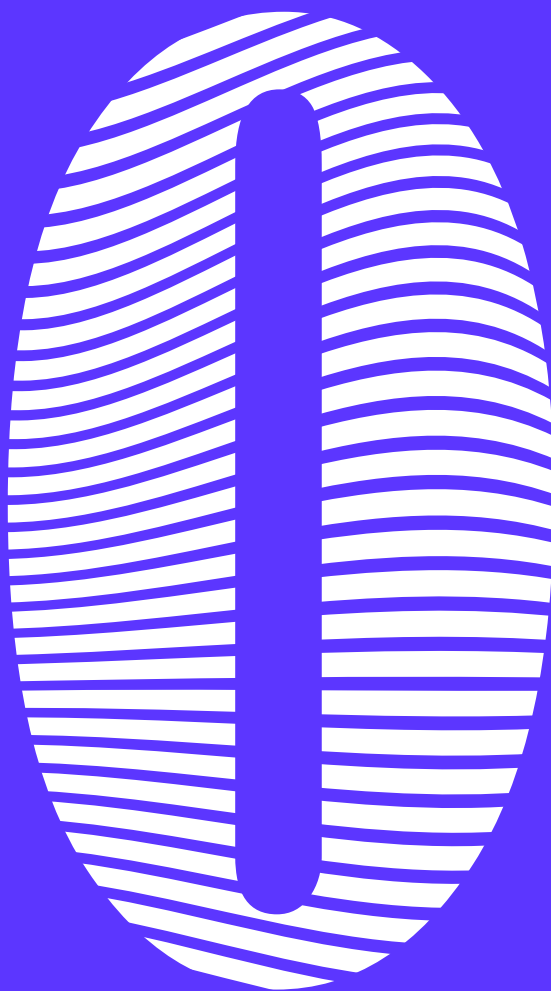


L'accès à la justice des personnes LGBTQI+ en Tunisie:

Un modèle de plaidoirie
sur l'article 230 du Code pénal



L'accès à la justice des personnes LGBTQI+ en Tunisie:

Un modèle de plaidoirie
sur l'article 230 du Code pénal

Travail collectif

Direction de projet: Houyem Mchirgui

Responsable de la documentation: Talel Karoui

Traduit en Français par Aymen Gharbi

Traduit en Anglais par Vanessa Szakal

Conception par Boshra Jallali

Sommaire

Préface	3
Modèle de plaidoirie sur l'article 230 du Code pénal	4
Première argumentation : De l'inconstitutionnalité du Code pénal	5
Premier grief : L'article 230 du C.P viole les dispositions de l'article 23 de la Constitution (Principe de non-discrimination).....	6
Deuxième grief : L'article 230 du C.P viole les dispositions de l'article 30 de la Constitution (Principe de protection de la vie privée)	9
Troisième grief : L'article 230 du C.P viole les dispositions de l'article 23 de la Constitution (Principe de protection de la dignité humaine et l'intégrité physique)...	11
Quatrième grief : L'article 230 du C.P est une infraction aux dispositions de l'article 55 de la Constitution (Relatif aux restrictions des droits et des libertés)	12
Deuxième argumentation : De l'application erronée de l'article 230 du code pénal.....	15
Premier grief : Du détournement du problème de la criminalisation dans l'article 230 du C.P	16
Deuxième grief : De l'illégalité du moyen de preuve principal (Le test anal)	17
Troisième grief : De la nature présomptive des autres moyens de preuve	22
Annexe	24

Préface

Aucune norme morale ne peut annuler un principe fondamental. L'aspiration à un idéal de l'Égalité a été souvent exprimée par la société tunisienne. Bien que plébiscitée souvent sous ses formes économique, sociale et culturelle, elle demeure indivisible. Ses expressions ne sauraient refléter la profondeur de son ancrage. Pourtant, indélébile. « N'avons-nous pas tou.te.s passé.e.s 9 mois dans les ventres de nos mères ? », répondrait bon nombre de Tunisien.ne.s face à diverses scènes d'inégalités quotidiennes. L'idéal est là ! La discrimination n'est donc qu'une question de perception. Et les perceptions peuvent être erronées, perverties par des constructions sociales, culturelles ou religieuses. Mais nulle perception, nulle construction ne peut perdurer tant que l'idéal de l'égalité est bien ancré.

Le conservatisme du législateur se retrouve face à ses propres paradoxes, à la lumière de la réalité historique. La lutte contre les discriminations est entretenue dans des centaines de textes. Cette lutte ne peut s'y cantonner et se refuser à s'établir comme principe fondamental. Sur cette terre dont les autochtones se faisaient appeler « les Hommes libres » (Amazigh), il y a bientôt deux siècles, exactement en 1846, l'esclavage a été aboli en Tunisie. Certains tentaient de le légitimer en invoquant des prétextes économiques, d'autres se sont rabattus sur des béquilles religieuses. L'aspiration à l'idéal a fini par triompher... contre vents et marées, perceptions et préjugés, préceptes et relents passésistes.

Toutefois, indépendamment des Evelléités du législateur, il a adhéré à un principe : celui de l'égalité entre toutes et tous dans l'accès à la justice. Et il ne peut s'en détourner et se réfugier dans la procrastination. La mise en place de mécanismes garantissant l'accès à la justice et sanctionnant les discriminations liées est une urgence. Il s'agit de mécanismes ne laissant aucune place à l'humeur des responsables et à leur légitimité douteuse, autour de de cette volonté de rendre justice. Pour y parvenir, bon nombre de contraintes culturelles, économiques et procédurales sont à éliminer.

Modèle de plaidoirie sur l'article 230 du Code pénal

Notre plaidoirie, aujourd'hui, se fera autour d'un article de loi qui s'oppose aux principes d'un régime politique démocratique dans lequel le rôle du pouvoir ne consiste pas à produire des citoyens et des citoyennes vertueux et vertueuses, mais à défendre les droits et les libertés. Nous plaidons, aujourd'hui, contre un article qui n'a pas été révisé depuis 1913, date de la parution du code pénal (C.P).

Il s'agit de l'article 230 de ce code, en vertu duquel est enfermé un nombre important de détenus, dans les prisons tunisiennes. Selon le chargé de l'accès à l'information de la Direction générale des prisons et de la rééducation, au sein du ministère de la Justice, les chiffres des détenus sont : 79 personnes en 2009, 76 en 2010, 47 en 2011, 41 en 2012, 50 en 2013, 70 en 2014, 78 en 2015, 44 en 2016, 58 en 2017, 51 en 2018, 38 en 2019, 40 en 2020 et 19 en 2021¹.

Nous nous étonnons de l'application de cet article par la justice tunisienne, alors qu'il est très clairement anticonstitutionnel (première argumentation), et comporte des erreurs judiciaires criantes (deuxième argumentation).

¹___Des chiffres qui vont jusqu'à octobre 2021

Première argumentation :

De l'inconstitutionnalité de
l'article 230 du C.P

Premier grief : l'article 230 du C.P viole les dispositions de l'article 23 de la Constitution (Principe de non-discrimination)

En criminalisant l'homosexualité, l'article 230 fait appliquer un jugement discriminatoire basé sur la sexualité des personnes, ce qui viole les dispositions de l'article 23 de la Constitution, énonçant que « les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination ».

Il convient de noter que ce même article était précédemment énoncé dans la Constitution de 2014 en tant qu'article 21, et sa réintégration dans le texte actuel de la Constitution témoigne de sa primordialité indéniable en tant que codification d'une pierre angulaire des droits humains universels.

Il faut dire que la lutte contre la discrimination est un principe important, sur lequel se basent les principaux régimes juridiques, de nos jours. La Déclaration universelle des droits de l'Homme formule l'idée en ces termes :

« Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. ». Selon l'article 2 des deux Pactes internationaux relatifs aux droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, « les États s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. ».

La Tunisie a ratifié plusieurs autres traités de lutte contre toutes les formes de discrimination, à l'instar de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, datée du 10 décembre 1984, approuvée en vertu du décret n° : 552 de l'année 2011 et daté du 17 mai 2011.

Ce principe met, en effet, sur un même pied d'égalité les citoyens et citoyennes, les personnes présentes sur le territoire de l'État et celles entrant en sa juridiction, indépendamment de leurs différences, y compris leur appartenance à une identité sexuelle quelconque.

L'interdiction de la discrimination basée sur l'orientation sexuelle fait partie de « l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe », évoquée par certains organismes présidant les prêts financiers internationaux. Elle fait aussi partie d'« autres raisons de discriminations » pour d'autres organismes.

1___Des chiffres qui vont jusqu'à octobre 2021

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'un traitement illégal qui viole le principe d'égalité, comme l'a expressément mentionné le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n°: 20 de l'année 2009 (paragraphe 27). Ce comité avait d'ailleurs, précédemment, évoqué ce sujet dans des domaines spécifiques, tels que la prévention de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le monde du travail (remarque générale n°: 18, 2005) et dans celui de la santé (remarque générale n°: 14, 2002).

La même approche a été approuvée par le Comité de lutte contre toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, dans sa note n°: 28, ainsi que sa lecture de l'article 2 du pacte susmentionné, où ce comité a approuvé l'interdiction de la discrimination basée sur l'orientation sexuelle.

Le Comité des droits de l'enfant a également considéré, dans sa recommandation générale N°: 4, datée de 2003, que le deuxième article de la Convention relative aux droits de l'enfant comprend la lutte contre la discrimination basée sur les orientations ou les préférences sexuelles.

Le Comité de lutte contre toutes les formes de torture et de traitements cruels et dégradants a, de son côté, entériné cette idée dans son observation générale n° : 2, datée de 2008.

Le Conseil des droits de l'Homme, quant à lui, a exprimé sa profonde préoccupation concernant les violences commises contre les personnes, en raison de leur orientation sexuelle, dans sa résolution n° : 17-1921, en date du 15 juin 2011.

Quant à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, elle s'est appuyée sur la Charte africaine des droits humains et des peuples – plus précisément sur son deuxième article qui traite de la lutte contre la discrimination – pour reconnaître l'existence d'une minorité sexuelle (la communauté LGBTQI+), laquelle est soumise à des violations de ses droits et à des violences (résolution n°: 275, session ordinaire n°: 55, Angola, 28 avril-12 mai).

Le juge tunisien ne s'est pas éloigné de cette démarche. Il l'a même explicitement approuvée dans le cas de « l'association Shams ». En effet, l'administration tunisienne, pour justifier sa décision de suspendre l'activité de l'association pendant un mois, a argué que celle-ci avait occulté une partie de ses objectifs, liée à la défense des homosexuel.les, lors du dépôt de son statut juridique. Mais le 23 février 2016, le Tribunal de première instance de Tunis avait annulé le décret de suspension, au motif que l'expression «minorités sexuelles», existant dans les statuts de l'association, incluait de fait les homosexuel.les .

La loi commet, à travers l'article 230 du C.P, une discrimination entre les citoyen.nes, en se basant de façon illégale sur un principe inacceptable, à savoir « l'identité sexuelle ». Ceci viole clairement l'article 23 de la Constitution de 2022 et l'article 21 de la constitution de 2014 qui énoncent l'égalité entre citoyens et citoyennes, sans discrimination. Le fait que ces deux articles se contentent de l'expression « sans discrimination » montre que législateur constitutionnel avait l'intention d'inclure toutes les formes de discrimination dans cette expression assez large. Par conséquent, le fait de dire que la loi tunisienne n'accepte pas de discrimination basée sur l'identité sexuelle, est soutenu simplement en se référant à la Constitution.

De plus, l'article 230 implique une autre discrimination : celle commise entre les hommes et les femmes. L'article criminalise les relations sexuelles entre mâles (sodomie) et entre femelles (lesbianisme), mais les moyens de preuves utilisés, comme le test anal ou bien la possession de préservatifs, sont exclusifs aux mâles. Il ne faudrait pas que ces faits soient interprétés comme un appel à inventer des moyens de preuve pour condamner les femmes. Il faudrait plutôt comprendre cela comme une démonstration de la faiblesse des moyens, dans ce genre d'affaires. En effet, ils se fondent sur une déduction et non sur une vérité. Et même si la vérité serait effective pour une femme, celle-ci ne pourrait pas être punie, puisqu'il n'y a pas de moyens de preuves pour démontrer son acte criminalisé.

Deuxième grief :

L'article 230 du C.P viole les dispositions de l'article 30 de la Constitution

(Principe de protection de la vie privée)

« La sodomie et le lesbianisme, s'ils ne rentrent dans aucun des cas prévus aux articles précédents, sont punis de l'emprisonnement pendant trois ans », mentionne l'article 230. L'expression « aucun des cas prévus aux articles précédents » renvoie aux articles qui sont parus avant le 230. Ils appartiennent à la deuxième sous-section (De l'atteinte à la pudeur) de la troisième section (Atteintes aux mœurs), située dans la deuxième partie du code pénal tunisien. Ce sont les articles 227, 227 bis, 228 et 228 bis, qui condamnent les agressions sexuelles contre un homme ou une femme, sans leur consentement, et contre les mineurs, moins de 18 ans accomplis. Or l'article 230 du C.P concerne les relations sexuelles entre adultes consentant.es. En d'autres termes, il touche à la vie privée, qui est protégée par l'article 30 de la Constitution. Si ce dernier article cité, protège « la vie privée, le caractère sacré du domicile et le secret des correspondances », l'article 230 vient démolir ces bases une à une, à travers une immixtion illégitime dans la vie privée, que nous explorerons plus tard dans le grief consacré à l'article 55 de la Constitution.

Les moyens de preuves utilisés, dans les cas de « la sodomie » et du « lesbianisme », constituent une violation de la vie privée. Citons dans ce cadre les descentes de police sur des domiciles privés, en contradiction totale avec le caractère sacré du domicile. On peut aussi citer le contrôle de la correspondance privée, qui contredit le principe de secret des correspondances.

Dans la mesure où la loi ne peut pas criminaliser des relations entre des individus consentants, il est légitime de se demander : pourquoi le législateur intervient-il sur la base de l'article 230 du C.P ?

En général, les défenseurs de cet article invoquent l'idée d'atteinte aux bonnes mœurs, comme fondement de cette intervention législative. Or cette idée est complètement erronée, car l'atteinte aux bonnes mœurs doit être toujours publique, alors que les relations intimes ne le sont pas. Et au cas où ces relations intimes se pratiqueraient publiquement, il faut se référer aux articles 226 et 226 bis, criminalisant « qui portera atteinte publiquement aux bonnes mœurs, à la moralité publique par des gestes ou des paroles, ou gênera intentionnellement autrui d'une façon qui porte atteinte à la pudeur »².

En s'immisçant dans le domaine privé, l'article 230 du C.P est non seulement en contradiction avec l'article 30 de la Constitution de 2022, l'article 24 de celle de 2014, et l'article 9 de celle de 1959.

² Arrêté de la Cour de cassation n° 5534 du 28 octobre 1981. A « l'atteinte aux bonnes mœurs », cet arrêté ajoute un deuxième élément du crime : « les croyances religieuses ». Nous ne sommes pas d'accord avec l'ajout de ce deuxième élément.

Ce qui signifie surtout, qu'il contredit tous les articles protégeant le droit à la vie privée, qui est inscrit à chaque étape constituante de l'histoire de la Tunisie, mais aussi l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ».

Troisième grief :

L'article 230 du C.P viole les dispositions de l'article 23 de la Constitution

(Principe de protection de la dignité humaine et l'intégrité physique)

L'article 25 de la Constitution stipule que « l'État garantit la dignité de la personne humaine et son intégrité physique, et interdit la torture physique et morale ». Le même article a également été mentionné dans la constitution de 2014, ce qui témoigne de l'intention du législateur de mettre l'accent sur ce principe et de prévenir son érosion, surtout si l'on considère la centralité de la dignité comme slogan tout au long de la révolution tunisienne.

Ce principe a auparavant été approuvé par l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lesquels déclarent que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

Et il n'est nul doute que l'article 230 du C.P est une atteinte à ces principes, notamment quand il fait recours à des moyens comme le test anal, considéré à l'unanimité par les organismes de l'ONU comme une forme de torture, ainsi que nous le démontrerons plus tard.

Quatrième grief :

L'article 230 du C.P est une infraction aux dispositions de l'article 55 de la Constitution (Relatif aux restrictions des droits et des libertés)

D'aucuns pourraient encore argumenter, même après avoir entendu toutes ces preuves démontrant que le 230 porte atteinte à plus d'un article de la Constitution, que cela constitue une restriction légitime des droits et des libertés, eu égard aux spécificités de la société tunisienne et à la préservation de sa morale. Nous répondrons à cet argument en rappelant que les restrictions des droits et des libertés sont déterminées selon les exigences de l'article 55 de la Constitution. Celui-ci stipule, en effet, dans son premier paragraphe qu' « Aucune restriction ne peut être apportée aux droits et libertés garantis par la présente Constitution qu'en vertu d'une loi et pour répondre aux exigences d'un régime démocratique et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou pour répondre aux impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale ou de la santé publique. Ces restrictions ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits et libertés garantis par la présente Constitution, et elles doivent être justifiées par leurs objectifs et proportionnelles à leurs justifications.»

Étant un pilier des systèmes démocratiques, ce principe a également été évoqué dans la constitution de 2014 avec quelques modifications.

Or ces principes sont contredits, sur plusieurs points, par l'article 230 du C.P.

Le tribunal sait que l'application de l'article 55 de la Constitution repose sur la soumission de la procédure engagée au test dit de proportionnalité ou test Oakes. Si la procédure échoue sur une seule étape de ce test, elle est annulée.

Nous allons exposer ici, par précaution, ces étapes :

- La réserve législative, c'est-à-dire l'existence d'une loi fixant la restriction.
- Ne pas porter atteinte à l'essence de la vérité, à travers la restriction.
- L'existence d'une nécessité exigée par un État civil et démocratique, pour préserver exclusivement l'un des motifs de la restriction. Il s'agit des droits d'autrui, la sécurité publique, la défense nationale, la santé publique et la moralité publique.
- L'application de la proportionnalité selon 3 critères : premièrement l'ajustement, c'est-à-dire le fait que la procédure puisse réaliser l'objectif demandé. Deuxièmement, la nécessité, à savoir que la restriction doit porter une atteinte minimale aux droits et aux libertés. Et troisièmement la procédure, aussi nécessaire et adéquate soit-elle, ne doit pas produire d'effets néfastes sur les droits et les libertés³.

³___Khaled Mejri, Les restrictions des droits et des libertés, commentaire de l'article 49 de la Constitution, La société internationale pour la démocratie et les élections, 2017

Les mesures prises pendant la crise du COVID-19 servent d'exemple de limitations raisonnables. La décision du ministère de la Santé de restreindre les transports et d'imposer un couvre-feu sur l'ensemble de la république a posé une limite au droit constitutionnel à la mobilité des personnes. Pourtant, malgré la nécessité de cette mesure, elle n'a été imposée que pendant des heures spécifiques, à savoir pendant la nuit, dans le but de préserver l'essence du droit et, par extension, la constitutionnalité de la mesure préventive.

Si l'on fait abstraction de la réserve législative, on voit que l'article 230 va à l'encontre de toutes les exigences de la restriction. D'abord, il viole le droit de l'être humain à disposer de son corps et à jouir de son intégrité physique. En ce sens, il ne pratique pas tant une restriction qu'une violation des droits et une criminalisation des relations intimes pratiquées dans un cadre privé.

Ensuite le critère de nécessité est absent de l'article 230, puisque le comportement criminalisé se base, à l'origine, sur un consentement mutuel qui ne nuit à aucune des parties d'une relation intime. Il est aussi pratiqué dans le domaine privé, et non publiquement. La moralité publique étant un concept qui renvoie nécessairement à l'espace public, elle ne peut s'appliquer à la vie privée des individus. Par ailleurs, c'est un agissement qui ne porte atteinte ni à la sécurité publique ni à la santé publique ni à la défense nationale.

Par conséquent, criminaliser ce comportement est contraire aux fondements d'un État civil et démocratique, fondé sur le respect des choix des individus, la préservation de leur dignité et le caractère sacré de leur domicile.

En supposant que cet article dépasse le test de la nécessité (même si nous venons de prouver le contraire), la criminalisation de l'homosexualité masculine et féminine peut-elle être considérée comme cohérente avec le sens de l'article 55 de la Constitution ?

Dans le cadre de notre approche argumentative, nous allons considérer que cet article a passé le test de nécessité, en tant que mesure destinée à protéger la moralité publique. Mais atteint-il son objectif ? En d'autres termes, la moralité publique peut-elle être protégée par un article qui concerne l'espace privé ? La réponse ne peut évidemment qu'être négative en l'occurrence, puisqu'il n'existe aucun lien entre l'objectif « annoncé » ou tout autre objectif visé par l'article 230, et la protection de la moralité publique.

Comment une personne peut-elle menacer la moralité publique, en étant dans un espace privé ? Cela est aussi absurde que le fait de dire que proférer des obscénités, dans sa chambre, puisse constituer une menace pour la moralité publique.

Ainsi, « la sodomie » et « le lesbianisme », s'inscrivent dans l'espace privé entre deux adultes consentant.es, et n'ont rien à voir avec la moralité publique, ni de près ni de loin.

Par conséquent, l'article 230 du C.P constitue une immixtion injustifiée et incompatible avec le maintien de la moralité publique. Et il est clair que l'article 230 viole les dispositions de l'article 55 de la Constitution, en entrant en conflit avec les exigences des restrictions aux droits et aux libertés.

Deuxième argumentation :

De l'application erronée de
l'article 230 du code pénal

Premier grief :

Du détournement du problème de la criminalisation dans l'article 230 du C.P

Il peut sembler étonnant de dire que la législation tunisienne ne criminalise pas l'homosexualité. Cependant, si l'on examine bien les textes juridiques, on peut arriver à cette conclusion. Car cette criminalisation concerne une orientation sexuelle, et résulte de l'interprétation élargie de l'article 230 du Code pénal, effectuée par le juge. Mais en réalité l'article en arabe criminalise un fait précis :

« La sodomie et le lesbianisme, s'ils ne sont pas inclus dans l'un des cas prescrits dans les articles précédents, sont punis de trois ans de prison».

Ainsi, le fondement de l'incrimination est lié à un acte précis. Et le juge doit vérifier si cet acte est prouvé, et non pas examiner l'orientation sexuelle de la personne, comme c'est le cas dans la justice tunisienne. Dès lors, l'investigation sur le passé sexuel d'une personne par le biais de l'examen anal⁴ , lequel examen n'apporte aucunement la preuve que l'acte a été commis même si la personne est effectivement homosexuelle, cette investigation s'écarte de l'objet de la démonstration, pour se tourner vers une identité sexuelle noncriminalisée.

Quoi qu'il en soit, la criminalisation de l'acte en lui-même est une violation du principe de la liberté d'une personne de disposer de son corps, comme nous l'avons expliqué précédemment.

L'article 230 du C.P ne s'applique pas à « l'un des cas prescrits dans les articles précédents », à savoir le 227, 228, 228 bis et 290, traitant les relations sexuelles non-consenties, comme le viol ou l'agression sexuelle sur des mineurs. Il s'applique aux relations entre adultes consentants du même sexe, ayant lieu dans le cadre strict de la vie privée, et non publiquement. Son champ d'application concerne donc le domaine privé. Malgré cela, les accusés sont les cibles d'interventions arbitraires dans leur vie privée, visant à vérifier l'étendue de l'acte criminalisé.

⁴___Et d'autres moyens de preuve utilisés par les tribunaux tunisiens.

Deuxième grief :

De l'illégalité du moyen de preuve principal (Le test anal)

Le test anal est d'autant plus dangereux qu'il va au-delà d'une simple intervention visant à prouver un acte spécifique, pour s'immiscer dans l'orientation sexuelle d'une personne. A travers une curieuse interprétation du chapitre 53 du Code de procédure pénale, la méthode usée par le juge, pour prouver l'homosexualité masculine, est ce moyen de preuve illégal pour de nombreuses raisons :

- Il représente une atteinte à l'intégrité physique et à la dignité humaine, et une méthode de torture. En ce sens, le Comité de lutte contre la torture l'avait condamné, à l'occasion de l'examen du troisième rapport périodique de la Tunisie en 2016⁵, Ce comité a adopté au cours des deux sessions, 1420 et 1421, organisées le 6 mai 2016, des remarques finales comportant un paragraphe (n : 41) énonçant :

« Les relations homosexuelles consenties sont punies par la loi dans l'État partie. Et les personnes soupçonnées d'être homosexuelles sont contraintes par un juge de subir un test anal effectué par un médecin légiste pour prouver leur homosexualité. Bien que la personne concernée ait le droit de refuser de tels examens, le Comité est préoccupé par les informations selon lesquelles de nombreuses personnes ont obtempéré sous la menace de la police, au motif que le refus de consentir à l'examen peut être interprété comme une déclaration de culpabilité. Dans le même contexte, le rapporteur spécial sur la question de la torture a considéré que les examens médicaux forcés constituaient une forme de torture. Il a ajouté que le risque de torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants s'appliquaient à des femmes, des filles, des personnes lesbiennes, des gays, des bisexuels et des transgenres »⁶.

En ce sens, la définition de la torture dans le droit tunisien reste incomplète et totalement incompatible avec celle de la Convention internationale pour la prévention de la torture, même après la révision du Code pénal en 2011.

Par conséquent, le Comité contre la torture exprimait sa vive préoccupation, car la définition de la torture contenue dans le chapitre 101 bis du Code pénal, tel que modifié en 2011, reste incompatible avec la définition de l'article 1 de la Convention. Cette définition, en effet, ne fait pas référence à la « punition » comme l'une des fins interdites dans le recours à la torture. Le Comité est également préoccupé par le fait que l'article 101 ter prévoit l'exemption de peine pour les agents de l'État ou assimilés qui signalent des actes de torture « de bonne foi », ce qui ouvre la porte à l'impunité (articles 4 et 1)⁷.

5___Voir les remarques finales sur le troisième rapport périodique de Tunisie (3/CAT/C/TUN) et le rapport additionnel (1.CAT/C/TUN/Add), des sessions finales 1398 et 1401 (19 et 21 avril 2016).

6___Rapport du rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 5 janvier 2016, p. 13 et 14 (A/HRC/31/57).

7___Comité de lutte contre la torture, remarques finales, 6 mai 2016, paragraphe 17

De plus, comme il ressort du paragraphe 41, des interrogatoires sont généralement effectués sous la menace, sans le consentement du détenu, afin d'obtenir des « preuves » matérielles l'incriminant⁸. Nous signalons, dans ce cadre, qu'il n'y a aucun lien entre la demande de se soumettre à un examen médical et l'autorisation de soumettre quelqu'un à un test anal. La première reste un droit du gardé à vue, tandis que la deuxième est une mesure qui est prise par le procureur de la République. Les agents de la police judiciaire ne sont pas habilités à effectuer cette procédure, sans l'autorisation du procureur de la République. Et il n'est pas permis d'obliger la personne gardée à vue à se soumettre à une telle procédure, même avec l'autorisation du procureur de la République, dans la mesure où elle porte atteinte à l'intégrité physique de la personne.

Par ailleurs, il n'est permis de tirer aucune conclusion du refus d'une personne de pratiquer un test anal, puisque cela fait partie de ses droits absolus. Et il n'est pas permis d'exploiter ce refus comme preuve de sa culpabilité. Il n'est pas permis non plus de la menacer pour qu'elle fasse ce test, mais ce qui appuie encore plus les craintes des prévenus, c'est que cela ne s'arrête pas à des menaces.

Plusieurs tribunaux ont effectivement interprété le refus de l'accusé de s'y soumettre comme une présomption de culpabilité (l'affaire du Kef). Ces tribunaux ont ainsi foulé le principe de l'impossibilité de prouver un fait sur la base d'une simple donnée négative ou d'un simple refus. Le jugement pénal ne repose que sur une entière certitude, et la présence du moindre doute sur le déroulement du fait doit toujours être interprétée dans l'intérêt de l'accusé.

Ce moyen de preuve n'a aucune base légale. Mais pour certains, il est possible de considérer qu'il est légal car la loi ne l'interdit pas, selon les dispositions du chapitre 150 du code de procédure pénale :

« Les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, hors les cas où la loi en dispose autrement ».

Mais il s'agit d'une vision par trop étroite, car l'examen anal, en tant que forme de torture est interdit par la loi. Et son utilisation comme moyen de preuve est interdite, si l'on applique la règle fondamentale selon laquelle on ne peut pas utiliser des moyens de preuve illégaux.

⁸___Jelassi, p.48

En adoptant cette méthode, le juge s'engage dans un processus de constitution des moyens de preuve qui dépasse son rôle.

La règle fondamentale stipule qu'il n'appartient pas au juge de constituer des arguments ou des moyens de preuve contre l'adversaire. La structure chargée de la constitution du dossier, selon la procédure pénale, est le Parquet. Le rôle du ministère public, au stade du contentieux, se limite à présenter ses demandes (présenter l'accusé à un test anal). Et le tribunal peut répondre positivement à cette demande, ou s'en détourner s'il n'en voit pas la nécessité. Ainsi, le tribunal, avec son autorisation préalable de soumettre des personnes à un examen anal, crée un moyen de preuve qui dépasse son rôle légal.

De plus cette pratique n'a aucune valeur médicale et ne prouve pas forcément « la sodomie », car les résultats peuvent montrer une malformation congénitale dans l'anus de la personne, une maladie ou bien un viol⁹. De plus, les effets observés peuvent être le résultat d'une pratique antérieure à l'acte, alors que la preuve devrait être liée à l'acte pour lequel la poursuite a eu lieu.

Les rapports médicaux tirés de ces tests confirment notre vision : ils n'ont aucun fondement scientifique car il ne s'agit pas d'une identification à travers du sperme ou de l'acide nucléique, par exemple. Il s'agit d'un test physiologique pour savoir si l'accusé a eu des relations anales.

- Dans plusieurs cas, l'examen aurait prouvé une ancienne pratique de pénétration anale, comme dans l'affaire de Kairouan, où deux accusés avaient été condamnés dans ce sens.
- Ou bien une déformation physiologique de l'anus qui ne démontre rien, dans la mesure où c'est une caractéristique naturelle, préexistante dans le corps de la personne.

⁹__« Malgré de nombreuses preuves qui peuvent confirmer qu'une personne se livre à la sodomie passive, cela ne signifie pas qu'elle la pratique réellement. Car il est possible que des personnes qui n'ont jamais pratiqué cet acte présentent les mêmes symptômes que ceux qui l'ont pratiqué, que ce soit pour des raisons biologiques ou pour des raisons liées à des blessures ou à des maladies », Wahid Ferchichi, Le politique, l'homosexualité et les tests de la honte en Tunisie, L'agenda juridique, juin 2013, <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=402>

Extrait d'un rapport de test anal

Éléments de l'examen clinique

- Pas de blessure récente
- Le mâle est d'apparence normale, sans plaies ni obstructions dans son orifice
- Anus immergé Cela peut être naturel et non pas dû à la sodomie
- Élargissement relatif de l'anus la phrase a été répétée dans le document d'origine
- Manque de relief des plis radiaires
- Présence d'une rougeur récente au niveau de l'orifice anal, qui correspond à un rapport anal récent effectué par un grand corps dur, comme un sexe masculin en érection
- Le toucher rectal montre une faiblesse de la contraction anale, accompagnée de douleurs
- Le toucher rectal montre une faiblesse de la contraction anale, accompagnée de douleurs.

Conclusion

Le test que nous avons fait subir au dénommé (nom de la personne) nous permet d'arriver à ces conclusions :

- 1 - Pas de blessures récentes sur le corps de la personne concernée
- 2 - Présence de signes anciens et répétés de sodomie passive, due à une pénétration anale
- 3 - Présence de signes montrant que la personne concernée s'est adonnée récemment, et plus particulièrement dans les jours précédant le test, à un rapport anal pratiqué par un grand corps dur, comme un sexe masculin en érection.

Kairouan, 05/12/2015

De fait, le test anal est utilisé par les tribunaux comme prétexte, et non comme preuve. Lorsqu'il est positif, le juge le considère comme un élément décisif. Mais lorsqu'il est négatif, il ne l'est plus vraiment.

On peut citer, à titre d'exemple, le jugement de première instance n : 10617, daté du 10 mars 2017 : le tribunal avait alors jugé que l'accusation de l'homosexualité était établie contre deux personnes dont les résultats s'étaient pourtant révélés négatifs, « dans la mesure où l'examen négatif ne peut la réfuter (l'accusation), d'autant plus qu'il a été effectué dans une date ultérieure à celle du crime ».

Tout se passe comme si les tribunaux utilisaient l'interrogatoire pour piéger la personne, et non pour révéler la vérité.

Troisième grief :

De la nature présomptive des autres moyens de preuve

Les tribunaux s'appuient parfois sur d'autres moyens de preuve qui ont en commun d'être de nature présomptive, c'est-à-dire qu'ils ne s'élèvent pas au rang de moyen de preuve décisif.

Les tribunaux s'appuient en général sur des avis et des informations reçues par les agents des forces de l'ordre, au sujet de maisons soupçonnées d'être consacrées à la sodomie ou de personnes qui pratiqueraient cela. Mais tout cela reste de l'ordre de la conjecture, sans atteindre le niveau de témoignage.

Les tribunaux se basent également sur la découverte de vêtements féminins en possession des suspects, comme ce fut le cas dans l'affaire de Kairouan. Mais cela, en réalité, n'indique nullement une pratique présente ou passée de la « sodomie ». Les vêtements féminins pourraient par exemple supposer qu'ils reçoivent des visites de femmes, ou bien qu'ils se déguisent en femmes, mais pas nécessairement « le crime de sodomie ». On peut même rappeler qu'il n'y a aucun texte juridique incriminant ce genre de déguisement.

Les tribunaux s'appuient également sur des messages et des enregistrements trouvés sur des ordinateurs et des téléphones portables, comme preuve d'une accusation de sodomie. On peut citer le recours du Tribunal de Première Instance de Sfax à la possession de préservatifs et à la correspondance entre deux hommes sur un téléphone portable, comme preuves confirmant une accusation de sodomie. Mais le fait est que messages, enregistrements et photos, n'indiquent en rien si les suspects étaient en train de commettre cet acte. La présence de tendances sexuelles chez une personne n'implique pas forcément la pratique de la sodomie ou du lesbianisme. Nous avons déjà dit que le chapitre 230 du C.P. ne criminalise pas les orientations sexuelles, et que le droit pénal en général ne criminalise pas l'intention, l'expression d'une opinion ou le désir en faveur d'un acte, même s'il s'agit d'un crime. Le droit pénal ne poursuit que l'acte lui-même.

Cette interprétation a été utilisée par le tribunal de première instance de Sousse, dans une affaire où trois hommes ont été arrêtés dans une maison située dans la région de Hammam Sousse. Lors de l'interrogatoire, deux d'entre eux avaient nié l'accusation, tandis que le troisième avait avoué avoir pratiqué un acte homosexuel, mais des années auparavant. Leurs téléphones portables, contenant des vidéos pornographiques homosexuelles, avaient été saisis. L'un d'entre eux avait affirmé n'avoir aucune intention de pratiquer de telles relations.

Le tribunal avait alors prononcé un non-lieu, arguant que « la sodomie est un crime qui nécessite des preuves précises et des présomptions, à la date de l'acte présumé »¹⁰.

Les tribunaux se basent aussi sur les aveux. Mais dans la plupart des cas, les personnes sont contraintes d'avouer cette pratique sous la torture. L'aveu devient alors illégal, et ne peut être retenu comme élément de preuve. Les déclarations, sur lesquelles doit se fonder un verdict juste, doivent être cohérentes et irréversibles, durant les phases d'enquête et de contentieux. Elles ne peuvent donc pas être extorquées de force.

Parfois, l'aveu n'est pas reçu en tant que moyen de preuve. Par exemple, une épouse avait déposé une demande de divorce, au motif que son mari, homosexuel, avait abandonné ses devoirs conjugaux envers elle. Le mari avait approuvé cette accusation, ajoutant que son épouse pratiquait, de son côté, l'homosexualité féminine. Malgré ces aveux, le couple n'avait pas été déféré pour « sodomie » ni pour « lesbianisme ».

Dans certains cas, l'accusé nie les faits, non sans avouer avoir eu des pratiques homosexuelles dans le passé. C'était le cas de Marwène (2015), dans une affaire où il s'était trouvé impliqué avec un client fréquentant son lieu de travail, un magasin de vêtements. À la suite d'un interrogatoire policier sur ses inclinations sexuelles, Marwène a avoué qu'il avait eu des relations homosexuelles par le passé, mais jamais avec ce client. Le tribunal de Sousse l'avait alors condamné sur la base de l'article 230, même s'il y avait prescription dans le délit avoué, datant de plus de 3 ans.

Ceci montre que les tribunaux ne se comportent pas de la même façon avec l'aveu, qui « comme tout moyen de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges », selon l'article 152 du Code de procédures pénales. Sauf que cette « libre appréciation » ne permet quand même pas au juge d'utiliser un moyen de preuve illégal, ce qui est le cas de l'aveu extorqué sous la torture. Le juge peut aussi ignorer l'aveu, s'il ne concerne pas le fait pour lequel l'accusé est poursuivi.

Ici, nous voulons souligner le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge de faire la différence entre les moyens de preuve légaux et illégaux. C'est en refusant des preuves contraires à la Constitution et aux engagements de l'Etat tunisien en matière de droits humains et de libertés individuelles, que le rôle du juge devient important dans le respect de la Constitution.

10___Jugement de première instance émis par le tribunal de première instance de Sousse 2, daté du 6 février 2018

Annexe

عدد المساجين المودعين على أساس الفصل 230 من المجلة الجزائية خلال
الفترة الممتدة من سنة 2009 إلى سنة 2021 *

*Nombre de personnes détenues sur la base de l'article 230 du code pénal
entre 2009 et 2021

عدد المودعين **	السنة ***
Nombre de détenus	* Année
79	2009
76	2010
47	2011
41	2012
50	2013
70	2014
78	2015
44	2016
58	2017
51	2018
38	2019
40	2020
19	2021



