



**LES DISPOSITIONS PENALES
DANS LA LOI N°58 DU 11 AOUT 2017
RELATIVE A L'ELIMINATION DE LA VIOLENCE
A L'EGARD DES FEMMES**

2019

Sous la direction de :
RACHIDA JELASSI-BELKHIRIA

**LES DISPOSITIONS PENALES DANS
LA LOI N°58 DU 11 AOUT 2017
RELATIVE A L'ELIMINATION DE LA VIOLENCE
A L'EGARD DES FEMMES**

Sous la direction de :
RACHIDA JELASSI-BELKHIRIA

2019

TABLE DES MATIERES

- **Hatem KOTRANE**, La protection pénale de l'enfant dans la nouvelle Loi organique n°2017-58 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes : Etude critique **7**
- **Fatma RAACH**, L'incrimination du harcèlement dans la loi organique relative à l'élimination de la violence à l'égard de la femme : Une nouvelle parure pour un vieux corps **22**
- **Salma BEN AYED**, L'incrimination de la violence morale **35**
- **Vincent EGEA**, La lutte contre les violences conjugales et les pouvoirs du juge aux affaires familiales en droit français **67**

**LA PROTECTION PENALE DE L'ENFANT
DANS LA NOUVELLE LOI ORGANIQUE
n°2017-58 relative à l'élimination
de la violence à l'égard des femmes :
Etude critique**

Hatem KOTRANE

Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques,
Politiques et Sociales de Tunis
Membre du Comité des Nations Unies des droits
de l'enfant

Introduction

1. En adoptant la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, le législateur est parvenu, sans nul doute, à donner effet à l'engagement de l'Etat, inscrit à l'article 46, alinéa 4 de la Constitution, de prendre « *...les mesures nécessaires en vue d'éliminer la violence contre la femme* », contribuant ainsi à prémunir la dignité humaine de la femme, de l'enfant, de la famille et de la société tunisienne dans son ensemble de toutes les formes de violence.
2. L'œuvre est importante et l'approche globale adoptée assez bénéfique, en permettant d'associer les objectifs de la prévention sociale de la violence aux poursuites pénales, sans omettre la protection et l'assistance des victimes. Adopté à la suite de discussions houleuses, le projet de loi a dû être réexaminé après une première adoption, à la demande du gouvernement, en vue de réviser ses dispositions relatives à la protection des enfants contre les violences sexuelles, notamment celles portant révision des articles 227 et 227 bis du Code pénal, le premier relatif au viol, le second aux atteintes sexuelles sur un enfant de sexe féminin.

Un objectif louable

3. Le point de départ, convient-il de le rappeler, était lié à l'émotion suscitée dans notre pays à la suite de la décision du Tribunal du Kef d'arrêter les poursuites engagées contre un homme ayant fait subir l'acte sexuel à une fille de 13 ans, enceinte de trois mois, et de l'autoriser à épouser sa victime et, ainsi, « ...à laver son crime dans le propre sang de sa victime»⁽¹⁾. On découvrait alors avec indignation que la violation des droits de l'enfant était autorisée par la loi pénale elle-même, en l'occurrence l'article 227 bis du Code pénal, qui punissait d'emprisonnement pendant six ans celui qui fait subir, sans violence, l'acte sexuel à un enfant de sexe féminin âgé de moins de quinze ans accomplis, en ajoutant toutefois que « ...le mariage du coupable avec la victime...arrête les poursuites ou les effets de la condamnation ...».
4. Le projet de loi, avant son adoption par l'ARP, avait donc pour apport principal de réviser ces dispositions de l'article 227 bis du Code pénal, ainsi que celles de l'article 239 du même Code, traitant de l'infraction de détournement ou d'enlèvement commise sans fraude et qui ajoutait lui-même à la confusion en disposant que « ...le mariage de l'auteur de l'infraction avec la fille qu'il a enlevée a pour effet la suspension des poursuites, du jugement ou de l'exécution de la peine ».
5. La révision finalement introduite par la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes est, sur ce point, pertinente en portant, notamment, abrogation des dispositions des articles 227 bis et 239 du Code pénal autorisant les agresseurs sexuels adultes à échapper à la sanction pénale en épousant leurs victimes. Dans le même temps, la loi organique élargit utilement l'infraction d'abus sexuel aux cas où la victime serait un enfant de sexe masculin. Ce faisant, elle donne effet aux observations finales du Comité des Nations unies des droits de l'enfant, faites à l'issue de l'examen, le 4 juin 2010, du troisième rapport périodique de la Tunisie sur l'application de la Convention des droits de l'enfant, où ledit Comité «... note avec préoccupation que l'article 227 bis du Code pénal, qui interdit de faire subir – même sans violence – l'acte sexuel à un enfant...ne fait référence qu'aux enfants de sexe féminin et ne protège donc pas expressément les garçons contre pareil acte ». Le Comité, en conséquence, « ...recommande à l'État partie...

1. Cf. notre article Les jeunes filles, sans droits ? (A propos d'une fille de 13 ans « violée et mariée à son violeur), Journal La Presse de Tunisie, 14 décembre 2016.

d'amender l'article 227 bis du Code pénal afin d'interdire expressément de faire subir – même sans violences – l'acte sexuel aussi bien aux filles qu'aux garçons ... »⁽²⁾.

6. Mais la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes suggère plus ! Une révision des dispositions de l'article 227 du Code pénal est, en même temps, introduite portant redéfinition du crime de viol, qui était puni de mort par ledit article 227 du Code pénal, aujourd'hui révisé, lorsqu'il est commis avec violence, usage ou menace d'usage d'arme ou lorsque la victime est une personne âgée de moins de 10 ans accomplis, et d'emprisonnement à vie, lorsque le crime de viol est commis en dehors des cas précédents.
7. La révision de l'article 227 du Code pénal introduite par la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes est, globalement, pertinente :
 - Le crime de viol est défini comme étant « *...tout acte de pénétration sexuelle, quelle que soit sa nature, et le moyen utilisé commis sur une personne de sexe féminin ou masculin sans son consentement ...* », ce qui permet, ainsi, de l'étendre utilement aux victimes de sexe masculin;
 - La peine de mort est remplacée par une peine de réclusion de 20 ans et est portée à la réclusion à perpétuité dans les cas les plus graves, à savoir quand le crime de viol est commis : « *1) avec violence, usage ou menace d'usage d'arme ou avec l'utilisation de produits, pilules, médicaments narcotiques ou stupéfiants. 2) Sur un enfant de sexe féminin ou masculin âgé de moins de seize (16) ans accomplis. 3) Par inceste sur un enfant par : - les ascendants quel qu'en soit le degré...* ».

2. Cf. CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, Paras. 61-62.

La dérive

8. Elle provient du fait que le projet de loi, alors qu'il faisait consensus entre les différents groupes parlementaires, a dû être repris à la demande du gouvernement, après adoption, sous la pression de nombre d'ONG lui reprochant d'avoir maintenu, en même temps, une disposition jugée « scandaleuse » du même article 227, celle selon laquelle « *...le consentement est considéré comme inexistant lorsque l'âge de la victime est au-dessous de treize ans accomplis.* ».
9. Au final, dans la confusion totale ajoutant à la précipitation, « l'âge de non-consentement sexuel » est élevé à 16 ans, avec une double conséquence :
 - Toute relation sexuelle avec un enfant de moins de 16 ans est présumée – de manière irréfragable – comme étant un viol au sens de l'article 227 (nouveau) du Code pénal, tel que finalement adopté par le projet de loi, et ce, alors même que la victime est consentante, son consentement étant désormais considéré comme inexistant dans tous les cas ;
 - Toute relation sexuelle avec un enfant de moins de 16 ans est considérée comme un cas de viol « aggravé » puni de la peine maximum de la réclusion criminelle à perpétuité ;
 - L'article 227 bis est lui-même repris par la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes. Les paliers d'âge différents qui y étaient prévus relativement à la peine encourue en cas de relations sexuelles sans violences commis sur un enfant (de sexe féminin) - à savoir six ans d'emprisonnement si la victime est âgée de moins de quinze ans accomplis et cinq ans d'emprisonnement si son âge est supérieur à quinze ans et inférieur à vingt ans accomplis- sont supprimés. Désormais, toute relation sexuelle avec un enfant de moins de 16 ans étant élevée par l'article 227 (nouveau) du Code pénal au rang d'un viol aggravé, l'article 227 (bis) traitant des relations sexuelles consenties avec un enfant ne couvre plus, dès lors, que le cas de celui qui fait subir, sans violence, l'acte sexuel à un enfant âgé de moins de dix-huit ans et de plus de seize ans accomplis. La peine est alors maintenue à cinq ans d'emprisonnement, portée au double dans les cas les plus graves, à savoir notamment si l'auteur est l'instituteur de la victime, ou un de ses serviteurs ou de ses médecins, s'il a une autorité sur la victime ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, si l'infraction est commise par un groupe de personnes agissant en qualité d'auteurs principaux ou complices, etc.

10. Nous sommes là, sans doute, au cœur de la difficulté, ainsi que nous l'avions personnellement exprimé dès après l'adoption du projet de loi dans un appel au Président de la République en vue du renvoi du projet de loi avant sa promulgation⁽³⁾. Cela provient essentiellement de l'extension du crime de viol aggravé à toutes les relations sexuelles impliquant un enfant de moins de 16 ans accomplis, aboutissant ainsi à instaurer une présomption de culpabilité automatique et généralisée, contraire à la Constitution (I).

Mais la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes suscite d'autres interrogations dans ses dispositions portant protection pénale de l'enfant, y compris notamment celles résultant de l'interdiction totale de l'emploi des enfants comme travailleurs domestiques. Objectif louable, mais qui pourrait s'avérer inadapté à une bonne administration de la question du travail des enfants (II).

I - UNE PRESOMPTION DE CULPABILITE AUTOMATIQUE ET GENERALISEE CONTRAIRE A LA CONSTITUTION

11. En portant extension du crime de viol aggravé à toutes les relations sexuelles impliquant un enfant de moins de 16 ans accomplis, la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 aboutit, à notre avis, à instaurer une sorte de présomption de culpabilité automatique et généralisée, celle-là même qui est plus généralement utilisée dans le droit pénal économique. Ainsi par exemple en droit pénal du travail-, là où les peines sont le plus souvent contraventionnelles et où l'efficacité et rapidité recherchées font, généralement, que la culpabilité de l'auteur de l'infraction est établie par la seule matérialité des faits, sans besoin d'une recherche quelconque de l'élément moral⁽⁴⁾.

3. Cf. Hatem KOTRANE, Appel au Président de la République en vue du renvoi du projet de loi organique n°60-2016 relatif aux violences faites aux femmes dans ses dispositions traitant des relations sexuelles avec des mineurs, Journal La Presse de Tunisie, 1er Août 2017.

- راجع حاتم قطران. نداء لرئيس الدولة لرد مشروع قانون القضاء على العنف ضد المرأة. جريدة الشروق 7 أوت 2017.

4. Cf. Hatem KOTRANE, La responsabilité pénale de l'employeur en droit tunisien : une pénologie hésitante», Revue tunisienne de droit social, 1987.

12. S'agissant par contre des infractions sexuelles, notamment celles constitutives du crime viol, puni par les peines les plus graves, l'instauration d'une présomption de culpabilité automatique et généralisée pourrait s'avérer contraire à la Constitution et à la présomption d'innocence y proclamée à l'article 27 selon lequel « *Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à l'établissement de sa culpabilité, dans le cadre d'un procès équitable lui assurant toutes les garanties nécessaires à sa défense durant les phases de la poursuite et du procès* ».

Une première confusion en résulte, celle selon laquelle une présomption irréfragable constitutive du crime de viol est établie par la loi chaque fois qu'une relation sexuelle est entretenue avec un enfant âgé de moins de 16 ans accomplis, solution singulière et extrême qui tend à généraliser, sans ménagement, la posture « tous violeurs, tous violés » (A).

Mais la dérive de la loi va plus loin, et contrairement aux solutions de plus en plus admises en droit comparé, les enfants eux-mêmes peuvent être reconnus comme « agresseurs sexuels » dès lors que l'un des participants à l'acte sexuel consenti est un enfant de moins de 16 ans (B).

Une dernière confusion est introduite par la loi, celle traitant de l'infraction sexuelle commise par un enfant et résultant de relations entretenues avec son consentement sur un mineur lui-même âgé entre 16 et 18 ans comme cas relevant d'une situation « d'enfant en danger » au sens de l'article 59 du Code de protection de l'enfant » (C).

A - Première confusion : « Tous violeurs, tous violés ! »

13. Que la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes ait maintenu l'interdiction de toute relation sexuelle avec un mineur, la chose en soi peut trouver quelque explication ! On aura retenu ainsi que la « majorité sexuelle » en Tunisie, avant comme après ladite loi, est fixée à l'âge de la majorité civile, qui est désormais de 18 ans, depuis la loi n° 39-2010 du 26 juillet 2010 portant uniformisation de l'âge de la majorité civile.
14. La confusion provient essentiellement du fait qu'en relevant « l'âge de non-consentement sexuel », entendu comme présomption irréfragable constitutive du crime de viol à 16 ans accomplis, la loi va bien plus loin qu'une simple interdiction de relations sexuelles avec des mineurs.

Désormais, elle qualifie de telles relations entretenues avec les moins de 16 ans comme étant constitutives de viol, de viol aggravé même et puni de l'emprisonnement à vie, de sorte que toutes les personnes, y compris les enfants mineurs eux-mêmes — on y reviendra ci-dessous — , ayant eu de telles relations sont désignées comme « violeurs » et tous les enfants de moins de 16 ans comme « violés », alors même que l'enfant lui-même peut avoir donné son consentement à l'acte sexuel ! Le défenseur des droits de l'enfant que je prétends modestement être depuis plus de trente ans, trouve une telle option manifestement exagérée et, contrairement à ce qui a été avancé, elle n'est nulle part consacrée en droit international et en droit comparé, où la loi fixe habituellement des paliers d'âge différents et distingue nettement entre l'absence de « majorité sexuelle » et « l'âge de non-consentement sexuel » qui constitue une des circonstances aggravantes et où l'âge de la victime est généralement fixé à un niveau assez bas et, en toute hypothèse, inférieur à l'âge de la majorité sexuelle.

Des exemples tirés du droit comparé (1) permettent d'expliquer l'étendue de la singularité de la position du droit tunisien (2).

1) Enseignement du droit comparé

15. En France, par exemple, la majorité sexuelle est déduite de l'article 227-25 du Code pénal qui la fixe à 15 ans. Ce sont les plus de 18 ans seuls qui sont concernés par l'interdiction des relations sexuelles avec des moins de 15 ans et, en cas d'infraction à cette règle, ils sont punis de cinq ans d'emprisonnement maximum, sans que cela autorise à qualifier de telles relations de viol. L'«âge de non-consentement sexuel» est fixé en pratique au-dessous de 12 ans par les tribunaux correctionnels français, qui invoquent souvent la notion d'« absence de consentement éclairé » et utilisent l'argument de la « surprise » contenu dans le Code pénal afin de pouvoir qualifier l'agression.
16. Ainsi, par exemple, dans une affaire récente qui a rouvert le débat sur les infractions sexuelles subies par des enfants, le parquet de Pontoise a-t-il finalement décidé d'ouvrir une enquête pour «viol» après la relation sexuelle entre une fillette de 11 ans et un homme de 28 ans, jusque-là poursuivi pour délit d'«atteinte sexuelle». Estimant que la collégienne était consentante, le parquet avait dans un premier temps renvoyé l'homme devant le tribunal correctionnel pour «atteinte sexuelle» au motif que la jeune fille n'avait opposé aucune résistance. Mais le tribunal s'était déclaré incompétent au premier jour du procès le 13 février et avait alors

demandé une nouvelle enquête. Le parquet a, par conséquent, ouvert une nouvelle information judiciaire pour «viol sur mineur de 15 ans», un fait passible de 20 ans de prison.

17. Cette affaire a fait grand bruit en France et nourri le débat sur les éventuelles insuffisances de la loi française. Le gouvernement a annoncé son intention d'instaurer un âge minimum du consentement à un acte sexuel, qu'Emmanuel Macron souhaiterait voir fixé à 15 ans, solution proche de la solution tunisienne adoptée par la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes. De leur côté, la plupart des spécialistes, estiment qu'il serait plus «cohérent» de fixer cet âge à 13 ans. Le projet de loi qui doit fixer ce seuil est attendu en Conseil des ministres, demain le 7 mars, étant précisé que les co-rapporteuses du rapport sur le viol ont fait 24 recommandations parmi lesquelles la proposition de fixer deux seuils de consentement à un acte sexuel, respectivement à 13 et 15 ans, mais sans que cela doive pour autant créer un seuil d'âge «irréfragable» de non-consentement, perspective qui suscite les inquiétudes des magistrats et avocats. Plutôt qu'un «couperet très strict», elles proposent donc «un système de gradation» selon lequel tout acte sexuel commis par un majeur sur un mineur de moins de 13 ans est «une agression sexuelle aggravée » et, en cas de pénétration, un «viol», et non une «atteinte sexuelle». Entre 13 et 15 ans, «tout acte sexuel avec pénétration par un majeur est réputé non consenti».

Pour sa part, un groupe de travail du Sénat s'était prononcé contre le projet gouvernemental d'instaurer un âge minimal de consentement, proposant plutôt une «présomption de contrainte» dans deux hypothèses : «l'existence d'une différence d'âge entre l'auteur majeur et le mineur», ou «l'incapacité de discernement du mineur».

18. La majorité sexuelle dans les autres pays européens est, également, généralement fixée à un âge inférieur à l'âge de la majorité civile (14 ans en Albanie, Autriche, Bulgarie, Allemagne, Italie, etc.), (15 ans en Croatie, République tchèque, Danemark, Grèce, Monaco, Suède, etc.), (16 ans en Belgique, Espagne, Finlande, les Pays-Bas, Norvège, Suisse, le Royaume-Uni, etc).. Seuls Malte, la Turquie et le Vatican la fixent à 18 ans! Dans tous ces pays, l'«âge de non-consentement sexuel» est par contre fixé à un niveau plus bas. En Belgique, par exemple, l'âge de majorité sexuelle étant fixé à 16 ans pour tout acte sexuel, les actes sexuels avec les adolescents de 14 ou 15 ans sont illégaux, avec cette

précision que les relations sexuelles sont considérées comme viol si elles interviennent avec des enfants âgés de moins de 14 ans. Les peines encourues en cas d'infraction sont ainsi graduées en fonction de l'âge de la victime, selon des paliers fixés à 10, 14 et 16 ans.

19. Dans les pays du Maghreb et de l'Afrique du Nord, la majorité sexuelle est fixée à 18 ans au Maroc et en Egypte, à 16 ans en Algérie et en Mauritanie, tandis que la plupart des pays du Golfe interdisent toute relation sexuelle hors mariage.

2) La solution tunisienne : une solution singulière et extrême

20. La singularité de la solution tunisienne, encore une fois, n'est pas ainsi d'avoir fixé la majorité sexuelle à 18 ans, mais bien d'avoir qualifié toute relation avec un mineur de moins de 16 ans comme un cas de viol, et même de viol aggravé, puni de la peine la plus lourde, celle de l'emprisonnement à vie ! Solution unique et extrême qui ne nous semble pas de nature à prévenir les atteintes aux droits de l'enfant, sachant que l'enfant lui-même ainsi reconnu par une décision pénale comme ayant été « violé » risque d'entretenir des stigmates et autres séquelles psychologiques durables qui ne servent pas forcément ses intérêts ! Convient-il de rappeler, à cet égard, que dans ce domaine comme dans bien d'autres, « *Seules sont exemplaires les peines proportionnelles à la gravité des délits, parce que les justiciables savent qu'étant équitablement établies, elles seront prononcées et exécutées, tandis que les peines qui ne sont pas en rapport avec la faute, loin de produire l'effet d'intimidation recherché, demeurent à l'état de ridicules épouvantails et énervent la répression* »!⁽⁵⁾

B - Deuxième confusion : les enfants « agresseurs sexuels » ?

21. L'autre confusion ainsi introduite par l'article 227 (nouveau) du projet de loi, tel que repris et finalement adopté par l'ARP, résulte du fait que l'enfant lui-même peut être reconnu comme « agresseur sexuel » et puni pour viol lorsque son partenaire sexuel est âgé de moins de 16 ans! Contrairement à l'article 227 bis (nouveau) traitant dans des termes tout autant confus – on y reviendra ci-dessous – de relations sexuelles illicites exercées, sans violence, sur un mineur âgé entre 16 et 18 ans et où un

5. M. Patin, Revue de science criminelle, 1949, p. 218.

régime spécial a été aménagé lorsque l'infraction est commise par un enfant, aucune règle spéciale n'est aménagée par l'article 227 (nouveau) du Code pénal, tel que introduit par la loi du 11 août 2017, précitée, pour le cas où l'acte sexuel est commis sur un enfant de moins de 16 ans par un enfant lui-même mineur civil, voire un mineur de moins de 16 ans, alors que l'acte sexuel en question peut avoir été entretenu entre mineurs civils consentants ! L'alinéa 2 de l'article 227 (nouveau), aux termes duquel «...le consentement est considéré comme inexistant lorsque l'âge de la victime est au-dessous de seize ans accomplis» s'exprime en des termes si généraux qu'il ne semble autoriser aucune exception ! Les enfants impliqués dans des actes sexuels consentis seront ainsi jugés pour viol et punis par les peines lourdes prévues par l'article 227 (nouveau) si l'un des partenaires au moins est âgé de moins de 16 ans ! Certes, l'enfant pourra toujours bénéficier de l'allègement généralisé des peines encourues par les adultes, par application des dispositions de l'article 43 du Code pénal (interdiction de leur condamnation à l'emprisonnement à vie et son remplacement par un emprisonnement de dix ans), mais la loi aurait dû lever toute équivoque en prévoyant, à l'instar de la plupart des systèmes de référence en droit comparé, une exception de minorité mettant les enfants à l'abri de l'application des peines ainsi encourues, ce qui ne signifie pas, pour autant, que les mineurs devraient échapper à toute poursuite dans tous les cas : la notion de violence commise et prouvée permet de couvrir les cas où il est évident qu'un enfant profite du fait que l'autre enfant est vulnérable, fait usage ou menace d'usage d'arme, recourt à des produits ou comprimés ou médicaments dopants, ou lorsque l'acte est commis même sans usage des moyens précités sur un enfant âgé de moins de 10 ans accomplis ou encore en cas d'inceste. Pour tout le reste, lorsque l'acte sexuel est fait sans violence entre deux enfants mineurs, la loi aurait gagné à dépénaliser expressément l'acte sexuel entretenu entre enfants consentants, sauf si l'un des deux enfants est âgé de moins de treize ans !

C - Troisième confusion : quel rapport avec l'enfant en danger ?

22. Contrairement à l'article 227 (nouveau) traitant du viol et qui ne fait aucune place à la situation de minorité, l'article 227 bis (nouveau) traitant des relations sexuelles illicites exercées, sans violence, sur un mineur âgé entre 16 et 18 ans, dispose que « *Lorsque l'infraction est commise par un enfant, le tribunal appliquera les dispositions de l'article 59 du Code de protection de l'enfant* » ! La confusion est, en l'occurrence, totale !

Quel rapport l'entretien de relations sexuelles illicites peut-il avoir avec ledit article 59 du Code de protection de l'enfant inséré sous le titre I dudit Code traitant de la protection de l'enfant en danger et appelant le juge de la famille à prononcer, dans le cas où l'enfant se trouve dans l'une des situations difficiles menaçant sa santé ou son intégrité physique ou morale, l'une des mesures destinées à le maintenir auprès de sa famille et autres mesures adéquates et adaptées à sa situation. La loi a, certes, entendu limiter l'infraction de relations sexuelles illicites entretenues, sans violence, avec un mineur âgé entre 16 et 18 ans aux adultes ! Mais en l'occurrence, la loi va plus loin en élargissant, dans un texte du code pénal, la notion d'enfance en danger et les mesures prises en ce domaine par le juge de la famille alors que le législateur aurait été plus avisé de recourir aux dispositions de l'article 99 du même Code de protection de l'enfant, insérées dans le Titre II relatif à la protection de l'enfant délinquant, aux termes desquelles : « *Si les faits sont établis à l'égard de l'enfant, le juge des enfants ou le tribunal pour enfants prononce, par décision motivée, l'une des mesures suivantes:*

- 1) *La remise de l'enfant à ses parents, à son tuteur, à la personne qui en a la garde ou à une personne de confiance.*
- 2) *La remise de l'enfant au juge de la famille.*
- 3) *Le placement de l'enfant dans un établissement, public ou privé, destiné à l'éducation et à la formation professionnelle habilité.*
- 4) *Le placement de l'enfant dans un centre médical ou médico-éducatif habilité.*
- 5) *Le placement de l'enfant dans un centre de rééducation... ».*

II- L'INTERDICTION GENERALISEE DE L'EMPLOI DES ENFANTS DANS UN TRAVAIL DOMESTIQUE, INADAPTEE A UNE BONNE ADMINISTRATION DE LA QUESTION DU TRAVAIL DES ENFANTS ?

23. La nouvelle loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes punit, dans son article 20, d'un emprisonnement de trois à six mois et d'une amende de deux mille à cinq mille dinars toute personne qui emploie un enfant comme travailleur domestique. La même peine, portée au double en cas de récidive, est encourue par les intermédiaires.

24. Notre opinion est que cette disposition qui interdit dorénavant l'emploi des enfants – c'est-à-dire des moins de 18 ans – dans des travaux domestiques va au-delà des normes internationales de protection (A). Mais le principal grief à cette loi est a manqué de mettre en œuvre des mécanismes et garanties de contrôle et de suivi de la situation des enfants impliqués dans la travail domestique (B).

Enfin, sur un autre plan, convient-il de regretter l'absence d'une protection spécifique des enfants contre les crimes sexuels via l'Internet (C).

A - Une loi en décalage par rapport aux normes international de protection

25. Il est symptomatique de rappeler, en l'occurrence, les dispositions de l'article 4, paragraphe 1, de la Convention n°189 de l'OIT (2011) concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, qui invite les Etats à *«...fixer un âge minimum pour les travailleurs domestiques qui doit être compatible avec les dispositions de la convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, et de la convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999, et ne pas être inférieur à celui qui est prévu par la législation nationale applicable à l'ensemble des travailleurs »*.

26. La nouvelle loi organique n°58-2017 aurait ainsi pu fixer cet âge minimum à 16 ans, conformément à l'âge minimum de travail fixé par l'article 53 du Code du travail, ainsi que par la loi n° 65-25 du 1er juillet 1965, modifiée par la loi n°2005-32 du 4 avril 2005, dont l'article 2 (nouveau) interdit *«... l'emploi d'enfants de moins de 16 ans comme employés de maison »*.

27. De fait, plutôt donc que d'interdire l'emploi des enfants dans des travaux domestiques, la loi aurait gagné à mettre en place, conformément aux dispositions de l'article 4, paragraphe 2, de la Convention n°189 de l'OIT, précitée, *«...des mesures pour veiller à ce que le travail effectué par les travailleurs domestiques d'un âge inférieur à 18 ans et supérieur à l'âge minimum d'admission à l'emploi ne les prive pas de la scolarité obligatoire ni ne compromette leurs chances de poursuivre leurs études ou de suivre une formation professionnelle »*.

28. La loi aurait gagné, en même temps, conformément à la Recommandation n° 201, qui complète la Convention n°189 de l'OIT, à mettre en œuvre des mécanismes pour suivre la situation des enfants qui travaillent comme

domestiques, y compris toutes les garanties de contrôle et de suivi que l'Etat est appelé à mettre en œuvre pour que le travail domestique d'enfants âgés de 16 à 18 ans soit effectué dans des conditions bien définies par la loi, adaptées à leur situation propre, avec la mise en place de mécanismes de contrôle adéquats pour suivre la situation des enfants qui travaillent comme domestiques.

29. On comprend, dans ces conditions, que la nouvelle loi organique a choisi de fixer l'âge minimum d'emploi dans le travail domestique à 18 ans, tant il est vrai que l'Etat n'est pas à même de mettre en place toutes les garanties ci-dessus décrites et tous les mécanismes de contrôle et de suivi nécessaires à l'accomplissement de la protection réelle des enfants contre l'exploitation dans le travail domestique, avec l'efficacité requise en la matière.

B - Nécessité de mettre en place les mécanismes et garanties de contrôle et de suivi de la situation des enfants impliqués dans le travail domestique

30. Notre opinion est que la question de l'emploi domestique aurait gagné à être organisée dans le Code du travail lui-même, en élevant le travail domestique en général, et celui des enfants en particulier, au rang du travail visible et réglementé, avec la mise en place de mesures de protection et de mécanismes de contrôle adéquats, y compris notamment la protection contre toute forme d'abus, de harcèlement et de violence, la fixation de conditions d'emploi équitables et de conditions de vie décentes, l'information des enfants travailleurs domestiques, ainsi que leurs parents, des modalités et conditions de l'emploi de façon aisément compréhensible, et de préférence par un contrat écrit, fixation des heures de travail, des périodes de repos journalier et hebdomadaire, des congés payés annuels, détermination de la rémunération, y compris le salaire minimum, garantie du droit à la sécurité sociale avec des conditions non moins favorables que celles applicables aux travailleurs en général, exigence de conditions de vie décentes concernant les enfants travailleurs vivant chez l'employeur, respectant la vie privée des enfants, etc.
31. La nouvelle loi organique n°2017-58 du 11 août 2017, précitée, a choisi, au lieu de tout cela, d'interdire purement et simplement le travail domestique des enfants ! Soit ! Mais elle a assorti tout cela de sanctions pénales, bien plus lourdes que celles encourues par les entreprises —

du secteur formel comme celles du secteur informel ou invisible — où les sanctions pénales, sous la forme d'amendes dont le taux n'a connu aucune augmentation depuis plus de vingt ans, sont autrement plus dérisoires et inadaptées aux objectifs de prévention poursuivis par la loi.

32. En fait, les dispositions protectrices de l'enfance au travail sont tributaires des organes de contrôle et de l'évolution des mentalités, sans égard à l'attitude des enfants eux-mêmes et de leurs parents : tant que les enfants — c'est-à-dire en fait les filles — et leurs parents perçoivent le travail comme une faveur et un privilège qu'il convient de sauvegarder, les moyens qui leur sont offerts par la loi resteront insuffisants : la précarité de leur situation affecte, pour ainsi dire, leur combativité et leur dicte une attitude passive en ce domaine⁽⁶⁾.

C - Une protection insuffisante des enfants contre les crimes sexuels via Internet

33. Certes, la loi organique n°2017-58 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, n'a pas pour ambition de traiter de toutes les formes de violence à l'égard des enfants ! Le Code pénal lui-même n'a pas encore pris toute la mesure de l'ampleur des défis créés par l'Internet. La loi organique n°61-2016 du 3 août 2016 concernant l'interdiction et la lutte contre la traite des personnes, de son côté, ne couvre pas toutes les infractions commises. En fait, les enfants sont les grands oubliés du combat pour la protection de la vie privée et de l'intégrité physique et sexuelle sur les réseaux. Le Protocole facultatif à la Convention des droits de l'enfant, relatif à la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, ratifié par notre pays, appelle pourtant les Etats parties à adopter à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques proscrites par le Protocole.

L'opinion, largement partagée, est pourtant que les enfants en Tunisie sont insuffisamment protégés contre les atteintes à leur intégrité, y compris notamment lorsqu'ils consultent les sites internet. Une certitude règne à ce sujet et d'aucuns déplorent l'insuffisance d'un cadre juridique adapté à l'ampleur des risques encourus par les enfants.

6. Cf. sur ce point, Hatem KOTRANE, 50 après, Plaidoyer pour un nouveau Code du travail, Publication de l'Institut Tunisien des Etudes Stratégiques (ITES), Tunis, Paras. 105-114 « D) En finir définitivement avec le travail des enfants ».

34. Notre pays gagnerait, dans ces conditions, à prendre toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées, en vue de prévenir et réprimer toutes les formes d'atteinte à la vie privée des enfants. Il est nécessaire de disposer d'un système intégré, cohérent, interdisciplinaire et coordonné comprenant toute la gamme des mesures pouvant contribuer à prévenir et réprimer les atteintes aux droits des enfants. La participation des enfants à l'élaboration, au suivi et à l'évaluation des mesures évoquées ici est essentielle.
35. L'Etat devrait, à cet égard, veiller à ce que la législation pertinente offre une protection adéquate aux enfants eu égard aux médias et aux TIC. Il faudrait, en particulier, veiller à ce que les politiques et les mesures tiennent compte des risques différents que courent les filles et les garçons face aux diverses formes de violence dans différents cadres, y compris celui de la protection contre toute intrusion indue dans la vie privée⁽⁷⁾.

Conclusion

36. L'auteur de ces lignes regrette, en conclusion, la précipitation et la confusion ayant marqué tout le processus ayant conduit à l'adoption de la loi organique n°2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes dans ses dispositions traitant des relations sexuelles avec des mineurs. Une plus large consultation aurait pu permettre d'éviter les confusions ci-dessus relevées et de hisser la loi organique, véritablement, au rang des réformes pionnières, comme le fut et l'est encore le Code de protection de l'enfant, adopté en 1995 et qui constitue, encore aujourd'hui, une référence historique de ce qu'un pays peut faire de mieux en matière de protection des droits de l'enfant.

Puissions-nous espérer, dans ces conditions, une réforme rapide de cette loi, de nature à y rétablir un équilibre largement rompu aux violences faites aux femmes toute sa place ! Tout le reste est de nature à peser lourd sur la balance au point de la fausser!

7. Cf. Hatem KOTRANE, Protection de la vie privée et des données personnelles des enfants, in Privacy, Personality and Flows of Information, 2ème édition- Mandate of the Special Rapporteur on the Right to Privacy, 25 et 26 mai 2017, La Marsa, Tunis.

**L'INCRIMINATION DU HARCELEMENT
DANS LA LOI ORGANIQUE RELATIVE
A L'ELIMINATION DE LA VIOLENCE
A L'EGARD DE LA FEMME :
UNE NOUVELLE PARURE
POUR UN VIEUX CORPS**

Fatma RAACH

Maitre-assistante à la Faculté
des sciences juridiques, économiques
et de gestion de Jendouba,
Université de Jendouba

La consécration juridique de l'égalité exige l'éradication de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme. L'Etat se doit d'interdire toutes les formes de violence y compris la violence fondée sur le sexe, qui constitue également une forme de discrimination.

En effet, la constitutionnalisation de l'égalité fut un moment important qui annonça l'engagement ferme de l'Etat de procéder à des réformes nécessaires en vue de donner une vie aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et son Protocole facultatif, surtout après la déclaration de la levée des réserves qui avaient été formulées auparavant par la Tunisie⁽¹⁾.

La Constitution tunisienne de janvier 2014 dispose dans son article 21 que les citoyens et citoyennes sont égaux en droits et en devoirs devant la loi, sans discrimination. Selon l'article 46 de la Constitution, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour éradiquer la violence à l'égard des femmes. La généralité du terme implique qu'il s'agit de toutes les formes de violences.

1. Le texte du décret-loi 103 promulgué le 24 octobre 2011, sous le gouvernement Essebsi, a maintenu la réserve générale qui oblige l'Etat à ne pas prendre de dispositions qui iraient à l'encontre de l'article 1er de la Constitution. Bien que le décret-loi énonce que « l'Etat procédera à la notification des réserves qui ont été levées au Secrétariat général des Nations Unies », il a fallu attendre trois ans pour que cette notification soit faite. Dans un communiqué publié par son secrétaire général, les Nations Unies ont déclaré avoir pris acte de la levée des réserves, par la Tunisie, sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAW), suite à une notification officielle reçue le 17 avril 2014.

L'adoption de la loi intégrale relative à l'élimination de la violence à l'égard de la femme⁽²⁾, le 26 juillet 2017, était un moment marquant⁽³⁾ dans le processus de la réalisation de l'égalité complète telle que annoncée par la Constitution. Votée à l'unanimité par 146 voix sur 217 élus et zéro abstention, la loi consacre une approche intégrale qui associe et responsabilise tous les secteurs concernés par la prévention, la prise en charge des victimes et la répression des actes de violences constatés⁽⁴⁾.

Par ailleurs, la réalisation de l'égalité est l'objectif même de cette loi qui annonce dans son article premier que : « La présente loi a pour objectif de mettre en place les mesures nécessaires à l'élimination de toutes les formes de violence fondée sur la discrimination entre les sexes pour assurer l'égalité et le respect de la dignité humaine, selon une approche globale axée sur la lutte contre ses différentes formes, à travers la prévention, la poursuite et la répression de ses auteurs, la protection et la prise en charge des victimes ».

En outre, la loi crée un certain nombre d'obligations à la charge de l'Etat afin de prévenir la violation à l'égard de la femme et des enfants qui résident avec elle, protéger les femmes victimes de violence ainsi que les enfants, réprimer les actes de violence et mettre les stratégies nationales en vue de renforcer la sensibilisation du public et des administrations amenées à traiter de cette problématique (articles 4, 5, 13 et 14).

Dans son chapitre III intitulé « Des infractions de violence à l'égard des femmes », la loi abroge et remplace les dispositions du code pénal relatives aux infractions ayant pour objet de réprimer les actes de violence à l'égard des femmes. Parmi les infractions qui ont été modifiées par la loi organique, figure le harcèlement. Qui fera l'objet de notre analyse.

De prime abord, nous pouvons considérer que l'amendement des dispositions du code pénal incriminant le harcèlement s'insère dans une logique de renforcement maximal de la protection des femmes contre les violences fondées sur le genre. Toutefois, les termes de l'article 226 ter nouveau ne

2. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, J.O.R.T n°65 du 15 août 2017, p. 2605.

3. <http://maghreb.unwomen.org/fr/actualites-evenements/actualites/2017/07/vote-loi-contre-violences-tunisie>

4. L'article 1er de la loi dispose que : « Article premier - La présente loi vise à mettre en place les mesures susceptibles d'éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes fondée sur la discrimination entre les sexes afin d'assurer l'égalité et le respect de la dignité humaine, et ce, en adoptant une approche globale basée sur la lutte contre les différentes formes de violence à l'égard des femmes, à travers la prévention, la poursuite et la répression des auteurs de ces violence et la protection et la prise en charge des victimes ».

contiennent aucune référence aux femmes. En effet, la nouvelle formulation de l'article précité a maintenu la généralité des propos qui caractérisait la définition du harcèlement en droit tunisien⁽⁵⁾. Les deux versions utilisent le terme « autrui » sans spécifier que la victime de l'acte incriminé ne soit forcément et exclusivement une femme.

Nous pouvons donc nous interroger sur le lien existant entre cette définition du harcèlement et la discrimination fondée sur le genre. En effet, malgré la consécration des valeurs droit-de l'homme visible à travers le lien qui a été fait entre l'acte à connotations sexuelles et son effet sur la victime à savoir l'« atteinte à la dignité », aucune mention n'a été faite et aucun rapprochement n'a été opéré entre le harcèlement et les discriminations fondées sur le sexe.

Il convient de signaler que le droit européen a été clair sur ce point. En effet, la Directive 2002/73 / CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 / CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de promotion, et conditions de travail⁽⁶⁾; a modifié dans son article 1er la directive 76/207 / CEE en établissant un lien entre le sexe d'une personne et le comportement indésirable lié au sexe.

Le harcèlement a été défini comme suit « harcèlement: lorsqu'un comportement indésirable lié au sexe d'une personne a pour but ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. (...) Le harcèlement et le harcèlement sexuel au sens de la présente directive sont considérés comme étant des discriminations fondées sur le sexe et sont donc interdits ». Cette directive a été transposée en droit français. Par ailleurs, le rapport soumis au sénat⁽⁷⁾ à l'occasion de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, a insisté sur la nécessité de mettre au clair le lien existant entre le harcèlement et la discrimination basée sur le sexe.

5. Voir, Sakli (I), Le harcèlement sexuel dans les relations de travail, Mémoire en vue de l'obtention du Mastère en droit des affaires, Université de Sousse, Faculté de droit et des sciences économiques et politiques de Sousse, pp. 18-19.

6. Journal officiel n° L 269 du 05/10/2002 p. 0015 – 0020
<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:EN:HTML>

7. Rapport d'information n° 252 (2007-2008) de Mme Christiane Hummel, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 1er avril 2008, http://www.senat.fr/rap/r07-252/r07-252_mono.html#toc85

Bien que dans l'article premier de la loi organique il a été mentionné que : « La présente loi vise à mettre en place les mesures susceptibles d'éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes fondée sur la discrimination entre les sexes afin d'assurer l'égalité et le respect de la dignité humaine ». Il aurait été souhaitable que le législateur tunisien saisisse l'occasion de l'adoption de la loi organique pour intégrer dans la définition même du harcèlement ce lien existant entre la commission de l'infraction et la discrimination basée sur le sexe.

Il n'en demeure pas moins que la loi organique est d'un grand apport en matière de lutte contre la discrimination. C'est dans cet ordre d'idée que nous allons nous attarder sur l'analyse des spécificités du harcèlement sexuel, tel que défini par la loi intégrale, dans son article 226 ter nouveau⁽⁸⁾ portant modification de l'article 226 ter du code pénal⁽⁹⁾.

Nous allons donc présenter les apports de la loi intégrale au niveau des éléments constitutifs de l'infraction (I), pour mettre l'accent par la suite sur les lacunes et les insuffisances de cette nouvelle législation (II).

8. Article 226 ter (nouveau) : « Est puni de deux (2) ans d'emprisonnement et d'une amende de cinq (5) mille dinars celui qui commet le harcèlement sexuel. Est considéré comme harcèlement sexuel toute agression d'autrui par actes ou gestes ou paroles comportant des connotations sexuelles qui portent atteinte à sa dignité ou affectent sa pudeur, et ce, dans le but de l'amener à se soumettre aux désirs sexuels de l'agresseur ou ceux d'autrui, ou en exerçant sur lui une pression dangereuse susceptible d'affaiblir sa capacité à y résister. La peine est portée au double, si : - la victime est un enfant, - l'auteur est un ascendant ou descendant de la victime, quelqu'en soit le degré, - l'auteur a une autorité sur la victime ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, - l'infraction commise est facilitée par la situation de vulnérabilité apparente de la victime, ou connue par l'auteur, Le délai de prescription de l'action publique concernant l'infraction de harcèlement sexuel commise contre un enfant court à compter de sa majorité ».

9. L'article 226 ter dispose que : « Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de trois mille dinars, celui qui commet le harcèlement sexuel. Est considéré comme harcèlement sexuel toute persistance dans la gêne d'autrui par la répétition d'actes ou de paroles ou de gestes susceptibles de porter atteinte à sa dignité ou d'affecter sa pudeur, et ce, dans le but de l'amener à se soumettre à ses propres désirs sexuels ou aux désirs sexuels d'autrui, ou en exerçant sur lui des pressions de nature à affaiblir sa volonté de résister à ses désirs. La peine est portée au double lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un enfant ou d'autres personnes particulièrement exposées du fait d'une carence mentale ou physique qui les empêche de résister à l'auteur du harcèlement ».

I - L'APPORT DE LA NOUVELLE LOI AU NIVEAU DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU CRIME

La lecture comparée des deux versions de l'article 266 ter du code pénal conduit à conclure que ce qui a vraiment changé par rapport à l'ancienne rédaction de cet article apparaît à travers deux mesures essentielles, à savoir l'aggravation de la peine et l'abandon du caractère répétitif des actes, gestes ou paroles constituant le harcèlement.

Pour ce qui est de l'aggravation de la peine, la nouvelle législation a doublé la peine ainsi que le montant de l'amende. Dans l'ancienne version de l'article 266 ter, le montant de l'amende infligée en cas de harcèlement s'élève à trois mille dinars, dans la nouvelle législation elle s'élève à cinq mille dinars. Pour ce qui est de la peine applicable, elle est passée d'un an à deux ans. Cette augmentation a une valeur dissuasive visant à faire reculer ces pratiques souvent banalisées. La campagne médiatique qui a accompagné l'adoption de la loi organique a d'ailleurs mis l'accent sur les peines que risquent les potentiels auteurs du harcèlement. L'impact de cette mesure ne pourra quant à lui être mesurable et quantifiable qu'après l'examen de l'évolution des statistiques relatives aux nombres de cas de harcèlement enregistrés après l'entrée en vigueur de la loi organique. Hormis cet apport, relatif à la nature de la peine, c'est le second qui demeure le plus marquant puisqu'il est venu se distinguer et se démarquer de la définition classique du harcèlement. C'est cet aspect qui fera l'objet de notre analyse dans cette première partie.

A- L'abandon de la répétitivité dans la caractérisation de l'acte

Le deuxième apport de la nouvelle législation consiste dans l'abandon du caractère répétitif des actes constitutifs du harcèlement, qui était retenue dans l'ancienne définition. En effet, l'ancien article 266 ter disposait qu'il : «Est considéré comme harcèlement sexuel toute persistance dans la gêne d'autrui par la répétition d'actes ou de paroles ou de gestes susceptibles de porter atteinte à sa dignité ou d'affecter sa pudeur, et ce, dans le but de l'amener à se soumettre à ses propres désirs sexuels ou aux désirs sexuels d'autrui, ou en exerçant sur lui des pressions de nature à affaiblir sa volonté de résister à ses désirs ».

La lecture de la nouvelle version montre l'abandon de ce critère de persistance. En effet, l'article 266 ter nouveau dispose qu'il : « Est considéré comme harcèlement sexuel toute agression d'autrui par actes ou gestes ou paroles comportant des connotations susceptibles de porter atteinte à sa dignité ou d'affecter sa pudeur, et ce, dans le but de l'amener à se soumettre aux propres désirs sexuels de l'agresseur ou aux désirs sexuels d'autrui, ou en exerçant sur lui une pression de nature à affaiblir sa capacité de résister à ces pressions ».

La persistance par la répétition était la caractéristique des actes, faits et paroles qui constituent le harcèlement. Cet abandon, pourrait se justifier par la volonté de renforcer la protection des femmes, qui ne devraient pas attendre la répétition des éléments constitutifs du délit pour pouvoir constater son existence. Toutefois, il est aussi logique d'entendre par le terme « harcèlement » la répétition de ce comportement gênant. D'ailleurs, le sens étymologique du mot harceler est de « soumettre quelqu'un, un groupe à d'incessantes petites attaques »⁽¹⁰⁾.

Par ailleurs, l'article 34 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique connu sous le nom de la Convention d'Istanbul⁽¹¹⁾ (12 avril 2011) qui ne lie pas la Tunisie, mais qu'on trouve intéressant de citer, retient le critère de la répétitivité qui a été abandonné par le législateur tunisien, mais qui pourrait faciliter la preuve et la démonstration de la survenue du harcèlement et de son sérieux.

Le droit français exige également la répétitivité pour constater le harcèlement. En effet, l'article 222-33 du code pénal français distingue entre le harcèlement sexuel et le harcèlement sexuel par assimilation, il dispose que : « Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

10. Dictionnaire Larousse de langue française.

11. L'article 34 de la Convention d'Istanbul relatif au harcèlement dispose que : « Les parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, d'adopter, à plusieurs reprises, un comportement menaçant dirigé envers une autre personne, conduisant celle-ci à craindre pour sa sécurité ».

Il est donc raisonnable de se demander sur la raison d'être de l'abandon du caractère répétitif comme élément constitutif de l'infraction. Cet abandon de la répétitivité est justifié par le souci de protection des victimes. On ne pourrait exiger de la victime de tolérer un certain seuil d'actes, paroles ou gestes humiliants ou dégradants avant de constater l'existence du harcèlement. Toutefois, cet abandon risque de créer une contradiction entre le sens courant du harcèlement et sa qualification juridique. En effet, « afin qu'il soit en harmonie avec son sens courant, le harcèlement implique nécessairement cette multiplicité au-delà de deux actes, traduisant une répétition constante du comportement et s'étalant dans la durée, afin qu'une pression pèse perpétuellement sur la victime des agissements⁽¹²⁾».

Nous trouverons cette logique en droit français, qui tout en gardant la répétitivité comme caractéristique du fait incriminé, a considéré qu'un seul agissement à connotation sexuelle portant atteinte à la dignité peut constituer un comportement discriminatoire. En effet, l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations dispose que : « La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »⁽¹³⁾.

La Cour de cassation française a considéré dans un arrêt récent⁽¹⁴⁾ que : « la qualification de harcèlement sexuel peut être retenue y compris pour un acte unique d'une particulière gravité ; qu'en affirmant qu'un fait isolé ne pourrait pas caractériser un harcèlement moral, la cour d'appel a violé l'article L. 1153-1 du code du travail »⁽¹⁵⁾. Il en résulte que la qualification de harcèlement est justifiée par la gravité de l'acte qui a lui seul est passible de caractériser l'élément matériel du délit.

De ce qui précède, nous pouvons déduire que le législateur tunisien a préféré renforcer la protection des femmes contre la violence en allégeant les exigences de la répétition. Sauf que l'abandon de la répétitivité pourrait faire surgir quelques difficultés au niveau de l'application de la loi.

12. Paradiso (Sylvana), Les infractions de harcèlement, éd. L'Harmattan, 2013, Paris, p. 27.

13. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>

14. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 mai 2017.

15. Disponible sur le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034781209&fastReqId=43695129&fastPos=1>

En effet, certains auteurs considèrent que parfois les limites entre la séduction, la liberté de séduire et le harcèlement sont assez poreuses. L'abandon du critère de répétitivité n'aboutirait-il pas à condamner tout « séducteur maladroit »⁽¹⁶⁾ qui ne sait pas soigner sa manière et choque par ses propos inconvenants ? La détermination des faits portant atteinte à la dignité⁽¹⁷⁾ et à la pudeur n'est-elle pas dépendante de l'appréhension subjective de la personne ?

Le critère déterminant dans la distinction entre un acte de séduction et le harcèlement demeure le consentement. La jurisprudence française a considéré que le fait d'insister au point de gêner la personne qui n'apprécie pas les avances est passible de transformer la séduction en harcèlement⁽¹⁸⁾.

-
16. Voir. Sakli (I), Le harcèlement sexuel dans les relations de travail, Mémoire en vue de l'obtention du Mastère en droit des affaires, Université de Sousse, Faculté de droit et des sciences économiques et politiques de Sousse, p. 28, Duvert (C), « Dix ans de harcèlement La naissance litigieuse de l'intégrité psychique », in. Esprit «Harcèlement, filiation, inceste: le désarroi des tribunaux», Numéro 384, mai 2012, pp. 46-60, Vouin (R), « Permis de séduire et code pénal français », in. Mélanges en hommage à Jean Constant, Publication de la Faculté de droit de Liège, 1971, pp. 403-414, Mayaud (Y), « De la séduction au harcèlement ou du licite à l'illicite », Revue des sciences criminelles et du droit pénal comparé, n°1, janvier-mars 1998, pp. 105-107.
17. La notion de dignité en droit et la difficulté de cerner les catégories d'actes pouvant lui porter atteinte a fait l'objet de controverses et a fait couler beaucoup d'encre, voir. Fabre-Magnan (M), « La dignité en droit : un axiome », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2007/1 (Vol. 58) pp. 1-30. L'auteur considère que : « L'une des conséquences, et l'une des difficultés, de la transformation du principe de dignité en concept juridique a été de devoir lui donner une définition. Nommer implique, en droit tout particulièrement, de définir, car tout nom de la loi est une qualification juridique qui déclenche l'application d'une règle de droit. Nommer implique, en droit tout particulièrement, de définir, car tout nom de la loi est une qualification juridique qui déclenche l'application d'une règle de droit. La définition de la dignité est délicate, et son contenu relève d'une interprétation casuistique et évolutive qui varie d'un pays à un autre, même au sein de l'Union européenne. Ces difficultés de qualification sont cependant le lot de multiples autres notions juridiques, et ne sont certainement pas une raison suffisante pour les maintenir hors du droit ». Voir également, Bernard (G), « L'évolution de la notion de dignité en droit », Intervention, à l'invitation de M. le professeur Christian Hervé, dans le cadre du 7e séminaire d'experts (Paris, 5-6 déc. 2007) organisé par l'Institut international de recherche en éthique biomédicale sur le thème « Généticisation et responsabilités » disponible sur le lien suivant: <http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/Dalloz%202008%20p9-18.pdf>
18. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 janvier 2014, 12-20.497, Inédit, la Cour de cassation française a considéré que : « Mais attendu que la cour d'appel, qui constate que le salarié a fait parvenir à une jeune femme qui travaillait dans l'entreprise de longs courriers manuscrits, de nombreux courriels par lesquels il lui faisait des propositions et des déclarations, qu'il lui a exprimé le souhait de la rencontrer seule dans son bureau, lui a adressé des invitations qu'elle a toujours refusées, lui a fait parvenir des bouquets de fleurs et a reconnu sa propre insistance ou sa lourdeur et que leur différence d'âge, d'ancienneté dans l'entreprise et de situation professionnelle auraient dû l'inciter à plus de réserve et de respect vis-à-vis de cette salariée nouvellement embauchée, a pu en déduire que ces faits étaient constitutifs de harcèlement sexuel ; que par ces seuls motifs, elle a justifié sa décision », <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTex te=JURITEXT000028551500&fastReqId=1553738803&fastPos=1>

L'abandon de l'exigence de la répétitivité des faits générateurs de la gêne et de l'effet néfaste sur la femme, produit également une autre conséquence juridique. Il s'agit de brouiller les frontières entre le harcèlement et le harcèlement par assimilation.

B - La confusion entre le harcèlement et le harcèlement par assimilation du fait de l'abandon de la répétitivité

Le choix du législateur d'abandonner la condition de la répétitivité dans la caractérisation de l'élément matériel du harcèlement n'est pas sans conséquences juridiques. En effet, le critère de distinction entre le harcèlement par agissements répétés et le harcèlement assimilé par agissement unique n'est plus de mise. Cet abandon complique donc la distinction entre les deux catégories d'autant plus que le législateur a mixé les deux critères de détermination de l'élément matériel. D'un côté il a considéré qu'est constitutif de harcèlement « toute agression d'autrui », mais d'un autre côté il précise que l'agression est constituée par « actes ou gestes ou paroles ... ».

On se pose donc la question de savoir si le législateur n'a fait que considérer tout un ensemble d'actes ou gestes ou paroles comme constituant un fait unique caractérisable comme harcèlement. De ce fait, d'un point de vue matériel, nous n'avons pas rompu avec le sens courant du harcèlement à savoir les agissements répétés. Ce choix délibéré du législateur, qui force est de constater, repose sur une contradiction dans l'emploi du langage puisqu'on abandonne d'un côté un élément fondamental et qui fait la « singularité conceptuelle du harcèlement⁽¹⁹⁾ » pour employer au pluriel les faits et comportements constitutif du délit.

Ceci, nous conduit à avancer une hypothèse selon laquelle nous considérons que le législateur, en voulant renforcer la protection des femmes contre le harcèlement, il gardé l'élément de la répétition de l'acte, au moins deux fois puisque le mot se présente au pluriel, mais a écarté l'exigence de

19. Paradiso (Sylvana), Les infractions de harcèlement, éd. L'Harmattan, 2013, Paris, p. 25. L'auteur démontre que le harcèlement se distingue des notions comme l'habitude et la réitération, elle considère que : « La singularité conceptuelle du harcèlement à l'égard des notions d'habitude et de réitération se manifeste dans deux hypothèses. D'une part, lorsqu'il implique une répétition du comportement, dans la mesure où, au-delà de ce point commun avec l'habitude et la réitération, il impose des exigences différentes. D'autre part, en ce qui concerne le harcèlement sexuel assimilé, car ce délit formellement qualifié de harcèlement par le législateur ne remplit pas la condition de répétition imposée par l'habitude ou la réitération, puisqu'un agissement unique est suffisant quant à sa caractérisation », p. 25.

la persistance, l'habitude et la réitération ⁽²⁰⁾ des faits. La jurisprudence française⁽²¹⁾ a exigé dans certaines décisions que les faits qualifiés de harcèlement devrait être répétés au point d'avoir des effets néfastes sur la victime. Le caractère occasionnel, non continu et espacé dans le temps du comportement gênant ne peut pas le rendre passible d'être qualifié de harcèlement puisque l'espacement n'est pas en mesure de créer une pression sur la victime. Il en résulte que « le harcèlement ne peut s'assimiler à une simple répétition du comportement, mais exige une consistance dans la répétition, qui doit de ce fait s'effectuer à une certaine fréquence⁽²²⁾ ». Il s'agit d'une compréhension et d'une interprétation cohérente du harcèlement qui ne dissocie pas son sens courant de son sens juridique surtout qu'en matière pénale, la rigueur est de mise.

D'ailleurs, l'intensité de la pression constitutive de l'élément matériel dans le cas d'un harcèlement par assimilation justifie l'abandon de la répétitivité des faits. Le texte de l'article 226 ter nouveau, dispose que la « pression dangereuse susceptible d'affaiblir sa capacité à y résister » est considérée comme harcèlement sexuel ». Cette définition du harcèlement assimilé par acte unique est demeuré inchangée pour l'essentiel.

Il nous semble que du moment où le législateur a abandonné le critère de la répétition de l'acte à l'origine de l'effet néfaste engendré sur la victime, il aurait été préférable d'introduire un nouveau critère de distinction entre des deux formes de harcèlement. Le législateur aurait pu considérer le harcèlement assimilé comme un chantage sexuel et créer de la sorte une nouvelle infraction autonome au lieu de garder l'ancienne.

Le nouvel article 226 ter du code pénal, dans une volonté de renouveau, a brouillé les frontières entre ces deux infractions. Son bilan mitigé ne s'arrête pas là puisqu'il faut relever également ses lacunes et insuffisances.

20. Ibid., voir les développements de l'auteur sur « les infractions impliquant la matérialisation d'agissements répétés ...traditionnellement conceptualisées au travers la notion d'habitude et parfois de réitération », p. 19 et suivantes.

21. CA Paris, 8 juin 2001, Juris-Data n°2001-150369.

22. Paradiso (Sylvana),op.cit., p.29.

II - LES LACUNES DE L'ARTICLE 226 TER NOUVEAU DU CODE PENAL

Les insuffisances de l'article 226 ter nouveau du code pénal apparaissent à deux niveaux, à savoir au niveau de la confusion qu'il génère avec les institutions voisines ainsi qu'à son caractère lacunaire. L'article ne fait aucune référence au cadre spatial de l'acte générateur de l'effet néfaste sur la victime. Ces éléments peuvent avoir une conséquence sur la qualification et la caractérisation de l'acte et il aurait été judicieux de les mentionner.

A - La confusion avec les institutions voisines

Le nouvel article 226 ter nouveau du code pénal est à la fois un article lacunaire et passible d'aboutir à une confusion entre des institutions juridiques différentes. En introduisant le terme « agression » à la définition du harcèlement⁽²³⁾, le législateur a renforcé le risque de confusion entre le harcèlement et l'attentat à la pudeur. L'agression sexuelle sous-entend la survenue d'actes physiques tels que les attouchements. Or, le harcèlement devrait s'entendre comme des actes, paroles ou gestes exercés sur la victime afin de l'intimider en vue de réaliser les désirs sexuels de l'harceleur. Ce qui signifie que le harcèlement est une phase qui précède le contact physique avec la victime.

Cette définition large adoptée par le législateur pourrait induire en erreur et provoquer le glissement d'une catégorie à une autre, voire même la confusion entre deux infractions autonomes. Pourtant, l'attentat à la pudeur a été défini par la Cour de cassation tunisienne à maintes reprises. Dans son arrêt n° 3818 du 15 septembre 1965⁽²⁴⁾, la Cour de cassation a défini l'attentat à la pudeur comme tout acte impudique exercé intentionnellement sur le corps et les parties intimes de la victime et qui est de nature à blesser sa pudeur.

L'usage du terme « agression d'autrui » dans la nouvelle loi incriminant le harcèlement rappelle la proximité entre les deux infractions et un temps pendant lequel le harcèlement sexuel était poursuivi sur le fondement des

23. L'article 226 ter nouveau dispose que « Est considéré comme harcèlement sexuel toute agression d'autrui ... ».

24. انظر نشريّة محكمة التعقيب لسنة 1965 قسم جزائي ص. 132 انظر كذلك قرار تعقيبي جزائي لمحكمة التعقيب بدواثرها المجتمعة عدد 6417 مؤرخ في 16 جوان 1969 عرفت فيه محكمة التعقيب الفعل الفاحش بأنه «كل فعل منافع للحياء يقع قصدا ومباشرة على جسم الذكر أو الأنثى أو على عورتها». انظر نشريّة محكمة التعقيب لسنة 1969 قسم جزائي ص. 175.

articles 228 et 229 du code pénal relatifs à l'attentat à la pudeur. En effet, la Cour de cassation tunisienne dans son arrêt n° 103163 du 3 février 1999⁽²⁵⁾ avait qualifié d'attentat à la pudeur des faits devant être qualifiés de harcèlement et qui étaient exercés sur un enfant qui souffrait d'un déficit mental. La jurisprudence française a procédé de la même manière et a condamné à deux reprises pour attentat à la pudeur des affaires de harcèlement⁽²⁶⁾. L'usage du terme « agression » par le nouvel article 226 ter nouveau, ne nous semble donc pas judicieux et brouille les pistes au lieu de les éclairer d'avantage.

B - L'absence de toute allusion à la spatialité des actes générateurs de l'effet indésirable sur la victime

Il convient également de mentionner que l'article 226 ter nouveau est lacunaire sur un autre aspect. L'ancien article 226 ter ne faisait aucune référence aux différents cadres et espaces dans lesquels le harcèlement pourrait survenir et qui pourraient avoir un rôle dans l'intimidation de la femme et qui faciliteraient la violence qui est exercée sur elle. L'article 226 ter nouveau ne mentionne pas explicitement la spatialité de l'acte incriminé. Mais, nous pouvons déduire, à travers les dispositions relatives aux cas d'aggravation de la peine, le cadre particulier qui pourrait avoir une incidence sur la survenue de l'infraction. En effet, c'est le cadre particulier de l'infraction qui justifie de la situation de vulnérabilité dans laquelle peut se trouver la femme victime de violence.

L'article 226 ter nouveau du code pénal dispose que : « La peine est portée au double, si : - la victime est un enfant, - l'auteur est un ascendant ou descendant de la victime, quelqu'en soit le degré, - l'auteur a une autorité sur la victime ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, - l'infraction commise est facilitée par la situation de vulnérabilité apparente de la victime, ou connue par l'auteur ». A travers la lecture de ce passage, nous pouvons retenir trois situations dans lesquels le harcèlement pourrait survenir. Il s'agit du cadre familial, du cadre professionnel et de la situation de vulnérabilité apparente.

25. نشرة محكمة التعقيب قسم جزائي 1999 ص. 126.

26. Le Tribunal correctionnel de Lille a condamné à deux reprises pour attentat à la pudeur au cours de l'année 1992 (16 janvier et 25 juin), cité par Sakli (I), op.cit. p.33.

L'introduction du cadre familial comme circonstance aggravante est tout de même une avancée considérable. En ce qui concerne le milieu professionnel⁽²⁷⁾, le texte n'a mentionné que l'abus d'autorité. Ce qui revient à réduire le harcèlement sexuel dans le milieu du travail à un seul cas de figure, à savoir le harcèlement vertical. Or, le harcèlement peut parvenir d'un collègue (harcèlement horizontal) ou même d'un employé de la victime.

Afin de mieux saisir la situation de vulnérabilité favorisant la survenue du harcèlement. Il est judicieux d'examiner l'article 3 de la loi intégrale qui définit la situation de vulnérabilité comme étant « la situation dans laquelle la femme croît être obligée de se soumettre à l'exploitation et à la violence résultant notamment du fait de son âge, jeune ou avancé, de l'état de maladie grave, de l'état de grossesse, ou la carence mentale ou physique qui l'empêche de résister à l'auteur des faits ». Malheureusement, la vulnérabilité économique de la femme n'a pas été mentionnée. Or, même en dehors du cadre professionnel, la vulnérabilité économique de la femme pourrait justifier le harcèlement qu'elle subit.

Le législateur a également omis de mentionner que le harcèlement pourrait survenir dans le milieu scolaire ou même dans la rue et c'est là où il serait plus difficile de le prouver et de le caractériser. D'ailleurs, lors de l'adoption de la loi intégrale un grand débat a été provoqué sur la différence entre la drague et le harcèlement. Des campagnes de sensibilisation ont été programmées pour démontrer que le consentement, la nature des propos et du comportement permettent de distinguer entre les deux faits.

Le cadre spatial est un élément fondamental dans la détermination de l'effet engendré sur la victime, puisque les actes gênants survenus dans un lieu clos peuvent être plus menaçants ou dangereux pour la victime que ceux survenus en public où elle peut se sentir protégée par la présence de la foule.

27. Dans cet ordre d'idée, il est opportun de mentionner que le législateur français a spécifié le harcèlement dans le milieu professionnel et l'a incriminé dans la législation du travail. L'article L 1153-1 dispose qu' « aucun salarié ne doit subir des faits : 1. Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; 2. Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. L'article L 1153-6 du code de travail dispose que : « Tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire ». Article L 1155-2 du code de travail : « Sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel définis aux articles L 1152-2, L 1153-2 et L 1153-3 ». Consulter également, Le Harcèlement sexuel dans les relations de travail, Mémoire préparé par Benoist Lanselle, Université Paris II Panthéon-Assas, année universitaire 1998-1999.

L'INCRIMINATION DE LA VIOLENCE MORALE

Salma BEN AYED

Maitre-assistante à
L'Institut Supérieur des Etudes
Appliquées en Humanités
Université de Tunis

La violence à l'égard des femmes a été le centre d'intérêt de différents militants et gouvernants depuis des décennies. C'est un fléau mondial traité en tant que sujet de droit de l'Homme et de Santé Publique⁽¹⁾. En Tunisie, L'adoption de la loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017 a renforcé la protection des droits fondamentaux des femmes. L'adoption de ce processus nouveau de défense a été rendu possible après une gestation difficile et des hésitations innombrées ; avant cela, le constat des violences subies par les femmes était relégué au dernier plan. L'inaction et le déni n'étaient plus justifiables face à la situation critique des femmes violentées⁽²⁾.

-
1. La lutte contre toutes les formes de violences à l'égard des femmes est un instrument international intégré par la majorité des législations. Le 17 avril 2014, la Tunisie a notifié à l'ONU la levée des réserves sur la CEDAW tout en maintenant la Déclaration générale. Cette date constitue un acquis important renforçant les actions entamées par la société civile.
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/fconvention.htm>
<http://www.unwomen.org/fr/digital-library/publications/2018/6/annual-report-2017-2018>
 2. Enquête nationale sur la Violence à l'égard des femmes en Tunisie, Rapport Principal, Juillet 2010. République Tunisienne, Ministère de la Santé, ONFP, AECID : L'enquête nationale sur la violence à l'égard des femmes en Tunisie. Rendue publique en 2011, a révélé des taux alarmants de tous types de violences. 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 : - La violence physique 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 physiques, 22,1% des cas, de violences économiques, 16,7%, des cas de violences psychologiques.

C'est l'adoption de la nouvelle constitution⁽³⁾ qui a insufflé le changement tant attendu. Les droits des femmes font désormais partie de l'ensemble des droits constitutionnels à protéger.

Les revendications des femmes, en constante évolution, ont été portées par la société civile et entendues par les organismes internationaux. Plusieurs initiatives et actions entreprises jusque là, ont permis de construire un idéal à atteindre. La réaction sociale face aux violences faites aux femmes s'est colorée d'une prise de conscience générale des droits humains.

Le nouvel ordre public pénal devait donc traduire une vision renouvelée de la Famille. Ce noyau social autrefois impénétrable, fait désormais l'objet d'une attention particulière de la part du législateur. Lorsque des personnes viennent perturber la nature saine de cette famille et tentent de se disculper au nom de l'Autorité ou de l'Honneur, la sanction tombe pour rétablir l'ordre.

La Famille est redéfinie: Les contours de l'Autorité sont délimités par rapport au principe de l'intérêt supérieur de l'Enfant. L'Honneur devait être protégé en droit pénal, par la seule référence au Consentement. La réforme de la loi pénale étudiée dans sa globalité, nous permet de déceler un peu d'ordre dans le désordre. La protection de la famille, en tant que tissu important de la société, a été réaffirmée par une individualisation de la protection. Le législateur élargit le cercle des personnes à protéger pour englober les enfants vivants avec leur mère victime directe de violence⁽⁴⁾. Par ailleurs, la défense de l'honneur n'est plus considérée comme une circonstance atténuante du crime mais comme possible critère d'aggravation de la peine⁽⁵⁾; tout cela pour dire que la protection est renouvelée en des règles plus répressives en tenant compte beaucoup plus de la victime que du criminel.

3. L'art.46 de la constitution Tunisienne de janvier 2014 dispose que « 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 ».

4. La loi organique N° 2017-58 du 11 Août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes: Article 3 dernier alinéa définit la victime et l'article 4 précise les engagements de l'Etat en ce qui concerne la politique de protection des femmes et enfants qui résident avec leur mère. J.O.R.T 15/8/2017. N 65.

Les enfants sont considérés comme victimes directes de violences morales par le législateur. Les psychologues expliquent autrement cet état de victime en considérant les enfants comme des «victimes silencieuses» pouvant souffrir de troubles affectifs et comportementaux. Marine Lemant, « Enfants témoins de violence conjugale: Quel devenir adulte? » Les violences faites aux femmes. Ed. (S. Dir) . Ed. La route de la soie, 2017 (346 p) p 245

5. Chapitre III Des infractions de la violence à l'égard des femmes. La loi organique N° 2017-58 du 11 Août 2017

L'introduction des «droits des femmes» dans le vocabulaire juridique fait référence à l'adoption d'une nouvelle catégorisation criminelle : un droit spécial nouveau non exclusif d'une typologie d'infractions et de criminels mais plutôt orientée vers la Victime.

Les termes, tels que Sexisme et violences dans la sphère publique ou privée, nécessitaient une reformulation pour être traduites en règles juridiques abstraites et universelles. Ces nouvelles notions révèlent la conscience collective émergeant de la lutte contre les violences faites aux femmes⁽⁷⁾. Les puristes du droit useront et s'useront à employer des termes plus classiques et tarderont à intégrer des notions en constante élaboration. Curieusement le législateur, à travers cette loi, intègre sans réserves ces nouvelles notions dans la partie à caractère pédagogique sans proposer des moyens concrets⁽⁸⁾. Les mesures affirmatives mettent la barre des attentes très haut. Les résistances risquent de se construire par manque d'évaluation concrète de l'application de la nouvelle loi et l'absence de moyens financiers et humains importants.

Définition des termes et distinctions

Le choix des termes dans ce domaine devrait faciliter l'interprétation stricte du texte. Suivant le principe de la légalité criminelle, le texte d'incrimination doit être clair et précis pour permettre la détermination des auteurs de l'infraction et exclure l'arbitraire dans le prononcé de la peine⁽⁹⁾.

L'utilisation de termes à sens variable, ne va pas avoir l'impact souhaité dans la lutte contre la violence morale. Les termes, tels que Dignité et Pudeur, pourraient vraisemblablement être interprétés subjectivement et différemment d'un juge à un autre. Les personnes visées par cette loi sont les femmes et les enfants vivants avec leurs mères victimes de violences.

-
6. Christophe André, Droit pénal spécial, Ed. Dalloz 2017. 504 p.
 7. C. Mesmin S. Bressler (Dir), Les violences faites aux femmes, Ed. La route de la soie, 2017 (346 p) p. 25 ; Sophie Maurel, « Maryse Jaspard, Les violences contre les femmes », Lectures [En ligne], Les comptes rendus, 2005, mis en ligne le 01 octobre 2005, consulté le 15 octobre 2019.
URL : <http://journals.openedition.org/lectures/208>
 8. La loi organique N° 2017-58 du 11 Août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes, comporte au premier chapitre des dispositions relatives à la prévention et à la protection des violences à l'égard des femmes. La politique législative offre une protection poussée mais sans être suivie de moyens concrets.
 9. Bertrand de Lamy « Dérives et évolution du principe de légalité en droit pénal français: Contribution à l'étude des sources du droit pénal français.» in, Erudit Journals Les Cahiers de droit Volume 50, Number 3-4, septembre-décembre 2009, pp. 455-1047. (Article en ligne consulté le 3 mars 2018.)
PH. Conte P.M Du Chambon, Droit pénal général. 7ème Ed. Paris A. Collin p. 65

La reconnaissance de la vulnérabilité de ces personnes suppose donc l'adoption de mesures pratiques et efficaces.

Le terme violence employé au singulier fait référence au concept de droit civil qui signifie: Le « fait de nature à inspirer une crainte telle que la victime donne son consentement à un acte que sans cela, elle n'aurait pas accepté⁽¹⁰⁾. » Le même terme est généralement utilisé en droit pénal au pluriel. C'est un terme suffisamment large pour désigner les actes les plus divers. « Il peut s'agir d'un acte de contact direct entre l'auteur et la victime, un contact indirect comme à travers l'utilisation d'une arme. Il peut s'agir également d'une absence de contact tel un acte entraînant un trouble psychique (exemple des coups répétés contre la porte)⁽¹¹⁾.

«Les violences» est un terme générique qui, dans le code pénal, désigne l'ensemble des infractions constituant une atteinte à l'intégrité de la personne; et « *la violence au sein du couple est une circonstance aggravante résultant d'une relation de couple entre l'auteur de la victime de certaines infractions prévues par la loi* »⁽¹²⁾.

La violence morale, objet de cette étude, est définie par le législateur à l'article 3 de la loi N° 2017-58 du 11 août 2017, comme étant « toute agression verbale, telle que la diffamation, l'injure, la contrainte, la menace, l'abandon, la privation des droits et des libertés, l'humiliation, la négligence, la raillerie, le rabaissement et autres actes ou paroles portant atteinte à la dignité humaine de la femme ou visant à l'intimider ou la dominer ».

L'étude de la violence morale portera sur la détermination de la notion et ses contours. Le législateur emploie des termes généraux; ce qui peut suggérer des sens variables. Il se refuse à utiliser des termes entrés dans le vocabulaire académique mais qui suscitent des débats tel que Genre et Partenaire intime: L'auteur du délit pourrait être le conjoint ex conjoint, fiancée ex fiancé. Une énumération choisie pour éviter d'utiliser un seul terme, celui de Partenaire Intime.

La violence morale ou psychologique est à distinguer de la maltraitance qui est généralement associée à la violence physique. La maltraitance est un concept utilisé en sociologie pour étudier les défaillances constatées en milieu

10. S. Guinchard. Th. Debard. Lexique des termes juridiques Dalloz 20ème ED. 2013.

11. Béatrice Géninet. L'indispensable du droit pénal. 2ème Ed. Studyrama 2004. p 128. 226 p.

12. Lexique des termes juridiques Dalloz 20ème ED. 2013.

de soins⁽¹³⁾ ou en milieu éducatif⁽¹⁴⁾. La maltraitance peut constituer une faute pénale. Elle « ne saurait désigner une catégorie de délit univoque, aisément identifiable et identifié⁽¹⁵⁾. » Les dommages résultants de la maltraitance sont principalement physiques contrairement à la violence morale. La notion de violence comporte un résultat pénal intentionnel et pas nécessairement un acte répétitif. Egalement, un simple choc émotif, ressenti par une personne fragile, ne peut pas constituer une violence morale.

La définition des Nations Unies de la violence morale est la suivante : Insulter, dire quelque chose de déplaisant, cracher, dénigrer ou se moquer de quelqu'un sont considérés comme des violences psychologiques⁽¹⁶⁾.

Les termes utilisés par la loi pour désigner la violence morale évoquent des actes, des paroles ou des gestes déclenchant l'émotion. Les criminologues analysent la violence à travers l'étude de la personnalité de l'auteur et de son comportement déviant. Afin de déterminer l'incrimination, la définition légale doit être précise; elle ne l'est pas lorsqu'elle est trop générale et consiste en l'énumération des actes et mots violents, comme c'est le cas de la loi brésilienne⁽¹⁷⁾. Cette loi comporte la définition la plus complète de la

-
13. Françoise Boissière Dubourg, De la maltraitance à la bienveillance. 2ème Ed. Lamarre 2015. 240 p.
 14. L. Gavarini, F. Petitot. La Fabrique de l'enfant maltraité. Ed. érès 1998.
 15. F. Schultheis, A. Frauenfelder, Ch. Delay in, Maltraitance. Contribution à une sociologie de l'intolérable. Ed. L'Harmattan Paris. 2007. 267 p. p. 31.
 16. *les violences sexuelles, c'est Importuner, siffler, se déshabiller devant quelqu'un, tenter de toucher, toucher, embrasser de force, faire des allusions à caractère sexuel. Les violences physiques sont les coups, blesser, pousser, bloquer, empêcher de bouger ou jeter quelque chose sur la personne.* United Nation Resolution G. A. 48/104. Declaration on the Elimination of Violence against Women. 85th plenary meeting: 20 December 1993: «....Affirming that violence against women constitutes a violation of the rights and fundamental freedoms of women and impairs or nullifies their enjoyment of those rights and freedoms, and concerned about the long-standing failure to protect and promote those rights and freedoms in the case of violence against women,...Recognizing that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men,.... Article 1 For the purposes of this Declaration, the term «violence against women» means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life.
 17. La violence morale y est détaillée comme étant « tout comportement qui provoque des dégâts affectifs et une réduction de l'estime de soi, ou qui empêche et limite le développement personnel, ou qui vise à rabaisser ou à contrôler les actes, les comportements, les croyances et les décisions de la femme, par le biais de la menace, de la mise dans l'embarras, de l'humiliation, de la manipulation, de l'isolement, de la surveillance constante, du harcèlement, de l'insulte, du chantage, de la raillerie, de l'exploitation, de la restriction de la liberté de mouvement ou de tout autre moyen portant atteinte à la santé psychologique de la femme et à sa maîtrise de son propre destin ; » violence against women in Brazil. A report to the committee on economic social and cultural rights. http://www.omct.org/files/2004/07/2409/eng_2003_02_brazil.pdf

violence⁽¹⁸⁾. Mais cette définition ne peut être salutaire dans un texte pénal faisant obstacle à toute interprétation large. Le principe de légalité et le risque d'arbitraire imposent de restreindre le champ de l'interprétation.

Champ de l'étude

La violence morale est citée par la loi comme un comportement anti social à combattre et comme un acte constituant un délit. La dualité de la finalité de la loi suggère cette perception différenciée de la violence morale. D'un côté, la loi impose une vision pédagogique à construire autour des programmes d'éducation, de formation et de médiatisation de la lutte contre les stéréotypes et insiste sur la prise en compte de toutes les formes de violences. D'un autre côté, la violence morale est intégrée en tant qu'outil d'incrimination individuelle, un délit indépendant des autres formes de violence.

La nature spécifique de cette violence impose le choix du domaine d'imputation. En effet, l'existence d'un ressenti de la recrudescence de la violence morale faite aux femmes, ne permet pas de qualifier tout propos violent en une infraction. C'est la nature des faits, la qualité de l'auteur et le degré de violence morale qui vont pouvoir permettre la traduction des propos violents en une infraction punie par la loi afin de limiter les abus possibles.

Intérêt de l'étude de la violence morale

Devant l'ineffectivité du principe de l'égalité à absorber les excès et gommer les différences⁽¹⁹⁾; les femmes n'ont cessé de demander la reconnaissance de droits spécifiques. La dynamique de ces mouvements a élevé ces droits aux plus hauts rangs. L'évolution de la protection spécifique aux femmes n'est pas la même au niveau géographique et au niveau de la typologie:

La parole donnée aux femmes a fait échos au militantisme dans des pays où l'activisme organisé était entré dans les mœurs démocratiques. Dans les pays arabes, paradoxalement, l'évolution juridique est venue de l'extérieur portée par une vision globale des droits de l'homme. Il fallait donner la parole aux femmes pour la considérer comme individu à part entière indépendamment de son appartenance à une famille, tribu ou caste.

-
18. Law Maria Da penha, N II. 340 of August 7 2006. Federal constitution, Brazil.
L. Kiss, A. Flavia Lucas d'Oliveira, C. Zimmerman, L. Heise, L. Blima Schraiber, Ch. Watts, «Brazilian policy responses to violence against women: Government strategy and the help-seeking behaviors of women who experience violence.» In, Health and human rights. N 64 Vol. 14. N 1 June 2012.
La loi brésilienne définit la violence familiale comme « toute action ou omission fondée sur le sexe et entraînant chez une femme la mort, des blessures, une souffrance physique, sexuelle ou psychologique, ou un préjudice moral ou patrimonial ». Elle comprend une liste détaillée des comportements interdits.
19. Sébastien Barle «Complexité et dualité du principe de l'égalité.» in, Hommes et Migrations Juillet-2001, (pp 83-89) www.persee.fr/doc/homig_1142-852x_2001_num_1232_1_3723

Au niveau de la typologie de la violence subie par les femmes, la violence morale a été longtemps niée dans des sociétés patriarcales où dominait le concept «d'immunité familiale»⁽²⁰⁾. L'intérêt théorique du sujet serait alors de préciser les contours de cette incrimination spéciale dans un milieu traditionnellement fermé. C'est dans la protection de la dignité de tous les membres de la famille que l'ordre social serait préservé.

L'Intérêt pratique du sujet ne peut être contesté dans un domaine où la question a été éludée pendant des décennies par les académiciens. Rares étaient les livres de droit pénal écrits en langue arabe qui font référence à la violence morale jusqu'à ces dernières années. Il faut dire que l'incrimination de la violence morale subie par les femmes a souvent été niée sous couvert de la sacralisation de la famille et de l'idéalisation du rôle des femmes «éternelles soumises».

Il reste que l'efficacité de la loi ne se mesure pas à des règles déclaratives mais se calcule en fonction du degré de conscience lors de la réception de la loi. La difficulté première résidait dans la définition des nouvelles notions et la détermination du champ d'application de la loi. En cela, le législateur s'est montré ambitieux et a fourni une notion élargie de la violence⁽²²⁾. Mais cette ambition ne saurait se traduire en une action concrète que si l'application de la loi se ferait dans sa globalité. L'objectif que s'est fixé le législateur se comprend aisément vu la gravité des violences subies par les femmes. A travers un volet pédagogique et répressif de la loi, toutes les formes de violences sont traitées.

20. محمد الجمي الحضانة العائلية في القانون التونسي والمقارن، ص 563 تونس. 2005
21. Certains écrits ne traitent pas de la violence morale en parlant des droits des femmes:

مجدي محمد جمعة
العنف ضد المرأة بين التجريم واليات المواجهة - دراسة تطبيقية على الاغتصاب والتحرش الجنسي. دار الجامعة الجديدة. 2014. ص 730
Mais les nouvelles études en général ne manquent pas de faire référence à ce genre de violence exemple:

مصطفى رشيد. جريمة العنف المعنوي ضد المرأة، الطبعة الأولى ص 284 المنهل، ص 237 المركز القومي للصادرات القانونية 2016 القاهرة
مريفان 2018 . : شيلان سلام محمد. المعالجة الجنائية للعنف ضد المرأة في نطاق الأسرة .

22. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes . Art. premier : « La présente loi vise à mettre en place les mesures susceptibles d'éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes fondée sur la discrimination entre les sexes afin d'assurer l'égalité et le respect de la dignité humaine, et ce, en adoptant une approche globale basée sur la lutte contre les différentes formes de violence à l'égard des femmes, à travers la prévention, la poursuite et la répression des auteurs de ces violences, la protection et la prise en charge des victimes.»

Art. 2 « La présente loi concerne toutes les formes de discrimination et de violence subies par les femmes fondées sur la discrimination entre les sexes, quel qu'en soient les auteurs ou le domaine. «

Art. 3 « Au sens de la présente loi, on entend par : - Femme : toute personne de sexe féminin de tout âge,

Enfant : toute personne de sexe masculin ou féminin, au sens du code de la protection de l'enfant,
- violence à l'égard des femmes : toute atteinte physique, morale, sexuelle ou économique à l'égard des femmes, basée sur une discrimination fondée sur le sexe et qui entraîne pour elles un préjudice, une souffrance ou un dommage corporel, psychologique, sexuel ou économique et comprend également la menace de porter une telle atteinte, la pression ou la privation de droits et libertés, que ce soit dans la vie publique ou privée.»

L'étude de la violence morale suggère la recherche de la spécificité de son intégration dans le droit pénal actuel, tout en précisant les limites de cette nouvelle incrimination.

La recherche de la détermination de l'infraction sera donc précédée par l'étude du phénomène anti social et les raisons amenant le législateur à qualifier la violence morale d'acte délictueux. La question du Pourquoi sera précédée par la question du Comment.

Pourquoi légiférer et comment va se traduire l'incrimination?

L'étude globale de la violence, en tant que comportement déviant I, s'oppose à une conception étroite de l'incrimination de la violence morale II.

I - FORMULATION DE LA VIOLENCE MORALE EN TANT QUE COMPORTEMENT DÉVIAANT

L'incrimination est une nécessité sociale ou sécuritaire introduite pour formuler une politique criminelle déterminée⁽²³⁾. La violence morale, objet de cette étude, est conçue comme un comportement déviant qui appelle le traitement et la sanction: Le caractère pédagogique de la loi relative à la lutte contre la violence à l'égard des femmes témoigne de l'intérêt extrême de l'éducation dans la prévention de la violence. Tous les intervenants dans la politique sociale, sanitaire et judiciaire sont appelés à se former et à se familiariser avec des facteurs endogènes et exogènes déclencheurs de la violence. Les intervenants confrontés aux cas de violences seront obligés de se former à des disciplines spécifiques telles que la sociologie et la psychologie pour comprendre ce phénomène criminel. La société patriarcale⁽²⁴⁾ ne sera plus une fatalité lorsque des sociologues révéleront l'étendue du problème et proposeront des solutions concrètes et adaptées (A). Les études psychologiques (B) serviront à expliquer le problème et à prévenir la normalisation de la violence⁽²⁵⁾ en observant l'auteur des violences. Ce

23. Selon Christine Lazerges, « *La politique criminelle est une réflexion épistémologique sur le phénomène criminel, un décryptage du phénomène criminel et des moyens mis en œuvre pour lutter contre les comportements de déviance ou de délinquance, elle est également une stratégie juridique et sociale, fondée sur des choix politiques.*» Ch Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, ed. L'Harmattan 2000, p. 9

24. La société patriarcale représentée dans beaucoup d'écrits dont notamment l'article de Lasaad Laabidi « représentation de la violence à l'égard des femmes en Tunisie. Le cas de la violence envers les épouses.» in, *violences faites aux femmes*, S. Direction de S. Arcan. D. Damant. S. Gravel. E. Harper. Ed. Presses de l'université du Québec.2008. (pp- 39-66)

25. Roland Coutanceau, *Les violences psychologiques : Comprendre pour agir*. Ed. Dunod 2014. 260 p
Nicole Jeammet, *Les violences morales*, Ed. Odile Jacob. 2004. 172 p.

cheminement d'explication et d'observation du comportement déviant permettra de préciser les contours de l'incrimination.

A - Impacts sociaux de la violence morale

Les termes employés pour désigner les souffrances subies par les femmes sont les mêmes dans toutes les sociétés⁽²⁶⁾. Mais ce sont les formes et les degrés de la violence qui diffèrent d'un pays à un autre et même dans un même pays, les facteurs diffèrent suivant les catégories sociales. Il est donc utile de nuancer l'impact de la violence faite aux femmes en fonction du milieu, de l'éducation et de l'héritage culturel. La consécration des droits spécifiques au Genre n'est pas signe de la faiblesse des Femmes, mais c'est le regain de conscience de sa nature particulière qui fait d'elle un être unique à protéger. Les disparités physiologiques entre les sexes n'expliquent pas toutes les formes de discrimination. C'est le rôle qui est attribué à la femme qui fait d'elle l'objet de toutes les attentions et de tous les abus. Le remplacement du terme Sexe par le terme Genre révèle cette particularité. Le terme Genre désigne les différences de catégories entre féminins et masculins. Le terme sexe détermine les caractéristiques biologiques et physiologiques qui distinguent les hommes des femmes. «*Les aspects de Sexe ne changent pas d'une société à une autre tandis que les aspects de Genre varient beaucoup en fonction des rôles déterminés socialement, les attributs et les comportements qu'une société considère comme appropriés pour les femmes et pour les hommes*⁽²⁷⁾ ». En tenant compte des différences culturelles et sociales de chaque société ou communauté, les résultats des études sociologiques concernant la violence basée sur le Genre vont être relativisés suivant que les victimes vivent dans des milieux fermés, où le rôle du Patriarcat est déterminant, ou dans des milieux plus ouverts où les rôles sont déterminés par la Position Sociale. Dans les deux cas, l'élément de Domination du male existe mais à des degrés différents⁽²⁸⁾.

26. Abramsky T, Watts CH, Garcia-Moreno C, et al. What factors are associated with recent intimate partner violence? Findings from the WHO multi-country study on women's health and domestic violence. BMC Public Health. <http://researchonline.lshtm.ac.uk/1250/> consulté le (2/4/2018)

27. Définition de L'OMS. En 2015, la feuille de route sur le genre, l'équité et les droits de l'homme, 2014-2019, «Integrating equity, gender, human rights and social determinants into the work of WHO», Organisation mondiale de la santé. <https://www.who.int/gender-equity-rights/knowledge/web-roadmap.pdf> 2015 (article consulté le 5/ 3/ 2015)

28. Les conclusions des rapports présentés à l' ONU lors de la quatrième conférence mondiale sur les Femmes révèlent que « *Les violences exercées à l'encontre des femmes ont un fondement commun : La domination sexiste ...les violences conjugales devraient être analysés comme des moyens de contrôle de la femme, ayant ses racines dans le rapport de pouvoir inégal entre la femme et l'homme qui existe encore...il est précisé aussi qu'il n'existe pas de portrait type des femmes victimes de violences conjugales, et rien ne prédestine une femme à en devenir victime.*

«La violence n'est pas le lot d'une classe défavorisée. Tous les groupes sont concernés, en milieu urbain comme en milieu rural, indépendamment du contexte éducatif, religieux et ethnique»⁽²⁹⁾. L'intérêt se portera beaucoup plus sur l'étude de la violence morale subie par la femme dans la sphère privée. Certes, la violence morale existe dans l'espace public⁽³⁰⁾, mais, compte tenu de sa nature, elle est presque impossible à prouver. La réaction des femmes face à ces violences reste très limitée; porter plainte contre l'agresseur est un acte exceptionnel.

La violence morale subie par les femmes dans la sphère publique est instantanée. Dans ce cas, son aggravation dépend de la réactivité ou de la sensibilité des gens qui la constatent. La prise en flagrant délit de l'auteur est le moyen de poursuite le plus probable.

La violence morale subie par la femme dans la sphère privée est continue. Elle se développe dans l'intimité et est aggravée par le désengagement et la perversion du partenaire et par le déni de la victime. Dans le cadre de l'intimité, la dénonciation de l'auteur par la victime est le moyen le plus probable.

29. Rapport de la France commission «violences à l'encontre des Femmes»
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000723.pdf>

30. Selon une étude publiée En 2016 menée par le Centre de Recherches, d'études, de documentation et d'information sur la Femme (CREDIF), 78.1% des femmes en Tunisie disent avoir subi une violence psychologique dans l'espace public, tandis que 41.2% ont été victimes de violences physiques et 75.4% de violences sexuelles. 24.3% des femmes disent avoir été importunées dans la rue plus de dix fois, et 22.6% disent avoir été collées. Les indicateurs retenus pour cette étude sont basés sur la définition de la violence dans la déclaration des Nations Unies « sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes », adoptée en 1993.

Toutes les catégories de femmes victimes de violence dans l'espace public. De manière plus générale, 53.5% des femmes concernées par l'enquête disent avoir subi une forme de violence dans l'espace public durant les quatre dernières années (2011-2015). Viennent ensuite les femmes qui travaillent, parmi lesquelles 67.3% disent avoir subi une violence. Les femmes au foyer y sont exposées à hauteur de 43%, et 46.4% pour les femmes au chômage. Curieusement, parmi les femmes cadres supérieurs, 75.3% disent avoir subi des violences. Ce chiffre est de 69.6% chez les cadres moyens et de 66.8% chez les femmes ouvrières. Les femmes instruites sont plus exposées; Selon l'étude, plus les femmes avancent dans les études, plus elles déclarent avoir subi des violences dans l'espace public. 26.3% des femmes analphabètes disent subir des violences dans l'espace public, 41% de celles qui ont effectué des études primaires, 65.5% de celles ayant un niveau secondaire, et 76.4% des universitaires. L'espace public est composé, selon l'étude, de l'espace de transit qui est la rue et les moyens de transport, de l'espace professionnel, de services, des espaces récréatifs, de repos et de loisirs. Dans les moyens de transport, 90% des femmes disent avoir subi des violences sexuelles perpétrées par des passagers. Dans l'espace professionnel, c'est le fait d'être importuné qui touche le plus de femmes, et ce sont les collègues qui en sont souvent responsables à hauteur de 43.8% des cas.

CREDIF: La violence fondée sur le genre dans l'espace public en Tunisie. Ed. Credif Tunis 2016.191 p.p.69 et s.

On estime que l'impact social de la violence morale est plus grave lorsqu'elle est subie au sein de la famille et que ses effets néfastes sur la santé mentale de la femme sont plus importants et irréversibles.

Facteurs. La révélation de la violence morale dans une Famille Noyau ne se ferait que tardivement, lorsque l'un ou l'autre des partenaires aura exprimé la domination en dehors des murs de l'intimité. Cela se traduirait par un divorce ou par une escalade de la violence morale en une violence physique visible. Cette explosion de la violence va permettre, après coup, de rechercher les facteurs ayant amené à cette victimisation. En fait, c'est l'intimité et les tabous construits autour de l'image de la famille idéale qui auront permis l'escalade de la violence. La violence morale, puisqu'elle n'est pas visible, est tolérée par «*un entourage qui s'est promis de ne pas se mêler des affaires des autres*»⁽³¹⁾.

Violence morale autorisée, Autorité parentale abusive. La légitimité du parent exerçant une violence morale sur son enfant trouve sa source dans une éducation avilissante qui risque de se muer en une violence morale institutionnalisée. Le cercle familial, où la violence est normalisée, verra se développer une conception traditionaliste et sexiste.

Les facteurs favorisant la recrudescence de la violence sont des éléments déterminants dans le choix de légiférer dans ce domaine. La plupart des facteurs sont communs à toutes les formes de violences. Parmi ces facteurs on peut citer :

***Le manque de ressources** augmente le risque de violences conjugales. Une situation financière difficile ou précaire va attiser les tensions dans la famille et faire émerger des conflits. La femme sera prise pour cible et désignée comme la cause de tous les problèmes. L'homme, déjà fragilisé par son incapacité à subvenir aux besoins de la famille, sera menacé dans son statut de chef dominant. «*Il va donc se trouver devant un problème de décalage entre ses attentes et la réalité, et cette situation pourra être à l'origine d'un stress, d'un sentiment de frustration et de jalousie et surtout d'une image négative de lui-même.*»⁽³²⁾ Il risquerait d'agir violemment contre sa partenaire qui serait coupable de remettre en cause son autorité. Même si la femme ne réagira pas négativement au manque de ressources, la fragilisation serait doublement ressentie par l'homme si sa partenaire travaille et subvient aux besoins de la famille. Il réagirait violemment en dénigrant ses capacités professionnelles ou même s'abaisserait à jouer des privations pour lui faire douter de sa féminité.

31. Petra Cador, Le traitement juridique des violences conjugales : La sanction déjouée, L'Harmattan, 2005. 302 p. p. 49.

32. Petra Cador, op.cit. p 51.

Du côté de la femme, le manque de ressources, ou le fait de ne pas travailler à l'extérieur de la maison, renforce souvent son isolement et limite l'horizon de ses expériences. Les femmes qui subiront un abandon de travail ou n'auront pas la possibilité de travailler, vont dépendre financièrement de leur partenaire qui serait tenté encore plus de les rabaisser. Elles seraient facilement victimes de chantage affectif ajouté à la violence économique. Les problèmes financiers constituent souvent un facteur aggravant des problèmes psychologiques. Dans ce contexte, la femme est souvent condamnée au mutisme et à l'isolement.

***Les problèmes de dépendance** à l'alcool ou à d'autres substances dangereuses pourraient être considérés comme un facteur principal de la violence ou tout au moins, un simple élément facilitateur du passage à l'acte. Dans ces cas, l'auteur de la violence tentera de se déresponsabiliser et se cachera derrière cette faiblesse pour enfoncer encore plus sa victime dans la culpabilisation. La femme, prise pour cible en cas de violence morale, tentera elle-même de cacher cette violence à son entourage. Tirillée entre son sentiment d'injustice et de honte, elle choisira le plus souvent de ne pas réagir pour des considérations d'ordres culturels et sociaux.

***L'héritage familial** a aussi son importance dans l'évaluation des risques de la violence. Le comportement dominant sera encouragé dans une société patriarcale où les discriminations entre « Genres » seront justifiées et normalisées. Un discours sexiste, qui n'est pas contesté, sera transmis d'une génération à une autre et trouvera écho dans une éducation inégalitaire.

Les enfants, victimes par ricochet de la violence subie par leur mère, auront plus de chance de devenir eux-mêmes suivant leur sexe, violents ou victimes de violence à l'âge adulte⁽³³⁾. L'enfant intègre l'idée qu'il peut parvenir à ses buts grâce à un comportement violent⁽³⁴⁾.

Les facteurs spécifiques à la violence morale. La rareté des études sociologiques menées en matière de violence morale pourraient s'expliquer par la nature spécifique de cette violence et par les circonstances entourant son évolution. En effet, peu d'études se font dans le strict cercle privé du fait de la sacralité qui entoure l'intimité et du fait des difficultés tenant à sa quantification. Il n'y a que le recours aux statistiques liées à l'augmentation

33. Michael P. Johnson, « Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women ». *Journal of Marriage and Family*. Vol. 57, No. 2 (May, 1995), pp. 283-294.

34. Peter G JAff, David A. Susanne Kaye Wilson. Wolfe, *Children of battered women*, Volume 21 of developmental clinical psychology and psychiatry, Sage publication. 1990. 136 p.

des cas de divorce qui puisse nous donner des éléments approximatifs concernant l'existence de ce phénomène criminel.

Le nombre des cas de divorce traités par les tribunaux est en augmentation⁽³⁵⁾. Les demandes de divorces faites par des femmes le sont aussi mais elles restent moins nombreuses que celles présentées par les hommes. Le fait de constater cette évolution vertigineuse des cas de divorce laisse à penser que la stabilité familiale n'est plus un objectif primordial des rapports sociaux et que les cas de discorde ne sont plus tolérés et sont de plus en plus dénoncés.

Il est important de noter, précisément, que les facteurs spécifiques à la violence morale tiennent beaucoup plus à la position sociale qu'occupe les femmes victimes qu'aux causes directes de cette violence. En effet, c'est surtout les femmes appartenant à des classes sociales supérieures ou moyennes qui sont prises pour cible de violences morales⁽³⁶⁾.

La société de consommation ne peut constituer, à elle seule, la cause de stress et d'épuisement que subissent les femmes d'un milieu plus ou moins aisé. La recherche incessante de la perfection et le besoin spontané d'étaler sa réussite sociale constituent autant de facteurs favorisant un terrain familial ouvert à tous les abus.

Les Hommes, dans ce genre de situation, possèdent des moyens plus subtils et moins visibles pour exprimer leur domination. Les inégalités entre « Genres » n'expliquent pas toujours la violence. La violence morale est beaucoup plus subie lorsque les rôles sont inversés et lorsque les moyens de pressions sont beaucoup plus sophistiqués. C'est uniquement une étude psychologique de la personnalité de l'auteur de ce genre de violence qui pourrait permettre de révéler sa spécificité et sa dangerosité. Les psychiatres en rapport avec

35. Divorces prononcés par les tribunaux de 1ère instance et par année judiciaire. Source : Institut National de la Statistique (INS) Tunisie Mise à jour : 23/03/2017

Indicateur	2011	2012	2013	2014	2015
Divorces	12651	13256	13867	14527	14982

En Tunisie, les tribunaux ont tranché dans 14.982 affaires de divorce lors l'année judiciaire 2014-2015, soit 41 cas par jour, selon les dernières statistiques du ministère de la Justice. Des chiffres à la hausse. Le divorce à la demande de l'un des époux constitue le plus grand nombre de dissolution de mariage en Tunisie avec 7256 jugements prononcés. S'en suit le divorce par consentement mutuel avec 6241 jugements contre 5793 en 2014. Par contre le divorce pour préjudice enregistre le plus faible taux avec 1485 affaires (1350 en 2014). Dans la majorité des affaires, c'est le mari qui demande le divorce. Selon la même source, parmi les 14.982 divorces prononcés, 9166 ont été demandés par les maris contre 5817 déclenchés par les épouses. Même tendance concernant le divorce pour préjudice: 848 affaires ont été portées devant les tribunaux par les maris, contre 637 par les épouses. Idem pour les divorces sollicités par l'un des partenaires: 4641 ont été demandés par les maris contre 2615 par les épouses.

36. CREDIF, La violence fondée sur le genre dans l'espace public en Tunisie, Ed. Credif , Tunis 2016.191 p. Tableau N° 40 p. 80.

les victimes de toutes les violences ne sauraient se mettre d'accord sur une pathologie unique de l'homme violent; celui-ci peut ne pas souffrir d'aucune maladie psychologique ou de trouble de la personnalité. Mais, en ce qui concerne la violence morale, certains auteurs présentent l'homme comme ayant des caractéristiques spécifiques; celle du *pervers narcissique*⁽³⁷⁾.

B- Approche psychologique de la violence morale.

Les études menées en matière de violence morale présentent de multiples facteurs expliquant le phénomène. Ce genre de violence est la plus difficile à détecter parce qu'insidieuse⁽³⁸⁾. Elle évolue le plus souvent grâce à des rapports de domination insidieux et indécélables. C'est une forme sophistiquée de violence qui existe dans tous les milieux mais, plus spécifiquement, elle est répandue dans l'entourage des intellectuels.

Plus précisément, c'est l'intelligence sociale du partenaire intime qui constitue, à la fois, la cause de l'atteinte à la dignité de la femme violentée et, en même temps, explique l'inaction et la paralysie de la victime. Les valeurs morales sacralisées⁽³⁹⁾ sont injustement utilisées pour justifier la violence morale.

L'étude comportementale du partenaire intime révèle que souvent les valeurs morales constituent un stimulant déterminant dans la violence subie par la femme. La morale peut être utilisée comme une licence autorisant les agissements violents. L'auteur des violences croit bien agir alors que son action n'est que l'expression de son égoïsme⁽⁴⁰⁾. L'étude de la psychologie de l'auteur

37. **Christopher Lasch**, The culture of Narcissism. American life in an Age of diminishing expectations, ED. W. W. Norton, 1990, 304 p.

Anne Laure Buffet, Victimes de violences psychologiques: de la résistance à la reconstruction, Ed. Le Passeur. 2016. 304 p

Laurent Hincker, Le Harcèlement moral dans la vie privée, une guerre qui ne dit pas son nom, Ed. L' Harmattan, Paris, 2012. 195 p.

38. Chantal Paoli Texier, La violence morale au quotidien. Des maux sans bleus, des mots qui tuent, J. Lyon 2013, p. 200.

39. M. L. Vecina a, D. Marzana b , M. Paruzel-Czachura, « Connexions between moral psychology and Intimate partner violence : Can IPV be read though moral psychology? » in, Agression violent Behavior V. 22 (23 Apr/ 2015) (120 - 127) p121.

Beaucoup d'écrits de la littérature juridique arabe citent la condition de la femme en islam sans distinguer entre statut juridique et mentalité patriarcale. On peut néanmoins, citer un livre compare le statut de la femme de l'ère pré islamique et celui octroyé par le texte coranique :

محمد أديب الصالح. موقع المرأة المسلمة بين الاسلام ودعاوى التجديد. ألعبيكان للنشر. 290 ص. 2008.
un autre livre dénonce clairement l'interprétation faussée des textes coraniques par les fondamentalistes:

عالية أحمد ضيف الله. العنف ضد المرأة بين الفقه والمواثيق الدولية. المنهل 2010. 288 ص.
40. M. L. Vecina a, D. Marzana b , M. Paruzel-Czachura, « Connexions between moral psychology and Intimate partner violence : Can IPV be read though moral psychology? » in, Agression violent Behavior V. 22 (23 Apr/ 2015) (120 - 127) p122

des violences morales pourrait donc dévoiler des paradoxes qui amèneraient à défendre la paix en déclarant la guerre. Il justifie la violence parce qu'il se croit assez altruiste et honnête pour se faire reprocher un comportement abusif. Tout l'intérêt de l'incrimination réside dans la révélation de ces agissements au grand jour pour lutter contre la normalisation de la violence morale.

Le traitement psychologique des actes déviants de ce genre de délinquants peut ne pas être toujours efficace. En effet, la violence du partenaire intime n'est pas une maladie. elle pourrait résulter des désordres de la personnalité qui ne se muent pas tous en pathologie; ce qui limite sensiblement les chances de prévenir la violence morale. Il n'y a pas, en fait, un profil unique de personnalité violente⁽⁴¹⁾. De plus, la typologie du partenaire intime usant de la violence morale ne saurait être déterminée par des facteurs aggravants tels que l'alcoolisme ou la pauvreté⁽⁴²⁾.

Il faudrait admettre que la nature hétérogène du pervers, lui permet facilement de se fondre parmi les hommes normaux, travailleurs et très sociables. C'est précisément, pour cela que la violence morale trouve un terrain favorable au sein de la famille où il est plus facile d'utiliser la morale pour justifier la violence qui va atteindre la femme dans sa dignité. Elle est une victime idéale parce qu'elle craint d'être culpabilisée et jugée dans son rôle d'épouse et de mère. Lorsque les valeurs sacrées de la famille seront utilisées comme objectif de perfectionnisme, la femme perdra souvent ses repères. Elle sera violentée psychologiquement lorsqu'elle ne pourra plus suivre un modèle social rigide; et toute entrave au bonheur de la famille lui sera imputée.

Une souffrance psychologique s'installera alors et atteindra la femme dans sa dignité pour se traduire en troubles pouvant peser sur sa santé mentale et physique. La violence morale sera encore plus handicapante pour la victime qui partage les mêmes valeurs familiales de son partenaire et ne pourra pas se soustraire à son emprise lorsque celui-ci justifiera l'oppression par l'autorité, la soumission par la loyauté, le sexisme par la réciprocité et la violence par la supériorité. Les valeurs morales, qu'elles aient pour source la Culture, la Religion ou le Communautarisme, ne sont pas la cause de l'avilissement de la femme⁽⁴³⁾; mais c'est la perversion de la morale qui fait que la violence soit justifiée et subie en silence.

41. A. Alia P. B. Naylor, «Intimate partner violence: A narrative review of the biological and psychological explanations for its causation.» In, *Aggression and Violent Behavior* V. 18, Issue 3, May–June 2013, pp 373-382. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2013.01.003>. (consulté le 4//2018).

42. Donald G. Dutton. *Rethinking domestic violence*. UBC press. Vancouver Tronto. 2006. p. 95.

43. La perversion de la morale est à distinguer de la perversion morale. L'une fait état d'utilisation de principes religieux ou culturels pour justifier la domination du mâle et l'autre use de mots, attitudes, regards ou même silence pour violenter psychologiquement la victime. Du concept culturel on peut déduire la victimologie des femmes violentées. Voir sur ce sujet. Marie France Hirogoyen, *Le Harcèlement moral, La violence perverse au quotidien*, Ed. La Découverte 2003. 216 p.

Dans la sphère privée, c'est une vision idéalisée de la famille qui ouvre la voie aux atteintes des droits les plus élémentaires de la femme faisant d'elle un être éponge pouvant absorber toutes les perversions et les blessures psychologiques de son partenaire intime⁽⁴⁴⁾. La violence morale serait difficilement décelable lorsque le partenaire intime violent vit dans le déni. Subjugué par son ambition grandissante et enchaîné à sa vanité, il ne peut souvent reconnaître son comportement déviant parce qu'il a une grande estime de soi. La domination malade le changerait souvent en Pervers Narcissique. Interrogé sur son attitude violente, il n'aurait aucun mal à dénigrer sa victime et à afficher sa supériorité sociale doublée d'une force psychologique destructrice⁽⁴⁵⁾. Il inverserait facilement les rôles en invoquant la fragilité de sa victime et son incapacité à satisfaire ses désirs et à se soumettre aux devoirs conjugaux.

La victime d'une violence morale trouverait beaucoup plus de difficultés à résister à ce genre d'agression parce qu'elle ne pourrait pas distinguer entre devoirs de femme modèle et asservissement; ou différencier un comportement protecteur d'un autre abusif. La victime, incapable de se sortir d'une relation abusive, développerait des maladies le plus souvent psychologiques aggravant par là sa situation⁽⁴⁶⁾. Toutes les méthodes seront employées pour aggraver son sentiment de culpabilité et garantir son mutisme. De plus, la peur du procès pénal et le traumatisme de la dénonciation sont *autant d'obstacles qui pourraient freiner le déclenchement de l'action publique contre le partenaire violent.*

-
44. Le terme de Pervers Narcissique est utilisé en référence à Narcisse : Plante ornementale à fleurs. Homme exclusivement attaché à sa propre personne. Dans le Mythologie Grecque jeune homme d'une grande beauté épris de ses propres traits, il périt de langueur en contemplant son visage dans l'eau d'une fontaine et fut changé en la fleur qui porte son nom. Dictionnaire Hachette. ED. 2013.
45. La personnalité narcissique a été étudiée et revisitée par Heinz Kohut, The Analysis of the Self. Univ. Chicago Press Edition 2013, 384 p.
46. Marie France Hirogoyen, Le Harcèlement moral, La violence perverse au quotidien, 1ère Ed. La Découverte 2003. 216 p

II - CONCEPTION ÉTROITE DE LA VIOLENCE MORALE EN TANT QU'ACTE DÉLICTEUX

Reconnaître l'existence de la violence morale et la considérer comme un fait social répréhensible n'est pas suffisant. L'important c'est de déterminer la portée de l'incrimination de ce genre de comportement. La violence morale telle que expliquée et analysée, a été transposée au droit pénal grâce à un ordre public nouveau faisant de la protection des libertés individuelles un référentiel important. « *Toutes les règles juridiques méritent la sanction du Droit, mais toutes ne méritent pas une sanction répressive. Il faut donc déterminer celles qui doivent être protégées par le droit pénal : en un mot, il faut préciser celles dont la violation doit être incriminée, ce qu'on appelle parfois la fonction expressive du droit pénal*⁽⁴⁷⁾ ». L'introduction de quelques dispositions de la loi de 58/2017 au code pénal tunisien marque clairement la volonté d'interdire les atteintes aux valeurs sociales prenant pour cible les femmes. La définition de l'infraction comporte la détermination « *du comportement interdit sous la menace d'une peine tel qu'il est défini d'une manière générale et impersonnelle par la loi pénale*⁽⁴⁸⁾ ». Les éléments de l'infraction doivent être traduits en des termes clairs et précis pour éviter tout risque d'arbitraire (A). De plus, l'incrimination doit être suivie d'une évolution dans le déroulement des procédures pour prévenir d'éventuels obstacles (B).

A - La détermination matérielle de l'infraction

Le législateur présente la violence à travers ses différentes manifestations. C'est le rôle des sociologues et psychologues de présenter l'essence de la violence avec tous ce qu'elle comporte comme dimensions comportementales. La violence désigne « *Le comportement d'une personne contre une autre qu'elle considère comme un obstacle à la réalisation de son désir* ».⁽⁴⁹⁾ Le législateur est tenu d'incriminer des comportements ou négligences ayant trait à l'abus de pouvoir exercé sur une victime. « *Dans le droit positif, le terme violence est employé tantôt pour désigner une infraction particulière, tantôt pour une circonstance nécessaire à la commission d'une infraction différente. Le mot violence est souvent utilisé pour englober l'ensemble des attitudes portant atteinte à une personne donnée dans un contexte défini* ».⁽⁵⁰⁾

47. Ph. Conte, P. Maistre Du Chambon. Droit pénal général. 4e. Ed. Armand Collin. Paris. 1999. p. p. 11.

48. F. Desportes, F. Le Gunehec, Droit pénal général, 14^{ème} Ed. Economica 2007, p.9.

49. G. Durozol. A. Roussel, Dictionnaire de philosophie. Ed. Nathan Paris 1997. p.397.

50. Myriam Lagruala fabre. La violence institutionnelle. Ed. L'Harmattan 2005. p25.

L'incrimination de la violence morale est une incrimination catégorielle qui désigne un nouvel aspect de l'ordre public pénal⁽⁵¹⁾. Lorsque le législateur vise à protéger une certaine catégorie de personnes qui, du fait de caractères communs, présentent un risque accru d'être victime⁽⁵²⁾; son approche devrait être globale et précise⁽⁵³⁾.

L'inflation pénale n'est pas critiquable lorsqu'elle peut être justifiée par la réactivité du législateur face à des phénomènes criminels nouveaux. Mais ce qui pourrait être reproché aux nouvelles législations, c'est qu'elles forment, suivant Denis Salas, un certain «**populisme pénal**»⁽⁵⁴⁾. Le droit pénal est réceptif aux développements des droits catégoriels humanistes mais ne saurait se voir attribuer une «fonction déclarative»⁽⁵⁵⁾ pouvant élargir inutilement son domaine. En effet, le droit pénal risque ainsi d'être instrumentalisé suivant les effets de mode pour créer des difficultés d'ordre technique faisant douter du nouveau sens attribué à la répression pénale. Pour lutter efficacement contre les violences faites aux femmes, il faudrait traiter le problème dans sa globalité. C'est dans ce sens que l'individualisation de l'incrimination devrait être pensée pour réprimer un acte social précis. En droit français, l'adoption du délit général de harcèlement moral a été faite en usant des mots généraux pouvant élargir le domaine de l'incrimination⁽⁵⁶⁾.

La pénalisation excessive des actes de harcèlement moral aura un effet déclaratif sans pour autant renforcer nécessairement la protection catégorielle des personnes fragiles⁽⁵⁷⁾. L'application rare de ce texte n'est révélatrice ni

51. Ph. Comte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal. » In, Droits et actualité. études offertes à Jacques Béguin. Paris. LexisNexis 2005. p141.

52. J.B Therry, « L'individualisation du droit criminel. » In, R.S.C Janv. Mars 2008. (pp 59-68) p. 62

53. Denis Salas développe l'idée que le populisme pénal offre une critique virulente de la vision contemporaine du droit pénal. Il défend la thèse d'une évolution répressive de la société qui se manifesterait particulièrement sous la bannière d'un «populisme pénal ». Cette expression est destinée à exprimer le déséquilibre actuel de la justice pénale dont l'auteur déplore l'obsession sécuritaire qui rongé petit à petit une philosophie pénale construite sur un équilibre entre tendance à la répression et tendance à la clémence. Pour le dire autrement, il critique le poids excessif de la volonté de punir (symbolisant la force de l'Etat) face au principe de réhabilitation et d'individualisation des peines (soutenu par l'Etat de droit). En guise d'illustration, Denis Salas insiste sur ce qu'il appelle de façon polémique « l'inflation carcérale », c'est-à-dire ici une augmentation du stock de prisonniers conduisant à un surpeuplement des prisons au regard des normes en vigueur et c'est l'hyperactivité législative en matière pénale que l'auteur relève comme symptôme majeur de ce phénomène.

Xavier de Larminat, « Denis Salas, La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal », Champ pénal [En ligne], consulté le 28 mars 2018. URL : <http://journals.openedition.org/champpenal/9658>

54. Denis Salas, La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal, Ed. Hachette Littérature, Paris. 2005. 286 p.

55. CH. Lazerges, « De la fonction déclarative de la loi pénale » RSC 2004, p. 194.

56. L'article 222-33-2 Nouveau. Article 11. Loi française n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes. Légifrance <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte3> consulté le 14 mars 2018.

de son impact ni du chiffre réel de la criminalité.

Dans un souci de clarification des notions, il serait utile donc de s'interroger sur la raison de la différenciation entre violence morale subie dans la sphère publique et celle subie dans la sphère privée.

* **La violence morale dans la sphère publique** est prévue par l'Art. 17 de la loi N° 58/2017 suivant lequel, « Est puni d'une amende de cinq cent (500) à mille dinars quiconque gêne volontairement une femme dans un lieu public, et ce, par tout acte, parole ou geste susceptibles de porter atteinte à sa dignité, sa considération ou d'affecter sa pudeur».

L'incrimination de la violence morale est une incrimination faite en dehors du code pénal lorsqu'elle est commise dans l'espace public. Il est permis de discuter la non intégration de la violence morale dans l'espace public dans la section relative aux attentats à la pudeur. Le texte même de cette infraction cite la pudeur comme valeur sociale protégée justifiant la protection de la dignité de la victime.

La détermination matérielle de l'infraction est un choix législatif. C'est « *une opération qui a pour but l'identification des actes méritant d'être incriminés, en application d'un mode de détermination tantôt objectif axé sur la notion de trouble à l'ordre public, tantôt subjectif fondé sur la notion de personnalité criminelle*»⁽⁵⁸⁾ Partant de cette définition, il est permis de dire que la violence morale perpétrée dans l'espace public est une atteinte à l'ordre public et est spécifique à la violence de genre, alors que la violence psychologique subie au sein du couple est incriminée en tenant compte de la spécificité de l'union existant entre les partenaires. Cette infraction n'est pas spécifique au genre féminin ni à l'existence classique de la domination. Le conjoint et autres partenaires intimes sont cités sans précision de sexe suivant l'article 224 Bis rajouté au

57. La jurisprudence française révèle la rareté des arrêts condamnant un conjoint sur la base de la violence morale en dehors des affaires civiles de divorce pour faute ou de licenciement abusif suite à un harcèlement au travail. un exemple rare et intéressant est à citer : Cour d'appel de Montpellier, 3ème Ch. correctionnelle /du mardi 22 avril 2014 N° de RG: 13/00742 résumé : « Les éléments constitutifs du délit de violences à caractère psychologique ayant occasionné une ITT supérieure à 8 jours sont réunis par la production par la victime d'une lettre du père de son fils reconnaissant avoir été auteur de violences psychologiques à de nombreuses reprises et l'avoir traitée de folle, évoquant ses crises ainsi que des humiliations devant sa fille, et d'un autre écrit dans lequel il reconnaît avoir été « vraiment con », avoir « gâché ça », « ça me dégoûte » et envisage de se faire soigner, lettres corroborées par les pièces jointes à sa plainte, tels certificat d'hébergement, certificat de suivi psychologique, certificat médical, attestations de voisins, de son père, de son ancien compagnon et père de sa fille dont il résulte que les tiers ont effectivement pu constater les persécutions dont elle faisait l'objet.»

Cour d'appel de Montpellier, arrêt pénal, 22 avril 2014, 13_00742_ Légifrance (consulté le 4/3/2018).

58. F. Desportes, F. Le Gunehec, Droit pénal général. 14 ème Ed. Economica Paris. 2007. p. 57.

code pénal⁽⁵⁹⁾. La légitimité de cette infraction trouve sa source dans la fonction du droit pénal général protégeant les personnes des violences et menaces de tous genres. La spécificité de cette infraction réside dans la prise en compte du caractère intime de la relation comme motif de l'agression. Par contre, la violence morale subie dans l'espace public est constituée si l'agression a pour motif le Genre. Cette infraction relève du droit pénal spécial et a été adoptée en rapport à la vulnérabilité de la victime des agressions de rue.

La violence morale était une conséquence dépendante de l'existence d'une violence physique. Il faut dire que les premières prémises de l'incrimination de la violence morale se trouvaient déjà dans l'incrimination de l'outrage aux bonnes mœurs. L'outrage aux bonnes mœurs est une atteinte à la moralité publique exprimée directement, par geste ou parole, ou indirectement, par un support matériel écrit, sonore ou visuel⁽⁶⁰⁾. C'est dans ce sens que l'article 226 bis code pénal tunisien dispose que « Est puni de six mois d'emprisonnement et d'une amende de mille dinars quiconque porte publiquement atteinte aux bonnes mœurs ou à la morale publique par le geste ou la parole ou gêne intentionnellement autrui d'une façon qui porte atteinte à la pudeur. Est passible des mêmes peines prévues au paragraphe précédent quiconque attire publiquement l'attention sur une occasion de commettre la débauche, par des écrits, des enregistrements, des messages audio ou visuels, électroniques ou optiques⁽⁶¹⁾ ».

En se référant au droit français, l'atteinte à la pudeur est souvent source de débats. La nouvelle législation sur le harcèlement moral est complète et globale⁽⁶²⁾; et pourtant, le 28 février 2018, un groupe de travail chargé

59. selon l'article 224 Bis « Est puni de 6 mois à un an d'emprisonnement, et d'une amende de mille dinars, quiconque commet à l'encontre de son conjoint, une agression répétée susceptible de porter atteinte à la dignité de la victime ou sa considération ou d'altérer sa sécurité physique ou psychologique par usage de paroles, signaux ou actes.

La même peine est encourue si les actes sont commis à l'encontre de l'un des ex-conjoints, fiancés ou ex-fiancés et si la relation entre l'auteur la victime et est le seul motif de l'agression».

60. Jacqueline Pousson Petit, Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français, Ed. L'Harmattan. Paris, 2009, 522, p. 30.

61. Article modifié par la loi n° 2004-73 du 2 août 2004, modifiant et complétant le Code pénal concernant la répression des atteintes aux bonnes mœurs et du harcèlement sexuel. JORT N° 63. Daté du 6/ 8 /2004. p.2234.

62. En droit français, le délit général de harcèlement moral a été introduit par la loi du 4 août 2014 qui a introduit L'article 222-33-2-2 code pénal :« le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail. Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende :

1° Lorsqu'ils ont causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours;

2° Lorsqu'ils ont été commis sur un mineur de quinze ans;

d'étudier la question de l'égalité entre hommes et femmes en France s'est constituée en vue de proposer la création d'une infraction qualifiée d'outrage sexiste et sexuel qui permettrait de verbaliser le harcèlement de rue. Le travail de ce groupe a été jugé inutile et inapplicable : L'énumération d'attitudes sans rapport les uns avec les autres et dont la plupart sont déjà incriminés a jeté le doute sur l'intérêt de ce travail⁽⁶³⁾. La recherche de délimiter la violence morale subie par les femmes dans un milieu public semble être une démarche difficile. La constatation de l'acte outrageant est quasi impossible parce qu'insaisissable et difficile à prouver. L'incrimination automatique de gestes ou paroles à caractère sexiste ne serait pas suffisante pour stopper le phénomène si elle ne serait pas suivie de poursuites judiciaires effectives.

* La violence morale dans la sphère privée

Le législateur introduit l'article 224 (bis) au code pénal comme suit: « est puni de six (6) mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de mille dinars, quiconque commet à l'encontre de son conjoint une agression répétée susceptible de porter atteinte à la dignité de la victime, ou sa considération ou d'altérer sa sécurité physique ou psychologique par usage de paroles, signaux et actes. La même peine est encourue, si les actes susvisés ont été commis à l'encontre de l'un des ex-conjoints, fiancés ou ex-fiancés et si la relation entre l'auteur et la victime est le seul motif d'agression.» L'article 224 bis par l'article 16 de la loi N° 58/ 2017 est inséré dans la section II du code pénal, relative aux attentats contre les personnes par des menace et violences. La violence morale n'est plus un résultat de l'existence préalable d'une violence physique mais une atteinte distincte, constituant l'élément matériel de l'infraction.

3° Lorsqu'ils ont été commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Lorsqu'ils ont été commis par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne.

Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsqu'ils sont commis dans deux des circonstances mentionnées aux 1° à 4°.

Le code pénal français comporte une infraction générale et des infractions spécifiques relatives au harcèlement moral : nul besoin d'être en contact avec sa victime pour lui nuire.

Ce nouveau délit réprime des faits qui n'entraînent que potentiellement une dégradation des conditions de vie, alors que la qualification en violences volontaires nécessite un résultat.

La section 3 bis du code pénal français ajoute aux articles sur les Violences habituelles en général, l'infraction d'Harcèlement moral subi dans le milieu du travail (222/33/2) dans la vie sociale (222/33/2/2).

63. Michèle Laure Rassat, «Outrage sexiste et sexuel,» Droit pénal, LexisNexis, N° 4, avril 2018. p. 8.

Les composantes de l'abus psychologique sont «l'intimidation, l'humiliation, la privation, la manipulation et le contrôle d'une autre personne, lesquels peuvent causer des blessures émotionnelles aussi bien par l'utilisation de gestes violents que par l'abus verbal et le recours à d'autres expériences dévalorisantes»⁽⁶⁴⁾.

Le délit de violence morale est désigné à travers les manifestations de cette violence⁽⁶⁵⁾. La définition de la violence morale ne peut se faire à travers l'énumération des manifestations des violences et ses conséquences. Toute énumération comporte forcément un risque d'arbitraire. Une étude canadienne du comportement abusif a conclu à une définition plus précise comme suit :

«La violence psychologique est un comportement intentionnel et répétitif pouvant être, selon les cas, passif ou actif, direct ou indirect»⁽⁶⁶⁾. C'est un processus révélé par une attitude passive ou active avilissante ou par des mots humiliants. Les éléments à retenir de cette définition sont La subjectivité, l'intention et la répétition. Cette violence morale, matérialisée par un comportement intentionnel et répétitif, s'exprime à travers différents canaux de communication (verbal, gestuel, regard, posture) de façon active ou passive, directe ou indirecte dans le but explicite d'atteindre l'autre personne et de la blesser sur le plan émotionnel⁽⁶⁷⁾.

64. THOMPSON, S.E. 1989 Components of Psychological Abuse of Female Victims in Domestic Violence. Thèse de doctorat. Denton, Texas, Texas Woman's University.

65. La loi française n° 2010-769 du 9 juillet 2010, relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, a introduit l'article 222 / 14 au code pénal fr. selon lequel, « Les violences habituelles sur mineurs de 15 ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de l'auteur sont punies : de 30 ans lorsqu'elles ont entraîné la mort/ de 20 ans ...mutilation ou infirmité permanente/ de 10 ans ...incapacité totale de travail pendant plus que 8 jours/ de 5 ans ...lorsqu'elles n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus que 8 jours.

Les peines prévues par le présent article sont également applicables aux violences habituelles commises par le conjoint ou le concubin de la victime ou par le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité. »

Le législateur français intègre une notion élargie de la Violence et la prévoit dans le chapitre II du code pénal sous le titre « Des atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne. » Il réitère ce choix en précisant à l'article 222/14/3 que « les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques. »

66. J. Lindsay M. Clément, (1998), «La violence psychologique : sa définition et sa représentation selon le sexe.» in, Recherches féministes, Vol. 11. 1998. (pp. 139-160) <https://www.erudit.org/en/journals/> (consulté le 1/3/2018) p. 156.

67. Ibid, p. 151. (consulté le 1/3/2018).

Le choix de termes différents entre le texte de la loi N° 58/ 2017 et le code pénal ne devrait pas freiner les juges dans la qualification des faits, puisque chaque violence devra être interprétée par rapport au contexte de la commission de l'infraction⁽⁶⁸⁾. La violence comporte une terminologie ouverte englobant coups et blessures, atteintes corporelles à la pudeur...; et c'est le juge qui devra opérer la qualification des faits en fonction de la nature de l'intérêt protégé. Cette opération suppose, pour son accomplissement, une spécialisation dans le domaine de la violence de Genre. Cette spécialisation a été prévue pour les premiers stades de l'instruction. Le procureur de la république a la possibilité de désigner un assistant ou plus traitant exclusivement des affaires de violences. On aurait souhaité qu'elle soit généralisée et structurée aux autres étapes des poursuites.

La détermination de l'infraction comporte forcément des limites; il s'ensuit que la sanction est quantifiée par rapport à l'impact de l'acte délictueux sur la personne de la victime. Les atteintes à la dignité ou à la pudeur sont difficilement évaluables. Le dommage moral ou psychologique est déterminé par avance comme ne pouvant avoir de conséquences graves et est puni par une peine allant de 6 mois à un an d'emprisonnement et d'une amende de mille dinars⁽⁶⁹⁾. Cette détermination préalable est conforme au principe de la légalité et assure la fonction primaire de la loi pénale qui ne peut avoir une vocation réparatrice mais fait douter de son efficacité. L'atteinte ressentie par la victime est évaluée d'une manière aléatoire au niveau de l'article 17 de la loi N° 58/ 2017. Elle est plafonnée entre 500 à mille dinars pour outrage public !

Il ne peut y avoir d'intimidation suffisante pour les éventuels délinquants ni de justice pour la victime, lorsque le dommage moral est aggravé et irréversible. En effet, les dommages touchant à la dignité de l'être humain sont inquantifiables et permanents. C'est là d'ailleurs le particularisme du droit pénal qui s'intéresse au résultat pénal affectant l'ordre public pénal et ne se mesure pas nécessairement au dommage ressenti par la victime.

Il aurait été préférable, a-t-on pu écrire, que le législateur « *accorde au juge la liberté, soit d'infliger une peine de même niveau que l'infraction, soit de jouer l'escalade asymétrique en accroissant la peine par un franchissement rapide des échelons des sanctions pénales. Il ne doit jamais oublier qu'il est à la recherche de la vérité judiciaire suivie de la condamnation certaine du*

68. « Un fait ne peut revêtir qu'une seule qualification pénale. Il appartient au juge de dégager la qualification la mieux adaptée au fait dont il est saisi. » E. Dreyer. Droit pénal général. Litec-LexisNexis. 2010 p. 490.

69. Article 16 de la loi N° 58/ 2017 introduisant l'article 224 Bis au code pénal.

responsable jugé coupable...La justice est le siège de la régulation sociale grâce à un adroit dosage des sanctions à l'égard des coupables et des satisfactions juridiques et financières vis à vis des victimes⁽⁷⁰⁾».

Si l'on considère qu'une peine juste va rétablir un ordre social rompu et redonner un peu de dignité à la victime, sur quelle base alors le législateur se serait-il fondé pour déterminer la peine du délit de violence morale? la quantification de la peine n'est-elle pas tributaire du degré de l'injustice subie?

Compte tenu de la spécificité de la nature des dommages psychologiques, les poursuites risquent de se raréfier. Il est ajouté à cela des obstacles d'ordre processuel.

B. Les obstacles à la poursuite de l'infraction

La répétition des actes de violence est le critère commun entre toutes les formes de harcèlement. Le délit de harcèlement sexuel stricto sensu est à distinguer du harcèlement moral parce que ne comportant pas une connotation sexuelle⁽⁷¹⁾. L'élément matériel, qui consiste en des violences psychologiques répétitifs, est difficile à prouver parce que perpétré dans l'intimité du couple. Pour ce qui est de la contravention d'outrage, c'est la nature même de l'infraction qui la rend insaisissable. Dans un lieu public, le déni et le désistement des témoins sont des réactions fréquentes.

La violence morale incriminée, qu'il s'agisse d'un délit ou d'une contravention est, celle subie directement par la victime⁽⁷²⁾. Ceci est justifié par le fait que l'extension de l'interprétation du choc émotif est inacceptable en droit pénal. La protection accordée aux enfants par des mesures d'éloignement et d'assistance psychologique peut se justifier par le fait qu'ils subissent directement les effets de la violence.

Le législateur a adopté de nouveaux droits processuels facilitant l'accès à la justice pour les victimes de violences. Nonobstant l'innovation dans ce domaine, les acquis restent faibles surtout que l'administration de la preuve de la violence morale reste difficile.

70. Yves Jean Clos. Droit pénal européen. Dimension historique. Ed. Economica. Paris. 2009. 581 p.

71. Cass.Crim. Arrêt N° 15229 daté du 10 novembre 2007 définition du Harcèlement sexuel. Bulletin de la cour de cassation Tunisienne. 2007. Droit Pénal. p. 245.

72. P. Conte, « Violences psychologiques, Commentaires art. C.P.Fr. 222- 14-3 », Lexis Nexi, Droit pénal, janvier 2018 N° 1 . p 29.

***Les problèmes de preuve de la violence** forment un blocage à toute poursuite pénale. Ce problème se pose avec insistance lorsque la violence est psychologique dissimulée et insaisissable. Ce genre de violence ne peut être prouvé qu'à travers les spécialistes experts dans le domaine de la santé mentale. Les mots arrachés par des psychologues et les maux constatés par une attitude autodestructrice doivent constituer des éléments de preuve importants pour révéler la vérité. La victime n'est pas tenue dans le procès pénal d'instruire et de produire des preuves ; mais son dossier médical doit être produit et pris en compte pour étayer ses propos et orienter la conviction du juge.

L'administration de la preuve est difficile quand il s'agit de violences qui ne laissent pas de traces physiques mais qui engendrent des blessures psychologiques. Le viol apparaissait surtout comme un crime rarement puni⁽⁷³⁾. Pour ce qui est de la violence morale, les exemples judiciaires sont rares; et s'il y en a, ils sont généralement révélateurs de la partialité des juges en matière de violences faites aux femmes.

Le témoignage constitue l'un des principaux modes de preuve dans les affaires liées aux violences faites aux femmes. En effet, «l'aveu est rare et les indices souvent présentés sont inexploitable. Reste essentiellement le témoignage. Mais le témoignage est souvent difficile à recueillir, s'agissant par hypothèse, de faits qui ressortent fondamentalement de l'intimité du ménage non portés à la connaissance de tiers susceptible de témoigner»⁽⁷⁴⁾. La réticence habituelle des témoins est à relever aussi.

En procès pénal, Le témoignage de la victime n'est plus accepté lorsqu'elle s'est constituée partie civile. Selon l'article 43 du CCP, « La personne qui s'est constituée partie civile ne peut plus être entendue comme témoin». Ceci pose problème dans les cas de violences perpétrées dans l'intimité du couple. Cette limite procédurale minimise considérablement la possibilité pour la victime de se défendre devant son agresseur. L'auteur de la violence morale est donc doublement protégé. En effet, la nature de cette violence ne laisse pas de traces physiques pouvant être constatés par simple certificat et la parole de sa victime n'est pas prise en compte lorsqu'elle se constitue partie civile.

73. George Vigarello, Histoire du viol, XVI -XX siècle. Editions. Seuil. Paris 1998 357 p.

74. Michel Kuperfils, « Vécu et réalité judiciaire dans les violences conjugales» in, Aspects de la violence dans les relations sexuelles, Lib. Philosophique. ED. J. Vrin Paris 1979, p 32.

Le témoignage est généralement pris en compte différemment selon qu'il est favorable à la femme victime de violences ou à l'auteur des dites violences. L'arrêt N° 62645 du 12 octobre 1996 de la cour de cassation⁽⁷⁵⁾ révèle que les juges du fond n'ont pas retenu en l'espèce le témoignage affirmant l'exercice de voies de fait sur une fonctionnaire (article 127 code pénal) et l'atteinte aux bonnes mœurs par des propos dégradants. Paradoxalement, les témoignages des collègues en faveur de l'auteur de l'infraction ont été pris en considération pour débouter la victime de sa demande. Mais en réalité, le témoignage de la victime de violences en plus d'un témoignage d'un collègue ne pouvaient pas être suffisants pour étayer ses dires; c'est ce qui explique que l'arrêt, rendu par la cour d'appel, ait été cassé pour erreur de qualification et d'absence de motifs.

L'arrêt rendu par la cour de cassation N° 74063 en date du 16 avril 1997 est à classer parmi les arrêts prouvant la partialité des juges quant à l'appréciation de l'existence de violences faites aux femmes⁽⁷⁶⁾. D'après cet arrêt, c'est la femme violentée physiquement par le mari qui semble avoir moins de chance d'être protégée. En effet, si certains juges se sont montrés indulgents envers la victime, une telle jurisprudence « permissive » paraît avoir été vite abandonnée pour refuser à la victime une amende pourtant dérisoire infligée à l'auteur de l'infraction en première instance. L'arrêt a été cassé pour cause d'absence de traces de violence sur le corps de la victime réfutant ainsi un certificat médical attestant d'une douleur au niveau de la mâchoire et du cou.

Si la douleur physique a été niée comme motif de punition, il serait difficile d'imaginer qu'une violence psychologique puisse être prise en compte en l'absence d'une évolution des mentalités. Ce faisant, en plus de la victimisation de la femme violentée, on lui fait subir une violence morale judiciaire plus insidieuse.

75. L'arrêt a été cassé sur la base de l'article 168 du CCP. Il faut mentionner que les faits de l'espèce étaient constitutifs d'un cas typique d'harcèlement sexuel non incriminé à la date des faits.

76. قرار تعقيبي جزائي عدد 62645 مؤرخ في 12/10/1996

لقد جاء في هذا القرار إن محكمة الموضوع عندما تفصل في الدعوى العمومية فإنها تفحص الوقائع المعروضة عليها من الناحية المادية ثم تجري عليها التكييف القانوني الذي تراه ملائما لها ثم تقوم بعد ذلك بإزالة حكم القانون على مقتضى هذا التكييف والوقائع الثابتة بالملف.

نشرية محكمة التعقيب - القسم الجزائري عدد 1 . 1996 . 65 / 66 pp

قرار تعقيبي جزائي عدد 74063 مؤرخ في 16 أبريل 1997 نشرية محكمة التعقيب سنة 1997 عدد 1

لقد جاء في هذا القرار إن المحكمة الجزائرية عندما تنظر في الدعوى العمومية المعروضة عليها تستعرض وقائع القضية من خلال أوراقها المقدمة لها تقدماً صحيحاً وترجع للأدلة التي تستخلص منها الإدانة أو البراءة ثم تجري التكييف القانوني الذي تراه ملائماً لها وتقوم بعد ذلك بإزالة الحكم القانوني الملائم.

إن الدفع بلطف لا يعني العنف أو الضرب المنصوص عليهما بفصل الإحالة ولا يستقيم الرأي الذي فسر الدفع بالخشونة والعنف طالما أن التهم صرح أن الدفع كان بلطف ولم يعتد بالعنف على الشاكية.

إن المحكمة التي قضت بالإدانة من أجل تهمة الاعتداء بالعنف الخفيف دون وجود القرائن القوية المتطافرة التي تدعم تلك التهمة في الخارج يكون حكمها متسماً بضعف التعليل.

نشرية محكمة التعقيب - القسم الجزائري عدد 1 . 1997

La définition même du dommage moral laisse entrevoir l'idée de la difficulté de son évaluation. La jurisprudence reconnaît souvent l'existence de violence morale dans des arrêts non spécifiques à la violence faite aux femmes⁽⁷⁷⁾. Lorsqu'il s'agit de «dommage moral» subi par une femme, c'est généralement dans des affaires civiles pour divorce⁽⁷⁸⁾. L'évaluation de ce dommage dépend essentiellement de l'appréciation discrétionnaire du juge dans tous les cas⁽⁷⁹⁾ à charge par lui de justifier sa décision. Quand il s'agit d'un dommage moral résultant d'une infraction pénale, l'évaluation pourrait devenir plus aléatoire en l'absence de critères clairs⁽⁸⁰⁾. Dans certains cas, par analogie avec les affaires de violences physiques, les juges usent et abusent de leur pouvoir de requalification des faits pour considérer l'absence de preuve de viol sur un mineur et qualifier les faits en un simple outrage aux bonnes mœurs. L'amende de 200 dinars qui a été jugée suffisante pour viol perpétrée pourtant par un père sur sa fille mineure⁽⁸¹⁾!

La qualification peut changer en cours de procès, le juge cherche à apprécier les faits en fonction des qualifications successives offertes suivant les faits de l'espèce⁽⁸²⁾. Mais en parlant d'incrimination de la violence, la qualification des faits se doit généralement d'être juste, orientée en faveur de la victime et non pas le contraire. C'est ainsi qu'une tentative de viol interrompue par les cris de la victime a été requalifiée en un simple attentat à la pudeur pour éviter une peine plus lourde pour l'agresseur⁽⁸³⁾. L'atteinte physique flagrante a été atténuée en une violence de moindre degré!

-
77. قرار تعقيبي جزائي عدد 12045 مؤرخ في 29/03/2007
لقد جاء في هذا القرار إن العنف قضائيا ليس فقط العنف المادي بل إن العنف المعنوي له نفس الوضع على الشخص المسلط عليه خاصة إذا ما كان قاصرا وفاقدا لأبويه نـشـريـة محكمة التعقيب 2007
78. قرار تعقيبي جزائي عدد 2114 مؤرخ في 18/05/1978
نـشـريـة محكمة التعقيب - القسم الجزائي عدد 1، 1979 لقد جاء في هذا القرار يكفي لتعويض الضرر الادبي مجرد حصوله بأى مظهر كان.
79. قرار تعقيبي مدني عدد 1717 مؤرخ في 06/10/2005
لقد جاء في هذا القرار ان تقدير الضرر المعنوي لا يمكن تقييمه بماديات و لا تحكمه ضوابط قانونية يمكن الحديث عن خرقها فاعتبارا لتوعيت هذا الضرر فان مجرد التفريغ مهما كان المبلغ المحكوم به لقاءه يكفي لبلوغ الغاية منه ضرورة ان الشعور لا يقدر بمال و لئن كان يقضى به فهو مجرد منح سلوة للمتضرر لا تمحى ما احس به من الم
80. قرار تعقيبي مدني عدد 1717 مؤرخ في 06/10/2005 نـشـريـة محكمة التعقيب - القسم المدني عدد 2، 200
قرار تعقيبي جزائي عدد 14389 مؤرخ في 22/06/1985، نـشـريـة محكمة التعقيب عدد 2 سنـة 1985 : لقد جاء في هذا القرار ان تقدير الضررين المادي والمعنوي موكولا لاجتهاد قضاة الموضوع المطلق لكن بشرط ان يبينوا بحكمهم فيما يخص الضرر المادي العناصر الاساسية والعطيات التي اعتمدها لتقدير مبلغه. نـشـريـة محكمة التعقيب - القسم الجزائي عدد 2، 1985
81. قرار تعقيبي جزائي عدد 17373 مؤرخ في 1988 /06/07
لقد جاء في هذا القرار ان تقدير التعويضات النقدية اللازمة لجبر الضرر المعنوي واسنادها الى مستحقيها من الاغراض الموكولة الى اجتهاد المحكمة نـشـريـة محكمة التعقيب - القسم الجزائي عدد 2، 1988
81. Cour d'appel de Gafsa, arrêt pénal N° 1754, daté du 15/5/2006 objet de l'arrêt de cassation N° 7211, daté du 10 février 2007. bull C.Cass. crim 2007.
82. F. Terré. L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications. Ed. L.G.D.J. 1957. 599 p.
83. Cass. Crim. N° 9001 du 12 avril 2006. Bull crim. 2006. p. 175.

*Les droits processuels : Le statut nouveau accordé à la victime lors de l'instruction ne minimise pas son isolement. Les droits processuels édictés en sa faveur ne seront efficaces que si les moyens humains et financiers seront mis en œuvre pour assurer son accompagnement. L'innovation apportée par la loi consiste en la reconnaissance d'un statut particulier à la victime notamment en prévoyant des mesures de protection comme le relogement, la présence de psychologues et les décisions d'éloignement.

Ces droits nouveaux sont pris en cas de danger imminent et se répercutant sur la santé de la victime et ses enfants s'il y en a. En cas de violence morale, ces mesures sont en principe exclues en l'absence de l'imminence du danger et de la difficulté de preuve de la souffrance de la victime.

Les droits processuels en droit pénal sont essentiellement destinés à protéger les droits fondamentaux du prévenu lors de l'instruction. L'attention ne se porte pas essentiellement sur la victime elle est interrogée lors de la réception de la plainte ou à l'occasion de l'ouverture de l'instruction. Il n'y a pas à priori des mesures spécifiques garantissant la minimisation du traumatisme subi lors des investigations⁽⁸⁴⁾. Le droit à la protection constitue un droit pour la victime à ne pas subir une réitération de l'infraction. C'est le concept de « victimisation secondaire »⁽⁸⁵⁾ qui va amplifier les souffrances de la victime et l'amener souvent au désistement et la rétraction lors de son témoignage.

C'est dans un souci d'humanisation de la procédure que le législateur a reconnu un statut privilégié de la victime et ses enfants mais ces droits fondamentaux sont difficilement accordés en cas de violence morale.

Suivant l'Art. 13 de la loi- La femme victime de violence et les enfants qui résident avec elle, bénéficient des droits suivants : - la protection juridique appropriée à la nature de la violence exercée à son encontre, de manière à assurer sa sécurité, son intégrité physique et psychologique et sa dignité, ainsi que les mesures administratives, sécuritaires et judiciaires requises à cet effet, et ce, dans le respect de ses spécificités, - l'accès à l'information et le conseil juridique concernant les dispositions régissant les procédures

84. DIRECTIVE 2012/29/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil. Journal officiel de l'union européenne. L 315/67 du 14 / 11/ 2012.

85. Directive précédente., art. 18 définit la protection de la victime comme étant le fait de « protéger la victime et les membres de sa famille d'une victimisation secondaire et répétée, d'intimidations et de représailles y compris contre le risque d'un préjudice émotionnel ou psychologique.»

judiciaires et les services disponibles, - le bénéfice de l'aide judiciaire, - la réparation équitable pour les victimes de la violence en cas d'impossibilité d'exécution sur la personne responsable de l'acte de violence. L'Etat subroge dans ce cas les victimes dans le recouvrement des montants décaissés, - le suivi sanitaire et psychologique, l'accompagnement social approprié et le cas échéant, le bénéfice de la prise en charge publique et associative, y compris l'écoute, - l'hébergement immédiat dans la limite des moyens disponibles.

Le législateur a prévu à l'art. 25 alinéa 2 un délit à l'encontre de l'interlocuteur de la victime afin de la conforter dans sa position et minimiser les cas de désistement : Tout obstacle ou négation de ces droits constitue une infraction nouvellement adoptée par la loi: Est puni d'un à six (6) mois d'emprisonnement, l'agent relevant de l'unité spécialisée d'enquête sur les infractions de violence à l'égard des femmes, qui exerce volontairement une pression, ou tout type de contrainte, sur la victime en vue de l'amener à renoncer à ses droits, à modifier sa déposition ou à se rétracter.

L'établissement de cette infraction est une réelle avancée en matière de protection des femmes parce que ça contribuerait à changer les mentalités et à renforcer les droits fondamentaux des femmes doublement victimes de violences morales. En effet, il y a un risque que les investigateurs soient réticents à s'immiscer dans la sphère privée par solidarité masculine.

La reconnaissance d'un statut particulier de la victime, passe aussi par un accroissement de la protection au niveau de la procédure d'instruction. Des droits procéduraux de la victime de violence morale consistent limitativement au droit d'être entendues et de présenter des preuves.

L'unité spéciale pour les victimes peut être considérée comme un garant du respect des droits des victimes. En effet, le premier contact de la plaignante est déterminant dans le déroulement de la procédure. La présence obligatoire des femmes officiers rassure les victimes femmes et enfants; elles vont être plus à l'écoute et plus réceptives des plaintes des Femmes⁽⁸⁶⁾. La féminisation

86. 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 N° 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.

des postes de police est un idéal à atteindre dans les affaires de violences faites aux femmes. Cependant, entre ce qui est accordé par la loi comme mesures de protection et ce qui va réellement se passer en pratique, il y a encore un gouffre important. Le manque de moyens financiers et logistiques le confirme.

Parmi les droits accordés à la victime de violence on peut citer l'Art. 26 qui dispose que - L'unité spécialisée doit obligatoirement informer la victime de tous ses droits prévus par la présente loi, y compris la revendication de son droit à la protection auprès du juge de la famille. La mise en place de cette unité spécialisée est tributaire d'une formation solide dans les affaires de violences et requiert des moyens non négligeables pour assurer sa réactivité. Son rôle est déterminant dans les cas de flagrant délit⁽⁸⁷⁾. Ce qui présume que ses agents ne vont intervenir que dans les cas de violences physiques ou sexuelles graves et n'ont aucune obligation d'intervention au domicile en cas de violence morale vue la particularité de l'infraction.

Un autre droit important est refusé à la victime de violence morale: Le droit d'être accompagné par un expert est cantonné au affaires de violences sexuelles. La présence obligatoire ou facultative du psychologue⁽⁸⁸⁾ devrait être généralisée. L'assistance est une option pour la femme victime et une obligation lorsque la victime est un enfant. Il faudrait accorder et généraliser ce droit indépendamment de la nature de la violence en prévoyant les moyens financiers et logistiques pour assurer son effectivité. Cette assistance va atténuer le traumatisme ressenti lors de l'instruction et des interrogatoires.

87. L'art. 25 s'énonce comme suit: « Aussitôt avisés d'un cas de flagrant délit de violence à l'égard des femmes, les agents de l'unité spécialisée doivent se déplacer sans délai sur le lieu pour procéder aux enquêtes, et ce après avoir informé le procureur de la République».

88. 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 : Les lacunes du système • Le Conciliateur familial: Ses attributions semblent 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 paraissent imprécises. Elles peuvent entrer en contradiction avec les principes de la prise en charge des femmes victimes de violences.

Les procédures telles qu'elles sont présentées en théorie et appliquées en pratique vont déterminer l'efficacité de la loi vue en sa globalité. Les mesures applicables après la dénonciation pouvant protéger la victime des traumatismes liés au procès pénal⁽⁸⁹⁾, sont les facteurs de rétablissement de la justice pour les victimes démunies. Malheureusement, le constat est sans appel quant au manque de moyens offerts aux victimes. Il existe très peu de structures spécialisées dans l'hébergement des femmes victimes de violences. La loi prévoit l'aide aux femmes et aux enfants victimes mais sans se donner les moyens institutionnels pour assurer en pratique cette protection. Il est ridicule de penser que les quelques associations assurant l'aide aux femmes victimes puissent remédier au désengagement de l'Etat. De manière générale, les institutions intervenant dans le domaine, sont dépourvues de moyens. Faisant en sorte que la conscience collective s'insurge contre ces violences pour l'éradiquer des racines c'est à dire par la prévention et l'éducation.

Nonobstant l'existence de réelles avancées au niveau des droits fondamentaux et procéduraux accordés à la victime de violence morale, celle-ci aura du mal à agir en justice. La détermination de la peine est loin d'être proportionnelle aux risques encourus par la victime : La violence morale est une simple contravention lorsqu'elle est subie dans un lieu public ; et lorsqu'elle est subie au sein de la famille, elle est très difficile à prouver. S'il n'est pas accordé à la victime une assistance psychologique et judiciaire l'aidant à prouver les éléments de l'infraction, elle aurait du mal à aller jusqu'au bout de la procédure. Il est préférable que le juge ordonne des expertises psychologiques et apprécie objectivement les résultats de ces expertises pour se forger une idée sur le réel danger subi par la victime de ces violences.

L'absence de mesures claires et pratiques en faveur des femmes violentées, risque d'enlever tout intérêt à l'introduction de ces infractions dans notre droit pénal. Les femmes démunies face à un danger réel mais insaisissable préféreraient le silence à l'exposition à un double traumatisme conforté par l'insensibilité des investigateurs. Le législateur a introduit la violence morale sans tenir compte de la fragilité de la présumée victime. L'investigation à charge et à décharge risque d'être suspendue dès le début par un

89. Insuffisances des qualifications sur les questions de violences à l'égard des femmes - Le premier accueil des victimes. Devant les officiers de la police judiciaire comme dans les urgences, les femmes subissent des violences secondaires du fait du mauvais traitement lors de leur accueil. Une pression, parfois de bonne foi, est exercée sur elles pour « retourner au domicile conjugal », « dans l'intérêt des enfants ». C'est là tout l'intérêt de l'infraction construite autour de la souffrance subie par les femmes lors de l'instruction ou au premier stade du dépôt de la plainte.

désistement d'une victime découragée et isolée. Les droits procéduraux⁽⁹⁰⁾ qui peuvent empêcher ce désistement précoce sont notamment : Le droit à la présence d'office d'une assistance sociale ou psychologique en faveur de la victime lors de l'instruction. La généralisation de la féminisation des postes de police et l'aide à l'éloignement du présumé violent tout au long de la période d'investigation.

Il faudrait espérer que l'inertie du système judiciaire, constatée depuis des décennies, pourra faire place à l'appui de l'accès à la justice pour les femmes violentées. La première étape a été l'adoption d'une législation assurant une protection pénale renforcée; reste l'étape la plus importante : La mise en place des structures spécialisées et l'aide judiciaire effective accordée du moment de l'instruction à la fin de la procédure. Il faudrait s'assurer que même les violences les plus difficiles à prouver soient l'objet de poursuites judiciaires. Cette étude de la violence morale suggère que la détermination de la peine ne soit pas réellement significative; c'est plutôt la décision de culpabilité qui est importante. La reconnaissance à la femme du statut de victime servira essentiellement à rétablir la justice et l'aider à regagner sa dignité.

90. L'intégration de nouvelles infractions dans le droit pénal devrait être précédée ou suivie par une évolution au niveau procédural. On cite comme exemple, la Directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et la Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

LA LUTTE CONTRE LES VIOLENCES CONJUGALES ET LES POUVOIRS DU JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES EN DROIT FRANÇAIS⁽¹⁾

Vincent EGEA

Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à Aix-Marseille Université
Directeur du Laboratoire de Droit privé
et de sciences criminelles (EA n° 4690)

1. Evoquer la lutte contre les violences conjugales lors d'un colloque consacré au code de procédure pénale ne s'avère a priori guère surprenant. Que l'orateur soit un spécialiste de droit civil et de procédure civile pourrait en apparence sembler plus inattendu. Pourtant, les croisements entre la procédure civile et la procédure pénale sont nombreux. Il a déjà été question dans certaines contributions d'une véritable déformation de la procédure pénale par la place et le rôle de l'action civile. Tel fut le cas avec l'étude de l'ordonnance de refus d'informer.
2. S'agissant de l'étude de la lutte contre les violences conjugales, il s'agit d'évoquer un autre type de déformation, où l'on va cette fois-ci amalgamer la procédure pénale avec des éléments qui relèvent du juge civil. Plus exactement, quand il est question de lutte contre les violences conjugales, le juge civil, en France⁽²⁾ comme en Tunisie⁽³⁾, peut prendre certaines mesures qui ne constituent pas à proprement parler des sanctions pénales, mais appartiennent à un arsenal de contraintes qui, de manière ordinaire, relèvent des pouvoirs du ministère public et du juge pénal. Il suffit pour s'en convaincre de songer à la possibilité d'évincer le conjoint du bien immobilier dont il est pourtant le propriétaire. Une telle mesure s'avère restrictive des droits et libertés de la personne, qu'il s'agisse du droit d'user de ces biens ou du droit au respect de sa vie privée. Plus largement, la liberté individuelle de la personne se trouve atteinte par une telle décision du juge aux affaires familiales. En termes de qualification juridique, il s'agit pas d'une peine au sens du droit pénal, quoique l'atteinte aux droits et libertés s'avère évidente.

1. Cet article a été l'objet d'une communication présentée lors du colloque de commémoration du « Cinquantième anniversaire du Code de procédure Pénale », organisé par le Laboratoire de Sciences Pénales et de Criminologie relevant de la FDSPT, du 10 au 13 octobre 2018.

2. C. civ., art. 515-9 et s.

3. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes.

3. Dans le cadre du dispositif mis en place, il a été décidé de doter un juge civil de la possibilité d'ordonner ainsi une éviction du conjoint violent ou une remise des armes dans le but de lutter contre les violences commises dans un contexte familial. On parlera de manière générale de violences familiales pour désigner les violences prouvées ou supposées commises dans un contexte intra-familial, c'est à dire entre époux, concubins ou partenaires unis par un pacte civil de solidarité, ou bien à l'égard d'un ancien concubin, ex-époux ou ex-partenaire uni par un pacte civil de solidarité.
4. Les violences intra-familiales constituent un phénomène statistiquement important puisque, en ce qui concerne la France, chaque année, près de 216.000 femmes sont victimes de telles violences conjugales. On dénombre également 174 décès annuels suite à des violences conjugales, dont 149 décès de femmes. A l'échelle européenne, le chiffre s'élève à 12 millions de victimes, dont 3,3 millions subissent des violences sexuelles. A cela s'ajoutent les violences dites psychologiques qui regroupent les propos dévalorisants, les insultes, menaces, les manifestations de jalousie, les tentatives d'isolement, et qui seraient subies par 12,7 % des femmes et 10,5 % des hommes, en France⁽⁴⁾.
5. La définition retenue ici par l'institution national français des statistiques – l'INSEE – recoupe au demeurant la définition retenue par la loi tunisienne du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes⁽⁵⁾.
6. En ce domaine, l'intitulé même des textes de loi révèle la volonté de consacrer des mécanismes offensifs qui permettent de répondre efficacement à un phénomène social aussi grave que répandu. Il s'agit ce faisant d'inscrire les dispositifs juridiques dans une véritable politique publique. Au plus hauts échelons de la hiérarchie des normes, les Etats sont incités à œuvre de la sorte. L'ambition sociale de cette politique publique explique que le droit français, comme le droit tunisien, retient deux types de dispositif. A côté d'un dispositif pénal de physionomie classique, dans lequel le procureur joue un rôle central, a été mis en place des mécanismes de droit civil très fortement imprégnés de procédure pénale et de droit pénal, tant dans leurs finalités qui dépassent largement les enjeux classiques du contentieux civil que dans le type de mesure susceptibles d'être mises en œuvre.

4. Cf. INSEE Première juill. 2016, n° 1607

5. Cf. La loi tunisienne du 11 août 2017 relative à l'élimination des violences à l'égard des femmes, art. 3.

7. Depuis une loi du 9 juillet 2010, le droit français connaît un dispositif spécifique, avec l'ordonnance de protection. L'ordonnance de protection présente la particularité de permettre à un juge civil de prendre des mesures de contraintes, qui permettent d'écarter l'auteur supposé de violences conjugales du domicile familial, de lui ordonner une remise de ses armes auprès d'un service de police ou de gendarmerie. Dans la même ordonnance de protection ce juge civil, le juge aux affaires familiales, peut de manière plus classique, statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.
8. Un tel dispositif, qui permet à un juge civil de prendre de telles mesures de contrainte, se retrouve dans d'autres législations. De manière assumée, le droit français s'est ainsi inspiré d'une loi espagnole qui créa ce type de mesure. On retrouve un dispositif assez similaire, à quelques nuances près, avec la loi tunisienne du 11 août 2017. Le texte français initial a pour sa part fait l'objet de modifications législatives successives mais l'essentiel demeure inchangé dès lors que le juge civil dispose du pouvoir de prendre des mesures qui constituent des mesures de contrainte et qui, habituellement relèvent davantage de la compétence du juge pénal et/ou du ministère public.
9. Soucieux d'assurer l'efficacité du dispositif, le législateur a pourtant décidé de faire prononcer ces mesures par le juge civil. Les mesures coercitives dont il est question s'avèrent proches voire identiques à celles que peut prendre le juge pénal, de manière plus classique, à titre de peine accessoire. Un point commun existe en effet entre les mesures coercitives du juge pénal et du juge civil, puisqu'elles reposent sur une logique de l'évitement. Il s'agira d'un évitement à titre préventif pour le juge civil et à titre curatif pour le juge pénal.
10. De manière classique, l'action publique se déclenche en général suite à un signalement fait à un service de gendarmerie, de police ou au ministère public. La mesure de protection ne sera accessible que si le signalement est fait par la victime, un témoin ou une personne ayant connaissance des violences. On ne retrouve pas, en droit français, de dispositif d'alerte aussi abouti que celui qui figure à l'article 14 de la loi organique tunisienne du 11 août 2017.
11. L'auteur supposé des faits et la victime peuvent être mariés, concubins, partenaires unis par un pacte civil de solidarité, voire ne plus entretenir de relations de couple.

12. Une mise en œuvre assez classique de mécanismes propres au droit pénal peut alors se déclencher, avec des adaptations singulières à la lutte contre les violences conjugales, telles que la dissimulation de l'adresse de la victime pour le temps de l'enquête, ou encore l'éviction de l'auteur supposé des faits du domicile familial. Avant le procès, il sera également possible d'interdire les rencontres avec la victime, la fréquentation de certains lieux ou encore de prononcer une obligation d'un suivi thérapeutique.
13. En ce qui concerne le prononcé de la peine elle-même, le contexte familial de commission des violences va être pris en compte au titre des circonstances aggravantes. Le sursis avec mise à l'épreuve, des obligations liées au contexte conjugal peuvent là aussi être décidées tant par la juridiction qui prononce la peine que par le juge de l'exécution des peines. Régulièrement, le droit pénal spécial⁽⁶⁾ s'étoffe de nouvelles infractions telles que le harcèlement par message web dans la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.
14. Ce dispositif pénal, quoique de plus en plus étoffé et spécialisé, repose sur l'utilisation de mécanismes classiques mis au service de la lutte contre les violences conjugales. S'avère en revanche beaucoup plus original le rôle du juge civil et, plus exactement, le rôle du juge aux affaires familiales dans la prise de mesures coercitives. La notion de peine privée n'est pas absente du droit civil et il suffit pour s'en convaincre de songer au recel successoral ou au recel de communauté qui, en droit français vient sanctionner le copartageant qui soustrait un bien de la masse à partager. Prononcer par le juge civil du partage, le recel successoral a pour conséquence de priver l'héritier du bien qu'il avait soustrait. Il s'avère évident que le terme même de « recel » témoigne de liens entretenus avec le droit pénal. L'ordonnance de protection se distingue cependant en ce que la procédure qui permet au juge civil de prendre une mesure coercitive présente de nombreuses singularités. Avant de les détailler, il reste à apporter une précision liminaire essentielle relative aux raisons du choix exprimé par le législateur en faveur du juge civil. Si l'on a choisi le juge aux affaires familiales, magistrat civil, c'est pour exprimer l'idée d'une proximité avec la victime et mettre l'accent sur l'idée selon laquelle la délivrance d'une ordonnance de protection n'est pas subordonnée à un dépôt de plainte préalable.

6. Cf. V. DERVIEUX, La loi du 4 août 2014 et le droit de la famille : AJF 2014, 486.

15. Il s'agit enfin d'un contentieux où le civil est fortement marqué par la mise en œuvre d'une politique publique qui le rapproche et l'amalgame avec le droit pénal, comme ceci se constate également avec le juge des enfants et l'assistance éducative, ou encore avec le juge des tutelles et la protection des mineurs ou des majeurs vulnérables.
16. Pour l'instant, l'ordonnance de protection reste très inégalement pratiquée puisque l'on ne dénombre que quelques milliers d'ordonnance en France chaque année pour plus de 24.000 en Espagne.
17. En dépit de son succès pratique mitigé, l'ordonnance de protection constitue un mécanisme singulier, délivrée par un juge civil mais dans un contexte imprégné de préoccupations pénalistes. La lutte, par des dispositifs civils, contre les violences familiales se caractérise donc par une procédure mise au service de l'exigence de protection (I). mais aussi par une inscription particulière de l'ordonnance dans la durée (II). afin de garantir les droits du défendeur.

I - UNE PROCEDURE AU SERVICE DE L'EXIGENCE DE PROTECTION

18. Quand il s'agit de délivrer une ordonnance de protection, les règles procédurales se trouvent adaptées et mises au service de l'exigence de protection. Le propos se vérifie tant pour l'accès à l'ordonnance de protection (A). que pour la délivrance de l'ordonnance de protection (B)..

A - L'ACCES A L'ORDONNANCE DE PROTECTION

19. L'accès à l'ordonnance de protection dépend du critère de mise en danger . Une telle situation de mise en danger⁽⁷⁾ survient soit en exerçant des violences sur le conjoint ou sur les enfants, soit en cas de mariage forcé. La mise en danger permet la saisine du juge aux affaires familiales, soit par la personne victime de violence elle-même, par requête ou par assignation en la forme des référés⁽⁸⁾; soit par le Procureur de la République, avec l'accord de la victime. Contrairement à ce qui figure à l'art. 30 de la loi organique tunisienne du 11 août 2017, le droit français ne prévoit pas de saisine d'office par le juge aux affaires familiales.

7. C. civ., art. 515-9

8. En procédure civile française, les référés en la forme se caractérisent par une hybridation procédurale car ces procédures suivent les règles du référé mais aboutissent à une décision rendue au fond.

20. Le formalisme des actes procéduraux présente quelques particularités puisque la victime peut demander à ce que son adresse ne figure pas dans les actes de procédure. Alors que, de manière classique, l'indication du domicile du demandeur constitue une formalité requise à peine de nullité des actes de procédures. Une telle dérogation procédurale est commandée par la nécessité de protéger la personne victime d'éventuelles représailles.
21. Le demandeur qui sollicite l'autorisation de dissimuler son domicile ou sa résidence est dispensé d'en indiquer l'adresse dans son acte introductif d'instance, sous réserve de porter cette information à la connaissance de l'avocat qui l'assiste ou le représente ou du procureur de la République près du tribunal de grande instance, auprès duquel il élit domicile⁽⁹⁾. L'acte mentionne alors cette élection de domicile, près le Tribunal de grande instance. L'avocat ou le procureur de la République auprès duquel il est élu domicile communique sans délai l'adresse du demandeur au juge. Pour autant, afin que le dispositif conserve sa pleine efficacité, le greffe ne saurait porter l'adresse à la connaissance du défendeur ou de son représentant.
22. Une fois saisi de la sorte, le juge aux affaires familiales procède à la convocation, par tous les moyens adaptés, de la partie demanderesse et la partie défenderesse, assistées le cas échéant d'un avocat, ainsi que le ministère public⁽¹⁰⁾. Ces auditions peuvent avoir lieu séparément et elles peuvent se tenir en chambre du conseil. Il n'a pas été retenu l'idée, un temps émise, de retenir une procédure purement unilatérale. Le principe du contradictoire se trouve donc ici respecté afin de ne pas porter une atteinte trop conséquente aux droits la personne qui, à ce stade, n'est que soupçonnée.

B - LA DELIVRANCE DE L'ORDONNANCE DE PROTECTION

23. Les règles procédurales qui entourent la délivrance de protection sont marquées par la recherche d'une certaine souplesse. La souplesse se manifeste d'abord en matière probatoire, puisque la délivrance de l'ordonnance de protection n'est pas soumise aux règles probatoires habituelles en matière civile et pénale mais qu'elle repose sur la vraisemblance, que l'on ne retrouve pas dans la loi organique tunisienne n° 2017-58 du 11 août 2017. En effet, pour que le juge aux affaires familiales délivre une ordonnance de protection, le demandeur doit produire des éléments qui rendent vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont

9. CPC, art. 1136-5, al. 1er.

10. C. civ., art. 515-10, al. 2.

exposés⁽¹¹⁾. Les fameux éléments ainsi produits n'échappent cependant pas à la discussion contradictoire. Utile s'il s'agit de faciliter la délivrance de protection, dans un but évident de protection de la personne, le critère des violences vraisemblables ne fait cependant pas l'objet d'une pratique unifiée puisque certains magistrats semblent exiger parfois un véritable preuve des violences pour faire droit à la demande.

24. Contrairement à l'article 32 de la loi tunisienne n° 2017-58 du 11 aout 2017, les dispositions françaises ne soumettent pas explicitement la procédure aux règles du référé⁽¹²⁾. Pour autant, une certaine souplesse se manifeste et s'exprime au travers du choix fait en faveur de l'oralité et dans le caractère simplement facultatif de l'assistance d'un avocat.
25. Les règles procédurales sont toutes organisées pour que l'ordonnance de protection produise sa pleine efficacité. Ainsi, l'ordonnance de protection est en principe signifiée au défendeur. Cela étant, cette modalité de communication de l'acte en côtoie une seconde puisque l'ordonnance de protection peut également être notifiée par le greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou par la voie administrative, en cas de danger grave et imminent pour la sécurité d'une personne concernée par une ordonnance de protection ou lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen de notification. Compte-tenu du positionnement singulier de l'ordonnance de protection, qui intéresse au premier chef le ministère public⁽¹³⁾, la notification au ministère public est faite par remise avec émargement ou envoi récépissé.
26. Afin de garantir une bonne exécution de l'ordonnance protection, la notification faite au défendeur doit reproduire des dispositions du Code pénal⁽¹⁴⁾. Par ailleurs, si la notification est faite à un défendeur qui est marié, il faut que soit aussi reproduites les dispositions de l'article 1136-13 du Code civil qui concerne la prorogation de la durée des mesures de protection quand une demande en divorce ou en séparation de corps est introduite⁽¹⁵⁾.

11. C. civ., art. 515-11.

12. Cf. supra pour le particularisme procédural français des « référés en la forme ».

13. Comp. en droit tunisien, l'art. 36 de la loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017

14. Il s'agit d'une part de l'article 227-4-2 qui dispose que « Le fait, pour une personne faisant l'objet d'une ou plusieurs obligations ou interdictions imposées dans une ordonnance de protection rendue en application des articles 515-9 ou 515-13 du code civil, de ne pas se conformer à cette ou ces obligations ou interdictions est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». Il s'agit d'autre part de l'article 227-4-3 du Code pénal qui dispose que « Le fait, pour une personne tenue de verser une contribution ou des subsides au titre de l'ordonnance de protection rendue en application de l'article 515-9 du code civil, de ne pas notifier son changement de domicile au créancier dans un délai d'un mois à compter de ce changement est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende ».

15. Comme il sera indiqué plus loin, en dehors de cette hypothèse dans laquelle le défendeur est marié, la durée de l'ordonnance de protection est limitée à six mois.

II - LA DUREE, GARANTIE DES DROITS DU DEFENDEUR

27. L'ordonnance de protection est amenée à s'inscrire dans une durée en principe brève, afin de ne pas porter une atteinte trop conséquente aux droits du défendeur. Si une caducité de la mesure est prévue par les textes (A)., la pérennité de l'ordonnance de protection (B). n'est pas monolithique.

A - La caducité des mesures

28. Hors le cas où une procédure de divorce viendrait à être introduite, l'ordonnance de protection se trouve frappée de caducité à l'expiration d'un délai, fixée comme en droit tunisien⁽¹⁶⁾, à six mois à compter de sa notification. Au regard de l'atteinte portée aux droits du défendeur, sur la base de simples vraisemblances des violences commises⁽¹⁷⁾, il convenait en effet de retenir le caractère provisoire de ces mesures.

29. Si l'on s'intéresse en effet plus avant au contenu de l'ordonnance de protection⁽¹⁸⁾, le juge aux affaires peut en effet interdire à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le magistrat ainsi que d'entrer en relation avec elles. Il peut aussi interdire à la partie défenderesse de détenir ou porter une arme et, le cas échéant, lui ordonner de remettre au service de police ou de gendarmerie qu'il désigne les armes dont elle est détentrice. L'une de mesures les plus conséquentes pour le déroulement futur de la vie familiale se loge au 3° de l'article 515-11 du Code civil, en permettant au juge aux affaires familiales, comme en droit tunisien⁽¹⁹⁾ de statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal et sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. De manière logique, le texte précise d'ailleurs que sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences, même s'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence. Un pouvoir similaire est conféré au juge aux affaires familiales au 5° du même article 515-11 du Code civil pour statuer sur le logement séparé des concubins ou des partenaires unis par un pacte civil de solidarité. Toujours en ce qui concerne l'organisation de la vie familiale et, par conséquent,

16. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, art. 34.

17. Cf. supra

18. C. civ., art. 515-11.

19. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, art. 32.

l'atteinte que l'ordonnance de protection cause nécessairement aux droits fondamentaux du défendeur, le juge aux affaires familiales peut également se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁽²⁰⁾, comme peut le faire le juge de la famille en Tunisie⁽²¹⁾.

B - La pérennité des mesures

30. Si l'ordonnance de protection n'a pas vocation à durer, et sera frappée de caducité à l'expiration d'un délai de six mois à compter de sa notification, ce principe s'accompagne cependant de certaines limites.
31. La première, déjà évoquée au sujet du contenu de la notification⁽²²⁾, propre à la situation dans laquelle le défendeur est marié, concerne l'introduction d'une demande en divorce qui a pour effet mécanique de prolonger la durée de l'ordonnance de protection. Il paraît logique en effet de permettre une pérennité du contenu de la mesure de protection pour le temps de l'instance en divorce puisque cet acte organise pour un temps la vie familiale. L'introduction de la demande en divorce engendre donc de manière automatique cette prorogation et l'on ne trouve pas en droit français l'équivalent de l'article 34 de la loi organique tunisienne n° 2017-58 du 11 août 2017, qui permet au juge de la famille de proroger l'ordonnance de protection.

La deuxième limite s'inscrit dans une perspective différente et s'inscrit dans une perspective de raccourcissement de la durée des mesures prises dans le cadre d'une ordonnance de protection. En raison de son caractère provisoire, l'ordonnance de protection constitue une décision judiciaire qui souffre d'une certaine précarité. Ainsi, l'ordonnance de protection peut faire l'objet d'une mainlevée ou d'une modification, selon l'article 515-12 du Code civil. Il s'agit ce faisant de permettre au juge aux affaires familiales de mettre un terme à l'ordonnance de protection lorsqu'elle ne paraît plus justifiée. D'ailleurs, le magistrat dispose du pouvoir d'accorder à la personne défenderesse une dispense temporaire d'observer certaines des obligations qui lui ont été imposées⁽²³⁾. Quant au

20. Cf. CPC C. civ., art. 515-11, 6°.

21. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, art. 32.

22. Cf. supra

23. Cf. CPC C. civ., art. 515-11, 6°.

Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, art. 32.

Cf. supra

Cf. CPC, art. 1136-12 pour les règles procédurales dans ce cadre qui sont soumises à une sorte de parallélisme des formes avec la requête initiale.

pouvoir de modification également attribué au juge aux affaires familiales, il vise à permettre une adaptation de la mesure à l'évolution de la situation. L'une ou l'autre des parties peut solliciter une telle modification, à l'instar du ministère public. La modification intervient après que le juge aux affaires familiale ait invité chacune des parties à s'exprimer.

Comme en droit tunisien⁽²⁴⁾, un appel peut être dirigé contre une ordonnance de protection. Cette voie de recours doit être exercée dans un délai de quinze jours à compter de la notification. A l'occasion de cet appel, l'appelant peut formuler une demande de modification ou de mainlevée de l'ordonnance, par requête remise au greffe de la cour. Il est alors statué sur cette demande, selon le cas, par le premier président de la cour d'appel, le conseiller de la mise en état ou la formation de jugement⁽²⁵⁾. Pour autant, et afin d'éviter une fâcheuse instrumentalisation de l'exercice d'une voie de recours, l'ordonnance qui statue sur la demande de mesures de protection des victimes de violences est exécutoire à titre provisoire à moins que le juge en dispose autrement⁽²⁶⁾.

32. Notons enfin qu'au sein de l'espace judiciaire civil européen, en droit de l'Union européenne, un règlement a été adopté visant à faciliter la reconnaissance transfrontière des décisions ordonnées par les juridictions d'un Etat-membre⁽²⁷⁾. Quoique très ambitieux dans ses objectifs, le texte n'a pour l'instant pas rencontré le succès pratique escompté.

24. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, art. 35.

25. CPC, art. 1136-12, al. 2.

26. CPC, art. 1137, al. 1er.

27. Règl. (UE) n° 606/2013 du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile.