulgué le 27 janvier 2014, est porteur de véritables promesses d'égalité de genre et de justice

⁹⁷UGTT, UTICA, LTDH, ONAT, *Initiative des organisations de la société civile pour régler la crise politique, (en Arabe), 17 septembre 2013, in Eric GOBE et Larbi CHOUIKHA, « La Tunisie politique en 2013, de la bipolarisation politique au consensus constitutionnel » Op.Cit.*

sociale. Divers principes y sont proclamés : l'égalité en droits et en devoirs, l'égalité devant la loi des citoyennes et des citoyens (art. 21), la représentativité des femmes aux conseils élus (art.34) ; le droit au travail dans des conditions décentes à salaire égal (art.40); la protection des droits acquis des femmes, leur consolidation et leur amélioration ; l'égalité des chances et d'accès à toutes les responsabilités dans tous les domaines ; la parité dans les assemblées élues ; l'éradication de la violence contre les femmes (art.46)

Expression d'un *tawafuq (consensus)*, acquis aux prix d'un compromis historique au Dialogue national, la Constitution du 27 janvier 2014 symbolise la charte fondamentale des Tunisiennes et des Tunisiens en même temps que l'espace symbolique de leur fédération politique, leur entente et leur volonté de vivre ensemble. C'est en effet ce principe « d'entente » qui a été admis pour son élaboration comme mode préalable d'accord avant qu'on ne procède aux votations à travers le rôle dévolu à la Commission du consensus (*lajnat al tawafuqat*). Inventée de toute pièce comme instance ad hoc de sortie de crise et de remodelage du projet du 1^{er} juin 2013 en vue d'en expurger les éléments polémiques et conflictuels, la Commission du consensus a joué un rôle historique en s'imposant comme l'artisanne du compromis. C'est à elle que revint notamment de proposer à la plénière de :

- Substituer aux « fondements sur les enseignements de l'islam » (*ta'lim al islam*), l'attachement du peuple aux enseignements de l'islam.
- Retirer toute référence à l'islam religion d'Etat de l'ancien article 141 avec introduction de nouveaux paragraphes sur le caractère intangible de l'article 1^{er} et de l'article 2 sur l'Etat civil.
- Ajouter à l'article 6 en parallèle à la protection du sacré, la prohibition de l'apostasie et de l'incitation à la haine et à la violence.
- Supprimer les restrictions excessives aux droits et libertés dans la majorité des dispositions les concernant, y compris la liberté de circulation, la liberté d'expression et d'information, la liberté de manifestation.
- Renforcer la formulation de l'article 48 (devenu 49) relatif à la clause de limitation générale des droits et libertés en disposant que n'importe quelle restriction sur les droits et libertés devrait être limitée à ce qui est « *nécessaire et proportionnel pour la protection d'un but légitime* ».
- D'ajouter à la protection des droits acquis des femmes et à leur consolidation, l'engagement de les développer « *tatwir* ».

- Redéfinir les dispositions transitoires, notamment, par l'octroi à la Cour Constitutionnelle dès sa création fixée à l'année qui suit les élections législatives, d'un pouvoir total pour contrôler la constitutionnalité des lois (chapitre 10) et l'extension du droit de saisine de la Cour au premier ministre ainsi qu'à 30 membres de l'Assemblée des Représentants du Peuple, en plus du Président de la République.

Résultats du compromis, ces changements ont donné en dernière instance au texte sa cohérence en imposant à tout interprète de tenir compte, en bonne foi, du sens que ses dispositions véhiculent⁹⁸.

2.4. Le consensus constitutionnel autour de la lutte contre les violences à l'égard des femmes

L'éradication des violences à l'égard des femmes, énoncée au §4 de l'article 46 de la Constitution, figure au nombre des consensus les plus constants. Le principe en semble déjà acquis à la première mouture du projet constitutionnel. Il se retrouve de manière permanente à toutes les étapes de rédaction du texte constitutionnel. En voici la progression à partir du premier « brouillon » du 13 août 2012, jusqu' à son adoption définitive le 26 janvier 2014 sous le libellé de l'article 46.

- La version 1 du 13 août 2012

« 28.2 :

« L'Etat garantit la protection des droits de la femme et la consolidation de ses acquis compte tenu de ce qu'elle est partenaire avec l'homme dans la construction de la patrie. Leurs rôles sont complémentaires au sein de la famille.

L'Etat garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme dans les différentes responsabilités.

L'Etat garantit l'éradication de toutes les formes de violences à l'encontre de la femme».

⁹⁸ ANC-Commission des consensus, *Hassilat al-tawafuqat (Le Résultat des compromis)* 28 décembre 2013, <http://www.marsad.tn/fr/docs/52beff4d12bdaa7f90f205>.

- **La version 2 du 14 décembre 2012**
 - « **art.37 :**
 - L'Etat garantit l'égalité des chances ente l'homme et la femme dans les différentes responsabilités.
 - L'Etat garantit l'éradication de toutes les formes de violences à l'encontre de la femme».

- **La version 2 bis des commissions réunies de l'ANC (10 avril-1 juillet 2013)**
 - « **art.41 :**
 - L'Etat garantit l'égalité des chances ente l'homme et la femme aux diverses responsabilités.
 - L'Etat prend les mesures nécessaires à l'éradication de la violence contre la femme ».

- **La version 3 du 22 avril 2013**
 - « **art.42 :**
 - L'Etat s'engage à protéger les droits de la femme et à consolider ses acquis.
 - L'Etat garantit l'égalité des chances ente l'homme et la femme aux diverses responsabilités.
 - L'Etat garantit l'éradication de toutes les formes de violences à l'encontre de la femme».

- **La version 4 du 1^{er} juin 2013 (Le projet final)**
 - « **art.45 :**
 - L'Etat s'engage à protéger les droits de la femme et à consolider ses acquis.
 - L'Etat garantit l'égalité des chances ente l'homme et la femme aux diverses responsabilités.
 - L'Etat prend les mesures nécessaires à l'éradication de la violence contre la femme ».

- **Les amendements consensuels lors des débats en plénière :**
 - « L'Etat s'engage à protéger les droits acquis de la femme, à les consolider et à les développer.
 - L'Etat garantit l'égalité des chances ente l'homme et la femme aux diverses responsabilités et dans tous les domaines.

L'Etat œuvre à consacrer la parité entre l'homme et la femme dans les assemblées élues.

L'Etat prend les mesures nécessaires à l'éradication de la violence contre la femme ».

- **Le texte constitutionnel**

art.46

« L'Etat s'engage à protéger les droits acquis de la femme et veille à les consolider et les promouvoir.

L'Etat garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme pour l'accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines.

L'Etat s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues.

L'Etat prend les mesures nécessaires en vue d'éliminer la violence contre la femme ».

C'est de cette volonté constante du constituant d'éradiquer la violence contre les femmes que se ressourcent le plaidoyer pour la loi intégrale. Il est à noter que, voté le 9 janvier 2014, au cours de la procédure du vote du projet article par article, l'énoncé a recueilli **127 voix pour, 43 contre et 24 abstentions**. La répartition des votes par blocs se déclinant comme suit [*Marsad Majless, Bawsala*] :

- Mouvement Ennahdha = 49 pour, 20 contre, 13 abstentions
- Bloc démocrate = 14 pour, 1 contre, 0 abstention
- Congrès pour la République = 9 pour, 3 contre, 0 abstentions
- Ettakatol= 10 pour, 0 contre, 0 abstention
- Transition démocratique = 6 pour, 4 contre, 2 abstentions
- Alliance démocratique = 7 pour, 0 contre, 1 abstention
- Fidélité à la révolution = 1 pour, 3 contre, 2 abstentions
- Aucun Bloc = 31 pour, 12 contre, 6 abstentions

Ouvrant sur un nouveau champ de possibles, la Constitution tunisienne légitime et oblige à une vaste réforme juridique et institutionnelle à la charge des nouvelles institutions représentatives issues des élections. Devant les organisations de la société civile, un véritable chantier est ouvert auquel elles ne manqueront pas d'apporter leur contribution et leurs propositions alternatives.

3 : PLAIDOYER PAR LE DEVOILEMENT DES VIOLENCES A L'EGARD DES FEMMES

Il va sans dire que pour convaincre de l'adoption d'une loi contre la violence à l'égard des femmes l'argument devrait être celui très précisément de dévoiler les violences non pas seulement sur le plan quantitatif pour en rappeler les chiffres alarmants (Cf. Introduction) mais bien pour en décrire les expressions et le vécu au plus près de la vie quotidienne sur témoignages recueillis auprès des personnes.

Ces témoignages publics ont été rendus possibles grâce à une tournée dans la région du Nord-Ouest et du Sud-Est, l'été 2014, par le groupe indépendant pluridisciplinaire d'expert-e-s pour la rédaction de la loi intégrale⁹⁹ formé sur appel public à candidature par le Fonds des Nations Unies pour la Population (FNUAP) en appui au Secrétariat d'Etat aux affaires de la femme et de la famille confié à Neila Chaabane, juriste universitaire, membre du gouvernement technocrate de Mahdi Jomâa. Le dialogue avec les « institutionnels » aurait été improbable sans l'implication et la collaboration des responsables du ministère au plus haut grade de l'administration centrale ainsi que des agents extérieurs à l'échelle territoriale des régions et des localités et sans le précieux concours des services des affaires sociales, de la santé, de l'éducation, de la justice, de l'intérieur. Les résultats de cette étude exploratoire auraient été par ailleurs partiels si les associations nationales et locales de la société civile agissant dans les domaines des droits des femmes, de la citoyenneté, de la santé reproductive, de la prise en charge de l'enfance et de lutte contre les violence n'avaient pas apporté leur concours et répondu favorablement à la formule des « rencontres -forum ».

Ces témoignages, regroupés en plusieurs axes, sont reproduits sans commentaires. Ils représentent une restitution la plus fidèle des points de vue de leurs locuteurs

⁹⁹ Le groupe est composé des membres suivants : *Sana Ben Achour* (Coordinatrice, droit public), *Kalthoum Mziou* (experte droit privé)[§] *Monia Ben Djemia* (experte droit pénal), *Dorra Mahfoudh* (experte sociologue), *Salma Hajri* (experte santé), *Wahid Ferchichi* (expert droit de l'enfant), *Monia Kari* (experte procédures pénales), *Walid Larbi* (expert droit civil).

3.1 : Diagnostic des formes de violences à l'égard des femmes : Un état révoltant

Partout, le même constat est fait sur :

- **La Progression des violences conjugales**
 - **Les violences conjugales seraient en progression et subissent une dangereuse banalisation** avec renoncement des victimes à saisir les institutions publiques et les services de prise en charge, en raison de la pression du milieu familial et social (intimidations, montée des conservatismes et du contrôle social, avec en zones rurales, la pratique des mariages endogamiques entre cousins et en zones urbaines des liens d'interconnaissance et de parentalité dans un même quartier). L'institution du mariage – témoigne une magistrate - est en pleine « décomposition du fait des violences » tant par rapport à l'image idyllique diffusée par les feuilletons qu'à son opposée, l'image de la « femme toute option ».
 - **Les facteurs de la violence conjugale sont souvent attribués à :**
 - **L'alcoolisme** à l'origine des violences économiques et dont on déplore la progression constante et le fléau qui touche les jeunes, voire les mineurs.
 - **Des relations d'intimité peu épanouissantes et sources perpétuelles de conflits** allant jusqu'aux tribunaux pour incapacité, impuissance, infertilité, refus d'avoir avec le conjoint une relation sexuelle, ou des relations contraintes et forcées
 - **La différence des niveaux d'instruction** et de scolarité entre le couple.
 - **Des problèmes de pauvreté et d'insuffisance matérielle et économique** comme facteurs multiplicateur de l'impact de la violence sur les femmes et les enfants.
 - **La cohabitation** de l'épouse avec la belle famille et ou la famille élargie.
 - **Les mentalités** et le système patriarcal.

- **La déscolarisation des filles** à un jeune âge, le plus souvent à la sixième année de l'école primaire.
 - **La dissolution des liens familiaux.**
- **Le caractère multiforme des violences :** Les témoignages sont concordants sur le caractère multiforme des violences de genre.
 - **Les violences morales** seraient très importantes. Aucune considération n'est accordée à l'épouse, elle est chosifiée et ne représente souvent « qu'un élément du décor ». Elle peut tout avoir sur le plan matériel mais n'aura aucune existence propre ou liberté de manœuvre et de décision.
 - **Les violences physiques.** Les coups (sur la tête) sont la forme la plus répandue.
 - **Les violences économiques.** Au travail, les discriminations de salaires sont le lot quotidien des femmes. Les femmes sont empêchées de travailler. Sur les terres collectives, les femmes sont évincées totalement de l'héritage.
 - **Le mariage précoce en progression.** De plus en plus de mineures dans les zones rurales sont forcées au mariage à un âge précoce sous la pression familiale. C'est le moyen pour les familles de se « débarrasser » d'un fardeau économique.
 - **Le mariage « orfy » en progression constante depuis la révolution.** Divers cas se sont présentés aux urgences ou aux structures de l'ONFP (Sfax). Il se développe en particulier en milieu universitaire.
 - **Les mariages forcés.** Le mariage de la jeune fille violée est obtenu sous les menaces de mort. L'accusation de viol est utilisée par les familles comme moyen de chantage pour forcer le mariage
 - **Les violences conjugales.** Elles représentent 80% des dossiers en justice dans la circonscription de Gabes. Le divorce pour faute représente le tiers des affaires en justice à Sfax.
 - **Maltraitance des enfants.** Elle est généralisée. Dans tous les cas la violence à l'égard des femmes est traumatisante pour les enfants, quand elle ne s'exerce pas aussi directement sur eux.

- **Les violences institutionnelles** en particulier en système carcéral **sont occultées. Il y a autour d'elles un déni total.**
- **Les violences sexuelles sur les mineurs**, dont l'inceste, ne sont pas fidèlement répertoriées dans les rapports nationaux.

- **Les catégories de personnes vulnérables**

- **Les Mères célibataires** : Parmi les femmes, elles sont les plus vulnérables. Stigmatisées par la famille et la société, elles ont pour seul recours les Unités locales de la promotion sociale, qui tentent de les intégrer dans les programmes d'aides aux personnes nécessiteuses (carnet de soins et subvention). La reconnaissance de paternité est plus problématique qu'il n'y paraît. Le père est souvent un proche parent marié. Femmes en détresse totale, elles fournissent le plus gros contingent « aux mères du djihad ». Beaucoup d'entre elles parlent de « trahison » et d'une fausse promesse de mariage. Elles sont jeunes et vulnérables. Elles n'ont aucun statut de protection à la différence des femmes mariées que le Code du statut personnel protège tant bien que mal des aléas de la vie (divorce pour faute, pension, domicile, aggravation des peines en cas de violences, etc.).
- **Les enfants nés hors mariage**. Hormis la loi sur le nom patronymique, ils continuent de n'être que des parias de la société.
- **Les Jeunes à comportements à risques** : Les relations sexuelles non protégées sont courantes. Il n'y a aucune éducation sexuelle. Il y a souvent recours à la pratique des IVG. Les institutions publiques où la prise en charge est gratuite ne sont pas accessibles. Les jeunes femmes passent en conséquence par les médecins de libre pratique à des prix exorbitants.
- **La traite des jeunes femmes**. Elles sont attirées par des réseaux et les promesses de travail (serveuses, danseuses, masseuses). Ces réseaux sont connus de la police.
- **Les femmes rurales**. La situation des femmes rurales est désastreuse. Elles vivent toutes formes de discriminations et de violences. La pauvreté, le chômage, l'éloignement sont autant

de facteurs de multiplication des violences. Elles travaillent de manière saisonnière pour un salaire inégal. Elles sont isolées et dans un grand état de dénuement. Elles ne parviennent pas à se procurer les moyens de contraception et de protection de leur santé physique et psychologique. Le travail agricole est supporté en grande majorité par elles.

- **Les employées de maison.** Elles sont victimes de toutes les formes de discrimination et sont vraiment des laissées pour compte du système.
- **L'épouse restée au pays.** Mariée à un homme parti travailler à l'étranger, l'épouse demeurée au pays vit des situations tragiques du fait de lois attribuant au père l'exclusivité de la tutelle sur les enfants (autorisation de sortie, passeport, la scolarité, le carnet de soin, etc.)

- **Violences en milieu scolaire**

- **Une violence multiforme avec une dominante de violences verbales.** En milieu scolaire la violence prend différentes formes : verbales, physiques et sexuelles. «Ces dernières – déclare-t-on- ne dépassent pas les 2 à 3 cas par an ! En fait, elles ne sont pas recensées et répertoriées dans les rapports et les statistiques officielles de l'éducation. Il y a occultation du phénomène. On recense surtout les cas de violence verbale et de violence physique. Le phénomène est en croissance dans certaines zones éloignées des grands établissements urbains. Il est préoccupant au niveau du secondaire du fait des relations qui s'établissent entre élèves et enseignants. L'on constate des « dépassements ».
- **Le cloisonnement entre les services de l'éducation et des affaires sociales** rend difficile le travail de prévention. Des bureaux d'écoute et d'orientations de l'éducation nationale existent bien en théorie dans les établissements et disposent d'un éducateur social et d'un médecin spécialiste psychologue. Les conseillers d'orientation sont aussi présents. Le ministère des affaires sociales dispose également de cellules du travail

social scolaire. Mais Il y a entre eux des problèmes de coordination et des conflits de tutelles et d'attributions.

- **Le décrochage scolaire).** Il atteint en réalité les enfants entre 12 et 16 ans lorsqu'ils passent au collège. Il touche plus les filles dans certaines zones à cause de l'éloignement des collèges et des risques que représentent les traversées de nuit.
- **Les pensionnats.** Ils pourraient être une solution pour les filles moyennant leur mise aux normes pédagogiques, d'épanouissement et de sécurité. A titre d'exemple, les internats sont remplis aux 2/3 par les filles et à 1/3 par les garçons. En l'état actuel, ils sont les lieux du développement des discours radicaux *et salafistes*.

3. 2 : Etat des lieux des services et des institutions de prises en charge

- **Déficit et cloisonnement institutionnel**

- **Une chaîne manquante :** Divers chaînons manquent dans le système de prise en charge, en particulier au niveau du système de prévention et de sensibilisation.
- **L'absence de structures d'hébergement.** Sur l'ensemble des régions, il n'existe aucune structure spécialisée dans l'hébergement des femmes victimes de violences. Même les associations chargées des personnes âgées, n'arrivent plus à assurer le service. Pour les enfants, les moyens des associations sont minimes.
- **Le cloisonnement administratif :** Les structures d'intervention dans leur diversité travaillent chacune à part de manière verticale. Elles n'ont aucune structure de coordination entre elles.
- **Insuffisance de prérogatives opérationnelles d'intervention.** De manière générale, les institutions intervenant dans le domaine sont dépourvues de véritables prérogatives, notamment la réquisition (par exemple pour l'hébergement d'urgence d'une femme en danger)

- **Déficit de connaissance autour de l'enquête nationale** sur les violences contre les femmes de 2010. Ses résultats ne sont pas divulgués et bien communiqués.
- **Des structures en recomposition** : Les services des Délégations régionales aux affaires de la femme et de la famille sont en pleine recomposition par l'effet du Décret 2013-4063 du 16 septembre 2013 portant création des commissariats régionaux aux affaires de la femme et de la famille (JORT 8 Octobre 2013, n° 81) et qui en font un Etablissement public doté de la personnalité administrative et financière. Sur les 24 commissariats (à raison d'un commissariat par gouvernorat), seuls 5 ont à leur tête une femme. Aux critères d'ancienneté et de grade, que peu d'agents femmes remplissent, s'ajoutent – dit-on- leur « réticence » à être affectées dans les régions. Les personnes nouvellement nommées n'ont pas reçu de formation spéciale sur les violences à l'égard des femmes. L'enquête nationale sur les violences n'a pas été suffisamment diffusée et partagée.
- **Insuffisances des qualifications sur les questions de violences à l'égard des femmes**
 - **Le premier accueil des victimes.** Devant les officiers de police comme dans les urgences, les femmes subissent des violences secondaires du fait du mauvais traitement lors de l'accueil. Très vite elles sont culpabilisées et même renvoyées. Une pression – parfois de bonne foi -est exercée sur elles pour « retourner au domicile conjugal », « dans l'intérêt des enfants ».
 - **Les stéréotypes.** Les stéréotypes ne manquent pas avec des phrases et des interrogations assassines telles « Qu'est-ce que tu lui as fait pour être ainsi agressée? » « Vous êtes toujours très exigeantes les femmes ». « Les hommes aussi sont victimes des exigences « exorbitantes » des femmes ».

- **L'absence de personnel spécialisé.** L'ONFP semble la structure la plus outillée en termes d'agents qualifiés et de spécialisation : médecin, psychologue, sage-femme, etc. C'est au niveau de la sage-femme que le premier dépistage de la violence est fait. Suit après l'orientation vers la psychologue et l'écouter. En revanche les institutions de prise en charge tels que les Centres de défense et d'intégration sociale ne disposent pas d'avocats. Les écoles ne peuvent pas assurer des permanences psychologiques et sociales.

3. 3 : Questions juridiques et judiciaires : Les lacunes du système

- **Le Conciliateur familial : Des attributions floues**

- L'institution a été introduite en 2010 avec la réforme du CSP en 2010. Les conciliateurs ont été nommés par un arrêté conjoint des ministres de la justice et des affaires sociales parmi les corps des agents des assistants sociaux et des psychologues. Leurs attributions sont floues. Elles peuvent entrer en contradiction avec les principes de la prise en charge des femmes victimes de violences.

- **La sanction du viol avec violences de l'article 227 du Code pénal**

- La peine de mort est une peine aujourd'hui éthiquement insoutenable. Elle oblige les juges et les professionnels de la santé à déqualifier les faits ou à les minimiser pour ne pas infliger une peine jugée contraire aux droits humains.

- **Violences conjugales et familiales : Les limites du juge de la famille**

- Le plus frappant est la « résignation » des femmes face aux actes de violence de l'époux.
- Si les demandes de divorce sont dues en majorité à des fautes, peu de jugements sont prononcés et obtenus sur cette base, faute de preuves.
- Le juge de la famille n'a pas toujours les moyens de sa décision. S'il peut trouver une solution pour placer l'enfant et le mettre hors d'atteinte

d'un parent violent, il ne peut trouver de solution pour l'épouse, en particulier au cas où elle est évincée du domicile conjugal, aucune structure d'hébergement n'existe. „ C'est toute la famille qui s'en prend à l'épouse victime.

- **La protection des témoins directs et indirects**

- Les témoins des violences ont beaucoup de réticences à déposer un témoignage. Aucune protection juridique et efficace ne leur est assurée. Il faut prévoir des mesures qui protègent les témoins des menaces de l'entourage des auteurs.

- **Le désistement des femmes**

- Les femmes se désistent et retirent leurs plaintes pour violences conjugales et familiales. Les raisons de ce désistement sont multiples : la dépendance économique, le problème du logement et de l'hébergement, la culpabilité vis-à-vis des enfants, de la famille et de l'entourage.

- **L'imbroglie procédural**

- Les procédures sont longues devant le juge de la famille.
- Le juge de la famille n'a ni moyens matériels ni moyens juridiques d'agir et de faire face aux problèmes d'urgence.
- Il n'est pas tenu compte dans les jugements des rapports des éducateurs sociaux.
- Le problème de la preuve des violences conjugales est important.
- Les pensions de logement sont très basses.
- Il y a des problèmes de coordination entre les différentes instances judiciaires. Des affaires restent sans suite.

EN FINALE
POUR NE PAS CONCLURE

Il est difficile de conclure quand tout reste à faire, probablement encore pour des années, pour venir à bout des discriminations et des violences à l'égard des femmes. Les lois du genre ont la peau dure. C'est pourquoi, il est proposé ici de ne pas conclure mais d'ouvrir sur quelques perspectives permettant d'entourer le texte, aujourd'hui en voie d'adoption, des conditions optimales à son succès ainsi que de relever les défis des résistances au changement.

Les résistances au changement, ici à l'égalité et à la reconnaissance d'un statut de dignité aux femmes, ne sont pas, loin s'en faut, imputables à une culture particulière, ou une religion particulière, ou à une histoire particulière. Nous avons montré en quoi les sociétés humaines, dans le passé comme au présent, se sont structurées sur la hiérarchie des sexes et comment elles en appellent à diverses instances, notamment aux codes moraux, juridiques, sociaux, religieux, pour légitimer la reproduction des privilèges et la valence différentielle des sexes. Ce sont ces présupposés socioculturels du patriarcat et de la domination masculine qu'une loi intégrale contre les violences faites aux femmes viendra nécessairement bouleverser. Nombre de défis sont donc à relever. Nous en retiendrons quatre.

- LE DEFI DES REFERENTIELS

La question du référentiel est récurrente en droit tunisien, traversé d'ambivalence entre références à l'Islam, à ses enseignements, à ses finalités, à l'identité arabe et musulmane, à l'Umma arabe et islamique (la communauté), à la protection de la religion et du sacré d'une part ; et références à l'Etat civil, aux principes universels des droits l'homme, à la citoyenneté, à la souveraineté populaire et à la primauté du droit, d'autre part. De quel principe d'ordre le droit tunisien est-il porteur ? S'agit-il de deux registres incompatibles ? Y a-t-il primauté de l'un sur l'autre ou au contraire, s'équilibrent-ils, l'un l'autre ? Ce conflit juridique sur fond de posture identitaire et idéologique a en vérité pour seul enjeu le statut des femmes sur qui est portée – comme nous l'avons montré- l'identité politique du groupe patriarcal.

Le Code du statut personnel et le Code pénal en représentent les principaux instruments de normalisation. C'est pourquoi il importe de ne pas tomber dans le piège de la bipolarisation idéologique et du discours sur l'islam en restant fermement attaché aux principes de dignité, d'égalité, de droits et de libertés des femmes, aujourd'hui constitutionnellement protégés.

- LE DEFI DES APPROCHES

Le deuxième point de tension et de risques d'achoppement du projet est celui de l'approche des violences à travers une conception réductrice faisant fi de leur inscription historique dans des rapports inégaux de sexe. Beaucoup vont se demander : Protéger davantage la femme ? Que deviendrait l'homme et ses droits ? Il va sans dire que cette conception risque de conduire à minimiser les violences conjugales et familiales (comme le viol conjugal ou l'inceste), à ne pas tenir compte des violences exercées par des partenaires hors mariages, ou à assouplir certaines sanctions comme les mesures d'éloignement. La vigilance sera de mise

- LES DEFIS DE CONSTITUTIONNALITE

C'est certainement le plus redoutable des défis. Le projet de texte sur la loi intégrale doit pouvoir passer sans ambages le cap de constitutionnalité et de la conventionalité. Il ne doit ni fragiliser ses positions ni bien évidemment se censurer ou renoncer à ses innovations. L'éventualité d'une censure doit être anticipée d'autant que le débat sera amené sur le terrain de l'interprétation, notamment de l'Article premier et de l'article 146 selon lequel les dispositions de la Constitution sont comprises et interprétées en harmonie, comme un tout indissociable.

- LE DEFI DES INTERPRETATIONS JUDICIAIRES

C'est dans le domaine du statut personnel et du droit pénal que l'on observe le dualisme entre esprit de conservation et esprit d'innovation. Plusieurs décisions récentes en témoignent, certaines opérant un retour en arrière, d'autre à l'opposé, consolidant et développant les acquis. Il s'agira d'en prendre la mesure et d'engager avec les professionnels du droit (universitaires, magistrats, avocats, huissiers, auxiliaires de justice) un véritable dialogue sur leur décisive contribution à la réalisation de l'état de justice concernant les violences faites aux femmes.

ORIENTATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

DROIT COLONIAL/ ACCULTURATION JURIDIQUE/PLURALISME JURIDIQUE

- **AUZARY-SCHMALTZ Nada (Sous la Direction de) (2007)**
La justice Française et le droit pendant le protectorat en Tunisie, IRMC- Maisonneuve et Larose, Paris.
- **BEN ACHOUR Sana (1996)**
Aux sources du droit moderne tunisien. La législation tunisienne en période coloniale, Thèse de Doctorat d'Etat en Droit, FSJPS, Tunis.
- **BRAS Jean-Philippe (sous la direction de), (2015)**
Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie, IISMM-KARTHALA, Paris.
- **SAKRANI Raja (2009)**
Au croisement des cultures de droit occidentales et musulmanes. Le pluralisme juridique dans le code tunisien des obligations et des contrats, EB-Verlag, Hambourg.

STATUT PERSONNEL/ FAMILLE / DROIT

- **ASSOCIATION DEMOCRATIQUE DES FEMMES DU MAROC, (2010),**
Pour un débat social autour du régime successoral. Les marocaines entre lois et évolutions-économiques., Editions le Fennec, Casablanca.
- **BEN ACHOUR Sana (2006)**
« Le code tunisien du statut personnel, cinquante ans après : Les dimensions de l'ambivalence » in *L'Année du Maghreb, Dossier Femmes, famille et droit.* Edition 2005-2006, pp. 55-70
- **BLILI-TEMIME Leila (1999)**
Histoire de familles. Mariages, répudiations et vie quotidienne à Tunis, 18758-1930, Script, Tunis
- **BERRADI Malika, ALAMI-M'CHICHI Houria, MOUAQIT Abdallah, Zohra BOUJAËSSI Fatima, ZEIDGUY Rebha, (2007),**

Le Code de la famille, Perception et pratiques judiciaires, FES – Maroc

- **BORRMANS Maurice, (1977)**
Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, Paris-La Haye
- **CHARFI Mohamed, (2011),**
Introduction à l'étude du droit, 4ème Edition, Sud-Editions, Tunis
- **MARZOUKI Ilhem, (2006)**
« La conquête de la banalisation par le code tunisien du statut personnel » in *L'Année du Maghreb, Dossier Femmes, famille et droit*. Edition 2005-2006, pp.71-95
- **MEZGHANI Ali**
« Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman classique », in *Revue Tunisienne de Droit*, Tome II, 1975, p.53
- **MUSAWAH (Sisters in Islam), (2010),**
Avis de recherche. Egalité et justice dans les familles musulmanes, Edité par Zainah ANWAR, Malaysia.
- **TOBICH Faïza, (2015),**
Les statuts personnels dans les pays arabes. De l'éclatement à l'harmonisation, Presses Universitaires Aix-Marseille.

VIOLENCES A L'EGARD DES FEMMES

- **ATFD, Association Tunisienne des Femmes Démocrates.,(1995),**
Les violences à l'égard des femmes, Actes du séminaire international de Tunis, 11-12 et 13 novembre 1993, Chama Editions, Tunis
- **CADOR Petra (2005)**
Le traitement juridique des violences conjugales : La sanction déjouée, L'Harmattan, Paris.
- **Centre d'écoute et d'orientation juridique et psychologique pour femmes agressées, Casablanca ; S.O.S. Femmes en détresses, Alger ; Association tunisienne des femmes démocrates, Tunis, (2001),**
Casablanca, Alger, Tunis. Femmes unies contre la violence. Analyse de l'expérience maghrébine en matière de violences subies par les femmes, Editions le Fennec, Casablanca.
- **DAUPHIN Cécile et FARGE Arlette (Sous la Direction) (1997)**

De la violence et des femmes, Editions Albin Michel. Paris

- **GHACHEM Mourad, BENZINEB Sarah (2010)**
Violences fondées sur le genre. Elaboration d'un plan sectoriel santé.
- **JASPARD Maryse, (2011)**
Les violences contre les femmes, éd. La Découverte, Paris
- **NATIONS-UNIES, AFFAIRES ECONOMIQUES ET SOCIALES, DIVISION DE LA PROMOTION DE LA FEMME, (2010)**
Manuel de législation sur la violence à l'égard des femmes, Publication des Nations Unies, New-York.
- **OFFICE NATIONAL DE LA FAMILLE ET DE LA POPULATION, (2007),**
La violence fondée sur le genre en Tunisie : Etat des lieux, Edité par L'Office National de la Famille et de la Population, Tunis.

CHARIA/ DROIT MUSULMAN/ FEMMES

- **BOTIVEAU Bernard (1993)**
Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, KARTHALA-IREMAM, Paris.
- **BEN ACHOUR Yadh**
 - (1992) *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Cérès Productions-CERP, Tunis
 - (1993) *Normes, foi et loi en particulier dans l'islam*, Cérès Editions, Tunis
 - (2009) *Aux Fondements de l'orthodoxie sunnite*, Cérès Editions, Tunis
- **COULSON Noel J. (1995),**
Histoire du droit islamique (Traduit de l'anglais par Dominique Anvar), Presses Universitaires de France.
- **DUPRET Baudouin, (Sous la direction de), (2012),**
La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique, Coll. « Recherches », La découverte, Paris.
- **LAKHDHAR Latifa (2007)**
Les femmes au miroir de l'orthodoxie islamique (Traduit de l'arabe par Hichem Abdessamad) ? Amal Editions, Tunis.

GENRE

- **AFTURD, Association des femmes tunisiennes pour la recherche sur le développement (Sous la Direction et la supervision de Dorra MAHFOUDH) (2013)**

Femmes et genre, Bibliographie analytique des thèses et mémoires à l'université tunisienne, FRidrich Ebert Stiftung, Tunis

- **ANGLADE (M.P.), BOUASRIA (L.), CHEIKH (M.), BEBARRE (F.), MANRY (V.), SCHMOLL (C.), (2013)**
Expériences du genre. Intimités, marginalités, travail et migration, LE FENNEC-KARTHALA, Paris-Casablanca.
- **CREDIF-UNESCO (2015)**
Rapport de l'état des lieux des études, des recherches et de la formation en genre en Tunisie, (rapport élaboré par Khédija BEN HSSINE), Tunis, CREDIF.
- **CREDIF-UNFPA, (2013)**
Egalité de genre et transition démocratique, Edition du CREDIF, Tunis
- **FALQUET Jules, HIRAT Helena, KERGOAT Danièle, LABARI Brahim, LE FEUVRE Nicky, SOW Fatou (Dir) (2010)**
Le sexe de la Mondialisation. Genre, Classe, race et nouvelle division du travail, Presses de sciencesPo.
- **KADRI Aissa et MOUJOURD Nassima (Sous la Direction de) (2015)**
L'institutionnalisation du genre au Maghreb et en contexte migratoire, Mondes méditerranéens, EME Editions, Belgique
- **MAHFOUDH Dorra (2012)**
La question du genre et la promotion de l'emploi des jeunes, GIZ, Tunis
Une analyse genre de la situation en Tunisie, avant et après le, 14 janvier 2011, GIZ, Tunis
- **UNION EUROPEENNE (2014)**
Profil Genre de la Tunisie, 2014, (Etude élaborée par Boutheina GRIBAA et Giorgia DEPAOLI), UE.
- **VERSCHUUR Christine (Dirigé par) (2010)**
Genre, Post colonialisme et diversité des mouvements de femmes, Cahiers Genre et Développement, n° 7, 2010.

FEMINISMES /MOUVEMENT DES FEMMES

- **BORSALI Noura (2012)**
Tunisie : Le défi égalitaire. Ecrits Féministes, Arabesques, Tunis.
- **COLLECTIF 95 MAGHREB--EGALITE (2003)**
Auto-portrait d'un mouvement : Les femmes pour l'égalité au Maghreb, Friedrich Ebert Stiftung, Maroc.
- **FOUGEYROLLAS-SCHEBEL Dominique VARIKAS Eleni (2006)**
Féminisme(s). Recomposition et mutations, Cahiers du genre, L'Harmattan

- **MAHFOUDH Amel, DELPHY Christine (Coordination du volume de NQF), (2014)**
Féminismes au Maghreb, Nouvelles Questions Féministes, Volume 33, n° 2.
- **MARZOUKI Ilhem, (1993)**
Le Mouvement des Femmes en Tunisie au XXème siècle, Coll. Enjeux, Cérès Productions, Tunis.
- **PICQ Françoise, STORTI Martine (2012)**
Le Féminisme à l'épreuve des mutations géopolitiques, Congrès international féministe, Paris, décembre 2010, Racine de iXe, Paris.

FEMMES/ POLITIQUES/ REPRESENTATIONS CULTURELLES

- **BEN SALEM Maryam et BEN CHEIKH Soumaya (2013)**
Politique et jeunes femmes vulnérables en Tunisie. CAWTAR, UNESCO. Tunis.
- **BESSIS Sophie (2007)**
Les Arabes, les femmes et la liberté, Editions Albin Michel, Paris
- **CERP-UNESCO (1989)**
La non-discrimination à l'égard des femmes entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire, Colloque de Tunis, janvier 1988, Tunis, UNESCO-CERP.
- **CREDIF (2015)**
Tunisiennes et actions politique en contexte postrévolutionnaire, Etude réalisée par Dorra MAHFOUDH-DRAOUI avec la collaboration de Houda Dridi et Zekri Amira, CREDIF Editions.2015.
- **CHEKIR Hafidha, (2000)**
Le statut des femmes entre les textes et les résistances, Le cas de la Tunisie, Chama, Tunis.
- **MATRI Khaoula, (2013)**
« La construction sociale du corps féminin. Vierge en Tunisie », in *Penser la société tunisienne aujourd'hui. La jeune recherche en sciences humaines et sociales* (Sous la direction de Sihem Najar, IRMC- Cérès éditions.
- **ZAFIROPOULOS Markos, (2013),**
La question féminine en débat, Puf.

مختارات باللغة العربية

- الجمعية التونسية للنساء الديمقراطيات، ترجمة هشام عبد الصمد
النساء والجمهورية من أجل المساواة و الديمقراطية ،

- الهام المرزوقي ترجمة أمال القرامي
الحركة النسائية في تونس في القرن العشرين : النسوية و السياسة، دار سيناتر،المركز الوطني للترجمة
،مطبعة المغرب للنشر،سلسلة أنوار قرطاج، تونس 2010.

حامد الجندلي

قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشرعية الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب
المختص، الطبعة الأولى، تونس 2011.

حفيفة شقير و شفيق صرصار

النساء والمشاركة السياسيّة: تجربة الأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات المهنية، منشورات المعهد
العربي لحقوق الإنسان، ماي 2014

- عياض بن عاشور

الضمير و التشريع : العقلية المدنية و الحقوق الحديثة، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 1998.

- مصطفى صخيري

المجلة الجزائيّة : معلق عليها بعدد القرارات و أحدثها، تونس 2010.

- مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، تحت إشراف عميرة سنية زكي

تونسيات والفعل السياسي في سياق ما بعد الثورة ، منشورات الكريديف، 2015

- مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، إعداد فتحية السعيد

الهشاشة الاقتصادية صور من حياة نساء مسرحيات من العمل، منشورات الكريديف، 2016