

NOTE JURIDIQUE

L'ARTICLE 230 DU CODE PÉNAL
ET LE TEST ANAL À L'AUNE DU
DROIT INTERNATIONAL



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
SECTION 1	
L'ABSENCE DE BASE LÉGALE DE LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ	2
I. L'ABSENCE DE DÉFINITION CLAIRE DES FAITS INCRIMINÉS	3
II. LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ, UNE IMMIXTION ARBITRAIRE DANS LA VIE PRIVÉE DES INDIVIDUS	4
III. LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ, UNE CRIMINALISATION DISCRIMINATOIRE	5
SECTION 2	
LE TEST ANAL, UN « MODE DE PREUVE » TORTIONNAIRE DE L'HOMOSEXUALITÉ	8
I. L'EXAMEN ANAL, UNE MÉTHODE SCIENTIFIQUE INVALIDE	9
II. L'EXAMEN ANAL, UN ACTE DE FACTO NON CONSENTI	9
III. L'EXAMEN ANAL, UN ACTE DE TORTURE	10
IV. L'EXAMEN ANAL, UNE FAUTE DÉONTOLOGIQUE DES MÉDECINS LÉGISTES	11
SECTION 3	
LE PLACEMENT EN DÉTENTION SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 230, UNE DÉTENTION ARBITRAIRE	12
CONCLUSION	15



INTRODUCTION

En droit pénal tunisien, les rapports sexuels consentis entre personnes de même sexe sont criminalisés sur le fondement de l'article 230 du Code pénal qui prévoit une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement. Cet article fait l'objet d'une jurisprudence inconstante, dépendant de l'appréciation des juges¹. Alors même que de nombreuses libertés individuelles, parmi lesquelles le principe de non-discrimination, sont garanties par la Constitution de 2022 et par les standards internationaux et régionaux auxquels est tenue la Tunisie, la protection des droits des personnes LGBTQIA+ est défailante. Si l'homosexualité et le lesbianisme sont criminalisés, c'est surtout l'homosexualité qui fait l'objet de répression policière et judiciaire².

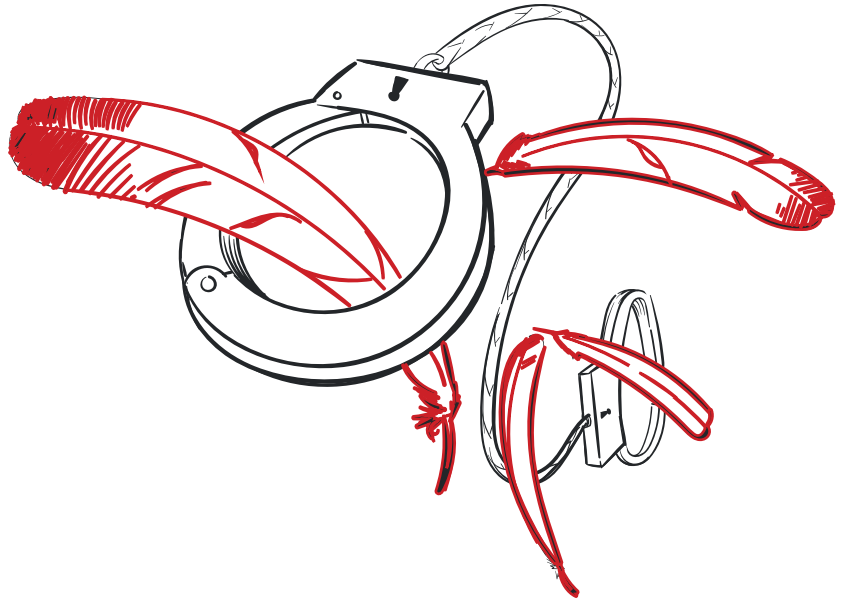
Selon le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, « il existe un lien évident entre la criminalisation des lesbiennes, gays, bisexuels et transsexuels et les crimes de haine homophobes et transphobes, les abus policiers, la violence communautaire et familiale et la stigmatisation »³. La pénalisation de l'homosexualité favorise la violence contre les personnes incriminées sur ce fondement, qu'elle soit le fait d'acteurs étatiques ou non, et qui est tolérée et traitée en toute impunité.

A cet égard, l'article 230 du Code pénal devrait être abrogé en ce que son manque de base légale ne permet pas qu'il soit conforme aux engagements internationaux et régionaux de la Tunisie (Section 1). De plus, la mise en œuvre de cet article, par le biais d'un examen anal pratiqué comme un mode de preuve, doit être appréhendée comme une technique tortionnaire (Section 2). Enfin, toute privation de liberté sur le fondement de l'article 230 du Code pénal doit être qualifiée d'arbitraire (Section 3).

¹ LIMAM Jinene, *Les associations LGBTQI+ en Tunisie – émergence d'un nouveau militantisme humain*, ADLI, 2017, p.9. [\[disponible ici\]](#).

² FERCHICHI Wahid et JELASSI Mohamed-Amine, *De l'inconstitutionnalité de l'article 230 du Code pénal*, Fiche de plaidoyer, ADLI, 2021. [\[disponible ici\]](#).

³ Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HCR/19/41, 17 novembre 2011. [\[disponible ici\]](#).



SECTION 1

L'ABSENCE DE BASE LÉGALE DE LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ

En premier lieu, l'article 230 du Code pénal est dépourvu de base légale en ce qu'il ne définit pas clairement les éléments constitutifs de l'acte incriminé (I). En second lieu, il constitue une immixtion arbitraire dans la vie privée des individus (II) et est discriminatoire par nature (III).

I. L'ABSENCE DE DÉFINITION CLAIRE DES FAITS INCRIMINÉS

Le contenu de l'article 230 est ambigu et sujet à diverses interprétations. L'article prohibe l'homosexualité (*liwat*) et le lesbianisme (*mousahaka*)⁴, tous deux passibles de trois ans d'emprisonnement. Ce qui est incriminé n'est pas, comme dans la version française, la pénétration anale en tant qu'acte isolé, mais bien tout type de relation homosexuelle, qui « ne rentre dans aucuns des cas prévus aux articles précédents ». Le texte renvoie aux articles 226 bis et 228 du Code pénal. Le premier criminalise l'atteinte aux bonnes mœurs commis dans un lieu public. Le second criminalise l'attentat à la pudeur commis contre une personne du sexe opposé sans son consentement. Ainsi, **l'acte incriminé par l'article 230 du Code pénal doit être entendu comme étant toute relation homosexuelle, consentie entre deux adultes, dans un lieu privé⁵**. Or, pour identifier l'acte incriminé, il faut délimiter les contours du « comportement homosexuel » sujet de l'article 230. Mais, **le Code pénal n'énumère pas les éléments qui seraient constitutifs d'un tel comportement, ce qui constitue une violation du principe de la légalité des délits et des peines.**

En effet, aux termes de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises ». Ce principe a pour but de s'assurer que la législation est spécifique et prévisible afin que les individus puissent raisonnablement anticiper les conséquences juridiques de leurs actes. Pour être spécifique, la législation doit poser une définition suffisamment précise de l'acte incriminé⁶. Or, d'une part, l'article 230 du Code pénal, en renvoyant à l'homosexualité et au lesbianisme de manière générale sans pour autant les définir, ne précise pas l'acte qui est incriminé. D'autre part, il définit l'infraction par la négative, en disposant que c'est celle qui « ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents », de sorte que **les termes de l'article ne peuvent être considérés comme suffisamment précis et répondant aux exigences du principe de légalité des délits et des peines.**

Dès lors, puisque la notion d'acte sexuel entre les personnes de même sexe n'est pas clairement établie par les termes de l'article 230 du Code pénal, chaque juge peut adopter sa propre interprétation des éléments matériels et moraux, mais aussi légaux de l'acte. En ce qui concerne en premier lieu l'élément matériel de l'acte, la rédaction de l'article 230 étant floue, **les juges façonnent un « comportement homosexuel » leur permettant ensuite de sanctionner un acte sexuel dont la preuve n'est pourtant pas rapportée.**

⁴ KHOULI Ramy et LEVINE-SPOUND Daniel, Article 230 – Une histoire de la criminalisation de l'homosexualité en Tunisie, 2019, p.8. [\[disponible ici\]](#).

⁵ FERCHICHI Wahid, L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique dans Être homosexuel au Maghreb, IRMC-Karthala, 2016, p.3. [\[disponible ici\]](#).

⁶ CICR, Services consultatifs en droit international humanitaire, Principes généraux du droit pénal international, 03/2014. [\[disponible ici\]](#).

Ainsi, « suivant cette logique, se maquiller, porter des ‘vêtements de femmes’, consulter des sites pornographiques, posséder un préservatif et un gel lubrifiant constitue un acte de sodomie »⁷. Ce faisant, certains éléments légaux (l’usage de préservatifs) deviennent des moyens de condamnation⁸. Ce n’est donc pas l’acte en lui-même qui est incriminé mais plutôt l’identité de genre de la personne. En ce qui concerne en second lieu l’élément moral, il est constaté systématiquement par les juges du fond, qui considèrent que le « comportement homosexuel » constitue en soi une intention/un consentement à la sodomie. En ce qui concerne enfin l’élément légal, l’article 230 du Code pénal est systématiquement appliqué sans même que sa constitutionnalité ou sa non-conformité avec les engagements internationaux et régionaux de la Tunisie ne soient discutées⁹.

II. LA CRIMINALISATION DE L’HOMOSEXUALITÉ, UNE IMMIXTION ARBITRAIRE DANS LA VIE PRIVÉE DES INDIVIDUS

L’article 17 du PIDCP dispose que « nul ne sera l’objet d’immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d’atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Toute personne a le droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Dans l’affaire *Nicholas Toonen c/Australie*¹⁰, le **Comité des droits de l’Homme a estimé que les lois qui criminalisent l’homosexualité constituaient une ingérence illicite dans le droit à la vie privée des individus**, protégé par l’article 17 et la garantie de la jouissance du droit protégé par l’article 2.1 du Pacte qui dispose que « les Etats parties au présent Pacte 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 ».

Le Comité a considéré qu’une immixtion de la loi dans la vie privée des individus doit être raisonnable, proportionnée à l’objectif recherché et nécessaire. Or, pour évaluer le caractère raisonnable des lois concernées, le Comité a rejeté les arguments du gouvernement tasmanien en vertu desquels la pénalisation de l’homosexualité est relative à des questions morales ou de santé publique, qui relèveraient uniquement des affaires internes¹¹. Dès lors, le raisonnement tenu par la Comité concernant la législation pénale tasmanienne est en tous points transposable à l’article 230 du Code pénal tunisien, qui constitue une violation de l’article 17 et de l’article 2.1 du PIDCP.

De nombreuses critiques ont déjà été adressées à la Tunisie sur ce point, notamment à l’occasion de l’examen périodique universel (EPU) tenu devant le Conseil des droits de l’Homme des Nations Unies en 2017 et en 2022. **Il a été recommandé à la Tunisie d’abroger l’article 230 du Code pénal**, de mettre fin aux examens anaux et de protéger les droits des personnes LGBTQIA+¹².

⁷ BELHADJ Soumaya et FERCHICHI Wahid, « L’affaire 230 » - La justice face à l’homosexualité, ADLI, étude réalisée dans le cadre du projet Twensa Kikfom, Avocats sans frontières, mai 2023, p.18. [\[disponible ici\]](#).

⁸ JELASSI Mohamed-Amine, *Minoré.e.s et discriminé.e.s : le droit facteur d’inégalité*, ADLI, Heinrich Böll Stiftung, Afrique du Nord, Tunis, 2018, p.50. [\[disponible ici\]](#).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Comité des droits de l’Homme, *Nicholas c. Australie*, Communication n°488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 58.2, [\[disponible ici\]](#).

¹¹ Commission internationale de juristes, *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l’homme*. Guide pratique n°4, 2009, p.36, [\[disponible ici\]](#).

¹² Conseil des droits de l’Homme, *Rapport du groupe de travail sur l’examen périodique universel – Tunisie*, A/HRC/52/6, 14 décembre 2022. [\[disponible ici\]](#).

Conseil des droits de l’Homme, *Rapport du groupe de travail sur l’examen périodique universel – Tunisie*, A/HRC/36/5, 11 juillet 2017. [\[disponible ici\]](#).

Au niveau régional, l'article 4 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP) prévoit que « la personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne. Nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit ».

III. LA CRIMINALISATION DE L'HOMOSEXUALITÉ, UNE CRIMINALISATION DISCRIMINATOIRE

L'article 2 du PIDCP dispose que « les Etats parties au présent Pacte 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 ». Quant à l'article 26 du Pacte, il met en avant l'interdépendance entre le droit à l'égalité devant la loi et le principe de non-discrimination en prévoyant que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont le droit sans discrimination à une égale protection de la loi (...). La loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination de race, de couleur, de sexe (...) ou de toute autre situation ».

Si l'orientation sexuelle ou l'identité de genre n'est pas explicitement énumérée par les conventions internationales, leurs dispositions n'ont pas vocation à être exhaustives. Dès lors, la formulation « toute autre situation » renvoie à l'intention d'englober la protection d'autres catégories, à l'instar de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre¹³.

En outre, les organes de protection des droits de l'Homme ont unanimement considéré l'orientation sexuelle comme catégorie de protection contre les discriminations et pour l'égalité devant la loi. En effet, le Comité des droits de l'Homme a considéré que l'article 26 du PIDCP comprenait la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁴, tout comme le Comité contre la torture qui fait référence à l'interdiction de distinguer les individus notamment selon « le sexe, les préférences sexuelles et l'identité transgenre »¹⁵. Ainsi, l'orientation sexuelle doit être considérée comme une catégorie à protéger contre les discriminations, tout comme elle fait partie intégrante du droit à la vie privée des individus.

Au niveau régional, l'article 3 de la CADHP dispose que « toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ». La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples s'est saisie de la question de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Dès 2006, elle a énoncé dans une communication concernant une coalition d'ONG de défense des droits humains contre le Zimbabwe, que l'objectif du principe de l'égalité de protection devant la loi et de non-discrimination était d'assurer une égalité de traitement aux individus indépendamment de leur (...) orientation sexuelle¹⁶.

¹³ Commission internationale de juristes, Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme, Op cit, p.31. [\[disponible ici\]](#).

¹⁴ Comité des droits de l'homme, Nicholas Toonen c. Australie, Op. cit.

Voir aussi : Comité des droits de l'homme, Constatations du 6 août 2003, Edward Young c. Australie, n° 941/2000, para. 10.4, [\[disponible ici\]](#).

Comité des droits de l'homme, Constatations du 30 mars 2007, X c. Colombie, n° 1361/2005, para 7.2.

¹⁵ Comité contre la torture, Observation générale n° 2, Application de l'article 2 de la Convention par les Etats parties, para 21-22, [\[disponible ici\]](#).

¹⁶ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Zimbabwe Human Rights NGO Forum v/ Zimbabwe (2006), AHRLR, para. 169, [\[disponible ici\]](#).

De plus, dans sa résolution 275 adoptée en 2014, elle s'est dit vivement préoccupée « par les actes de violence et autres violations des droits humains qui continuent d'être commis contre des personnes dans plusieurs parties de l'Afrique du fait de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée ». **Elle a condamné les attaques systématiques – meurtres, viols, agressions, emprisonnements arbitraires et autres formes de persécution – perpétrées par des acteurs étatiques ou non étatiques contre des personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée.**

Enfin, elle a prié les Etats de mettre un terme à ces violations, en appliquant les lois sanctionnant toute forme de violence, en garantissant une enquête appropriée, la poursuite diligente des auteurs et des procédures judiciaires adaptées aux besoins des victimes¹⁷.

En outre, dans ses observations finales concernant le troisième rapport périodique sur la République du Cameroun en 2014, la Commission a exhorté le gouvernement camerounais à prendre « des mesures adéquates en vue de garantir la sécurité et l'intégrité physique de toutes les personnes, indépendamment de leur orientation sexuelle, et préserver un climat de tolérance vis-à-vis des minorités sexuelles dans le pays »¹⁸. L'argumentation de la Commission concernant le Cameroun – où l'homosexualité est passible de 6 mois à 5 ans de prison¹⁹ – est en tous points transposable à la situation en Tunisie.

Plus récemment, en janvier 2023, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples réaffirmait dans un communiqué de presse à propos du meurtre à caractère homophobe d'Edwin Chiloba au Kenya son rejet de toute forme d'attaque ou de violence contre quiconque en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre, réelle ou perçue²⁰.

Outre la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, le Comité pour la Prévention de la Torture en Afrique s'est également prononcé sur les violations existantes à l'encontre d'individus en raison de leur orientation sexuelle. Dans un rapport de mai 2023, le Comité mentionne que plusieurs militants LBGQIA+ ont été arrêtés arbitrairement en Tunisie. Il a appelé les Etats à respecter et protéger les droits des personnes ou des groupes les plus exposés aux actes de torture et autres mauvais traitements notamment (...) la communauté LGBTQIA+²¹.

Au-delà d'une immixtion arbitraire dans la vie privée des individus et du caractère par nature discriminatoire de la criminalisation de l'homosexualité, la mise en œuvre de l'article 230 du Code pénal donne souvent lieu à des violations des garanties procédurales. Les accusés sont ainsi souvent menacés voire agressés par les agents de police pour

¹⁷ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Résolution 275 sur la protection contre la violence et d'autres violations des droits humains de personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée, CADHP/Res. 275 (LV), 2014, [disponible ici].

¹⁸ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Observations finales relatives au 3ème rapport périodique du Cameroun, 15ème session extraordinaire, 7 au 14 mars 2014, p.13. [disponible ici].

¹⁹ L'article 347-1 du Code pénal camerounais dispose que « est punie de six mois à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de vingt mille à deux cent mille, toute personne qui a des rapports sexuels avec une personne de son sexe ».

²⁰ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communiqué de presse – Déclaration à la presse sur le meurtre tragique d'Edwin Chiloba au Kenya, 7 janvier 2023, [disponible ici].

²¹ Comité pour la prévention de la Torture en Afrique, Rapport d'activité entre les sessions, 7505, 20 mai 2023, [disponible ici].

leur faire avouer qu'ils sont homosexuels²², ce qui contrevient notamment au principe indérogeable de la présomption d'innocence posée par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies²³. De telles actions constituent aussi une forme de torture et mauvais traitements et une violation de l'article 15 de la Convention contre la torture prohibant la prise en compte de déclarations faites sous la torture. Si ces violations des garanties ne sont pas propres aux affaires concernant l'homosexualité, il existe une violation perpétrée spécifiquement dans ces dernières : le test anal.

²² FERCHICHI Wahid et JELASSI Mohamed-Amine, De l'inconstitutionnalité de l'article 230 du Code pénal, ADLI, p.4, Op. cit.

²³ Voir : Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°32 – article 14, droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, para 41. [[disponible ici](#)].

Au sens de la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme, le principe de la présomption d'innocence « garantit le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable. Il faut comprendre cette garantie comme l'obligation pour les autorités chargées de l'enquête de s'abstenir de toute pression physique ou psychologique, directe ou indirecte sur l'accusé, en vue d'obtenir une reconnaissance de culpabilité ».

SECTION 2

L'EXAMEN ANAL

UN « MODE DE PREUVE » TORTIONNAIRE



L'examen anal est pratiqué quasi-systématiquement dans les affaires relatives à des allégations d'homosexualité. Pourtant, d'une part, ce « mode de preuve » n'est pas reconnu comme étant scientifiquement probant (I). D'autre part, il ne peut y avoir consentement à cette pratique compte-tenu des conditions dans lesquelles elle est effectuée (II). Enfin, cet examen, doit être considéré comme un acte de torture compte-tenu du fait qu'on ne peut y consentir librement et que c'est un acte qui manque de base légale (III), ce qui remet en cause les obligations éthiques auxquelles sont soumis les médecins qui le pratiquent (IV).

I. L'EXAMEN ANAL, UNE MÉTHODE SCIENTIFIQUE INVALIDE

Selon le Groupe d'experts médico-légaux indépendants, « aucune étude scientifique ne permet d'affirmer la validité des examens anaux forcés dans la détection des rapports sexuels anaux consensuels »²⁴. L'hypothèse selon laquelle l'examen anal permettrait de détecter une diminution du tonus sphinctérien anal considérée comme un signe fiable de rapports sexuels anaux est erronée. De plus, dans les faits, les médecins se contentent parfois de prendre des photos de l'anus, « ce qui rend leur expertise d'une incertitude totale, tout en constituant une atteinte aussi inutile qu'immorale »²⁵.

Plusieurs raisons sont avancées par les experts afin de démontrer que l'examen anal n'est pas scientifiquement valable, notamment car le sphincter anal interne est contrôlé par le système nerveux, de sorte qu'il peut être affecté par les niveaux de stress subis pendant l'examen²⁶. Or, les examens anaux sont pratiqués dans des conditions extrêmement stressantes, attentatoires à la vie privée des individus, souvent en présence de policiers, ce qui en fait un acte auquel un individu ne peut consentir librement.

L'absence de validité médicale du test anal a été confirmée par le Comité contre la torture dans ses observations finales concernant le 3ème rapport périodique de la Tunisie. Le Comité a énoncé que la Tunisie devrait abroger l'article 230 du Code pénal et interdire les « examens médicaux intrusifs qui n'ont aucune justification médicale et ne peuvent être consentis de manière libre et éclairée par les personnes qui les subissent et qui seront, de ce fait, poursuivis en justice »²⁷.

II. L'EXAMEN ANAL, UN ACTE DE FACTO NON CONSENTI

Selon une étude réalisée par le Groupe d'experts médico-légaux indépendants concernant les tests de virginité qui peut être transposable aux examens anaux, un examen est « effectué de force lorsqu'il est commis par la force ou par la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la peur de la violence, la contrainte, la détention, l'oppression psychologique ou l'abus du pouvoir, sur une personne incapable de donner un véritable consentement »²⁸. Or, l'examen anal pratiqué pour prouver l'homosexualité d'un individu ne peut résulter d'un consentement libre et éclairé de la part de ce dernier

²⁴ Independent Forensic Expert Group, 'Statement on anal examinations in cases of alleged homosexuality', Torture Volume 26, Number 2, 2016, p.86, [disponible ici].

²⁵ JELASSI Mohamed-Amine, Minoré.e.s et discriminé.e.s : le droit facteur d'inégalité, p.52, Op. cit.

²⁶ Independent Forensic Expert Group, 'Statement on anal examinations in cases of alleged homosexuality', Op. cit.

²⁷ Comité contre la torture, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, CAT/C/TUN/CO/3, 10 juin 2016, para 42, [disponible ici].

²⁸ Independent Forensic Expert Group, 'Statement on virginity testing', Torture Volume 25, Number 1, 2015, [disponible ici].

compte-tenu des menaces et/ou violences physiques exercées par la police arguant que le refus de donner son consentement serait interprété comme une auto-incrimination²⁹. En effet, bien que les individus aient en principe le droit de refuser cet examen, la plupart d'entre eux ne sont pas informés de leurs droits, et se sentent obligés d'accepter de subir l'examen anal après avoir été menacés³⁰.

L'examen anal est donc de fait un examen forcé, auquel on ne peut consentir librement puisqu'il est quasi-systématiquement exercé sous la contrainte. En ce sens, les examens anaux devraient être présumés effectués de force et sans consentement libre et éclairé³¹. De plus, cet acte est considéré par les instances nationales et internationales de protection des droits humains comme un acte de torture.

III. L'EXAMEN ANAL, UN ACTE DE TORTURE

Il est nécessaire de rappeler que ces examens impliquent une pénétration digitale forcée voire une pénétration avec d'autres objets, notamment des tuyaux³². Ces actes pratiqués par des professionnels de santé contre la volonté d'une personne peuvent être traumatisants.

Le rapport final de l'Instance Vérité et Dignité recommande l'interdiction des tests anaux³³ tout comme l'Instance nationale pour la prévention de la torture qui déclare qu'un tel acte constitue de la torture³⁴.

Dans le même sens, les organes internationaux et régionaux de protection des droits humains ont une position commune : l'examen anal comme mode de preuve de l'homosexualité est un acte tortionnaire. Ainsi, le Comité contre la torture considère le test anal comme un acte de torture et a recommandé son interdiction afin de garantir le respect intégral de la dignité humaine³⁵. De la même façon, le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire considère que la pratique de l'examen anal contrevient à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements³⁶. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a lui aussi rappelé et confirmé la position du Comité contre la torture, considérant que « dans les Etats où l'homosexualité est criminalisée, les hommes soupçonnés d'avoir un comportement homosexuel sont soumis à des examens anaux non consentis visant à obtenir des preuves physiques de l'homosexualité, une pratique qui n'a aucune valeur médicale et qui équivaut à de la torture »³⁷. Quant au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, ce dernier a également appelé à l'interdiction des examens anaux forcés³⁸.

²⁹ Comité contre la torture, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, para 41, Op. cit.

³⁰ LIMAN Jinane, *Les associations LGBTQI+ en Tunisie – émergence d'un nouveau militantisme humain*, p.29, Op. cit.

³¹ Independent Forensic Expert Group, 'Statement on anal examinations in cases of alleged homosexuality', p.3, Op. cit.

³² Human Rights Watch, Dignité dégradée – Des examens anaux forcés lors des poursuites pour homosexualité, 2016. [disponible ici].

³³ BELHADJ Soumaya et FERCHICHI Wahid, « L'affaire 230 » - La justice face à l'homosexualité, ADLI, Op. cit., p.13.

³⁴ Ibid.

³⁵ Comité contre la torture, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, para 41, Op. cit.

³⁶ Groupe de travail sur la détention arbitraire, Opinion n°25/2009 (Egypte), A/HRC/16/47/Add.1, para.28. [disponible ici].

³⁷ Conseil des droits de l'Homme, Rapport du rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/31/57, 5 janvier 2016, para. 36. [disponible ici].

³⁸ Conseil des droits de l'Homme, Rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, Discrimination et violence à l'encontre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre, A/HRC/29/23, 4 mai 2015, para 13. [disponible ici].

Dès lors, si l'examen anal est considéré comme un acte de torture par les instances nationales et internationales de protection des droits humains, la question se pose des obligations déontologiques que devraient respecter les médecins légistes qui pratiquent de tels actes.

IV. L'EXAMEN ANAL, UNE FAUTE DEONTOLOGIQUE DES MEDECINS LEGISTES

Les examens anaux forcés sont contraires à l'éthique médicale prévue par la Déclaration de Genève de l'Association médicale mondiale³⁹, ainsi que par les Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴⁰. L'article 2 de ces principes dispose qu'« il constitue une violation grave de l'éthique médicale, ainsi qu'une infraction aux instruments internationaux applicables, lorsque le personnel de santé, en particulier les médecins, se livre, activement ou passivement, à des actes qui constituent une participation, une complicité, une incitation ou une tentative de torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

Ce principe est également prévu à l'article 7 du Code de déontologie médicale tunisien qui dispose qu'« un médecin sollicité ou requis pour examiner une personne privée de liberté ou pour donner des soins ne peut directement ou indirectement, ne serait-ce que par sa seule présence, favoriser ou cautionner, une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité ».

Dès lors, en pratiquant l'examen anal, considéré comme un acte de torture, les médecins légistes se rendent coupables d'une violation grave de l'éthique médicale. Ce faisant, le « personnel médical qui effectue de tels tests (...) joue, sciemment ou non, un rôle essentiel dans le maintien de l'ordre et la punition des individus sur la base de leur identité et de leur orientation sexuelle, sous l'égide de l'Etat »⁴¹.

C'est dans ce cadre qu'en avril 2017, le Conseil national des médecins tunisiens, qui veille au respect de l'éthique médicale en Tunisie, a publié une déclaration dans laquelle il considère la pratique d'un l'examen génital ou anal pour vérifier ou confirmer la nature des pratiques sexuelles d'une personne sans son consentement libre et éclairé, comme une atteinte à sa dignité⁴². Pourtant, les examens anaux sont toujours pratiqués et les individus incriminés continuent d'être détenus arbitrairement sur le fondement de la criminalisation de l'homosexualité.

³⁹ Association médicale mondiale, Déclaration de Genève, [disponible ici].

⁴⁰ Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, [disponible ici].

Voir aussi : Amnesty International, *Assaulted and Accused – sexual and gender based violence in Tunisia*, p.37. [disponible ici].

⁴¹ Independent Forensic Expert Group, 'Statement on anal examinations in cases of alleged homosexuality', p.5, Op. cit.

⁴² Conseil national tunisien de l'ordre des médecins, Communiqué : Le consentement dans le cadre de l'expertise médicale, 3 avril 2017. [disponible ici]

SECTION 3

**LE PLACEMENT EN DETENTION
SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 230 :
UNE DETENTION ARBITRAIRE**



Le Groupe de travail des Nations sur la détention arbitraire (GTDA) distingue cinq catégories de détention arbitraire dont trois sont applicables au placement en détention sur le fondement de l'article 230 du Code pénal, de sorte que cette détention doit être qualifiée d'arbitraire. Par ailleurs, les conditions de détention que subissent les personnes incriminées sur ce fondement sont à déplorer.

CATÉGORIE I

Lorsqu'il est manifestement impossible d'invoquer un fondement juridique quelconque qui justifie la privation de liberté (cas du maintien en détention d'une personne alors qu'elle a purgé sa peine ou qu'une loi d'amnistie lui est applicable) ;

CATÉGORIE II

Lorsque la privation de liberté résulte de l'exercice de droits ou de libertés proclamés dans les articles 7, 13, 14, 18, 19, 20 et 21 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et, pour autant que les États concernés soient parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans les articles 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 et 27 de cet instrument ;

CATÉGORIE V

Lorsque la privation de liberté constitue une violation du droit international en ce qu'elle découle d'une discrimination fondée sur la naissance ; l'origine nationale, ethnique ou sociale ; la langue ; la religion ; la situation économique ; l'opinion politique ou autre ; le sexe ; l'orientation sexuelle ; le handicap ou toute autre situation, qui tend ou peut conduire à ignorer le principe de l'égalité des droits de l'homme.

La privation de liberté sur le fondement de l'article 230 du Code pénal intervient, comme il a été susmentionné en violation du droit international en ce qu'elle découle d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre. Elle doit donc être considérée comme arbitraire suivant la catégorie V.

Par ailleurs, la privation de liberté sur ce fondement résulte de l'exercice d'une liberté prévue à l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et à l'article 26 du PIDCP qui réaffirment tous deux l'égalité devant la loi et le droit à la protection contre toute discrimination. La privation de liberté doit donc être considérée comme arbitraire suivant la **catégorie II**.

Enfin, compte-tenu de la violation par l'article 230 des normes internationales (DUDH et PIDCP et la Convention contre la torture) et principalement du droit à la vie privée, du droit d'être protégé de toute discrimination du principe de légalité des délits et des peines et l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la privation de liberté sur ce fondement n'a aucune base légale, ce qui la **rend également arbitraire selon la catégorie I**.

Le droit international protège le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté, qui revêt différentes formes, l'arrestation, la détention (provisoire, administrative), la garde à vue, l'internement, etc. L'article 9 du PIDCP dispose ainsi que « tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ». Le Comité des droits de l'Homme considère que pour qu'une arrestation soit conforme aux dispositions de l'article 9 du PIDCP, elle doit être légale mais aussi raisonnable et nécessaire à tous égards⁴³. Par ailleurs, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a souligné que « toute loi interne qui tend à la violation de ce droit doit se conformer aux normes et standards internationaux »⁴⁴.

Ainsi, **une arrestation ou une détention peut être autorisée par la législation interne et être néanmoins arbitraire**. L'adjectif « arbitraire » n'est pas synonyme de « contraire à la loi » mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité.

Le GTDA a développé une jurisprudence sur la détention arbitraire sur le fondement de l'homosexualité réelle ou supposée. En effet, dans l'affaire Cornelius Fonya contre Cameroun⁴⁵, le GTDA devait se prononcer sur la légalité de la détention du requérant au regard du droit international. M. Fonya avait été arrêté sur la base de la section 347 bis du Code pénal camerounais qui criminalise les relations sexuelles entre personnes de même sexe. Le GTDA s'est tout d'abord appuyé sur la jurisprudence Toonen du Comité des droits de l'Homme pour estimer que la disposition du Code pénal camerounais viole les obligations de l'Etat de protéger le droit à la vie privée et de garantir l'absence de discrimination. Comme la section 347 bis du Code pénal viole les articles 2, 17 et 26 du Pacte, la privation de liberté de M. Fonya sur ce fondement constitue ce faisant une détention arbitraire au titre de la catégorie I, II et V. De façon générale, **le GTDA a énoncé que « la privation de liberté sur la base de l'orientation sexuelle est arbitraire et interdite par le droit international »**⁴⁶.

Quelques années avant, le GTDA avait déjà considéré, à propos de l'arrestation et de la détention d'une cinquantaine d'hommes au Caire, que la détention d'hommes poursuivis pour « dissidence sociale » constituait une privation arbitraire de liberté et qu'il s'agissait en réalité d'une poursuite et d'une détention fondées sur l'orientation sexuelle, contraires aux dispositions de l'article 2 paragraphe 1 de la DUDH et des articles 2 paragraphe 1 et 26 du PIDCP⁴⁷.

Ainsi, la jurisprudence du GTDA est claire : une privation de liberté sur le fondement de la pénalisation de l'homosexualité, à l'instar de l'article 230 du Code pénal, est une détention arbitraire. Il est également nécessaire de mentionner que lorsque des personnes sont détenues sur ce fondement, elles doivent faire face à des conditions de détention déplorables.

⁴³ Comité des droits de l'Homme, Constatations du 5 novembre 1999, Aage Spakmo c. Norvège, communication n° 631/1995, CCPR/C/67/D/631/1995, 11 novembre 1999, para 6.3, [\[disponible ici\]](#).

⁴⁴ Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, communication n° 241/2001, affaire Purohit et Moore c. Gambie, 15 mai 2003, para 64, [\[disponible ici\]](#).

⁴⁵ Conseil des droits de l'Homme, Avis adopté par le groupe de travail sur la détention arbitraire lors de sa soixante-dix-huitième session, 19-28 avril 2017, Opinion n°14/2017 relative à Cornelius Fonya (Cameroun), 3 juillet 2017, A/HRC/WGDA/2017/14, [\[disponible ici\]](#).

⁴⁶ *Ibid.*, para 48.

⁴⁷ Conseil des droits de l'Homme, Avis adopté par le groupe de travail sur la détention arbitraire, n° 7/2002 (Egypte), E/CN.4/2003/8/Add.1, 21 juin 2002, para 28. [\[disponible ici\]](#).

En droit international, l'article 10 (1) du PIDCP dispose que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. ». Or, selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, les « lesbiennes, les gays, les bisexuels et les transsexuels sont particulièrement exposés à la torture et aux mauvais traitements lorsqu'ils sont privés de liberté, que ce soit dans le cadre du système de justice pénale ou dans d'autres contextes »⁴⁸. En effet, les détenus perçus comme étant gays, lesbiennes, bisexuels ou transsexuels sont soumis à un plus grand risque de violence, de viol et d'agression sexuelle que le reste de la population en détention⁴⁹.

CONCLUSION

L'article 230 du Code pénal qui criminalise l'homosexualité et le lesbianisme, doit être abrogé en ce qu'il viole les principes du droit au respect de la vie privée, du droit à la dignité et à l'intégrité de la personne humaine ainsi que le principe de non-discrimination. L'article 230 du Code pénal n'est en effet pas conforme aux engagements internationaux et régionaux de la Tunisie auxquels elle est pourtant censée se conformer. Enfin, la mise en œuvre de cet article s'accompagne souvent d'une violation connexe qui consiste dans la réalisation d'un examen anal pour prouver l'homosexualité de l'individu incriminé, examen qui est considéré comme un acte de torture par les instances nationales et internationales de protection des droits de l'Homme. Par conséquent, la détention de personnes incriminées sur le fondement de l'article 230 doit être considérée comme arbitraire.

⁴⁸ Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Torture et mauvais traitements infligés aux femmes, aux filles, aux lesbiennes, aux gays, aux bisexuels et aux transsexuels en détention, A/HCR/31/57, 5 janvier 2016, para 13. [\[disponible ici\]](#).

⁴⁹ Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 14 mars 2002, E/CN.4/2002/76/Add.1, para 829. [\[disponible ici\]](#).

ANNEXE

TERME en français	DEFINITION	TERME en arabe
L- Lesbien.ne	Femme attirée émotionnellement ou sexuellement par d'autres femmes	امراة مثلية الجنسية
G- Homosexuel.le	Personne attirée émotionnellement ou sexuellement par des personnes du même sexe (généralement hommes)	رجل مثلي الجنسية
B- Bisexuel	Personne attirée par plus d'un sexe ou genre	ثنائي أو مزدوج الميول الجنسي
T- Transgenre	Personne dont l'identité de genre est différente de celle assignée à la naissance	عابر.ة جندريا
Q-Queer	Terme inclusif pour désigner une identité de genre sexuelle non normative	كوير
I-Intersexué	Personne née avec des caractéristiques sexuelles (chromosomes, gonades) atypiques	ثنائي الجنس
A-Assexué	Personne n'éprouvant pas d'attraction sexuelle envers autrui	لاجنسية
+/- Autres	Terme englobant d'autres identités de genre et orientations sexuelles	آخرون